

I. Departamento de Derecho Público.

1. Derecho Eclesiástico del Estado.

DE LA NATURALEZA PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO CANÓNICO.

Por el Dr. D. Jaime PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ.

Catedrático de la Asignatura, Facultad de Derecho.
Universidad de Extremadura.

S U M A R I O

- 1.—*Prolusión.*
- 2.—*Encuadramiento del Derecho Canónico respecto al derecho público y al privado:*
 - a) *la posición de Pío FEDELE.*
 - b) *la revisión de la misma.*
 - a') *la postura moderada crítica.*
 - b') *la postura radical en contra.*
 - c) *conclusiones.*
- 3.—*La aportación del Derecho Público Eclesiástico.*

1.—PROLUSIÓN.

Recuerda P. LOMBARDIA, que «la discusión de teoría general acerca de la distinción entre Derecho público y Derecho privado y su aplicación al ordenamiento de la Iglesia, debe ser revisada sobre la base de la doctrina del Vaticano II»; la exigencia de una fundamental renovación se deriva de la necesidad de tener en cuenta los ámbitos de autonomía de los fieles en la vida de la iglesia¹.

Es el fondo científico de este trabajo; pero el impulso para su elaboración —incluso con desfase de tiempo para la temática— se debe únicamente a los inmediatos cambios estructurales en la organización académica de la enseñanza y la investigación universitarias que supone el R-Decreto 2360/1984, de 12 de diciembre, sobre Departamentos Universitarios, que desarrolla la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma universitaria.

Para que el componente aleatorio del estreno disminuyera o simplemente porque no había otra solución, varias Facultades de Derecho de escasa plantilla de Profesores numerarios y no numerarios han distribuido las tradicionales disciplinas del coherente Plan de estudios vigente, de 1953, entre amplios Departamentos que han recibido los nombres de Derecho público y de Derecho privado para acoger generosamente asignaturas de muy distintas «áreas de conocimiento», fijadas, últimamente, por el R-Decreto 1888/1984 de 26 setiembre.

Para este reparto por Departamentos el Derecho Canónico se ha acogido al de Derecho público, pero sin faltar serias posibilidades de encuadrarse en el de Derecho privado, o en el de Ciencias Jurídicas históricas.

Esta tradicional y difusa polémica del Derecho público y del priva-

¹ LOMBARDIA, P., «El estatuto jurídico del catecumenado, según los textos del Concilio Vaticano II», en "Ius Canonicum", 6 (1966), p. 530.

do, de impronta romana y tan debatida por la canonística, con un impulso indudable de los eclesiasticistas, a mediados de siglo había cesado con una opinión abrumadoramente mayoritaria para quienes sostenían que la normativa del Derecho de la Iglesia era de carácter público, preponderantemente.

El «aggiornamento» que el Concilio Vaticano II está suponiendo para la catolicidad se encuadra, aunque no se resume, en una nueva eclesiología que recoge, principalmente, la Constitución Dogmática «Lumen gentium» y que en la función propedeútica del Derecho público eclesiástico —interno y externo— respecto del Derecho canónico, ha introducido evidentes modificaciones en las tesis que alumbraron y fundamentaron, desde el siglo XVIII a mediados del siglo XX, aquella disciplina que, en su evolución compleja ha dado lugar al Derecho eclesiástico del Estado, nombre del área de conocimiento que acoge la ciencia canónica y que estudia, hoy, el Derecho que el Estado promulga sobre materias «de re religiosa».

Junto a esa nueva eclesiología, el Vaticano II aporta una nueva enseñanza doctrinal y disciplinar que afecta a temas tan importantes como la condición jurídica del fiel, la naturaleza de la jerarquía y sus funciones y la proclamación del derecho a la libertad religiosa. Con estos datos es inevitable la revisión del Derecho público eclesiástico, que se distingue del Derecho Canónico, aunque dándole fuertes argumentos para su preponderante carácter de derecho público. Estas modificaciones doctrinales tienen tanta importancia, a juicio del autor citado, que habrá que preguntarse si tiene cabida, claramente definida, hoy, en el Derecho Canónico una normativa que permita hablar, junto al «Ius canonicum publicum», de un «Ius canonicum privatum», ambos integrantes del ordenamiento jurídico de la Iglesia².

En esta introducción-justificación del tema hemos de añadir un hecho feliz de gran importancia: el buen sentido docente de los canonistas, hace años, que modificó los tradicionales Programas de Derecho Canónico para juristas civiles. En el nuevo temario se distinguen, tres campos interrelacionados: uno para la parte general y hasta la constitucional del Derecho de la Iglesia («Ius canonicum stricto sensu», sin olvidar la función preparato-

2 LOMBARDIA, P., «El Derecho público eclesiástico, según el Vaticano II», en «Escritos de Derecho Canónico», II, Pamplona 1973, p. 428.

ría que el Derecho público eclesiástico supone); otro para un Derecho matrimonial, fundamentalmente canónico, y un tercero, para el Derecho eclesiástico del Estado, que comprende el tratamiento civil de lo religioso, sobre el principio de la libertad religiosa, constitucionalmente garantizado.

Por supuesto, el hablar de la impronta del Concilio Vaticano II, es obvio, que implica valorar a fondo los cambios, que ha recogido, hechos norma, el nuevo Código de Derecho Canónico de 1983, donde aflora esa nueva eclesiología con básicos caracteres pastoralistas, en donde la salvación de las almas, fin inmediato de la Iglesia, se declara, en el c. 1752, su ley suprema, y que va a dedicar su Libro II al «Pueblo de Dios», con un Título I que regula los derechos y deberes de todos los fieles, radicalmente iguales.

Admitamos con lo dicho, a efectos de no alargar este trabajo, que el «Derecho matrimonial canónico» pertenece, mayoritariamente, al campo del Derecho privado, en razón de la función capital que tiene el consentimiento de los cónyuges y, no obstante, la sólida conformación institucional que al matrimonio presta el «ius cogens» de Derecho público. Aceptamos, también, que el nuevo Derecho eclesiástico del Estado, evolución, en cierta manera laicizada, del Derecho público eclesiástico, es materia que se encaja en el derecho público, en una gran parte de su contenido.

Para resolver científicamente ese estar el Derecho Canónico, en uno u otro de los dos Departamentos citados, es decisivo el carácter público o privado de la mayor parte de su normativa.

2.—ENCUADRAMIENTO DEL DERECHO CANÓNICO RESPECTO AL DERECHO PÚBLICO Y AL PRIVADO.

«Del problema de la división del Derecho en público y privado, señala M. CABREROS DE ANTA, se ha dicho que es como la cuadratura del círculo y que, solamente, por aproximación, puede resolverse». La opinión es perfectamente suscribible, hoy, tras el Vaticano II y el nuevo Código Canónico de él salido, como vamos a ver³.

Abordamos esta cuestión, ínsita, en cierto modo, en la teleología del Derecho Canónico como estructura de la Iglesia, y que va a poner de

3 CABREROS DE ANTA, M., «Comentarios al Código de Derecho Canónico», I, Madrid, 1963, p. 34.

relieve la singularidad o tipicidad de este ordenamiento jurídico primario, verdaderamente arquetípico como construcción científica, pero no analizable, por ello, como parigual a los ordenamientos jurídicos seculares, como lo hizo, desde fines del siglo XVIII hasta mediados del XX, el Derecho público eclesiástico, aun siendo muchas sus aportaciones para alumbrar la naturaleza jurídica de la Iglesia y de su Derecho.

Quizá la más conflictiva de todas las clasificaciones del «Derecho Canónico» es la intentada por razón del objeto, pero sin olvidar el sujeto y el fin, en derecho público y derecho privado, tomada de la ciencia civilística, con base en el Derecho romano.

A fin de perfilar la terminología a emplear en este trabajo, señalaremos, en primer lugar, que no está perfectamente precisada en los propios civilistas; sin embargo, hay un cierto consenso general en afirmar que el derecho público es aquel que mira, más directamente al bien social que al individual, por eso se le califica algunas veces de “objetivo o transpersonalista”, en contraposición al valor “*uti singuli*” del derecho privado, al que se le denomina, también, “subjetivo o personalista” y que se ordena, más directamente, al bien personal de cada individuo, aunque siempre conciliado con el bien común.

Es la incidencia del Derecho Romano, inmortalizada al recoger Justiniano, en su Digesto, la siguiente definición de Ulpiano: «*Ius publicum est quod ad Statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*» (D. 1,1,1,2). «En términos generales —matizará A. LATORRE— puede decirse que el Derecho Público se concretiza porque en él existe un ejercicio del poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares. El Derecho privado es aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las dos partes actúa revestida de poder estatal»; lo que supone que los entes públicos, no comprometiendo su «potestas» pueden ser parte de una relación jurídica de Derecho privado⁴.

Con todo, conviene dejar constancia, en orden a concretar la clasificación del Derecho que nos ocupa, que para M.J. GARCÍA GARRIDO, el

4 LATORRE, A. «Introducción al Derecho», 9.^a edic., Barcelona, 1983, p. 186.

Jurisconsulto Ulpiano se refiere con su distinción, más que una clasificación del Derecho, a dos posiciones distintas en su estudio⁵.

En la Iglesia —dice M. CABREROS DE ANTA— el Derecho público es más permanente que el Derecho privado; lo contrario, precisamente, de lo que sucede en la legislación de los Estados. El primero se interesa más por el bienestar externo que por el interno; al revés de lo que hace el Derecho privado⁶.

El Derecho público contiene una normativa que mira al fin supremo de la Iglesia y al fin inmediato del Derecho canónico, desde una «potestas» que organiza y da vida al interés comunitario de la Iglesia. Las normas de Derecho privado se refieren, principalmente, a las relaciones de los fieles entre sí, miembros de una comunidad misteriosa, que prefiere la «auctoritas», como integrante de una comunión que es, también Sociedad.

Junto a esta clasificación del Derecho de la Iglesia, en público y privado, aparece en el siglo XVIII un «*Ius Publicum Ecclesiasticum*», que se diferencia del «*Ius Ecclesiasticum publicum*» del que hemos venido tratando, y al objeto de separarlos, ya, en su terminología, a éste último vamos a denominarlo «*Ius canonicum publicum*». El Derecho público eclesiástico —dice G. SARACENI— se desarrolla en la Italia del siglo XIX. Aparece como un esfuerzo tendente a justificar y defender los derechos de la Iglesia, proclamándola «Sociedad perfecta» par igual al Estado, pero sin dejar de señalar que esta Sociedad que es la Iglesia, es tal, pero de derecho divino «ad intra» y «ad extra», tanto en sus aspectos positivos como negativos⁷.

El Derecho público eclesiástico se ha venido subdividiendo en «interno» y «externo», a partir de una concepción hierarcológica, como señala E. MOLANO, hoy superada desde el Concilio Vaticano II. La doctrina del Derecho público eclesiástico no utiliza un método teológico sino apologético para sostener que la Iglesia es una Sociedad primaria y ha de aplicársele el principio «ubi Societas, ibi Ius», éste será el campo del Derecho público eclesiástico interno. Más difícil será sostener la teoría de la «potestas indirecta in temporalium», base del Derecho público eclesiástico externo⁸.

5 GARCÍA GARRIDO, M.J., «Derecho privado romano», Madrid, 1979, p. 14.

6 CABREROS DE ANTA, M., op. cit., pp. 34 y 35.

7 SARACENI, G., «La Chiesa dopo il Concilio» (Atti del Congresso internazionale di Diritto Canonico), I, Romae, 1972, p. 326.

8 MOLANO, E., «Introducción al estudio del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico del Estado», Barcelona, 1984, p. 36.

Hechas las oportunas referencias al «*Ius publicum ecclesiasticum*», volvemos a estudiar el «*Ius canonicum*» y su distinción en público y privado, problema muy debatido en la primera mitad de nuestro siglo. El tema de la división citada había quedado acallado, cuando, en 1941, P. FEDELE, en su «*Discorso generale sull' ordinamento canonico*», vuelve a suscitar el interés por algo, que, al menos desde el punto de vista técnico, tiene transcendencia, aunque quizá sea exagerada la frase, de H. KELSEN de que es «la espina dorsal de la entera sistemática del derecho»⁹.

Lo que es evidente que no se trata de un simple problema de división o clasificación del Derecho canónico, fundamentado éste en el Derecho divino, sino algo mucho más profundo, que puede definir su compleja naturaleza y perfilar todo el sistema del ordenamiento jurídico canónico.

Efectivamente, cualquier otra división como la que se puede hacer en relación con las fuentes, en «escrito» y «consuetudinario», o por su extensión, en «*ius commune*», «*ius singulare*» y «*ius particulare*», o por la relación con los sujetos pasivos de la norma en «*ius generale*», «*ius speciale*» y «especial privilegiado», no afecta, a la vez, al objeto, al sujeto y al fin del ordenamiento canónico.

La distinción en «público» y «privado» es tradicional en el Derecho romano —como ya hemos dicho— y se traslada a la Ciencia canónica por influjo protestante y a la Ciencia jurídica estatal; es, por supuesto, poco precisa en sus contornos y no debe confundirse con ese Derecho público eclesiástico. En el sentir científico de muchos autores, es extraña al ordenamiento canónico, cuyas normas son todas imperativas, pues falta en el Derecho de la Iglesia la autonomía de la voluntad, característica del Derecho privado. El fin único e indivisible de la Iglesia exige la naturaleza pública de todo el Derecho canónico, tanto el que regula las relaciones jurídicas de los fieles entre sí, en cuanto particulares, que en cuanto pueden éstos ser colectivamente considerados. Son destacados los autores que mantienen esta posición, contándose, entre ellos, además del propio P. FEDELE, H.F. JACOBSON, G. PHILLIPS, H. VERING, J.B. SAGMÜLLER y R. MÖRSORF¹⁰.

⁹ KELSEN, H., «*Diritto publico e privato*», en RIFD, 1934, p. 354.

¹⁰ FEDELE, P., «*Discorso generale sull'ordinamento canonico*». Padova, 1941, pp. 108-170.

En este sentido, J. MALDONADO, resume la postura al afirmar, como típico del Derecho canónico, que, dentro del mismo, es dudoso que «pueda encontrarse una rama de eso que se llama Derecho privado en el Derecho estatal». Se ha señalado que en esos conflictos intersubjetivos caben intereses de tipo privado, y en este sentido podría pensarse que el interés a la propia salvación es un interés privado, en tanto que el interés a la salvación de los demás, que también debe preocupar a todo cristiano, es un interés público. «Pero no se puede desconocer que todo el sistema canónico está orientado a la tutela de un fin o interés superior, que engloba a todos los que se dan en la Iglesia; que es difícil deslindar un interés privado que deje indiferentes a los demás, pues todos deben preocuparse por la salvación de cada uno, y que no queda cada individuo en libertad de disponer con autonomía de su propio interés espiritual, en el cual se siente afectada la Iglesia toda, Cuerpo místico, en virtud del principio de la comunión de los santos»¹¹.

a) *La posición de PIO FEDELE.*

Para el Maestro de Perugia, todo el Derecho canónico es “público”, porque busca conseguir el bien público, es decir, la “salus animarum”, que es, al propio tiempo, fin de cada individuo y de la Iglesia. Esta identidad teleológica pide que las disposiciones legislativas eclesásticas se refieran a los fieles, considerados “uti universi”, no “uti singuli”, precisión con la que quiere evitar la negación de la intersubjetividad en el ordenamiento canónico, que sus críticos le achacan¹².

Por otra parte, de la misma manera que la “salus animarum” coincide con la “utilitas publica”, así, también, la “ratio peccati” y el “periculum animae” equivalen a la “ratio ordinis publici” o “ratio boni publici”. Ahora bien, el “periculum animae”, aun cuando puede ser individual, no es nunca de orden privado. «Las normas del ordenamiento canónico, —afirma P. FEDELE—, no se establecen nunca, al menos directa e inmediatamente, para reconocer los derechos de los fieles; ellas miran, en últi-

11 MALDONADO, J., «Curso de Derecho Canónico para juristas civiles» (Parte general), 2.^a edic., Madrid, 1970, p. 38.

12 FEDELE, P., op. cit., p. 38.

mo análisis, únicamente al bien espiritual de los fieles, es decir, a la salvación de su alma. Esta finalidad demuestra que no es el interés privado de los fieles, sino el interés general de la iglesia, el que constituye el objeto directo e inmediato de dichas normas¹³.

De la naturaleza pública del total ordenamiento canónico deduce, P. FEDELE, que, en el mismo, no existe algún derecho subjetivo privado, en cuanto no hay una verdadera y propia tutela del interés privado, considerado como tal y en cuanto tal. El interés que estimula a hacer, no es privado sino público¹⁴. Sin embargo, su posición la mitiga en el Congreso Internacional de Roma, de 1950, afirmando que, en el ordenamiento canónico, lo público "predomina grandemente" sobre lo privado.

A la tesis expuesta, se adhieren varios autores, como A.C. JEMOLO, R. BATAGIA, G. CAPOGRASSI y, muy especialmente, G. FORCHIELLI, que si bien reconoce en el ordenamiento canónico una esfera privada de relaciones jurídicas, destaca cómo en el "Codex" de 1917 son poco numerosos y de escasa importancia los derechos privados, por lo que, con frecuencia, son difícilmente identificables; por tanto, es imposible fundar una Ciencia del Derecho privado canónico, ya que no cabe como sistema con propia autonomía¹⁵.

En otra de sus obras, insiste G. FORCHIELLI en que, «entre el derecho público y el derecho privado, se dan las mismas identificaciones y contrastes que entre el todo y las partes; público es el todo, privadas son las partes o, quizá, solamente algunas partes. Así, en el sistema del Derecho canónico es, tal vez, fácil afirmar que todo sea público; esto es, reconocer complejos de normas formando parte del derecho público, es decir, del todo jurídico; por el contrario, es muy difícil descubrir o construir un sistema de derecho privado, aun debiendo o pudiendo reconocer que algunas normas, para el legislador son públicas y otras privadas¹⁶.

13 FEDELE, P., op. cit., pp. 108-122.

14 FEDELE, P. op. cit., p. 160.

15 FORCHIELLI, G., «Il concetto di pubblico e privato nell'ordinamento canonico», en «Studio in onore di Carlo Calisse», II, Milano, 1940, p. 485.

16 FORCHIELLI, G., «Caratteri comuni e differenziali nel Diritto Canonico», en «Investigación y elaboración del Derecho Canónico», V Semana de Derecho Canónico, Barcelona, 1956, p. 85.

b) *La revisión de la postura de P. FEDELE.*

A la hora de una crítica objetiva de la postura de P. FEDELE, los canonistas que se ocupan del tema se dividen en dos grupos al mostrar su desacuerdo.

Para los que integran el primero de ellos, con figuras como A. VAN HOVE, P. CIPROTTI y W. BERTRAAMS, en la posición fedeliana hay de rechazable su carácter radical, pero hay ciertos puntos esenciales que parecen admisibles, como son el carácter predominantemente público del Derecho Canónico y la imposibilidad de elaborar un sistema de los derechos privados eclesiásticos.

Para los que forman el segundo grupo, como M. CABREROS DE ANTA y, destacadamente, P.A. D'AVAC, es desacertada toda la posición del Maestro de Perusa, al no admitir, en absoluto, la existencia de derechos subjetivos privados en el ordenamiento canónico.

a') *Las postura moderada crítica.*

Matizando su crítica, A. VAN HOVE señala, como indudables derechos privados eclesiásticos, no solo aquellos que se encuadran en el "ius singulare", como los privilegios y dispensas a favor de los fieles, que el Código de 1917 recogía en el Libro I «De las normas generales», reconociéndolos en los cc. 50, 68 y 85 de interpretación "uti singuli", sino, también, ya en el "ius generale", la existencia de leyes dispositivas, que dejan opción a los fieles para usar o no del derecho que representan, así, por ejemplo, las referentes a la separación de mesa, lecho y habitación (cc. 1129 y 1130), a las condiciones sobre la fundación de beneficios (c. 1147) y causas pías (cc. 1514 y 1515); pero, además, destaca que se dan causas contenciosas que no afectan al bien público, sino al privado, como las que amparaban los cánones 1586, 1618, 1619.1, y 1655.²¹⁷

El nuevo Código de 1983, además de recoger en el Libro II «del pueblo de Dios» un nuevo «status» para los fieles, modifica en el Lib. I «de las normas generales», la consideración de los privilegios y dispensas como

17 VAN HOVE, A., «Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici», in «Commentarium Lovaniense», Mechliniae-Romae, 1945, núm. 3, p. 45.

“actos administrativos” pero de interpretación amplia en lo favorable (cc. 36, &1, 77 y 92), como señalaba el Código anterior de 1917. En el Lib. IV «de la función de santificar», en su Parte 1.^a «de los sacramentos», Cap. IX «de la separación de los cónyuges», Art. 2.^o «de la separación permaneciendo el vínculo» da iguales facultades para el perdón del adúltero y, en general, para admitir a convivencia (cc. 1152 y 1155). En las causas pías el Ordinario tiene obligación de vigilar el fiel cumplimiento de la voluntad del donante. Del c. 1430 se sigue que hay causas contenciosas que no afectan al bien público y no interviene el promotor de justicia o fiscal, lo que corroboran los cc. 1452 y 1481.

Por su parte, P. CIPROTTI, considera que, dado que la clasificación de una norma, como pública o privada, tiene escasa incidencia práctica, la cuestión queda reducida, casi, al campo meramente teórico, y, apoyándose en F. SUÁREZ, encuadra como un derecho privado el interés que cada uno tiene en la “salus animae”, aunque éste sea simple sumando del interés total de la Iglesia, confundándose con él, como sostiene P. FEDELE. Sin embargo, la distinción permite contraponer ambos intereses, ya que no son identificables, aunque el objeto sea el mismo, puesto que el interés de cada individuo es privado, mientras que el interés de los demás fieles y de la propia Iglesia a esa salvación concreta de otro se presenta como de interés público. Así, uno y otro interés son tutelados de modo diferente por el ordenamiento canónico, ya que, precisamente, el interés público es protegido mediante la tutela del interés privado de cada fiel¹⁸.

Desde un punto de vista filosófico, critica W. BERTRAMS la postura del Profesor de Perusa, señalando que la dicotomía entre derecho público y privado se basa en la estructura metafísica de la persona humana y de la sociedad, que obliga a distinguir entre la esfera jurídica del fiel, en cuanto hombre, y la esfera jurídica de la Sociedad, en cuanto tal. La primera se encuadra en el derecho privado y la segunda en el público. Será privada la norma jurídica que tiende directamente a procurar el bien personal, y publica la ordenada de manera inmediata a la consecución del bien común.

18 CIPROTTI, P., «Lezioni di Diritto Canonico» (Parte Generale), Padova, 1943, pp. 53-66.

SUÁREZ, F., «Tractatus de legibus ac Deo legislatore», Madrid, 1967, L. IV, c. 12, núm. 8.

Por eso, las relaciones de derecho privado se dan entre las personas físicas o morales, en cuanto son personas, y, en cambio, las relaciones de derecho público nunca tienen lugar entre sujetos de derecho, en cuanto tales, sino entre sujetos que se relacionan entre sí, en orden al bien común de la sociedad¹⁹.

La conexión íntima entre el derecho público y el derecho privado está fundada en la ordenación esencial del bien común de la sociedad (fin inmanente) al bien personal del conjunto de los hombres (fin trascendente). Al derecho público pertenece, entre otras cosas, reconocer y tutelar la esfera del derecho privado, pues el bien común es para la persona y, en consecuencia, también el derecho público. Las normas que atañen a las instituciones jurídicas, en cuanto tales, son de derecho público, mientras que son de derecho privado las que ordenan el ejercicio concreto de derechos personales.

De otro lado, el bien común requiere y justifica la restricción del derecho privado, que puede ser limitado en cuanto el bien externo privado sea necesario para el bien común.

W. BERTRAMS aplica esos principios a la Iglesia, Sociedad sobre natural, instituida para rendir a Dios el culto debido y proporcionar a los hombres el bien sobrenatural de la Gracia. Esta ha sido confiada a la Iglesia en cuanto bien sobrenatural, que se consigue de una “manera humana”, es decir, mediante actos externos a los cuales Dios concede eficacia espiritual sobrenatural. Pero, además, ese bien sobrenatural que ha de lucrarse de una manera humana, es el “fin interno” de la Iglesia, y, por tanto, determinante de su estructura interior y de su actividad social, en cuanto Sociedad humana, que ha de tener un ordenamiento externo y una organización. Así, pues, el bien sobrenatural se consigue en la Iglesia de una manera institucional o jurídica, mediante el conjunto de estructuras jurídicas eclesiales. Esta organización de la actividad social eclesial, necesaria para conseguir el bien sobrenatural, humanamente, constituye el verdadero y propio bien común de la Iglesia²⁰.

19 Cf. BERTRAMS, W., «Das Privatrecht der Kirche», en «Gregorianum», (1944), pp. 112 y ss.

20 Cf. BERTRAMS, W., «De principio subsidiaritätis in iure Canonico», en PMCL, (1957), pp. 3-65.

Para actuar este bien común, la Iglesia tiene derecho a exigir la actividad externa y los bienes de los fieles, en tanto en cuanto es necesario para el logro de esa finalidad; es decir, la Iglesia es sujeto de derecho. Por otra parte, el hombre, mediante el Bautismo, se constituye, también, sujeto de derecho en la Iglesia y, por consiguiente, entre ésta y los fieles surgen relaciones jurídicas, pues tanto la una como los otros poseen personalidad jurídica.

Hay, pues, que admitir la distinción entre el Derecho privado y el público. Ello no quiere decir que, en el ordenamiento canónico, sea posible una distinción adecuada entre normas de derecho público y de derecho privado, pero sí se da la inadecuada que resulta de distinguir las esferas jurídicas que corresponden a la Iglesia, en cuanto Sociedad humana sobrenatural y a los fieles, en cuanto personas en el orden sobrenatural²¹.

En definitiva, el Derecho canónico es “privado” si se ordena, de una manera directa, al bien personal sobrenatural, y es “público” si tiende, inmediatamente, al bien común sobrenatural, y, consiguientemente, al bien sobrenatural, que se ha de alcanzar de una manera humana, es decir al “fin interno” de la Iglesia.

Pero junto a esto, hemos de destacar, que de esa conexión íntima entre los fieles y la Iglesia, a la que por el bautismo fueron adscritos, se genera una estrecha relación entre las normas de Derecho público y privado, canónicas, y se da, potenciada, la posibilidad de una fuerte restricción del ejercicio concreto de los derechos privados impuesta por la consecución del bien común, sin que por ello, desaparezca la personalidad sobrenatural de los fieles.

b') *La postura radical contra la de P. FEDELE.*

Ya hemos visto que la argumentación de P. FEDELE puede resumirse así: el fin de la Iglesia y el de su ordenamiento jurídico es la “salus animarum”; luego toda norma canónica defiende el interés de la Iglesia y es, por tanto, derecho público.

«Nosotros creemos —dice M. CABREROS DE ANTA— que lo que

21 Cf. BERTRANS, W., «De publicitate iuris, statum perfectionis Ecclesiae», en *PM-CL.*, (1958), p. 131.

en este argumento falla no son las premisas, sino la conclusión. El carácter público del derecho no depende de que las leyes se ordenen al bien común o social —lo cual es propio de toda ley—, sino del objeto en que ese bien se haga consistir, preferentemente y de los medios que se empleen para su consecución»²².

La «salus animarum» es, conforme al c. 1752 la suprema ley de la Iglesia, pero tiene como fin y objeto la «salus animae» de cada fiel, y da mayor valor como medios, no a lo que es externo al hombre sino a los valores internos de su espíritu que se realizan con sus obras, con su actuación privada. De ello se sigue —concluye el autor citado— que «el carácter preeminente del Derecho canónico, aun siendo verdaderamente jurídico o social, es, en su mayor parte, privado»²³.

La principal oposición al Profesor de Perusa la hace P.A. D'AVACK. Según éste, el ordenamiento canónico es más bien un derecho total o, al menos, prevalentemente, de naturaleza privada, y no exclusiva o predominantemente pública, como sostiene P. FEDELE. Aparte de los casos excepcionales, en que se presenta una «scandali amotio», una privación de un cargo por escándalo, en todas las demás ocasiones, las leyes canónicas aparecen como un conjunto de normas de naturaleza privada. Por ello, en caso de conflicto entre el interés particular y el de la Sociedad, la legislación canónica sacrifica el «bonum publicum» en favor de la «privata utilitas», salvo en casos excepcionales²⁴.

Para el Profesor de Roma se fundamenta su opinión en un texto del Papa URBANO II, incluido en el «Decreto», según el cual, «Lex vero privata est quae instinctu Sancti Spiritus in corde scribitur», debiendo prevalecer sobre la norma positiva exterior, esto es, sobre el propio derecho «auctoritate et utilitate publica constitutum». Sin embargo, parece claro que P.A. D'AVACK no cae en la cuenta de que aquí no se trata de contraponer la ley pública a la privada, sino el «Ius naturae» al «Derecho positivo», prescindiendo de que éste tenga carácter público o privado; el Papa lo único que afirma es que el Derecho natural o el dictamen de la conciencia,

22 CABREROS DE ANTA, M., op. cit., p. 35.

23 CABREROS DE ANTA, M., op. cit., p. 35.

24 D'AVACK, P.A., «Corso di Diritto Canonico», I (Introduzione sistematica al Diritto della Chiesa), Milano, 1956, p. 226.

en conformidad con él, prevalece sobre una prescripción contraria a la ley positiva —oposición entre legalidad y legitimidad de la norma—, lo que nada tiene que ver con la división del derecho en público y privado. En el pasaje citado, lo privado equivale a la ley divina (natural y positiva) y lo público, a la ley humana positiva subordinada a aquella²⁵.

En definitiva, la postura de P.A. D'AVACK es radical totalmente y, por tanto, poco fiable, y, además, son infundadas las premisas de que parte, luego son gratuitas las conclusiones. Pero todavía es más difícil de entender que su posición llegue a ser, de alguna manera, incongruente consigo mismo, al afirmar, por un lado, contra P. FEDELE, que en la legislación positiva de la Iglesia se reconoce la diferencia entre “*bonum publicum*” y “*privata utilitas*” como hacían los cánones 1586, 1618, 1619.1, 1655 y 1925.1 del Código de Derecho canónico de 1917, que, hoy recogen los cánones 1430, 1452, 1481.&3 y 1715.&1 del vigente de Juan Pablo II, y sostener, por otra, que todo el derecho humano positivo es de naturaleza pública²⁶.

c) *Conclusiones sobre la distinción en público y privado en el Derecho Canónico.*

Es evidente, que el campo del derecho canónico privado ha de considerarse notoriamente ampliado con la promulgación del nuevo Código y, muy especialmente, en razón del tratamiento que da su Libro II al «Pueblo de Dios» y de la Declaración “*Dignitatis humanae*” sobre la libertad religiosa.

Por otra parte hay que señalar que pese a las críticas anteriormente expuestas, una buena parte de la tesis de P. FEDELE, especialmente tras sus matizaciones en el Congreso Internacional de Roma, de 1950, a que hemos hecho referencia, tiene vigencia y viene apoyada en las fuentes y en la literatura canónica, como ha demostrado H. MULLEJANS, afirmando que la dicotomía romana, “*ius publicum-ius privatum*” es ajena al Derecho

25 Cf. URBANO II, Act. Ap. V, 19, y C. XIX, c. 2.

26 D'AVACK, P.A., op. cit., pp. 229 y 235-242.

canónico antiguo, siendo recogida por el civil, por lo que aquél solo habla de “*iura ecclesiastica-iura propria*”²⁷.

Pero, el hecho de que los canonistas clásicos no apliquen al Derecho canónico la división romanística, no quiere decir que, en el ordenamiento canónico de esa época no existiese. Antes al contrario, ¿Qué derecho más preocupado del interés privado que el Canónico, —se pregunta G. LE BRAS—, ya que su causa final es la de conducir a cada uno de los fieles a su salvación? ¿Qué derecho más atento al dominio de un poder público, cuya causa primera es Dios y su función la de promover el orden cristiano? En realidad, en la citada época, el derecho privado creció al compás del derecho público²⁸.

Frente a ese evidente predominio del derecho público, en el ordenamiento canónico, apenas puede destacarse otra cosa, que esos cánones, ya señalados del «Codex», de 1917 y del actual, donde se reconoce la distinción entre el “*bonum publicum*” y el “*bonum privatum*” y la existencia de derechos subjetivos, incluso facultativos, como ha puesto de relieve R. BIDAGOR. ¿Pero qué quedaría del “*Codex Iuris Canonici*” si se le quitase todo lo que tiene de derecho público?²⁹.

Basta una ojeada a los libros del Código Canónico de 1917 y de 1983, pese a notables aportaciones para el derecho privado como el Libro II «del Pueblo de Dios», en su Tit. I y II «de los deberes y derechos de todos los fieles» y «de las obligaciones y derechos de los fieles laicos» del vigente, para poder apreciar la preponderancia del «*Ius publicum*» sobre el «*privado*», especialmente por la destacada función de la potestad administrativa, como apunta A. MOSTAZA³⁰, lo que lleva a afirmar que el

27 Cf. MOLANO, E., «La autonomía privada en el ordenamiento canónico», Pamplona, 1974, pp. 89 y ss.

Cf. FEDELE, P., «Il problema del Diritto soggettivo e dell'azione in relazione al problema della distinzione tra Diritto pubblico e Diritto privato nell'ordinamento canonico», en EIC (1953), pp. 116-120.

28 LE BRAS, G., «Institutions Ecclesiastiques de la Chretienté médiévale», en «Histoire de l'Eglise» de A. FLICHE y V. MARTIN, 12.^a edic., Tournai, 1959, p. 111 y nota 4.

29 Cf. BIDAGOR, R., «I Diritti facoltativi nel Codex Iuris Canonici», en EIC (1953), p. 20-30.

Cf. DE ECHEVERRIA, L., «La defensa procesal del Derecho en el ordenamiento canónico», en EIC (1953), pp. 62-75.

30 Cf. MOSTAZA, A., «La aplicación de las penas por vía gubernativa», en REDC (1957), pp. 537 y ss.

Cf. SANTOS, J.L., «Jerarquía y carisma en el gobierno de la Iglesia», en “*Ius Canonium*”, 7 (1967), pp. 321 y ss.

Derecho de la Iglesia ofrece un carácter público más acentuado que el de las legislaciones seculares, participando mucho más de la naturaleza del derecho público que de la del privado. Afirmación que hay que hacer aún contemplando de una parte, la nueva concepción de los oficios sagrados y, de otra, el mero intento de la distinción de funciones³¹.

Este predominio del derecho público, concierne sobre todo, al derecho que versa sobre la organización de la Iglesia y acerca de los medios ordenados al cumplimiento del fin de la misma, de modo más inmediato.

En cambio, en aquellas disposiciones que no miran a los fieles, en cuanto miembros de la Iglesia, sino en cuanto hombres, que persiguen un fin propio, privadamente, —como en el Código de 1917 los contemplan los cánones 1412 sobre capellanías laicales, 5 sobre vigencia de las costumbres y 1524 sobre contratos de trabajo—, reviste más bien carácter privado (cc. 5 y 1286 del Código vigente).

Cuando empleamos en este tema la expresión “derecho público”, nos referimos al derecho que los iuspublicistas eclesiásticos denominan “interno” (constitucional), no al llamado “externo”.

3.—LA APORTACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ECLESIAÍSTICO.

En otro sentido, más restringido, pero mucho más trascendente, se usa, desde el siglo XVIII, la expresión «Derecho Público Eclesiástico», encuadrando el conjunto de normas (en gran parte de Derecho divino) acerca de la constitución de la Iglesia y de los poderes que le competen, en cuanto Sociedad perfecta y divina, dando origen a una Ciencia con objeto formal propio, distinto del Derecho Canónico.

Los tratados de Derecho Público Eclesiástico, después de una primera época de incertidumbre, en cuanto al contenido y al método —época, repetimos que coincide sustancialmente con el siglo XVIII— se orientarán, —dice A. DE LA HERA—, durante el siglo XIX, de manera decidida, a demostrar cómo la Iglesia entraña la distinción entre gobernantes y gobernados, cómo existen en Ella poderes de naturaleza pública, definidos por una voluntad superior y no derivados del pueblo por ninguna especie de contrato o consentimiento social³².

31 Cf. CRISCITO, A., «Diritto publico e Diritto privato nell'ordinamento canonico», Torino, 1948, pp. 152-159.

32 Cf. DE LA HERA, A., «Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico», Madrid, 1973, pp. 40 y ss.

Define E. FOGLIASSO el Derecho Público Eclesiástico, como «aquella Ciencia jurídico-canónica en la que se justifican y defienden los derechos religiosos sociales de la Iglesia Católica, ya “ad intra”, es decir, respecto a los propios súbditos, ya “ad extra”, esto es, en relación con las otras sociedades, singularmente, las estatales»³³.

Pero esta Ciencia nada tiene que ver con el problema de la división del Derecho canónico en público y privado. Una cosa es el “*Ius publicum ecclesiasticum*” y otra es el “*Ius canonicum publicum*”. Solo éste puede contraponerse al Derecho privado, no aquél, aun cuando sus normas sean de naturaleza pública, pues el “Derecho Público Eclesiástico” no contiene todas las normas de naturaleza pública del ordenamiento canónico, sino solo aquella parte de las mismas a que se refiere su objeto formal, que le identifica. La confusión entre dichas expresiones ha dado lugar a que algunos autores, apoyados en el adjetivo “publicum”, hayan calificado de “privado” a todo el Derecho canónico, que permanece al margen del comprendido en los tratados de “Derecho Público Eclesiástico”³⁴.

Desde los primeros iuspublicistas del siglo XVIII, como SCHMIDT y DITTERICH, la Ciencia del Derecho Público Eclesiástico se presenta dividida en dos partes, claramente diferenciadas: una interna y otra externa. La primera, Derecho Público Eclesiástico interno, trata de fundamentar los poderes que la Iglesia tiene en cuanto Sociedad jurídica. La segunda, Derecho Público Eclesiástico externo, considera el orden jurídico eclesiástico como límite a la actividad de los Estados, canalizando una de las más apasionadas dialécticas, la que se da entre la Sociedad eclesial y la civil y sus respectivos centros de poder.

Ambas partes del Derecho Público eclesiástico tienen en cuenta a la Iglesia como Sociedad perfecta, soberana en su orden, independiente y autónoma, con un ordenamiento jurídico primario, que garantiza el adecuado cumplimiento de su fin social, no supeditado a ningún otro. Pero, además, afirmará, —como señala A. DE LA HERA—, la tesis de la digni-

33 FOGLIASSO, E., «Pío XII e il *Ius Publicum ecclesiasticum*», en «Salesianum» (1959), p. 409.

34 Cf. FOGLIASSO, E., «Il Codice di Diritto Canonico e il *Ius Publicum Ecclesiasticum*», en «Salesianum» (1944), pp. 7-31.

Cf. FOGLIASSO, «Compito caratteristiche del Diritto Pubblico Ecclesiastico interno», en «Salesianum» (1950), pp. 1-36.

dad respectiva de la Iglesia y del Estado, en razón de sus fines propios y autónomos, de acuerdo con el brocardo “*societas sunt ut fines*”, y estableciendo la proposición clásica de que por razón de su fin, la Iglesia es una Sociedad jurídicamente superior a la Sociedad civil, la cual le está, por tanto, “indirectamente subordinada”³⁵.

Conforme a lo apuntado, la tesis de que la Iglesia es una Sociedad jurídicamente perfecta, par al Estado, fundamentará el Derecho Público Eclesiástico “interno”, y la tesis de la superioridad indirecta de la Iglesia sobre el Estado, será la base del derecho Público Eclesiástico “externo”. En definitiva, el primero comprende los principios sobre la constitución y los derechos de la Iglesia, como Sociedad perfecta, considerada en sí misma y en sus relaciones con los fieles, y, el segundo estudia, de una manera apologética, los principios sobre la posición de la Iglesia en sus relaciones con otras Sociedades primarias y, especialmente, el Estado.

Por lo que respecta al aspecto «interno», su gran aportación es esa tesis básica de que “la Iglesia es una sociedad jurídica perfecta”. La tesis, iusnaturalista, es de la mayor transcendencia, siempre perfeccionable y perfeccionada por los iuspublicistas y por el Magisterio Eclesiástico que insiste en el carácter societario y sbrenatural de la Iglesia, «dotada de órganos jerárquicos», —como señala la Constitución dogmática “*Lumen gentium*” (núm. 8) del Vaticano II—, regida por el Derecho canónico que, exigido por la naturaleza social de la Iglesia, se apoya en la potestad de jurisdicción, que Cristo atribuyó a la Jerarquía, como ha recordado PABLO VI ante la Comisión revisora del «*Codex Iuris Canonici*» de 1917³⁶.

Por lo que se refiere al Derecho público interno, «hay que tener en cuenta» —afirma P. LOMBARDIA— que en nuestros días se siente la necesidad de conocer lo que es la Iglesia en sí misma de manera mucho más imperiosa que cualquier comparación con el Estado, y ello, tanto por razones de la apologética, —ecumenismo—, como por razón de necesidades propedeúicas con respecto al Derecho canónico³⁷.

35 Cf. DE LA HERA, A., op. cit., pp. 40-42.

CAVAGNIS, F., «*Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*», I, Romae, 1892, p. 248.

36 Cf. PABLO VI, «*Allocutio ad Emmos. Patres Cardinales et ad Consultores Pontificii Consilii Codici Iuris Canonici recognoscendo*», AAS (1965), p. 985.

37 LOMBARDIA, P., «*El Derecho público...*», op. cit., p. 375.

«Ese mimetismo con respecto al Estado, que condicionó el «*Ius Publicum*», llevó a justificar, —como indica I.C. IBAN—, la existencia de una jerarquía, como una consecuencia de la socialidad de la Iglesia, olvidando, en cierta medida, el sentido eminentemente sacerdotal que tiene la jerarquía eclesiástica; este deberá ser un punto de referencia para los nuevos cultivadores del Derecho Público Eclesiástico»³⁸.

Por lo que hace al aspecto «externo», su tesis de la “potestad indirecta de la Iglesia en lo temporal”, no es, —como destaca A. DE LA HERA—, «una potestad que crezca o disminuya, exista o deje de existir, en los diversos periodos históricos, sino algo fijo y determinado, como recibido de su Fundador. Algo inmutable e irrenunciable en su esencia, y solo accidentalmente sometido a la oportunidad de las circunstancias y al juicio de los hombres, de los constituidos en Jerarquía o de los cultivadores de la Ciencia»³⁹.

El Concilio Vaticano II también ha hecho obsoleta, en gran parte, la tesis de la «potestas indirecta in temporalium» que alumbró el Derecho público eclesiástico externo, anterior, mediante la proclamación en la «*Dignitatis humanae*» de un derecho núcleo a la libertad religiosa, donde esta centra su campo jurídico, de fuerte dinámica, en los derecho de los individuos y de las comunidades, contemplando desde esa «*legislatio libertatis*» la cooperación “*suo modo*” con los Estados.

Con el XXI Concilio ecuménico de la catolicidad, flota en el ambiente de la Iglesia una tendencia, más a la «*auctoritas*» que a la «*potestas*», en la acción de la jerarquía; lográndose una mayor precisión de las «funciones eclesiásticas» (*tria munera Christi*), no ajenas totalmente al sacerdocio común de los fieles, y una potenciación de lo pastoral, que contribuyen a comprender esa compleja naturaleza de la Iglesia, a la vez, Cuerpo Místico de Cristo y Pueblo de Dios peregrino en la tierra, en una unidad perfecta.

Efectivamente, no conviene olvidar que, junto a toda la aportación positiva del Derecho público eclesiástico, anterior al Vaticano II, que acabamos de valorar, no falta una sombra negativa, la identificación de la Iglesia con una de sus instituciones, ciertamente fundamental, pero no úni-

38 IBAN, I.C., «Derecho Canónico y Ciencia jurídica», Madrid, 1984, p. 252.

39 DE LA HERA, A., «Posibilidades actuales de la potestad indirecta», en «Iglesia y Derecho», X Semana de Derecho Canónico, Salamanca, 1965, p. 246.

ca, que es, precisamente, su Jerarquía, tardándose en destacar que ésta y los ministerios están al servicio de la comunidad, no al margen, ni siquiera por encima de ella, sino integrando la misma.

Cuando la jerarquía polariza lo comunitario, como asfixiándolo, se desequilibra el binomio «Ecclesia iuris-Ecclesia charitatis», y, el valor real de cada término, sólo válido en el conjunto, se invierte, por olvido o menosprecio de la auténtica teología de la comunidad cristiana, que no repele, sino reclama una necesaria institucionalización societaria en el mundo del Ministerio de la Iglesia y que trata de hacer norma jurídica el nuevo Código de derecho canónico de 1983.

Al «*Ius publicum ecclesiasticum*» también hay que agradecerle —resume E. MOLANO— «su estudio e investigación de los principios del derecho natural que, cada vez más depurado del racionalismo inicial de la Escuela de Würzburg, sirvió para mantener vivo el estudio de esa ciencia, prácticamente olvidado por los juristas del XIX»⁴⁰.

En definitiva, aunque distintos por su objeto formal el Derecho Canónico y el Derecho público eclesiástico, éste hace frente a la negación de la juridicidad de la Iglesia, configurándose como derecho interno, y desde su posición de derecho externo responde al positivismo jurídico; tanto el Derecho público eclesiástico interno como el externo contribuyen —más el primero que el segundo— a la consideración doctrinal de que el Derecho canónico hay que considerarle, principalmente, como derecho público.

40 MOLANO, E., «Introducción al...», op. cit., p. 61.