

La noción metafísica del derecho en el Código de Derecho Canónico

SUMARIO: Estado de la cuestión (1).—*I Parte: La noción metafísica del derecho según las tres principales teorías jurídicas.*—§ 1. La concepción escolástica personalística del derecho (2-4).—§ 2. La concepción institucional del derecho (5-7).—§ 3. La concepción del objetivismo jurídico sobre el derecho (8-9).—*II Parte: La noción metafísica del derecho en sentido subjetivo en el CDC.*—§ 4. La noción del derecho subjetivo deducida del análisis de la naturaleza de los derechos fundamentales de los cristianos (10-15).—§ 5. La noción del derecho subjetivo deducida del análisis del derecho adquirido (16-26).—§ 6. La noción del derecho subjetivo deducida del examen de la naturaleza del objeto del juicio contencioso (27-41).—*III Parte: La noción metafísica del derecho en sentido objetivo en el CDC.*—§ 7. La noción del derecho objetivo resultante del examen de la naturaleza y fin de las reglas de interpretación de las leyes eclesiásticas (42-49).—§ 8. La noción del derecho objetivo resultante del examen de la formación de la costumbre canónica (50-53).—*Conclusión* (54-55).

1.—En los dos últimos decenios se han agitado diversos problemas de gran importancia sobre el Derecho Canónico, a saber, sobre la nota, naturaleza y cualificación de su juridicidad, sobre el fin del Derecho Canónico...¹. Como estas cuestiones y las respectivas respuestas tienen su origen en la diversidad de teorías jurídico-filosóficas, de que parten, y radicalmente dependen de la diversa concepción que tengan

¹ Cf. principalmente P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico* (Padova 1941); IDEM, *Il problema del diritto soggettivo e dell'azione in relazione al problema della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento canonico*, en: Acta Congr. intern. iur. can., Romae 1950 (Roma 1953) 116-126; W. BERTRAMS, *Das Privatrect der Kirche: Gregorianum* 25 (1944) 283-320; P. CIPROTTI, *Lezioni di diritto canonico* (Padova 1943); O. ROBLEDA, *Fin del derecho en la Iglesia*: Rev. Esp. Der. Can. 33 (1947) 283-292; G. WAHNER, *De iure privato in iure canonico*: Miscelánea Comillas (1960) 583-686.

de la noción metafísica del derecho, por ello creemos necesario investigar dicha noción en el Código de Derecho Canónico (=CDC).

Ni siquiera restringida al campo canónico es nueva la cuestión de la noción del derecho, sino que con el sobrevenir de nuevas concepciones filosófico-jurídicas vuelve a agitarse. Pues los sistemas jurídicos, brotados fuera del campo canónico, dejan sentir su eco en los cano-nistas al tratar de explicar su estructura ².

Si prescindimos de la teoría de los civilistas y de los filósofos aca-tólicos, por no atañer directamente al Derecho Canónico, tres son las teorías jurídicas principales que extienden su concepción filosófica-ju-rídica al Derecho Canónico, a saber: la teoría institucional del dere-cho, el objetivismo jurídico de no pocos modernos tomistas, y la con-cepción tradicional personalística escolástica.

De ahí una *doble pregunta*: ¿Cuál es la noción metafísica del de-recho según el sistema del CDC, y cuál de las tres teorías aporta una explicación congruente del mismo? Aunque el objeto de nuestra in-vestigación lo restrinjamos a sólo el CDC, no es nuestra intención, sin embargo, el examinar todos los cánones e instituciones canónicas, sino únicamente los principales, de los que nos sea permitido concluir la genuina noción del derecho que envuelve todo el código.

Es verdad que los códigos, confeccionados por legisladores, no son tratados de filosofía del derecho, ni pretenden dirimir las controversias especulativas, al menos no *ex professo*, sino que persiguen más bien fines prácticos. Por ello no es de admirar que en ningún canon se encuentre la definición de derecho. Con todo no faltan cánones e ins-titutos, en los que no oscuramente aparece la doctrina supuesta por el legislador. Porque el conocimiento de la naturaleza del derecho no es meramente especulativo o filosófico, sino además práctico, como por ejemplo cuando se trata sobre la vía diversa procesal que seguir.

I PARTE

LA NOCIÓN METAFÍSICA DEL DERECHO SEGUN LAS TRES PRINCIPALES TEORÍAS JURÍDICAS

§ 1. LA CONCEPCIÓN ESCOLÁSTICA PERSONALÍSTICA DEL DERECHO

2.—Afirma como tesis central que la *persona* humana es el funda-mento y *centro* de la vida social y jurídica. Pues el hombre por una parte es imagen de Dios como ser libre e inteligente, y principio y dueño de sus actos, y por otra tiende por su naturaleza a trabar uniones estables, en las que pretende actuar con la común y constante coope-

² Cf. BERTRAMS: *Gregorianum* (1944) 285-288; y la nota anterior.

ración los valores humanos comunes. La *socialidad* es por tanto esencial al hombre; y efecto necesario de ella es la sociedad. De la naturaleza metafísica subsidiaria de la sociedad brota el *principio de subsidiaridad* como principio ordenador de la vida social, de las relaciones tanto entre la sociedad y la persona, como entre las sociedades entre sí, y no solamente en el orden de la ejecución, sino también en el orden de la finalidad³.

Para que tanto el hombre como la sociedad puedan alcanzar su fin, necesitan como medio indispensable del *derecho subjetivo*. El cual adecuadamente tomado es la ordenación de la cosa o de la acción a la persona, de modo que ésta tenga la facultad moral sobre la cosa o la acción. En su íntima esencia, el derecho subjetivo consiste radicalmente en la ordenación de la cosa o de la acción a la persona, para que ésta pueda conseguir su fin personal⁴. Por razón de este destino a la persona se unen al sujeto la cosa o acción con un vínculo inscindible. Aunque el vínculo de derecho como tal sea moral, la conexión entre el objeto y el sujeto puede ser bien física, sustancial (p. e. los miembros del cuerpo) o accidental (p. e. la ciencia en el hombre), bien solo moral (p. e. la fama, los bienes materiales). De esta ordenación y consiguiente ligazón de la cosa o acción a la persona, nace en ésta, por estar dotada de entendimiento y voluntad libre, el poder en el orden intencional o moral sobre la cosa o la acción, e. d. la «*potestas moralis in rem vel in actum*» o según la otra fórmula igualmente ordinaria de definición del derecho subjetivo, la facultad moral de poseer, hacer o exigir algo⁵. Como por razón del vínculo entre el sujeto y el objeto, éste se hace algo de la persona y entra en la esfera de la persona, viene a participar así de la inviolabilidad propia de la persona.

³ E. LINCK, *Das Subsidiaritätsprinzip, Sein Wesen und seine Bedeutung für die Sozialethik*, 84, citado por BERTRAMS: Periódica 46 (1957) 16, nota 12. En realidad como dice J. MESSNER, *Das Naturrecht* (Innsbruck 1958), 256: «Gemeinwohl und Subsidiaritätsprinzip betreffen zwei Seiten einer und derselben Sache».

⁴ Cf. M. FÜHRICH, *Rechtssubjekt und Kirchenrecht, Was ist ein Recht* (Wein 1908), 181-183: «Unsere Erklärung des Rechtes als Bestimmungsverhältnis der Sache zur Person (ist) die einzige mögliche...»; y en la p. 81: «Das Wesen des Eigentumsrechtes besteht in der Bestimmung einer Sache für eine Person»; y especialmente J. LUGO, *De iustitia*, d. 1, de manera especial nn. 5 y 15.

⁵ TH. MEYER, *Institutiones Iuris Naturalis*, 1² (Friburgo Br. 1906), 452; I. GONZÁLEZ, *Philosophia Moralís*⁴ (Santander 1955), 605; y añade FÜHRICH, *Rechtssubjekt*, 1, 51: «Wir sehen, die Definition: Ius est potestatis moralis inviolabilis wiederholt sich stets mit kleinen Abweichungen. [...] Auch die zitierten Lehrer des Zivilrechtes definierten das subjektive Recht meist entweder nach den rechtlichen Dürfen (Wollensdürfen, Befugnis) oder nach den rechtlichen Können». A. VERMEERSCH, *Theol. Moralís*, n. 341 ad 2. Cf. T. URDANOZ, *Suma Teológica de S. Tomás de Aquino*, BAC, 8, *Tratado de la Justicia*, 188 ss., 201-202, 249.

Con la cual *inviolabilidad* se expresa la eficacia moral de ligar ineluctablemente las voluntades racionales, en parte negativamente, para que no opongan impedimento al uso legítimo de la potestad propia, en parte positivamente, para que den la prestación personal real, que en virtud de derecho se les exige ⁶.

3.—Como la ordenación de la cosa o acción a la persona, ser racional y libre, con fin propio, engendra en ésta un poder moral sobre ellas —derecho subjetivo—, así también produce en los demás el respeto a esa ordenación de la cosa o del acto a otro; y por lo mismo responde en éste un deber —*officium*— u obligación moral de prestar, hacer u omitir lo que sea necesario, para que el sujeto del derecho no quede frustrado en su facultad moral. Así brota la relación jurídica constituida por el derecho subjetivo y el correlativo deber jurídico (constituyendo aquél la posición activa y éste la pasiva en dicha relación, que lo es de ordenación y destino).

Aunque el derecho y el deber correlativo tienen su origen del orden racional objetivo divinamente sancionado, con todo no dimanen de la misma manera: el derecho *directamente* por virtud del mismo título, el deber en cambio *indirectamente* en virtud del derecho ya válido. Pero si se consideran en una misma persona, ontológica y lógicamente preexiste el deber, a saber el deber supremo de tender al fin último a través del fin intermedio, para el cual son medios las facultades (poderes) del derecho ⁷.

El hombre, porque esencialmente en el orden metafísico, es persona, o sea sujeto de derechos y deberes, es también necesariamente persona en derecho. Pues el hombre al tener el oficio ineludible de tender con su libre actividad al fin personal impuesto por la misma naturaleza, tiene que tener necesariamente medios a sí destinados por la misma naturaleza para conseguir su fin. Por consiguiente a la persona humana le compete naturalmente la facultad de dirigir libremente su actividad al propio fin, sin que sea impedido por los demás con quienes tiene que convivir, y de poseer además y de exigir los medios imprescindibles. Tales son los derechos *fundamentales* del hombre ⁸.

⁶ F. J. WERNZ, *Ius decretalium*, 1, 45. Cf. A. VAN HOVE, I, 2, n. 5; MEYER, *Institutiones*, 1, 453.

⁷ MEYER, *Institutiones*, 1, 473. 470-475. Cf. FÜHRICH, *Rechtssubjekt*, 1, 81. 75 ss.

⁸ Pío XII, *Mensaje navideño*, 24 diciembre 1942: AAS 35 (1943) 19. BERTRAMS, *De publicitate iuridica statuum perfectionis ecclesiae*: Periódica 47 (1958) 121: «Iura fundamentalia personae originaria, innata nihil aliud sunt nisi haec libertas personalis (activitatis personalis inter homines infra ordinem sociale obiectivum) relate ad obiecta concreta seu sphaera libertatis concrete circumscripta».

Paralelamente la sociedad, por lo mismo que tiene el oficio de tender al bien común propio, tiene que tener por su misma naturaleza los medios imprescindibles a sí ordenados para conseguirlo. Naturalmente por tanto, es ella sujeto de derechos y deberes o persona jurídica; y le competen el derecho de dirigir la actividad social al bien común y de exigir de los miembros aquellos medios imprescindibles para el mismo. Tales son los derechos *fundamentales* de la sociedad: así competen a la sociedad familiar el derecho a la propia vida, al salario familiar, a una habitación digna..., al Estado el derecho de gobernar los súbditos, el de exigir los tributos...

Personalidad jurídica, derecho subjetivo, se fundamentan en la *naturaleza teleológica* de la persona, física o moral, en cuanto que, por tener el deber de tender al fin propio, necesitan perentoriamente de los derechos subjetivos como medios necesarios... Como a todo derecho subjetivo le corresponde la razón de medio a fin, se sigue el principio general que los derechos son por los deberes.

4.—Para que tanto la sociedad como las personas en ella puedan tender eficazmente al fin común propio, no basta solamente el principio directivo y eficaz de la actividad social de los miembros hacia el bien común (la *autoridad*), sino que además se requieren normas ordenadoras de la misma actividad social, e. d. el *derecho normativo* (objetivo). Que adecuadamente es el «precepto común, justo y estable suficientemente promulgado»⁹. Activamente considerado es el acto del entendimiento y de la voluntad del legislador, que impone a la sociedad un modo de obrar ordenado y justo hacia el bien común. Y más en concreto nos parece que es el acto de la voluntad el especificativo de la norma jurídica y no el del entendimiento, aun cuando los dos se requieran como actividad racional, cual es la del que legisla.

Por razón de su fundamentación y promulgación el derecho normativo se distingue natural y positivo, divino y humano.

De la naturaleza metafísica del derecho objetivo y subjetivo resulta su relación. Basta mirar el *origen* y término del derecho objetivo. El derecho objetivo es norma jurídica impuesta por la autoridad legítima, a la que compete la potestad de jurisdicción. Ahora bien, esta no es otra cosa que el derecho de dirigir la actividad de los miembros al fin común, que es el derecho subjetivo originario de la sociedad. Luego el derecho objetivo procede del derecho subjetivo de la sociedad como tal, por razón de actuar el bien común.

Si miramos *al fin* del derecho normativo, éste por su concepto dice ordenación de la actividad social al bien común, e. d. constituir y conservar el orden social recto, para que los miembros de la sociedad —hombres y sociedades inferiores— posean pacíficamente sus derechos

⁹ F. SUÁREZ, *De leg.*, 1, c. 12, n. 5.

y los ejerciten armónicamente entre sí, y de este modo tiendan adecuadamente a sus fines personales. El bien común, por tanto, realizable por el derecho normativo, está encaminado a ordenar las personas y sus derechos subjetivos inviolables, y a defenderlos.

De donde el derecho normativo no solamente se origina del derecho subjetivo, sino que además se dirige al mismo. Le compete pues *prioridad lógica y ontológica*, que se armoniza con el principio fundamental de la concepción escolástica personalística, a saber la persona dotada de deberes y derechos correlativos es el centro y fundamento de la vida social y del orden jurídico.

§ 2. LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

5.—Según la Teoría de la Institución, que, propuesta por M. Hauriou para explicar los fenómenos de *vitalismo social*, es incorporada por obra de sus discípulos, especialmente G. Renard y J.-M. Delos, a la filosofía tomística del bien común, se establece como fundamento y centro de la vida social y del orden jurídico la idea, o el objeto, o el bien común ¹⁰.

De la posición central del *bien común*, deducen la estructura del derecho. En primer lugar, el término derecho es predicado de realidades a un tiempo tan diversas que no pueden comprenderse bajo un término unívoco, pero por otra parte estas realidades están tan íntimamente ligadas entre sí, que rechazando la equivocidad, pueden denotarse con el término análogo de derecho. Como la razón de derecho se encuentra intrínsecamente en sólo el derecho objetivo, y no en los demás analogados, por lo mismo concluye G. Renard la exclusión de la analogía de proporcionalidad, quedando solamente la *analogía de atribución*.

El primer analogado es el derecho objetivo; el segundo el derecho normativo; el tercero el derecho subjetivo; después todos los demás analogados ¹¹.

¹⁰ M. HAURIUO, *La théorie de l'Institution et de la Fondation (Essai de Vitalisme social)*, en: *La Cité moderne et les transformations du Droit* (París 1925), 1-45. Esta incorporación a la filosofía tomística la realiza G. RENARD en *La théorie de l'institution* (París 1930), en *Philosophie de l'institution* (París 1939) y en su artículo *Thomisme et droit social*: Rev. Sc. philos. et théol. (1934) 40-81. En la *Théorie de l'institution*, 146, dice: «mais la Philosophie du Bien commun est justement... tout le substractum métaphysique de la théorie de l'institution». Y J. M. DELOS, *La théorie de l'institution*: Arch. Philos. droit Sociol. jurid. (1931) 97-153, concluye de su elucubración que la concepción institucional del derecho se llamaría más exactamente concepción del derecho con fundamento objetivo.

¹¹ RENARD, *De l'institution a la conception analogique du droit*: Arch. Philos. droit Sociol. jurid. (1935) 144, nota 1: «Voilà précisément un cas d'analogie d'attribution pure et simple... la raison analogique de droit ne réside que dans le droit objectif —premier analogué...».

El derecho *objetivo* —primer analogado— es el justo objetivo, que se constituye por todos los modos por los que la justicia conmutativa, distributiva o social se verifican según las diversas circunstancias territoriales, históricas, especiales... Sólo en el derecho objetivo reside intrínseca y perfectamente la razón de derecho, que en primer lugar implica la idea de orden: se trata de ordenar las partes de un todo, de un ajustamiento. Se entiende un orden entre seres racionales y libres de un modo distinto del orden moral, es decir por la adecuación de las relaciones sociales¹².

Esencialmente hacen consistir el derecho en la relación entre seres que ajusta los unos a los otros, por respecto al bien común, idea u objeto, que es el elemento esencial de la relación jurídica¹³. El derecho es por tanto el principio de adaptación racional de las partes para con el todo, del todo a las partes, y de las partes entre sí por respecto al todo, al decir de Renard¹⁴.

6.—El segundo analogado, como derivación primera del derecho objetivo, es el derecho *normativo*:

«C'est la prise de conscience du juste objectif, accompagné de l'assentiment de la raison et suivie de toute sortes d'injonctions et prohibitions, formulations, aménagements, sanctions propres à le faire respecter: la loi au sens le plus large du terme»¹⁵.

No otra cosa es la ley que la idea hecha carne (idée incarnée), la idea dotada de medios y vías, que por su conformidad a la utilidad general y a la justicia, el legislador asume y defiende con los medios que la realizan¹⁶. Activamente considerada es el acto de la razón, que interpreta las exigencias concretas del bien común en una sociedad concreta.

¿De dónde saca su fuerza el derecho normativo? En un afán sincero, pero extremoso, de superar el voluntarismo y subjetivismo jurídicos, hacen derivar la fuerza de la ley *inmediatamente*, no de la voluntad del legislador, sino del bien común, noción y realidad objetivas, que se impone igualmente a la razón del legislador y de los súbditos.

Por ello llegan a afirmar que al legislador sólo le queda la función de intérprete y órgano del bien social objetivo. En comparación con los miembros de la sociedad la posición prevalente del legislador consiste en ser el miembro más apto para hallar la ley natural propia de

¹² RENARD, *ibid.*, 127-128, cf. 144.

¹³ DELOS, *Somme theologique, La justice*, I (París 1932), 230, cf. 231-233.

¹⁴ RENARD, *La theorie*, 222.

¹⁵ RENARD: Arch. Philos. droit Sociol. jurid. (1935) 144.

¹⁶ DELOS: Arch. Philos. droit Sociol. jurid. (1931) 134: «Qu'est ce que la loi, en effet, sinon une Idée assortie de ses voies et moyens...», y en la p. 136: «qui (concept. institutionnel du droit) appliquée a l'étude de la loi, met en relief sa nature d'idée incarnée». Cf. RENARD, *La Theorie*, 105-107.

la sociedad para quien se da la ley¹⁷. Entonces, ¿qué *autoridad* atribuye el legislador a la ley? La meramente *provisoria de una presunción* de conformidad con el derecho natural¹⁸.

Es cierto que la ley positiva se funda en el derecho natural y en esto convienen todas las teorías jurídicas conexas con la filosofía escolástica cristiana, pero inmediatamente deriva su valor de la voluntad razonable del legislador. Por tanto no parece que pueda reducirse la función del legislador a la mera función de *traductor* de la ley natural o de las solas exigencias del bien común, ya que por una parte el legislador tiene una jurisdicción en orden a regir la sociedad de la que no goza todo miembro como tal, y por otra ante medios y normas igualmente válidos, es la voluntad del legislador quien determina y da, por consiguiente, inmediatamente la fuerza obligatoria.

7.—El tercer analogado es el derecho *subjetivo*, como consecuencia del derecho objetivo, del cual, mediante la ley, deriva al sujeto.

Para G. Renard, los derechos subjetivos son la primera especie de los títulos subjetivos que se derivan del derecho objetivo. La segunda especie son las situaciones de derecho objetivo o estatutos. Los derechos subjetivos se llaman los derechos activos y pasivos que nacen de la personalidad humana; mientras los estatutos se denominan las utilidades (*avantages*) y cargas (*charges*) que de nuestra pertenencia a una determinada institución v. c. estado español, francés... se deducen. Las dos se fundan en la ley natural; pero los primeros inmediatamente e. d. en la ley de la humanidad que es un dato inmediato de la naturaleza, mientras los segundos mediatamente, e. d. en la ley de las instituciones, escrita por el hombre y sancionada por la ley natural¹⁹.

En cambio para otros autores y rectamente, como J.-M. Delos y J. Ruiz-Giménez, son verdaderas facultades morales y poderes entregados al hombre para el cumplimiento del último fin y de los deberes a él conducentes²⁰.

§ 3. LA CONCEPCIÓN DEL OBJETIVISMO JURÍDICO SOBRE EL DERECHO

8.—El institucionalismo junto con el sociologismo han ejercido gran influjo en la concepción objetivista del derecho, dándose un mutuo influjo, que hace difícil establecer una neta diferencia²¹.

¹⁷ DELOS: Bulletin thomistique (1929) 492.

¹⁸ RENARD, *La théorie*, 71, nota I.

¹⁹ RENARD: Arch. Philos. droit Sociol. jurid. (1935) 144, cf. 116. Los cuales quedan, declarados por RENARD, *La théorie*, 329-330, en cuanto a su contenido; y en cuanto a su origen y fundamento en 350-351.

²⁰ DELOS: Arch. Philos. droit Sociol. jurid. (1931) 122-123; J. RUIZ-GIMÉNEZ, *La concepción institucional del derecho* (Madrid 1944), 455, nota 132.

²¹ Cf. T. URDÁNOZ, *Suma teológica*, BAC, 8, 197. Según este autor, o. c., 196: «Es, al parecer D. LOTTIN (*Le droit naturel chez S. Thomas et*

Como principio fundamental de la vida social se establece el *principio de totalidad*, puesto que la sociedad (el todo, el organismo) es más perfecto y anterior, al menos en el orden finalístico, que el individuo (parte, miembro), respectivamente que las sociedades inferiores, y por lo mismo el bien común de la sociedad contiene los bienes particulares de los individuos, respectivamente de las sociedades inferiores. En cambio el principio de subsidiaridad se le considera secundario y restringido al orden de ejecución, no de intención ²². Lo cual no vemos cómo pueda conciliarse con la naturaleza metafísica subsidiaria de la sociedad ²³.

Para que se realice el bien común, existe el derecho ²⁴. Por el derecho normativo se dirigen ordenadamente tanto la sociedad (el todo, organismo) como los individuos (partes, miembros), en cuanto que por la ley se le asigna a cada uno lo que le es debido, lo justo —derecho objetivo—, para que realicen el bien común y de él participen proporcionalmente. Del derecho objetivo, por la ley concedido, brota en el sujeto la licencia de usar de él —el derecho subjetivo.

Aunque en el orden de causalidad eficiente primero es la ley, después lo justo, y tercero la licencia de usar de ello, sin embargo, en sentido propio y primario lo justo se llama derecho, y en sentido derivado e impropio la ley, y por fin en sentido muy impropio y mediatísimamente derivado la licencia de usar de ella ²⁵.

Establecida la base del edificio jurídico en la cosa —en la «res», de donde el «realismo jurídico»— debida por justicia, como se pretende ver que lo trace la doctrina jurídica del Angélico ²⁶, se hace consistir, como lo hace Lachance, la esencia del derecho formalmente en

ses prédecesseurs, Bruges 1931) siguiendo una primera indicación del P. LEHU (*Philosophiae Moralis et socialis*, Paris 1914), el iniciador de esta corriente de interpretación [objetivista]. Pero en cuanto a su difusión añade, *ibidem*: «El P. Lachance es, sobre todo, quien ha difundido dicha interpretación tomada de Lottin».

²² Cf. E. WELTY, *Gemeinschaft und Einzelmensch*, 274-277, citado por A. RAUSCHER, *Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in «Quadragesimo Anno»* (Münster West 1958), 63, quien hace una crítica del principio de totalidad.

²³ Vide nota 3. El principio es enunciado formalmente por Pfo XI, *Quadragesimo Anno*: AAS 23 (1931) 203, y es aplicado por Pío XII en la solución de las cuestiones de la vida social moderna, cf. *Mystici Corporis*: AAS 35 (1943) 221-222.

²⁴ L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*² (Ottawa 1948), 88.

²⁵ L. LACHANCE, *o. c.*, 235.245; I. BENDER, *Philosophia Iuris*² (Roma 1955), 77-78. Cf. J. GRANERIS, *Philosophia Iuris*, I, de *notione iuris* (Turín 1943), 146-148, donde cita a Lachance, y del mismo autor, *Contributi tomistici alla Filosofia del diritto* (Turín 1949), 34: «Così il diritto resterà sempre primo et principaliter una res; ma domanda di essere chiarito in una formula razionale, che sarà ratio iuris ed anche ratio operis, e si chiama legge».

²⁶ GRANERIS, *Phil. iuris*, I, 89, y *Contributi tomistici*, 27.34.

una relación de debido, por razón del fin según igualdad, o como relación de igualdad en la cual tanto la razón de alteridad como la razón de debido están incluidos ²⁷.

9.—Partiendo de esta concepción objetivista o realista del derecho así entendida, se llega a minimizar o incluso hasta negar la existencia del derecho subjetivo. Se alegan como razones, primero: que S. Tomás nunca usa el término derecho para significar la facultad moral; segundo: el que los autores partidarios del derecho subjetivo discrepan al tratar de definirlo; y tercero: el que es invención de Suárez o al menos de los autores del siglo XVI ²⁸. Sin embargo nos parece que S. Tomás usa el término «ius» para designar también la facultas moralis; que en la definición del derecho subjetivo los autores convienen fundamentalmente; y que su designación y definición es anterior a los autores del siglo XVI ²⁹.

¿Cuál es la naturaleza del derecho subjetivo, de la facultad moral? No se ve que sea otra que la libertad, la *licencia de usar* de lo suyo y con el término «facultad moral» se expresa lo que uno puede hacer legal y razonablemente, lo que es lícito ³⁰. Y esta liceidad moral es la relación por la cual en el orden de los actos hacia otro el hacer algo, v. c. andar es algo mío; y que ya se expresa con la relación aquella, que se llama derecho [objetivo] ³¹.

Desde el punto de vista *filosófico*, sin embargo, el derecho subjetivo entraña no solo un ámbito de lo lícito (el ser lícito sus actos dentro de la esfera concedida), sino además el poder de disposición sobre la cosa o acción. Por otra parte no es el derecho subjetivo una mera derivación resultante del derecho normativo, sino un derecho que brota de la naturaleza teleológica del hombre, como ser de fines, para

²⁷ LACHANCE, *Le concept de droit*, 202: «Le droit est spécifiquement une relation d'égalité»; moral se entiende, 210.

²⁸ LACHANCE, *o. c.*, 293-294 (citamos la edición 2.^a de 1948, sin que sus palabras sean distintas de la edición de 1933, p. 401). E. WELTY, *Catecismo social*, 1 (Barcelona 1952), 54, nota 2. Afirma BENDER, *Phil. iuris*, 68: «S. Thomas non cognoscit ius-facultatem», palabras que constituyen el título del párrafo primero del cap. 5.

²⁹ Los autores citados en la nota anterior se olvidan de citar el artículo de H. HERING, *De iure subiective sumpto apud S. Thomam*: Angelicum 16 (1939) 295-297, en que se aducen 14 textos del Angélico en que usa el «ius» en el sentido de «facultas moralis». Tampoco son citados eminentes tomistas como FR. DE VITORIA, *Comm. in 2, 2, q. 62, a. 1*; ni BILLUART, *Tract. de iure et iustitia*, diss. 5 a: cuyas definiciones del «ius» son aducidas por URDÁNOZ, *Suma teológica*, BAC, 8, 188, nota 11, y 201, nota 78.

³⁰ LACHANCE, *Le concept de droit*, 292-293, 297-299, cuya explicación es recogida por Welty y Bender, cf. *supra*, nota 28.

³¹ BENDER, *Phil. iuris*, 125-126, 129-133. Quien se ve obligado a usar el término «Facultas moralis» por «Ius» en la p. 127, pero repitiendo que ninguna otra quiere significar con dicho término que la «licentia», como indica en la nota de la misma página.

los que son medios indispensables las facultades y derechos que importan no solo un «licere» sino además una obligación en su uso.

De la afirmada prioridad de la sociedad —Estado respecto de los individuos— y del bien común respecto del bien particular de los individuos, se llega a la conclusión de que los derechos subjetivos de la persona no pueden ni existir antecedentemente a la sociedad como tal, ni concebirse, sino es en función del bien común³²: lo cual no parece cómo pueda compaginarse con la prioridad lógica y ontológica que corresponde a la persona, imagen de Dios por respecto a la sociedad, máxime a la sociedad política³³.

II PARTE

LA NOCIÓN METAFÍSICA DEL DERECHO EN SENTIDO SUBJETIVO EN EL CDC

§ 4. LA NOCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO DEDUCIDA DEL ANÁLISIS DE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CRISTIANOS

10.—Mientras en el orden natural el hombre por su misma existencia tiene personalidad jurídica y los derechos y oficios naturales a ella inherentes, que la sociedad no crea sino que tiene que reconocer, en el orden sobrenatural, en cambio, el hombre por sola su existencia carece de personalidad jurídica y de los derechos y oficios sobrenaturales. Pues no es cualidad necesaria propia de la naturaleza humana el ser sujeto de derechos y deberes en el plano sobrenatural. Antecedentemente a una elevación al orden de la sobrenaturaleza de la gracia, el hombre no tiene *personalidad sobrenatural*. Tiene que ser ésta constituida positivamente conforme al modo establecido por el divino fundador de la sociedad sobrenatural de la Iglesia como queda expresado en el c. 87 «Baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis, nisi, ad iura quod attinet, obstet obex, ecclesiasticae communionis vinculum impediens, vel lata ab Ecclesia censura».

El primer efecto del bautismo es la impresión del carácter indeleble, que es «la consagración ontológica del hombre en miembro del Cuerpo y ciudadano del reino de Jesu-Cristo que es la Iglesia»³⁴. Como el orden de la gracia no destruye sino que perfecciona la natu-

³² FR. UTZ, *Sozialethik*, 156-157, 147: «Was also der einzelne mit seinem sog. subjektiven Recht verlangt, ist nich anderes als der gerechte Anteil seiner Teilfunktion im Ganzen».

³³ Cf. n. 2.

³⁴ SASSE, *De Sacramentis Ecclesiae*, 1, 221.

raleza, la personalidad del hombre no es destruida sino elevada ónticamente y hecha capaz de recibir la vida sobrenatural y perfeccionarla con la propia actividad. Por ello conserva el hombre la libertad de su actividad mediante la cual tiende al fin sobrenatural como a fin propio personal, el cual determina los deberes y los medios conducentes para cumplir los deberes y conseguir el fin.

11.—Más aún, el Bautismo confiere la *Libertad específica* de tender al fin sobrenatural, en cuanto que libera al hombre de la ley de la naturaleza caída y de los impedimentos que obstaculizaban la tendencia al fin sobrenatural (Gal 4,26, 15,1, 5,13; Rom 8,21)³⁵. Por ello la elección de los medios con los que se tiende al fin sobrenatural, se deja a la libertad del bautizado. Porque no gozaría de la libertad personal respecto a la actividad que debe ejercer en orden al fin sobrenatural, si no tuviese una esfera externa, en la que, respecto a los objetos concretos fundamentales, tuviera la facultad inviolable de obrar libremente. Tales son los derechos fundamentales de los cristianos. Cuáles son en concreto, no queda determinado por el legislador en el Código de Derecho Canónico, como sucede en las tablas de Derechos del hombre que suelen acompañar las modernas constituciones, sino que aparecen desperdigados en aquél³⁶.

Son recogidos y garantizados por el CDC: el derecho de la libertad de las conciencias: al tutelar el derecho de elegir confesor aun de otro rito (c. 905; cf. cc. 519, 520, 521, 523, 566, 2414) y de manifestarla aun al Superior (c. 530, § 2); el derecho de elegir estado de vida, ya el matrimonial (2353; cf. 1034, 1035), ya el clerical

³⁵ BERTRAMS: Periódica (1958) 127-128.

³⁶ Al hablar de los derechos comunes de los cristianos en el ordenamiento canónico, conviene tener en cuenta *tres clases* de derechos comunes [fundamentales]:

1.º Los derechos *fundamentales del hombre*, en cuanto quedan reconocidos y garantizados por el ordenamiento canónico, como el derecho a la vida (Cf. cc. 2350, § 3, y 985, n. 5, contra los suicidas; 2351 contra los participantes en el duelo; 2354 y 985, n. 4, contra los homicidas; 2350, § 1, contra el aborto; cc. 123, 1923, § 3, asegurando la sustentación necesaria). El derecho a la integridad física (Cf. cc. 985, n. 5, 2350, § 2). El derecho a la locomoción y cambio de domicilio. El derecho de libertad religiosa (Cf. c. 1351, § 1). Cf. L. DE LUCA, *I diritti fondamentali del uomo nell'ordinamento canonico*, en: Acta Congr. Intern. iur. can. (Roma 1953) 88-103.

2.º Los derechos que están ligados a la válida recepción del Bautismo al conferirse la personalidad sobrenatural: los derechos *fundamentales específicos de los cristianos* en sentido *estricto*.

3.º Aquellos derechos que son comunes a los cristianos por voluntad de la Iglesia, o sea, comunes a los cristianos en cuanto miembros de la Iglesia como sociedad jurídicamente perfecta (Cf. cc. 1552,1667): que podrían denominarse derechos *fundamentales específicos de los cristianos* en sentido *amplio*.

Prescindimos del grupo primero, y nos fijamos especialmente en el grupo segundo de los derechos comunes específicos de los cristianos.

(c. 971, 2352; cf. 1436), ya el religioso (c. 2352)³⁷; el derecho de asociación con otros fieles (cf. cc. 684, 693). Todos ellos circunscriben y concretizan la libertad personal en orden a la perfección personal sobrenatural, y constituyen la personalidad del bautizado dinámicamente considerada³⁸.

12.—Ahora bien, como la actividad natural aun del regenerado por el bautismo no basta, sino que se requiere además los medios que han sido encomendados exclusivamente a la Iglesia por Cristo, de ahí que el bautizado no pueda conseguir su fin sobrenatural, si no tiene también la facultad inviolable de exigir y recibir aquellos medios de salvación, como expresa compendiosamente el c. 682: «Los seglares tienen *derecho a recibir* del clero, conforme a la disciplina eclesiástica, los *bienes espirituales*, y especialmente los *auxilios necesarios* para la salvación»; en concreto:

El derecho al sacramento de la *Confirmación*, que el Obispo, respectivamente el sacerdote privilegiado, tiene que administrar a los súbditos que lo demandan razonablemente, respectivamente a aquellos en cuyo favor ha sido concedido el privilegio (c. 785, §§ 1-2).

El derecho al sacramento de la *Eucaristía* (c. 853) con la facultad de recibirlo consagrado en cualquier rito (c. 866, § 1).

El derecho al sacramento de la *Penitencia*, que con obligación grave de justicia tienen que administrar los pastores de almas (c. 892, § 1); y la absolución no puede negarse ni diferirse al fiel debidamente dispuesto (c. 886).

El derecho al sacramento de la *Extrema-Unción*, que el ministro ordinario está obligado por justicia a administrar por sí mismo o por otro (c. 939).

El derecho al sacramento del *Matrimonio*, pues el matrimonio, al cual hay derecho natural, no puede consistir entre bautizados sin que sea sacramento (cf. 1035, 2353, 1012, § 2)³⁹.

El derecho a los *sacramentales* (cf. 1144, 1149, 2260, § 1); a los sufragios comunes de la Iglesia (cf. 2262, § 1; 339, 446); a las indulgencias (c. 911 ss.).

El derecho a participar en el *culto* divino (cf. c. 2259, § 1; 2275, n. 1).

El derecho a la *instrucción* religiosa (cf. c. 1330-1336, 1344, § 1 ss.).

El derecho a la *sepultura* eclesiástica (cf. c. 1239, § 3) con la licencia de elegir la iglesia de su funeral o el cementerio de su sepultura

³⁷ Este mismo derecho fundamental es protegido de manera relevante en el instituto de los religiosos: cc. 570, § 1, y 571, § 1; c. 637.

³⁸ BERTRAMS, *De influxu Ecclesiae in iura baptizatorum*: Periodica 49 (1960) 429.

³⁹ Cf. P. GASPARRI, *De matrimonio*, 1, 13-30; G. OLIVERO, *Sur le problème du droit subiectif dans le droit canonique*: Ephemer. iur. can. (1947) 589-591.

(c. 1223, § 1; 1226, § 1), que prevalece sobre la sepultura establecida por derecho común o particular (c. 216, § 1; 1219, §§ 1-2; 1220, 1221, § 1).

Los derechos fundamentales de los cristianos son pues las facultades de obrar libremente respecto a los objetos concretos fundamentales como correspondientes a la libertad específica del sobrenaturalmente regenerado, y de exigir y recibir los medios espirituales conducentes al fin sobrenatural y al cumplimiento de los deberes de él dimanantes, las cuales facultades nacen de la personalidad misma sobrenatural constituida por el carácter bautismal.

13.—A la misma conclusión nos lleva la simple interpretación del c. 87, pues si los «*officia christianorum*» son y se entienden indudablemente en sentido estricto como verdaderas obligaciones que compelen a los cristianos a poner u omitir los actos exigidos por el fin sobrenatural, igualmente los «*iura christianorum*», contrapuestos a aquéllos, han de ser verdaderos derechos subjetivos⁴⁰. Así lo entienden unánimemente los *comentadores* del CDC, ya expresamente como M. Conte a Coronata, G. Michiels, M. Falco, P. Gismondi, G. Olivero, W. Onclin...⁴¹, ya implícitamente al considerarlos como derechos subjetivos, cuya definición tradicional dan en otras partes de sus comentarios, como A. Blat, C. Berutti C., F. M. Cappello, Chelodi-Ciprotti, Ph. Maroto, A. de Meester, B. Ojetti, E. F. Regatillo, Wernz-Vidal...⁴².

Con ser los derechos de los cristianos los «*iura christianorum*» comunes, aunque unos por institución divina y otros por institución eclesiástica, una doble causa se distingue por el legislador en el mismo canon 87 en virtud de la cual no todos los derechos comunes de los cristianos se adquieren por el bautismo, a saber «algún óbice que impida el vínculo de la comunión eclesiástica o una censura infligida por la Iglesia». Pero ni aquél ni ésta obran la total supresión de los derechos comunes de los cristianos.

⁴⁰ OLIVERO: *ibid.*, 423.

⁴¹ CONTE A CORONATA, *Institutiones*, 1, 118; MICHIELS, *Normae generales*, 1, 2.19; FALCO, *Introduzione allo studio del CIC* (Torino 1925), 141; GISMONDI, *La capacità giuridica degli acatolici*, en: *Acta Congr. inter. iur. can.* (Roma 1953) 145; OLIVERO: *Ephem. iur. can.* (1947) 423; ONCLIN, *Considerationes de iurium subiectivorum in Ecclesiae fundamento ac natura*, en: *Acta Congr. intern. iur. can.* (Roma 1953) 212-213.

⁴² BLAT, *Commentar. textus CIC*, 2, *De personis*, 5; BERUTTI, *Institutiones IC*, 2, 2; CAPPELLO, *Suma IC*, 1, 183-184, cf. 24; CHELODI-CIPROTTI, *IC de personis*, 90-91, cf. 2; CIPROTTI, *De vocabulorum usu ad ius subiectivum significandum in CIC*, en: *Acta Conf. inter. iur. can.* (Roma 1953) 58; MAROTO, *Institutiones*, 1, 391-392, cf. 6-7; DE MEESTER, *Iur. can. et iur. canonico-civilis compendium*, 1, 308-310, cf. 2; OJETTI, *Comment. in CIC*, 2, cf. 1, 3; REGATILLO, *Institutiones*, 1, 179, cf. 3; WERNZ-VIDAL, 2, 1, cf. 1, 45.

14.—Como la personalidad sobrenatural de los bautizados está constituida por el carácter indeleble bautismal y a ella van unidos por institución divina los derechos y deberes fundamentales del orden sobrenatural, ni aquélla ni éstos los puede la Iglesia quitar, como *inamissibles* que son. Por lo mismo, tanto el óbice como la censura eclesiástica no se refieren a los derechos mismos en sí sino a su ejercicio, cuya ordenada custodia y satisfacción está encomendada a la Iglesia. El defecto de fe (vínculo simbólico) o de caridad social o comunión con la Iglesia (vínculo jerárquico), en que consiste el óbice, lleva consigo el no poder ejercer los derechos en la Iglesia, mientras la pena eclesiástica produce, por voluntad de la Iglesia y conforme al grado establecido por ella, una restricción mayor o menor del ejercicio de los derechos fundamentales de los cristianos ⁴³.

Pero ni siquiera puede faltar o quitarse totalmente el *ejercicio* de éstos en la Iglesia, por la razón de que la Iglesia es medio necesario de salvación y de que a ella están exclusivamente encomendados los medios sobrenaturales. Por eso, cuando el c. 2248, § 2, estatuye que «tan pronto como el delincuente ha cesado en su contumacia, a tenor del canon 2242, § 3, no puede denegársele la absolución», no solo impone a los superiores competentes la obligación de absolver de la censura a los fieles, debidamente dispuestos, sino que a éstos les reconoce el derecho de exigir y recibir la absolución [como medio radical de salvarse] ⁴⁴.

Más aún, el ejercicio de las facultades sobrenaturales, que en cuanto tales no pueden ser quitadas directamente por la Iglesia, produce efectos jurídicos que *suppositis supponendis* tienen que ser reconocidos por la Iglesia, p. e. el matrimonio válido de los bautizados aun acatólicos es sacramento.

Respecto a los derechos comunes de los cristianos que son de institución eclesiástica, en cambio, como el derecho a la tutela judicial ante tribunal eclesiástico (c. 1552, 1646, 1654, 1667, 1668), la Iglesia los puede quitar en todo o en parte o solo en cuanto al ejercicio ⁴⁵.

De la misma redacción del c. 87 aparece que la partícula exceptiva «*nisi*» no se refiere al término «*iuribus*» si no al término «*omnibus*». Además, si por la excepción del óbice se siguiera la pérdida total de todos los derechos de los cristianos como erróneamente entendieron

⁴³ MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, 25; ONCLIN: Acta Congr. inter. iur. can. (Roma 1953) 221. Cf. OJETTI, *Comment*, 2, 11, comp. 7-8; K. RAHNER, *Die Gliedschaft in der Kirche nach der Lehre der Enzyklika Pius XII «Mystici Corporis Christi»*, en: *Schriften zur Theologie*, 2, 76.

⁴⁴ ONCLIN, *l. c.*, 223. Cf. 213.219.

⁴⁵ Cf. c. 1654.

algunos ⁴⁶, se seguiría que también la censura infligida por la Iglesia privaría de todos ellos. Ahora bien, es patente que no toda censura priva de todos los derechos comunes de los cristianos como consta con solo recorrer el libro V del CDC.

15.—Esta inamisibilidad de los derechos fundamentales del cristiano y su ordenación teleológica a él nos parece que no puede conciliarse con una teoría jurídica, que los conciba, como a todo derecho subjetivo, como una situación en la sociedad, aquí de la Iglesia; pues el bautizado, aun separado de la Iglesia, permanece persona en el orden sobrenatural con los derechos y deberes fundamentales sobrenaturales, dejando de ser miembro de la Iglesia. Tampoco parece puedan concebirse como meros reflejos del derecho normativo, pues estos derechos fundamentales sobrenaturales son antecedentes a aquél, y permanecen aun cuando se deje de pertenecer al Cuerpo Místico de Cristo que es la Iglesia ⁴⁷.

Ni pueden explicarse como una licencia de usar de lo a sí ordenado o debido, pues importan además una disposición sobre su libre actividad circunscrita por el fin sobrenatural, o una exigencia sobre bienes espirituales a sí destinados; y son derechos que al tiempo importan obligaciones, como los derechos a los diversos sacramentos que pueden convertirse en verdaderas obligaciones (cf. c. 859, 864, § 1; 906, cf. c. 907, 807, 856 y 1033).

En cambio se compagina perfectamente y da explicación adecuada de la permanencia e inamisibilidad de los derechos fundamentales sobrenaturales, la teoría escolástica personalística al concebir los derechos subjetivos todos como una proyección de la persona, de la que parten y a la que se dirigen. Hay pues correspondencia de la filosofía jurídica perenne en la parte filosófica y en la parte jurídico-canónica.

§ 5. LA NOCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO DEDUCIDA DEL ANÁLISIS DEL DERECHO ADQUIRIDO

16.—Examinada la figura de los derechos fundamentales y originarios de los cristianos, vamos a analizar la figura de los derechos adquiridos, que sobrevienen a aquéllos, porque alcanzan un relieve jurídico especial ante el derecho normativo nuevo que es contrario a ley antigua bajo la cual fueron adquiridos. Con ello se nos brinda la ocasión de examinar la relación entre ambos y penetrar en su naturaleza.

El término «*ius quaesitum*» lo encontramos en el CDC trece veces, a las que hay que añadir la del c. 1689 («*iuribus quae alii quaesive-*

⁴⁶ Como FALCO, *Introduzione allo studio del CIC*, 130; y U. STUTZ, *Der Geist des CIC* (Stuttgart 1918), 90, cuyas afirmaciones son rechazadas por MICHELS, *Princ. gener. de personis*, 24 s.

⁴⁷ Cf. BERTRAMS: *Periódica* (1960) 437-438.

runt»), en las más diversas partes del mismo: en la parte general, en el Derecho Constitucional, en el Derecho Administrativo, en el Derecho Procesal y en el Derecho Penal de la Iglesia^{47 bis}.

¿Cuál es su *naturaleza*, puesto que alcanzan por parte del legislador canónico tal relevancia jurídica? Vamos a examinarlo primero negativamente —qué no es—, y después positivamente —qué es.

Desde el punto de vista *negativo*, el *ius quaesitum* o adquirido se contrapone, atendiendo a su interpretación literal, en primer lugar, al derecho *originario*, fundamental, en cuanto que no procede inmediatamente de la personalidad natural o sobrenatural, o sea por el mero hecho de la concepción o natividad natural o sobrenatural.

Se contrapone, en segundo lugar, al *ius acquirendum*, respecto al cual uno tiene capacidad de obtener o poseer, pero que aun no se posee: así según la Comisión de intérpretes del CDC no tienen un derecho adquirido respecto a los oficios y beneficios, prohibidos ahora por el c. 642, aquellos religiosos, que salidos de la religión con venia pontificia antes de la promulgación del CDC, podían aspirar a dichos oficios y beneficios⁴⁸. Como tampoco lo tiene respecto al beneficio parroquial en virtud del c. 453 el diácono que, ordenado antes de la promulgación del CDC, podía recibirlo válidamente⁴⁹.

Se contradistingue, en tercer lugar, de la *expectativa* o esperanza de derecho, fundada en uno o varios de los hechos jurídicos requeridos por la ley para la adquisición de un derecho, los cuales no bastan por incompletos para la obtención del derecho, como el testamento antes de la muerte del testador, la oferta no aceptada⁵⁰.

Se contrapone, en cuarto lugar, a la *capacidad* jurídica que es el presupuesto para que puedan adquirirse los derechos, y a la habilidad, que quitada en pena, no lleva consigo la pérdida de los derechos adquiridos (c. 2296, § 2).

17.—Desde el punto de vista *positivo*, ¿cuál es su naturaleza? Para responder a la cuestión vamos a examinar los títulos de adquisición, los modos de amisión, la causa de su consistencia y perseverancia, el sujeto de los derechos adquiridos, y su contenido.

En cuanto a los *títulos adquisitivos* de los derechos adquiridos, son diversos los hechos jurídicos según la diversa naturaleza de los derechos de cuya adquisición se trate. Puede ser el mero hecho jurídico como la extinción de la persona moral (c. 102, § 1) en virtud de la cual sus bienes pasan al patrimonio de la persona moral superior (c. 1501), la prescripción, compra... En concreto, en los cánones donde

^{47 bis} Cf. A. LAVER, *Index verborum Codicis Iuris Canonici*, al término «*Quaesitus*».

⁴⁸ Comm. Pontif. interpr., 24 noviembre 1920: AAS 12 (1920) 575.

⁴⁹ Congr. Concilii 17 mayo 1919: AAS 11 (1919) 439.

⁵⁰ REGATILLO, *Institutiones*, 1, 44; WERNZ-VIDAL, 1, 90; OJETTI, *Comment*, 1, 57-58.

es usado el término «*ius quaesitum*» vienen indicados explícitamente o implícitamente ya el acto jurídico propio de la persona que adquiere el derecho (p. e. c. 635, n. 2), ya el acto jurídico del Superior (cc. 176, § 2; 46, 50), ya el acto jurídico del súbdito aceptado por el Superior (c. 177, § 4; cf. 176, § 2; c. 1652).

En general, *negativamente*, se entiende que no ha sido adquirido por sola la ley común general o especial (c. 4, y como caso especial aplicativo el c. 774, § 1), ni por ley peculiar (cc. 1500, 1501) o estatuto (774, § 1; c. 46), y lo mismo se diga respectivamente de la costumbre. Se excluye como título exclusivo adquisitivo el derecho normativo, aun cuando tenga que fundarse en un hecho jurídico conforme a la ley positiva o natural. Más aún, añadiríamos que al menos, cuando se trata del derecho adquirido ante el cambio de legislación, se entiende contradistinto del privilegio, como parecen indicar la yuxtaposición de ambos en el c. 4, y 774, § 1, y la revocación expresa de los privilegios varias veces decretada a lo largo del CDC, mientras los derechos adquiridos perseveran. De donde el «*ius quaesitum*» es un derecho adquirido por hecho jurídico adventicio *distinto* de la ley, realizado conforme a ella.

18.—Vistos los modos de adquisición del «*ius quaesitum*», vamos a examinar la *causa de su perseverancia* o la razón por la que merecen una garantía especial en la legislación canónica. Gozan de una garantía especial los derechos adquiridos, en primer lugar ante la ley nueva contraria a la antigua, bajo la cual nacieron (cc. 4, 774, § 1); ante el acto del Superior que dispensa de los votos o juramentos (cc. 1313, 1320), u otorga un rescripto contrario (c. 46; y en duda, se impone la interpretación restrictiva, c. 50); en la provisión de oficios y beneficios (cf. cc. 175, 176); en la administración de la iglesia (c. 485); en la extinción de la persona moral (c. 1500); en la división del territorio de la misma (c. 1501); en el tránsito de un religioso a otra religión (c. 635); en la defensa judicial (c. 1652); en la imposición de penas (cf. c. 2296, § 2); en la restitución *in integrum* (c. 1689).

Es decir que gozan de una protección especial cuando amenaza una lesión o supresión de los mismos, no voluntaria por parte de su titular. Resalta esta tutela del derecho adquirido, cuando, al advenimiento de legislación nueva contraria, incluso a la ley bajo la cual fueron adquiridos, se establece la norma general enunciada en el c. 4 de que los derechos adquiridos quedan a salvo, si no se estatuye lo contrario expresamente. Como éstos se fundan en un título puesto conforme a la ley ¿cuál es la causa de su perseverancia: la ley anterior, la ley nueva?

19.—Es claro que ésta no es la nueva ley contraria, precisamente porque se la supone y es contraria a la que legitimó el hecho jurídico adquisitivo.

Van Hove ⁵¹ se pronuncia por la ley bajo la cual nació y en la cual se fundaba hasta la nueva ley: aquélla se salva por el c. 4, perseverando como fundamento del derecho adquirido; pero no puede ser, porque esa ley antigua queda abrogada por la nueva contraria. Michiels ⁵², por el contrario, se inclina por la ley general enunciada en el c. 4, establecida en conformidad con el principio general, enunciado en el c. 10, de la irretroactividad de las leyes. Pero cabe preguntar ulteriormente por qué estas leyes reconocen y garantizan la perseverancia de los derechos adquiridos. Si fuera inmediatamente la causa la ley positiva, antigua o nueva, podría el legislador haber formulado el principio contrario. Ahora bien, al legislador mismo se le impone el respeto a los derechos adquiridos. Luego, no por el derecho normativo positivo como tal, sino por la naturaleza misma de los derechos adquiridos es por lo que éstos perseveran y deben perseverar de norma ordinaria.

Los derechos adquiridos que se declaran permanecer intactos al advenimiento de una ley nueva contraria a la ley bajo la cual nacieron, se puede decir que se *fundan* en el c. 4 y 10 meramente: *negativamente*, en cuanto no se les ponga cláusula revocatoria; pero *positivamente* se fundan para perseverar en su propia naturaleza y en fuerza de haber *entrado en el patrimonio* del titular de aquéllos. Porque con ello se han hecho materia de derecho natural protegido y sustentado por la virtud de la justicia conmutativa, que los mantiene válidos y firmes, mientras el titular de aquellos derechos no renuncie, o a aquéllos no oponga otros, cuando esto le está permitido por tratarse de derechos no irrenunciables, o mientras el Superior competente, en materia a sí posible, no los declare extinguidos por las exigencias del bien común prevalente.

20.—En otros términos, el título jurídico hace que de la muchedumbre de cosas destinadas por Dios en común a los hombres, unas en concreto queden destinadas exclusivamente a la persona concreta que deviene titular de las mismas. Es decir, el título jurídico adquisitivo es el determinante inmediato de la *destinación* de una cosa —res, actio— al servicio (o ejercicio) exclusivo de una persona como persona, y por tanto, distinta y contrapuesta a las otras personas. Con ello queda así vinculado teleológicamente a la persona, en cuya esfera, por tanto, y patrimonio entra a formar parte, como medio de cumplir sus propios fines personales, último e intermedios, y a cuya libre ordenada disposición queda en mayor o menor grado, según la naturaleza del derecho adquirido. De donde viene a participar de la inviolabilidad y respeto debidos a la persona misma. Ahora bien, como el derecho norma-

⁵¹ I, 2, 14.

⁵² *Normae generales*, I, 91 s.

tivo tiene como fin propio suyo la tutela de la persona con sus derechos y deberes y su ordenado ejercicio, debe como principio general natural, salvaguardar los derechos de la persona ya adquiridos, como proyección dinámica de ésta, a no ser que las exigencias del bien común exijan que el Superior competente los declare inexistentes para el futuro o sólo ineficaces. Más aún, hay derechos adquiridos totalmente insuprimibles por el legislador, como los derechos inseparables del matrimonio, los derechos de los padres sobre los hijos.

De ahí la necesidad de la cláusula revocatoria expresa que se refiera a los derechos adquiridos (c. 4.), ya que una ley nueva por su simple contrariedad revoca sí la ley anterior contraria, como derecho normativo que es, pero no se extiende de por sí a los derechos adquiridos, como derechos desvinculados de ella, aunque de ella nacidos.

De donde resulta, según el CDC, que no puede considerarse como mero reflejo subjetivo de la norma objetiva jurídica, a la que finalísticamente anteceden y ante la que subsisten en sus cambios.

Y en esta ordenación del objeto de los derechos adquiridos a la persona titular de los mismos, o en esta *vinculación teleológica* del objeto con el sujeto de aquéllos está, no solamente *el por qué* deben ser salvaguardados y perseverar ante el advenimiento de una nueva legislación en el sentido del enunciado general del c. 4, sino además el por qué gozan y tienen que gozar de la garantía que se les dispensa en el CDC en todos los institutos canónicos arriba recensionados, especialmente cuando se trata de actos del Superior (cf. cc. 175, 176, 1313, 1350, 2296, § 2...). La perseverancia de los derechos adquiridos ante el advenimiento de legislación contraria a la ley bajo las cuales fueron adquiridos, no es más que una manifestación, aunque quizás la más importante, de la naturaleza propia de ellos.

21.—Esta se nos manifestará, si consideramos también los *modos de admisión* de los derechos adquiridos. Aparte de las causas de cesación *ab intrinseco* por cesación del elemento, sujeto o condición esencial pues: a para su perseverancia, o por su misma naturaleza, o por voluntad de las partes intervinientes en su nacimiento, vienen indicadas en el CDC las causas extrínsecas (*ab extrinseco*) de la cesación de los derechos adquiridos. Y en primer lugar la voluntad del Superior por medio de la ley con cláusula revocatoria (cc. 4, 774 § 1), por medio de rescripto con mención expresa (c. 46), por imposición de pena (c. 2296 § 2) expresamente privativa de los mismos.

La otra causa de cesación «ab extrinseco» es la voluntad del titular del derecho adquirido por la renuncia a él, ya explícita ya implícita (cf. 175, 176, § 1), cuando ésta le está permitido, porque hay derechos adquiridos que, mientras dependen en su origen de la voluntad del titular de los mismos o también de la voluntad del Superior concedente o permitente, son o irrenunciables al sujeto o insuprimibles por el Superior competente.

Los dos modos indicados de cesación por renuncia del titular y por disposición del Superior, se explican perfectamente, si se admite que los derechos adquiridos han entrado en la *esfera personal*, quedándose así a la disposición libre de la persona física o moral, mayor o menor, conforme a la naturaleza concreta de cada derecho obtenido o poseído. (cf. v.c. 175, 176, comparado con los cc. 183 ss.). Es decir, que mientras el Superior competente no puede quitarlos sino es por exigencias del bien común, en cambio, puede disponer de ellos el titular mediante renuncia, supuesto que se trata en ambos casos de derechos no irrenunciables, por estar así vinculado el objeto de ellos. Lo cual entraña un poder moral sobre éste en bien personal propio, o al menos, un poder confiado, en cuando a su ejercicio, a la persona que lo detenta, para que lo posea o ejerza ya en bien particular de otra persona física o moral, ya en bien común de la sociedad (de la Iglesia, de la que el titular es miembro y en la que obra como tal miembro especializado de la misma («*ius in titulo officii, beneficii*»)).

22.—Examinada la naturaleza del derecho adquirido a través de los modos de adquisición, admisión, causa de perseverancia, nos queda por examinarla a través de su contenido. Este puede quedar constituido por un derecho real (cc. 1500, 1501; 175, 176), ya pleno ya solo directo (cf. c. 1499 ss.); o por un derecho personal (cf. cc. 1081, 1086, 1111); o por un «*ius ad rem*» intermedio entre ambos (cc. 176 § 2).

Si nos fijamos en el instituto del oficio eclesiástico, resulta que el contenido del «*ius quaesitum*» puede estar constituido por una facultad, que es fase de un mismo derecho terminal. Así en el instituto canónico de la elección se distinguen tres fases y actos jurídicos: la elección, la aceptación y la confirmación, que confluyen en el nacimiento del «*ius in officio, beneficio*». De la elección (no colativa) se adquiere un «*ius ex electione quaesitum*» (cc. 175, 176, § 1) al que se puede renunciar⁵³; de la aceptación de la elección un «*ius ad rem*» (c. 176, § 2); de la confirmación de la elección el «*plenum ius in officio*» (177, § 4; 176, § 2). El contenido, pues, del derecho adquirido puede ser bien un *conjunto de facultades* con sentido unitario (*ius in titulo beneficii, ius proprietatis*), bien una *facultad* que se ha *independizado* de un derecho del que formaba parte (*ius eligendi, ius in re aliena*) respecto a un objeto concreto.

23.—Esta naturaleza radical teleológica y subjetiva del derecho adquirido se manifiesta al considerar el *sujeto* a cuya disposición queda o a cuyo fin personal sirve. Este viene indicado por el CDC en forma genérica («*alteri*» c. 46) («*aliis*» cc. 4, 50, 1689), y concreta (c. 774,

⁵³ Sería, según M. SZUMILLO, *Ius ad rem* (Tokio 1953), 17, un «*ius ad rem*» potencial, e. d. que se funda en un título que tiene eficacia constitutiva presente, para cuya perfección se requiere un acto ulterior dependiente directa o indirectamente de la voluntad del titular que lo vuelva actual.

§ 1; 635, núm. 2). El sujeto puede ser no sólo una persona física, sino también moral (cc. 1500, 1501; en concreto, la religión cc. 635, número 2; una iglesia, cc. 774 § 1). Aún cuando ese *alius* o *alter* sea un tercero como en el cc. 1313 § 1 distinto del dispensante y del dispensado, o del orante y rescribente, como los cc. 46, 50, en general se ha de entender como en los cc. 4, 485, 774, § 1; 1689, 2296, cualquier persona que pueda sufrir perjuicio del cambio de estado jurídico en virtud del cual nació o fue adquirido.

Es, pues, el poder moral de persona física o moral *determinada* respecto de un objeto concreto, que se pone en conexión de destino para con aquella persona concreta, ya en virtud de un acto jurídico, bien propio o ajeno a sí dirigido, bien puesto en cooperación con otra persona, ya en virtud de un simple hecho jurídico determinado por la ley en sus efectos jurídicos hacia una persona (cf. cc. 1500, 1501).

24.—Pero el derecho adquirido según los datos del CDC, ¿se restringe sólo al derecho *privado*? Así lo parecen expresar las definiciones, tanto de A. Vermeersch, como de G. Michiels⁵⁴, al entenderlo como el derecho que ha entrado en el patrimonio privado de una persona. Pero basta considerar que entre los derechos adquiridos tienen especial relevancia jurídica los «*iura in officio*» (título). Ahora bien, como el oficio eclesiástico incluye siempre la potestad eclesiástica de orden o de jurisdicción circunscrita por el fin del oficio, y por tanto, se ordena a actuar el fin de la Iglesia, la potestad propia del oficio deviene, sí, un derecho subjetivo del titular del oficio, pero que ha de ser ejercitado conforme a su naturaleza, no en interés exclusivo del titular, sino en interés o *bien común* de la Iglesia. Por ello, las causas sobre el titular del oficio y beneficio no se tratan por vía judicial ordinaria, sino por procedimiento administrativo, quedando a salvo el recurso a la Santa Sede al presunto titular del mismo⁵⁵.

25.—El «*ius quaesitum*» según el CDC es, a nuestro parecer, una facultad o conjunto de facultades, con sentido unitario e independiente, respecto a un objeto concreto —res o actio— que en virtud de un hecho jurídico adventicio distinto de la ley, está destinado a una persona, en cuya esfera personal o patrimonio entra. Así substancialmente lo entienden los comentaristas del CDC como una facultad moral inviolable de poseer, hacer o exigir algo, en cuanto al «*ius*», diferenciándose en la ulterior determinación del hecho que lo hace verdaderamente «*quaesitum*» con sus consecuencias jurídicas. Nosotros añadiríamos que este hecho jurídico es, además, distinto del solo privilegio, (cf. c. 4),

⁵⁴ VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome IC'*, 1, 93, 94-95; MICHIELS, *Normae Generales*, 1-81.

⁵⁵ *Commis. Pontif. interpret.*, 22 mayo 1923.

a no ser que al privilegio sobrevenga un hecho jurídico puesto conforme a éste. Con todo, la terminología del CDC no es constante (cf. cc. 1313, y también 46)⁵⁶.

26.—En *conclusión*, si queremos establecer la razón última y declarar la naturaleza íntima del derecho adquirido, está radicalmente a nuestro parecer en la *ordenación* de una cosa o acción concretas a una persona determinada (física o moral), que se realiza por la verificación de un *hecho jurídico adventicio*, puesto conforme a la ley natural o positiva. De esta ordenación a la persona concreta se sigue la vinculación teleológica con ella, y el poder moral (intencional) sobre el acto o cosa a ella ordenados, resultando en las demás personas bien un respeto general negativo, bien un respeto positivo especial de la persona, cuya acción está ordenada al titular del derecho. De donde se sigue en el derecho normativo su especial tutela tanto respecto a los demás —súbditos— como respecto al Superior mismo en sus diversas funciones.

§ 6. LA NOCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO DEDUCIDA DEL EXAMEN DE LA NATURALEZA DEL OBJETO DEL JUICIO CONTENCIOSO

27.—Como una de las principales innovaciones que introdujo la Constitución «Sapienti Consilio», al instaurar más bien que abrogar el derecho antiguo, fue el haber establecido la distinción neta entre las materias que han de ser tratadas por vía administrativa y las que han de resolverse por vía judicial; y como, según el CDC, los derechos de las personas constituyen el objeto del juicio contencioso, de ahí que el examen de la naturaleza de éstos nos lleve a la noción metafísica que de ellos se manifieste en el CDC. Pues el determinar qué vía ha de seguirse, si la judicial o la disciplinar o administrativa, depende radicalmente de la naturaleza de la cuestión, según prescriben las Normas peculiares, cap. 1, núm. 3, del Ordo servandus in SS. Congregationibus, Tribunalibus, Officiis R. Curiae: «In expostulationibus ad S. Sedem, si libellus ad S. Rotam delatus est, Decanus cum duobus Auditoribus primis; si ad aliquam Congregationem ordinarius eiusdem congressus, de quaestionis natura videbunt, utrum res administrationis ac disciplinae tramite tractanda sit, an summo iure agendum.»

De ahí que los autores, al tratar de la naturaleza y distinción de las potestades administrativa y judicial, tomen como punto de partida el derecho subjetivo, bien como elemento distintivo esencial de ambas potestades en la Iglesia, según lo hacen B. Ojetti, C. Bernardini, J. John-

⁵⁶ VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome IC*, 1, 93.

son⁵⁷, bien como elemento al menos limitativo si no esencial constitutivo, según sostiene F. Roberti⁵⁸.

Nosotros primero examinaremos genéricamente el *objeto* del juicio contencioso, después, su *naturaleza*, que examinaremos primero por relación a los elementos de que viene acompañado, y luego, en sí mismo.

28.—El *objeto* del juicio contencioso, según el c. 1552 § 2 núm. 1, es doble; «personarum physicarum vel moralium iura perseguenda aut vindicanda, earumque facta iuridica declaranda». Suelen entenderse por «iura perseguenda» los derechos personales (iura in personam), pues perseguimos lo que nos es debido; y por «iura vindicanda» los derechos reales (iura in re), pues vindicamos lo que es nuestro⁵⁹. El objeto, así enunciado genéricamente, queda ulteriormente determinado por las clases de acciones, especialmente por el c. 1668, según el cual, el juicio contencioso se subdistingue en petitorio y posesorio (cf. cc. 1671, § 1; 1697, § 3; 1699, § 3). En el primero se trataría de la propiedad o del derecho mismo; en el segundo, del hecho de la posesión o cuasi-posesión, pues, prescindiendo de las acciones declarativas, todas las demás son o petitorias o posesorias, las cuales se distinguen por razón del fin⁶⁰.

Pero la distinción de las acciones propuesta en el c. 1668 no parece ser por razón del fin, sino más bien por razón de su *fundamento*, como sostiene Kl. Mörsdorf⁶¹. En primer lugar, la acción petitoria se funda en «iurilo iuris auctoritate subnixo» como expresa el c. 1668, § 1; la acción posesoria, en cambio, si atendemos a los esquemas E, F y G del libro IV del CDC⁶², se apoya en «possessionis factio». La acción posesoria protege únicamente la posesión, bien la posesión de una cosa

⁵⁷ OJETTI, *ibid.*; C. BERNARDINI, *Problemi di contenzioso amministrativo canonico specialmente secondo la giurisprudenza della Sacra Romana Rota*, en *Acta Congr. iur. internationalis, Romae 1934*, v. 4 (Roma 1937), 357-432, especialmente cap. 2, §§ 20-27. Recogiendo a estos autores y completándolo con citas de Roberti, define J. JOHNSON el proceso *judicial* «complexus actorum quibus organa iurisdictionalia iuribus [subiectivis strictis] tutelam praestat», y el proceso *administrativo* «complexus actorum, quibus organa administrativa tuentur sive interesse sive iura quibus ius positivum, ob bonum publicum, actionem iudicalem denegat»: *De distinctione inter potestatem iudicalem et potestatem administrativam in iure canonico*: Apollinaris 9 (1936) 269.

⁵⁸ *De processibus*, 1^a, 51.

⁵⁹ WERNZ-VIDAL, 6, 10.

⁶⁰ CONTE A CORONATA, *Institutiones*, 3, 1089; LEGA-BARTOCETTI, *Commentarium in iudicia ecclesiastica*, 1^o, tit. 5, nn. 3-5; WERNZ-VIDAL, 1, 249, nota 35.

⁶¹ *Rechtsprechung und Verwaltung im kanonischen Recht* (Friburgo Br. 1941), 48.

⁶² ROBERTI, *CIC Schemata*, Lib. IV. *De Processibus*, I. *De Iudiciis in genere*, p. 165.

corporal, bien la cuasi-poseción de un derecho (c. 1668, § 2); mientras la acción petitoria protege tanto los derechos como la posesión, bien ambas al mismo tiempo, (p. e. la propiedad), bien sólo los derechos (p. e. la acción declarativa) o sólo la posesión (p. e. actio possessionis rei adipiscendae c. 1693, la cual se apoya en «título legítimo», mientras las demás del cap. VI en el simple hecho de la detención cc. 1694, 1699)⁶³.

Como los remedios posesorios, por una parte, pueden ser acciones petitorias o posesorias (cc. 1693-1700), y por otra parte no pueden quedar satisfechos con una mera declaración, sino que exigen hacer u omitir algo, no pueden quedar comprendidos entre los «facta declaranda». Se impone que entre los «iura perseguenda» se sobreentienda la protección de la posesión o cuasi-poseción. La misma conclusión se desprende del c. 1667 según, el cual, «todo derecho es protegido por la acción, a no ser que otra cosa expresamente se determine». Fundamentalmente debe considerarse como materia contenciosa cualquier contenciosa relación de derecho o de posesión de una persona física o moral⁶⁴, o en otros términos, la defensa del derecho o de la posesión.

Aunque la acción posesoria se funde únicamente en el hecho de la posesión o detención de la cosa, al fin y al cabo, se apoya por parte de la autoridad social en la presunción de que al hecho de la posesión responde regularmente el derecho a la misma. Por ello, las acciones posesorias dejan intacto el derecho que está tras la posesión, y por lo mismo, sólo dan fundamento a una decisión interina provisional. Puede concluirse con Lega-Bartocetti, que el objeto del juicio contencioso son «los derechos que piden ser definidos y declarados si son dudosos, defendidos, si violados, vindicados, si quitados»⁶⁵.

29.—Y ¿cuál es la *naturaleza* de los derechos que constituyen el objeto primario del juicio contencioso? Como todo derecho está tutelado por una acción y excepción, conforme el c. 1667 determina expresamente, se pregunta primero, si la acción, respectivamente la excepción, se confunden con el derecho que se tutela; segundo, si la acción es elemento esencial constitutivo del mismo, o es independiente de la tutela efectiva y anterior a ella.

En cuanto a la primera cuestión: si la *acción* se confunde con el derecho tutelado, responden afirmativamente entre los modernos cano-

⁶³ EICHMANN-MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 3^a, § 232, I, 2, d. 2; *Código de DC*, profesores Univ. Pont. Salamanca, al c. 1693.

⁶⁴ MÖRSDORF, *Rechtsprechung*, 52: «Grundsätzlich ist daher als gerichtliche Streitsache jedes streitige Rechts- oder Besitzverhältnis einer physischen oder juristischen Person anzusehen»; Eichmann-Mörsdorf, 3, § 232, I, 2 a.

⁶⁵ *Comm. in iudicia*, tít. 5, n. 1: «iudiciorum obiecta sunt iura quae petunt definiri et declarari si dubia, defendi si offensa, vindicari si ablata», cf. tít. 1, n. 5; cf. LEGA, *De iudiciis*, 1, 165.

nistas F. J. Wernz y P. Vidal bajo una previa distinción⁶⁶. Si la acción se toma «in actu secundo», e. d. como el ejercicio de la acción (= acción procesal, la acción en sentido *objetivo*), o sea, la invocación de la intervención del poder público para que defienda el derecho propio, entonces ciertamente difiere realmente del derecho controvertido como el medio del fin. Pues la acción procesal no es otra que el medio de defensa para mantener ileso el derecho. Pero si la acción se entiende «in actu primo» (en sentido *subjetivo*), o sea el mismo derecho de accionar («ius agendi»), en ese caso, arguyen, no se distingue del derecho controvertido, porque es este mismo en cuanto se opone a la violación. No es algo sobreañadido o consiguiente, sino una facultad contenida en el derecho mismo subjetivo, como el derecho de uso y usufructo está contenida en el derecho de propiedad. La razón que alegan es que el derecho subjetivo incluye, naturalmente, la facultad de exigir el objeto del mismo por la fuerza (acción «in actu primo»). Ahora bien, como en la sociedad la vindicación coactiva está exclusivamente reservada a la sociedad y prohibida a los particulares, de ahí que necesariamente corresponda al titular del derecho subjetivo, como facultad inherente a él, el poder de reclamar del juez la coacción (acción «in actu secundo»), presupuesto el reconocimiento del derecho controvertido.

Ciertamente en el CDC se toma la acción en un doble *sentido*: a. por el *ejercicio* de la acción (cc. 1612, § 2; 1685, 1690, § 1; 1705, § 1; 1669, § 1; 1670, 1698, § 2); y b. por el *derecho de acción* (cc. 1017, § 3 «datur actio»; 1667 «actione munitur»; 1690 «praestat actionem»; cf. 1701, 1702)⁶⁷.

30.—Pero, aun tomada la acción en esta segunda aceptación, se *distingue* del derecho tutelado, como ya parece constar en el principio general enunciado por el c. 1667, que, al establecer que todo derecho está protegido por la acción, admite la posibilidad de que puedan existir derechos destituidos de la acción, como indica la cláusula «nisi aliud cautum sit». Además, la acción, que garantiza el derecho, es temporaria, no perpetua. Luego prescrita la acción, queda íntegro el derecho (cf. 1511, § 1).

Mas aún, el CDC admite *derechos sin acción*, como se desprende del c. 1017, donde del contrato esponsalicio se niega derivar la acción para exigir la celebración del matrimonio, y sólo se admite la acción de resarcimiento de daños a que hubiere lugar. En el proceso de remoción del párroco inamovible (cc. 192, § 2, 2147 ss), por razón del interés público, se le niega la acción judicial, concediéndosele tan solo la tutela administrativa. Y lo mismo se diga de todos los casos en que por razón del bien común se concede, tan sólo, la defensa administra-

⁶⁶ WERNZ-VIDAL, 6, 244-245; cf. 259.

⁶⁷ MÖRSDORF, *Die Rechtsprache des CIC* (Paderborn 1937), § 31, I, 1.

tiva (cf. 1993, § 2)⁶⁸. Las acciones además pueden renunciarse o suspenderse, p. e. por haberse iniciado compromiso arbitral...

Las acciones caucionales de varios géneros de secuestro (cc. 1672 siguientes, 1676 ss.), las acciones posesorias (c. 1694 ss.), aún en los casos en que de hecho no existe el derecho, suponen que el CDC admite acciones que no responden perfectamente a determinados derechos.

31.—Del examen del CDC se sigue, por tanto, la distinción real del «ius agendi» respecto al derecho controvertido; y por ella se inclinan los canonistas modernos en su mayoría, como F. Roberti, P. I. Noval, Kl. Mörsdorf, Lega-Bartocetti, M. Conte a Coronata...⁶⁹ Pero, ¿cómo se concibe este derecho de acción realmente distinto del derecho tutelado? Recojamos los datos que nos prestan las cánones. Según el canon 1701 (cf. c. 1511, § 1) las acciones contenciosas se extinguen por prescripción; y la naturaleza, como las condiciones de ella, son idénticas a las requeridas para la prescripción de los derechos (cf. cc. 1508-1512). Conforme al c. 1554, el actor queda privado del «ius agendi» en el foro eclesiástico contra la misma persona y sobre la misma materia y de los conexos con ella. La acción además se llama «ius agendi» (c. 1554); «ius accusandi matrimonia» (c. 1971, § 1 comp. con el § 2) se dice en las causas matrimoniales, e. d. el derecho de entablar acción ante tribunal competente para que el matrimonio se declare nulo o se impida que se contraiga. Por consiguiente la acción tiene naturaleza propia de un derecho subjetivo. Es un bien en sí mismo consistente que puede ser enajenado, cedido, transmitido, a no ser que se trate de acciones enteramente personales; y que se rige por las leyes, y por las mismas es concedida, coartada, quitada, impedida⁷⁰.

Sin embargo, existe una íntima *unión*, derecho y acción que el sistema del derecho canónico reconoce, siguiendo las huellas del Decreto Romano, que considera siempre las acciones fundadas en el derecho substantivo, de modo que a través de la institución de las acciones se definen los derechos. De ahí que la mayoría de los canonistas, antes de la promulgación del código actual, identificaran el derecho controvertido con la acción, como hicieron los civilistas hasta fines del siglo pasado, en que con la doctrina pandectística alemana comienza a distinguirse acción y derecho, hasta llegar a un exceso de separación⁷¹.

⁶⁸ ROBERTI, *De Processibus*, 1⁴ (Ciudad del Vaticano 1956), 30.

⁶⁹ ROBERTI, *ibid.*; NOVAL, *Commentarium CIC, De processibus*, n. 293; EICHMANN-MÖRSDORF, *Lehrbuch des KR*, 3, § 232, I, 1; LEGA-BARTOCETTI, *Comm. in iudicia*, 1, tit. 5, nn. 4-5; CONTE A CORONATA, *Institutiones*, 3, 1192. Pero ya antes del CDC la sostenía M. LEGA, *De iudicis ecclesiasticis*, 1², 166-167.

⁷⁰ ROBERTI, *ibid.* al fin.

⁷¹ ROBERTI, *De process.*, 1, 31; J. CASTÁN, *Derecho Civil Español común y foral*, 1, 1^º, 67 ss.

En el CDC esta íntima unión se manifiesta en que las acciones toman los caracteres del derecho que protegen, siendo o no transferibles, divisibles, solidarias, según que el derecho mismo tutelado tenga o no cada una de estas características. Las acciones contenciosas además se extinguen por todos los modos, por los que dejan de existir los respectivos derechos: por solución, compensación, confusión, condenación, desaparición de la cosa ⁷². Las acciones toman su denominación por relación al derecho que tutelan y en que se fundan ⁷³. Y sólo se conceden de ordinario al que tiene o se presume tener el derecho (cf. cc. 1706, 1708).

Pero puede suceder que por exigencias del bien común a determinados derechos se les niegue la acción (c. 1017), o que, cuando todavía no consta de la existencia de aquéllos, se les conceda, no sea que, caso de existir, se pierdan (cc. 1672-1675). Por lo que perfectamente quedan explicados así los derechos sin acciones y las acciones sin derechos en realidad existentes ⁷⁴.

En conclusión, como el derecho de acción es un medio al servicio del derecho material, constituye así, al decir de Ferrara ⁷⁵, un *derecho autónomo*, pero secundario y *accesorio* de aquél, al que tiene la finalidad de servir.

32.—Si de la relación del derecho sustantivo a la acción, pasamos a considerar la relación del mismo a la excepción, a saber, si se confunde o identifica con el derecho que se tutela por la *excepción*, opuesto al del actor, sostienen su identificación F. J. Wernz y P. Vidal ⁷⁶ bajo la distinción antes indicada respecto a la acción. La excepción estrictamente dicha («ius excipiendi») coincide con el derecho que por la presentación de la excepción se opone a la intención del actor. De hecho, arguyen, bajo las excepciones propiamente dichas de cosa juzgada, dolo, miedo..., yace un derecho que tiene vida independiente de la acción, y que se afirma, por otra parte, al excipiente por especial interlocución (cc. 1628, 1629). No es otra la excepción («ius») que el mismo derecho opuesto a la pretensión del actor.

Pero del examen del sistema del CDC parece desprenderse su distinción, en sentido paralelo a la naturaleza y relación del derecho sustantivo con la acción. En el CDC, en primer lugar, y en el sentido en que él lo usa, no se designa con el término «excepción» las simples negaciones, e. d. los hechos que, o impiden que la acción nazca (negacio-

⁷² CONTE A CORONATA, *Instituciones*, 3, 1485; ROBERTI, *De Process.*, 1, 255.

⁷³ Cf. NOVAL, *Process.*, n. 295.

⁷⁴ ROBERTI, *De Process.*, 1, 240, I, 2.

⁷⁵ *Trautato di diritto civile*, 1, 336 ss.; cf. CASTÁN, *Derecho Civil*, I, 1, 71.

⁷⁶ WERNZ-VIDAL, 6, 259.

nes absolutas), o ésta nacida la extinguen (negaciones relativas). Estas son llamadas por el CDC «defensiones» (cc. 1862, § 1, 1863, § 1, 3), «responsiones» (c. 1865, § 1), «animadversiones» (c. 1587, § 2), «contradicciones» (c. 1968 núm. 2) ⁷⁷.

La excepción significa *técnicamente* el derecho con que el reo retarda o elide la acción contra sí instituida (c. 1667) ⁷⁸. Así tomada, es *realmente distinta* del derecho contrapuesto al del actor, es un derecho en sí consistente, primeramente porque las excepciones dilatorias (canon 1628) o perentorias de la acción (c. 1629) se supone que pueden recibir una sentencia interlocutoria (cf. c. 1629, § 2). Ahora bien, una sentencia especial interlocutoria no se entiende, sino para decretar algún derecho distinto de la acción principal. En segundo lugar, según el c. 1667 el derecho puede defenderse por la acción y por la excepción. Luego parece indicarse que la excepción puede presentarse en forma de acción, lo que equivale a decir que es un derecho en sí consistente ⁷⁹. Las excepciones además deben ser atendidas sólo a requerimiento del reo ⁸⁰. Por tanto, la excepción (el «ius excipiendi») es un derecho subjetivo distinto del derecho contrapuesto al del actor, aunque secundario y accesorio de aquél.

33.—En cuanto a la *segunda cuestión* si la acción es elemento constitutivo del derecho subjetivo, sostienen la respuesta afirmativa B. Ojetti, C. Bernardini, J. Johnson. En efecto, definen el «quodlibet ius» del canon 1667, el *derecho* subjetivo que constituye la materia propia de la jurisdicción y que no puede lesionar la administración en sus decretos y resoluciones, como «el interés protegido por la acción judicial» ⁸¹. Por ésta se distingue el derecho propiamente dicho del derecho impropriadamente dicho o del interés. El *interés* lo definen «lo que reporta utilidad, ventaja, pero no incluye una facultad inviolable» ⁸². Se distingue interés *legítimo* (directo e inmediato) e interés *simple* (general), según esté garantizado o no por la «acción administrativa». Es claro que todo derecho dice siempre algún interés, pero no todo interés dice derecho. El elemento especificativo es la acción judicial.

A esta concepción se opone el que mal puede ser elemento esencial constitutivo y formar parte de la definición de derecho subjetivo, lo

⁷⁷ ROBERTI, *De process.*, 1, 297, I, a cuya ulterior explicación advierte MÖRS DORF, *Rechtssprache*, § 31, II, nota 45: «Vorstehende Ausdrücke decken wie Allegationen (cc. 1671, § 3, 1862, § 1, 1959, n. 2) und conclusiones (cc. 1729, § 3, 1846, 1874, § 3) alle Verteidigungsmittel der Parteien wie des Amtsverteidigers, nicht allein Einwendungen im oben dargelegten Wortsinn».

⁷⁸ M. LEGA, *De iudiciis*, 1, n. 170: «est actionis exclusio, qua reus actionem contra se institutam vel retardat vel penitus elidit».

⁷⁹ ROBERTI, *De process.*, 1, 297, II, 3.

⁸⁰ MÖRS DORF, *Rechtssprache*, § 31, II, 2, a.

⁸¹ Cf. notas 56 y 57.

⁸² JOHNSON: *Apollinaris* 9 (1936) 265.

que puede faltarle, conforme al c. 1667 y conforme a las razones antes indicadas en pro de la distinción real entre derecho y acción. La acción judicial no es más que una especie de defensa, pues la inviolabilidad coactiva propia del derecho puede obtenerse bien privadamente en caso de necesidad ineludible, bien por transacción (cc. 1925-1928) o por compromiso arbitral (cc. 1929-1932), bien acudiendo a la Administración. Desde el punto de vista filosófico la coacción no es sino una consecuencia, que sobreviene al derecho esencialmente ya constituido. Además la utilidad, el servicio, la ventaja, en que se hace consistir el derecho, más que su esencia o parte del mismo, es un bien que resulta del derecho, es decir, de su posesión o disfrute o ejercicio, en orden al fin de la persona titular del mismo, y por comparación y ajustamiento a ese fin. El origen, por otra parte de esta definición entre los canonistas proviene de R. Ihering, quien después se corrige a sí mismo diciendo que el derecho subjetivo es el interés que se protege a sí mismo, o sea la autoprotección del interés⁸³. Y esta teoría parte del supuesto del Estado como fuente única de derecho, que entre los diversos e infinitos intereses a unos les da categoría de derechos subjetivos por la concesión de la tutela judicial, y a otros no, concediéndoles a lo sumo la defensa administrativa.

34.—Otro sentido tiene el *interés*, cuando se le enumera entre los tres *elementos subjetivos de la acción* junto con el sujeto y la legitimación para la causa. Algunos Códigos Civiles lo requieren expresamente; muchos lo suponen, el CDC incidentalmente lo menciona, tan sólo, con ocasión de la acción de nulidad (c. 1679) y de intervención de tercero (c. 1852, § 1). Y se entiende, no la utilidad que se tiene del derecho substantivo, sino la que se espera de la intervención de la pública autoridad para la defensa del derecho. Mientras el interés del actor es la utilidad que éste espera conseguir pidiendo la ejecución de la ley en su favor, el interés del reo es la utilidad que éste confía poder conseguir al oponerse a la acción del actor⁸⁴.

El interés está íntimamente ligado al derecho y a la acción, pero es distinto de ambos según el CDC. En primer lugar es distinto del derecho y no se confunde con el derecho violado o contravertido, pues el interés lo pueden tener personas que no son los titulares del derecho cuya tutela se demanda. Así en la enajenación inválida de los bienes eclesiásticos de la Iglesia perjudicada, pueden impugnar aquélla el que los enajenó, su Superior, el sucesor de ambos en el oficio, y, finalmente, cualquier clérigo adscrito a la Iglesia perjudicada (c. 1534, § 2); donde mientras el interés del Superior (cf. 1653, § 5 el Obispo) es público, el

⁸³ Cf. E. LUÑO PEÑA, *Derecho Natural* (Barcelona 1947), 293.

⁸⁴ ROBERTI, *De process.*, 1, Pars. 2, § 3; cf. L. PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Madrid 1959), 1, 59 s.

del clérigo es privado; y la impugnan defendiendo un interés público o privado en pro de un derecho ajeno ⁸⁵.

El interés *ordinariamente* reside *en el titular* del derecho que se viola o está en peligro de ser violado (cf. 1899, § 2; 1706, 1708), pero puede hallarse en otras personas; e incluso puede ser reconocido por el CDC a los particulares como causa para presentar acción declaratoria (c. 1679) e intervenir en la causa (c. 1852, § 1), y por razón del interés común, el fiscal y el defensor del vínculo hacen suya o prosiguen la instancia (cc. 1850, § 2; 1734); interponen apelación (canon 1879, § 1) o querrela de nulidad (c. 1897, § 1).

El interés es, además *distinto de la acción*, pues es la ventaja resultante de la invocación de la intervención del poder público en orden a obtener la defensa, seguridad o prestación del derecho violado o en peligro de serlo; y es la razón, unida al derecho, y a veces separada de él, por el cual se conceden las acciones. Mas aún pueden determinar acciones distintas, aun cuando en realidad se dirijan a la defensa del derecho de una misma persona (cf. c. 1534) ⁸⁶.

35.—Una vez que hemos visto que, según el sistema de CDC, no se identifica el derecho subjetivo, objeto del juicio contencioso, ni con la acción y excepción, ni con el interés tanto en un sentido general filosófico, ni en sentido restringido al campo procesal, nos queda por resolver la última cuestión, a saber, cual es su naturaleza. En otros términos, cuáles son los *elementos constitutivos* del derecho, al que acompaña la acción y excepción, o al que el ordenamiento canónico tiene que tutelar o, al menos, reconocer la tutela jurídica, como principio general.

Todos los comentaristas del CDC están acordes en entender y definir el «quodlibet ius» del c. 1667, los «iura persecuenda aut vindicanda» del c. 1552, § a, n. 1, como «facultas moralis in rem vel in actum inviolabilis» ⁸⁷. Es claro que a esta definición no se la puede añadir como elemento especificativo ni constitutivo «quae actione munitur», por las razones arriba indicadas. Kl. Mörsdorf ⁸⁸, después de rechazar, y con razón, las definiciones que incluyen la acción como elemento constitutivo del derecho subjetivo, propone como definición, o al menos como demarcación de éste, dos notas: que sea una facultad moral, pero «*concreta*» tanto respecto del titular como del objeto y aun del obligado, si se trata de una pretensión; y además que esté garantizada por el derecho objetivo. Pero podemos preguntar ulteriormente, ¿y si falta esa garantía del derecho normativo, «ipso facto» falta o no existe el dercho

⁸⁵ Cf. ROBERTI, *De process.*, 1, Pars 1, sec. 2, § 4, a. 2, con Pars 2, § 3.

⁸⁶ Cf. citas de las notas 84 y 85.

⁸⁷ Cf. CONTE A CORONATA, *Institutiones*, 3, 1200, con 1086.1089.1230; ROBERTI, *De process.*, 1, 24; WERNZ-VIDAL, 6, 11. 244 s.; NOVAL, *De Process.*, 39...

⁸⁸ *Rechtsprechung*, 50.

subjetivo, que debe ser tutelado? Esta impresión causa al seguir el razonamiento de dicho autor; ya que atribuye al derecho normativo el discernir unas facultades y obligaciones de otras, al darles una intensidad de ligazón mayor o menor, y al confiarlas a una persona determinada, o dejarlas a la disposición del Superior. Con lo que nos parece moverse Kl. Mörsdorf en el supuesto radical en que se mueven inconscientemente los autores por él rechazados: B. Ojetti, C. Bernardini, J. Johnson, Fr. Roberti, a saber, el derecho positivo normativo como fuente de los derechos subjetivos⁸⁹. Es verdad que debe ser una facultad concreta y garantizada por el derecho objetivo, pero ¿por qué derecho? No sólo por el positivo eclesiástico, sino también por sólo el derecho divino, natural o positivo.

36.—La facultad del derecho, objeto del juicio contencioso, no es la *libertad nativa* en sí negativa y genérica o indeterminada (o inconcreta), de que por derecho divino o eclesiástico gozan los súbditos de la Iglesia respecto a todos los actos por ninguna ley prescritos o prohibidos, porque ésta no puede entenderse omnimoda, sino circunscrita por el fin sobrenatural, y, más particularmente en consecuencia, por las leyes divinas y eclesiásticas positivas; de modo que no se posee una libertad en el orden sobrenatural, sino es dentro del marco trazado por la dirección ordenada al fin sobrenatural de la Iglesia. Como esta ulterior limitación queda a la justa y razonable discreción de la Iglesia conforme siempre a las exigencias del bien común de ella, de ahí que, al no referirse la facultad a objetos concretos, fundamentales o no, no pueda con certeza hablarse de la supresión de un derecho, al restringirse o limitarse aquella libertad genérica nativa; o, al menos, resulte vana en orden a su defensa y salvaguardia por su indeterminación. Una cosa es la libertad respecto a los objetos fundamentales concretos, p. e. elección de estado («iura communia christianorum»), y otra la libertad de elección entre los modos diversísimos no prohibidos, o negativamente permitidos, o mejor, indeterminados⁹⁰.

Tampoco puede ser una facultad que no está *vinculada* a persona determinada o no *singularmente* encomendada a ella, y que por lo mismo no puede llamarse singularmente suya o propia, sino que está destinada o es disfrutada «in communi» por igual por unos que por otros, como meros reflejos de las normas, que indistintamente reportan ventajas o cargas a los componentes de la sociedad cuya actividad regula.

37.—Ha de ser, pues, una facultad *concreta respecto a un objeto concreto* —cosa o acto—, como lo manifiestan las clases de derechos

⁸⁹ MÖRSDORF, *Rechtsprechung*, 49, 51-52, si bien él mismo rechaza el positivismo jurídico, como aparece en su artículo *De relationibus inter potestatem administrativam et iudicalem in iure canonico*, en *Quaestioni attuali di Diritto Canonico* (Roma 1955), 405 s.

⁹⁰ Cf. VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome*, 1, 126.

que son tutelados en el proceso. Estos son los derechos *reales* defendidos por las acciones reales, y los derechos *personales* defendidos por las acciones personales (cc. 1511, § 1, 1701, 1922, § 2). Aquéllos quedan delimitados, en cuanto a la facultad sobre ellos, por la naturaleza del objeto, por el fin intrínseco y por la misma ley en cuanto ordenativa. Los derechos personales se entienden primordialmente, como ya lo indica el c. 1552, § 2, n. 1, los «iura perseguenda», e. d. los derechos de obligaciones, en los que queda vinculada a una persona la conducta o, mejor, la prestación de otra persona determinada, obligada para con aquélla. Y los derechos *de la personalidad*, fundados en la personalidad natural y sobrenatural del hombre bautizado, los «iura communia christianorum», quedan determinados por los objetos fundamentales a que se refieren ⁹¹.

Esta potestad moral sobre la cosa o el acto se entiende vinculada a una *persona determinada* (concreta), como lo insinúa el c. 1552 § 2 n. 1. al establecer, que el objeto del juicio contencioso son los derechos de las personas físicas o morales. Y es al titular del derecho, que es violado o amenaza ser violado, a quien ordinariamente compete la acción (cf. cc. 1706 compara 1708; 1899). Y sólo cuando interviene una razón especial de bien común (pues la general está en la función misma tutelar de los derechos por parte de la Iglesia en la jurisdicción), intervienen el fiscal y el defensor del vínculo (cc. 1850 § 2, 1734, 1879 § 1, 1897 § 1), y en casos especiales otras personas (cc. 1679, 1852 §).

Si falta la vinculación a una persona concreta, esta no tiene un derecho que pueda reclamar como suyo y vindicarlo en juicio como a sí pertinente. Así, en la provisión de beneficio por elección o presentación, (cc. 176 § 2; 1467 § 1), si uno solo es elegido o presentado, adquiere este un derecho al oficio o beneficio, que, cumplidas las prescripciones de la ley, no le puede ser denegado (cc. 176 § 2; 1467; cf. c. 1734). Por el contrario, si varios, jurídicamente dignos, son elegidos o presentados, ninguno de ellos obtiene un derecho subjetivo a la entrega del oficio o beneficio, puesto que al Obispo le queda designar según su conciencia al más digno (c. 1466 § 3) ⁹². Y lo mismo se diga cuando del concurso a parroquias a tenor del c. 459 § 4, resultaren varios los opositores juzgados como dignos, que ninguno de ellos tiene adquirido un derecho subjetivo, por quedar a la conciencia del Ordinario del lugar la designación de uno concreto.

⁹¹ Cf. NOVAL, *De Process.*, 295, quien después de dividir los derechos en un triple apartado: d. de la personalidad, d. de las obligaciones y d. reales, afirma que la «actio in personam» versa sobre los «iura obligationum» mientras la «actio in rem» sobre «quaecumque alia iura», en los que por tanto quedarían comprendidos tanto los «iura realia» como los «iura ad propriam ipsam personam».

⁹² MÜRSDORF, *Rechtsprechung*, 50 s. Sin embargo todos ellos tienen un «ius quaesitum».

38.—Y esta potestad moral, que constituye el «*ius quod actione munitur*» tiene que estar vinculada a persona determinada mediante un *hecho jurídico completo*, de lo contrario el objeto no queda destinado a la persona «*in singulari*», sino a todos ordenada «*in communi*». Así, en el negocio jurídico de la postulación, aun cuando sea uno solo el postulado este no adquiere ningún derecho («*nullum ius acquiritur*» c. 181 § 3), puesto que al Superior le queda plena libertad de rechazarlo. Y lo mismo se diga de los demás derechos o facultades, que, al no verificarse el hecho jurídico, no pasan a depender de la persona, por ejemplo, al faltar el tiempo para la prescripción de un derecho.

Ahora bien, el hecho jurídico hace que la cosa o el acto, determinados, queden ordenados a una persona concreta, con lo que esta adquiere la facultad o conjunto de facultades sobre la cosa o el acto, bien pasando al patrimonio de la persona bien estando a ella encomendada según las determinaciones de la misma naturaleza del objeto o de la ley eclesiástica determinativa o constitutiva. Con lo cual quedan defendidos por la justicia conmutativa, ya contra todos ya contra terceros, según sea la naturaleza del derecho.

39.—¿Se explica así el *principio general* del derecho *procesal* enunciado en el c. 1667 y recogido por la Jurisprudencia de los Tribunales Supremos de la Iglesia? En primer lugar, el derecho subjetivo así constituido y ya incorporado al patrimonio de la persona o, al menos, a ella encomendado, participa de la inviolabilidad de la persona y de la inviolabilidad del orden natural-sobrenatural establecido por Dios. Ahora bien, como por una parte en la sociedad queda sustraído a la persona privada el hacer coactivamente efectivo su derecho, y por otra parte compete hacerlo a la sociedad, cuyo fin esencial —bien común— es defender la persona con sus derechos, de ahí que a las personas físicas o morales compete el derecho de exigir la intervención del poder supremo en orden a la tutela coactiva de sus derechos, violados o en peligro de serlo. Y como la función específica tuteladora de los derechos sea la jurisdiccional, de ahí que a todo derecho corresponda una acción, respectivamente una excepción: lo que enuncian los c. 1667 y 1552 § 2 n. 1.

Con todo cuanto se trata de la lesión de derechos subjetivos por decretos administrativos, se nota alguna fluctuación en dicha jurisprudencia. Así por una parte la Signatura Apostólica en una decisión suya del 8-VIII-1916, al declarar que la cognición de la validez y eficacia de un acto administrativo, que mira no los derechos privados sino el bien público, no pertenece a la competencia de la S. R. Rota sino a las SS. Congregaciones, supone que el decreto administrativo, que toca los derechos privados, no queda sustraído a la competencia de la S. R. Rota⁹³. Por otra parte la respuesta de la Comisión Pon-

⁹³ AAS 8 (1916) 381.

tificia de Interpretación del CDC, dada el 22-V-1923, afirma que a las SS. Congregaciones exclusivamente compete la cognición tanto de los decretos, actos y disposiciones administrativos lesivos de los derechos subjetivos privados, como del resarcimiento de daños. Con todo la S. R. Rota parece mantener el principio de que, cuando de los decretos administrativos de los Ordinarios provinere manifiestamente la lesión de un derecho privado, se puede impugnar judicialmente, o para declarar su nulidad o para una justa indemnización, a no ser que se trate de medidas de orden público que quedan confiadas a la conciencia del Ordinario⁹⁴.

Sin embargo, las exigencias del bien común, como indica la misma jurisprudencia de los tribunales supremos de la Iglesia antes citada, puede exigir que a algunos derechos se les niegue la acción judicial (cf. c. 1017), y en general, en los casos de razón especial de bien común de la Iglesia (cf. c. 2416 ss), se reserva su tutela a la potestad administrativa como los procesos matrimoniales «de matrimonio rato et non consummato». De ahí la cláusula exceptiva del principio general del c. 1667 «nisi aliud caveatur»; y la respuesta de la Comisión de Intérpretes del CDC antes citada. No obstante ante la creciente intervención de la vía y potestad administrativa, otra vez vuelven a imponerse las exigencias propias del derecho subjetivo, a saber, de su adecuada tutela jurídica, la cual se obtiene más segura y objetivamente garantizada por la vía judicial mediante la acción, como en el congreso internacional de derecho canónico de 1950 en Roma lo manifiesta el profesor W. Onclin: «El recurso por vía administrativa se da en la mayoría de las causas controvertidas. En la práctica sin embargo, este recurso administrativo no siempre presta *suficiente protección* de los derechos subjetivos. Deja el juicio a los superiores, que ...no están sujetos a la forma de juicio o procedura, y por lo tanto pueden inclinarse demasiado a preferir sobre las soluciones estrictamente jurídicas los compromisos por los que los derechos subjetivos no se salvan tan íntegros»⁹⁵.

De ahí que la acción sea un derecho subjetivo, pero secundario y derivado del derecho substantivo que se defiende, en cuanto que por una parte se dirige a la defensa de aquel, pero por otra parte queda configurado por el ordenamiento positivo como un derecho en sí consistente y concreto, que puede incluso existir separado de aquél.

40.—En *conclusión*, el derecho subjetivo, según el derecho procesal del CDC, aparece constituido como una potestad moral, vinculada a

⁹⁴ BERNARDINI, *Problemi*, en Acta Congr. iur. intern. 4 (Roma 1937) 359. 393 ss., 411, 413, cf. §§ 27-36; MÖRS DORF, *Rechtsprechung*, 197, 195, 200-201; ROBERTI, *De process.*, 1, 51, III.

⁹⁵ ONCLIN: Acta congr. intern. iur. can. (Roma 1953) 226; Cf. S. GUYENECHÉ, *De distinctione inter res iudiciales et administrativas in iure canonico*, en: *Questioni attuali di Dir. Can.* (Roma 1955) 432, n. 18 s.; MÖRS DORF, *ibid.*, 418.

una persona física o moral determinada, sobre la cosa o el acto, que por un hecho jurídico completo, bien originario bien adventicio, quedan destinados a dicha persona, entrando en su patrimonio o quedando al menos a ella encomendados, por lo que queda defendida por la virtud de la justicia conmutativa, al menos contra terceros. La raíz de este poder sobre su objeto, y por consiguiente de la pertenencia a una persona, la vemos según el derecho procesal canónico en la ordenación de la «res» o del «actus» al fin de una persona «in concreto». En otros términos es la potestad moral de una persona concreta sobre una cosa o acto, propio o ajeno, resultante de la destinación de estos a dicha persona por un hecho jurídico completo.

41.—El análisis, resultante del derecho subjetivo, que se protege por la acción y excepción, es de notar que es más amplio que el resultante del análisis del «ius quaesitum». Ambos *coinciden* en ser 1. una facultad o potestad moral sobre la cosa o el acto, 2. en tratarse de una facultad vinculada a una persona determinada, 3. y en serlo por la destinación «in singulari» del objeto a dicha persona determinada. Pero *difieren* por razón del fundamento: mientras el *ius quaesitum* es un derecho adventicio en primer lugar, y en segundo lugar se funda en un título jurídico que no es la sola ley (ni el privilegio solo); el *derecho* en cambio, del c. 1667 puede provenir bien de un hecho jurídico originario (los «iura communia christianorum») bien de la sola ley o del solo privilegio.

III PARTE

LA NOCIÓN METAFÍSICA DEL DERECHO EN SENTIDO OBJETIVO EN EL CDC

42.—Una vez que hemos visto a través del CDC la naturaleza del derecho en sentido subjetivo, nos resta por examinar cual es la naturaleza o noción metafísica del derecho en sentido objetivo o normativo. Lo haremos a través de los institutos canónicos de la interpretación de las leyes eclesiásticas, y de la formación del derecho consuetudinario, porque el Códex, al indicarnos la vía para interpretar sus leyes y al determinar los elementos requeridos para que la costumbre obtenga rango de ley, nos llevará a los elementos constitutivos del derecho normativo.

§ 7. LA NOCIÓN DEL DERECHO OBJETIVO RESULTANTE DEL EXAMEN DE LA NATURALEZA Y FIN DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES ECLESIASTICAS

43.—El legislador canónico después de haber tratado de la interpretación auténtica (c. 17), expone en el canon siguiente (c. 18) las reglas

generales de interpretación de las leyes eclesiásticas, en sí obligatorias, que directamente se refieren a los varones doctos, a los jueces, a las Congregaciones Romanas, y aun aquellos a quienes el legislador confió el encargo de interpretar las leyes suyas⁹⁶.

Cinco son los medios de interpretación reseñados en el c. 18: 1. Las palabras según su propia significación en el texto y contexto; 2. los lugares paralelos; 3. el fin de la ley; 4. las circunstancias de la ley; 5. la mente del legislador. Los cuales no constituyen diversas especies de interpretación sino diversos subsidios por el derecho establecidos, de los que son *primarios* el texto y contexto. Los demás son subsidios *secundarios*, a los que hay que recurrir, cuando, examinados el texto y contexto, el sentido de la ley todavía queda dudoso u obscuro, o cuando consta claramente que el legislador quiso decir cosa distinta de los que expresó con las palabras, porque de lo contrario la ley resultaría injusta, inútil, o repugnaría a la equidad⁹⁷.

44.—Ahora bien, ¿a qué tienden fundamentalmente estas reglas, y cómo se explica su razón de ser? En otros términos, ¿qué esencia de la ley suponen? En cuanto a la primera regla, constituyen el *texto* y el *contexto* el medio principal de toda interpretación, porque el legislador se presume haber elegido las palabras que del modo más perfecto manifiestan su voluntad. A ello hacen referencia los adagios: «Quod voluit expressit, quod noluit tacuit, ideoque in dubio melius est verbis edicti servire». Y también: «Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio». Con todo no basta un único término o partícula, sino que deben tenerse en cuenta las palabras conjuntamente dentro de la significación que alcanzan de su yuxtaposición y dentro del capítulo y título a que pertenecen, e. d. del contexto, como ya lo advierte Eugenio IV, ep. «Fide digna», 8 jul. 1440 § 2: «y deben prudentemente considerarse no solamente las palabras concomitantes sino también las precedentes»⁹⁸.

Cuál es el fin de esta primera regla nos lo manifiestan las fuentes mismas del presente c. 18: «non debet aliquis verba considerare sed voluntatem et intentionem, quia non debet intentio verbis deservire, sed verba intentioni»⁹⁹, y la R. I. 88 in VI: «Certum est quod is committit in legem, qui, legis verba complectens, contra legis nititur voluntatem».

Las palabras además usadas por el legislador han de ser entendidas en el sentido que tuvieron cuando fueron usadas en la promulgación; por tanto en el Códex se impone buscar no una voluntad apersonal como inmanente en la razón práctica de los fieles por la idea del bien

⁹⁶ VAN HOVE, I, 2, 248.

⁹⁷ *Ibid.*, 249.

⁹⁸ *Fontes CIC*, 1, 53.

⁹⁹ C. XXII, q. 5, c. 11.

común, sino la voluntad personal del legislador. Que ésta deba entenderse así, lo afirman los comentadores del CDC. «Hay que rechazar por tanto —concluye A. Van Hove¹⁰⁰— el método de aquellos intérpretes, que desvían el sentido de las palabras de la ley del sentido usado en el momento de la confección de la ley, para que admitan otro quizás más apto para conseguir el bien común. Pues la ley se apoya en la voluntad del que manda, y el legislador ha hablado conforme a la costumbre vigente en su tiempo; de otra forma el juez o el intérprete inducirían por propia autoridad una ley». De donde se concluye de la primera regla interpretativa, que el derecho normativo se funda y se limita por la voluntad e intención del legislador concreto y determinado, tal como es expresada en la fórmula escrita de la ley.

45.—La misma conclusión parece imponerse de la consideración de las restantes reglas de interpretación. En primer lugar que el recurso a los *lugares paralelos* ayuden sobremanera a explicar la ley, está en que «el legislador, al dar diversas leyes sobre una misma disciplina, aun cuando lo haga sucesivamente, hay que pensar que ha procedido no a su gusto, sino razonablemente, y por tanto lógica y coherentemente, informado siempre por la misma mente y voluntad, por los mismos principios y conceptos generales»¹⁰¹. De la concordia del texto entendido en sentido determinado con otras disposiciones que versan sobre la misma materia, cabe prudentemente determinar la voluntad del legislador, que se presume haber estatuido según el derecho anterior u otra ley de la misma colección; y máxime tratándose de colección auténtica y una, cual es la del CDC. Más aún, de la *contrariedad* de los lugares paralelos puede sacarse el sentido de una ley dudosa, a no ser que tal *contrariedad* sean tan irreductible, que, al no constarnos ciertamente el sentido, las leyes queden destituidas de valor obligatorio. De modo que en cuanto claramente se conoce el sentido o consta de la voluntad del legislador resulta superfluo recurrir a los lugares paralelos.

46.—Dicha finalidad, o presupuesto de que parten las leyes interpretativas, aparece evidente si examinamos la tercera regla, a saber, el recurso al *fin* de la ley, el cual no se entiende el fin *intrínseco* (finis operis), al que la ley y su materia tienden por su naturaleza, sino el fin *extrínseco* de la ley (finis operantis), que es la razón que mueve al legislador a dar tal ley. Y por eso se llama «ratio legis» y es causa motiva verdadera de la ley, en cuanto que induce la libre voluntad del legislador a lo que la ley prohíbe o preceptúa. Por ello creemos que no puede compaginarse adecuadamente con el sistema de interpretación del Códex la afirmación de que el fin extrínseco de la ley (finis ope-

¹⁰⁰ VAN HOVE, I, 2, 253.

¹⁰¹ MICHIELS, *Normae generales*, I, 524.

rantis) contradistinguido del «finis operis» no tiene ningún valor, ya que toda la fuerza obligativa de la ley derivaría del bien común concreto que perseguiría, que es el «finis operis»¹⁰². Claro está, sin embargo, que el fin extrínseco no es «per se» causa intrínsecamente determinativa de la ley —*ratio iuris non facit ius*— en cuanto se extendería la voluntad del legislador, cuanto se extendiera el fin de la ley por él pretendido. «Porque la voluntad por su libertad puede disponer sobre una materia y no sobre otra, aunque en ambas se halle razón semejante, porque quizás no convenga legislar en todas las materias, y el legislador según su libre arbitrio elige una materia más bien que otra»¹⁰³.

Se recurre al fin de la ley como medio subsidiario interpretativo en los casos oscuros y cuando algún inconveniente obliga a una interpretación restrictiva o extensiva¹⁰⁴. Es invocada la razón de la ley para extender la ley porque *ubi eadem est ratio eadem debet esse iuris dispositio*, e. d. para que además de los casos contenidos bajo la propia significación de las palabras, se extienda a aquellos que objetivamente son necesarios, para que el fin pretendido por el legislador y manifestado en la ley o su auténtica declaración se obtenga adecuadamente¹⁰⁵. Así sucede en los correlativos, en los conexos, en los jurídicamente equiparados, en los ejemplativos¹⁰⁶. Tal «extensión fundada en la consideración del fin —como bien nota G. Michiels— es una verdadera interpretación, directa y positivamente impuesta por la misma ley, en cuanto indudablemente contenida en la voluntad del legislador concretada en la ley, aunque no contenida en las palabras dispositivas de la ley»¹⁰⁷.

47.—Por esta misma razón de influjo en la voluntad del legislador, es por lo que viene propuesta la cuarta regla general de interpretación, a saber, el recurso a las *circunstancias*, en las cuales la ley fue formada y que por las leyes psicológicas ejercieron influjo en el legislador, cuando confeccionaba la ley. Por ello no hay que considerarlas en sí mismas objetivamente, sino en cuanto fueron *asumidas* y tenidas en cuenta por el legislador mismo como normas directivas y concretas de la voluntad de este»¹⁰⁸.

En primer lugar vienen las circunstancias *antecedentes*, y de manera especial, el origen y evolución histórica de la ley, pues las leyes

¹⁰² Cf. RENARD: Rev. scienc. philos. théol. (1934) 52 s.

¹⁰³ SUÁREZ, 6, c. 3, n. 13.

¹⁰⁴ VAN HOVE, I, 2, 260.

¹⁰⁵ MICHIELS, *Normae generales*, I, 541.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 545 s.; cf. ROBLEDA, *De interpretatione iuridica in Iure Romano et Canonico (CIC) quaestiones*: Periodica 48 (1959) 583-606.

¹⁰⁷ MICHIELS, *Normae generales*, I, 544.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 531.

se originan en la Iglesia como frutos de la vitalidad de la Iglesia que se va adaptando a las diversas exigencias de lugar y espacio, como ya insinúa el CDC al retener en su mayor parte la disciplina vigente hasta ahora (c. 6), añadiendo que «en la duda de si alguna prescripción de los cánones discrepa del derecho antiguo no hay que separarse de este» (c. 6 n. 4).

Entre las circunstancias *concomitantes* hay que recensionar la ocasión práctica de la ley actual y los adjuntos sociales en que nació la ley, porque esta es impuesta por el legislador como medio de salir al paso de las nuevas necesidades, y a ellas por tanto se presume que el legislador habrá acomodado su intención y ley. Y aunque como medios de valor privado y *no oficial*, ayudan las obras *preparatorias*, de la ley como los votos de los consultores. Pues la S. Sede al aprobar el código o cualquier otra ley, los aprueba como fueron elaborados. E igualmente las respuestas de las SS. Congregaciones se declaran por los votos de los consultores.

48.—Esta naturaleza volitiva de la ley aparece supuesta aun más abiertamente en la última regla de interpretación del c. 18, al establecerse el recurso a la *mente del legislador*. Según Van Hove¹⁰⁹ se indica el fin y regla suprema de toda interpretación más bien que un nuevo subsidio. Sin embargo parece lo contrario, pues es presentada por el legislador canónico entre los diversos medios de interpretación y en la misma línea que los demás. El código remite al intérprete según G. Michiels¹¹⁰ «a la mente del legislador, por así decirlo, administrativa, e. d. a la disposición de ánimo, excitado e iluminado por más profundos motivos de recto gobierno, por la cual se rige al promulgar una ley, o en general al confeccionar cualesquiera leyes». Se remite por tanto a la *intención general* del legislador al promulgar sus leyes, o sea a los *principios fundamentales* que dirigen su voluntad, y que por tanto tienen que ser tenidos en cuenta al interpretar la ley, bien sean estos *especiales* como no raramente ocurre en las respuestas de las SS. Congregaciones, cuando a la fórmula dispositiva se añade el «ad mentem», que después se explica, bien *generales*, entre los que destaca la *salus animarum*, pues «non intentionis legislatoris fuisse —dice Eugenio IV, ep. «Fide Digna», 8 jul. 1440 § 2— animas illaqueare fidelium»¹¹¹.

49.—Si miramos el *fin* de las reglas interpretativas generales recorridas, se concluye evidentemente que según el CDC «el *único* fin de todos los medios de interpretación es descubrir la *voluntad del legislador*, no cualquiera, aun retenida en la mente, sino manifestada por las

¹⁰⁹ I, 2, 266.

¹¹⁰ *Normae generales*, 1, 555 s.

¹¹¹ *Fontes CIC*, 1, 53.

palabras de la ley o por los adjuntos, [de modo que] si consta de la voluntad del legislador, las palabras no pueden tomarse desnudamente o en sí, sino que deben entenderse conforme a dicha voluntad, ni más allá ni por debajo, ni contra dicha voluntad, de algún modo siquiera manifestada»¹¹². Lo que viene ya expresado en una de las fuentes de este c. 18, «porque la ley humana no obliga ni obra más allá de la intención del legislador expresada en sus palabras»¹¹³.

En *conclusión*, de las reglas de interpretación establecidas por el CDC se sigue que la ley eclesiástica es esencialmente expresión de la voluntad razonable de obligar del Superior competente, fijada en determinada fórmula escrita¹¹⁴. De ahí que la *forma interna* del derecho normativo —como sostiene la teoría escolástica tradicional— el alma de la ley es y se dice la mente o la intención o la voluntad del legislador¹¹⁵.

§ 8. LA NOCIÓN DEL DERECHO OBJETIVO RESULTANTE DEL EXAMEN DE LA FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE CANÓNICA

50.—En un doble sentido toma el CDC el término «consuetudo». Al establecer en el c. 25 que «la costumbre en la Iglesia... adquiere fuerza de ley», queda distinguida la costumbre como hecho, uso, de la costumbre como derecho o con fuerza de ley. Y en los cánones siguientes se exponen los prerequisites para que la costumbre introducida por la comunidad pueda revestirse de la dignidad de ley. En el c. 30 se equiparan en cuanto a la fuerza obligativa, la ley y la costumbre; y mientras esta puede abrogarse por otra costumbre o ley contrarias, en cambio, para revocar el mero uso (*consuetudo facti*) no se requiere alguna ley o costumbre de derecho contrarias¹¹⁶.

51.—Pero ¿cuáles son según el CDC los *requisitos* para que la costumbre de hecho obtenga fuerza de ley? Según el c. 25 se requiere el consentimiento del Superior competente eclesiástico; y según el c. 26 el modo constante y uniforme de obrar de una comunidad que sea capaz al menos de recibir una ley eclesiástica. Doble es pues el elemento que se exige para formarse la costumbre de derecho: el consentimiento del Superior, los usos de la comunidad; y doble autor intervienen el Superior eclesiástico y la comunidad.

Pero ¿de cuál de ellos toma la costumbre su fuerza jurídica? O en otros términos, ¿cuál es el elemento *formal constitutivo* del derecho

¹¹² VAN HOVE, I, 2, 250.

¹¹³ *Fontes CIC*, 7, 4738.

¹¹⁴ MICHIELS, *Normae generales*, 1, 472; cf. M. CABREROS, *Estudios canónicos*, 394.

¹¹⁵ SUÁREZ, 6, c. 1, n. 12.

¹¹⁶ MÖRS DORF, *Rechtssprache*, § 6, III, c. 3.

consuetudinario en la Iglesia? Según el c. 25 la costumbre adquiere la fuerza de ley del *consentimiento* del legislador y además «*unice*». Antes de tal consentimiento la costumbre no constituye derecho alguno. Luego implícitamente se reconoce que el consentimiento del Superior es el elemento esencial del derecho consuetudinario. Al establecerse en los cc. 27. 28 que las costumbres «contra» o «*praeter ius*», que lleven las condiciones requeridas por el legislador en dichos cánones, alcanzan fuerza de ley, se da implícitamente el consentimiento así dicho legal, e implícitamente también se afirma la necesidad del consentimiento del legislador, pues de lo contrario la costumbre no tendría fuerza alguna obligatoria ¹¹⁷.

De donde consta que según el CDC este consentimiento es la causa eficiente inmediata y única del elemento formal constitutivo de la norma jurídica consuetudinaria, y por lo tanto de la misma norma formalmente tomada ¹¹⁸, y no una mera condición previa esencial, de forma que la eficiencia consistiera en la concesión, hecha por la comunidad, de la potestad necesaria para el establecimiento de una norma obligatoria. Ahora bien, «como en los compuestos aquel se diga propiamente su autor, no el que presta la materia, sino el que a la materia aplica la forma, que da el ser específico de la cosa, solo a este entendemos como autor, dejado el otro para sujeto pasivo de la costumbre de derecho, puesto que la recibe como norma por la cual se regula jurídicamente» ¹¹⁹.

La costumbre por tanto ante el derecho canónico no puede considerarse, conforme sostienen los institucionalistas ¹²⁰, como mero *hallazgo* y traducción de las exigencias del bien común concreto de la Iglesia con valor obligatorio antecedentemente al consentimiento del Superior eclesiástico, como si tanto la costumbre como la ley tuvieran un mismo origen en el *hecho normativo* de la Iglesia. Pues ella no es un «hecho normativo» cuyo derecho y nacimiento por el derecho coincidieran, puesto que todo derecho normativo en la Iglesia proviene *ab extrínseco*, e. d. por la autoridad comunicada directa e inmediatamente por Cristo al Primado, y por él a los demás superiores eclesiásticos ¹²¹.

¹¹⁷ Cf. VAN HOVE, I, 3, 65-68.

¹¹⁸ MICHIELS, *Normae generales*, 2, 39.

¹¹⁹ RODRIGO, *De legibus*, 646, n. 1.

¹²⁰ «*Droit social*: le droit naturel crétien est un genre dont l'aménagement juridique de l'Église, et puis celui des chacun des États... et encore celui de toutes les *totalités concrètes*... ne sont que des *spèces*»; RENARD: *Rev. scienc. philos. théol.* (1934) 56, y en la 57 continúa: «L'Église n'est point, du reste, de l'aveu de M. Gurvitch, l'une des *totalités concrètes* ou il faut voir le *fait normatif* caractéristique et générateur du *droit social*?», cf. *ibid.*, 61, 68, y su *Théorie*, 27, 124. Cf. DELOS: *Rev. scienc. philos. théol.* (1931) 100.

¹²¹ L. MENA, *De elemento volitivo in lege ecclesiastica* (Méjico 1952), 58 s.

52.—La razón última de esta necesidad del consentimiento del Superior eclesiástico para la costumbre jurídica se halla en la constitución de la Iglesia que, como enseña Pío X ¹²²: «comprende un doble orden de personas, los pastores y la grey [...que] entre sí son tan distintos, que solo en la jerarquía reside el derecho y la autoridad de mover y dirigir los asociados al fin de la sociedad; mientras el deber de la multitud es el dejarse gobernar, y seguir obedientemente la dirección de los rectores».

La costumbre de derecho habría que *definirla* según el CDC «la norma jurídica formada por la comunidad cristiana con su modo uniforme y constante de obrar, aceptada como obligatoria por el consentimiento del Superior eclesiástico competente» ¹²³.

Si ahora establecemos una comparación entre el derecho *escrito* (*lex*) y el derecho *no escrito* (*consuetudo iuris*), vemos que la diferencia entre ambos derechos en la Iglesia no está en el origen de la obligación, puesto que esta en ambos procede de la voluntad del Superior, sino en el *origen de la materia*, en cuanto que el pueblo coopera en la confección de la ley, dando la materia concreta a la que el Superior imprime la eficacia de obligar. Según el sistema del CDC no existe un derecho consuetudinario como fuente *autónoma* de derecho; tan es así que no injustamente se afirma que aquel es la ley tácitamente inducida por el legislador ¹²⁴.

53.—En *conclusión*, el derecho normativo eclesiástico, escrito o consuetudinario, aparece según el CDC constituido formalmente por el acto de la *voluntad razonable* del Superior competente eclesiástico, que impone a la comunidad cristiana una norma obligatoria de obrar para el fin de la Iglesia. Con lo que una vez más parece verse confirmada en el derecho canónico la concepción jurídica escolástica tradicional personalista. Y dentro de ella, desde el punto de vista jurídico-canónico, parece más conforme con los datos del Códex (que hace derivar inmediatamente del Superior eclesiástico competente la fuerza obligativa de todo derecho normativo eclesiástico positivo) la tesis de quienes hacen consistir el elemento formal constitutivo de la ley en la voluntad (*razonable*) del legislador.

A la misma conclusión nos conduciría el examen de la naturaleza de la *suplencia* de la ley canónica (c. 20), y de la *dispensa* (cc. 81-86), que ahora omitimos.

¹²² Enc. «*Vehementer Nos*», 15 febrero 1906: Fontes CIC, 3, 671, § 8.

¹²³ Cf. MICHIELS, *Normae generales*, 2, 6: «ius objectivum seu legale non scriptum accedente legislatoris ecclesiastici consensu diuturnis populi christiani moribus introductum».

¹²⁴ RODRIGO, *De legibus*, 639, ad 1, b. 646; VAN HOVE, I, 3, 61: «Consuetudinem esse revera legem tacite per legislatorem inductam et non esse fontem omnino autonomam iuris canonici».

CONCLUSION

54.—Una vez vista la noción metafísica del derecho subjetivo y objetivo según el CDC, veamos a modo de conclusión comparativa la relación de *prioridad-posterioridad* entre las dos acepciones del derecho, dejando para un estudio ulterior un análisis más amplio. Si nos fijamos en el *origen* del derecho objetivo positivo eclesiástico, deriva este toda su fuerza obligativa inmediatamente de la voluntad razonable del Superior, a quien compete la potestad legislativa (cc. 8ss. 25ss.). Ahora bien, la *potestas regiminis* (cc. 196 cf. 100 § 1), de la que es parte la legislativa (cf. 218 § 2, 335 § 1), es el derecho subjetivo, propio y nativo de la Iglesia sociedad perfecta como tal en orden a dirigir la actividad social de los fieles al fin sobrenatural. El derecho por tanto objetivo (normativo) en la Iglesia procede del derecho subjetivo de la Iglesia como tal —público—, y del mismo depende en cuanto a la extensión, interpretación, abrogación y dispensa.

Si miramos ahora el *fin* del derecho normativo las leyes eclesiásticas se ordenan por su naturaleza a actuar el bien común sobrenatural, e. d. a la organización dinámica de la vida social en la Iglesia, para que los fieles dotados de sus derechos puedan bajo su autodeterminación tender al fin sobrenatural, mediante la ayuda y la defensa de la Iglesia, en armonía con los demás fieles, igualmente dotados de los deberes y derechos conducentes al mismo fin sobrenatural. Ahora bien, el bien común de la Iglesia, que tiene que realizarse por la potestad de régimen y por las leyes de ella emanadas, presupone aquello que se trata de ordenar y defender eficazmente, a saber, las personas constituidas en la Iglesia y sus derechos inviolables¹²⁵.

De donde se sigue que el derecho normativo eclesiástico no solamente se origina del derecho subjetivo —público— de la Iglesia, sino que está ordenado a defender el derecho subjetivo de los fieles. A ello parece oponerse la concepción del institucionalismo al afirmar la prioridad lógica y ontológica del derecho normativo sobre el derecho que se deriva de aquel. Mientras cuadra perfectamente la tesis contraria sostenida por la concepción personalista de la filosofía escolástica tradicional, pues la persona con sus derechos no solamente en el orden natural es el centro de la vida social, sino además en el orden *sobrenatural* de la Iglesia, porque como dice Pío XII: «anche qui essa [la Iglesia] lo fa, penetrando nelle più intime profondità dell' *essere umano* e ponendolo al *centro di tutto l'ordine sociale*»¹²⁶.

¹²⁵ Cf. BERTRAMS: Periodica 49 (1960) 418 s. 431 s.; ONCLIN: Acta Congr. intern. iur. can. (Roma 1953) 224.

¹²⁶ Allocuc. 20 febrero 1946: AAS 38 (1946) 145.

Respecto a la prioridad del derecho subjetivo notemos con BERTRAMS, a. c., 419, nota 2: «Homo enim, eo quod directe in Deum ordinetur, cons-

55.—Como resultado de nuestro trabajo sobre la noción metafísica del derecho en el CDC, destacaríamos de entre las diversas conclusiones parciales, para no repetirnos, las tres siguientes, que hacen más al caso:

1.^a El DERECHO SUBJETIVO aparece, a nuestro entender y «salvo meliore iudicio», como una *potestad* moral, *vinculada* a una persona física o moral determinada, sobre la cosa o el acto, que por un *hecho jurídico completo*, bien originario bien adventicio, se ordenan a dicha persona, entrando en su patrimonio o quedando a ella encomendado al menos el ejercicio de la potestad moral, por lo que viene a estar protegida ésta por la virtud de la *justicia conmutativa*, al menos contra terceros. Más brevemente podría definirse el derecho subjetivo «la potestad moral de una persona determinada sobre una cosa o acto, propio o ajeno, resultante de la destinación de estos a dicha persona por un hecho jurídico completo. La raíz de esta facultad la vemos en la destinación de la «res» o del «actus» al fin de una persona en concreto; por lo que cabría definirse en otros términos el derecho subjetivo como *la ordenación de una cosa o acto por un hecho jurídico completo a una persona concreta para que obtenga su fin personal, de moao que esta tenga poder moral sobre dicha cosa o acto*. Lo cual explica su unión a la persona, su consistencia y permanencia, y la exigencia de la tutela jurídica, de manera especial por la acción ¹²⁷.

2.^a El DERECHO (normativo) OBJETIVO en la Iglesia es la *ordenación de la actividad social de los fieles para el fin de la Iglesia, impuesta como obligatoria por la voluntad razonable del Superior competente eclesiástico*. Y desde el punto de vista jurídico el derecho objetivo

tituit valorem absolutum, inviolabilem, in quo fundamentum valoris universalis et absoluti iuris subiectivi habetur. Si haec inviolabilitas iuris subiectivi designatur ius obiectivum, habetur potius alius modus loquendi, non habetur differentia quod rem a sententia modo exposita. Neganda autem est sententia, quae ius subiectivum derivat ex iure obiectivo tamquam lege; lex enim est ad bonum commune, supponit societatem constitutam...».

¹²⁷ *A título comparativo* véanse las definiciones de derecho subjetivo dadas por los civilistas, v. g. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte General*, 1 (Madrid 1949), 573: «la situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio confía su ejercicio y defensa», cf. 566-606; J. CASTÁN, *El concepto de Derecho Subjetivo*: Rev. Der. Privado 24 (1940) 130 s., cuya definición se retoca en su *Derecho Civil Español común y foral*, 1, 2, 23: «la facultad o conjunto de facultades, con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente».

de la Iglesia nos parece constituirse *formalmente* por el acto de la voluntad (razonable) del Superior, del cual procede inmediatamente la fuerza obligativa de todo derecho de la Iglesia.

3.^a La CONCEPCIÓN TRADICIONAL PERSONALISTA sobre la noción del derecho nos parece verse *confirmada* por los datos del CDC y por la concepción subyacente en la legislación canónica, y más conforme a estos que la concepción jurídica del Institucionalismo u Objetivismo jurídico.

P. CARLOS CORRAL SALVADOR, S. J.

Profesor de la Facultad de Derecho Canónico
en Madrid