



La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho Canónico

Mariano López Alarcón

No ha preocupado mucho a los canonistas la construcción del sistema de fuentes formales (*fontes existendi*) con sus problemas de fundamentación, enumeración y jerarquía. La atención de los autores se ha venido centrando, a nivel de teoría general, en la distinción entre *fontes essendi* y *fontes cognoscendi*, sin perjuicio de considerar con gran extensión cada una de las fuentes normativas individualmente consideradas. El dogmatismo italiano acuñó un normativismo de raíz institucional y más bien positivista, con aportaciones sistematizadoras de las fuentes y con la preocupación fundamental de reducir el Derecho divino a los términos de Ordenamiento jurídico cerrado. Desde hace algunos años van apareciendo algunos trabajos formales desde el punto de vista del Constitucionalismo canónico con abundantes construcciones, *iure condendo*, en torno a la proyectada ley fundamental de la Iglesia. Sin embargo, en el ámbito de la Teoría General está pendiente aún la elaboración del sistema de fuentes del Derecho Canónico, por lo que ha de reconocerse el acierto en la elección de tema central para este Congreso y las valiosas aportaciones que hacen numerosas ponencias a la cuestión de las fuentes, especialmente la suscrita por el Prof. Mauro.

Sabido es que todo sistema de fuentes ha de construirse sobre dos presupuestos fundamentales: uno que viene determinado por la naturalza y fines del Ordenamiento, el otro por las disposiciones del Derecho positivo, en orden a las fuentes. Precisamente, las posturas adoptadas por la doctrina en torno a cuestiones básicas, como unidad y pluralismo, fuentes formales y materiales, fuentes del Ordenamiento y fuentes del Derecho, fuerzas y poderes creadores de las normas, legalismo y metalegalismo —y no se agotan los puntos de divergencia— tienen su raíz bien en la exclu-

sividad o preeminencia que se otorgue a la ley escrita sobre todo otra manifestación normativa, bien en radicalizar —en sentido opuesto— el papel de fuerzas libres creadoras del Derecho objetivo con anulación o disminución del papel del legislador; en todo caso hay una constante preocupación por establecer una coherente armonía entre la ley y otras fuentes formales, debidamente categorizadas y ordenadas en su valoración jerárquica.

Pues bien, la naturaleza del Ordenamiento canónico se muestra en su dimensión jurídica imponiendo unas normas de origen divino, teñidas de dogmatismo y de fundamentalidad, con unos caracteres de universalidad, inmutabilidad y mensura correctora de todo el sistema normativo canónico. Nada tiene validez contra el Derecho divino, y éste transmite al Ordenamiento canónico el hálito inspirador y corrector de las normas y de la vida jurídica de la Iglesia. Por eso, la justicia y la equidad, la certeza y la caridad tienen su punto de referencia en la dimensión jurídica de la voluntad de Dios. En este punto hay que aludir a las técnicas de positivación y formalización del Derecho divino como instrumento de codificación de la voluntad normativa de Dios, y en cuya labor cuenta, de modo principal, la sensibilidad del pueblo para captar las especificaciones de dicha voluntad.

Por otro lado, el Derecho divino ha sacralizado expresamente ciertos poderes de creación normativa, con la consiguiente preeminencia indiscutible de sus manifestaciones en el orden de las fuentes del Derecho canónico. En este aspecto, se viene planteando la cuestión de si es admisible que las normas emanadas del Romano Pontífice puedan diferenciarse en fundamentales y ordinarias, con la consiguiente jerarquía entre ambas, o si, por el contrario, este poder legislativo es indivisible en sus manifestaciones normativas por ser emanación de un solo y mismo poder indegradable. El problema tiene un trasfondo más teológico que jurídico, que rebasa los meros límites de un recurso de técnica legislativa, porque toda reflexión sobre un sistema de fuentes normativas ha de remontarse para su identificación, valor y jerarquía a las fuentes de producción, al origen de la autorizada fuerza creadora de esas normas.

El otro factor al que ha de recurrirse para la fijación de las fuentes formales es el Derecho positivo, y en este punto el *Codex* presenta un nutrido cuadro de "*Normae generales*" que, o bien ha confundido a la doctrina propensa a atribuir la calificación de fuente a producciones del orden administrativo, pacticio y reenviadas, o bien ha hecho que no se planteara la cuestión del sistema de fuentes como introducción al estudio particularizado de las mismas. De ahí que un problema capital pendiente



de solución es la fijación de las fuentes que integran el sistema normativo canónico, lo que requiere una reducción de las que enumera el Libro primero de acuerdo con la correcta noción de fuente normativa. Porque no toda norma jurídica es fuente del Derecho, sino que este concepto sólo puede aplicarse a las normas de conducta directa y originariamente emanadas de fuerzas autónomas e internas del Ordenamiento, que tienen competencia para crear el Derecho objetivo. Dentro de esta noción será el Derecho positivo el que, por lo general, ofrecerá el conjunto de las fuentes integrado en un sistema, que será tanto más perfecto cuanto menor sea su rigidez, es decir, que prevea el recurso a fuentes supletorias elásticas y con amplia capacidad normativa, bien entendido que una excesiva positivación de las fuentes provocará el protagonismo de otras fuerzas del Ordenamiento superadoras de las limitaciones del Derecho positivo.

En este orden de cosas hay que reconocer que el Derecho canónico ofrece un sistema de fuentes muy completo y abierto, pero que requiere la debida clarificación para reducir las fuentes que enumera el *Codex* a sus propios límites, de acuerdo con la noción de fuente que antes hemos adelantado. Porque hay autores que, eludiendo una investigación crítica, enumeran como fuentes del Derecho canónico todos los tipos de normas que refiere el Libro I del *Codex*: ley, costumbre, privilegio, dispensa, rescripto, precepto, Concordatos, normas civiles canonizadas, analogía, principios generales, jurisprudencia y doctrina científica, no faltando quienes añaden la producción estatutaria de los entes autónomos, la actividad administrativa y la negocial privada. A mi juicio no es fuente del Derecho el producto de toda fuerza capaz de crear normas o criterios normativos; se precisa, según la noción expuesta, que esas fuerzas sean autónomas e internas, estén reconocidas por el Derecho positivo y que las normas emanen de aquellas de modo originario y directo. Conforme a este criterio, consideramos únicas fuentes del Derecho canónico la ley, la costumbre (fuentes principales), los principios generales del Derecho aplicado con equidad canónica, el estilo y práctica de la curia romana y el parecer común y constante de los doctores (fuentes supletorias).

Los reglamentos administrativos en sentido amplio y, en general, los actos administrativos, no tienen naturaleza de fuentes del Derecho, sino que se limitan a desarrollar, aplicar, adaptar o ejecutar otras normas. Por esta razón, no son fuentes del Derecho canónico el privilegio (que es ley, costumbre o acto administrativo), ni la dispensa (que nada nuevo establece), ni el rescripto (que es cauce administrativo de otros actos jurídicos), ni el precepto (que ratifica con las necesarias concrecciones otra norma

preexistente). Los Concordatos solamente son fuente del Derecho cuando son ley interna de la Iglesia, porque así lo dispone la autoridad competente para ello, bien en el mismo texto concordatorio, bien en una ley interna. Lo mismo puede decirse de la norma civil canonizada. Y en cuanto a los negocios jurídicos privados, y las normas estatutarias, está claro que las reglas de conducta que se establezcan son de carácter derivado y secundario, recibiendo su fuerza de obligar de una previa fuente de Derecho que reconoce una competencia normativa limitada. Por último, la analogía no constituye fuente normativa, sino un procedimiento extensivo de suplencia de la ley, pero que ha de referirse a otra ley que contemple un caso semejante.

Así pues, las únicas fuentes del Derecho canónico son por este orden: la ley y la costumbre (fuentes principales), los principios generales, la jurisprudencia y la doctrina científica (fuentes supletorias). En la jerarquización de estas fuentes hay una prelación de las principales sobre las supletorias, y así lo dispone expresamente el can. 20: “Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis...”, lo que es extensible a la costumbre. Entre las fuentes supletorias ha de seguirse el orden jerárquico establecido por el mismo canon. En las fuentes principales tiene prelación absoluta el Derecho divino, seguido inmediatamente por las leyes eclesíásticas fundamentales, si llegan a tener cabida en el Derecho canónico. Las leyes ordinarias vienen a continuación, disputándose el puesto con las costumbres *contra legem*, de acuerdo con la solución de contradicciones que preconiza el can. 30.

Una vez enumeradas las fuentes del Derecho canónico y su jerarquía, quiero detenerme en unas reflexiones sobre la jurisprudencia, que ha sido objeto de detenido estudio por el Prof. Finocchiaro. Sabido es que en la doctrina jurídica se debate, sin resultados definitivos, la *vexata quaestio* de la función de la jurisprudencia, y las posturas oscilan entre su consideración como un mero instrumento de interpretación de la ley y su elevación a la categoría de fuente formal del Derecho. Recientemente se ha adoptado por el legislador español una fórmula ecléctica que a nadie convence: “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (art. 1, núm. 6, del Código civil, según el texto articulado de la Ley de 17 de marzo de 1973). Es una muestra del choque entre la presión de la realidad jurídica hacia la proclamación abierta de la jurisprudencia como fuente del Derecho y de un equivocado dogmatismo que nace de la



férrea división de poderes y de la consiguiente desconfianza hacia la función judicial. A mi juicio, el Derecho canónico no ha tenido que plantearse esta cuestión, pues sus principios constitucionales difieren del que rige en el Ordenamiento estatal, y abiertamente declara que es fuente del Derecho “*stylus et praxis Curiae Romanae*” (can. 20). Hay que aclarar que para la operatividad de la jurisprudencia con fuerza normativa se requieren varias sentencias que, en defecto de otra fuente prevalente, hayan creado coincidentemente un criterio original de resolución de un caso jurídico concreto, reiteradamente propuesto a la resolución de los Tribunales de la Curia Romana. Estas máximas jurisprudenciales acaban imponiéndose como normas jurídicas y con fuerza propia, pero no porque sean usos consuetudinarios, ya que éstos tienen una técnica muy diferente de construcción normativa. Del mismo modo, hay que descartar la naturaleza de norma jurisprudencial a las aplicaciones que los Tribunales hacen de los principios generales de derecho y de la doctrina científica, pues estas fuentes tienen su puesto propio y autónomo en el can. 20, y los Tribunales se limitan a utilizarlas para la resolución de los casos que se les proponen.

Fuera del ámbito del can. 20, no tienen las resoluciones de los Tribunales canónicos categoría de fuente del derecho. Lo que no quita mérito a otras funciones, no exentas de creatividad, que los Tribunales llevan a cabo y entre las cuales destacan dos principalísimas: el valor normativo de la sentencia singularmente considerada y el ámbito creador de la jurisprudencia por vía interpretativa.

El valor de la sentencia está fuera de duda: no tiene fuerza normativa y se concreta a establecer las vinculaciones que la ley atribuye a este acto judicial, dentro de los límites personales y reales que la propia ley establece y que son las personas y las cosas afectadas por la sentencia (can. 17/3). Lo que tiene de específico la sentencia aisladamente considerada es la simbiosis entre realidad y norma, llevada a cabo por el juez a través de una operación de mutua acomodación y con cierta dosis de creatividad que conduce, tanto a una vitalización de la norma, como a una sujeción al Derecho objetivo de la parcela social afectada por la sentencia.

Por último, voy a dedicar unas líneas al alcance y valor que tiene la interpretación jurisprudencial. A mi juicio, la jurisprudencia no tiene más límite que la *voluntas Dei* en la realización del derecho objetivo, pues, por encima de todo, ha de atender a las demandas de justicia de la comunidad en su interminable proceso dinámico. Unas veces le bastará con aplicar la ley clara al caso controvertido, en otras ocasiones se impondrá una laboriosa tarea de interpretación previa de la ley, y, en defecto de ésta o de

costumbre aplicable, tendrá que recurrir a las fuentes supletorias. En la interpretación ha de atender el juez a descubrir el sentido genuino de la ley, el intrínseco a través del propio desenvolvimiento del sistema legal, y el extrínseco que ha de tener en cuenta el fin y circunstancias de la ley y la mente del legislador (can. 18).

Estas reglas de interpretación son lo suficientemente abiertas para que las leyes puedan acomodarse evolutivamente a las demandas de justicia en cada momento y lugar. Sin embargo, la canonística ha venido manteniendo posturas extremadamente conservadoras midiendo las expresadas reglas con criterios muy restrictivos de los poderes creadores del juez. Se ha exaltado el dogma del subjetivismo a alturas tan elevadas, que ahoga las posibilidades de aplicación racional y social de la ley y hasta se prefiere que ese subjetivismo conduzca a una situación de silencio de la ley, antes que a una aplicación moderada de la misma, de acuerdo con los signos y las exigencias de los tiempos. Aunque perezca la ley —viene a decirse—, que triunfe el pensamiento de quien hizo la ley. Late aquí una supervivencia de las tesis personalistas dominantes en la constitución y en la organización eclesiástica, que no se corresponde con la estructura institucional de la Iglesia. La *mens legislatoris* no es, a mi modo de ver, la intención personal del autor de la ley, sino una manifestación del *sensus ecclesiae*, que se mantiene vivo y en evolución constante. Las leyes se dictan para el futuro, dispone el can. 10, y lo que el legislador pretende es que las normas se perpetúen para que cumplan su función ordenadora de la sociedad y no que, por estancamiento inmovilista de aquéllas, se produzcan vacíos legislativos. Por otro lado, el legislador unipersonal no siempre es un jurista esclarecido, que hubiera dejado a la posteridad sus conceptos sobre las instituciones y actos jurídicos, sino que las leyes sancionadas por ese legislador son fruto de deliberaciones en las que intervienen expertos del Derecho con ideas heterogéneas que no aparecen individualizadas en las leyes que elaboran. También conviene al bien común que las leyes permanezcan a través de una interpretación evolutiva y se eviten aquellos silencios que harían entrar en acción fuentes supletorias de inseguros resultados, porque es preferible aplicar una ley con las correcciones interpretativas que las circunstancias objetivas demanden, que hacer tabla rasa de esa ley, aceptada por el uso de la comunidad, para que, por vía subsidiaria, se proceda a la selección y elaboración de la norma que haya de aplicarse.

Esta interpretación evolutiva de las leyes es coherente con la regla, enumerada en el can. 18, de que se tome en cuenta el fin y las circunstan-

cias de la ley, un fin que es inmutable porque pretende organizar la comunidad o atiende a dar cauce jurídico concreto a conductas sociales determinadas según una *ratio* directiva. Pero, si el fin es inmutable, es cambiante la comunidad en sus hábitos, en sus concepciones, en sus cauces de actuación y agrupación, etc., y, congruentemente, el fin de la ley, que sigue invariable, ha de adecuarse a esa realidad. El Concilio Vaticano II nos muestra con todo realismo la Iglesia de nuestros días, inmutable en sus esencias constitucionales, pero con los nuevos caracteres que su socialidad y humanidad ofrecen en este tiempo. Las leyes tienen que seguir prestando su servicio a esta Iglesia renovada y no pueden abdicar de esta función, que urgen al intérprete y, sobre todo, al intérprete cualificado por su autoridad, que es el juez, a actuar ese servicio de la ley a la comunidad, haciendo que la ley siga cumpliendo su propio fin en la Iglesia de hoy y en estas circunstancias. La fidelidad a la *mens legislatoris* iría contra una característica muy típica del Ordenamiento canónico: la elasticidad, qua comporta la flexibilidad de la ley para adaptarse a la justicia exigida por el caso concreto.

El juez que emplea las técnicas de la interpretación evolutiva tiene que sujetarse a unos límites irrebables marcados por el respeto a la ley, que sigue imponiendo su mandato, y la calificación de la realidad social con criterios objetivos sólidamente comprobados. Por consiguiente, esos datos sociales solamente deberán incidir en la interpretación adaptadora de la ley cuando concurra un manifiesto *consensus*, ya formalmente establecido sobre estructuras, principios y tendencias rectoras de la comunidad (piénsese en las aportaciones del Concilio Vaticano II), bien espontáneamente configurado por el pueblo de Dios dentro de los límites señalados por las infranqueables barreras del Derecho divino, las estructuras básicas de la comunidad eclesial y sus fines.

El respeto a la ley por el juez ha de ser escrupulosamente observado, pues no tiene facultades para crear libremente la ley canónica cuando hay texto aplicable. El juez ha de partir de esa ley, que le proporciona los datos normativos básicos para su elaboración prudencial. Su actividad creadora ha de centrarse en la adaptación de la norma por vía interpretativa a unas exigencias cualificadas de la realidad que se somete a su consideración y que permitirá que la ley se mantenga fiel a su *ratio* y el juez adicto a su función. Abusaría de su poder el juez que introdujera norma nueva allí donde dispusiera de ley aplicable, porque ello constituiría una arbitraria utilización de los cauces interpretativos, yendo más allá de lo que le está permitido en el empleo de la interpretación



jurídica; igualmente sería abusivo su proceder si declarara la existencia de laguna legal, cuando hay norma aplicable, para recurrir a fuentes supletorias.

En conclusión, la interpretación de la ley con criterios evolutivos no autoriza al juez a constituir sus sentencias en fuente del Derecho, ni en norma jurídica. Sus operaciones de interpretación de las leyes le convierten en un colaborador del autor de la ley para continuar en el tiempo y en las cosas la vigencia de aquélla.

La Rota Romana viene mostrando últimamente empleo decidido de la interpretación evolutiva en numerosas sentencias sobre nulidad matrimonial, que se centra en tres capítulos: *defectus discretionis iudicii*, *error qualitatis redundans in personam*, *incapacitas assumendi onera essentialia matrimonii*. No es ocasión de examinar aquí las sentencias recaídas sobre estos temas, pero dejamos constancia de ello como confirmación de una abierta tendencia creativa de la jurisprudencia que, sobre textos del *Codex*, abre a las demandas de la realidad social la actual legislación, con una prudente moderación y dentro de los límites que corresponden a la función judicial.