

Legislación fundamental y leyes ordinarias (notas en torno al tema)

Javier Hervada

1. En el contexto de las demás ponencias de esta mesa redonda y por su propio título, el objeto de nuestro trabajo sería idealmente estudiar las relaciones entre la ley o leyes fundamentales de la Iglesia¹ y las leyes ordinarias. Pero para que a esto se redujese la ponencia, sería necesario que la situación actual fuese distinta. Entre otras cosas, sería preciso que la ley fundamental fuese un hecho y que existiese una doctrina canónica básicamente de acuerdo². Situación ideal bien diversa a la realidad; ni la posible ley fundamental de la Iglesia es algo más que un proyecto, ni la doctrina canónica acaba de ponerse de acuerdo en la naturaleza misma de la ley fundamental.

El panorama estaría mucho más clarificado doctrinalmente, si no hubiesen incidido en este tema tres cosas que conviene señalar:

a) En primer lugar, la desviación doctrinal de ciertos sectores que, o han llegado a concepciones claramente heréticas, o por lo menos adole-

1. Ley fundamental no equivale a una sola ley, pues el adjetivo *fundamental* hace referencia a un tipo de leyes, que pueden ser una o varias, aunque siempre pocas. Cfr. J. M. RIBAS, *La jerarquía de fuentes en el ordenamiento canónico*, «Ius Canonicum», XIII (1973), n. 26, p. 292.

2. La bibliografía sobre la ley fundamental es bastante extensa. Como dar aquí una lista de los muchos trabajos aparecidos sería inoportuno, me limito a señalar varios volúmenes dedicados específicamente al tema, donde el lector podrá encontrar citada buena parte de la restante bibliografía: REDACCIÓN IUS CANONICUM, *El proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia* (Pamplona 1973); *Lex Ecclesiae Fundamental*, «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 140 (1971), pp. 407 ss.; *Lex Fundamental* *Lex Ecclesiae. Atti della Tavola Rotonda a cura di Attilio Moroni*, Macerata 12-13 ottobre 1971 (Milano 1973); INSTITUTO «SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT», *Conventus canonistarum hispano-germanus Salmanticae diebus 20-23 januarii 1972 habitus de Lege Fundamental* *condenda* (Salamanca 1974); el número monográfico de «Periodica», 61 (1972); Arcisodalizio della Curia romana, *Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, III, *Lex Ecclesiae Fundamental* (Roma 1974).

cen de una notable confusión de ideas, en lo que a la naturaleza y misión de la Iglesia se refiere. Unas veces no han sabido sustraerse al error espiritualista y aborrecen de toda ley; otras, hablan de fe, libertad, caridad, pluralismo teológico, etc., en un contexto y con un contenido que no se corresponde —en todo o en parte— con la concepción católica³. Sin que falte en otros la introducción de ciertos elementos de la ideología marxista.

b) Otro tipo de dificultades tiene un signo distinto, aunque a veces se note en algunos escritos una cierta amplificación de la dificultad por influencias, tan sutiles como reales, de lo señalado en el punto anterior. Estas dificultades vienen de antiguo y proceden del traslado, sin suficiente depuración técnica, del concepto de *lex*, propio de la filosofía y de la teología, a la noción de *ley* en sentido técnico jurídico⁴. Es evidente que la única y verdadera *lex* en sentido teológico que merece el calificativo de *fundamentalis* en la Iglesia, es la voluntad fundacional de Cristo y, con ella, la *lex gratiae* o —desde otro punto de vista— la *lex charitatis*. Si este concepto de ley se maneja sin más —o con escasa depuración— en el campo de la técnica jurídica, la posibilidad misma de una ley fundamental se hace problemática. Tan problemática, que me atrevería a ir todavía más lejos que los autores que, manejando la noción teológica de ley, ponen en tela de juicio la posibilidad de una ley fundamental. La ley fundamental no es, dada esa noción de ley, problemática sino imposible. Supondría una verdadera sustitución de la ley divina por la humana, aunque esta última pretendiese conservar como divina la ley de Cristo. En ese caso, la teoría de la *canonizatio* del Derecho divino, tal como la plantearon DEL GIUDICE y sus seguidores⁵ adquiriría un sentido tan radical, que destruiría las bases mismas de la Iglesia como sociedad visible. La consecuencia es evidente, porque la promulgación de la ley fundamental —según la citada noción teológica de *lex*— supondría poner en el fundamento mismo de la Iglesia como sociedad visible (su configu-

3. En este contexto de confusión doctrinal, mayor o menor según los casos, se mueven un número no despreciable de artículos sobre la ley fundamental; y tal es el caso de diversas colaboraciones del volumen *Legge e Vangelo. Discussione su una legge fondamentale per la Chiesa* (Brescia 1972).

4. Puede verse al respecto P. LOMBARDÍA, *Norma canónica*, «Escritos de Derecho Canónico», III (Pamplona 1974), pp. 447 ss.; y la colaboración del mismo autor en CATEDRÁTICOS DE DERECHO CANÓNICO DE UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Derecho Canónico*, I (Pamplona 1974), pp. 195 ss.

5. De esta teoría he tratado en *El ordenamiento canónico* (Pamplona 1966), pp. 39 ss.

ración primaria y básica) una ley humana, que pretendería contener la ley divina, pero que sería ella el verdadero factor constituyente de la Iglesia como comunidad visible, lo que supondría una manifiesta aberración.

En el fondo de esta dificultad hay, en realidad, una confusión de planos gnoseológicos y de nociones científicas⁶.

c) La tercera cosa que ha influido en las reacciones ante la idea misma de ley fundamental y ante los distintos proyectos conocidos es la más o menos vaga influencia del llamado “constitucionalismo político”⁷.

La noción de ley fundamental evoca —por razones históricas conocidas— la de “constitución” o ley constitucional en sentido demoliberal, hasta el punto de que en algún país se ha usado la expresión “leyes fundamentales” para referirse a las leyes constitucionales, queriendo evitar, con ese cambio de nombre, cualquier evocación del “constitucionalismo político”. Es esa asociación de ideas entre el constitucionalismo político y la ley fundamental lo que explica dos reacciones contrarias. Por una parte, la de quienes, imbuidos de la falsa idea de una posible democratización de la Iglesia, desearían introducir una especie de “constitucionalismo eclesiástico” a través de la ley fundamental, en un utópico y doctrinalmente herético intento de implantar en la Iglesia una especie de “democracia” al estilo liberal. Quienes así piensan, no suelen ser contrarios a la ley fundamental, aunque lógicamente se hayan mostrado muy críticos en relación a los proyectos concretos aparecidos. En el extremo opuesto, pero coincidiendo en asociar la ley fundamental con el constitucionalismo, han surgido voces oponiéndose a la idea misma de ley fundamental, pre-

6. Vide al respecto, P. LOMBARDÍA, *Intervenciones en una mesa redonda sobre la «Lex fundamentalis»*, «Escritos...», cit., pp. 345 ss. Publicado originalmente en el vol. cit. de Macerata. Como durante la mesa redonda se aludió por el Profesor Lombardía a una tesis sustentada por mí en relación con los niveles del conocimiento jurídico, me permito hacer un comentario a unas palabras incidentales del admirado maestro y querido colega Profesor Gismondi (p. 184). Yo no he afirmado nunca que la *técnica jurídica* pueda alcanzar a conocer y a estudiar el misterio de la Iglesia. Precisamente porque la técnica jurídica se mueve en un plano de conocimiento fenomenológico, es incapaz de acceder a la íntima esencia de las cosas y, en concreto, al *mysterium Ecclesiae*. Ello es lo que me ha llevado a sostener que, además de la técnica jurídica (el que he llamado nivel científico-técnico), hay otro nivel del conocimiento jurídico, más abstracto, que es el nivel ontológico o *Teoría fundamental del Derecho Canónico*. Quede, pues, claro que no es la técnica jurídica el saber canónico que accede al *mysterium Ecclesiae*, sino la *Teoría fundamental*, que opera en un nivel gnoseológico distinto. Cfr. P. J. VILADRICH, *Hacia una Teoría fundamental del Derecho Canónico*, «Ius Canonicum», X (1970), pp. 5 ss.; J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I (Pamplona 1970), pp. 145 ss.

7. Cfr. HERVADA - LOMBARDÍA, op. cit., pp. 243 ss.

cisamente por entender —y en ello llevan toda la razón— que la Iglesia no es una democracia liberal ni puede serlo. Tales voces, o se levantan contra la pretensión de que se promulgue una ley fundamental para la Iglesia, o quieren reducirla a una ley cualquiera, que recoja determinados principios comunes a la Iglesia Latina y Oriental, que sea una especie de ley introductoria del futuro Código, o cosas por el estilo.

En esta línea se ha planteado uno de los mayores problemas: la posible armonía entre la *plenitudo potestatis* del Papa y la ley fundamental, problema que tiene su origen en ver a una tal ley como *limitadora* de poderes —también los papales—, aunque tales límites no sobrepasen la posible nulidad de una hipotética ley ordinaria dada o aprobada por el Papa, que esté en contradicción con alguna disposición de la ley fundamental.

Expuestas en rasgos muy generales algunas actitudes básicas sobre el tema de la ley fundamental, entremos en el fondo de la ponencia. No pretendo un estudio completo —que otros han hecho ya con mejor pluma y mayor agudeza⁸—; más bien me limitaré a tratar de algunos puntos que, en mi modesta opinión, necesitan de una clarificación mayor en la presente coyuntura.

2. Y en primer lugar quisiera hacer una observación tan simple y de suyo tan innecesaria, que puede parecer una salida de tono. Esta observación se reduce a algo tan obvio como que la ley fundamental —aun refiriéndose a la constitución de la Iglesia— es, en sí, Derecho positivo humano, un producto de la autoridad humana, o sea, un recurso de técnica legislativa.

Sin embargo, esta observación, pese a su evidencia y simplicidad, es necesario hacerla, porque no faltan quienes parecen olvidar algo tan sencillo. Es cierto que la ley fundamental es una ley del máximo rango y valor jurídico, pero todo ello lo es dentro de su condición de ley humana. ¿Qué significa esto? Pues significa que es desproporcionado atacar la idea de una ley fundamental para la Iglesia sobre argumentos por el estilo: a) la constitución de la Iglesia está ya dada por Cristo; b) tal ley supondría una suplantación del Derecho humano por el divino; c) impediría la aplicación de la profundización progresiva y homogénea del conocimiento de la voluntad fundacional de Cristo; d) la verdadera constitución de la Iglesia está recogida ya en el Evangelio y en los documentos

8. Vide P. LOMBARDÍA, *Una ley fundamental para la Iglesia y Panorámica del proyecto de Ley fundamental*, «Escritos...», cit., pp. 1 ss. y 285 ss., respectivamente.

magisteriales; e) la Iglesia tiene por ley fundamental la *lex gratiae* y la *lex charitatis*; etcétera.

Todo este tipo de argumentaciones, cada vez que las oigo o las leo, traen a mi memoria aquello de *bene curristi, sed extra viam*. O detrás de ellas hay el clásico error espiritualista y carismático —y que lo hay es patente en ciertos escritos—, o existe un claro olvido de lo que es el Derecho humano de la Iglesia y de su función dentro de Ella.

Porque una ley eclesiástica recoja aspectos aislados —o todos ellos— de la constitución de la Iglesia, no se ve en virtud de qué suplanta al Derecho divino. ¿Ha suplantado al Derecho divino el canon 218 CIC? ¿Lo habrá suplantado acaso el canon 329, § 1, o los cánones 731 y siguientes? ¿Han dejado de ser de Derecho divino el primado de Pedro, los sacramentos o la indisolubilidad del matrimonio porque se hallan recogidos en el Código de Derecho Canónico? ¿Ha dejado el presbítero de consagrar *in persona Christi Capitis*, porque el Santo Sacrificio de la Misa esté regulado en las leyes eclesiásticas? ¿O el Papa ha dejado de ser infalible en virtud de la asistencia indefectible del Espíritu Santo por el hecho de que el primado aparezca enunciado en el citado canon 218?

¿No será que se está exagerando el valor de una ley fundamental? Tal ley fundamental no supone —no tendría sentido— la creación de una nueva especie de super-Derecho humano. Lo que conlleva es la jerarquía de normas dentro del Derecho humano, tal como ese Derecho es y existe en la Iglesia. No es, pues, un *acto constituyente* de la Iglesia, que ya está constituida hace veinte siglos. A veces pienso que los que aportan dichos argumentos acaso hayan olvidado que, desde los primeros actos legislativos que se conocen, la Iglesia ha recogido en ellos muchas normas y principios de Derecho divino, natural y positivo (también de la constitución de la Iglesia) y a nadie —salvo a quienes se han separado de la Iglesia— se le ha ocurrido pensar en suplantaciones. Quizás también convenga recordarles lo que al respecto ha enseñado la doctrina canónica: 1.º) Que en relación al Derecho divino, la función del Derecho humano, en cuanto contiene y reproduce normas divinas, “*essentialiter recipiens et proponens est, quatenus Ecclesia leges sibi superiores, materialiter et formaliter in suo esse obligatorio jam constitutas sibi que a Deo impositas, simpliciter recipit, vel in certis casibus expresse proponit, declarat, poenisque ecclesiasticis sancit*”⁹. 2.º) Que la Iglesia es la intérprete auténti-

9. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*², I (Parisiis-Tornaci-Romae 1949), página 208.

ca del Derecho divino y que es propio de Ella “definire normam quamdam esse iuris divini eiusque contentum declarare. Definitiones et declarationes servandas imponere, earum efficaciam urgere et sancire, sunt partes iures canonici”¹⁰. 3.º) Que el Derecho divino contenido y recibido en fuentes de Derecho humano, “semper indolem propriam retinet”¹¹.

Supuesta esta clásica enseñanza de los canonistas, así como la multi-secular práctica de la Iglesia, que las fuentes de Derecho humano —y una ley fundamental lo es— recojan el Derecho divino, también constitucional, no es nada contrario a él; antes bien, *definitiones et declarationes normarum iuris divini servandas imponere, earum efficaciam urgere et sancire, sunt partes iuris canonici*. Tampoco lo suplanta (*efficientia Ecclesiae essentialiter recipiens et proponens est*), ni lo transforma en humano (*semper indolem propriam retinet*).

A no ser que de la ley fundamental se tenga un concepto equivocado (una especie de super-Derecho humano, distinto y más vinculante que el Derecho canónico conocido hasta ahora), cualquiera de los argumentos indicados debería ser lógicamente aplicado al *Corpus Iuris Canonici*, al CIC, a la legislación de los Concilios, etc., es decir, a cualquier fuente de Derecho humano. ¿Fue absurdo el c. 218 del CIC porque el Concilio Vaticano I dio la const. *Pastor Aeternus*? ¿O lo fue porque el primado aparece en el Evangelio y porque fue instituido por Cristo? Y si este canon no es absurdo en el CIC, ¿en virtud de qué razón lo sería en una ley fundamental?

Algo parecido ocurre cuando se alude a la *lex gratiae* (o la *lex charitatis*). O se entiende que la *lex gratiae* no tiene aspectos jurídicos —y entonces lo que se ataca no es la ley fundamental, sino la existencia misma de la *Ecclesia Iuris*—, o los tiene, y entonces tampoco se ve por qué tales aspectos no pueden ser recogidos en una ley fundamental. Salvo que con esa objeción se quiera decir alguna de estas dos cosas: o que la *lex gratiae* nada tiene que ver con la constitución de la Iglesia, y eso es inaceptable; o que en la constitución de la Iglesia —formada por la *lex gratiae*— nada hay de jurídico, lo que es herejía.

Una ley fundamental, siendo como es Derecho humano —aunque en parte más o menos extensa enuncie principios y normas de Derecho divino, urja su cumplimiento y sancione su incumplimiento—, no sobrepasa la función de éste. No es misión suya sustituir al Magisterio —del que

10. A. VAN HOVE, *Prolegomena*² (Mechliniae-Romae 1945), p. 35.

11. VAN HOVE, op. cit., p. 60.

depende, como el obrar depende de la fe—, sino recoger en fórmulas legislativas lo que de las enseñanzas de éste se desprende sobre la organización jurídica de la Iglesia (en aquellas partes que son propias de una ley fundamental), a la luz del Magisterio debe interpretarse y aplicarse su contenido (no es, pues, obstáculo para la evolución homogénea del dogma y de la doctrina católicos), y no puede prevalecer sobre él.

3. En no escasa medida, muchas de las críticas contra la idea misma de la ley fundamental proceden de una concepción desaforada —exagerada— de ésta. No faltan partidarios y contrarios que, por causa de la ya señalada falta de depuración técnica del concepto jurídico de ley, dan a la ley fundamental un sentido semejante al amplio concepto teológico de *lex*. Se comprende así el temor de algunos a ver sustituida por una ley humana lo que necesariamente es ley divina. Otros, con mayor lógica —pues es claro que en la Iglesia tal sustitución es imposible—, se limitan a entender la ley fundamental como una sistematización de principios y normas teológico-jurídicos, que expresaría —dentro de las posibilidades de una tal técnica— la conformación más completa posible de lo que es la Iglesia.

Más teólogos que canonistas —poco amigos de la técnica jurídica, a juzgar por lo que se dedican a criticarla—, se resisten a situar a la ley fundamental en su verdadero contexto: un recurso de técnica legislativa.

La ley fundamental no representa introducir en el ordenamiento canónico un elemento distinto que se superpondría a los tradicionalmente existentes. A veces, por simplificación de lenguaje, así parece darse a entender. Junto al Código y leyes complementarias —que representarían el Derecho canónico hasta ahora conocido— se añadiría un factor sobreveniente —de un valor desconocido hasta el momento—, que sería la ley fundamental. Tal ley fundamental representaría un conjunto de leyes nuevas, con fuerza distinta —una superley respecto de lo hasta ahora conocido—, un Derecho humano, en suma, hasta el momento desconocido.

Una ley fundamental no es eso; no es ningún super-Derecho canónico nuevo. Es algo más sencillo y más útil. De lo que se trata es de *ordenar jerárquicamente* los distintos momentos normativos del ordenamiento canónico; en otras palabras, se trata de introducir la jerarquía de normas o, como alguno matiza¹², la jerarquía de fuentes. Gráficamente podríamos expresarlo diciendo que de lo que se trata es de ordenar jerárquicamente los cánones del CIC y la legislación complementaria —olvidándonos por

12. RIBAS, art. cit., p. 292.

un momento de que estamos en un período de reforma legislativa—, de tal manera que algunos cánones y leyes valgan más que otros, de suerte que, en caso de incoherencia o contradicción, unos momentos normativos puedan provocar la nulidad o, al menos, la anulabilidad de otros¹³.

En parte, esta tarea consiste en perfeccionar técnicamente y formalizar mediante precisos recursos técnicos, lo que hasta ahora ha venido sucediendo: que el Derecho humano no prevalece —antes bien, hay que considerarlo nulo— cuando no es coherente (o es contrario) con el Derecho divino.

Pero en buena parte, consiste también en ordenar jerárquicamente —dando mayor seguridad y certeza a los *subditi legum*— los distintos tipos de normas humanas, evitando así el desorden que supone que una instrucción pueda derogar unas disposiciones del Código, que los actos administrativos puedan ir *contra legem*, etcétera.

Sólo en este contexto la ley fundamental es calificable de *superley*, esto es, de ley que prevalece sobre las demás leyes. Establecida la jerarquía entre leyes, a las que no son leyes fundamentales se les llama *leyes ordinarias*, terminología esta que sólo es utilizable cuando hay una ley fundamental. Por eso, no es correcto decir que el CIC de 1917 es ley ordinaria o que ley ordinaria será el futuro Código. Mientras no exista una ley fundamental, no cabe hablar de leyes ordinarias.

Hay, pues, un enlace directo entre la noción misma de ley fundamental y el principio de jerarquía de normas. Por eso dije en otra ocasión, y lo repito ahora, que *sin jerarquía de normas no puede haber ley fundamental*, como no puede haber espíritus materiales, gases sólidos o líquidos gaseosos¹⁴.

A la vez, esta afirmación adquiere otro sentido: la ley fundamental es un tipo de ley dentro de un ordenamiento jurídico jerarquizado, un recurso de técnica jurídica, no una nueva clase o tipo de Derecho canónico (un super-Derecho humano, o un *tertium genus* de Derecho, entre divino y humano). Como tampoco es una especie de mezcla entre enseñanzas magisteriales y Derecho, entre enunciados teológicos y jurídicos.

Me atrevería, en relación con lo que acabo de escribir, a señalar que quizás una de las cosas que más han faltado en punto al proyecto de ley

13. Se trata de aplicar al ordenamiento canónico la técnica constitucional. Sobre ella puede verse, HERVADA - LOMBARDÍA, op. cit., pp. 240 ss.

14. *El Romano Pontífice*, «El Proyecto...», cit., pp. 173 ss.

fundamental, sea la moderación a la hora de entender su naturaleza y su función. En no pocos —partidarios y contrarios— ha prevalecido una concepción desaforada, excesiva de una tal ley. Sólo así se comprenden las llamadas al Evangelio y a la *lex gratiae*, como si corriesen el peligro de verse sustituidas por la ley fundamental.

Tal actitud es producto de una confusión y de una exagerada idea de lo que puede ser una ley fundamental en la Iglesia. El Papa seguirá siendo Papa y teniendo la *plenitudo potestatis* porque así lo estableció Cristo; y los católicos seguiremos esta doctrina porque lo dice el Evangelio tal como ha sido interpretado por la Iglesia. La ley fundamental nada novará, como no introdujo ninguna novación el canon 218. Los católicos seguirán salvándose por la *lex gratiae* y por la recepción de los sacramentos; alcanzarán la santidad por el ejercicio de las tres virtudes teológicas, las cuatro cardinales y los dones del Espíritu Santo; la Iglesia seguirá teniendo como suprema ley la caridad; el sacerdocio ministerial continuará siendo el sacerdocio instituido por Cristo; los sacramentos permanecerán con su eficacia *ex opere operato* (y no *ex opere legis fundamentalis*), etcétera.

La cuestión de la ley fundamental no hay por qué mezclarla con la existencia de los Evangelios, ni con la salvación, ni con las virtudes teológicas, ni con la *lex gratiae*, ni con los tratados de teología, como —según es notorio— han hecho algunos. Es una cuestión de técnica jurídica, de jerarquía de normas, de política legislativa; y en este terreno hay que centrar la discusión.

Situado en tal campo el problema, es obvio que cabe preguntarse si es o no oportuna una ley fundamental. Sobre el particular no voy a entrar ahora, dedicándome a señalar cuáles sean sus ventajas¹⁵. Me basta constatar que la Santa Sede ha puesto en marcha el proyecto y que tal decisión cuenta con la aprobación de la gran mayoría de los obispos¹⁶. Quiero, eso sí, volver a recordar, con Van Hove, que *definitiones et declarationes normarum iuris divini servandas imponere, earum efficaciam urgere et sancire, sunt partes iuris canonici*.

La “moderación” en el modo de entender la ley fundamental ha de reflejarse primordialmente en su redacción. Sería un error convertir lo

15. Vide sobre este punto, entre otros, W. ONCLIN, *Entrevista con W. Onclin*, recogida en «El Proyecto...», cit., pp. 64 ss.; y LOMBARDÍA, *Panorámica del proyecto*, art. cit., «Escritos...», cit., *passim*.

16. Cfr. «Communicationes», 4 (1972), p. 122.

que ha de ser una ley, en una especie de *enchiridion* de textos magisteriales, tesis teológicas y cosas por el estilo.

4. Entremos ahora en el tema del “constitucionalismo político” y sus posibles reflejos en la ley fundamental.

Un primer punto que conviene tratar aquí —aunque sea en realidad incidental— se refiere a la posible conversión de la constitución de la Iglesia (por obra y gracia de la ley fundamental) en una constitución *formal*. Me refiero, como es claro, a la aplicación que diversos autores han hecho de la distinción entre constitución material y constitución formal. De acuerdo con esto, entienden algunos que la ley fundamental convertiría la constitución de la Iglesia, de material en formal. Y se preguntan, no sin fundamento, si esto es verdaderamente posible en la Iglesia, o al menos deseable.

Entiendo que tal cuestión no puede resolverse, si no es a través de las relaciones entre Derecho divino y Derecho humano dentro del ordenamiento canónico. El problema es muy distinto en el Estado, pues la constitución —material o formal— es exclusivamente Derecho humano. Pero en la Iglesia no es así; por ello, ante todo conviene preguntarse si una distinción que se hace en el seno del Derecho humano, puede aplicarse adecuadamente cuando de lo que se trata es de recoger, en un instrumento legislativo humano, principios y normas de Derecho divino, que *semper indolem propriam retinent*.

En un sentido meramente analógico y partiendo de la base de que la ley fundamental será instrumento de *formalización* del Derecho divino constitucional¹⁷, no habría mayor inconveniente en hablar de la ley fundamental como una constitución formal. Pero sólo en un sentido analógico.

En efecto, para que la ley fundamental supusiese real y verdaderamente convertir la constitución de la Iglesia de *material* en *formal*, haría falta una auténtica sustitución de la constitución material por la formal; en tal supuesto, la verdadera y genuina constitución de la Iglesia sería la ley fundamental. Pero es evidente que esto es impensable, porque el Derecho humano carece de tal posibilidad. Habría una suplantación sin paliativos del Derecho divino por el Derecho humano, suplantación que

17. Sobre qué entiendo por formalización, vide HERVADA - LOMBARDÍA, op. cit., pp. 54 ss.

carece de cualquier posibilidad. La ley fundamental, como instrumento de formalización, limita su función a formular el Derecho divino, urgir su cumplimiento y sancionar los actos contrarios a él. Y en lo que compete al Derecho humano, también le corresponde completar (por conclusión y determinación según la conocida tesis de Santo Tomás) el Derecho divino en lo que sea conveniente y oportuno.

La ley fundamental supone, pues, una formalización del Derecho divino constitucional, pero ello no equivale a la clásica conversión de una constitución material en formal, en los mismos términos del Derecho estatal. Los temores de quienes piensan en tal conversión de la constitución de la Iglesia no tienen sólido fundamento.

Como colofón a lo que acabo de decir vuelvo a repetir que la ley fundamental no cambia la naturaleza divina ni el origen de la constitución de la Iglesia, como no los cambia una declaración magisterial, ni los ha cambiado la inclusión de determinadas normas constitucionales en el CIC. La ley fundamental no es —no será más exactamente, si llega a promulgarse— la constitución de la Iglesia, sino un instrumento legislativo al servicio de la constitución de la Iglesia, aunque, eso sí, de gran importancia para el Derecho constitucional. No es esto nada especial, sino común a todos los casos de formalización de instituciones de Derecho divino. Por ejemplo, los cánones 1012 y siguientes, que formalizan el Derecho matrimonial canónico, son y han sido de extraordinaria importancia en la vida, en la ciencia y en los procesos; pero no han creado el matrimonio, ni han sustituido la institución divina (natural y sacramental) por una institución humana. Han recogido el Derecho divino y lo han completado de acuerdo con la función propia del legislador humano. Eso es lo que ha de esperarse de la ley fundamental y no otra cosa. Y no hay por qué mezclar la ley fundamental con el Evangelio y la *lex gratiae* más que los cánones 1012 y siguientes.

5. La asociación de ideas entre ley fundamental y el constitucionalismo político sólo incidentalmente se refleja en lo que hemos comentado en el número anterior. La consecuencia principal de asociar ambas cosas es la ilación entre ley fundamental y concepción democrática de la Iglesia.

Que se produzca tal asociación es comprensible porque la formalización de la constitución del Estado y la jerarquía de normas son instrumentos jurídicos importantes para defender las libertades democráticas y, en general, los derechos de los ciudadanos. Históricamente, la lucha entre absolutistas y liberales se tiñe al principio de “constitucionalismo”. Los liberales defienden la constitución y la implantan cuando acceden al poder;

los absolutistas la rechazan y la derogan si suceden a los liberales. Incluso los historiadores hablan con frecuencia —al referirse a esa época— de “período constitucional” para designar los momentos de triunfo de los liberales; éstos se llaman a sí mismos “constitucionalistas”, y el adjetivo “constitucional” se aplica a las monarquías, regímenes, gobiernos, etc., que adoptan formas democrático-liberales.

Pero una cosa son los orígenes de un instrumento jurídico —teñido en su momento de un *contenido* político y social muy concreto y determinado— y otra cosa distinta es su específica función jurídica y consecuentemente su posible utilidad a efectos diferentes y con contenidos diversos. Y, sobre todo, es hoy un anacronismo y una falta de visión histórica mantener la ilación entre leyes fundamentales (constitución formal o leyes constitucionales formales) y constitucionalismo político. Y digo que es un anacronismo, porque cualquier mediano observador estará más que acostumbrado a ver “asambleas constituyentes” nacidas de revoluciones o golpes de Estado, cuya función es derogar una constitución democrática, para establecer una constitución de signo dictatorial o totalitario. Todo Estado ha tenido siempre —escrita o no— una *constitución*, sea del signo que sea (democrática, republicana, monárquica, absolutista, totalitaria, estamental, igualitaria, etc.), pues constitución no es otra cosa que su conformación básica y fundamental. En la Iglesia se ha hablado siempre de su constitución (constitución divina, constitución jerárquica, etc., son expresiones siempre utilizadas) y en los canonistas del s. XIX no es infrecuente encontrar divididos sus tratados en partes, una de las cuales es llamada *Ius constitutionale*, *Ius constitutum*, e incluso *Ius fundamentale*.

Pensar que la posible ley fundamental signifique necesariamente una constitución democrática en la Iglesia es, cuando menos, una falta de perspectiva histórica y un desconocimiento de la función y naturaleza de este instrumento jurídico.

Una ley fundamental —constitucional— puede tener (hablo en general, no del caso concreto de la Iglesia) tantos contenidos diversos como formas políticas inventen los hombres. A ella sí que son aplicables las palabras de GIACCHI respecto del método jurídico: “...può paragonarsi ad una carrozza d'affitto, la quale trasporti, un giorno un medico que vada a trovare un malato grave, un giorno un sacerdote che si rechi a confortare gli ultimi istanti di un moribondo, un altro giorno rechi un affarista che va a concludere un affare, magari con pochi scrupoli, un altro giorno ancora un gruppo di ragazze allegre che vadano a 'consolare' un vecchio gaudente; le cose son diverse, il contenuto è diverso, gli scopi sono molto differenti, ma la carrozza è la stessa, gli stessi cavalli, lo stesso vetturi-

no”¹⁸. Ley constitucional formal es la constitución de los Estados Unidos, y ley constitucional formal es la constitución de la Unión Soviética.

La razón de esta variabilidad de contenidos es clara. Una ley fundamental, constitucional, tiene por función garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, de acuerdo con aquella conformación básica de la convivencia social por la que ha optado una comunidad superior. Si esta conformación básica es de signo democrático, así será la constitución formal, y tenderá a garantizar el desarrollo de la vida social y jurídica de acuerdo con esos principios. Si la conformación básica es de otro signo —vgr., marxista— su función será mantener la aplicación del Derecho y la función de gobierno de acuerdo con los principios marxistas.

La ley fundamental de la Iglesia no es una utopía, porque la Iglesia no sea de constitución democrática; una utopía —o una herejía, si se dan las condiciones precisas— lo será, en todo caso, entender la Iglesia al modo de una democracia. Como instrumento jurídico que es, al servicio de unos determinados fines de ordenación justa de la sociedad eclesial, la ley fundamental de la Iglesia es perfectamente apta para reflejar los factores jurídicos de la constitución de la Iglesia.

6. Los temores de una serie de autores van por otro lado. Es imposible, afirman, que la ley fundamental refleje la constitución de la Iglesia. Misterio de fe inefable, por misterio y por inefable (inexpresable) el ser de la Iglesia no puede ser captado fiel y completamente en una ley fundamental. Y tienen mucha razón; más que mucha, tienen toda la razón.

Pero tales temores son una muestra más de la concepción que hemos llamado “desaforada” de la ley fundamental. Pretender redactar un texto con toda la constitución de la Iglesia es, en realidad, un tratado de teología; y si se intenta hacerlo en fórmulas breves, entonces resultaría una mezcla de catecismo de la doctrina cristiana, de símbolo de la fe y de ley. El *quid* de la cuestión reside en que esto no es una ley fundamental.

Independientemente de que sea o no posible (y no lo es, pues se trata de un misterio de fe, con las luces claras que la fe da, pero también con sus oscuridades) recoger en un texto toda la constitución de la Iglesia, lo importante es que no es esa la función de una ley fundamental.

18. *Valor del método jurídico en la actualidad*, «Ius Canonicum», XI (1971), n. 21, pp. 94 ss.

Como ley y como jurídica, lo que debe recoger la ley fundamental son los *aspectos o factores jurídicos* de la constitución de la Iglesia. No aquellos que no son jurídicos. Para los no jurídicos, las formas adecuadas de recogerlos son las declaraciones magisteriales, los símbolos de la fe, los catecismos y los tratados de teología (cada uno de ellos con su valor propio en relación a la fe y a la enseñanza del pueblo cristiano).

¿Que esta tarea, aun reducida a tales límites, presenta dificultades? Sí, pero las que ha presentado siempre formular el Derecho divino y no por ello ha dejado de hacerse.

A veces esta dificultad se agranda con la idea de que el Derecho divino es indeterminado y, por tanto, cabe el peligro de que la formulación humana fije y dé una fórmula demasiado concreta de lo que es de suyo indeterminado. Entiendo que bajo esta postura se esconden, en realidad, dos cuestiones diferentes: 1.^a) que hay normas o principios de Derecho divino que son verdaderamente indeterminados; 2.^a) que algunos de estos factores son insuficientemente conocidos.

En el primero de estos casos, creo que no se tiene en cuenta que la ley fundamental no es sólo un elenco del Derecho divino; es una ley humana que, junto a los factores de Derecho divino, debe contener factores de Derecho humano. Esto supuesto, la determinación y concreción de principios y normas de Derecho divino no es ningún defecto; es función normal del Derecho humano. Es más, esta es una de las razones de que exista tal Derecho, como fácilmente puede leerse en cualquier tratado de Filosofía del Derecho¹⁹.

La objeción no sólo se cae por su base sino que supone el olvido de una de las más elementales funciones del Derecho humano: determinar y concretar el Derecho divino indeterminado.

En el segundo de los casos, se pone de relieve una dificultad verdadera, pero sólo es referible a algunos puntos concretos. Por lo tanto, se trata de un problema de redacción de algunos cánones, no de algo que afecte a la posibilidad de una ley fundamental.

7. Hemos dicho que la ley fundamental está en relación con el principio de jerarquía de normas. Fue en relación con este principio, por donde vino, en los primeros años del proyecto, la principal y más real dificultad sobre la posibilidad de una verdadera ley fundamental. Antes

19. Véase, por ejemplo, A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho* (Madrid 1974), pp. 115 ss.

la enunciábamos: ¿cómo compatibilizar la *plenitudo potestatis* del Papa con la jerarquía de normas, esto es, con la jerarquía entre la ley fundamental (dada por el Papa) y las demás leyes ordinarias pontificias?

Por fortuna, esta dificultad hoy se ha prácticamente desvanecido y, por otra parte, ya traté de este punto largamente en otra ocasión²⁰. Esto me dispensa de entrar en el fondo de la cuestión. Lo único que aquí deseo recordar es que la jerarquía de normas no ha de entenderse como una *limitación* de poderes. Una cosa es limitar y otra muy distinta es ordenar. El orden no limita, no recorta al ser, sino que lo perfecciona, hasta el punto de que uno de los *trascendentales* del ser es el orden. Tanto mejor y más perfecto es un ser, cuanto más ordenado es. Correctamente planteada, la jerarquía de normas no representa ningún recorte a la plena y suprema potestad del Papa, sino la ordenación de su ejercicio —hecha por el mismo Papa, no se olvide—, en atención a un orden jurídico más perfecto y a los derechos de los fieles. Se trata, sencillamente, de que el Papa regule el ejercicio de su poder de jurisdicción a través del mismo principio por el que se halla regulado el ejercicio de la potestad de magisterio, también plena y suprema: el distinto valor vinculante de los actos, de acuerdo con la forma que adopten.

8. La jerarquía de normas introduce, como ya hemos indicado, la distinción entre leyes fundamentales y leyes ordinarias. Pero no se limita a jerarquizar las leyes. Se trata, en realidad, de un principio que abarca el conjunto de normas, en una escala de mayor a menor rango. Moviéndonos en el plano de las soluciones posibles, la jerarquía de normas podría plasmarse, como ha escrito LOMBARDIA, en tres planos:

“a) Las normas fundamentales, promulgadas con especiales solemnidades, que sólo podrían ser modificadas por normas de rango constitucional; es decir, por actos del Romano Pontífice en los que constara explícitamente la voluntad de modificar la legislación de la Iglesia a nivel fundamental”.

“b) Las leyes ordinarias, dictadas por las autoridades eclesiásticas competentes según su ámbito de aplicación”.

“c) Las disposiciones administrativas, es decir, las instrucciones, decretos generales, etc., dictados por los órganos administrativos en el

20. *El Romano Pontífice*, «El proyecto...», cit., pp. 173 ss.

ámbito de su competencia, para desarrollar las normas legales (actividad reglamentaria)”²¹.

De modo muy similar, pero añadiendo otros tipos de actos normativos y viendo el tema más en la línea de jerarquía de fuentes, RIBAS establece la siguiente gradación: a) leyes fundamentales, o sea, de rango constitucional; b) las leyes ordinarias; c) las normas administrativas; y d) los negocios jurídicos normativos²². En cuanto a la costumbre, su rango responderá al tipo de norma que corresponda: costumbre constitucional, costumbre a nivel de ley ordinaria, etc.

No hace falta decir que esta jerarquía o gradación supone el sometimiento de las disposiciones de rango inferior a las de rango superior. Ello conlleva, según el sistema que se adopte, la nulidad o la anulabilidad de las disposiciones de rango inferior en aquello en que infrinjan las de rango superior.

Dentro de esta jerarquía de normas, la ley fundamental ocupa el máximo rango y es ella, en definitiva, la que asegura la congruencia del ordenamiento jurídico (de todos sus momentos) con los principios fundamentales que lo inspiran.

No se me oculta que el tema de la ley fundamental —con el consiguiente desglose de la ley en leyes fundamentales y leyes ordinarias— implica una serie de consecuencias, de método y conceptuales, dentro de la teoría de la norma. Buena parte de los interrogantes que a la doctrina canónica ha planteado el tema de la ley fundamental provienen del escaso desarrollo técnico de la teoría de la norma, debido entre otras cosas a su poca utilidad en el estado anterior de las fuentes canónicas. Es necesario ahora una construcción estrictamente técnica de la noción de ley —sin confundirla con el concepto filosófico o teológico—, la introducción del concepto de ley en sentido formal, la distinción entre leyes en sentido propio y disposiciones normativas de los órganos administrativos eclesiásticos, etc. Acompañado, todo ello, de una clarificación terminológica respecto de los actos pontificios —*constitutio*, *motu proprio*, bulas, etc.— y la asignación concreta de un preciso valor jurídico a cada uno de ellos.

Esta tarea incumbe, en parte a la ciencia, pero en parte también es tarea del propio legislador.

21. *Principios y técnicas del nuevo Derecho canónico*, «Escritos...», cit., pp. 252 ss. Cfr. *Una ley fundamental*, art. cit., pp. 24 ss.

22. Art. cit., p. 304. El autor añade la costumbre, a la que me refiero seguidamente aclarando algún aspecto que la simple enumeración deja en la penumbra.