

El derecho público en la Iglesia: potestad eclesiástica y derechos de los fieles*

El análisis comparado del Derecho civil (en el sentido de Derecho secular) y del Derecho Canónico se remonta al cultivo de la ciencia jurídica en las nacientes Universidades medievales. El estudio *utriusque iuris* ha dado lugar, como es bien sabido, a una cultura jurídica en la que uno y otro derecho se han enriquecido mutuamente. Por lo que se refiere a la contribución del Derecho de la Iglesia, éste sin duda ha “espiritualizado” el derecho romano-germánico, a veces necesitado de superar ciertos formalismos; bastaría pensar, por ejemplo, en el influjo del derecho canónico en la construcción de la teoría moderna de los contratos, lejana de los moldes rígidos del derecho romano. Pero no son sólo razones históricas las que llevan a justificar una consideración del Derecho Público de la Iglesia en una reunión científica centrada en el Derecho Público estatal, sino el hecho de que la Iglesia se presenta, no sólo ante el creyente, como una sociedad de vida bimilenaria, de características muy distintas a las de la sociedad civil, de suerte que muchas de las cuestiones fundamentales que plantea su Derecho Público pueden servir, si no para resolver algunos problemas del Derecho Público estatal, por lo menos para reflexionar sobre ellos.

1. Nacimiento del Derecho Administrativo Canónico

Conviene recordar que la Iglesia se autocomprende como «una realidad compleja que está integrada de un elemento humano y otro divino»¹. No es la unión de dos realidades distintas, sino una única realidad compleja. Tampoco es un híbrido resultante de la conjunción de los elementos divinos y humanos, cosa, por lo demás, imposible metafísicamente. Es una única realidad en la que hay un elemento verdaderamente humano y un elemento verdaderamente divino, lo que supone que las relaciones interpersonales existentes en el seno de la sociedad eclesiástica sean verdaderamente jurídicas y que los principios jurídicos presentes en el Derecho Canónico puedan ser de utilidad para el jurista civil².

La constitución fundamental de la Iglesia hace que ésta se organice de un modo especial. Puede ser muy ilustrativo el estudio de los aspectos organizativos de la Iglesia desde la perspectiva del administrativista civil³, pero en esta sede prefiero dirigir la atención hacia las bases del Derecho Administrativo Canónico, con el fin de poner de relieve algunas consideraciones que podrían valer también para el Derecho público estatal.

* Publicado en *Actas de las Primeras Jornadas italo-argentinas de Derecho Público*, in *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 30 (2007), pp. 47-58.

¹ CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen Gentium*, n. 8, que lo explica de la siguiente manera: «Por eso se la compara, por una notable analogía, al misterio del Verbo encarnado, pues así como la naturaleza asumida sirve al Verbo divino como de instrumento vivo de salvación unido indisolublemente a El, de modo semejante la articulación social de la Iglesia sirve al Espíritu Santo, que la vivifica, para el acrecentamiento de su cuerpo».

² Me parece que la tesis que afirma que el Derecho Canónico es derecho por analogía con el derecho civil puede no dar el debido peso a la doctrina de la Iglesia como realidad compleja, a la que se ha aludido en el texto, además de que quizás puede adolecer de un defecto en la comprensión lógica de la analogía. El tema es muy complicado y no puede ser tratado aquí. Para una visión sintética de esta posición cfr. C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa, Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, especialmente pp. 59-75.

³ R.C. BARRA ha realizado un estudio del Derecho Público de la Iglesia, centrado sobre todo en su aspecto organizativo, insertado en un tratado más amplio de Derecho Público civil (*Tratado de derecho administrativo*, t. 2: *Organización y función pública. La Iglesia*, Buenos Aires 2003, especialmente pp. 349-920). Como tratados monográficos jurídicos sobre la organización eclesiástica pueden verse A. VIANA, *Organización del gobierno en la Iglesia: según el derecho canónico latino*, Pamplona 1997 e J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997.

En el ámbito del Derecho Administrativo, el Derecho estatal se ha adelantado al Derecho de la Iglesia. La ciencia del Derecho Administrativo Canónico es de muy reciente creación; se puede decir que hacia mediados del siglo pasado comienzan algunos intentos, y se desarrolla con mayor vigor a partir del Concilio Vaticano II⁴. Este hecho histórico tiene su origen en múltiples causas. Por una parte, la metodología científica, basada en la exégesis del texto legal, no favorecía una reflexión que condujese a la elaboración de una nueva rama del Derecho Canónico que no estuviese basada en un texto legal⁵. Por otra parte, los canonistas eran sabedores de que gran parte de los presupuestos sobre los que se apoya el Derecho Público estatal -soberanía popular, separación de poderes, desconfianza hacia los gobernantes, legalismo formal- son en gran medida deudores de las ideas de la Revolución francesa, algunas de las cuales han sido valoradas positivamente por el Magisterio de la Iglesia⁶, pero otras reprobadas y, en cualquier caso, muchas de ellas resultan claramente inaplicables a la Iglesia. Esto no quiere decir, como es lógico, que no existiesen cuestiones relativas al Derecho Administrativo y que no fuesen tratadas por el mismo legislador eclesiástico y por la doctrina⁷. Lo que no existía era una rama dedicada al Derecho Administrativo con sus propios principios⁸.

⁴ Cfr., por ejemplo, K. MÖRS DORF, *Rechtsprechung und Verwaltung im kanonischen Recht*, Freiburg im Brisgau, 1941 y las intervenciones recogidas en *Questioni attuali di diritto canonico: relazioni lette nella sezione di diritto canonico del Congresso internazionale per il IV centenario della Pontificia università gregoriana, 13-17 ottobre 1953*, Romae, 1955, de K. MÖRS DORF (*De relationibus inter potestatem administrativam et iudicalem in Iure Canonico*, pp. 399-418), S. GOYENECHÉ, (*De distinctione inter res iudiciales et administrativas in Iure Canonico*, pp. 419-434), CH. LEFEBVRE (*De exercitio potestatis iudicialis per organa administrativa "Verwaltungsgerichtsbarkeit"*, pp. 435-455) e C. BERNARDINI, (*De administratione tribunalium i.e. de exercitio potestatis administrativae in ambitu tribunalium*, pp. 447-455).

Un precedente, pero más terminológico que sustancial, fue el de F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, t. III: *Ius Administrationis Eccl. Catholicae*, Romae 1901, que denominaba Derecho Administrativo siguiendo el criterio de la función administrativa (definía el Derecho Administrativo de la Iglesia como el «complexus legum sive divinarum sive ecclesiasticarum, quibus exercitatio magisterii et regiminis ecclesiastici atque potestatis liturgicae (de cultu divino) et sacramentalis (de sacramentis et sacramentalibus) ordinatur» *ibidem*, p. 2).

⁵ El Derecho Canónico del s. XIX giraba en torno al Derecho de las Decretales y dependía en su estudio de la sistemática de estas colecciones, según el método de las instituciones y de la *schola textus* (cfr. P. ERDŐ, *Introductio in historiam scientiae canonicae. Praenotanda ad Codicem*, Roma 1990, pp. 139-142). Con la promulgación del *Codex Iuris Canonici*, en 1917, la Santa Sede dio algunas disposiciones para que la enseñanza del Derecho Canónico en los entes eclesiásticos fuese según el método exegético. Aunque estas disposiciones se atenuaron posteriormente, continuó por inercia el uso del método exegético por gran parte de la doctrina, con la consiguiente dificultad para recibir planteamientos jurídicos nuevos.

⁶ Por ejemplo, se reconoce que es conforme a la naturaleza de las cosas que se distingan las tres funciones (legislativa, administrativa y judicial) del gobierno de una sociedad (cfr. JUAN XXIII, enc. *Pacem in terris*, 11 abril 1963, y CONCILIO VATICANO II, cost. *Gaudium et Spes*, n. 75).

⁷ Por ejemplo, una disposición legal (cuyo resultado fue más bien negativo) fue la preclusión de la demanda judicial contra un acto administrativo emitido por las Congregaciones de la Curia Romana, establecida en el art. 16 de la *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, de 29 de junio de 1908, firmada por el Secretario de Estado por mandato del Romano Pontífice (en AAS 1 [1909], pp. 20-35). Resulta de mucho interés la discusión tenida por los Consultores que trabajaron sobre la materia relativa a los recursos contra los actos administrativos durante la elaboración del Código de 1917 (cfr. J. LLOBELL, *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo e ai suoi elementi essenziali*, en *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura e J. Canosa, Milano 2006, en prensa).

⁸ En realidad, esto supone plantear el estudio del Derecho Canónico de modo sistemático. El cambio no es sólo metodológico, sino que responde a una concepción del derecho: no es lo que dice el legislador (aunque éste posea las prerrogativas propias de la autoridad eclesiástica), sino que es lo justo y, por tanto, la ciencia jurídica dedicada al derecho canónico puede someter la ley a un estudio no meramente exegético, sino también crítico y puede elaborar ramas distintas según los principios jurídicos que las informen. Los autores que han propugnado con mayor profundidad la necesidad de utilizar el método sistemático en el estudio del Derecho Canónico son, sin duda, Pedro Lombardía y Javier Hervada (cfr., por ejemplo, J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *Prolegómenos I: Introducción al Derecho Canónico*, en

La doctrina del Concilio Vaticano II supuso un estímulo para el desarrollo del Derecho Administrativo, por varias razones. De un lado, la concepción de la Iglesia, no ya como una sociedad estamental, sino como Pueblo de Dios, en el que rige un principio de igualdad fundamental de todos sus miembros, lo que permite hablar dentro de la Iglesia de relaciones interpersonales regidas por la justicia⁹. De otro, la profundización en la naturaleza de la potestad eclesiástica, que lleva a ver en ésta un modo de cumplir una misión de servicio y no una prerrogativa de dominio por parte de su titular, facilita la comprensión de la dimensión jurídica de la potestad eclesiástica y, en consecuencia, de la necesidad de someter su ejercicio al derecho.

De todos modos, algunos autores del siglo XX se han mostrado reacios a admitir las categorías provenientes de la ciencia jurídica civil porque ésta se ha desarrollado en un ambiente cultural dominado por el legalismo (es decir, por la exaltación del texto escrito legal como fuente exclusiva del derecho y como único factor capaz de otorgar seguridad jurídica), por el positivismo y por una concepción liberal de los derechos, como esferas de libertad limitadas únicamente por la libertad ajena, cuya juricidad consiste en la facultad de exigir¹⁰. Si a esto se añaden las circunstancias históricas de un ambiente social de rebelión, que influyó también en algunos sectores eclesiásticos, se comprende el temor ante la proposición de elaborar un derecho dedicado a la protección de los derechos de los fieles ante posibles abusos de poder por parte de la Jerarquía eclesiástica. El hecho es que algunos han negado la posibilidad de desarrollar un Derecho Administrativo Canónico; el argumento de mayor fuerza esgrimido por estos autores ha consistido en afirmar que la obediencia cristiana debida en la Iglesia no está fundada en la legalidad, de manera que el deber de obediencia a la Jerarquía eclesiástica existe independientemente de la racionalidad del mandato¹¹.

Estas posiciones doctrinales estimulan a profundizar en la naturaleza del derecho en la Iglesia, lo que puede arrojar luz para una comprensión más profunda del derecho estatal. En efecto, hay que tener en cuenta que, además de la virtud moral de la obediencia y de la caridad, en la

Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico, A. Marzoa - J. Miras - R. Rodríguez-Ocaña (eds.), vol. I, Pamplona 1996, pp. 55-91).

⁹ El autor que ha puesto más en evidencia este punto y sus consecuencias jurídicas es Javier Hervada (cfr. J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona 2001, sobre todo pp. 95-149).

¹⁰ Me refiero a la concepción del derecho entendido como derecho subjetivo, es decir, como facultad. Si lo ontológico del derecho es ser facultad de un individuo (de poseer, de usar, de exigir), las cosas (materiales o inmateriales) serán objeto del derecho, pero no el derecho mismo. No hay nada que oponer a la categoría técnica del derecho subjetivo; si el derecho es lo que corresponde a cada uno y le es debido en justicia, se deriva la facultad de exigir lo que es suyo, o sea, el derecho subjetivo. El problema nace cuando se identifica el derecho con el derecho subjetivo, de manera que el deber de justicia de dar a cada uno su derecho se traduce por dar a cada uno su facultad sobre las cosas, pero no las cosas mismas, de manera que se llega a una concepción formal del mundo jurídico en el que se pueden respetar formalmente las exigencias de las facultades subjetivas a la par que se permiten verdaderas injusticias materiales. El problema se agrava cuando, basándose en el positivismo jurídico, se concibe el derecho como la facultad reconocida por la ley.

Sobre el tema de la concepción del derecho subjetivo cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975, pp. 230 e ss. y J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, pp. 237-244.

¹¹ Cfr. E. CORECCO, *L'amministrazione della giustizia nel sistema canonico e in quello statale*, en *Amministrazione della giustizia e rapporti umani. Atti del Convegno di Sassari, 14-16 novembre 1986*, Rimini 1988, p. 140. Afirma este autor: «un contenzioso amministrativo non solo intaccherebbe il Vescovo nella coscienza che ha della propria identità, ma snaturerebbe anche nel fedele l'immagine del Vescovo e, di conseguenza, l'immagine che il fedele deve avere di se stesso. In effetti se è vero che il Vescovo deve, per principio, agire nella legalità, è altrettanto vero che il fedele potrebbe essere tenuto ad obbedire anche quando il Vescovo fosse nel torto» (*ibidem*, pp. 139-140). En la misma línea se sitúa R.J. CASTILLO LARA, *La difesa dei diritti nell'ordinamento canonico*, en *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico. Atti del XIX Congresso canonistico, Gallipoli, settembre 1987*, Città del Vaticano 1988, pp. XVI-XVII.

Iglesia existen también relaciones de justicia y la obediencia debida a la Jerarquía es de justicia, precisamente porque la potestad eclesiástica es jurídica. Llegados a este punto, conviene detenerse en el significado de la naturaleza jurídica de la potestad.

2. El carácter jurídico de la potestad eclesiástica

Todo cuerpo social necesita ordenarse para alcanzar su propio bien, o sea, el bien común, que, con palabras del Concilio Vaticano II, se puede definir como «esa suma de condiciones que permiten a los individuos y a las colectividades alcanzar su propia perfección más plena y rápidamente»¹². También la Iglesia que está presente en la Historia necesita ser gobernada para alcanzar su bien común, es decir, para que se creen las condiciones necesarias que permiten a los individuos (en nuestro caso a los fieles) alcanzar la propia perfección (cristiana) de manera más plena y rápida, gracias a los auxilios de los bienes salvíficos de los que dispone la Iglesia. En otras palabras, la Iglesia necesita organizarse para que lleguen más rápida y fácilmente los medios que Cristo ha dado a su Iglesia para que los administre (de ahí el derecho fundamental de los fieles a recibir los medios salvíficos de sus Pastores¹³). Corresponde a la Jerarquía la función (necesaria) de gobernar la Iglesia con este fin. La potestad eclesiástica tiene, pues, un contenido de servicio a todo el Pueblo de Dios. La concepción de la potestad eclesiástica como servicio no tiene sólo exigencias de carácter espiritual, sino que determina el contenido de esa potestad y por tanto los límites intrínsecos de su legitimidad¹⁴.

La potestad eclesiástica vista como un servicio tiene profundas raíces teológicas, ya que los Obispos, identificados con Cristo por el sacramento del orden en su grado más pleno, participan de los *tria munera Christi*, de la triple función de Cristo de regir, enseñar y santificar, y «el Hijo del Hombre no ha venido a esta tierra a ser servido sino a servir» (Mt. 20, 28). En la Iglesia, pues, el carácter de servicio tiene un título añadido (la identificación con Cristo y con su misión), pero en realidad, servicio es toda función de gobierno en sí misma. En la Iglesia, donde hay un elemento humano y otro divino, se descubre la potestad eclesiástica como servicio porque es una función pública en favor de la comunidad (dimensión humana) y porque es una participación de Cristo Cabeza de su Iglesia (dimensión divina).

A la función necesaria de gobernar corresponde el deber de someterse a ese gobierno. Ese deber es de justicia (la justicia legal). El poder es jurídico, no porque sea la fuente de toda la juricidad, sino porque existe una obligación jurídica (de justicia) de obedecer. La potestad pública es, pues, la facultad de ejercer la función de gobernar la sociedad con fuerza jurídicamente vinculante. Parafraseando la clásica definición ulpiana de justicia («constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi»¹⁵), hay que decir que la potestad de gobierno es un *suum* de la competente autoridad que el miembro de la comunidad tiene que “dar” mediante la sujeción a dicha potestad. Ahora bien, este *suum* no es un bien de provecho personal del titular de la potestad, sino una función pública determinada por su contenido de servicio al bien común. La relación entre gobernantes y gobernados es de naturaleza jurídica por un doble motivo: de un lado, porque el gobernante tiene la obligación jurídica de ejercer su función pública y los gobernados el derecho al buen gobierno; por otro, porque el gobernado tiene la obligación jurídica, es decir, de justicia, de

¹² CONCILIO VATICANO II, cost. *Gaudium et Spes*, n. 26 (cfr. también *ibidem*, n. 74).

¹³ Cfr. can. 213 y CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen Gentium*, n. 37.

¹⁴ Cfr. J. MIRAS – RAS ANOSA – NOSAAURA, *Compendio de Derecho Administrativo*, Pamplona 2001, pp. 51-54. Más en general, vid. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, en *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano 1994, pp. 192-217 y los distintos trabajos contenidos en *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia*, A. Viana (ed.), Pamplona 1999.

¹⁵ *Dig.* 1.1.10.

obedecer, pero tal obligación, precisamente por ser de justicia, está intrínsecamente delimitada por el contenido de la potestad: se tiene potestad de ejercer la función de gobernar y se tiene la obligación de obedecer al mandato de gobierno. No existe en cambio ningún poder de vinculación ajeno a esta función: la desviación o el exceso de poder no generan ningún deber de justicia en los súbditos (sí, en cambio, de reparación en el gobernante), precisamente porque no son fruto del ejercicio de una función, sino, al contrario, son una disfunción, no introducen un orden, sino un desorden.

Estas consideraciones corresponden a la teoría política y jurídica de Santo Tomás de Aquino y de sus comentaristas, que es la que ha informado durante siglos la doctrina acerca de la obligatoriedad de la ley¹⁶. Con el positivismo jurídico entra en crisis esta concepción de la obligatoriedad de la ley, prefiriéndose la seguridad del dato positivo y limitándose a someter el ejercicio de la potestad legislativa a una serie de requisitos que garanticen en cierta medida la racionalidad de la ley, pero renunciando a hacer depender radicalmente la obligatoriedad de la ley de su racionalidad y justicia.

La posición doctrinal anteriormente mencionada de algunos canonistas que sostiene la obligatoriedad de obedecer a los mandatos provenientes de la Jerarquía eclesiástica independientemente de su racionalidad, en realidad hunde sus raíces en el positivismo jurídico, aunque éste se presente bajo el ropaje de la caridad y del deber religioso de obsequio hacia la autoridad eclesiástica. Quizás esta concepción se ha visto favorecida por el hecho de que en la Iglesia se vea a la autoridad como vicaria (haciendo las veces) de Cristo, lo que, si no se entiende bien, puede conducir a la formación de una errada mentalidad estamental, en la que se conciba a los titulares de la potestad eclesiástica como miembros de una categoría de fieles de la Iglesia ontológicamente superior¹⁷.

3. El fundamento del Derecho Administrativo Canónico

Por esto, hay que saludar con gran satisfacción el progreso que supone en la comprensión y explicación del misterio de la Iglesia la doctrina del último Concilio ecuménico relativa a la igualdad -basada en el bautismo- de todos los fieles en cuanto a la dignidad de miembros de la Iglesia¹⁸. Esto ha permitido que uno de los principios que han regido la elaboración del vigente Código de Derecho Canónico haya sido así formulado: «En razón de la igualdad fundamental de todos los fieles, y de la diversidad de funciones y cargos que radica en el mismo orden jerárquico de la Iglesia, conviene que se definan adecuadamente y se protejan los derechos de las personas. Esto hará que los actos de potestad aparezcan más claramente como un servicio, se dé una base más sólida al empleo del poder, y se eliminen los abusos»¹⁹. En mi opinión, en la formulación de este principio está incluido el fundamento del Derecho Administrativo Canónico: la igualdad

¹⁶ Cfr. S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 90.

¹⁷ Ha estado presente durante muchos siglos la mentalidad que lleva a considerar a los laicos como una “clase” de fieles a la que le corresponde un papel pasivo dentro de la Iglesia; es significativo que en el Decreto de Graziano se afirme con rotundidad que «duo sunt genera christianorum» (C.12 q.1 c. 7). Como ya queda dicho, el Vaticano II ha puesto de relieve la necesidad de considerar a todos los bautizados como partícipes de la misma dignidad de miembros del Pueblo de Dios (sobre el tema es clásica la obra de A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia: bases de sus respectivos estatutos jurídicos*, Pamplona 1991³). Sobre la historia de la concepción estamental de la Iglesia y sobre la necesidad de elaborar un estatuto común a todos los fieles, cfr. J. FORNÉS, *La noción de “status” en derecho canónico*, Pamplona 1975.

¹⁸ Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen Gentium*, n. 32 y can. 208.

¹⁹ Código de Derecho Canónico, Prefacio. (Los principios fueron aprobados por el Sínodo del 1967: cfr. *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, in «Communicationes» 1 [1969], pp. 77-85).

fundamental de todos los fieles, la potestad como servicio, como potestad jurídica y como limitada por su función.

El siguiente principio inspirador de la nueva codificación canónica era corolario del ahora mencionado: «Para que todo esto se concrete en la práctica es necesario que se ponga especial cuidado en disponer un procedimiento destinado a tutelar los derechos subjetivos; por tanto (...) atiéndase a (...) los recursos administrativos y la administración de justicia. Para conseguirlo es necesario que se delimiten claramente las distintas funciones de la potestad eclesiástica, o sea, la legislativa, la administrativa y la judicial...». Nos encontramos ahora, no con los fundamentos, sino con los medios técnicos para lograr lo que los fundamentos jurídicos postulan («para que todo esto se concrete...», «para conseguirlo...»).

Conviene subrayar que, además del sistema de recursos, se prevé, como medio para favorecer una actuación justa en el ámbito del ejercicio de la potestad eclesiástica, la distinción de funciones. Hay que advertir que en la Iglesia este punto entraña una cierta dificultad, toda vez que los órganos capitales de la potestad eclesiástica a nivel universal y a nivel particular (el Papa, el Concilio Ecuménico, los Obispos en sus circunscripciones) tienen de por sí la plenitud de potestad sin distinciones: cabe hacer diferencias en el momento de la desconcentración del poder.

No queda explícitamente mencionado en los principios de la reforma de la codificación el principio de legalidad, pero cabe desumirlo de los dos mencionados. Efectivamente, para proteger los derechos judicialmente, para que sea de utilidad la distinción de funciones, parece decisivo someter la Administración a la ley. Y pienso que de hecho en el actual derecho de la Iglesia está vigente el principio de legalidad, como se demuestra en el hecho de que las normas dadas por quienes tienen sólo potestad ejecutiva han de ser dependientes de la ley y a ella sometidas (cann. 30 a 34), así como el acto administrativo singular carece de efecto si es contrario a una ley (can. 38), para garantizar lo cual existe un sistema de recursos en vía jerárquica administrativa y en sede judicial.

De todos modos, el principio de legalidad debería ser visto como un instrumento técnico, sin duda importantísimo, sobre el que se apoya un sistema positivo, pero no como “fundamento” último de todo el Derecho Público y, menos aún, como el único punto de referencia, ya que eso sería caer en un legalismo que a fin de cuentas dificultaría la realización plena de la justicia²⁰. En otras palabras, el principio de legalidad debe ser concebido, a mi juicio, como un principio instrumental respecto a uno más alto, el de la justicia²¹. El principio de la justicia puede aparecer como un recurso vago si se tiene una noción racionalista o idealista del derecho que identifique la justicia con el conjunto de principios generales, abstractos, ideados por la razón humana, mientras que resulta ser un principio concreto y objetivo si se concibe la justicia como la virtud de dar a cada uno lo suyo.

4. *Carácter instrumental del principio de legalidad*

²⁰ Sobre el alcance del principio de legalidad en la Iglesia, vid. I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in «Ius Ecclesiae» 8 (1996), pp. 37-69. La autora describe acertadamente el *punctum dolens* de este principio, de su insuficiencia intrínseca, cuando escribe: «la ragione della inadeguatezza del principio di legalità va ricercata più a fondo, proprio nell'ambiguità del suo essere un criterio meramente formale, che sancisce soltanto un ordine gradualistico di forza tra le fonti del diritto, senza precisare quali modelli deontologici debbano rispettare» (*ibidem*, p. 44).

²¹ Cfr. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio...*, cit., pp. 55-57. Sobre la necesidad de fundar el derecho administrativo en la racionalidad, cfr el reciente estudio de. E.G. SARACENI, *L'autorità ragionevole. Premesse per uno studio del diritto canonico secondo il principio di ragionevolezza*, Milano 2004, especialmente pp. 147-172.

La insuficiencia del principio de legalidad como único fundamento del Derecho Público se demuestra en la tendencia a ampliar su contenido. En efecto, se tiende a considerar que este principio comprende la sumisión de la Administración no sólo a la ley formal, sino al ordenamiento jurídico en general, compuesto de normas escritas y consuetudinarias y, sobre todo, de los principios generales del derecho²². Asimismo, se tiende a crear nuevos conceptos que permitan poner de manifiesto la ilegitimidad de actos formalmente legales, pero sustancialmente injustos, como es el caso del abuso del poder, que mediante la labor integradora de la jurisprudencia, puede abarcar diversos supuestos (deficiencias en la motivación del acto, disparidad de tratamiento, incongruencia con la praxis, etc.).

En el ámbito canónico se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del principio de legalidad a la hora de establecer el régimen de la justicia administrativa. Durante un tiempo ha estado en vigor un sistema en el que sólo era posible en sede de proceso contencioso administrativo el juicio sobre la legitimidad del acto administrativo, entendiéndose por ilegitimidad exclusivamente la violación de ley. El sistema ha sido perfeccionado con la entrada en vigor de la actual ley sobre la Curia Romana, que prevé la posibilidad de juzgar también sobre la reparación de daños²³. Con todo, se ve necesario superar el legalismo, de manera que se tutele la justicia sustancial, y se pueda juzgar no sólo la violación de una ley, sino sobre todo la violación de un derecho. La función propia del juez es la de *iudicare, ius-dicere*, o sea, la de indicar dónde está el derecho de cada uno

Esta concepción del derecho, de la ley y de la justicia podría iluminar algunas cuestiones discutidas entre los administrativistas. Por ejemplo, en el ámbito canónico se ha planteado la conveniencia de aplicar o no la categoría del “interés legítimo” utilizada en el derecho italiano²⁴. En realidad se trata de una categoría técnica derivada de un sistema positivo concreto. En efecto, en el derecho italiano la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo sirve para determinar la vía que ha de seguirse para tutelar la posición jurídica del administrado, es decir, la jurisdicción ordinaria o la justicia administrativa, respectivamente. En el sistema canónico no sería de utilidad este concepto técnico y, en cualquier caso, lo que importa es la tutela del *suum* del individuo.

Del mismo modo, esta concepción realista del derecho ayudaría a resolver algunas cuestiones que en el derecho canónico se han planteado acerca de la legitimación para interponer un recurso contencioso administrativo ante situaciones que la doctrina italiana calificaría de “intereses difusos” e “intereses colectivos”²⁵. En el caso de los derechos de los fieles, hay que tener presente la naturaleza de la Iglesia como comunión y la doctrina de la participación de todos los bautizados en la misión de la Iglesia, además de que resulta necesario superar la concepción liberal e individualista de los derechos. Esto puede conducir a una ampliación del actual concepto de

²² Cf. E. LABANDEIRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Pamplona 1988, pp. 261-263. Hay que señalar que la referencia a estos principios, si bien alude en sus orígenes a un planteamiento iusnaturalista, en realidad la mayor parte de las veces se hace referencia a los principios elaborados a partir del mismo sistema normativo positivo.

²³ Cfr. JUAN PABLO II, cost. ap. *Pastor Bonus*, art. 123 § 2.

²⁴ La mayor parte de la doctrina canónica se ha pronunciado negativamente (cfr., p. ej. R. COPPOLA, *Riflessioni sulla istituzione della seconda sezione della Segnatura Apostolica*, en «Apollinaris» 43 [1970], pp. 361-362; I. GORDON, *De iustitia administrativa ecclesiastica tum transacto tempore tum hodierno*, en «Periodica» 61 [1972], pp. 350-367; P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale...*, cit., p. 247; G.P. MONTINI, *Il risarcimento del danno provocato dall'atto amministrativo illegittimo e la competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, en *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, pp. 196-198). Sólo Ciprotti se manifestó a favor de la distinción pensando que la diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo era sustancial (cfr. P. CIPROTTI, *La giustizia amministrativa nella Revisione del "Codex Iuris Canonici"*, en *De iustitia administrativa in Ecclesia*, Roma 1984, pp. 130-131).

²⁵ Sobre la aplicabilidad al derecho canónico de estas categorías, cfr. P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, en *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991, pp. 60-70 y S.F. AUMENTA, *La tutela dei diritti dei fedeli nel processo contenzioso amministrativo canonico*, Roma 1999, p. 138.

legitimación que permitiese a los fieles defender sus derechos ante actitudes o conductas (positivas u omisivas) de las autoridades eclesíásticas que causan daño a las almas, sin caer en los extremos de una acción popular²⁶. Por lo demás, la concepción del derecho aquí propugnada -que es la concepción clásica greco-romana del derecho y la justicia- permite distinguir netamente entre el acto constitutivo del derecho (que puede consistir en un acto emanado de una libre decisión de una autoridad) y el acto debido, subsiguiente a la existencia del derecho (previamente constituido), lo que a su vez permite diferenciar entre el derecho de petición (del que trata el can. 212 § 2), al que corresponde el deber de la autoridad de responder pero no necesariamente de conceder, y el derecho de defender en el fuero competente un derecho (can. 221 § 1), es decir, que la ampliación propugnada del concepto de legitimación no supone en modo alguno una confusión entre lo que es la tutela de un derecho y lo que es una mera petición de una acción de gobierno.

Partiendo de esta concepción del derecho no se plantean problemas a la hora de tener que distinguir entre el juicio de legitimidad y el juicio de mérito, distinción que en el ámbito canónico preocupa tanto. En efecto, al juez le corresponde, como se acaba de recordar, la función de indicar dónde está el derecho de cada uno, pero no tiene la misión de constituirlo ni de valorar la oportunidad de constituirlo. Al juez del contencioso administrativo le corresponderá, por tanto, juzgar si el acto administrativo ha sido justo o injusto, entendiendo por tal, no tanto su conformidad con la ley, sino si ha sido congruente con los derechos preexistentes. En el caso de que el juez constate la presencia de un acto injusto, le corresponde definir el derecho que tiene que ser restablecido, pero no el modo técnico acerca de cómo esto tiene que ser llevado a cabo²⁷; resulta muy deficiente la sentencia judicial que se limita a constatar la ilegitimidad del acto, sin entrar en la necesidad de restablecer el derecho²⁸.

Dicho todo esto, conviene insistir, para evitar equívocos, en que no se trata de abandonar el principio de legalidad. Al contrario, parece que es el instrumento más apto para garantizar el correcto ejercicio de la potestad pública y es lógico que esté en la base de los sistemas jurídicos administrativos. Lo que se ha pretendido afirmar con las precedentes consideraciones es el carácter instrumental de este principio y, por tanto, la necesidad de no quedarse exclusivamente en la legalidad para llegar a un sistema “justo”.

5. Principio de legalidad y actos de contenido extralegal

A mi juicio, existen dos instituciones jurídicas en el ordenamiento canónico que resultan paradigmáticas de cómo puede armonizarse el principio de legalidad con otras exigencias, de manera que tal principio no sea obstáculo para obtener ciertos bienes y al mismo tiempo garantice el modo justo de alcanzarlos. Me refiero al privilegio y a la dispensa. Por supuesto, no es posible estudiar detalladamente en esta sede todas las cuestiones jurídicas que estos dos institutos tan característicos del derecho canónico suscitan. Baste señalar algunos puntos básicos que ponen de manifiesto la utilidad y la relatividad del principio de legalidad.

²⁶ Cfr. I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere “uti fidelis” per la tutela dei diritti comunitari*, en R. BERTOLINO, S. GHERRO E G. LO CASTRO (ed.), *Diritto “per valori” e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, pp. 399-450. Sobre la relación entre lo público y lo privado en la Iglesia, cfr. G. LO CASTRO, *Pubblico e privato nel diritto canonico*, en «Il Diritto Ecclesiastico» 106 (1995/1), pp. 110-139.

²⁷ Es paradigmática en este sentido la famosa sentencia *coram* Ratzinger (SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, sentencia definitiva, *dimissionis a munere docendi*, 27 ottobre 1984, en «Il Diritto Ecclesiastico» 96 (1985/2), pp. 260-270).

²⁸ Sobre el problema de la ejecución de la sentencia en un sistema basado en el juicio de la mera ilegitimidad legal, cfr. G.P. MONTINI, *L'esecuzione delle sentenze della “Sectio Altera” della Segnatura Apostolica. Il significato di una lacuna*, en K. LÜDICKE, H. MUSSINGHOFF E H. SCHWENDENWEIN (ed.), *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen 1990, pp. 553-571.

El privilegio y la dispensa han sido finalmente tipificados como actos administrativos en el Código de Derecho Canónico²⁹. El contenido de estos actos, como sus propios nombres indican, van más allá de lo previsto por la ley (o incluso es contrario al texto legal), lo que resulta muy oportuno para la solución de casos singulares no previstos por la ley. No hay que olvidar que la ley, como ya hizo notar Aristóteles, es una norma elaborada por abstracción y generalización y, por tanto, no puede contemplar todos los detalles que se presentan en la realidad, de manera que en casos excepcionales puede resultar más conveniente (epikeia) una solución contraria a la prevista para la generalidad de los casos³⁰. El privilegio y la dispensa responden a esta necesidad. Ahora bien, puede sorprender que estén calificados como actos administrativos, cuando en realidad su contenido es extralegal o contrario a la ley y, sobre todo, podría parecer que en estos casos el principio de legalidad queda ausente. Hay que decir, en cambio, que dicho principio opera en cuanto habilita a ciertas autoridades administrativas a realizar esos actos, regula sus competencias, establece la formalidad de la concesión, prevé el sometimiento de estos actos a un control jerárquico, etc. Todas estas disposiciones legales garantizan en alguna medida que el ejercicio discrecional de la potestad de dispensar y dar privilegios no sea injusto.

De todos modos, puesto que el contenido del privilegio y de la dispensa no está reglado (en el caso de la dispensa lo que está reglado es lo contrario), depende mucho del ejercicio de la prudencia de la autoridad competente. Para nuestra cultura, que prefiere la seguridad de la técnica a la prudencia de las personas, puede parecer peligroso para la certeza jurídica un instituto como el del privilegio o el de la dispensa; excede de los límites de este trabajo abordar esa objeción, pero puede bastar con poner de relieve que en realidad también los textos legales dependen de las personas que los elaboran. En cualquier caso, resulta muy oportuno encuadrar la prudencia de gobierno en ciertos canales previstos legalmente, como hace la ley canónica con los institutos de los que estamos tratando. En este sentido, estos peculiares institutos, legalmente previstos, se presentan como un instrumento de integración del ordenamiento jurídico, que pueden servir de modelo a otros ordenamientos, para superar la rigidez que puede connotar el servirse únicamente de la ley.

Eduardo Baura

²⁹ Ha habido un debate doctrinal sobre la naturaleza (legislativa o administrativa) del privilegio y la dispensa, pero al final el Código de 1983 ha optado por tratar estos dos institutos dentro de la rúbrica de los actos administrativos singulares. Sobre el tema me remito a E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997, pp. 223-233 y la bibliografía allí citada.

³⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, l. V, n. 10.