

## LAS FUENTES DEL DERECHO CANÓNICO

Javier OTADUY

SUMARIO: I. *Rasgos históricos*. II. *Fuentes en sentido material (o de producción) y en sentido formal (o de expresión)*. III. *El uso canónico de la noción*. IV. *Las fuentes formales en el derecho canónico*. V. *La ley y la costumbre como fuentes normativas*. VI. *Fuentes subordinadas, supletorias e indirectas*. VII. *Jerarquía normativa*. VIII. *El derecho divino como norma prevalente*.

Como todas las grandes nociones, la noción de fuentes del derecho tiene una historia complicada. Es una noción que parece cómoda, llena de sentido, evocadora, pero precisamente por eso termina siendo difícil de usar. Los grandes conceptos terminan significando demasiadas cosas.<sup>1</sup>

### I. RASGOS HISTÓRICOS

En el estado actual de la ciencia jurídica el significado que se asigna prevalentemente a *fuentes del derecho* es el de las distintas categorías normativas a través de las cuales se manifiesta el derecho en un determinado ordenamiento. Esas categorías normativas constituyen el sistema de fuentes del derecho español, o del derecho mexicano, o del derecho canónico. Sin embargo, se suele decir siempre que esta acepción no pasa de ser una de las posibles. El poder evocador de la “metáfora acuática o hidrológica”<sup>2</sup> produce muchas variantes. Más aún, si consideramos que los orígenes de su uso son muy antiguos.

---

<sup>1</sup> En este trabajo seguiré en sus grandes líneas la voz de Otaduy, J., “Fuentes del derecho”, en Otaduy, J. et al. (eds. y coords.), *Diccionario general de derecho canónico (DGDC)*, IV, Pamplona, 2012, pp. 119-125. Sin embargo, se han introducido de relieve algunas correcciones y notables cambios de orden.

<sup>2</sup> Díez-Picazo, L., *Fuentes del derecho*, en *id.*, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1993, p. 112.

La doctrina antigua sobre las fuentes del derecho, como es bien conocido, se fraguó en torno al título segundo del primer libro del *Digesto*.<sup>3</sup> Ese título, además de exponer los hitos institucionales del pueblo de Roma, en buena medida legendarios, establece también con palabras de Pomponio, las formas de expresión normativa del derecho romano. ¿De dónde procede el derecho “in civitate nostra”? Y se contesta Pomponio: de la ley, de la interpretación de los jurisconsultos, de las acciones de la ley, de los plebiscitos, de los edictos de los magistrados, de los senadoconsultos, de las Constituciones del príncipe. Sobre esta base la doctrina jurídica comenzó a hablar de las fuentes.

Me gustaría decir, aunque sólo sea de paso, que este elenco descriptivo de fuentes que hace el *Digesto*, aunque no pretenda ser técnico,<sup>4</sup> ofrece una clave para resolver uno de los grandes problemas que ha arrastrado siempre la teoría de las fuentes. ¿Se debe llamar fuente al productor original de la norma o a la norma misma? Una lectura simple del texto del *Digesto* —mejor si es en latín— hace caer en la cuenta de que esas reglas normativas llevan en su mismo nombre su procedencia (el príncipe, la plebe, los magistrados, el senado, los jurisconsultos). Como para indicar que no puede haber ninguna contradicción entre ambos. O sea, que en la misma norma va su origen. Por lo que, cierro este pequeño paréntesis.

El significado moderno, lo que podríamos llamar el asentamiento dogmático de la expresión *fuentes del derecho*, depende en buena medida de Savigny. El primer libro de su *System des heutigen römischen Rechts* lo dedica a las fuentes. Distingue las normas generales de los actos jurídicos singulares, sobre todo los contratos; y distingue también las fuentes históricas de las fuentes normativas. Sólo considerará *fuentes* en sentido propio a las formas

---

<sup>3</sup> “Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituite inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur” (*Digesto* 1.2.2.12). En realidad hay también otros dos textos complementarios en los que se habla de las fuentes: uno de Papiniano en el *Digesto* (1.1.7), y otro de Gayo en sus *Instituciones* (1.1.2).

<sup>4</sup> “La enumeración de las fuentes del derecho, tal como se encuentra en varios pasajes de los jurisconsultos romanos, no se funda en ninguna idea sistemática. Es más bien una exposición de las formas exteriores del derecho sin referirse a su esencia, ni a su origen, ni a una clasificación que se fundase en las relaciones y diferencias de su contenido. La enumeración que, por lo demás, responde perfectamente al espíritu práctico de los romanos, servía al juez de indicación para saber en dónde había de encontrar los medios para resolver una cuestión de derecho”. Von Savigny, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, 1878, p. 83; *System des heutigen römischen Rechts* I, Berlín, 1840, pp. 105 y 106.

de expresión de normas generales,<sup>5</sup> incluida la costumbre, que es para Savigny una fuente primaria por ser manifestación normativa del espíritu del pueblo. Para fundamentar la costumbre como fuente de derecho, Savigny tiene muy cerca la obra de Puchta.<sup>6</sup> Es llamativo su relativismo, entonces infrecuente, sobre la eminencia de la ley y su condición de fuente soberana y exclusiva.<sup>7</sup> Savigny considerará también fuente de derecho a la doctrina jurídica científica, en la medida en que constituye un decantamiento histórico de la teoría y de la praxis jurídica.

## II. FUENTES EN SENTIDO MATERIAL (O DE PRODUCCIÓN) Y EN SENTIDO FORMAL (O DE EXPRESIÓN)

De modo que cuando la doctrina habla de fuentes del derecho, destaca primariamente esta acepción,<sup>8</sup> que se suele denominar *acepción formal* del concepto de fuente: las fuentes serían las formas de expresión que adoptan las normas jurídicas de un ordenamiento, es decir, la ley, la costumbre, las normas procedentes de la administración del Estado,<sup>9</sup> e incluso la opinión consolidada de

<sup>5</sup> Von Savigny, F. K., *Sistema...*, *cit.*, pp. 28-33.

<sup>6</sup> Puchta, G. F., *Das Gewohnheitsrecht*, I-II, Erlangen, 1828 y 1837.

<sup>7</sup> “Ordinariamente, se le concede a la *legislación* un lugar muy diferente del que yo le asigno. Lo más frecuente es que se le considere como la única, verdadera y legítima base del derecho, y a las otras fuentes como complementos secundarios sin los cuales podría pasarse perfectamente. En este sistema, la ciencia trabaja sobre una materia contingente y variable, materia de la que ella depende; los progresos de la legislación deben disminuir en importancia cada día y su último fin deberá ser su extinción completa. El valor exclusivo atribuido a los Códigos completos en los tiempos modernos, y las brillantes esperanzas que a ellos se refieren, son consecuencias naturales del mismo sistema. Muchos, sin embargo, sin adoptar estas consecuencias, se atienen al sistema mismo, y esta es la opinión que puede considerarse como la general de los prácticos más distinguidos”. Von Savigny, F. K., *Sistema...*, *cit.*, pp. 121 y 122; *System des heutigen...*, *cit.*, pp. 166 y 167.

<sup>8</sup> Díez-Picazo, L., *op. cit.*, pp. 118 y 119; Martín Martínez, I., “La terminología de las fuentes del derecho”, *Anales* 20, 1989, pp. 38-48; Castro y Bravo, F. de, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, p. 363; Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, 1992, pp. 31 y 32; Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, I-1, Madrid, 1975, pp. 393-396.

<sup>9</sup> Es bien sabido que a lo largo del siglo XX amplios sectores de la ciencia jurídica han llevado a cabo una fuerte crítica de los postulados clásicos de la teoría de la norma jurídica; es decir, de las fuentes normativas como realidad abstracta, superior y determinante. Se ha pasado a considerar prioritario el dato empírico, el decisionismo libre y las ideas dominantes. Pero todas estas posiciones de la doctrina, aunque en sí mismas representen enmiendas a la totalidad de la teoría de las fuentes, han influido más en la aplicación del derecho que en la constitución del derecho. Los ordenamientos jurídicos en general han mantenido su clásica posición acerca de las fuentes, su gradación jerárquica, sus normas de producción jurídica.

la jurisprudencia o de la doctrina científica. La aceptación de un elenco más amplio o más estricto de fuentes dependerá de cada ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay otras acepciones además de ésta. La primera y más característica, en contraste con la anterior, es la noción de la fuente en sentido *material*; la cual sería la fuerza o poder social del que proceden las normas jurídicas: los órganos legislativos, otros órganos del Estado, el pueblo o la comunidad, y ocasionalmente otras instituciones en las que pueda tener origen el derecho.<sup>10</sup> Hay que reconocer que la palabra *fuerza* despertada en nosotros espontáneamente esta acepción, porque remite al surtidor del que mana el derecho, a su origen efectivo.

Algunos autores no conciben que se trate de fuente en un sentido distinto de éste. Pienso sobre todo en Isidoro Martín:

Resulta inadecuado identificar el *origen* de una cosa con el *modo* de su realización o manifestación. ¿Cómo, pues, sin contradecirse, pueden llamar fuente del derecho a lo que consideran que es su *forma o modo de expresión*? No cabe, pues, a nuestro juicio, denominar *fuerza* a lo que es precisamente *resultado*; no cabe llamar fuentes del derecho o de las normas jurídicas al propio derecho o a las mismas normas y olvidar a los organismos o fuerzas sociales engendradores de ese derecho o de tales normas.<sup>11</sup>

Poco antes había comentado: “la expresión fuentes del derecho, referida a la ley o la costumbre o demás formas de expresión de la norma jurídica nos parece totalmente inadecuada y, a pesar de su arraigo, merecedora de ser sustituida por otra más justa, ya que entendemos que la claridad terminológica es camino abierto para la diafanidad conceptual”.<sup>12</sup> Y después de todo ello, concluye, “[i]mporta, pues, aceptar una nueva terminología: denominar *fuentes del derecho* a los organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas jurídicas, pero al fruto de su actividad, esto es, a las mismas normas..., llamarlos *modos o formas de expresión del derecho*”.<sup>13</sup>

Se sigue perfectamente la lógica de este argumento. Así lo reconocían juristas tan representativos como Vincenzo del Giudice<sup>14</sup> o Federico de Castro.<sup>15</sup> Su problema más grave es que llega tarde o como el mismo Isidoro

<sup>10</sup> “Las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que para ella constituyen el ordenamiento jurídico”. Castro y Bravo, F. de, *op. cit.*, p. 363.

<sup>11</sup> Martín Martínez, I., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 43.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>14</sup> Del Giudice, V., *Nozioni di diritto canonico*, Milán, 1970, p. 30.

<sup>15</sup> Castro y Bravo, F. de, *op. cit.*, nota 3, p. 369.

Martín diría, el problema es el *arraigo* de la versión contraria. Todo el mundo acepta como fuentes a las fuentes formales. No llamar fuentes a la expresión normativa del derecho, como pide Isidoro Martín, tal vez añada *diafanidad conceptual* —como él mismo dice—, pero produce *desconcierto doctrinal*.

No parece que sea necesario abandonar el término *fuerza* por su ambigüedad constitutiva. No sólo Isidoro Martín Martínez deliberaba que era un término inoportuno; nada menos que Hans Kelsen pensó también que era necesario abandonarlo, y lo abandonó, proponiendo otras terminologías.<sup>16</sup> Pero, como digo, me parece que hay razones que permiten usar con buena conciencia metodológica la acepción de fuentes del derecho en sentido formal. Una de ellas ha sido explicada convincentemente por Josep Aguiló Regla: “la ambigüedad de «fuentes» a propósito de los significados «modo de producir normas jurídicas» y «forma de manifestarse las normas jurídicas» no es más que un caso concreto de una ambigüedad general del lenguaje jurídico absolutamente común: me refiero a la ambigüedad antecedente/consecuente”.<sup>17</sup> Así es, nadie se plantearía, por ejemplo, cambiar la nomenclatura del negocio jurídico, porque una cosa es la declaración de voluntad y otra cosa distinta la relación jurídica que establece. Tampoco admitiría un canonista, por ejemplo, que debe destruirse la perniciosa ambigüedad de que llamar matrimonio tanto al intercambio de consentimientos según la forma canónica (matrimonio *in fieri*), como a la relación que se sigue entre los cónyuges, con todos los fines y propiedades de la institución matrimonial (matrimonio *in facto esse*). Nunca ha producido mayores problemas especulativos la aceptación de un antecedente y un consecuente de *una misma noción o institución jurídica*.

Pensemos en dos asuntos más que ayudan a relativizar ese hipotético peligro de la ambigüedad constitutiva de la voz *Fuerza*. Aunque según hemos visto se puede opinar que a las fuentes formales no les corresponde ningún carácter originario en la creación de derecho, habrá que reconocer que todo derecho objetivo (la ley, la costumbre) es fuente de derechos subjetivos. Es más, que todo derecho como poder o facultad subjetiva se funda o deriva de un *deber ser* normativo;<sup>18</sup> dicho de otra manera, *ius habetur jure*. Sólo por el derecho se tiene derecho, de modo que en este sentido no se le puede negar a las normas jurídicas su carácter Fontal.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Kelsen, H., *La teoría pura del derecho*, trad. de Vernengo, R. J., México, 1982, p. 243.

<sup>17</sup> Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, 2000, pp. 46 y 47.

<sup>18</sup> Cfr. Folgado, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial, 1960, p. 134.

<sup>19</sup> Y así lo reconoce el mismo Martín Martínez, I., *op. cit.*, p. 40. El derecho objetivo es fuente de los derechos subjetivos. Aunque esta acepción no tiene un uso jurídico frecuente en

Con la intención también de relativizar la necesidad de un uso absolutamente unívoco de fuente habrá que decir también, en sentido opuesto al anterior, que

...las fuentes materiales, las fuerzas sociales creadoras de las normas, tampoco agotan ni mucho menos la condición fontal del derecho. Dicho de otra manera, también los legisladores, las comunidades y los Estados tienen que fundar su poder en una causa última del derecho, que en último término es Dios, creador de la naturaleza del hombre. La *ratio* que se descubre en el derecho es una *ratio* recibida de una fuente que no es la pura norma positiva. Bien se podría decir, en palabras del maestro Castán, que la fuente *primaria* o *suprema* del Derecho está más allá del Estado y de la sociedad: en nosotros mismos, en nuestra conciencia racional, en la idea de la justicia, como traducción de la naturaleza humana y del orden universal de las cosas. Ahondando todavía más, podemos decir que el origen primero del derecho está en Dios, supremo autor de la condición humana y del orden universal, que ha impreso la noción de lo justo en la conciencia de los seres racionales.<sup>20</sup>

Obsérvese que cuando afirmamos que Dios es fuente o causa suprema del derecho estamos hablando del Dios creador de la naturaleza humana y de los fundamentos sociales. No nos referimos a la palabra divina que revela su voluntad acerca de la Iglesia. Aunque esa palabra, como veremos, es también fuente de *derecho canónico*.

### III. EL USO CANÓNICO DE LA NOCIÓN

En el derecho canónico la noción de las fuentes del derecho no ha tenido un uso comparable al que ha tenido en el derecho civil. Ahora bien, ¿se puede emplear en el derecho canónico un esquema idéntico de las fuentes del de-

---

la actualidad, está en la base del pensamiento jurídico clásico, y también de la teoría moral de la ley. Según este significado, el derecho significa una facultad subjetiva de obrar. Ahora bien, dicha facultad no se funda ni nace de la mera subjetividad del individuo ni de un deseo arbitrario. Aun teniendo presente que la formulación de esta perspectiva conecta no poco con el planteamiento occamista del derecho, no cabe duda de que toda facultad de obrar jurídica precisa de una fuente, que es la norma objetiva. El uso de *fuentes* en esta acepción no sólo es lícito, sino que es extremadamente exacto desde el punto de vista semántico. La facultad de obrar, en efecto, procede y mana de la norma objetiva, tanto si hablamos de derechos subjetivos como si hablamos de comportamientos morales lícitos. El uso jurídico técnico, mucho más frecuente, no tiene la misma conveniencia significativa, pero se ha impuesto por completo, de modo que cuando hablamos de fuentes del derecho entendemos de ordinario derecho en su sentido objetivo, y no como *facultas agendi*.

<sup>20</sup> Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, p. 393.

recho al que se emplea en el derecho de los Estados? Como afirma Pedro Lombardía:

...la categoría técnica de “Fuentes del Derecho”, entendida con referencia fundamental a lo que en la técnica del derecho secular se llaman las “Fuentes de producción” y las “Fuentes del expresión del Derecho” son unas categorías con las que normalmente la canonística no está muy familiarizada; la expresión “Fontes essendi” y “Fontes existendi” se utiliza a veces, pero se utiliza más para distinguirla de las “Fontes cognoscendi” —al tratar del tema de las colecciones canónicas— que porque el canonista tenga demasiado interés por el tema mismo de la teoría de las Fuentes; y eso es perfectamente comprensible... la teoría de las fuentes del Derecho es una teoría que tiene un origen fundamentalmente positivista. Cuando el pensamiento positivista pretende ver el ordenamiento jurídico exclusivamente a partir de los datos empíricos que la experiencia jurídica nos plantea, es decir, con una experiencia fenomenológica y prescindiendo de cualquier planteamiento ontológico o axiológico, lo primero que el pensamiento positivista se plantea es: ¿cuáles son las causas del Derecho?, como por las causas se preguntaban los físicos o los biólogos, ciencias naturales que el jurista positivista trataba de imitar... en este ámbito del pensamiento positivista, el Derecho Canónico, el Ordenamiento Canónico, no puede nunca moverse con comodidad, puesto que es un ordenamiento que sólo se comprende a la luz de unos datos trascendentes de Derecho Divino positivo y de una relación con la naturaleza de las cosas de Derecho natural.<sup>21</sup>

Precisamente, por esa falta de interés también podemos decir que no ha sido un tema polémico: en primer lugar, porque nadie ha dudado en reconocer a Dios como la condición de la causa primera del orden jurídico; en segundo lugar, porque ese desinterés práctico ha motivado la escasez de polémicas metodológicas acerca de la teoría de las fuentes. Como señalaba Lombardía, existe muy poco desarrollo de las fuentes en sentido normativo o como fuentes de expresión jurídica. Los autores distinguen entre las fuentes constitutivas o de producción jurídica (*fontes essendi* o *existendi*) y las fuentes de conocimiento (*fontes cognoscendi*).<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Lombardía, P., *Las fuentes del derecho en el proyecto del nuevo código*, en *id.*, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, IV, Pamplona, 1991, pp. 565 y 566.

<sup>22</sup> Cfr. Hera, A. de la, *Introducción a la ciencia del derecho canónico*, Madrid, 1980, pp. 251-262. Véanse, por ejemplo, estas palabras de Van Hove: “las fuentes del derecho se pueden entender de dos maneras. Tomadas materialmente son aquellas fuentes de las que nace el derecho, es decir, los legisladores a los que corresponde establecerlo. Se llaman fuentes constitutivas o fuentes del ser o de la constitución del derecho; según algunos autores actuales *fontes existendi iuris*. Si se toma desde el punto de vista formal, las fuentes son los documentos y las colecciones de documentos en las cuales se da a conocer el derecho. Se llaman fuentes de la ciencia o de

En efecto, el derecho canónico ha atribuido siempre una importancia extraordinaria a las fuentes de conocimiento histórico-documentales del derecho. No olvidemos que se trata de una ciencia en la que nunca se ha producido en sentido propio una ruptura con la autoridad del derecho antiguo. Las codificaciones de 1917 y 1983 han representado una fuerte reforma en el modo de presentar el derecho pero en ningún caso han querido producir una solución de continuidad con el derecho antiguo. Esto explica en buena medida el aprecio y la valoración de las fuentes de conocimiento. En el lenguaje común de los canonistas, el vocablo *fuentes* remite primariamente a las colecciones jurídicas que presentan el *ius vetus*.<sup>23</sup>

#### IV. LAS FUENTES FORMALES EN EL DERECHO CANÓNICO

Aunque se hable mucho o poco de las fuentes es claro que en el derecho canónico existen las fuentes formales o de expresión del derecho. Es decir, las distintas categorías normativas en que se expresa el derecho positivo. De ordinario, los requisitos que se exigen a la fuente normativa son: *a)* que sea general, que no reduzca su eficacia a un destinatario singular; o dicho de otra manera, que establezca previsiones normativas abstractas, cuyo destinatario será cualquiera que se encuentre en las circunstancias del supuesto de hecho normativo; *b)* que no se agote en una aplicación sino que tenga una dimensión proyectiva; *c)* que sea capaz de innovar el ordenamiento, es decir, de incorporarse al sistema como un criterio nuevo de valoración o dirección de los comportamientos, y *d)* que el propio sistema jurídico le conceda crédito, que le reconozca de un modo u otro su condición de fuente.

---

conocimiento del derecho; según algunos autores actuales, *fontes cognoscendi iuris*". Van Hove, A., *Prolegomena ad Codicis Iuris Canonici*, Mechliniae-Roma, 1945, p. 48.

<sup>23</sup> Cfr. Hera, A. de la, *op. cit.*, p. 260. La clasificación de las fuentes de conocimiento del derecho canónico puede adoptar múltiples criterios. Martín Martínez, I., *op. cit.*, pp. 59-65; Hera, A. de la, *op. cit.*, pp. 263-266. Debe contener al menos: *a)* las colecciones normativas históricas; *b)* la doctrina jurídica acerca de esas mismas fuentes; *c)* los documentos de aplicación del derecho (jurisprudencia y decisiones extrajudiciales); *d)* la literatura histórica adyacente o indirecta, no propiamente jurídica, y *e)* las aportaciones de otras ciencias que permiten interpretar correctamente las fuentes jurídicas (diplomática, paleografía). Entre los estudios históricos de fuentes canónicas destacan: Maasen, F., *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande*, Graz, 1870, 1956; von Schulte, J.F., *Die Geschichte Der Quellen und Literatur des Kanonischen Rechts*, Stuttgart, vol. III, 1875 (I), 1877 (II), 1880 (III); Fournier, P. E. L. y Le Bras, G., *Histoire des collections canoniques en Occident, depuis les Fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, I-II, París, 1931-1932; Kuttner, S., *Kanonistische schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Ciudad del Vaticano, 1935; *Repertorium der Kanonistik (1140-1234). Prodromus corporis glossatorum, I*, Ciudad del Vaticano, 1937; Van Hove, A., *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, Mechliniae-Roma, 1945.



La canonística tradicional ha preferido hablar de las fuentes de producción (órganos, legisladores) más que de las fuentes normativas formales. Por eso resulta interesante y hasta cierto punto sorprendente que el *Schema* (el proyecto) de los cánones del libro I, en 1977, presentara un título primero con el nombre *De Fontibus iuris*, cuyos dos capítulos eran la ley eclesiástica y la costumbre.<sup>24</sup> Llamaba la atención que el proyecto de Código introdujera una calificación hasta entonces desconocida para el tratamiento común de la ley y la costumbre, y sorprendía también que dentro del concepto de las fuentes del derecho incluyera tan sólo a la ley y a la costumbre, y prescindiera de otras hipotéticas fuentes (que iban a tener, de igual forma un tratamiento específico en el seno del CIC), como los decretos generales ejecutorios, las instrucciones, los *ordines*, los estatutos y los actos administrativos. Los autores del *Schema* parecían tener una idea clara de lo que querían cuando hablaban de fuentes.

Pero este proyecto no prosperó,<sup>25</sup> aun así el *Schema* de 1977 da luz sobre la condición de las fuentes formales en el derecho canónico. En el ordenamiento canónico, la ley y la costumbre son, a mi parecer, las dos únicas fuentes formales indiscutidas, o si se prefiere las dos fuentes formales primarias. Es frecuente que los autores<sup>26</sup> incluyan entre las fuentes formales otras expresiones del derecho positivo además de la ley y la costumbre como: principios generales del derecho, normas de la administración eclesiástica, privilegios, estatutos, jurisprudencia, derecho civil, derecho concordado, doctrina científica y equidad. Es innegable que todas estas expresiones jurídicas pueden tener también cierto carácter de fuente; sin embargo, habrá que precisar muy bien en qué sentido.

## V. LA LEY Y LA COSTUMBRE COMO FUENTES NORMATIVAS

Una simple mirada al Código de Derecho Canónico da a entender que la ley y la costumbre son fuentes del derecho. Ambas tienen, como fuentes formales, sus propias normas sobre la producción jurídica. A la ley se dedica el título primero del CIC (cánones 7-22), al que habría que añadir también los cánones 29-30 y 135 § 2. La costumbre se diseña en el título segundo del CIC

<sup>24</sup> *Communicationes* 23, 1991, pp. 72-76.

<sup>25</sup> *Cf.* Lombardía, P., *op. cit.*, pp. 566 y 567.

<sup>26</sup> *Cf.* Mauro, T., *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II*, en *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, I, Padova, 1991, pp. 33-63; García Barberena, T., *Norma en sentido material y en sentido formal*, en *La norma en el derecho canónico. III Congreso Internacional de Derecho canónico*, I, Pamplona, 1979, pp. 657-675; Di Luca, L., "Fonti del diritto canonico", *Enciclopedia del diritto* 17, Varese, 1968, pp. 970 y 971.

(cánones 23-28). En los cánones destinados a una y otra fuente se establece, en algunos casos de manera muy embrionaria, los requisitos de autoría, las exigencias de promulgación y cesación, el trámite constitutivo, la publicidad, y los efectos que corresponden a las fuentes formales.

Sin embargo, la ley canónica ofrece otra prueba de lo difícil que resulta llevar a cabo una desambiguación completa entre fuentes materiales y formales. Un canonista debe ser verdaderamente experto para saber si una norma canónica es una ley. Las normas canónicas nunca se titulan como leyes. Dichas normas llevan nombres rarísimos y pueden proceder de los órganos más variados. Evidentemente no todas son leyes, para saber si lo son, después de comprobar, como dice el canon 29, que su autor “establece prescripciones comunes para una comunidad capaz de ser sujeto pasivo de una ley”, es decir, que no se trata de un acto singular de la potestad canónica, habrá que ver si el que promulga esa norma es, vuelve a afirmar el mismo canon, “el legislador competente”. Si es él el que las promulga, esas normas, llámense como se llamen, “son propiamente leyes y se rigen por las disposiciones de los cánones relativas a ellas” (canon 29). Así pues, para poder llamar a una norma ley e incluirla en la categoría de fuente formal de derecho, antes debemos averiguar de quién procede, quién es su fuente material, y si esa fuente material tiene verdaderamente competencias legislativas.

Por tanto, lo más importante es establecer con claridad quiénes constituyen la fuente de producción normativa, es decir, quiénes son los legisladores eclesiásticos y quiénes los introductores de la costumbre. Es bien sabido que la legislación canónica tiene una modalidad universal y otra particular. Los legisladores universales son quienes ostentan la suprema potestad: el romano pontífice (canon 331), que es el legislador universal ordinario, y el Colegio episcopal (cánones 336 y 337), que opera como legislador sobre todo en el sínodo ecuménico. Los legisladores particulares son: *a*) el romano pontífice y el Colegio episcopal, cuando dan ley para una determinada circunscripción o comunidad de fieles; *b*) el obispo diocesano (canon 391 § 2), que es el legislador ordinario en el ámbito de las Iglesias particulares; se entiende que no cualquier obispo, sino precisamente el obispo diocesano, aquel que desempeña el oficio capital de una Iglesia particular; *c*) los concilios particulares, plenarios y provinciales (canon 445); *d*) los titulares de otros oficios capitales, equiparados al obispo diocesano *ipso iure*, como son los prelados territoriales, los abades territoriales, los vicarios apostólicos, los prefectos apostólicos y los administradores apostólicos de una administración apostólica erigida de un modo estable (cánones 381 § 2 y 368); *e*) otros titulares de oficios capitales de estructuras de potestad que, aunque no estén equiparados *ipso iure* al obis-

po diocesano, desplieguen una potestad análoga a la del obispo diocesano (como los ordinarios militares o los prelados personales), y *f*) las conferencias episcopales, cuando cubren las condiciones del canon 455 § 1.<sup>27</sup>

Veamos ahora el sujeto activo de la costumbre. Una comunidad de fieles, aunque no tiene evidentemente potestad legislativa, es también fuente de producción normativa siempre de acuerdo con las condiciones que el propio derecho le asigna para la introducción de la norma consuetudinaria. Ha de tratarse de un uso razonable, no reprobado por el derecho, introducido por la comunidad en su conjunto (incluyendo a su cabeza), con intención de introducir el derecho y cubriendo los periodos de tiempo establecidos (cánones 23-28). Por lo que se refiere a la estructura de la comunidad, el derecho establece (canon 25) que sólo son *capaces iuris inducendi* las comunidades que son *capaces legis recipiendi*; sólo una comunidad capaz de recibir una ley es capaz de introducir costumbre jurídica. Esta exigencia no es más que una cautela para asegurar que la norma sea verdaderamente general y que la comunidad sea una comunidad genuina, con todas las condiciones institucionales.<sup>28</sup>

## VI. FUENTES SUBORDINADAS, SUPLETORIAS E INDIRECTAS

Los autores, civilistas o canonistas, hablan de las fuentes formales con cierta amplitud. A la ley y la costumbre añaden otras. Cualquier tratadista del sistema de fuentes se siente obligado a establecer un amplio elenco, pero como ya decíamos antes, hay que ser cautos.

Existen fuentes normativas provenientes de la autoridad canónica que no son leyes. Una gran cantidad de órganos de la curia romana o de las curias diocesanas tienen potestad administrativa, y por tanto, pueden legitimar a la norma jurídica administrativa; sin embargo, no son legisladores. Esa norma es una norma que no puede trasgredir las leyes y que queda sometida a ellas (cánones 31-34). Por ello, las normas administrativas (llámense decretos generales ejecutorios e instrucciones, como las llama el CIC, o se llamen de otra manera) no pueden ser fuentes de derecho en el mismo sentido que la ley. Se puede hablar, si se quiere y si no resulta contradictorio, de *fuentes subordinadas*.

<sup>27</sup> Acerca del carácter legislativo, en sentido técnico, de las normas de las conferencias episcopales, véase Otaduy, J., “Sobre la potestad legislativa de las conferencias episcopales”, en *id.*, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona, 2002, pp. 185-197.

<sup>28</sup> Puede encontrarse una descripción acabada de la condición necesaria por parte de la comunidad en Otaduy, J., “La comunidad como fuente de derecho (presupuestos eclesiológicos y sociales de la costumbre)”, en *id.*, *Fuentes, interpretación, personas, cit.*, pp. 125-172.

Para suplir el silencio de la ley y de la costumbre, el canon 19 remite a una serie de medios: leyes dadas para casos semejantes, principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, jurisprudencia y praxis de la curia romana, y la opinión común y constante de los doctores. En virtud de esta indicación codicial, algunos hablan de *fuentes supletorias*. Me parece que el canon 19 no tiene la intención de crear ese concepto de fuente. De hecho, lo que dice es que, cuando sobre alguna materia no haya ley expresa, la causa se debe decidir (*causa... dirimenda est*) atendiendo a esos medios. Esta redacción me parece representativa. En el canon paralelo del CIC de 1917 se decía que en caso de silencio legal, la norma se debía tomar (*norma sumenda est*) acudiendo a esos medios. Así, se aprecia que el Código ha cobrado conciencia de cuál es su posición para suplir el silencio de la ley. No entiende los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la praxis y la doctrina científica como normas sino como eventuales ayudas *ad casum*, por lo que, sirven para resolver un caso, pero no todos. Están en el campo de los argumentos decisoriales más que en el de las normas jurídicas.

Dicho lo cual, me parece difícil negar el carácter de fuente a algunos de estos medios. La jurisprudencia de la Rota Romana a lo largo de los últimos decenios ha recibido valoraciones notables por parte de los romanos pontífices,<sup>29</sup> en las que se percibe una toma de posición favorable a que la

---

<sup>29</sup> “Podemos preguntarnos por qué las sentencias de la Rota poseen una relevancia jurídica que rebasa el ámbito inmediato de las causas en que son emitidas. Prescindiendo del valor formal que todo ordenamiento jurídico puede atribuir a los precedentes judiciales, no cabe duda de que cada una de las decisiones afecta de algún modo a toda la sociedad, pues van determinando lo que todos pueden esperar de los tribunales, lo cual ciertamente influye en el desarrollo de la vida social. Todo sistema judicial debe tratar de ofrecer soluciones en las que, juntamente con la valoración prudencial de los casos en su irrepetible realidad concreta, se apliquen los mismos principios y normas generales de justicia. Sólo de este modo se crea un clima de confianza en la actuación de los tribunales, y se evita la arbitrariedad de los criterios subjetivos. Además, dentro de cada organización judicial existe una jerarquía entre los diferentes tribunales, de modo que la posibilidad misma de recurrir a los tribunales superiores constituye de por sí un instrumento de unificación de la jurisprudencia... Además del valor intrínseco de racionalidad insito en la actuación de un tribunal que decide ordinariamente las causas en última instancia, es evidente que el valor de la jurisprudencia de la Rota romana depende de su naturaleza de instancia superior en grado de apelación ante la Sede apostólica. Las disposiciones legales que reconocen ese valor (*cf.* can. 19 del *Código de derecho canónico*; const. ap. *Pastor bonus*, art. 126) no crean, sino que declaran ese valor. Ese valor proviene, en definitiva, de la necesidad de administrar la justicia según parámetros iguales en todo lo que, precisamente, es en sí esencialmente igual./En consecuencia, el valor de la jurisprudencia rotal no es una cuestión factual de orden sociológico, sino que es de índole propiamente jurídica, en cuanto que se pone al servicio de la justicia sustancial. Por tanto, sería impropio ver una contraposición entre la jurisprudencia rotal y las decisiones de los tribunales locales, los cuales están llamados a desempeñar una función indispensable, al hacer inmediatamente accesible la administración de la justicia, y al poder investigar y resolver los casos en su realidad concreta,

jurisprudencia de la Rota Romana sea efectivamente fuente de derecho, evidentemente con todas las condiciones que debe exigirse a la jurisprudencia para convertirse en derecho objetivo.

¿Hasta qué punto los principios generales del derecho<sup>30</sup> y lo que el canon 19 llama la *opinión común y constante de los doctores*, la doctrina canónica pueden llegar a ser también fuentes del derecho canónico en sentido formal y propio? Mucho se podría discutir sobre ello, me inclino a pensar que los principios generales y la doctrina jurídica más que fuentes son válvulas que armonizan y equilibran el ordenamiento. Naturalmente, los principios generales, en la medida que ofrezcan o formulen principios de justicia que no están presentes en el sistema de derecho positivo constituyen fuente de derecho. Pero me parece que no es esa la función prioritaria que desempeñan de ordinario los principios generales.

Por último, cabría hablar de las fuentes formales *indirectas*, es decir, para el caso en que la ley reenvíe a una norma ajena o la adopte en el ordenamiento canónico. Como fuentes indirectas se deben tomar a las normas pactadas con los Estados o con otras sociedades políticas (según el régimen que establece el canon 3) y aquellas otras leyes civiles a las que con alguna frecuencia remite el derecho canónico (de acuerdo con las disposiciones del canon 22).

## VII. JERARQUÍA NORMATIVA

El primer servicio que ofrece un sistema de fuentes es el establecimiento de una jerarquía normativa.<sup>31</sup> Cuando se establecen las fuentes formales de un ordenamiento jurídico, inmediatamente los demás medios de conocimiento, de desarrollo y de aplicación del derecho quedan sometidos a las fuentes formales. Hasta las mismas fuentes formales fijan un programa de relaciones entre ellas. Las fuentes de producción jurídica, finalmente, determinan también los grados de sujeción que mantienen entre sí los distintos productores de normas, conforme sea la competencia de cada uno.

En el ordenamiento canónico, precisamente porque no ha existido una decidida apuesta por la consolidación de un sistema de fuentes formales, la jerarquía normativa no tiene una larga historia; o más exactamente, ha prevalecido tan sólo la jerarquía entre los legisladores o productores del de-

---

a veces vinculada a la cultura y a la mentalidad de los pueblos". Benedicto XVI, *Discurso*, 26 de enero de 2008, AAS 100, 2008, pp. 85 y 86.

<sup>30</sup> Cf. Otaduy, J., "Principios generales del derecho", *DGDC*, VI, pp. 462-469.

<sup>31</sup> Cf. Otaduy, J., "Jerarquía normativa", *DGDC*, IV, pp. 862-868.

recho, de modo que el que tenía un puesto jerárquico inferior no podía dar una norma contra el que tenían un puesto jerárquico superior. Ahora bien, se producían de ordinario muchos problemas para determinar qué rango tenía una norma (¿es esto una ley?); y también para verificar quién era verdaderamente su autor (¿ha sido el legislador el autor de esta norma o tan sólo la ha conocido y la ha aprobado?).

¿Por qué ocurría esto? Para la canonística tradicional cualquier fenómeno normativo procedente de la potestad pública era una ley. Se empleaba un concepto inespecífico de ley. Por eso, para establecer una jerarquía canónica de normas, el punto determinante es el establecimiento de la ley como fuente formal; es decir, que tan sólo se considere ley a aquella norma general procedente de la potestad legislativa (y no de la “potestad pública” en sentido amplio). Únicamente la norma dada por el legislador será una ley y presentará una forma precisa de elaboración, de manifestación y de promulgación; sólo ella ocupará el puesto prevalente entre todas las normas.

Las dificultades que tenía el derecho canónico para la fijación de una noción formal de ley procedían (y en parte siguen procediendo) de diversas causas: *a*) en el derecho canónico no existen titulares exclusivos de la potestad legislativa. Los oficios capitales de las estructuras jerárquicas canónicas (el romano pontífice y los obispos diocesanos, por ejemplo) pueden ejercitar todas las funciones de la potestad, no sólo la función legislativa; *b*) no existe en el derecho canónico una forma legalmente determinada de elaboración de la ley, como existe en el derecho de los Estados; *c*) tampoco existe, según hemos dicho, una intitolación determinada, y *d*) finalmente, es muy frecuente que en los principales actos de gobierno de los órganos que no tienen potestad legislativa intervenga la supervisión y la aprobación del legislador.

No obstante, es posible, al menos desde la promulgación del CIC de 1983, hablar de la ley como de una fuente formal específica. Las razones son éstas: *a*) se ha procedido a hacer una distinción expresa dentro de la potestad pública (legislativa, judicial y ejecutiva) (canon 135); *b*) se ha asignado una categoría específica de ley en sentido técnico a los decretos generales dados por el legislador (canon 29): el derecho viene a decir que, con independencia del nombre que se emplee para designarlo, aquel documento normativo que procede de quien tiene potestad legislativa es una ley; *c*) se ha establecido una jerarquía de normas en la que la ley tiene la prevalencia (cánones 29-34): son reconocidas otras normas, como los decretos generales ejecutorios y las instrucciones, que no tienen fuerza de ley y que están subordinadas a la ley, y *d*) se han dado normas explícitas que declaran quiénes tienen potestad legislativa (cánones 333, 336, 391 § 2, 445) y quiénes no la tienen (cánones 30, 31, 455 § 4, 466; PB 18 § 2).

Por lo que se refiere a la relación entre las fuentes formales, el derecho canónico reconoce una equiparación de fuerza normativa entre la ley y la costumbre. Dicho con otras palabras, la costumbre *tiene fuerza de ley* (cánones 23-26) y cubre funciones normativas equiparadas a la ley: no hay laguna legal si hay costumbre (canon 19), y se puede abrogar el derecho legislativo (canon 26). Aun así, es evidente que la ley regula y condiciona la costumbre “de acuerdo con los cánones que siguen” (canon 23). La misma ley debe someterse a la legalidad *in legislando* (cánones 8, 29, 30, 135 § 2).

Todo el sistema de fuentes está sujeto además a la doble dimensión universal y particular que imbuye todo el ordenamiento canónico. El ordenamiento de la Iglesia católica conoce una inusual abundancia de los legisladores, al menos en tres instancias: la potestad suprema (que puede ejercer el papa o el colegio episcopal), la potestad sinodal de los obispos reunidos en los concilios plenarios o provinciales, y la potestad capital del obispo diocesano en las Iglesias particulares. A esto habría que añadir los casos para los que las conferencias episcopales tienen potestad legislativa. Dichas instancias dan lugar a múltiples exigencias de gradación jerárquica. Sobre ello dice el canon 135 § 2 que “no puede delegarse válidamente aquella [potestad legislativa] que tiene el legislador inferior a la autoridad suprema, a no ser que el derecho disponga expresamente otra cosa; tampoco puede el legislador inferior dar válidamente una ley contraria al derecho de rango superior”.

### VIII. EL DERECHO DIVINO COMO NORMA PREVALENTE

Lo dicho hasta ahora debe entenderse incorporado a un régimen de valoración específico. Es decir, queda sujeto a la precedencia inmediata e irrefragable que tiene para el derecho canónico el derecho divino. La precedencia del derecho divino es un aspecto muy importante del sistema de las fuentes canónicas. Lo cual supone una vigorosa modificación de la habitual propuesta positivista. Para el derecho canónico la primera fuente es Dios, creador del hombre (derecho natural), y Dios revelador de su designio sobre la Iglesia (derecho divino positivo). En el derecho canónico, a las fuerzas “sociales” creadoras de derecho debe preceder siempre el derecho divino, es decir, una fuerza trascendente creadora de derecho. Es evidente que ese poder trascendente de creación de derecho está llamado a ser acogido por los órganos de la Iglesia socialmente estructurada. Pero esa acogida, que Del Giudice llama *canonizatio*,<sup>32</sup> no es la que dota al derecho divino de carácter vinculante y

<sup>32</sup> Del Giudice, V., *Nozioni di Diritto canonico*, Milán, 1962, p. 17.

normativo para el pueblo de Dios, ya que Dios creador y revelador es fuente primaria del derecho y no sólo de orientaciones morales o metajurídicas. Es más, como decía Juan Pablo II:

...la interpretación auténtica de la palabra de Dios que realiza el Magisterio de la Iglesia tiene valor jurídico en la medida en que atañe al ámbito del derecho, sin que necesite un ulterior paso formal para convertirse en vinculante jurídica y moralmente. Asimismo, para una sana hermenéutica jurídica es indispensable tener en cuenta el conjunto de las enseñanzas de la Iglesia, situando orgánicamente cada afirmación en el cauce de la tradición. De este modo se podrán evitar tanto las interpretaciones selectivas y distorsionadas como las críticas estériles a algunos pasajes.<sup>33</sup>

A estas palabras se adheriría explícitamente Benedicto XVI.<sup>34</sup> Así, en un sistema ordinario de fuentes ocupa la cima la ley constitucional. En el derecho canónico no existe una ley constitucional formal. Pero, precisamente por la vigencia inmediata e irresistible del derecho divino, las normas que formulan o acogen el derecho divino ocupan una prioridad, hasta cierto punto, comparable con una ley constitucional.

El pensamiento acerca del derecho divino ha atravesado dos situaciones contradictorias a lo largo del último siglo. A la altura de 1917, por poner una fecha inolvidable para los canonistas (sin que hubiera solución de continuidad ninguna con el pensamiento anterior), el derecho divino se consideraba como una realidad absoluta, diferenciable del derecho humano, y que podía formularse con plenas garantías. Hasta cierto punto corría la misma suerte que las declaraciones dogmáticas. Nadie dudaba de que el sistema lingüístico y el sistema conceptual empleados en la declaración dogmática eran históricos, mas eso no disolvía en absoluto el contenido de la declaración en la trama de la cultura humana.

De la posición de firme definición se pasó a una visión más realista y más encarnada. Se vino a decir, con razón, que el derecho divino nunca se encuentra *químicamente puro*.<sup>35</sup> Siempre tiene historia: está formulado con el

<sup>33</sup> Juan Pablo II, *Discurso a la Rota Romana*, 29 de enero de 2005, AAS 97, 2005, p. 166.

<sup>34</sup> Cfr. Benedicto XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 26 de enero de 2008, AAS 100, 2008, pp. 87 y 88.

<sup>35</sup> Lombardía, P., "Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia", en *id.*, *Escritos de derechos canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, IV, Pamplona, 1991, p. 206; Bernal, J., "Persona in Ecclesia Christi". *La dimensión constitucional de la subjetividad canónica en el pensamiento de Pedro Lombardía*, en "Cuadernos doctorales" 12, 1994, pp. 333-335. Puede verse también la posición relativamente semejante de Rahner K. en los capítulos *Die ekklesiologisches Grundlegung der Pastoraltheologie y Die disziplin der Kirche*, en Arnold, F. X. et al., *Handbuch der Pastoraltheologie. Praktische Theologie der Kirche in ihrer Gegenwart*, I, Freiburg-Basel-Wien, 1964,



lenguaje de la ciencia jurídica, inmerso en una fuente legislativa, protegido por diversos instrumentos de derecho, explicado por la doctrina jurídica del momento y aplicado por tribunales que tienen su propia mentalidad. Esta posición, que podríamos llamar del *derecho divino encarnado*, ha tenido versiones cada vez más intensas. Se llega a considerar que cualquier dato del derecho canónico, precisamente por su forzoso contacto con el derecho divino, queda *ungido* por él y *manifiesta* el derecho divino. Algunas intervenciones de Benedicto XVI podrían entenderse incorporadas a esta percepción.<sup>36</sup> Debe quedarnos claro que no se ha empleado, según esta posición, la mezcla del derecho divino con la cultura humana para relativizar o abajar la fuerza del derecho divino, sino para ensalzar la categoría del derecho canónico, de todo él y de cualquiera de sus partes. Es fácil comprender que esta línea de pensamiento sufre al considerar el derecho divino simplemente como un límite en el ordenamiento canónico, ya que procura verlo siempre como un fundamento.

¿Qué decir ante todo esto? Es evidente que todo los planteamientos son comprensibles. No se puede negar que el derecho divino está culturalmente mediado y encarnado en la historia. Pero la verdad del derecho divino lleva implícitas tres notas insoslayables: *a)* sus contenidos son discernibles; *b)* el valor de esos contenidos es asimétrico en comparación con el resto de los contenidos jurídicos y prevalecen sobre ellos, y *c)* esos contenidos, aunque entren en contacto con la cultura, no quedan disueltos en la cultura humana. De lo contrario no tendría sentido hablar del derecho divino como una categoría propia.

En mi opinión, siguiendo el uso que hace el CIC de la noción de derecho divino,<sup>37</sup> este término debe entenderse en sentido estricto. O sea, aquellos contenidos relacionados con la justicia y la organización eclesial cuyo origen hay que atribuirlo al querer trinitario sobre la Iglesia. Contenidos

---

pp. 117-215 y 333-343. Muy crítico con los contenidos discernibles y fijos de derecho divino se muestra Lo Castro, G., *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Turín, 1997, pp. 19-62.

<sup>36</sup> “Así se hace posible una hermenéutica legal que sea auténticamente jurídica, en el sentido de que, situándose en sintonía con el significado propio de la ley, se puede plantear la cuestión crucial sobre lo que es justo en cada caso. Conviene observar al respecto que, para percibir el significado propio de la ley, es necesario siempre contemplar la realidad que reglamenta, y ello no sólo cuando la ley sea prevalentemente declarativa del derecho divino, sino también cuando introduzca constitutivamente reglas humanas. Estas deben interpretarse también a la luz de la realidad regulada, la cual contiene siempre un núcleo de derecho natural y divino positivo, con el que debe estar en armonía cada norma a fin de que sea racional y verdaderamente jurídica”. Benedicto XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 21 de enero de 2012, AAS 104, 2012, pp. 105 y 106.

<sup>37</sup> En los cánones 22, 24 § 1, 1059, 1075, 1163 § 2, 1165 § 2, 1290, 1692.

bien determinados. Datos de derecho natural o positivo que, por su origen, no pueden ser eliminados ni ser contravenidos, sea cual sea la mediación cultural o jurídica que reciban. El hecho de que cualquier normatividad canónica guarde relación (de contacto, de desarrollo, de determinación) con la ley divina no otorga carácter divino a todo fenómeno normativo ni a todo comportamiento comunitario. El derecho divino es histórico, puede formularse homogéneamente con el resto de los contenidos del derecho, ya que esto consiente desarrollos humanos, y no pocas veces los exige. Ahora bien, se distingue formalmente de esos desarrollos y de esas mediaciones.

Es claro para mí que la ley positiva (y la tradición canónica) recurre muy frecuentemente al derecho divino como norma límite.<sup>38</sup> Cuando el derecho positivo se refiere al derecho divino lo hace ordinariamente para establecer los confines insalvables de su propia condición de derecho positivo humano. Eso no significa por supuesto que el derecho divino no tenga también condición de fundamento. Ahora bien, que el derecho humano encuentre fundamento en el derecho divino no le hace cambiar de naturaleza. Le confiere un título de dignidad mas no lo cambia. Incluso habría que tener mucho cuidado para hablar de mezcla. En una mezcla las dos entidades previas no son reconocibles. Lo divino y lo humano no pierden su carácter propio. Aquí podríamos referirnos a la “notable analogía” (LG 8) entre Cristo y la Iglesia. Con todas las limitaciones de lo analógico, las dos naturalezas del Señor encuentran un reflejo en el derecho eclesial.

El oficio petrino en la Iglesia, por ejemplo, es de derecho divino. Puede considerarse también de derecho divino la necesidad de designar un sucesor a Pedro en la sede romana. Pero los modos para designarlo, exigencia ineludible para la encarnación de la potestad petrina, no pueden considerarse desde luego como derecho divino. Esos modos han sido distintos e incluso contrastantes en la historia. Es cierto que algunos son más adecuados que otros en unas circunstancias dadas; o que determinados modos tienen a su favor el haber sido elegidos en ejercicio del carisma jerárquico, pero han de ser considerados accesorios y mudables; no son derecho divino.

Al derecho positivo eclesial no se le pide que sea expresión del derecho divino. Lo que se le pide (lo cual ya es mucho) es que sea congruente con el derecho divino. En primer lugar que lo respete, que las diversas materias jurídicas no resulten antagónicas con él, o difíciles de conciliar; que lo enuncie

---

<sup>38</sup> “Sobre la base de las consideraciones hechas hasta ahora debería intuirse por qué no es congruente con una idea aceptable de derecho divino concebirlo como un *límite* al derecho humano”. Lo Castro, G., *op. cit.*, p. 55 (traducción mía). Sin embargo, hay que decir que Lo Castro entiende la condición de límite en sentido fuerte, es decir, como si el derecho divino fuese *exclusivamente* límite externo del derecho positivo, sin participar en él.

formalmente para que pueda ser reconocido y ejercitado; que dote al derecho divino de toda la eficacia posible; que valore jurídicamente los actos que van contra él; que exhorte a su conocimiento; que lo haga servir de orientación a otras fuentes jurídicas; que establezca cautelas para su protección. Todo esto es ser congruentes con el derecho divino. Pero este esfuerzo de congruencia no es derecho divino.

Dicho de otra manera, el hecho de que exista una verdadera conexión entre el derecho divino y el derecho humano no quiere decir que exista en toda norma canónica un núcleo de derecho divino, como si el derecho canónico fuera humano en su proceso de encarnación y divino en la sustancia que se encarna. Aunque eso puede suceder en ocasiones, sería muy inconveniente entender así el derecho canónico en su integridad.

Es verdad que el derecho divino clama por su vigor histórico, que se logra frecuentemente a través del derecho positivo. Por tanto, siempre existe una cierta exigencia de positivación para el derecho divino. En esa misma medida, existe también contacto inexcusable de lo divino y lo humano. Sin embargo, no es correcto dar la vuelta a la frase. No debemos empeñarnos en descubrir el derecho divino siempre que descubramos exigencias de la positivación canónica. El derecho canónico tiene un amplísimo campo de adecuación socioeclesial que para nada debe considerarse derecho divino.