

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JUSTICIA:
UNA REFLEXIÓN *UTRIUSQUE IURIS*

ÍNDICE

ÍNDICE	I
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	III
BIBLIOGRAFÍA	V
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1.- APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA.	5
1.1.- EN EL USO DEL ESPAÑOL.....	5
1.2. ALGUNOS TEXTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO A RESALTAR. (BREVES NOTAS HISTÓRICAS).....	7
1.2.1. LA DENOMINADA ÉPOCA CLÁSICA: EL REALISMO JURÍDICO.	7
1.2.2. ÉPOCA MODERNA: EN EL NOMINALISMO, VOLUNTARISMO, RACIONALISMO, IDEALISMO.	18
1.2.3. LA EDAD CONTEMPORÁNEA. CRISIS DEL DERECHO: POSITIVISMO JURÍDICO Y CODIFICACIÓN. LA POSTCODIFICACIÓN.	35
1.3. EN LOS DICCIONARIOS, MANUALES Y OTROS ESTUDIOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS: DE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX HASTA LA ACTUALIDAD... ..	48
1.3.1. EN LOS DICCIONARIOS JURÍDICOS	49
1.3.2. EN LOS MANUALES Y OTROS ESTUDIOS JURÍDICOS.....	51
1.4. DEFINICIÓN EN EL MAGISTERIO PONTIFICIO.....	57
1.4.1. LEO PP. XIII.	57
1.4.2. S. PIUS PP. X.....	61
1.4.3. BENEDICTUS PP. XV.....	62
1.4.4. PIUS PP. XI.	63
1.4.5. PIUS PP. XII.	65
1.4.6. S. IOANNES PP. XXIII.....	69
1.4.7. PAULUS PP. VI.	71
1.4.8. S. IOANNES PAULUS PP. II.....	73
1.4.9. BENEDICTUS PP. XVI	78
1.4.10. FRANCISCUS PP.....	81
1.4.11. BREVE REFERENCIA AL CONCILIUM VATICANUM II.	82

CAPÍTULO 2. LA RUPTURA DEL <i>UTRUMQUE IUS</i> : TRES METODOLOGÍAS JURÍDICAS ACTUALES EN LA CULTURA OCCIDENTAL: BREVE COMPARACIÓN ENTRE LOS DENOMINADOS DERECHO CONTINENTAL - DERECHO ANGLOSAJÓN - DERECHO CANÓNICO Y SU EFECTO EN LA SEGURIDAD JURÍDICA.	83
2.1. EN EL DERECHO CANÓNICO.....	83
2.2. EN EL DERECHO CONTINENTAL.	93
2.3. EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.....	97
CAPÍTULO 3. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	101
3.1. EN EL DERECHO CANÓNICO.....	101
3.1.1. LA TÉCNICA JURÍDICA EN LOS CÁNONES PRELIMINARES DEL LIBRO I DEL CIC83.	101
3.1.2. INSTITUCIONES JURÍDICO-CANÓNICAS Y LA CERTEZA DEL DERECHO: ALGUNOS EJEMPLOS.	105
3.1.3. BREVE REFERENCIA A LA CERTEZA MORAL.	110
3.2. EN EL DERECHO SECULAR ESPAÑOL: EL NEGOCIO JURÍDICO Y LA CERTEZA.	111
3.3. EN EL ACTUAL MUNDO GLOBALIZADO.	113
CONCLUSIONES.....	114

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAS	Acta Apostolicae Sedis.
art.	Artículo.
ASS	Acta Sanctae Sedis
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado (España)
c./cc.	Canon/Cánones.
CCEO	<i>Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium</i>
CE	Constitución Española (1978)
CIC17	<i>Codex Iuris Canonici</i> de 1917.
CIC83	<i>Codex Iuris Canonici</i> de 1983.
cit.	Citado.
ComEx.	<i>Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico</i> , 1-4, ed. MARZOA, A.- MIRAS, J.- RODRÍGUEZ OCAÑA, R., Instituto Martín de Azpilcueta. 2002 ² .
ComVal	<i>Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones</i> , ed. BENLLOCH, A., Valencia 2009 ¹³ .
ComNav	<i>Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada</i> , ed. CALVO ÁLVAREZ, J. – ZALBIDEA, D., Barañain 2007 ⁷ .
ComSal	<i>Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada</i> , POR LOS PROFESORES DE SALAMANCA, Madrid 1999 ¹⁵ .
Const. Ap.	Constitución Apostólica.
D.	IUSTINIANUS, <i>Digesta seu Pandecta</i> , ed. MOMMSEN, TH.-KRUEGER, P., Berolini 1870.
DC.	PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, <i>Instructio servanda a tribunalibus diocesanis et interdiocesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii, Dignitas Connubii</i> , Città del Vaticano 2005.
DGDC	<i>Diccionario General de Derecho Canónico</i> , 1-7, ed. OTADUY, J. – VIANA, A. - SEDANO, J., Cizur Menor 2012.
ed.	Editor.
Enc.	Encíclica.
Ep.	Epistula.
Exh. Ap.	Exhortación Apostólica.
Ibid.	Ibidem, la misma obra, cuando las citas están en la misma página.
ID.	Idem, el mismo autor citado inmediatamente antes.
Instr.	Instrucción.
n./nn	Número/Números.
ONU	ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS
p./pp.	Página/Páginas.
RAE	REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <i>Diccionario Esencial de la Lengua Española</i> , Pozuelo de Alarcón 2006.
S.	San/Santo
S. Th.	SANTO. TOMÁS DE AQUINO, <i>Summa Theologica</i> , ed. PERUJO, N. A., Valencia 1880-1881.

BIBLIOGRAFÍA

SEDE APOSTÓLICA:

SUMOS PONTÍFICES:

LEO PP. XIII, «Epistola Encyclica “*Diuturnum illud*” ad Patriarchis Primatibus, Archiepiscopos et Episcopos universos catholici orbis gratiam et communionem cum Apostolica Sede habentes, 29.6.1881», en *ASS* 14 (1881) pp. 3-14.

———, «Epistola Encyclica “*Inmortale Dei*” de civitatum Constitutione Christiana, 1.11.1885», en *ASS* 18 (1885) pp.161-180.

———, «Litterae Encyclicae “*Libertas Praestantissimum*” ad venerabilibus fratibus Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopi et Episcopis universis Catholici orbis gratiam et communionem cum Apostolica Sede habentibus, 20.6.1888», en *ASS* 20 (1887) pp. 593-613.

S. PIUS PP. X, «Sermo ad peregrinos Gallos in audientia diei, 18.11.1909», en *AAS* 1 (1909) pp.789-791.

———, «Lettre “*Notre charge apostolique*” aux Archevêques et Évêques français i nos bienaimés fils Pierre Hector Coullié, Cardinal prêtre de la s. e. r. Archevêque de Lyon, Louis Henri Luçon, Cardinal prêtre de la s. e. r. Archevêque de Reims, Paulin Pierre Andrieu, Cardinal prêtre de la s. e. r. Archevêque de Bordeaux, et 1 tous nos autres vénérables frères les Archevêques et Évêques français, e vénérables frères salut et bénédiction apostolique, 25.8.1910», en *AAS* 2 (1910) pp. 607-633.

BENEDICTUS PP. XV, «Litterae Encyclicae “*Ad Beatissimi Apostolorum*” ad venerabilibus fratibus Patriarchis Primatibus Archiepiscopi Episcopis aliisque locorum ordinariis pacem et communionem cum apostolica sede habentes, 1.11.1914», en *AAS* 6 (1914) pp. 565-581.

———, «Constitutio Apostolica “*Providentissima Mater Ecclesia*” Venerabilibus Fratibus et dilectis Filiis Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopis, Episcopis aliisque Ordinariis ac praeterea Catholicarum Studiorum Universitatum ac Seminariorum Doctoribus atque Auditoribus, 27.5.1917», en *AAS* 9 (1917), pp. 5-8.

PIUS PP. XI, «Lettera Enciclica “*Con ansia viva (Mit brennender Sorge)*” ai venerabili fratelli arcivescovi e vescovi e altri ordinari di germania aventi pace e comunione con la sede apostolica: sulla situazione della chiesa cattolica nel reich germanico, 14.3.1937», en *AAS* 29 (1937) pp. 168-188.

PIUS PP. XII, «Allocutio Summus Pontifex, die 3 mensis Octobris ff. 1941, adstantibus Praelati, Auditoribus ceterisque officialibus et administris Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatis et Procuratoribus haec verba fecit», en *AAS* 33 (1941) pp. 421-426.

———, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores, 1.10.1942», in *AAS* 34 (1942) pp. 338-343.

———, «Nuntius Radiophonicus, a Summo Pontifice die XXIV mensis Decembris a. MCMXLII, in pervigilio nativitatis D. N. Iesu Christi, universo orbi datus», in *AAS* 35 (1943) pp. 9-24.

———, «Con felice pensiero, Allocutio sociis unionis iurisperitorum catholicorum Italiae, ob nationalem conventum Romae coadonatis. Habita die 6 Novembris mensis a. 1949», en *AAS* 41 (1949) pp. 597-604.

———, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores, 13.11.1949», en *AAS* 41 (1949) pp. 604-608.

———, «Discorso ai Partecipanti al V Congresso Internazionale de Notariado Latino, 5 ottobre 1958», en *L'Osservatore Romano* 241 (16.10.1958) p. 1.

S. IOANNES PP. XXIII, «Litterae Encyclicae "*Pacem in Terris*" Venerabilibus Fratribus, Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopis, Episcopis aliisque locorum Ordinariis pacem et communionem cum Apostolica Sede habentibus, clero et christifidelibus totius orbis itemque universis bonae voluntatis hominibus: De pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda, venerabiles fratres et dilecti filii salutem et apostolicam benedictionem, 11.4.1963», en *AAS* 55 (1963) pp. 257-304.

PAULUS PP. VI, «Allocutio Ad Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno, 11.1.1965», en *AAS* 57 (1965) pp. 233-236.

———, «Allocutio ad Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos, 25.1.1966», en *AAS* 58 (1966) pp. 152-155.

———, «Allocutio ad Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos, 23.1.1967», en *AAS* 59 (1967) pp. 142-145.

———, «Allocutio ad Praelatos Auditores et Officiales Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, a Beatissimo Padre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos, 8.2.1973», en *AAS* 65 (1973) pp. 95-103.

———, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno de protectione iustitiae perfectiore reddenda, 4.2.1977», en *AAS* 69 (1977) pp. 147-153.

———, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, ineunte anno iudiciali, 28.1.1978» en *AAS* 70 (1978) pp. 181-186.

S. IOANNES PAULUS PP. II, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre, 4.2.1980» en *AAS* 72 (1980) pp. 172-178.

———, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae: in ferendis sententiis responsis Dicasteriorum et Tribunalium Sedis Apostolicae standum est, 24.1.1981», en *AAS* 73 (1981) pp. 228-234.

———, «Constitutio Apostolica “*Sacrae Disciplinae Leges*” ad Venerabilibus Fratribus Cardinalibus, Archiepiscopis, Episcopis, Presbyteris, Diaconis ceterisque Populi dei membris, 25.1.1983», en *AAS* 75 (1983) pp. 7-14.

———, «Argentorati. Allocutio ad plenarium coetum supremi Consilii rebus Europaeis procurandis habita, 8.10.1988», en *AAS* 81 (1989) pp. 675-683.

———, «Litterae Encyclicae “*Sollicitudo rei socialis*” ad Episcopos, Sacerdotes, Familias Religiosas, Filios et Filias Ecclesiae et ad universos homines bonae voluntatis, vicesimo expleto anno abeditis Litteris Encyclicis a verbis «Populorum progressio» incipientibus, 30.12.1987», en *AAS* 80 (1988) pp. 513-586.

———, «Argentorati. Allocutio ad cognitores iudiciorum quae iuxta normas Europaeae Conventionis de hominum iuribus tuendis sunt habenda, 8.10.1988», en *AAS* 81 (1989) pp. 683-686.

———, «Allocutio ad sodales publici legumlatorum coetus ex quibusdam Europae Civitatibus Argentorati congregatos habita, 11.10.1988», en *AAS* 81 (1989) pp. 694-701.

———, «Constitutio Apostolica “*Sacri canones*”, Venerabilibus fratribus Patriarchis, Archiepiscopis, Episcopis, ac Dilectis filiis Presbyteris, Diaconis Ceterisque Christifidelibus Orientalium Ecclesiarum, 18.10.1990», *AAS* 82 (1990) pp. 1033-1044.

———, Litterae Encyclicae “*Veritatis splendor*” Cunctis catholicae Ecclesiae episcopis de quibusdam quaestionibus fundamentalibus doctrinae moralis Ecclesiae, 6.8.1993», en *AAS* 85 (1993) pp. 1133-1228.

———, «Litterae Encyclicae “*Evangelium vitae*”, Episcopis presbyteris et diaconis religiosis viris et mulieribus christifidelibus laicis universisque bonae voluntatis hominibus: de vitae humanae inviolabili bono, 25.3.1995», *AAS* 87(1995) pp. 401-522.

———, «Allocutio ad Romanae Rotae praelatos auditores, 27.1.1997», en *AAS* 89 (1997) pp. 486-489.

———, «Litterae Encyclicae “*Fides et ratio*” cunctis catholicae Ecclesiae episcopis de necessitudinis natura inter fidem et rationem. Venerabiles in episcopatu Fratres, salutem et Apostolicam Benedictionem, 14.9.1998», en *AAS* 91 (1999) pp. 5- 88.

———, «Allocutio ad iuris peritos habita, 24.11.2000», en *AAS* 93 (2001) pp. 211-214.

———, «Allocutio ad Romanae Rotae praelatos auditores, 1.2.2001», en *AAS* 93 (2001), pp. 358-365.

———, «Allocutio ad sodales Congregationis de Institutione Catholica, Venerati Signori Cardinali, Cari Confratelli nell'episcopato e nel sacerdozio, Cari fratelli e sorelle, 4.2.2002», en *AAS* 94 (2002) pp. 464-467.

———, «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002», en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2002/march/documents/hf_jp-ii_spe_20020321_mons-fisichella_sp.html (Consulta 3.7.2014).

———, «Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae iudiciali ineunte anno, 29.1.2005», en *AAS* 97 (2005) pp.164-166.

BENEDICTUS PP. XVI, «Allocutio ad Congressum Internationalem de «Lege morali naturali», quem promovit Pontificia Studiorum Universitas Lateranensis, 12.2.2007», en *AAS* 99 (2007) pp. 243-246.

———, «Allocutio ad Delegatos Nationum Unitarum, 18.4.2008», en *AAS* 100 (2008) pp. 331-338.

———, «Litterae Encyclicae “*Caritas in Veritate*” ad Episcopis presbyteris et diaconis, viris et mulieribus consecratis, christifidelibus laicis atque bonae voluntatis hominibus, de humana integra progressionem in caritate veritateque, 29.6.2009», en *AAS* 101 (2009) pp. 641-709.

———, «Iter apostolicum in Germaniam: Allocutio ad Berolinensem foederatum coetum oratorum, 22.9.2011», en *AAS* 103 (2011) pp. 663-669.

———, «Allocutio ad Sacrae Rotae Romanae Tribunal, ocasiones inaugurationis Anni Iudicialis, 21.1.2012», en *AAS* 104 (2012) pp. 103-107.

FRANCISCUS PP., «Discurso del Santo Padre Francisco al Parlamento Europeo, 25.11.2014», en [http:// m.vatican.va/ content/ francescomobile/ es/ speeches/ 2014/novembre...cesco_20141125_ strasburgo- parlamento- europeo.html#&ul-state =dialog](http://m.vatican.va/content/francescomobile/es/speeches/2014/novembre...cesco_20141125_strasburgo-parlamento-europeo.html#&ul-state=dialog). (Consulta 27.11.2014), pp. 1-10.

———, «Discurso del Santo Padre Francisco al Consejo de Europa, 25.11.2014», en [http://m.vatican.va/content/francescomobile/es/speeches/2014/november/ documents/papa-francesco_20141125_strasburgo-consiglio-europea.html](http://m.vatican.va/content/francescomobile/es/speeches/2014/november/documents/papa-francesco_20141125_strasburgo-consiglio-europea.html). (Consulta 27.11.2014), pp. 1-9.

———, «Homilia de la Misa matutina celebrada en la capilla de la Casa de Santa Marta. 23.3.2015», ed. RADIO VATICANA, en <http://www.t.news.va/es/news/donde-no-hay-misericordia-no-hay-justicia-dijo-el>. (Consulta 24.3.2015).

CONCILIOS

SACROSANCTUM CONCILIUM OECUMENICUM VATICANUM II, «Constitutio Pastoralis “*Gaudium et Spes*” de Ecclesia in Mundo huius temporis, 7.12.1965», en *AAS* 58 (1966) pp. 1025-1115.

CURIA ROMANA

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, «Instructio “*Dignitas Connubii*” servanda a tribunalibus diocesanis et interdiocesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii, 25.1.2005» en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitas-connubii_lt.html (Consulta 28.1.2015).

FUENTES

BENEDICTUS PP. XV, «Codex Iuris Canonici, Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus», en *AAS* 9 (1917) pp. 2-594.

S. IOANNES PAULUS PP. II, «Codex Iuris Canonici, auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus», en *AAS* 75 (1983) pp. 2-323.

———, «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus», en *AAS* 82 (1990) pp. 1061-1364.

ESPAÑA, «Constitución», *B.O.E.* 311 (29.12.1978) pp. 29313-29424.

FRANCIA, *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank mm/espagnol/esddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/esddhc.pdf). (Consulta 3.10.2014).

ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos (10.12.1948)*, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/index print.shtml>. (Consulta 3.10.2014).

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio servanda a tribunalibus diocesanis et interdiocesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii, Dignitas Connubii*, Città del Vaticano 2005.

PUEBLO DE VIRGINIA, *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776)*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>. (Consulta 3.10.2014).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, «Sentencia 53/1985. 11.4.1985», en *B.O.E.* 119 (18.5.1985) pp. 10-25.

LIBROS

Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones, ed. BENLLOCH, A., Valencia 2009¹³.

Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada, ed. CALVO ÁLVAREZ, J. – ZALBIDEA, D., Barañain 2007⁷.

Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada, POR LOS PROFESORES DE SALAMANCA, Madrid 1999¹⁵.

Comentario exegético al Código de Derecho Canónico, 1, ed. MARZOA, A.- MIRAS, J.- RODRÍGUEZ OCAÑA, R., Instituto Martín de Azpilcueta. 2002².

Diccionario de derecho canónico, ed. CORRAL, C. - URTEAGA EMBID, J. M., Madrid 2000. Lo cito en el sentido de que no aparece la voz y ello lo encuentro significativo.

ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, Madrid 1978.

BAHÍLLO RUIZ, T. - CORTÉS DIÉGUEZ, M. M. - DÍAZ MORENO, J. M. - DE LEÓN REY, E. - SAN JOSÉ PRICO, J., *Derecho Canónico: El Derecho del Pueblo de Dios* 1, ed. CORTÉS DIÉGUEZ, M. M. - SAN JOSÉ PRICO, J., Madrid 2006.

BUNGE, A. W., *Las claves del Código de Derecho Canónico*, Buenos Aires 2006.

BUSSO, A. D., *El derecho natural y la prudencia jurídica*, Buenos Aires 2008.

CANTERO NUÑEZ, E., *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid 1990.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid 1946.

———, *Derecho civil español, común y foral* 1, Madrid 1943⁶.

CENALMOR, D. - MIRAS, J., *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*, Barañain 2010³.

CICERO, M. T., *De Officiis*, ed. ATZERT, C., Tevbaneri -Alemania 1949.

———, *De legibus libri tres*, ed. MÜLLER, C.F.W, Teurneri 1918.

CORECCO, E., *Canon Law and Communio, Writings on the Constitutional Law of the Church*, Città del Vaticano 1999.

CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho natural*, Madrid 1970⁴.

———, *Historia de la Filosofía del Derecho 1*, Madrid 1968².

DE JOUVENEL, B., *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas en el s.XIX*, Toledo 1977.

DE PAOLIS, V., *Normas Generales*, Madrid 2013.

DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid 1976.

FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, M. DEL C., *La Función del Jurista: Perspectivas y consideraciones del realismo jurídico contemporáneo: (La continuidad del pensamiento Aristotélico-Tomista)*, Madrid 2001.

FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid 1963.

GALLEGO GARCÍA, E. A., *Common Law, el pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, Madrid 2011.

GANDÍA BARBER, J. D., *La noción del matrimonio en los Prenotandos de 1990 interpretación teológico-canónica*, Murcia 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cizur Menor 1999.

GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid 2012.

GARCÍA MARTÍN, J., *Normas Generales del Código de Derecho Canónico*, Valencia 2010².

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, A., *Historia de la Filosofía*, Madrid 1982¹⁰.

GROSSI, P., *Europa y el Derecho*, Móstoles 2008.

HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 2008⁴.

HOBBS, TH., «Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica o civil», en *Del Ciudadano y Leviatán*, Madrid 1993³.

IUSTINIANUS, *Digesta seu Pandecta*, ed. MOMMSEN, TH.-KRUEGER, P., Berolini 1870, en <http://www.droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-01.htm.#1>. (Consulta 6.10.2014).

JIMÉNEZ URRESTI, T. I., *De la Teología a la canonística*, Salamanca 1993.

KANT, E., *Principios metafísicos del derecho*, Madrid 1873.

LOBATO, A. - SEGURA, A. - FORMENT, E., *El pensamiento de Santo Tomás de Aquino para el hombre de hoy 1*, ed. LOBATO, A., Valencia 1994.

LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Barcelona 1983.

Los Derechos humanos, sesenta años después (1948-2008), ed. MARTÍN DE LA GUARDIA, R. - PÉREZ SÁNCHEZ, G. A., Valladolid 2009.

MARÍA MOLINER, *Diccionario del uso del español*, Madrid 2007³.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C., *Del Poder y la Justicia. El sentimiento de la Justicia 1*, Madrid 1997.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Madrid 1991.

MORÁN BUSTOS, C.M. – PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico, Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*, Madrid 2007.

PERIS CANCIO, J. A., *Expresiones del iusnaturalismo tomista: siglos XIII - XIX 1*, Valencia 2009.

———, *Expresiones del iusnaturalismo tomista en el siglo XX 2*, Valencia 2009.

RADBRUCH, G. - SCHIMDT, E. - WELZEL, H., *Derecho injusto derecho nulo*, Madrid 1971.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Pozuelo de Alarcón 2006.

Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro Valls 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013.

Reflexión y Perspectivas de Futuro de las Fundaciones Autónomas, ed. BENEYTO BERENGUER, R., Cizur Menor 2013.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal Español Parte General*, Madrid 1981.

ROUSSEAU, J. J., *Del Contrato social*, ed. ARMIÑO, M., Madrid 2012³.

S. ISIDORUS SEVILLAE, *Etymologiarum seu originum, libri XX*, L.10 ad litt.p, en <http://www.thelatinlibrary.com/isidore/10.shtml> desde http://www.clasicas.usal.es/portal_recursos/index.php?option=com_content&viewsection&id.(Consulta 10.9.2014).

SANTA-CRUZ TEIJEIRO, J., *Valoración del Derecho Romano como factor cultural de Europa*, Valencia 1951.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología* 1-5, ed. REGENTES DE ESTUDIOS DE LAS PROVINCIAS DOMINICANAS EN ESPAÑA, Madrid 2001⁴.

———, *Summa Theologica*, ed. PERUJO, N. A., Valencia 1880-1881.

SAPENA TOMÁS, J. - CERDÁ BAÑULS, J. - GARRIDO DE PALMA, U. M., *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, Barcelona 1975.

SÓFOCLES, *Ajax. Antígona. Edipo rey*, ed. MIRALLES SOLÁ, C., Estella 1969.

SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore. De legis obligatione* 2, ed. PEREÑA, L., Madrid 1972.

URDANOZ, T., *Historia de la Filosofía. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo* 4, Madrid 2009³.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Manuales de metodología jurídica. Metodología de las leyes o de las normas* 2, Madrid 2004.

———, *Manuales de Metodología jurídica. De la determinación del derecho* 3, Madrid 2004.

———, *Esquema introductorio para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, Madrid 1999.

———, *En torno al derecho natural*, Madrid 1973.

VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho. Los medios del derecho* 2, Pamplona 1981.

———, *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, ed. GARZÓN VALDÉS, E., Córdoba (R.A.) 1966.

ARTÍCULOS

ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., «Derecho canónico y codificación: alcance y límites de la asunción de una técnica», en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro Valls* 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., *cit.* pp. 2575-2579.

ARAÑA, J. A., «Seguridad jurídica», en *Diccionario General de Derecho Canónico* 7, ed. OTADUY, J. - VIANA, A. - SEDANO, J., Cizur Menor 2012, pp. 224-227.

ARROBA CONDE, M., «Justicia reparatoria y derecho penal canónico. Aspectos sustanciales», *Anuario de Derecho Canónico* 3 (2014) pp. 31-51.

AYMANS, W., «Lex canonica consideraciones sobre el concepto de ley canónica», en *Ius Canonicum* 50 (1985) pp. 463-478.

CABALLERO GERMAIN, G., «Seguridad jurídica y relaciones entre el “common law” y el derecho continental-romano», en *Revista de derecho de la pontificia universidad Católica de Valparaíso* 24 (2003) pp. 195-217, en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/529/497>. (Consulta 2.10.2014).

CORBÍ, A., «Asociaciones y Fundaciones con fines de caridad según el Motu Proprio Intima Ecclesiae Naturae sobre el servicio de la caridad», en *Reflexión y Perspectivas de Futuro de las Fundaciones Autónomas*, ed. BENEYTO BERENGUER, R., *cit.* pp. 65-96.

CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar* 1, ed. PACOMIO, L. – ARDUSSO, F. – FERRETTI, G. – GIBERTI, G. – MOIOLI, G. – MOSSO, D. – PIANA, G. – SERENTHÀ, L., Salamanca 1982, pp.109-151.

———, «Derecho canónico», en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, ed. ROSSI, L. – VALSECCHI, A. Roma 1973³ - Madrid 1974, pp. 205-219.

CORTEZ DIÉGUEZ, M., «La interpretación de las leyes en el Derecho Romano, en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico: Consideraciones sobre sus principios y doctrinas», en *Revista Española de Derecho Canónico* 164 (2008) pp. 57-107.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Prólogo», en *Código civil, versión crítica del Texto y Estudio preliminar*, ed. LÓPEZ LÓPEZ, J. - MELÓN INFANTE, C., Madrid 1967, pp. 5-7.

DE LEÓN REY, E., «Historia del Derecho en la Iglesia», en *Derecho Canónico: El Derecho del Pueblo de Dios* 1, ed. CORTÉS DIÉGUEZ, M. M. - SAN JOSÉ PRICO, J., *cit.* pp. 3-34.

DEL POZZO, M., «Il legato di Benedetto XVI ai canonisti», en *Ius Ecclesiae* 3 (2013) pp.709-728.

DÍAZ MORENO, J. M. - SAN JOSÉ PRISCO, J., «Fundamentación teológica del Derecho canónico», en *Derecho Canónico: El Derecho del Pueblo de Dios* 1, ed. CORTÉS DIÉGUEZ, M.M. - SAN JOSÉ PRISCO, J., Madrid 2006, pp. 35-75.

DOMINGO OSLE, R., «Diez principios de derecho global», en *Debate Actual* 12 (2009) pp. 8-34.

ESCANDELL TUDELA, J. J., «La ley natural como razón moral» en *Debate Actual* 12 (2009) pp. 50-65.

FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, M. DEL C., «La realización de la ley natural en el orden social», en *Debate Actual* 12 (2009) pp. 66-74.

———, «Los Valores europeos y los Derechos humanos», en *Los Derechos humanos, sesenta años después (1948-2008)*, ed. MARTÍN DE LA GUARDIA, R. - PÉREZ SÁNCHEZ, G. A., *cit.* pp. 63-81.

FORMENT, E., «Tratado Tercero: la persona humana», en *El pensamiento de Santo Tomás de Aquino para el hombre de hoy* 1, ed. LOBATO, A., *cit.* pp. 685-883.

GÓMEZ-IGLESIAS-C., V., «La “aprobación específica” en la “Pastor Bonus” y la seguridad jurídica», en *Fidelium Iura* 3 (1993) p. 361-426.

GONZALEZ ARGENTE, J., «La norma general penal (c.1399), ¿Una excepción al principio nulla poena sine lege poenali praevia?», en *Anuario de Derecho Canónico* 3 (2014) pp. 53-72.

GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «Las lagunas del ordenamiento canónico y el sistema de fuentes», en *Fidelium iura* 6 (1996) pp. 1-31.

GORDILLO ALVAREZ-VALDÉS, I., «Seguridad jurídica», en *Diccionario Jurídico Espasa*, ed. FUNDACIÓN TOMÁS MORO, Madrid 1991, p. 906.

HERRANZ, J., «Prolegómenos II, génesis y elaboración del nuevo Código de Derecho Canónico», en *ComEx*. 1, pp. 157-205.

HERRERA, D. A., «El problema de la razón moderna y el estado de derecho según Joseph Ratzinger», en *Prudentia Iuris* 75 (2013) pp. 25-46, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/problema-razon-moderna-estado-derecho.pdf>. (Consulta 30.6.2014).

HERRERA, D. A. - LAFFERRIÈRE, J. N., «Benedicto XVI y la ley natural», en *Prudentia Iuris* 75 (2013) pp. 17-23, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/benedicto-xvi-ley-natural.pdf>. (Consulta 30.6.2014).

HERVADA, J., «El derecho natural en el ordenamiento canónico (La concepción clásica del derecho natural)», en *Religión Matrimonio y Derecho: Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls* 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., *cit.* pp. 2929 - 2941.

HERVADA, J. - LOMBARDIA, P., «Prolegómenos I, Introducción al Derecho Canónico», en *ComEx* 1, pp. 21-155.

HOBBS, TH., «Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica o civil», en *Del Ciudadano y Leviatán*, *cit.* pp. 45-210.

JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., «Paralelismos entre Derecho canónico y Derecho estatal», en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro Valls* 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., *cit.* pp. 2943-2958.

KUTTNER, S., «Prólogo», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, *cit.* pp. 13-15.

LO CASTRO, G., «Libro I. Introducción», en *ComEx* 1, pp. 239-254.

LÓPEZ MEDINA, A. M., «Certeza del derecho», en *Diccionario de Derecho Canónico* 2, ed. OTADAUY, J. - VIANA, A. - SEDANO, J., Cizur Menor 2012, pp. 54-57.

LÓPEZ OLIVA, J. O., «La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1798», en *Prolegómenos. Derechos y Valores* 28 (2011) pp.121-134, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87622536001>. (Consulta 2.10.2014).

MARINON, L. G., «El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica», en *Ius et Praxis* 18 (2012) pp. 249-266, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>. (Consulta 2.10.2014).

MARZOA, A., «El fundamento de la juridicidad del Derecho Canónico (reflexiones a propósito de la formación del texto del primero de los "principios" para la reforma del CIC)», en *Fidelium Iura* 8 (1998) pp. 309-384.

OGAYAR Y AYLLÓN, T., «Aplicación Notarial del Derecho», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 19 (1971) pp. 431-467.

OLMOS ORTEGA, M. E., «Derecho canónico y formación del jurista» en *Ius Canonicum* 90 (2005) pp. 609-629.

OROPEZA BARBOSA, A., «La Seguridad Jurídica en el campo del Derecho Privado», en *Revista de la E. L. de D. de Puebla*, 2, pp. 61-81, en <http://www.juridicas.unam.mx/librev/rev/revjurdp/cont/2/art/art3.pdf>, Consulta 14.10.2014.

PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad Jurídica: una garantía del derecho y la justicia» en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 15 (2000) pp. 25-38, en <http://www.e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>. (Consulta 4.6.2014).

PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa», en *Verbo* 287-288 (1990) pp. 1073-1126.

PUGLIESE, M. R. «La Certeza del derecho en la concepción de Flavio López de Oñate» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22 (2010) pp. 1265-1278, en: <<http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/22173/23491>>. doi:10.5354/0716-5447.2010.22173. (Consulta 11.7.2014).

RADBRUCH, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en *Derecho injusto derecho nulo*, cit. pp. 3-22.

ROBLEDA, O., «La noción tomística de la Ley en relación con las ideas romanas», en *Gregorianum* 48 (1967) pp. 284-301.

SAN JOSÉ PRISCO, J., «La "Tradicción Central de Occidente", una propuesta necesaria», en *Revista Española de Derecho Canónico* 65 (2008) pp. 455-492.

SCHOUBE, J. P., «Reflexions sur la conception du droit de M. Villey: Une alternative a son rejet des droits de l'homme», en http://www.dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12761/1/PD_25-2_08.pdf. (Consulta 13.10.2014).

SEGOVIA, J. F., «John Locke, la ley natural y el catolicismo», en *Verbo* 529-530 (2014) pp. 773-800.

SOLZHENITSIN, A., «El Mundo Escindido», en *Verbo* 168 (1978) pp. 999-1017.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Concreción de los principios ético-naturales en principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 73 (1996) pp. 193-208.

———, «¿Los denominados derechos fundamentales son derechos o son principios jurídicos? Una cuestión lingüística con consecuencias jurídicas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 36 (2006) pp.13-32.

———, «El sistema jurídico considerado estructural y funcionalmente», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación* 33 (2003) pp.13-32.

———, «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre» en *Anuario de Derecho Civil* 4 (2000) pp. 1319-1368.

———, «Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* 1 (2002) pp. 501-516.

———, «Derecho, poder y libertad», en *Revista de estudios políticos* 168 (1969) pp. 37-60.

VILLEY, M., «Préface a "L' interpretation du droit"», en *Archives de Philosophie du Droit* 17 (1972) pp. 3-7.

INTRODUCCIÓN

Desde las primeras clases de la Licenciatura de Derecho canónico, y concretamente en la asignatura de *Normas generales*, fue una constante que surgiese que detrás de numerosos cánones estaba la consideración a la seguridad jurídica, a la certeza – y así fue ocurriendo conforme se abordaban los distintos libros del CIC-83. Por otro lado, se insistía una y otra vez, y así se veía en la *Praxis de derecho parroquial*, que las reglas del derecho servían a la *salus animarum*, finalidad que había que tener presente en todo momento junto a la metodología de aplicación de las normas, que siempre había que aplicar atendiendo a la *prudentia* y a la *aequitas*, en concreto a la *aequitas canonica*, diferenciándola de la secular. Se estudia el derecho como *ius* y que *ius suum cuique tribuendi iustitia est* junto a la definición de *lex* de Santo Tomás de Aquino. Si bien, la impronta de lo canónico estaba en el reconocimiento del derecho divino, natural y positivo que hay que obedecer y respetar en todo caso, es el punto de partida del ordenamiento canónico que todo canonista ha de tener presente y donde se muestra con mayor brillantez y nitidez la seguridad de la ley canónica, pues es en Dios mismo, que no puede engañarse ni engañarnos, en quien pone su confianza el ordenamiento canónico.

Existe, además, una presencia de la seguridad jurídica, de garantías jurídicas en el ordenamiento canónico desde las más generales, como los requisitos de escritura, presencia de testigos o llevanza de libros y registros, hasta otras instituciones más específicas como el derecho de defensa, la prescripción, el modo de contar el tiempo, la dispensa, la suplencia, los cc. relativos al matrimonio, entre muchísimas otras que se dan entre los extremos de generalidad y especificidad que suponen la promulgación de la ley y la *aequitas canonica*, como la certeza moral en derecho procesal, de donde surgieron una serie de interrogantes origen del querer investigar sobre el tema.

Este *humus* de la seguridad jurídica canónica chocaba de alguna manera con aquel otro que percibí en mis estudios de derecho secular y posterior actividad profesional, lo que me llevó a cuestionar si hay un planteamiento común acerca de la seguridad jurídica *utriusque iuris*, si los posibles avances o retrocesos de la ciencia jurídica en esta materia pueden ser recibidos acríticamente en el derecho canónico y si éste, desde su experiencia jurídica milenaria, puede ofrecer alguna tesis a la ciencia

jurídica en su perspectiva secular, si es posible una reflexión conjunta. Todo ello unido a responder de alguna manera a la invitación a una aportación recíproca entre los dos derechos, que San Juan Pablo II efectuó el 21 de marzo de 2002 a los participantes en el simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense y a la correspondiente de Benedicto XVI ante la ONU y el Bundestag en los años 2008 y 2011 respectivamente, a defender la verdad del derecho y a no perder de vista la tradición jurídica.

En la elaboración de esta tesina se sigue el método sistemático, al que se une una metodología crítica propia del método del *utrumque ius*, en cuanto se relacionan y ordenan diferentes tesis y planteamientos reduciéndolos a una unidad a modo de sistema, desde unos planteamientos generales se va a otros más específicos, todo ello con espíritu crítico. Si bien, en algún momento se combina con el método cronológico, lo que sucede al ofrecerse la evolución del pensamiento jurídico en la historia y en la exposición del Magisterio pontificio, presentándose normalmente a los filósofos, a los juristas y a los Romanos pontífices por su sucesión en la historia, desde los anteriores en el tiempo hasta lo actuales, salvo alguna excepción en que se prima lo sistemático por la propia coherencia de la exposición. Para ello, se ha realizado una búsqueda exhaustiva a fin de relacionar y ordenar las distintas tesis, tanto en sus fuentes como en comentarios posteriores en obras jurídicas o filosóficas, a fin de lograr una visión más completa y con cierta perspectiva. A tal fin, se ha leído o consultado a los autores clásicos y modernos en ediciones críticas de sus obras, se ha recurrido a manuales de derecho secular y de derecho canónico, así como a diccionarios, libros y artículos de revistas de lo más variado, buscando una amplia panorámica acerca de la seguridad jurídica en su comprensión y en su aplicación, si bien hay que advertir que en el ámbito canónico a penas se ha encontrado bibliografía específica frente a lo que sucede en el ámbito civil o secular. Respecto a las encíclicas y discursos de los Papas se han consultado en las fuentes, al igual que los Códigos canónicos y las Declaraciones de derechos además de a ediciones comentadas por distintas escuelas.

El presente trabajo que se desarrolla en tres capítulos, se limita fundamental y básicamente a aclarar la noción de la seguridad jurídica, fijando los perfiles de su definición y realizando una reflexión crítica sobre el sustrato o pensamiento que se encuentra en la base del concepto de la seguridad jurídica en el derecho tanto secular o

civil como canónico. Se considera que esta reflexión pueda servir de punto de partida para posteriores trabajos de investigación, que de alguna manera quedan sugeridos o apuntados. El primer capítulo se dedica a hacer una aproximación a la seguridad jurídica, se parte del uso de este concepto en el español y se sigue realizando unas breves notas históricas del pensamiento jurídico para llegar a la noción que ofrecen acerca de la seguridad jurídica los diccionarios, manuales y estudios jurídicos contemporáneos. En principio, y fuera del epígrafe dedicado a *la seguridad jurídica en diccionarios jurídicos, manuales y artículos* no se va a entrar a abordar las tesis actuales de corte constitucionalista que abogan por declaraciones de derechos humanos y de principios en las leyes fundamentales, para garantizar la seguridad jurídica, pues necesitarían de un amplio y detallado análisis y puesto que, son hoy en día las más difundidas, no se considera necesario un mayor tratamiento. Se termina el capítulo ofreciendo una síntesis de esta noción en el Magisterio pontificio, autoridad suprema de la Iglesia, que con autoridad moral alumbró la vida del hombre, también en su dimensión social completa, no sólo eclesial. Así, primero se fija el lenguaje y cómo se ha visto la seguridad jurídica desde los inicios del pensamiento occidental en el mundo griego hasta la época actual. Es importante conocer el pensamiento jurídico y su evolución a lo largo de los siglos, lo que han afirmado filósofos y juristas y como han sido interpretados, así como los avances y retrocesos de la ciencia jurídica. Se dedica un amplio espacio a la historia del pensamiento y a las tesis actuales para poder alcanzar conceptos claros, así como a las bases o pilares de las distintas tesis, lo que se considera fundamental para aprehender bien las nociones y poder responder con fundamento e independencia a las cuestiones que se plantean. El derecho de la Iglesia surgió en la historia en un tiempo y lugar concretos, en el mundo romano y por lo tanto se sirvió de éste, pero de igual modo el derecho canónico al desenvolverse en tiempos y lugares concretos, desde su experiencia fue enriqueciendo la ciencia jurídica con sus aportaciones. En un principio era una la ciencia jurídica hasta que en un momento de la historia esta unidad se quebró, la ciencia jurídica del mundo secular inició un camino nuevo y la ciencia jurídica de la Iglesia continuó con las peculiaridades propias de la naturaleza eclesial por el camino de su tradición jurídica. Surgieron pues, tres metodologías jurídicas en Occidente.

El capítulo segundo se dedica a la ruptura del *utrumque ius* y a las tres metodologías jurídicas actuales: Derecho continental europeo, *common law* y derecho canónico, haciendo una breve comparación entre éstas y su efecto sobre la seguridad jurídica, a fin de contrastar, semejanzas, diferencias y posibles influencias. La presentación de este capítulo no es ambiciosa, pues está sujeta a los límites de espacio, queda abierta la posibilidad a una mayor profundización en el tema en un posterior trabajo, pues sus múltiples posibilidades y el actual mundo global, podría estar sugiriendo un muy razonable interés académico.

En el tercer capítulo se apuntan algunas manifestaciones de la seguridad jurídica, son aspectos muy específicos y concretos, prácticamente a modo de ejemplo y siguiendo el hilo argumental, unas notas sueltas que presentan lo singular. Por otro lado, no es objeto de esta tesina un estudio pormenorizado de como se refleja la seguridad jurídica en las distintas instituciones del CIC, a penas se realiza un simple esbozo respecto a los llamados cánones preliminares del CIC⁸³. Sería a tener en cuenta la posibilidad de elaborar un estudio transversal y en profundidad de la seguridad jurídica en los distintos libros del Codex, lo que se apunta para un posterior trabajo. Por la misma razón tampoco se ofrece una comparación entre similares instituciones seculares y canónicas.

Por último, indicar que la presente reflexión trata de responder a la posibilidad de un planteamiento común *utrumque ius*, a si la experiencia jurídica canónica puede realizar alguna aportación a la ciencia jurídica secular y a si la noción de seguridad jurídica y su comprensión es compatible o no y si se puede trasladar acriticamente de un ordenamiento a otro. La importancia de la antropología, pues el derecho es para el hombre, la importancia de la verdad, presentes siempre en el mundo jurídico canónico, choca frente a ideologías que obedecen a intereses reducidos y que han querido monopolizar la ciencia jurídica. Por ello, es importante detenerse en el primer capítulo para conocer desde sus fundamentos lo que significa realmente el positivismo jurídico y comprender su crisis, así como, qué consideración merece a la Iglesia, abierta siempre a las novedades de la ciencia en todo aquello que puede beneficiar al hombre.

El título de este trabajo obedece a una reflexión sobre la noción de la seguridad jurídica como un principio que va unido esencialmente a la justicia, y la posibilidad de un planteamiento común entre el derecho secular o civil y el derecho canónico.

CAPÍTULO 1

APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA

1.1. EN EL USO DEL ESPAÑOL

En el uso del español se utiliza la expresión *certeza jurídica* o *certeza del derecho*, en otros se prefiere *seguridad jurídica*, y la mayor de la veces se usan indistintamente como sinónimos¹. A este respecto al consultar los Diccionarios en las voces correspondientes a *certeza* y *seguridad* se encuentra que el Diccionario Esencial de la Lengua Española, dice:

“*Certeza*. F. 1. Conocimiento seguro y claro de algo. «No se sabe con certeza quien cometió el crimen». // 2. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar: «Certeza matemática»².

“*Seguridad*. F. 1. Cualidad de seguro.// 2. Certeza (//conocimiento seguro y claro de algo) // – jurídica. F. Cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. En España es un principio constitucional”³.

Seguridad y certeza son dos voces más o menos sinónimas por cuanto que la voz seguridad se define como certeza en su segunda acepción; por otro lado, se define expresamente la seguridad calificada como jurídica como una *cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas*, es decir, un *conocimiento seguro y claro* de cuáles son las normas y cuál es su contenido y la *previsibilidad de su aplicación*, que no se trata de una *certeza matemática*, pues a ésta se refiere, en concreto, la segunda acepción de la voz *certeza*⁴. Sin embargo, la segunda acepción

¹ Cf. LÓPEZ MEDINA, A. M., «Certeza del derecho», en *DGDC*, p. 54: “El término certeza aplicado al derecho no es de uso común entre los autores de lengua española, donde es más habitual la referencia a la seguridad jurídica, aunque estas expresiones, según la mayor parte de la doctrina, resultan sinónimas”.

² RAE, «Certeza», p. 313.

³ RAE, «Seguridad», p. 1346.

⁴ RAE, «Certeza», p. 313.

ésta, que la Real Academia refería como *certeza matemática*, da pie a López Medina para introducir las dimensiones objetiva y subjetiva del término cuando se aplica al derecho, sin embargo, ambas dimensiones en definitiva están muy relacionadas y la falta de certeza objetiva provoca en última instancia incertidumbre subjetiva⁵. Por su parte, Pérez Luño considera ambas dimensiones y reserva la *seguridad jurídica* para la dimensión objetiva y afirma que la *certeza del derecho* encarna la acepción subjetiva de la seguridad jurídica⁶.

Si la consulta se hace en el Diccionario del Uso del Español de María Moliner, igualmente se considera sinónimas las voces *certeza*⁷ y *seguridad*, pero aporta un dato importante para este estudio, refiere que *certeza* tiene una primera acepción de “*cualidad de cierto*” y al acudir a la voz *cierto* indica que “*sustituye a verdadero en su significado lógico de «conforme a la verdad» en los casos en que este adjetivo no es usual*”⁸. Por su parte, la voz *seguridad* se encuentra definida como “*(Ofrecer) Cualidad o estado de seguro. Fijeza o firmeza: «está atado con seguridad. Este puente no ofrece seguridad». Convicción o certeza: «lo dijo (o lo sé) con seguridad»*”⁹. Y la voz *seguro*, a la que remite, se usa en relación a certeza, estabilidad, fijeza, firmeza y seguridad¹⁰.

Así y de acuerdo con los significados señalados, se podría definir la seguridad jurídica como aquella cualidad del ordenamiento jurídico que implica un conocimiento

⁵ Resulta de gran interés comparar las distintas conclusiones a partir de las definiciones que obran en el Diccionario de la Real Academia Española. Cf. LÓPEZ MEDINA, A. M., «Certeza del derecho», en DGDC, p. 54-55; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica» en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* 1 (2002) pp. 501-516, donde desde los significados lingüísticos obrantes en el Diccionario en la voz seguridad y en la voz jurídica, ante la pregunta “¿Qué es la seguridad jurídica?” responde que puede significar: “a) la seguridad de «algún derecho» que se tiene o que se adquiere. Es decir, la «segura» titularidad o la «seguridad» de una adquisición. b) la seguridad de que algo es ajustado o conforme al derecho”. Afirmando que “Ambas acepciones se complementan, como anverso y reverso de la medalla”. Así, “La seguridad de un derecho de propiedad está ajustada al derecho de propiedad; la seguridad de una adquisición resulta ajustada al denominado derecho subjetivo del adquirente y el derecho objetivo que determina su protección”.

⁶ Cf. PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad Jurídica: una garantía del derecho y la justicia» en *Boletín de la Facultad de Derecho* 15 (2000) p. 28.

⁷ Cf. MARÍA MOLINER, «Certeza», en *Diccionario del uso del español*, Madrid 2007³. p. 618.

⁸ ID., «Cierto», en *Diccionario del uso...*, cit. p. 660.

⁹ MARÍA MOLINER, «Seguridad», en *Diccionario del uso... cit.* p. 2680.

¹⁰ Cf. ID., «Seguro», en *Diccionario ...cit.* p. 2680.

cierto, seguro y claro de sus normas, conocimiento que ha de resultar conforme a la verdad.

1.2. ALGUNOS TEXTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO A RESALTAR. (BREVES NOTAS HISTÓRICAS)

A modo de un primer contacto con la materia resultan interesantes algunos textos del pensamiento jurídico que ilustran como se ha comprendido a lo largo de la historia del pensamiento occidental esa idea de seguridad jurídica. Desde los primeros esbozos, que buscan unas normas que sirvan de pauta a las leyes de los hombres, que trataron de responder Aristóteles y Cicerón, a unos planteamientos más elaborados conforme a los avances de la ciencia jurídica y desde las distintas escuelas de pensamiento, a los que los juristas de hoy tratan aún de responder. Además, dependen de cuál sea la piedra angular de su construcción del ordenamiento jurídico, es decir, de lo que sea el derecho y la justicia, conceptos que a su vez provendrán de una antropología. No hay que olvidar como recuerda Vallet de Goytisoalo que “*Antes de existir el Estado había sociedad, y desde que hubo sociedad, existió el Derecho*”¹¹.

1.2.1. LA DENOMINADA ÉPOCA CLÁSICA: EL REALISMO JURÍDICO

José María Pemán afirma que “*el teatro es el género literario más conectado con la vida de un pueblo*” y que así ocurre en el s. V a. C., época de la grandeza helénica, donde comienza a fundarse la civilización occidental, tiempo en el que se sitúa Sófocles, autor de *Antígona* “*la tragedia máxima de la libertad, la familia y el derecho natural frente al despotismo. La proclamación, diríamos conceptualmente, de la civilización europea*” (...) “*Porque la fábula de esta tragedia es un planteamiento claro y puro de la razón de la Verdad frente a la razón de la Política*”¹². *Antígona* entre

¹¹ VALLET DE GOYTISOALO, J. B., *En torno al derecho natural*, Madrid 1973, p. 8.

¹² Cf. PEMÁN, J. M., «Prólogo», en SÓFOCLES, *Ajax. Antígona. Edipo rey*, ed. MIRALLES SOLÁ, C., Estella 1969, pp. 11-12. En el Prólogo a esta edición que realiza José María Pemán podemos encontrar el análisis sintético del pensamiento griego que Sófocles muestra en su teatro.

lo decretado por el gobernador Creonte y la ley no escrita inmutable de los dioses, tiene certeza de la ley que le obliga y a la que tiene que obedecer, no duda, pese a la pena de muerte decretada por Creonte para quien desobedezca su mandato, que debe obedecer la ley inscrita en el corazón y desobedecer la ley inicua de Creonte. Conoce aunque no estén escritas, las leyes inmutables, cuya vigencia no es de ayer, ni de hoy, sino de siempre, que gozan por tanto de estabilidad y claridad, de fijeza, son coherentes con la naturaleza del hombre, Antígona tiene seguridad y certeza de lo que es bueno y de lo que es justo y obra en consecuencia, como consta en el conocido diálogo del texto clásico:

“CREONTE. ...pero tú (a Antígona) dime brevemente, sin extenderte; ¿sabías que estaba decretado no hacer esto?

ANTÍGONA. Sí, lo sabía: ¿cómo no iba a saberlo? Todo el mundo lo sabe.

CREONTE. Y, así y todo, ¿te atreviste a pasar por encima de la ley?

ANTÍGONA. No era Zeus quien me lo había decretado, ni Dike, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca ente los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que sólo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron”¹³.

Se puede afirmar que en la Grecia clásica, la certeza del derecho estriba en su conformidad con las leyes inmutables y eternas, que no proceden de la voluntad del hombre, ni por imperio, ni por pacto, sino “*en la razón misma del hombre*”, razón que tiene la capacidad de dilucidar, de buscar y encontrar “*qué es lo bueno y qué es lo malo*”¹⁴ pensamiento que sería desarrollado y difundido por Platón desde un razonamiento idealista y por Aristóteles desde un planteamiento realista fruto de la experiencia, de la reflexión sobre la realidad¹⁵.

¹³ SÓFOCLES, *Ajax. Antígona. Edipo rey*, ed. MIRALLES SOLÁ, C., Estella 1969, p. 91.

¹⁴ Cf. ESCANDELL TUDELA, J. J., «La ley natural como razón moral» en *Debate Actual* 12 (2009), p. 65: Aclara este autor que “cuando el pensamiento realista clásico apela a la ley natural, no se refiere a un código escrito en caracteres sobrenaturales en algún místico pergamino, sino en la razón misma del hombre, en cuanto capaz por si misma de dilucidar qué es lo bueno y qué es lo malo.”

¹⁵ Esta diferencia entre el entendimiento independiente de las cosas singulares que defendía Platón y en el entendimiento a través de las cosas singulares que propugnaba Aristóteles fue ya explicado por Santo Tomás de Aquino y está explicación es recogida y desarrollada por Vallet de Goytisolo al estudiar la determinación de los principios ético-jurídicos partiendo de los principios filosóficos. Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Concreción de los principios ético-naturales en principios generales de derecho y su

En el s. I a.C. Cicerón en su obra *De Officiis*, escrita en estilo epistolar y dirigida a su hijo Ático, le ofrecía una serie de enseñanzas, entre ellas le ofrecía razón del establecimiento de las leyes, a tal fin argumentaba que para poder disfrutar de la justicia, primero los antepasados confiaron el poder únicamente a hombres virtuosos que mantenían la equidad –la justicia– entre los grandes y los más humildes, pero después, cuando la plebe se vio oprimida por los poderosos, confiaron en reyes y posteriormente en las leyes a fin de asegurar una justicia igual para todos¹⁶. Así pues, inventaron leyes, “*leges sunt inventae*”, que hablaran a todos con la misma voz y el mismo lenguaje¹⁷.

Para Cicerón lo importante es la justicia, el objeto del derecho, que es contraria a la arbitrariedad, de modo que las leyes son un medio para alcanzar la justicia, idea esencial en la doctrina del realismo clásico¹⁸. Así pues, Cicerón habla de justicia, igualdad, equidad, del respeto al derecho, de asegurar unas leyes¹⁹ que hablen siempre

reflejo en la interpretación jurídica», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 73 (1996) pp. 197-201. Y de igual modo encontramos esta distinción en ID., *Manuales de Metodología jurídica, manual introductorio a las metodologías del derecho* 1, Madrid 2004, pp. 33-34., donde distingue también el denominado realismo jurídico clásico o aristotélico-tomista de los otros autodenominados realismos de corte positivista.

¹⁶ Cf. Esta misma afirmación es expresada en términos semejantes por CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho natural*, Madrid 1970⁴, p. 291, en el capítulo dedicado al derecho, la seguridad y la coacción, al tratar sobre la justicia y la seguridad explica que “el Derecho surge, no solo para servir a la Justicia, sino para eliminar la inseguridad, para saber a qué atenernos”. Por su parte, afirmará Pérez Luño que “la génesis del «ius civile» tiene lugar en Roma a través de un acto de afirmación de la seguridad jurídica”, PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad Jurídica...» *cit.* p. 26.

¹⁷ Cf. CICERO, M. T., *De Officiis*, ed. Atzert, C., Tevbaneri-Alemania 1949, 2,12, p. 90: “Eademque constituendarum, legum fuit causa quae regum. Ius enim semper est quaesitum aequabile; neque enim aliter esset ius. Id si ab uno iusto et bono viro consequerentur, erant eo contenti; cum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur”. Esta misma idea la refiere también en otra obra; ID., *De legibus libri tres*, ed. MÜLLER, C.F.W, Teurneri 1918, 2,5-11, p. 409: “Constat profecto ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam inventas esse leges”.

¹⁸ Cf. Véase al respecto FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, M. DEL C., *La Función del Jurista: Perspectivas y consideraciones del realismo jurídico contemporáneo: (La continuidad del pensamiento Aristotélico-Tomista)*, Madrid 2001, p. 336. Donde afirma que: “No hay que olvidar que es esencial a la doctrina del realismo clásico la afirmación de que la ley no es el derecho, sino tan solo cierta razón de éste, un medio para alcanzar la finalidad que es precisamente la justicia”.

¹⁹ Téngase en cuenta que “el derecho romano clásico no fue un derecho de leyes o legal sino de juristas” tal como afirma CORTEZ DIÉGUEZ, M. «La interpretación de las leyes en el Derecho Romano, en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico: Consideraciones sobre sus principios y doctrinas» en *Revista Española de Derecho Canónico* 65 (2008) p. 65; Conviene recordar que los juristas eran denominados los “prudentes o iurisprudentes” cultivadores de la “iurisprudentia” y para mayor detalle; *Ibid.*, pp.61-73.

con la misma voz, cabe entender que Cicerón está indicando un principio jurídico de garantía o seguridad jurídica unido a los de justicia y de igualdad en el origen de las leyes. Este principio así entendido, está contemplado en el origen del derecho de nuestra tradición occidental desde sus inicios. Para entender de modo correcto este principio hay que acudir a la noción que de ley y de derecho que tiene Cicerón. Estas nociones están expresadas muy claramente, con su elocuencia y con la belleza lingüística de su oratoria, en su obra *De Legibus*, esta obra está compuesta de tres libros, el Libro Primero versa sobre la ley en general, el libro segundo de las leyes religiosas y el Libro tercero sobre las leyes políticas. Cicerón refiere las leyes justas a la recta razón, no al modo de elaboración de las mismas, ni a su escritura, a que sean escritas, es decir, no por ser escritas y estar ordenadas son garantía de justicia, al contrario, podrían ser arbitrarias si no consideraran la recta razón²⁰.

El emperador Justiniano compiló la monumental y excelsa obra de los juristas romanos y de las constituciones imperiales en el *Corpus Iuris Civilis*, es la gran recopilación del derecho romano, en la que todavía hoy se basa el derecho de muchos estados. Conviene destacar que ya entonces, s VI, comienza el Título I, del Libro I del Digesto, titulado “*De iustitia et de iure*”, indicando que: “*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit «ius est ars boni et aequi» (Ulpianus Inst. p.1)*”²¹.

²⁰ De esta obra señalamos especialmente unos textos que se complementan armónicamente y que no dejan lugar a dudas sobre la concepción clásica del *derecho* y de las *leyes*, Cf. CICERO, M. T., *De Legibus Libri Tres*, cit. 1,6-19, p. 387: “a lege ducendum est iuris exordium; ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regula. Sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit et appellare eam legem, quae scripta sancit, quod vult, aut iubendo aut prohibendo, ut vulgus appellat. Constituendi vero iuris ab illa summa lege capiamus exordium, quae saeculis omnibus ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta”; *Ibid.*, 1,15-42, pp. 395-396: “Iam vero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse, quae sita sint in populorum institutis aut legibus. Etiamne, si quae leges sint tyrannorum? si triginta illi Athenis leges imponere voluissent, aut si omnes Atenienses delectarentur tyrannicis legibus, num idcirco eae leges iustae haberentur? Nihil, credo, magis illa, quam interrex noster tulit, ut dictator, quem vellet civium, indemnatum aut indicta causa inponere posset occidere. Est enim unum ius, quod devincta est hominum societas, et quod, lex constituit una; quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, sive est illa scripta usquam sive nusquam. Quodsi iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum, et si, ut eidem dicunt, utilitate omnia metienda sunt, negleget leges easque perumpet, si poterit, is, qui sibi eam rem fructuosam putabit fore. Ita fit, ut nulla sit omnino iustitia, si neque natura est, ea quae propter utilitatem constituitur, et utilitate illa convellitur”.

²¹ *D.*, 1,1,1.

Y del jurista Ulpiano recopila igualmente, las siguientes nociones que ayudarán a comprender este *iter* argumental en la visión histórica de como se ha entendido la certeza jurídica a lo largo de las distintas edades de nuestra cultura jurídica occidental. La justicia, el objeto del derecho, la definió Ulpiano en los siguientes términos: “*iusticia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”²². Interesante es también su concepto de jurisprudencia, que define así: “*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”²³.

Cicerón que conocía el pensamiento griego y a los juristas romanos clásicos, compartía el pensamiento en esta materia con Aristóteles, que gozaba de gran prestigio en su época como conocedor del pensamiento griego y los juristas romanos clásicos. La concepción de un orden de la naturaleza que da razón de lo justo y de lo injusto que defendía Cicerón, es el mismo pensamiento que ya fue expresado por Aristóteles²⁴.

José San José Prisco, acerca de la estructuración jurídica que hace Aristóteles, refiere que su “*reflexión sobre la justicia se basa en la realidad, en lo tangible, en lo visto, en la experiencia*”. Aristóteles clasifica la justicia en distributiva, correctiva y legal, estableciendo la diferencia entre lo justo y lo legal, entre el derecho y la ley. Según Aristóteles el derecho de la *polis* tiene una parte natural y otra legal, de tal manera que la natural “*no varía en el tiempo porque tiene como principio las exigencias naturales de la realidad*” y que la parte legal, a la que hoy se denominaría ley positiva, “*es el resultado de una decisión vinculante entre lo que puede ser en principio de un modo o de otro, pero que una vez establecido resulta obligatorio*”²⁵.

²² D., 1,1,10.

²³ D., 1,1,10,2.

²⁴ Cf. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, Madrid 1978, 5,7, p. 186-187. Defendía Aristóteles que: “En la justicia civil y en el derecho político se puede distinguir lo que es natural y lo que es puramente legal. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que en un principio, puede ser indiferente de tal modo o del modo contrario, pero cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto”.

²⁵ SAN JOSÉ PRISCO, J., «La “Tradicción Central de Occidente”, una propuesta necesaria», en *Revista Española de Derecho Canónico* 65 (2008), p. 469.

Este mismo pensamiento aristotélico, que también es defendido por Cicerón, es citado textualmente por Santo Tomás de Aquino al formular el lugar del derecho positivo²⁶.

Al dar solución a la cuestión de si se debe juzgar siempre conforme a las leyes escritas²⁷, luego de decir lo que es la ley escrita, el Santo Doctor afirmará también, que si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, esta ley es injusta y no tiene fuerza de obligar; y de lo que es indiferente respecto al derecho natural, una vez que se ha fijado en una norma, resulta obligatorio

Esta misma manera de comprender el *ius* y su denominación o división, se ve, también, en Paulo, quien lo expresa de la siguiente forma: “*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale, altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile*”²⁸.

Al tratar lo que es materia de derecho positivo en su Tratado de la Justicia, junto a lo afirmado *ut supra*, Santo Tomás explica como la razón determina lo justo de un

²⁶ Dice, así, el Aquinate: “voluntas humana ex communi conducto, potest aliquid facere justum in his quae secundum se non habent aliquam repugnantiam ad naturalem iustitiam. Et in his habet locum jus positivum. Unde Philosophus dicit, in v Ethic (cap. 7) quod legale justum est quod ex principio quidem nihil differt sic vel aliter; quando autem ponitur, differt. Sed si aliquid de se repugnantiam habeat ad jus naturale, non potest voluntate humana fieri justum: puta si statuatur quod liceat furari, vel adulterium committere. Unde dicitur Isa.x,1: «Vae qui condunt leges iniquas!». Cf. *S. Th.*, 2-2 q.57 a.2, 6, p. 9; Afirma Corts Grau que Santo Tomás de Aquino examinó los textos aristotélicos “con la máxima fidelidad, y siguió el verdadero camino para ello hasta conseguir la que se ha llamado «cristianización de Aristóteles»”. El Aquinate asume muchas de las tesis sostenidas por el Estagirita pero, naturalmente no todas; CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho* 1, Madrid 1968², p. 318; ROBLEDA, O., «La versión tomística de la Ley en relación con las ideas romanas», en *Gregorianum* 48 (1967) p. 301: El autor concluye tras una detallada reflexión que considera comprobada su tesis acerca de que “la doctrina de Sto. Tomás sobre el concepto de *lex* representa las ideas romanas sobre la misma. Más aun, su clásica definición contiene y expresa exactamente tales ideas, o sea, la síntesis, por los Romanos ya realizada, de *voluntas* y *ratio*, entendida esta última como *ratio iustitiae*, y no en sentido puramente formal”.

²⁷ Cf. *S. Th.*, 2-2 q.60 a.5, 6, p. 46: “Sicut non dat robur juri naturali, ita nec potest ejus robur minuire vel auferre; quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, injusta est, nec habet vim obligandi. Ibi enim jus positivum locum habet ubi quantum ad jus naturale nihil differt utrum sic vel aliter fiat, sicut supra habitum est (q.5 LVII art.2). Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones, ut supra dictum est (1-2 q.XCV art.2). Et ideo secundum eas non est iudicandum”. La respuesta dada por el Aquinate a esta cuestión la mantiene actualmente Busso, en el sentido que “la validez de las leyes no depende de su «positividad»” y de tal manera esto es así, que la persona tiene la obligación “de poner a juicio las leyes antes de obedecerlas” porque tanto el que manda –la autoridad– como el que obedece están sujetos a “una norma superior de justicia o de derecho natural”; BUSO, A. D., *El derecho natural y la prudencia jurídica*, Buenos Aires 2008, p. 178.

²⁸ *D.*, 1,1,11.

acto conforme a una cierta regla de prudencia, que recibirá el nombre de ley si se formula por escrito. La ley es, así, cierta razón del derecho, “*aliqualis ratio juris*”, no es por tanto la ley el derecho mismo. Resulta muy interesante el razonamiento completo que hace el Doctor Angélico para entender su noción de *ius* y su distinción de *lex*, así como la relación de éstos con *prudentia*. Santo Tomás afirma: “*Ita etiam illius operis iusti, quod ratio determinat, quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula; et hoc si in scriptum redigatur, vocatur «lex»: est enim lex, secundum Isidorum (ibidem cap.3), «constitutio scripta»; et ideo lex non est ipsum jus, proprie loquendum, sed aliqualis ratio juris*”²⁹.

Tanto para Aristóteles³⁰ como para Santo Tomás de Aquino³¹ la prudencia es una facultad cuyo objeto es el obrar bien, es definida como “*recta ratio agibilium*”³², es la recta razón de obrar, se trata de un hábito propio de la madurez, fruto de la experiencia, ya que se adquiere por el propio esfuerzo en la repetición de actos de una forma ordenada y perseverante. La materia de la prudencia, explicará más adelante el Doctor Común, son los singulares contingentes, “*singularia contingentia*”³³. Los actos del hombre se refieren a cosas singulares y contingentes, es decir, individuales, únicas, mutables, dudosas y por ello inciertas, pues lo contingente puede ser y no ser, por ello la razón ha de reflexionar, dilucidar, discernir, investigar. El obrar humano en todas las cosas que son buenas para el hombre va precedido de la deliberación o consejo y del

²⁹ *S. Th.*, 2-2 q.47 a.1, 5, p. 7.

³⁰ Cf. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, Madrid 1978, 6,4, p. 207. Dice que “Es necesario reconocer que la prudencia es esta cualidad que, guiada por la verdad y por la razón, determinada nuestra conducta con respecto a las cosas que pueden ser buenas para el hombre”(…)“la opinión, lo mismo que la prudencia, se aplica a todo lo que puede ser distinto de lo que es, es decir, a todo lo que es contingente”.

³¹ Santo Tomás de Aquino explica este razonamiento en su Tratado de prudencia en la Cuestión 47, titulada como: De prudencia secundum se. Cf. *S. Th.*, pp. 446-465.

³² Cf. Las siguientes frases, escritas lo largo del Tratado de prudencia, contienen la misma afirmación, en las que el Aquinate reitera, una y otra vez, la noción de la prudencia como la recta razón de obrar, lo que también refiere en el Tratado de justicia: “quod laus prudentiae non consistit in sola consideratione, sed in applicatione ad opus, quod est finis practicae rationis”, *S. Th.* 2-2 q.47 a.1, p. 447; “ad prudentiam pertinet non solum consideratio rationis, sed etiam applicatio ad opus, quae est finis practicae rationis”, *S. Th.* 2-2 q. 47 a.3, p. 449); “Ad prudentiam autem pertinet, ..., applicatio rectae rationis ad opus”, *S. Th.* 2-2 q.47 a.4, p. 451; “prudencia est recta ratio agibilium”, *S. Th.* 2-2 q.87 a.8, p. 456.

³³ Cf. *S. Th.* 2-2 q.47, a.9, 5, p. 457.

juicio que dirige la voluntad³⁴. La prudencia implica para Santo Tomás de Aquino, un fin que ha de ser fijado, en segundo lugar, el movimiento hacia ese fin y por último la provisión de medios para lograrlo; considera que afecta a la facultad cognoscitiva, en concreto a la razón práctica. El Aquinate sostiene, que el hombre prudente debe conocer los principios universales y los actos singulares de la conducta, los cuales resultan inabarcables debido a su infinitud; pero, que la experiencia los reduce a tipos determinados; así, por tratar la prudencia sobre lo singular y contingente, su certidumbre se caracteriza por no eliminar del todo la inquietud³⁵.

La noción de *prudencia* y su compenetración con la noción de *ius*, nos sitúa en la consideración que Santo Tomás atribuye a la *certitudo*, quien como en otros lugares remite a lo que ya afirmó Aristóteles. Dice, así: “*Quo secundum Philosophum, in I Ethic (cap.3), «certitudo non est similiter quaerenda in omnibus, sed in unaquaque materia secundum proprium modum». Quia vero materia prudentiae sunt singularia contingentia, circa quae sunt operationes humanae, non potest certitudo prudentiae tanta esse, quod omnino sollicitudo tollatur*”³⁶. No se trata de una certeza absoluta, pues está no se da en esta materia, no procede en el obrar humano.

Desde la noción de *ius* como lo justo, la misma cosa justa y su relación con la virtud de la *prudencia*, la “*recta ratio agibilium*”³⁷, y la ya apuntada noción de *lex*, que “*non est ipsum jus, proprie loquendum, sed aliqualis ratio juris*”³⁸, se comprende la definición de *lex* que ofrece Santo Tomás, definición vigente en nuestros días o cuanto menos de notable importancia e interés incluso para quienes sostienen planteamientos contrarios³⁹. En su Tratado *De legibus*, afirma: “*definitio legis, quae nihil est aliud*

³⁴ Cf. *S. Th.* 2-2 q.47 a. 8, 5, p. 455-456; S. ISIDORO DE SEVILLA, *Etymologiarum sive originum libri XX*, L.10 ad litt.p, en <http://www.thelatinlibrary.com/isidore/10.shtml> desde http://www.clasicas.usal.es/portal_recursos/index.php?option=com_content&viewsection&id. (Consulta 10.9.2014). S. Isidoro de Sevilla afirmó que “*prudens, quasi porro videns: praespiciat enim, et incertorum praevidet casus*”.

³⁵ Cf. CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, cit. pp. 329-330.

³⁶ *S. Th.* 2-2 q.47 a.9, 5, p. 457.

³⁷ *S. Th.* 2-2 q.47 a.8, 5, p. 456.

³⁸ *S. Th.* 2-2 q.57 a.1, 6, p. 7.

³⁹ Cf. PERIS CANCIO, J. A., *Expresiones del iusnaturalismo tomista: siglos XIII - XIX* 1, Valencia 2009, p. 70 - 71. Afirma el autor al estudiar el Tratado de la Ley de de Santo Tomás de Aquino que “*Conviene de*

quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”⁴⁰.

La certeza de la ley estriba en que al ser ésta una ordenación a la que se da la cualidad de imperativo, es decir, un mandato que se promulga, requiere que lo que se quiere regular u ordenar sea claro y cierto⁴¹.

La posibilidad de leyes rectamente establecidas, pero que puedan resultar deficientes *ad casum*, en las que si se observasen, se iría contra el derecho natural, conforme con su concepción de *ius* como lo justo, así como sus relaciones intrínsecas con la *prudentia* y la mencionada definición de *lex*, es considerada por el Aquinate quien establece en el Tratado *de iusticia*, que en esas situaciones se debe recurrir a la benignidad de la equidad, que es la intención del legislador, pues, en caso contrario se iría contra la racionalidad del derecho:

*“Sicut leges iniquae secundum se contrariantur juri naturali, vel semper vel ut in pluribus; ita etiam leges quae sunt recte positae in aliquibus casibus deficiunt, in quibus si servarentur, esset contra jus naturale. Et ideo in talibus non est secundum litteram legis iudicandum, sed recurrendum ad aequitatem, quam intendit legislator. Unde Iurisperitus dicit: «Nulla ratio iuris aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem». Et in talibus etiam legislator alita iudicaret; et si considerasset, lege determinasset”*⁴².

Santo Tomás reflexiona en el Tratado *de legibus* acerca de la certeza, afirma que la *lex humana* no puede tener la misma infalibilidad y certeza que las conclusiones

entrada insistir en que el sentido de la ley en santo Tomás puede diferir radicalmente del moderno, pues se ha perdido con frecuencia su connotación favorecedora de la vida buena. Por ello no faltan los que señalan que esta doctrina de la ley de de santo Tomás tiene en sí el vigor y la fuerza necesaria como para suscitar una renovación en el estudio del derecho, renovación que iría paralela a una profunda recuperación del sentido de la justicia y de la dignidad del hombre”; Al Tratado de la ley de Santo Tomás dedica un detallado estudio, *Ibid.*, pp. 67-98.

⁴⁰ *S. Th.*, 1-2 q.90 a.4, 4, p. 217.

⁴¹ Cf. El análisis de la definición de ley de Santo Tomás de Aquino en DE PAOLIS, V., *Normas Generales*, Madrid 2013, pp. 139-140.

⁴² *S. Th.*, 2-2 q.60 a.5, 6, p. 47.

demostrativas de las ciencias, pues, no es necesario en toda medida esta certeza, sino que la que sea posible en su género⁴³.

Para los juristas clásicos, que eran eminentemente realistas, la certeza del derecho, no es un principio absoluto cerrado en sí mismo, no es tampoco un valor, no es un concepto abstracto, sino que es inherente al propio *ius*, pues es en el caso concreto donde debe apreciarse, y por lo tanto siempre se ha encontrado junto con otros principios con los que se cruce en el caso singular, incluso aunque sean contrapuestos, de esta manera se busca, encuentra y dictamina lo justo⁴⁴.

Y así, se ve en la formulación de las leyes que se han de promulgar por quien corresponde, también en la escritura, lo que conlleva certeza. Pero el *iurista* que requiere de la *prudencia*, observa la realidad, los actos humanos y reflexiona, no se detiene y sigue profundizando en la búsqueda de lo que es bueno y justo, “*boni et aequi*”⁴⁵, y en hacer efectivo aquello de “*ius suum cuique tribuendi*”⁴⁶ en que consiste la *iustitia*. De tal modo que a decir de Pomponio: “*quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*”⁴⁷. Y en este caminar que es el vivir, el jurista romano descubre que después de las leyes⁴⁸ – que conllevan seguridad jurídica, pues han sido refrendadas por la experiencia, que ha visto que era bueno –, se dan cuenta de la necesidad de establecer un cauce jurídico para las solicitudes de declaración de lo justo, surgen así las “*actiones*” tal y como nos dice

⁴³ Cf. *S. Th.*, 1-2 q.91 a.3, 4, p. 222: “Quod ratio practica est circa operabilia, quae sunt singularia et contingencia, non autem circa necessaria, sicut ratio speculativa: et ideo leges humanae non possunt illa infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum. Nec oportet quod omnis mensura sit omnino infallibilis et certa, sed secundum quod est possibile in genere suo”.

⁴⁴ Cf. SANTA-CRUZ TEJEIRO, J., *Valoración del Derecho Romano como factor cultural de Europa*, Valencia 1951, pp. 29, donde explica como el jurista romano plegaba la norma general a las circunstancias del caso concreto; Igualmente es de interés en su explicación del método del realismo jurídico clásico; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Concreción de los principios ético-naturales en principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 73 (1996) pp. 203.

⁴⁵ *D.*, 1,1,1.

⁴⁶ *D.*, 1,1,10,1.

⁴⁷ *D.*, 1,2,2,13.

⁴⁸ Cf. *S. Th.* 2-2 q.57 a.1, p. 9: “Alicuius ratio iuris” y o, como dice Paulo: “regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat”, *D.*, 50,17,1.

Pomponio⁴⁹. Se ha introducido un nuevo instituto jurídico en el que se descubre el principio de seguridad jurídica, un vehículo que la experiencia jurídica ha demostrado seguro para dilucidar la verdad del caso concreto y poder declarar así, lo que es justo en el mismo. Lo mismo sucede con la institución de la *res iudicata*, otro concepto que irradia seguridad jurídica y de la que dice Ulpiano: “*Res iudicata pro veritate accipitur*”⁵⁰.

La llamativa pervivencia del derecho de Roma tiene su razón de ser en sus virtudes intrínsecas, destacando calidad y la eficacia de la formación de los juristas que le dieron una vitalidad y una flexibilidad que llevaron a que no se agotaran las posibilidades de su aplicación⁵¹. El jurista romano, que penetrando con agudeza en los entresijos de la realidad fáctica, aplicaba su esfuerzo mental para sin abstracción descubrir la solución que resultaba ser más idónea y ajustada al supuesto concreto, a buscar lo que era reclamado por la justicia en cada caso⁵².

Las notas o cualidades del derecho de Roma, sintetizadas y vistas en su conjunto, muestra un derecho inspirado y adaptado a la realidad de las condiciones humanas y sin renunciar a una alta perfección, cuidando la libertad y la disciplina de las relaciones sociales, respondiendo a exigencias morales y materiales de la humanidad

⁴⁹ *D.*, 1,2,2,6: “Deinde ex his legibus eodem tempore ere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populos prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones”.

⁵⁰ *D.*, 50,17,207.

⁵¹ Cf. SANTA-CRUZ TEJEIRO, J., *Valoración del Derecho Romano ...*, cit. pp. 9 y 29.

⁵² Cf. *Ibid.*, p. 9, este insigne romanista califica como noble al trabajo realizado por los juristas romanos, advirtiendo de la cualidad de éste; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», en *Anuario de Derecho Civil* 4 (2000) p. 1360. Expone Vallet este mismo planteamiento ya desarrollado por Michel Villey apoyándose en un texto de Pomponio, *D.*, 2, 2,12; VILLEY, M., «Préface a ‘L' interpretation du droit’», en *Archives de Philosophie du Droit* 17 (1972) p. 6: Es muy ilustrativa la reflexión realizada por Villey a este respecto, partiendo del texto de Pomponio: “Il en ressort premièrement que pou Pomponius, ce n'etaient pas de textes écrits dont «l'interpretation» formait le jus civile. Il y a bien entendu d'autres signes que les signes écrits:” (...). “De même le juriste romain interprète, en l'absence d'écrit (sine scripto), dans le «livre» qu'est la nature, les institutions et les moeurs de la société (mores populi romani), dans lesquelles se déchiffre le plan d'un ordre nature. Mais deuxièmement, ce qu'il interprète est diffus: pour Pomponius, l'«interprète» est l'intermédiaire entre cet ensemble de signes que sa profession le met en état de connaltre et de décrypter, et la sentence particulière. Ce qu'il interprète est le droit, plutôt qu'une loi, un contrat ou un testament (interpretatio JURIS)”; CORTEZ DIÉGUEZ, M. «La interpretación de las leyes en el Derecho Romano, en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico: Consideraciones sobre sus principios y doctrinas», en *Revista Española de Derecho Canónico* 65 (2008 p. 61-73, capítulo dedicado a la interpretación del Derecho Romano.

valoradas en función de las concepciones éticas y económicas obrantes en las distintas épocas; el derecho de Roma adaptaba la norma general a las circunstancias particulares del caso sin menoscabo de la seguridad jurídica, pues esta no era considerada otra cosa que como la realización de la justicia; protege a fuertes sin dejar indefensos a débiles; y se halla constituido, por ello, por pocas instituciones delimitadas con precisión, reuniendo las notas de sencillez y armonía, siendo la *praxis* del derecho romano era una experiencia de pericia y búsqueda de lo justo de cada caso, que no de aplicación al caso del precedente como ocurre en el derecho anglosajón⁵³.

1.2.2. ÉPOCA MODERNA: EN EL NOMINALISMO, VOLUNTARISMO, RACIONALISMO, IDEALISMO

El comienzo de la Edad Moderna y el final de la Edad Media se sitúa históricamente en el siglo XV, concretamente se hace coincidir con la caída de Constantinopla, capital de Bizancio, en poder de los turcos en 1453 o también con el descubrimiento de América por los españoles en 1492 y terminaría con la Revolución francesa a partir de la cual se sitúa la Edad Contemporánea. Desde el punto de vista filosófico, la Edad Moderna se inicia con el Renacimiento y se considera que concluye en el siglo XIX al comenzar lo que se ha denominado *la lucha contra el positivismo*, si bien, hay que tener en cuenta que entre las edades de la historia no se da una discontinuidad total, no hay fronteras nítidas⁵⁴. En el siglo XIV hay una crisis de pensamiento, el nominalismo se impone al realismo, se multiplica el individualismo en todos los órdenes, lo que a su vez suscita reacciones de tipo absolutista⁵⁵. El siglo XV se caracteriza por ser el preludeo del pensamiento humanista y una tendencia secularizante⁵⁶.

⁵³ Cf. SANTA-CRUZ TEJERO, J., *Valoración del Derecho Romano ...*, cit. p. 29, Santa-Cruz Tejero realiza una sintética descripción de la praxis del derecho romano clásico.

⁵⁴ Cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, A., *Historia de la Filosofía*, Madrid 1982¹⁰, p. 82.

⁵⁵ Cf. CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, cit. pp. 359-360.

⁵⁶ Cf. *Ibid.*, p. 366.

Con posterioridad a Santo Tomás de Aquino, y aún en la propia Edad Media, se va vislumbrando un cambio radical en los contenidos de los conceptos: *ius, ius naturale, lex, lex naturalis, lex aeterna, iustitia*, y por ende, el de seguridad, fruto del cambio en la visión antropológica, que pasará de ser teocéntrica a ser antropocéntrica, lo que afectará al pensamiento filosófico⁵⁷. El cambio del teocentrismo al antropocentrismo de los renacentistas no significa un apartarse de Dios de modo absoluto, ni tampoco sucede en todos los pensadores. Se da una variedad de corrientes entre los distintos humanismos donde destaca el Renacimiento hispánico, caracterizado por “*el sentimiento de la dignidad humana, precisamente por su vinculación a Dios*”⁵⁸.

No se puede negar la notable repercusión que tuvo la irrupción del Protestantismo en este cambio de mentalidad y en la manera de abordar los interrogantes que se presentaban al hombre moderno. Las consecuencias de los planteamientos de Lutero en el pensamiento jurídico conllevaron la decadencia del derecho y con ello, de los juristas y no sólo por su condena del derecho canónico⁵⁹, sino porque llevó a una situación, por un lado, de autonomía y rebeldía y, por otro, de despotismo y formalismo, en la búsqueda de garantías. Se debe a que el hombre por una parte, se ha liberado de la autoridad exterior y por otra, se queda sometido a su conciencia y a su razón de un modo estricto pues pasarán a ser fuente de la verdad y de la moralidad. Calvino gozaba de amplia preparación jurídica, pero su concepción de la naturaleza humana como radicalmente corrompida, su tesis acerca de la razón humana cuyo conocimiento se limita a lo elemental de la convivencia, pero que no es capaz de distinguir lo justo de lo injusto, limita su iusnaturalismo a ciertos principios de derecho y postulados de la justicia que pertenecen a la naturaleza humana⁶⁰.

⁵⁷ Cf. GROSSI, P., *Europa y el Derecho*, Móstoles 2008, pp. 63-69.

⁵⁸ Cf. CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, cit. pp. 385-390.

⁵⁹ Cf. GROSSI, P., *Europa y el Derecho...*, cit. p. 81. Estas consecuencias las expresa Paolo Grossi al decir que: “Más allá de su dura condena al derecho canónico, hay que destacar la contribución nada pequeña que la reforma brindó al declive del prestigio del derecho y de los juristas”.

⁶⁰ Cf. CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, cit. pp. 395-397; CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar* 1, ed. PACOMIO, L.– ARDUSSO, F. – FERRETTI, G. – GIBERTI, G. – MOIOLI, G. – MOSSO, D. – PIANA, G. – SERENTHA, L., Salamanca 1982, pp.133-134. En este artículo se realiza una cuidada síntesis de lo que supuso el protestantismo para el derecho canónico y el derecho en general y en ID., «Derecho canónico», en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, ed. ROSSI, L. – VALSECCHI, Madrid 1974, pp. 205-219.

En el inicio de la Edad Moderna, Renacimiento y Reforma protestante coinciden en los extremos de su pensamiento, en su rechazo de la Escolástica cristiana que había conseguido una admirable síntesis entre la filosofía greco-romana y el pensamiento bíblico, coinciden en su secularismo. El Renacimiento no considera el pensamiento bíblico, exalta al hombre y su conocimiento racional, se queda únicamente con el pensamiento greco-romano. Mientras el Protestantismo, rechaza el pensamiento greco-romano y, frente a la exaltación del hombre natural, se queda sólo con el aspecto Bíblico, pero únicamente con su *pecaminosidad*. Este planteamiento conduce a una polarización frente a la síntesis escolástica, que derivará en nuevos planteamientos: empirismo, racionalismo, iluminismo, idealismo, materialismo, positivismo⁶¹.

En el siglo XIV destaca la figura del franciscano escocés Juan Duns Escoto cuyo pensamiento se sitúa dentro de la corriente voluntarista. Escoto, afirmaría respecto a la ley eterna, que no es eterna la ley, sino que eterno es el legislador, así de este modo una cosa es “*mala quia prohibita*” y no “*prohibita quia mala*”. Esta consideración se traslada también al ámbito relativo a la ley positiva humana. En el campo jurídico da entrada a las interpretaciones teologistas, para Escoto la norma primera es la ley divina positiva, reduce el ámbito de la naturaleza de las cosas y acentúa el valor de las normas de derecho positivo humano, respecto a las cuales no requiere que sean *conclusiones* o *determinaciones* de derecho natural. Escoto pone las bases sobre las que se asentará el *contrato social*⁶².

Respecto a la corriente nominalista, la situamos igualmente en el siglo XIV con la figura del también franciscano Guillermo de Ockham, quien dio el primer paso del voluntarismo al nominalismo⁶³ que se impondría en la concepción de la ciencia que se sostuvo. Ockham negaba la existencia de un orden en la naturaleza, orden que también negaba que existiese en la mente de Dios. Afirmaba que los universales no son más que

⁶¹ Cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, A., *Historia de la Filosofía ...*, cit. pp. 82-84.

⁶² Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y...» cit. p. 1321.

⁶³ Cf. PERIS CANCIO, J. A., *Expresiones del iusnaturalismo tomista: siglos XIII-XIX...*, cit. p. 16. Con relación a la irrupción del voluntarismo y del nominalismo ofrece la siguiente tesis que expresa de manera sintética en el siguiente párrafo: “Voluntarismo y nominalismo expresan la irrupción de la subjetividad, como anticipo moderno, que se entiende a modo de reivindicación del individuo frente a la colectividad. En el terreno del derecho, se divisa la consideración del derecho subjetivo”.

nombres, signos expresivos con un uso lingüístico “*para connotar la concurrencia de varios fenómenos singulares, significando un conocimiento confuso, imperfecto y parcial, indiferenciado de los individuos comprendidos en la denominación*”. Así, el mundo del pensamiento, “*res cogitans*” se separa del mundo de las cosas “*res extensa*”, lo que más adelante llevo a la contraposición de idealistas y empiristas⁶⁴.

Destaca en el siglo XVI, en lo que se conoce como el Renacimiento español, el jesuita Francisco Suárez⁶⁵, tanto como teólogo y como filósofo, como por su doctrina jurídica. Concibe que el derecho surge estrechamente vinculado a la justicia, y su pensamiento reduce la pugna entre el intelectualismo y el voluntarismo⁶⁶. Así se constata en su definición de ley: “*Lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum*”⁶⁷. En cuanto a la certeza del derecho se puede decir que su tesis varía de alguna manera del planteamiento clásico, en cuanto principio intrínseco del mismo derecho que está en relación con otros principios como la racionalidad y su conformidad con la naturaleza de las cosas (*natura rerum*) y de cada cosa (*natura rei*). Vallet de Goytisolo observa respecto de Francisco Suárez que éste se aparta del realismo metódico de Santo Tomás de Aquino, de que el hombre puede acceder al conocimiento por partes y en parte del orden de las cosas determinado en la ley eterna y reflejado en las cosas, pues, por el contrario, Francisco Suárez rechaza la cognoscibilidad directa de la ley eterna y que nos sea asequible por mediación de las cosas, en tanto que estima que solo nos es cognoscible por mediación de otra ley, sea la ley divina positiva, algunas leyes humanas justas y, sobre todo, por la ley natural, que

⁶⁴ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y...» *cit.* pp. 1322.

⁶⁵ Según Peris Cancio: “Se trata de la figura más relevante de la Segunda Escolástica. Efectivamente en Francisco Suárez (1548 - 1617) se da, para unos, un hito en el desarrollo del tomismo en los albores de la Edad Moderna; para otros, una solapada infidelidad hacia el mismo”. Con estas palabras comienza un detallado análisis del pensamiento jurídico de este jesuita español confrontándolo con diversos estudios de otros autores como el jesuita Vela Sánchez o el del jurista francés Michel Villey, exponentes de dos valoraciones contrapuestas; PERIS CANCIO, J. A., *Expresiones del iusnaturalismo tomista: siglos XIII - XIX...*, *cit.* pp. 376 – 413; CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar...*, *cit.* pp.131-133, quien sostiene que el pensamiento jurídico cristiano alcanzó la cima de su desarrollo con la aportación de Suárez sobre la elevación sobrenatural aplicada a la base filosófica del derecho.

⁶⁶ Cf. CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *cit.* pp. 493-501.

⁶⁷ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore. De legis obligatione 2*, ed. PEREÑA, L., Madrid 1972, I.XII.5, p. 70.

considera el jesuita que está inscrita en nuestra mente en forma de mandatos que podemos leer en ella⁶⁸. Con respecto a la evolución de la definición de ley desde Santo Tomás de Aquino hasta Francisco Suárez⁶⁹, Peris Cancio ofrece una perspectiva diversa a la expresada por Vallet de Goytisolo, según este autor, esta evolución muestra que la única preocupación frente al derecho no es sólo la distinción entre el derecho justo y el derecho injusto, sino que también preocupa la diferenciación entre el derecho vigente y el no vigente⁷⁰. Lo cual es una manifestación de que una concepción voluntarista de la ley o, si se quiere, de incidir en mayor medida en este aspecto, conduce a la necesidad de un mayor formalismo en la consideración de la seguridad jurídica o certeza del derecho, mostrada aquí tan solo en cuanto a la consideración de la vigencia de la ley.

En el s. XVII surge con fuerza la idea de soberanía junto con el llamado estado moderno. El concepto de soberanía encontró en el inglés Tomás Hobbes su gran paladín, es conocido como el gran teórico de la soberanía absoluta, no en vano fue quien definió la misma en su conocido *Leviatán*⁷¹.

Hobbes ha cambiado de plano, los conceptos que se manejan difieren notablemente con respecto al pensamiento anterior. Refiere la *soberanía* como *el pleno poder de prescribir normas*, normas que remiten a una voluntad que determinará lo que cada hombre puede disfrutar y realizar, y ese saber constituye la seguridad, su seguridad, la de su vida⁷². Pero, hay que seguir su razonamiento, y preguntarse lo que

⁶⁸ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y...» *cit.* p. 1329.

⁶⁹ Cf. SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore. De legis obligatione...*, *cit.* I XII, 3 p. 68. Al comentar la voz «ordinatio rationis» de la definición de ley del Aquinate, dice que: “Haec autem vox (quidquid sit de particulari intentione auctorum) ex se no limitatur ad actum intellectus vel voluntatis; nam in utroque potest esse ordinatio et illa quae est voluntatis dici potest rationis, vel quia ipsa voluntas potestia rationalis est, vel certe quia recta rationes dirigi debet praesertim in lege ferenda”.

⁷⁰ Cf. PERIS CANCIO, J. A., *Expresiones del iusnaturalismo tomista: siglos XIII - XIX...*, *cit.* p.17.

⁷¹ Cf. HOBBS, TH., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica o civil. Del Ciudadano y Leviatán*, Madrid 1993³, p. 152: “Es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar acabo sin ser molestado por cualesquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman propiedad...siendo esta propiedad necesaria para la paz y dependiente del poder soberano, es el acto de este poder para asegurar la paz pública”.

⁷² Cf. HOBBS, TH., *Leviatán...*, p. 131. “En definitiva, el motivo y fin por el cual se establezca esta renuncia y transferencia de derecho no es sino la seguridad de una persona humana, en su vida, y en los otros modos de conservar esta en forma que no sea gravosa”.

quiere decir al referirse a “*renuncia y transferencia de derecho*”, de qué planteamientos o nociones previas parte para llegar al concepto de *soberanía* y al de *seguridad* tal como los ha configurado. Es de notar su visión antropológica.

El mismo Hobbes, en *Leviatán*, expone claramente los conceptos sobre los que va elaborando su razonamiento:

Sobre el derecho de naturaleza, que dice llaman comunmente *ius naturale* al que identifica con la libertad de cada hombre, con el poder, con el libre albedrío, propio juicio y razón, para conservar su propia naturaleza que identifica con su propia vida, para a continuación matizar lo que entiende por libertad, como ausencia de impedimentos externos⁷³.

Lo siguiente que expone es su concepto de ley de la naturaleza, *lex naturalis*, que afirma que es establecido por la razón, no leído o descubierto, luego lo entiende como un producto u obra del propio hombre⁷⁴. Se da una gran ruptura con el pensamiento anterior, que se observa en su definición de derecho y la incompatibilidad entre derecho y ley, pues los presenta como contrarios, como antagónicos.

Ofrece Hobbes su antropología que tiene un carácter muy negativo, hay una total ruptura con la antropología de orientación católica reflejo del ambiente protestante al que pertenece Hobbes⁷⁵.

Como se observa con toda nitidez, se ha abandonado lo concreto, la relación de alteridad; el hablar de lo bueno, de lo justo o equitativo, de la recta razón de obrar, de la cierta razón del derecho, de la ordenación de razón, del bien común, etc. ha

⁷³ Cf. *Ibid.*, p. 131: “Por libertad se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no puede impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten”.

⁷⁴ Cf. *Ibid.*, p. 131: “Ley de naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o norma general establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien omitir aquello mediante lo cual piensa que puede quedar su vida mejor preservada. Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran a confundir «*ius, lex*», derecho y ley, precisa distinguir esos términos porque el Derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia”.

⁷⁵ Cf. *Ibid.*, p. 128: “La condición del hombre es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos”.

desaparecido. Hobbes contrapone ley y derecho, como contrapone obligación y libertad. Hobbes habla ahora con conceptos abstractos, estamos ante un autor de corte racionalista e individualista, su antropología no es ya esa antropología tan formidablemente comprendida y expuesta por Santo Tomás de Aquino siguiendo la tradición de la Iglesia. Se ve con manifiesta claridad en el concepto hobbessiano de libertad, nada que ver con el sostenido por el Aquinate⁷⁶. Pero, siguiendo los conceptos explicados por el propio Hobbes se entiende su concepto de seguridad jurídica, a saber, la paz, entendida como no guerra, que conlleva la seguridad personal y de la propiedad, muy alejada de aquella otra explicación que daba Cicerón acerca del porqué surgieron las leyes que se ha visto con anterioridad⁷⁷. Hobbes parte de una antropología antropocéntrica muy negativa, el hombre es un individuo peligroso en estado de libertad, en estado natural⁷⁸. Este pensamiento así como su concepto de libertad, más bien abstracto y absoluto –que ya no es libertad para el bien del pensamiento católico como expresó Santo Tomás de Aquino, tiene una raíz protestante.

La razón de esta ley de la naturaleza que ordena al hombre renunciar a su derecho a todas las cosas y la transferencia de éste no es sino la seguridad de una persona humana en su vida y en la forma de conservarla sin que sea gravosa y la mutua

⁷⁶ Cf. *S. Th.* 1 q. 83 a. 1-4, 2; FORMENT, E., «Tratado Tercero: la persona humana», en LOBATO, A. - SEGURA, A. - FORMENT, E., *El pensamiento de Santo Tomás de Aquino para el hombre de hoy 1*, ed. LOBATO, A., Valencia 1994, pp. 786-787: Forment sintetiza que, en general, para Santo Tomás, la “libertad es el querer el bien”, elementos esenciales de la misma serían «voluntad y bien», la voluntad ordenada a ese fin. Distinguiendo un segundo aspecto de la libertad que es el «libre albedrío», racional y electivo. La voluntad está siempre inclinada al bien aunque el hombre puede torcer esa inclinación, puede seguirla o no, no es necesario, puede hacer el bien o el bien aparente que es el mal.

⁷⁷ Cf. CICERO, M. T., *De Officiis*, cit. 2,12, p. 90. Esta misma idea la refiere también en *De legibus libri tres*, cit. 2,5-11, p. 409: “Constat profecto ad salutem civiim civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietas et beata inventas esse leges”.

⁷⁸ Cf. HOBBS, TH., *Leviatán...*, cit. pp. 129-130: “De ahí resulta un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual, cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la experiencia de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra. la primera fase de esta regla contiene la ley primera y fundamental de naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla. La segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: defendernos de nosotros mismos por todos los medios posibles. De esta ley fundamental de naturaleza, mediante la cual se ordena a los hombres que tienden hacia la paz, se deriva esta segunda ley: que uno accede, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo. No hay nada a que un hombre no tenga derecho por naturaleza: solamente se aparta del camino de otro para que éste pueda gozar de su propio derecho original sin obstáculo suyo, y sin impedimento ajeno”.

transferencia de derechos es se llama contrato⁷⁹. Así, la sociedad es fruto de un pacto o contrato social, no forma parte de la naturaleza del hombre el ser social, sino que, por el contrario, es producto de su voluntad. Como consecuencia, a partir de Hobbes, la sociedad civil quedaría subsumida por el estado surgido del pacto o contrato social, y en consecuencia con su finalidad, cancelaría el estado de naturaleza del hombre; se daría, así, origen al constructivismo y al positivismo formalista, en el que queda el derecho a la voluntad o arbitrio, más o menos reglado, del órgano del estatal correspondiente⁸⁰.

Hobbes explica una deducción más acerca de la ley de la naturaleza en que consiste la transferencia de derechos. La ley de la naturaleza es el origen de la justicia, que consiste en que los hombres cumplan sus pactos, de modo que la injusticia no es más que el incumplimiento de un pacto, de donde se deriva que lo que no es injusto es justo⁸¹. Hobbes en su pensamiento partió “*del análisis del hombre aislado, en estado asocial y del análisis de sus sensaciones; y no de sentido ni razón naturales capaces de enjuiciar moralmente lo bueno y lo malo*”⁸².

Y respecto a las nociones de ley, la ley en general es un mandato dirigido a quien con anterioridad está obligado a obedecer; y para la ley civil añade que la persona que manda es el estado, de este modo, define la ley civil para cada súbdito como: “*aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que los utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que nos es contrario a la ley*”⁸³. En cuanto a la relación de la ley civil con la ley de la naturaleza, considera que se contienen la una a la otra y son de igual extensión⁸⁴.

⁷⁹ Cf. *Ibid.*, p. 131.

⁸⁰ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y ...» *cit.* p. 1322.

⁸¹ Cf. HOBBS, TH., *Leviatán...*, *cit.* p. 139.

⁸² Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y ...» *cit.* p. 1323.

⁸³ HOBBS, TH., *Leviatán...*, *cit.* p. 169.

⁸⁴ Cf. *Ibid.*, pp. 170-171. Hobbes afirma que :“En efecto, las leyes de naturaleza, que consisten en la equidad, la justicia, la gratitud y otras virtudes morales que dependen de ellas, en la condición de mera naturaleza (...) no son propiamente leyes, sino cualidades que disponen a los hombres a la paz y la obediencia. Desde el momento que un Estado queda establecido, existen ya leyes, pero antes no: entonces

Desde estas tesis se configura el estado moderno, que puede resumirse en la fórmula: “*cada vez más Estado, cada vez menos sociedad*”⁸⁵.

El pensamiento de Locke asume ya la noción de soberanía de Hobbes y, también, esencialmente los conceptos de seguridad jurídica, derecho y ley, si bien se trata de una tesis evolucionada de las ideas absolutistas a planteamientos más liberales⁸⁶.

Estamos ante un pensador moderno cuyos conceptos de partida no se corresponden con los denominados clásicos, se constata una ruptura de inicio pero, aún sostiene un cierto iusnaturalismo, aunque de corte legalista y voluntarista, y la antropología sobre la que se sostiene también difiere⁸⁷, no parece que mantenga que el

son órdenes del Estado y, por consiguiente, leyes civiles, porque es el poder soberano que obliga a los hombres a obedecerlas”.

⁸⁵ Cf. GROSSI, P., *Europa y el Derecho*, cit. p. 69.

⁸⁶ Cf. LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Barcelona 1983, p. 92. A tal efecto afirma Locke en el capítulo XI que trata *Del alcance del poder legislativo*: “Siendo la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad, y constituyendo las leyes establecidas en esa sociedad el magno instrumento y medio para conseguirle, la ley primera y fundamental de todas las comunidades políticas es la del establecimiento del poder legislativo, al igual que la ley primera y básica natural, que debe regir incluso al poder de legislar, es la salvaguardia de la sociedad y de cada uno de sus miembros (...) Ningún edicto ni ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma que esté y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo”.

⁸⁷ Cf. SEGOVIA, J. F., «John Locke, la ley natural y el catolicismo», en *Verbo* 529-530 (2014) pp.773-774. Realiza este autor un detallado estudio en el que muestra, frente a las afirmaciones de numerosos autores, que Locke no es un continuador de la tradición clásica y escolástica de la ley natural al modo antiguo y cristiano, sino que debe destacarse su anti-escolasticismo y sobre todo su anti-catolicismo; *Ibid.*, p.780. Afirma que “Locke quiere una ley natural sin naturaleza según la entendían los escolásticos. Aquí se funda su proyecto empirista de una teoría del conocimiento, acorde con las ideas voluntaristas protestantes de ese entonces; y su nominalismo en cuanto a las sustancias reales. Se agrega a esto la reducción de la ley natural, del orden moral, a una suerte de minimalismo, al deber derecho de autoconservación y de conservación de la especie –una amputación de las tendencias de la naturaleza humana estudiados por el Aquinate– y su transformación en una tabla de derechos naturales que, sustituyendo la ley natural, sirven de viga sostenedora del derecho positivo”; *Ibid.*, p. 795, sostiene con rotundidad que “la antropología lockeana choca en diversos aspectos con la católica de manera singular” entre otras “por la reducción del concepto de persona a la autoconciencia”. A este respecto interesa resaltar la diferenciación que realiza Hervada entre la teoría clásica y las tesis sostenidas por el iusnaturalismo racionalista y del liberalismo decimonónico; HERVADA, J., «El derecho natural en el ordenamiento canónico», en *Religión Matrimonio y Derecho Estudios en Homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls* 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S.- PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013, p. 2931: Explica Hervada: “La teoría clásica del derecho natural no se limita a afirmar la existencia de derechos naturales y de algunas normas o principios de ley natural, sino que llega a algo más profundo. Todo el ordenamiento jurídico se edifica sobre un fundamento de derecho natural, de modo que el derecho natural es base, cláusula-límite y principio informador del ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la estructura jurídica de la sociedad civil se fundamenta en una estructura natural. La socialidad humana es un fenómeno natural, que obedece a la ley natural. Los hombres no son, por naturaleza, tan sólo sociables, esto es, capaces de sociedad, sino que son socios, forman sociedad. Por lo tanto, la

hombre sea un ser social por naturaleza, sino de un modo secundario para su autoconservación⁸⁸.

Las leyes no pueden ser improvisadas ni arbitrarias, deben dispensar justicia; han de ser fijas y promulgadas por el poder legislativo, y aplicadas por jueces señalados y establecidos. Locke reconoce la existencia de una ley natural que se encuentra en el interior de la mente de los hombres y que al no ser escrita no se puede conocer. Locke comparte con Hobbes la tesis del contrato social y la libertad absoluta como estado de naturaleza a la que voluntariamente se renuncia al constituirse en sociedad, cuyo fin no es otro que la seguridad del individuo y de sus propiedades⁸⁹.

sociedad es un fenómeno natural, que obedece a una ley natural. En este sentido, el magisterio eclesiástico ha rechazado las tesis del origen humano de la sociedad; en concreto, las afirmaciones del iusnaturalismo racionalista y del liberalismo decimonónico, que ponían en el pacto o contrato social el origen de la sociedad”.

⁸⁸ Cf. LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno...*, cit. pp. 93-94. Como afirma en el siguiente texto: “El poder legislativo supremo está sometido a las restricciones siguientes: En primer lugar no es ni puede ser absolutamente arbitrario sobre la vida y los bienes de las personas (...) Nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otra persona; nadie tiene poder para destruir su propia vida ni para arrebatar a otra persona la vida o las propiedades” (...) “El poder del legislador llega únicamente hasta donde llega el bien público de la sociedad”(…) “No dejan de tener fuerza, al entrar en sociedad, las obligaciones que dimanar de las leyes naturales (...) la ley natural subsiste como norma eterna de todos los hombres, sin exceptuar a los legisladores. Las reglas que estos dictan y por las que han de regirse los actos de los demás tienen, lo mismo que sus propios actos y los de las otras personas, que conformarse a la ley natural, es decir, a la voluntad de Dios, de la que esa ley es una manifestación. Siendo la ley fundamental de la Naturaleza la conservación del género humano, no tiene validez frente a ella ningún decreto humano”. Cf. SEGOVIA, J. F., «John Locke, la ley natural y el...» cit. p.786. Explica este profesor argentino que “El recurso a la sociabilidad, en lugar de jugar un papel fundamental en el establecimiento de la comunidad política como lo tiene la doctrina clásica, en la concepción moderna es un elemento de la naturaleza humana de importancia secundaria, relacionado con el negocio real de la autoconservación y la seguridad individuales”.

⁸⁹ Cf. LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno...*, cit. pp. 94-95. En el texto que sigue se ve el concepto de seguridad jurídica que sostiene este pensador: “La autoridad suprema o poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; ésta, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos. Como la ley natural no es una ley escrita, y solo puede encontrarse dentro de la mente de los hombres, no es fácil convencer de su error, allí donde no hay jueces establecidos, a quienes por apasionamiento o por interés la tergiversan y la equivocan” (...) “forman los hombres las sociedades; de ese modo disponen de la fuerza reunida de toda la sociedad y pueden emplearla en salvaguardar y defender sus propiedades, y así es como pueden establecer normas fijas que las delimiten y que permitan a todos saber cuál es la suya”. “El poder absoluto arbitrario o el gobernar sin leyes fijas establecidas, no pueden ser compatibles con las finalidades de la sociedad y del gobierno. Los hombres no renunciarían a la libertad del estado de Naturaleza para entrar en sociedad, ni se obligarían a un gobierno no siendo para salvaguardar sus vidas, libertades y bienes, y para asegurarse la paz y la tranquilidad mediante normas establecidas de derecho y de propiedad”.

Se constata de nuevo la diferencia de principios en el pensamiento de Locke y la tesis clásica y así lo sostienen tanto Hervada como Segovia: Cf. HERVADA, J., «El derecho natural en el ordenamiento

En la panorámica de los escritos de Locke se vislumbra como el derecho se va reduciendo a la ley, se refiere únicamente a la ley o a las leyes, en el sentido de normas emanadas del poder legislativo de un estado, aún hablando y reconociendo la existencia de la ley natural. La ley ha dejado de ser “*aliquilis ratio juris*”⁹⁰ para pasar a identificarse de alguna manera ley y derecho, configurando lo que viene denominándose *positivismo*, en cuya base hay una desconfianza en el hombre, hay una antropología negativa⁹¹.

El siglo XVIII es el siglo de la Ilustración, y en lo que compete al tema de que se estudia aquí, nace en los filósofos ilustrados una visión nueva de la ley, una nueva idea, un nuevo significado para esta palabra. Esta nueva idea es presentada más como “*un género filosófico que como una técnica jurídica*”, es más, se teoriza de una manera novedosa con perspectivas para una concreta acción política⁹².

En el Barón de Montesquieu se da, sin embargo, otro planteamiento más acorde al realismo clásico, refiere las leyes en una muy amplia significación –no reductiva a su positividad– a las relaciones que se derivan de la naturaleza de las cosas, considera las leyes como relaciones y las relaciones suponen la alteridad, por lo tanto tampoco nos

canónico...» *cit.* p. 2931. Sostiene Hervada: “El poder político y la soberanía son situaciones jurídicas de derecho natural. No nacen del *pactum subiectionis* o pacto de sujeción, al modo pretendido por las tesis del contrato social, sino que surgen de la ley natural. La soberanía y el poder tienen un origen natural, aunque sea objeto de concreción histórica en una serie de factores (...) Como consecuencia, el derecho positivo no encuentra su raíz en el poder humano, sino que es concreción y derivación del derecho natural, según la conocida fórmula tomista”; SEGOVIA, J. F., «John Locke, la ley natural y el ...» *cit.* p.789. Sostiene Segovia que “Para Locke la sociedad es convencional; para él no hay ningún bien superior a los derechos individuales, a la propiedad individual. El individualismo es, para los seguidores de Locke un elemento positivo y fundamental de su doctrina. y su concepto del bien público no puede sino remitirse al aseguramiento de los derechos individuales o al agregado de los intereses de cada individuo”.

⁹⁰ *S. Th.* 2-2 q.47 a.1, 5, p. 7.

⁹¹ Cf. HERVADA, J., «El derecho natural en el ordenamiento canónico...» *cit.* p. 2936: De interés en este punto, es la reflexión de Hervada a partir de una cuestión que se plantea: “Pero, ¿es el fenómeno jurídico en su totalidad un invento humano, un hecho cultural, o existe un núcleo natural de juridicidad, sobre el que se asienta el derecho positivo como fenómeno cultural? he ahí una pregunta a la que el positivismo ha dado una respuesta indirecta, pero que realmente no ha sido objeto de planteamiento directo ni de respuesta directa. La Escuela moderna de del Derecho Natural, a través de su teoría del pacto social, entendió la sociedad y el poder como fenómenos culturales, a partir de un estado natural asocial, pero el derecho no era concebido de igual modo, pues se partió de la base de que en el estado natural existía un *ius naturae*”.

⁹² Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cizur Menor 1999, pp.18-19.

situamos ante un voluntarismo al estilo de los últimos autores citados⁹³. En su reflexión jurídica emplea la expresión clásica *naturaleza de las cosas* como una base sólida y racional sobre lo que debe legislarse, pues representa la justicia, y de este modo, esta perspectiva presupone, también, una función interpretativa⁹⁴.

La antropología que presenta es de corte más realista con una cierta continuidad a la mantenida en otras épocas⁹⁵, se puede afirmar con rotundidad que contrasta con las posiciones antropológicas de Hobbes y de Locke más situadas en una mentalidad protestante, de la llamada Reforma. Presenta la sociedad como natural del hombre, no como una finalidad según lo expuesto por Locke, así, considera que el hombre es un ser social por naturaleza⁹⁶.

⁹³ MONTESQUIEU, B. DE, *Del espíritu de las leyes* 1, Barcelona 1984, p. 31: “Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido, todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre mismo. Los que afirmaron que «todos los efectos que vemos en el mundo son producto de una fatalidad ciega» han sostenido un gran absurdo, ya que ¿Cabría mayor absurdo que pensar que los seres inteligentes fuesen producto de una ciega fatalidad? Hay, pues, una razón primigenia. y las leyes son las relaciones que existen entre esa razón originaria y los distintos seres, así como las relaciones de los diversos seres entre sí”.

⁹⁴ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y ...» *cit.* p. 1348. Los autores han mantenido diversidad de criterios acerca del significado clásico o moderno en el que utilizaba esta expresión. Vallet ha estudiado sus textos en varios lugares, llegando a la misma conclusión que Gény, quien opinó que cuando habla acerca de la naturaleza de las cosas como filósofo y jurisconsulto, el Barón de la Brède “no contiene solamente fenómenos, hechos contingentes, sino que implica un fundamento más sólido y consiste en la acción de la razón y en la representación de la justicia absoluta”. Vallet, por su parte, matiza que “Montesquieu trató de la naturaleza de las cosas como medio para determinar el contenido de lo que debe legislarse”, no ocupándose de la función que le corresponde a la naturaleza de las cosas en la interpretación, pero que en su opinión “evidentemente su perspectiva presupone que también esta función interpretativa debe atender a la naturaleza de la cosa”.

⁹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 1346, expone Vallet como Domingo de Soto siguiendo a Santo Tomás de Aquino en este extremo, expone que “«lo justo y lo recto de las cosas humanas ha de medirse por la regla de la razón» y esta regla es «la naturaleza de las cosas», que, «como pauta que es, debe ser tenida en cuenta en todos los actos. Y la «determinación específica de algún género» se hace por el «universal genérico que se emplea en sus especies»; las cuales deben ser establecidas por «experiencia y prudencia». Razón por la cual deben ser respetadas las determinaciones de las leyes humanas «establecidas por el consejo experimentado y prudente de los ancianos»”.

⁹⁶ Cf. MONTESQUIEU, B. DE, *Del espíritu de las leyes...*, *cit.* 1, p. 32-33: “Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes hechas por ellos mismos, pero tienen también otras que no hicieron. Antes de que hubiese seres inteligentes, éstos eran ya posibles; así, pues, tenían relaciones posibles, y, por consiguiente, leyes posibles. Antes de que hubieran dado leyes había relaciones de justicia posibles. Decir que sólo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es justo o injusto, es tanto como decir que antes que se trazara círculo alguno no eran iguales todos sus radios” (...) “los seres particulares inteligentes son, naturalmente limitados, y, por consiguiente, están sujetos a error. Y por otra parte corresponde a su naturaleza el poder obrar por sí mismos, de suerte que, no solo no siguen constantemente sus leyes originarias, sino que tampoco cumplen siempre las que se dan ellos mismos.” (...) “El hombre, en cuanto

Para Montesquieu la ley es la “razón humana”, es por tanto racional, se puede decir que coincide con Santo Tomás de Aquino, quien la definió como “*rationis ordinatio*”⁹⁷ –apartándose de los planteamientos posteriores más voluntaristas, como se ha dicho que viene sucediéndose desde Francisco Suárez–. Así, dice: “*La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana*”⁹⁸. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que solo por una gran casualidad las de una nación puedan convenir a otra. Se han de adaptar a la naturaleza y principio de gobierno establecido, a los caracteres físicos del país, clima, calidad del terreno, situación tamaño, género de vida de los pueblos: labradores, cazadores o pastores. Del grado de libertad que permita la constitución, o la religión, habitantes, inclinaciones, riqueza, número, comercio, costumbres. Además, las leyes se relacionan entre sí, con sus orígenes, con su objeto y con el orden de las cosas sobre las que versan⁹⁹.

Respecto a la relación que deben tener las leyes con el orden de las cosas sobre las que se estatuyen, se dan distintas clases de leyes en el gobierno de los hombres, sean de derecho natural, derecho eclesiástico, derecho de gentes, derecho civil, derecho político, o derecho doméstico, por lo tanto existen diferentes órdenes de leyes, por lo que la razón humana de conocer bien a qué orden pertenecen principalmente las cosas que ha de regular, y no sembrar confusión respecto a los principios de gobierno, en referencia implícita la seguridad jurídica¹⁰⁰. Además, las leyes no deben separarse de las circunstancias en que fueron elaboradas, pues atendiendo a las circunstancias se

ser físico, está gobernado por leyes invariables como los demás cuerpos. En cuanto ser inteligente, quebranta sin cesar las leyes fijadas por Dios y cambia las que él mismo establece. A pesar de sus limitaciones, tiene que dirigir su conducta; como todas las inteligencias finitas, está sujeto a la ignorancia y al error, pudiendo llegar incluso a perder sus débiles conocimientos; como criatura sensible, está sujeto a mil pasiones.” (...) “Antes que todas esas leyes están las de la naturaleza, así llamadas porque derivan únicamente de la constitución de nuestro ser. Las leyes de la naturaleza las recibió el hombre antes de constituirse en sociedad «el deseo de vivir en sociedad» sería una de las leyes naturales”.

⁹⁷ Cf. *S. Th.*, 1-2 q.90 a.4, 4, p. 217.

⁹⁸ MONTESQUIEU, B. DE, *Del espíritu de las leyes...*, cit. 1, p. 35.

⁹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 35

¹⁰⁰ Cf. MONTESQUIEU, B. DE, *Del espíritu de las leyes...*, cit. 2, p. 387.

podrá conocer la explicación de ciertas leyes que en otro momento se consideran “*leyes atroces*”, “*defensas obstinadas*”, “*actos desnaturalizados*”, etc., de modo que son un criterio de interpretación¹⁰¹.

Para la elaboración de las leyes hay que tener en cuenta que el estilo de las leyes ha de ser conciso, las palabras han de suscitar en todos los hombres las mismas ideas que no han de explicarse con expresiones vagas, y si no es necesaria explicación, limitación, ni modificación más vale no decirla, como tampoco hay que hacer cambio sin razón suficiente¹⁰². Es importante esta observación que realiza Montesquieu acerca del lenguaje en favor de la seguridad jurídica, está manifestando un elemento de técnica jurídica que con el tiempo ha ido adquiriendo una mayor importancia si cabe.

Las tesis de Montesquieu muestran una cierta distancia de las tesis soberanistas y del racionalismo individualista, para conectar de alguna manera con el pensamiento del realismo jurídico clásico o aristotélico-tomista¹⁰³. Igualmente, ocurre con su antropología de partida. Todo ello tiene relevancia a la hora de considerar su noción de la seguridad jurídica como se ha visto en los párrafos anteriores, donde la forma y el lenguaje tienen importancia, pero sobre todo, importa la racionalidad entendida al modo clásico¹⁰⁴.

Rousseau es quien elabora un concepto nuevo de ley, como los ilustrados, pretende dar un cambio radical al orden político y para ello acude a la idea o concepto de ley¹⁰⁵. Rousseau forja un concepto nuevo de ley, para ello diferencia el estado de

¹⁰¹ Cf. *Ibid.*, p. 472.

¹⁰² Cf. *Ibid.*, pp. 473-475.

¹⁰³ Cf. VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho. Los medios del derecho* 2, Pamplona 1981, p. 117. Este autor defensor del realismo jurídico clásico, es crítico con Montesquieu, del que dice era “Tan conservador como Hume. Y muy incoherente en su doctrina.” para terminar afirmando que: “La obra de Montesquieu fue tan corrosiva como la de Hume”; muy significativa de la opinión que le merece es la situación de su comentario acerca de Montesquieu está situado bajo el epígrafe «Relativismo».

¹⁰⁴ Cf. MONTESQUIEU, B. DE, *Del espíritu de las leyes...*, cit. 2, pp. 472-475; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y ...» cit. p. 1346.

¹⁰⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit. p. 23. El autor dedica el capítulo 2 de este libro a la idea de Ley de Rousseau como punto de partida para llegar a la situación de las leyes en el mundo actual, resultado de interés el estudio que presenta en dicho capítulo.

naturaleza del hombre del estado civil¹⁰⁶, al que se ha dado existencia por el pacto social, en el que la ley es necesaria para que éste se conserve¹⁰⁷. Parte de la tesis de la *voluntad general*, la ley es la decisión de la voluntad general, o sea, decisión de un pueblo entero decidiendo sobre un pueblo entero sobre un objeto o materia general¹⁰⁸, sobre acciones abstractas, es decir, por medio de normas generales y comunes¹⁰⁹. La ley como es fruto de la voluntad general no puede ser injusta, “*puesto que nadie es injusto hacia si mismo*”¹¹⁰, la voluntad general siempre es recta¹¹¹, surgiendo la idea de “*la Ley como garantía de derechos*”¹¹². En el estado civil todos los derechos están fijados por la ley a diferencia del estado de naturaleza en el que todo es común y sólo se reconoce como del otro lo que resulta inútil¹¹³. El fin de toda legislación es la libertad y la igualdad. Por igualdad entiende que el poder esté por debajo de toda violencia y que se

¹⁰⁶ Cf. ROUSSEAU, J. J., *Del Contrato social*, ed. ARMIÑO, M., Madrid 2012³, p. 52: “Este paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio notable, sustituyendo en su conducta el instinto por la justicia, y dando a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Sólo entonces cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre que hasta ahora no había mirado más que a sí mismo se ve forzado a obrar por otros principios, y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones”.

¹⁰⁷ Cf. *Ibid.*, p.46: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social”. Sostiene que el orden social es un derecho sagrado pero que viene de convenciones, no de la naturaleza. La familia es la única sociedad natural, pero este vínculo natural se disuelve cuando la necesidad de los hijos hacia los padres cesa, si permanecen unidos entonces es por voluntad. *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁸ Cf. ROUSSEAU, J. J., *Del Contrato social...*, cit. pp. 73-74: “Pero cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo, y si entonces se forma un relación es del objeto entero, bajo un punto de vista, con el objeto entero, bajo otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. Es este acto lo que yo llamo una ley.”

¹⁰⁹ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit. p. 24.

¹¹⁰ Cf. ROUSSEAU, J. J., *Del Contrato social...*, cit. p. 74.

¹¹¹ Cf. *Ibid.*, p. 63 y 75.

¹¹² Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit. p. 27.

¹¹³ Cf. ROUSSEAU, J. J., *Del Contrato social...*, cit. p.73.

ha de ejercer en virtud de las leyes¹¹⁴. Por libertad entiende la obediencia a la ley que uno se ha prescrito¹¹⁵.

En este devenir del pensamiento moderno cada vez más abstracto y alejado del realismo clásico, Kant afirmará: “*Nadie intente establecer una ciencia sin basarse en una idea*”¹¹⁶. No en vano se afirma con razón que Kant es el máximo representante del idealismo.

A este respecto, y en lo que se refiere al pensamiento jurídico, a partir de Kant se produce un cambio en el concepto de justicia que pasará a entenderse como una forma *a priori* del derecho o idea de derecho, se pasó a identificar derecho y justicia, y a considerarse como ideal del derecho. Esta justicia entendida como idea o ideal es llamada justicia idealista¹¹⁷. El idealismo acepta los universales¹¹⁸, pero discrepa del realismo clásico en cuanto a su cognoscibilidad¹¹⁹. La consecuencia será el relativismo y el formalismo. La seguridad exigirá por lo tanto, únicamente la forma.

Kant, denomina *certeza* a la suficiencia objetiva (para todos) de tener por verdad¹²⁰. Pero, por otro lado, plantea también la noción de certeza moral, de la que dice

¹¹⁴ Cf. *Ibid.*, p. 91.

¹¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁶ KANT, M., *Crítica de la razón pura*, Madrid 1983², p. 648.

¹¹⁷ Cf. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 2008⁴, p. 72.

¹¹⁸ Cf. KANT, M., *Crítica de la razón pura...*, cit. p. 587. Este pensamiento de Kant se puede encontrar en los siguientes párrafos: “Una prueba apodíctica sólo puede llamarse demostración en la medida que sea intuitiva. La experiencia nos enseña lo que es, pero no que no pueda ser de otro modo. Los argumentos empíricos son, pues incapaces de suministrarnos pruebas apodícticas. Pero de los conceptos a priori (en el conocimiento discursivo) jamás puede surgir una certeza intuitiva, es decir, una evidencia, por muy apodícticamente cierto que sea el juicio. En consecuencia, solo las matemáticas poseen demostraciones debido a que su conocimiento no deriva de conceptos, sino de la construcción de los mismos, es decir, de la intuición que pueda darse a priori en correspondencia con los conceptos”; *Ibid.*, p. 589: “En realidad, los juicios analíticos no nos enseñan acerca del objeto más de lo que nuestro concepto del mismo contiene ya en sí, puesto que no amplían el conocimiento más allá del concepto del sujeto, sino que se limitan a explicitarlo” (...)“La razón pura es incapaz de formar, mediante ideas, juicios sintéticos con validez objetiva. Aunque establece principios seguros gracias a los conceptos del entendimiento, no lo hace directamente a partir de conceptos, sino solo indirectamente, por la relación de esos conceptos con algo por entero contingente, a saber, la experiencia posible”.

¹¹⁹ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y ...» cit. p. 1329. Para un análisis más detallado acerca del conocimiento de las cosas desde la perspectiva del realismo clásico. *Ibid.*, pp. 1328-1340.

¹²⁰ Cf. KANT, M., *Crítica de la razón pura...*, cit. pp. 640-641.

que no es certeza lógica, sino que se apoya en fundamentos subjetivos, en *mi sentido moral*, de donde se podría decir que este tipo de certeza lo es para un individuo, pero no para las relaciones de alteridad de las que se ocupa lo jurídico. Esta certeza moral la explica en relación con la existencia de Dios y la vida futura¹²¹.

Las tesis de Kant llevan un cierto fondo de subjetivismo¹²² que conduce inevitablemente al relativismo, lo que ha de afectar sin lugar a dudas a la certeza del derecho y a la evolución de este concepto.

El pensamiento kantiano y neokantiano entiende el derecho natural como una forma a priori del derecho, es decir, como ideas, como ideas formales del derecho, no es la concepción clásica del derecho natural¹²³. Estas tesis son consecuencia de que Kant entiende la moralidad referida a la acción interna, mientras que la legalidad a la acción externa, es la simple conformidad de la acción externa con la legislación, independientemente de la intención del sujeto¹²⁴.

¹²¹ Cf. *Ibid.*, p. 644. Kant sostiene que: “Naturalmente, nadie puede jactarse de saber que existe Dios y que hay una vida futura (...) No, la convicción no es certeza lógica, sino moral, y como se apoya en fundamentos subjetivos (del sentido moral), ni siquiera tengo que decir: «Es moralmente cierto que Dios existe», etcetera, sino «tengo la certeza moral...». es decir, la creencia en Dios y en otro modo se halla tan estrechamente unido a mi sentido moral”.

¹²² Cf. VILLEY, M., *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, ed. GARZÓN VALDÉS, E., Córdoba (R.A.) 1966, pp. 20-24. Es interesante la reflexión que hace este autor de la noción de justicia en Kant. Parte, de que la noción de «justicia» que hoy reciben los juristas está muy lejos de la de Aristóteles, más bien parece proceder de la sostenida por Kant y notoriamente inadecuada para las necesidades del derecho, pues parece afectar más a las intenciones subjetivas de los individuos que a su actividad externa, llegando a concebirse la justicia “bajo la forma antropomórfica de una especie de código legislativo”.

¹²³ Cf. KANT, E., *Principios metafísicos del derecho*, Madrid 1873, p. 42. Para Kant el único derecho natural es “la libertad como independencia de la coacción de otro, en cuanto puede subsistir con la libertad de todos según una ley universal”; HERVADA, J., «El derecho natural en el ordenamiento canónico ...» *cit.* p. 2934; *Ibid.*, pp. 2938-2939. Sostiene Hervada que “Una ley ideal no es una ley, un derecho ideal no es un derecho, son ideas, como una casa ideal es una idea y no una verdadera casa”. De otra parte, recuerda que “Entender el derecho natural como moral o ética sociales no es la concepción clásica”.

¹²⁴ Cf. KANT, E., *Principios metafísicos del derecho...*, *cit.* pp. 43-45; *Ibid.*, p. 44: Sostiene en la Introducción a esta obra que el principio general de derecho es “Obra de tal suerte que el libre uso de tu albedrío pueda estar conforme con la libertad de todos según una ley universal”; *Ibid* p. 44: “Es justa por lo tanto toda acción que no es un obstáculo al acuerdo del albedrío de todos con la libertad de todos según una ley general”.

Cf. URDANOZ, T., *Historia de la Filosofía. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo* 4, Madrid 2009³, pp.108-111. El derecho en Kant se funda sobre este concepto de legalidad referido únicamente al mundo de las relaciones externas, lo que le lleva a sostener que la coacción es característica inseparable del derecho, lo que le lleva a afirmar a Urdanoz que la consecuencia de una concepción convencionalista del

1.2.3. LA EDAD CONTEMPORÁNEA. CRISIS DEL DERECHO: POSITIVISMO JURÍDICO Y CODIFICACIÓN. LA POSTCODIFICACIÓN

La Edad Contemporánea se dice que comprende el periodo histórico que se inicia con la Revolución Francesa (1789) y que abarca hasta el momento actual. La herencia o legado aportada por la Revolución francesa a la cultura universal y en la que están de acuerdo la mayoría de los historiadores es la destrucción con el régimen tradicional corporativo feudal, la descristianización de la cultura y costumbres y en un cambio radical en la cosmovisión, se pasa del teocentrismo bíblico tradicional al antropocentrismo pagano que desembocará poco después en un antropocentrismo radicalmente ateo y autosuficiente y absolutista: “*La colocación del hombre en lugar de Dios*”¹²⁵. El concepto tradicional de la sociedad humana es sustituido por un nuevo concepto de sociedad, la sociedad es vista como un contrato –el contrato social–, que supone un cambio de antropología: el hombre deja de ser visto como persona, en cuanto ser sociable y es entendido como individuo, el hombre en abstracto¹²⁶. De la desarticulación de la sociedad tradicional sobrevendrá una sociedad sin lazos de solidaridad que abandonará la idea de servicio al todo, la idea de bien común, se instalará el individualismo en el que cada uno buscará únicamente su provecho. Este pensamiento de la sociedad-contrato y del individualismo penetra en la legislación de la Revolución francesa y en el Código civil de Napoleón extendiéndose fuera de Francia. Fruto de esta manera de pensar es el positivismo jurídico ilimitado que produce las leyes según el gusto del gobierno de turno, que interpretará la *voluntad general* según los intereses políticos del momento¹²⁷.

derecho basado fundado en la coacción y en la fuerza, sin ninguna consideración ética será el positivismo jurídico. Es de observar, que Kant en cuanto a la noción de la constitución de la sociedad, sigue el concepto de Rousseau y, de otra parte, en cuanto a la cuestión de la distinción de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, sigue los planteamientos de Montesquieu. Característica de Kant es la obediencia incondicional a las leyes del Estado, consideradas a priori y por su formalismo jurídico como leyes.

¹²⁵ Cf. PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa», en *Verbo* 287-288 (1990) pp. 1073.

¹²⁶ Para un análisis detallado Cf. PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa...» *cit.* pp. 1082-1086.

¹²⁷ Cf. PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa ...» *cit.* p. 1085.

La Revolución francesa llevará a cabo la nueva idea de ley, según la concepción roussoniana vista con anterioridad, expresión de la voluntad general, imponiéndose definitivamente *el reino de la ley*. En el orden político será esencial el poder legislativo, del que se pretendía surgiera el hombre nuevo, “*gobernado solo por la libertad*.”¹²⁸ Surgen, así, en los estados las denominadas Declaraciones de derechos del hombre cuya finalidad es garantizar los ideales revolucionarios de *Igualdad, Legalidad y Fraternidad*¹²⁹.

En Francia, la Asamblea Nacional reconoció y declaró en 1789 los que denominó *Derechos del Hombre y del Ciudadano*, fundamentando esta Declaración de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, en que todos los miembros del cuerpo social conozcan y recuerden constantemente sus derechos y deberes pues su ignorancia, olvido o menosprecio es la causa de todas las calamidades sociales¹³⁰.

Según afirman algunos autores, esta Declaración no es un novedad en sí misma, pues los derechos humanos fueron en la civilización cristiana –no se puede decir lo mismo en la civilización europea precristiana– reconocidos y respetados desde muchos siglos antes de la Revolución francesa como una legislación en defensa del ciudadano, haciendo una enumeración de éstas, a saber Concilios de Toledo V, VI y VIII, Carta Magna Leonesa de 1188, Carta Magna inglesa de 1215; también en la misma Francia había una amplia legislación al respecto vigente hasta la Revolución. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 parece más bien una imitación de las

¹²⁸ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit. p. 31.

¹²⁹ Cf. PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa ...» cit. p. 1074: “La radical secularización de la sociedad y de la cultura, realizada bajo el atrayente lema, sacado del Evangelio, de Libertad, Igualdad y Fraternidad”.

¹³⁰ FRANCIA, *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank mm/espagnol/es ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf). (Consulta 3.10.2014). Cf. el articulado de esta Declaración, ya que en el mismo se plasma las nuevas ideas acerca de la ley, la soberanía, la libertad, la seguridad y la antropología. Se justifica la Declaración en los siguientes términos: “Los representantes del pueblo Francés, constituidos en asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.

formuladas en Inglaterra y Estados Unidos anteriormente¹³¹ y una Declaración anterior es la del Pueblo de Virginia en Norte América, formulada el 12 de junio de 1776, la denominada Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia, y en la misma se observa la gran influencia del pensamiento de Locke¹³².

No obstante el formal y explícito reconocimiento del *derecho a la seguridad* de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 de Francia, fue una burla y un atropello atroz.¹³³ La idea de garantía que figuraba en la Declaración de derechos del hombre se utiliza igualmente en la Constitución de 1791. Sin embargo, pese a ser una garantía en la que se había insistido desde los inicios de la Revolución francesa, no se buscaron los medios que la asegurasen y fue un fracaso¹³⁴.

El positivismo legalista tiene su antecedente inmediato en la época de las Luces, en la que triunfa una filosofía de la finalidad del derecho al servicio de los hombres, para asegurar los derechos subjetivos, seguridad que, consideran, no estaba en el estado de naturaleza. De este modo, la sumisión rigurosa a la ley escrita parece su instrumento necesario, pues esta apariencia de la ley que por ser general semeja que ofrece un tratamiento igual para todos y que por ser escrita tiene un carácter de cierta permanencia

¹³¹ Cf. PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa ...» *cit.* pp. 1078-1082.

¹³² PUEBLO DE VIRGINIA, *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776)*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>. (Consulta 3.10.2014). Se inicia diciendo: “Hecha por los representantes del buen Pueblo de Virginia, reunidos en la Convención plena y libre, como derechos que les pertenecen a ellos y a su posteridad como la base y el fundamento de su gobierno. I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”.

¹³³ Cf. PORADOWSKI, M., «La Herencia de la Revolución Francesa ...» *cit.* p. 1082. Advierte este autor que: “fue una dolorosa burla, pues los arrestos arbitrarios, los fusilamientos, las masacres y las deportaciones ocurren durante todo el periodo de la Revolución, es decir, entre los años 1789-1815”.

¹³⁴ Cf. DE JOUVENEL, B., *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas en el s.XIX*, Toledo 1977, pp. 132-133. Observa certeramente Bertrand de Jouvenel que: “habiéndose insistido tanto al comienzo de la Revolución en esa «garantía», nos vemos llevados a preguntarnos si los diputados constituyentes habían buscado los medios que la asegurasen. Lo que pone en primer término –y podría parecernos curioso– es la «fuerza de la represión»”, pero le parece más una constatación de fracaso”.

y puede favorecer la previsibilidad de las sentencias, facilitar el juego del comercio, y a la postre, ofrecer seguridad¹³⁵.

Un esquema de lo que supone para el trabajo del jurista el positivismo legalista, sería: De una parte, la suma de los preceptos del derecho positivo, reunido y ordenado, y que consiste en: las leyes en sentido estricto, entendidas como el conjunto de los textos impuestos por la autoridad política; sus anexos y complementos; los decretos; las resoluciones; las circulares; la jurisprudencia y la constitución. De otra parte, la segunda operación del jurista sería subsumir los hechos de cada causa en las leyes como si fuera un silogismo, una operación lógica¹³⁶.

La necesidad de la codificación surge de esta metodología del derecho intentada por el positivismo legalista.

La ley positiva es necesaria y así lo vieron tanto Aristóteles, como los romanos, Santo Tomás y los juristas medievales, desarrollando enormemente en la práctica decretos y ordenanzas¹³⁷.

El movimiento codificador surge con fuerza en Occidente buscando plasmar los ideales de la Revolución francesa y la ciencia jurídica se desarrolla en base a las tesis

¹³⁵ Cf. VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho...*, cit. 2, p. 176. Sostiene, además, Villey que esta seguridad que se quiere aportar, en principio es para todos, pero en la práctica únicamente para una minoría.

¹³⁶ Cf. *Ibid.*, p. 177.

¹³⁷ Cf. VILLEY, M., *Consideraciones en pro del derecho natural clásico ... cit.* pp. 91-92. “¡Jamás el derecho natural clásico ha subestimado la importancia de las leyes positivas!” –afirma con rotundidad Michel Villey–“Creo que todas las ventajas (aunque no los excesos ridículos) del positivismo jurídico están en el derecho natural clásico”. Y preguntándose retóricamente dice: “¿No comienza acaso Aristóteles su análisis de la justicia señalando que la ley es también una fuente de lo justo? ¿Y no concede Santo Tomás un lugar esencial en la exposición de las fuentes del derecho, a la «ley humana», formulada, «promulgada» por la autoridad pública y normalmente sancionada por ella?”. Explica Villey la teoría de la ley positiva como una segunda fuente del derecho tras el derecho natural siguiendo a Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Con Sten Gagner observa que “el más grande mérito que el autor concede a Santo Tomás (y detrás de él a Aristóteles) es el de suscitar el florecimiento de decretos y ordenanzas que marca el fin del siglo XIII y el comienzo del crecimiento gigantesto de la legislación moderna”. Pues, en el lenguaje corriente medieval el término «ius» fue sustituido por el término «derecho» que “evoca la importancia capital de la función legislativa, de la autoridad que rige («regere», de donde viene «derecho»), reglamenta el orden social. Y la técnica del jurista está constituida en su mayor parte por el conocimiento de estas reglas”.

ilustradas. El principio de seguridad jurídica será protagonista en esta época y a él se dirige la codificación¹³⁸.

Resulta bien conocida la relación existente entre el movimiento codificador y la política imperialista de Napoleón que difundió el espíritu ilustrado y las ideas de la Revolución francesa, fruto de la cual es el arraigo en el hombre contemporáneo de la sensación de que el poder político tiene una concepción del derecho y de las leyes positivas como un instrumento a su servicio¹³⁹, el derecho es entendido como una herramienta de poder que “*dejará de ser una de las más nobles ciencias del espíritu, nacida para cultivar el arte de lo justo y orientada por esa tensión dialéctica para descubrir en la casuística aquella solución más justa y pragmática. Si el derecho es simple herramienta al servicio del poder, entonces se hace ideología*” y, es más, “*Las resistencias frente al movimiento codificador se produjeron, sobre todo, en el ámbito anglosajón y en el Derecho de la Iglesia*”¹⁴⁰.

El Código civil español, como la mayoría de los Códigos civiles de la *civil law* o derecho europeo continental, sigue el espíritu que está detrás de la codificación, la cesación del caos legislativo reduciéndolo a un único cuerpo legal¹⁴¹.

¹³⁸ Cf. LÓPEZ OLIVA, J. O., «La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1798», en *Prolegómenos. Derechos y Valores* 28 (2011) pp. 130, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87622536001>. (Consulta 2.10.2014). Sostiene López Oliva que con el Código francés de 1807, conocido como Código de Napoleón, “se percibe claramente la aplicación del principio de Seguridad Jurídica y adicionalmente se fortalecen el de legalidad” y otros derechos como el de igualdad ante la ley o defensa.

¹³⁹ Cf. LO CASTRO, G., «Libro I. Introducción», en *ComEx* 1, p. 239.

¹⁴⁰ Cf. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., «Paralelismos entre Derecho canónico y Derecho estatal», en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro Valls* 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013, p. 2943.

¹⁴¹ Cf. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral* 1, Madrid 1943⁶, pp. 38-39. “La codificación civil, en el pasado siglo (siglo XIX), tenía como una de sus finalidades más importantes reducir el derecho castellano a un solo Cuerpo legal, haciendo cesar el estado caótico en que aquel se encontraba, diseminado y esparcido en multitud de colecciones de épocas tan distintas y caracteres tan opuestos”. No obstante tales intenciones, el Código civil español se promulgó con una cláusula derogatoria defectuosa y por tanto insegura, que hubo de ser resuelta por la Doctrina y la Jurisprudencia; DE CASTRO Y BRAVO, F., «Prólogo», en *Código civil, versión crítica del Texto y Estudio preliminar*, ed. LÓPEZ LÓPEZ, J. - MELÓN INFANTE, C., Madrid 1967, pp. 5-7. Federico de Castro, en el Prólogo que escribió a una cuidada edición del Código civil español, atestiguaba que los autores de la edición hubieron de realizar una ardua labor al “advertir que no era fácil establecer el texto auténtico del Código. Era necesario, a tal efecto, tener presentes los publicados en La Gaceta, los recogidos en la Colección Legislativa y los aparecidos en las ediciones oficiales del Ministerio de Justicia”. Es interesante en cuanto

Kelsen ahondará en el formalismo legal y en su abstracción, diseñará todo un sistema de leyes en el que únicamente el estado y su voluntad determinan el ordenamiento jurídico¹⁴².

Estado y derecho coinciden, porque el estado en cuanto orden es igual a la ordenación jurídica y en cuanto sujeto es la personificación del orden jurídico¹⁴³. Así, el estado es definido como una ordenación de la conducta, significando tal ordenación, un sistema de normas que determinan lo que debe acontecer, mientras que las leyes de la naturaleza a lo que se refieren es al modo de acontecer los hechos¹⁴⁴. El estado es un orden normativo¹⁴⁵, es coactivo y sus normas son normas jurídicas¹⁴⁶.

El pensamiento ha ido evolucionando rápidamente hacia un derecho abstracto y formalista, monopolizado por el estado y entendido como expresión de su voluntad, de tal manera que será ley y se entenderá justa aquella norma que respete

atañe a la seguridad jurídica y a la mentalidad codificadora el testimonio del profesor de Castro y Bravo al destacar que “Hombres generosos y entusiastas, deseosos de una radical renovación de la Sociedad y del derecho, y juristas amigos de novedades, víctimas del complejo napoleónico, extranjerizantes, conocedores superficiales de la ley, vienen condenando a muerte el Código y predicando su inmediata sustitución”. Frente a esta argumentación afirmaba que: “no pueden cerrarse los ojos al hecho evidente de que la mayoría de los preceptos del Código, a pesar de su relativa juventud, han arraigado hondamente en el vivir social, aplicándose natural y fácilmente. lo que se explica por su origen tradicional, su valor consuetudinario y la previa elaboración jurisprudencial.” Continúa afirmando Federico de Castro el hecho de que las disposiciones codiciales tienen un valor propio nacional a menudo desconocido “por el descuido con el que se han estudiado nuestras antiguas y modernas instituciones; «sin advertir la confusión en que nos envuelven» al utilizar autores extranjeros para entenderlas”.

¹⁴² Cf. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, ed. ROBLES, G. - SÁNCHEZ, F.F., Madrid 2011, p. 66: “La teoría pura del derecho salvaguarda su tendencia antiideológica al aislar la exposición descriptiva del derecho positivo respecto de todo tipo de ideología iusnaturalista sobre la justicia. Para la teoría pura, no entra dentro del debate teórico la posibilidad de que haya un orden superior al derecho positivo y que sea válido. Se limita a sí misma al derecho positivo, e impide que la ciencia jurídica pueda considerar dicho derecho como un orden superior a sí mismo, así como que reciba su justificación de un orden superior; y también impide que la discrepancia entre un supuesto ideal de justicia y el derecho positivo pueda convertirse en un argumento jurídico contra la validez de este último. La teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico”; VALLET DE GOYTISOLO, J., «El sistema jurídico considerado estructural y funcionalmente», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación* 33 (2003) p. 27. Kelsen trataría de reducir el objeto de la ciencia del derecho a la pura forma, a puro mandato coactivo de la norma, intentando separarlo de la realidad social, de la moral y la justicia, acentuando el formalismo kantiano.

¹⁴³ KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado*, Barcelona 1979³, p. 137.

¹⁴⁴ Cf. *Ibid.*, pp. 116-118.

¹⁴⁵ Cf. *Ibid.*, p. 123.

¹⁴⁶ Cf. *Ibid.*, p. 131.

escrupulosamente la forma y el modo de producción independientemente de su contenido, no existiendo límites de naturaleza ni de razón a la voluntad omnímota del estado. Se ha llegado así a la formulación más pura del positivismo¹⁴⁷.

La soberanía es una propiedad del orden jurídico para que sea válido, entendida esta validez en el sentido de que sea considerado vigente, que sea un orden supremo, que no resulte vigente por derivación de otro orden superior¹⁴⁸. El concepto de soberanía remite al problema de la relación entre órdenes normativos y a la llamada norma fundamental que sustenta la unidad del estado y de la soberanía, establece el órgano supremo de producción de normas, que a su vez irá delegando en otros órganos que lo harán en otros, constituyendo lo que se ha venido denominando la pirámide kelseniana. El estado es el orden supremo sobre el que no hay otro más alto¹⁴⁹. En cuanto al orden jurídico internacional o derecho de gentes, si se acepta el primado de éste y se parte de él, la continuidad jurídica se conserva, de este modo se defiende la unidad del sistema frente al dualismo de un ordenamiento internacional y otro estatal¹⁵⁰.

En la lógica kelseniana se introduce el *negocio jurídico* al que se refiere como el caso típico del derecho subjetivo privado que participa en la formación de la voluntad del estado en cuanto creación de orden jurídico, es decir, sería una delegación de la ley a las partes contratantes para que creen el derecho para ese supuesto, continuándose el proceso de la creación del derecho¹⁵¹. El derecho se caracteriza por regular su propia creación, la producción de una norma la regula otra norma¹⁵².

En la construcción kelseniana del ordenamiento jurídico se contempla la posibilidad que una ley constitucional, en sentido positivo y formal, puede regular los llamados derechos fundamentales o de libertad de modo que deban ser respetados por

¹⁴⁷ Cf. VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho...*, cit. 2, p. 181; KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado...*, cit. p. 139. La llamada «voluntad del estado» es la producción normativa, el estado solo puede ser concebido como productor de del derecho.

¹⁴⁸ Cf. KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado...*, cit. p. 143.

¹⁴⁹ Cf. *Ibid.*, p. 146.

¹⁵⁰ Cf. *Ibid.*, p. 152.

¹⁵¹ Cf. *Ibid.*, p. 167. Cf. ID., *Teoría pura del derecho...cit.* pp. 95-96.

¹⁵² Cf. ID., *Compendio de Teoría General del Estado...*, cit. p. 194.

las leyes inferiores, pues el estado para realizar cualquier acto debe estar facultado por la ley, pero esto no significa más que para poder realizar esos actos debería dictar una ley modificativa de la constitución, pero si la ley constitución hubiera hecho una delegación, entonces, carecería de sentido esta garantía, aunque fuese dentro de unos límites¹⁵³.

En lo relativo a la interpretación y a las lagunas normativas, estos conceptos bien son actos de conocimiento bien son actos de voluntad o de creación de derecho por el juez, que podría llenar de contenido la norma individual, pues el supuesto está regulado o no lo está. Kelsen denomina *la ilusión de la seguridad jurídica* a la tarea descubridora de normas ya existentes de antemano, mediante la interpretación y la integración de las lagunas legales, que es rechazada por la teoría pura del derecho, puesto que no es posible para esta teoría, producir nuevas normas jurídicas por la vía cognoscitiva. La ilusión de la seguridad jurídica tiene su origen en el querer concebir el derecho como un ordenamiento que regula todos los aspectos de la actividad humana incluso de la actividad de los tribunales, de modo que su función es únicamente de descubrimiento del derecho positivo¹⁵⁴.

Resulta relevante destacar la noción de *persona* en la teoría pura del derecho, por cuanto sostiene que la *persona física* no es el hombre, pues hombre no es un concepto jurídico, hay que diferenciar. El ser humano es una realidad natural y la persona o sujeto de derecho es un concepto jurídico que facilita la exposición del derecho, pero que incluso se podría prescindir del mismo, y que expresa una unidad de derechos y deberes. La conducta humana es lo que constituye el contenido propio de las normas jurídicas, de tal modo que persona es la voz que expresa un conjunto normativo dotándole de unidad¹⁵⁵. Esta consideración tiene su relevancia en la época actual en el

¹⁵³ Cf. KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado...*, cit. p. 197; ID., *Teoría pura del derecho...*, cit. pp. 90-91.

¹⁵⁴ Cf. ID., *Teoría pura del derecho...*, cit. p.107.

¹⁵⁵ Cf. *Ibid.*, pp. 76-77.

reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y en la interpretación de los tribunales del sujeto de derecho o persona¹⁵⁶.

Las tesis presentadas correspondientes a la Edad Moderna, han ligado de una manera indisoluble la noción de derecho al poder, especialmente en la Europa continental que se ha nutrido en ellos, en concreto, al poder supremo y político, de tal modo, que el derecho se presenta como expresión de ese poder, como un orden que viene desde el titular de la soberanía, a saber, como ley, entendida “*como voz con autoridad y autoritaria del titular de la soberanía*”¹⁵⁷.

Por el camino emprendido de identificar derecho y ley, se ha llegado al positivismo más absoluto, así como al mismo tiempo el relativismo que encierra una noción abstracta de seguridad jurídica que exigirá y requerirá todo un entramado y una estructura que proteja la producción normativa y su aplicación. Un sentimiento novedoso de seguridad y libertad se derivó de este sistema de normas perfecto surgido de las tesis y aspiraciones roussonianas. Esta libertad –en el sentido de los modernos– se *basa en no estar sometido más que a las leyes*, fruto de la cual se crea un espacio de seguridad jurídica y civil individual en la que se sostiene la vida social de la época moderna¹⁵⁸.

De un lado, el periodo que sigue a las dos guerras mundiales está marcado en sus primeros lustros por la enorme crisis que supuso para la humanidad los sucesos acaecidos durante el Tercer reich alemán: la segunda guerra mundial; el genocidio realizado; las sentencias dictadas por sus tribunales formalmente legales pero materialmente injustas, fruto de una concepción positivista a ultranza¹⁵⁹. El mundo se

¹⁵⁶ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, «Sentencia 53/1985. 11.4.1985», en *B.O.E.* 119 (18.5.1985) pp. 10-25. Véase el voto particular del magistrado Sr. Tomás y Valiente quien afirmó que “sólo es titular de derechos quien es persona y el nasciturus no es persona”, con las relevantes consecuencias de dicha afirmación respecto a la protección de la vida del concebido y no nacido.

¹⁵⁷ Cf. GROSSI, P., *Europa y el Derecho*, cit. p. 15.

¹⁵⁸ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit. p. 34.

¹⁵⁹ Cf. RADBRUCH, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en *Derecho injusto derecho nulo*, Madrid 1971, p. 3. Radbruch sostiene que el nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los juristas sobre la base del principio «ante todo se han de cumplir las leyes», principio al que no se le puso ninguna limitación, “era la expresión del positivismo jurídico, que, durante siglos, se impuso, casi sin ninguna contradicción, entre los juristas alemanes. Hablar de leyes que no constituyeran

dio cuenta de la necesidad de buscar unas garantías para que la ley no se volviera en contra de la libertad, de la igualdad y de la dignidad humana. A fin de garantizar la paz mundial y con vocación universal, se fundó la Organización de Naciones Unidas, cuya Asamblea General proclamó la denominada *Declaración Universal de Derechos Humanos* con el ideal común de comprensión de esos derechos y por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse y promover su respeto mediante la enseñanza y la educación, asegurando su reconocimiento y aplicación universales y efectivos¹⁶⁰. No

Derecho era una contradicción igual que hablar de un Derecho que estuviera por encima de las leyes. Pero hoy en día la práctica jurídica se ve, una y otra vez, ante ambos problemas”.

¹⁶⁰Cf. ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos (10.12.1948)*, en [http://www.un.org/es/documents/udhr/index print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml). (Consulta 3.10.2014); BENEDICTUS PP. XVI, «Allocutio ad Delegatos Nationum Unitarum. 18.4.2008», en *AAS* 100 (2008) p. 334: “La référence à la dignité humaine, fondement et fin de la responsabilité de protéger, nous introduit dans la note spécifique de cette année, qui marque le soixantième anniversaire de la *Déclaration universelle des Droits de l’homme*. Ce document était le fruit d’une convergence de différentes traditions culturelles et religieuses, toutes motivées par le désir commun de mettre la personne humaine au centre des institutions, des lois et de l’action des sociétés, et de la considérer comme essentielle pour le monde de la culture, de la religion et de la science. Les droits de l’homme sont toujours plus présentés comme le langage commun et le substrat éthique des relations internationales. Tout comme leur universalité, leur indivisibilité et leur interdépendance sont autant de garanties de protection de la dignité humaine. Mais il est évident que les droits reconnus et exposés dans *la Déclaration* s’appliquent à tout homme, cela en vertu de l’origine commune des personnes, qui demeure le point central du dessein créateur de Dieu pour le monde et pour l’histoire. Ces droits trouvent leur fondement dans la loi naturelle inscrite au coeur de l’homme et présente dans les diverses cultures et civilisations. Détacher les droits humains de ce contexte signifierait restreindre leur portée et céder à une conception relativiste, pour laquelle le sens et l’interprétation des droits pourraient varier et leur universalité pourrait être niée au nom des différentes conceptions culturelles, politiques, sociales et même être religieuses. La grande variété des points de vue ne peut pas être un motif pour oublier que ce ne sont pas les droits seulement qui sont universels, mais également la personne humaine, sujet de ces droits”.

obstante, han transcurrido más de seis décadas desde esta proclamación y su efectiva aplicación parece que continúa siendo un camino tortuoso¹⁶¹.

De otro lado, Occidente continúa inmerso en la que se viene denominando crisis del derecho y que se plasma en uno de sus aspectos cual es la crisis de la seguridad jurídica.

Solzhenitsin explicaba en 1978 en un discurso en la Asamblea de Graduados de la Universidad de Harvard, sus reflexiones sobre el mundo occidental y en concreto acerca de la vida occidental que observa judicializada y cuyo formalismo cerrado en sí mismo denunciaba. Su análisis de la realidad occidental realizado desde la experiencia con la que se encuentra en la nueva sociedad en la que vive, el llamado Mundo occidental u Occidente, es una llamada de atención al mundo libre que parece ha olvidado que el hombre, la persona humana, es un ser trascendente y que tiene una parte espiritual que no se puede olvidar, pues para un verdadero progreso social que aproveche ampliamente las posibilidades humanas, sus impulsos y creatividad, se debe reconocer que hay algo superior que trasciende la ley positiva, así como, que la

¹⁶¹Cf. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA CANTERO, M. C., «Los Valores europeos y los Derechos humanos», en *Los Derechos humanos, sesenta años después (1948-2008)*, ed. MARTÍN DE LA GUARDIA, R. - PÉREZ SÁNCHEZ, G. A., Valladolid 2009, pp. 64-65: El artículo además de ser una original reflexión, interesa por la perspectiva que le da estar escrito a los sesenta años de la Declaración. En opinión de esta autora la declaración universal de Derechos humanos obedeció por un lado al horror en la Guerra mundial y a la crisis económica también mundial “y por supuesto la existencia de una práctica jurídica positivista y normativista según la cual el ordenamiento jurídico está compuesto por cualquier norma que lo integre siempre que haya sido promulgada por la autoridad competente y reciba su validez de una norma de rango superior. Esto era así en todos los países, no sólo en los regímenes totalitarios, ya que son las corrientes que triunfan en el XIX y en el XX. Corrientes que permiten por tanto que cualquier cosa sea aprobada como ley, independientemente de su contenido, siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos formales”; *Ibid.*, p. 72: Destaca, sin embargo, que “si estos derechos son reconocidos significa...que no son otorgados”, también es objeto de su análisis el que estos derechos deberían responder siempre a una concepción antropológica cristiana, llamando la atención al peligro que supone que sean objeto de consenso; *Ibid.*, p. 77: Recuerda la Encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII que contiene un elenco de los derechos y deberes del hombre; *Ibid.*, p. 80: Se interroga “acerca de la importancia, la conveniencia y el beneficio de la existencia de los Derechos del hombre”, cree “que sin duda la respuesta es afirmativa. es mucho mejor que lo que le corresponde al hombre esté protegido, y protegido jurídicamente, a que no lo esté (...)lo que no puede ocurrir, y si es así toda la civilización Occidental, toda su cultura estará en entredicho, es que esos derechos que hunden sus raíces en la tradición y los principios que han constituido el carácter europeo, queden al albur, a la voluntad de un grupo de personas que puedan convenir, consensuar en cada momento lo que corresponde al hombre”.

dignidad de la persona requiere no sólo el formalismo y sus garantías en sus relaciones sociales¹⁶².

El pensamiento de Solzhenitsin obedece a un conocimiento de lo que es el hombre, a la verdad del hombre y a un concepto amplio de derecho, de lo jurídico que va más allá de la ley formal que se justifica en una serie de requisitos que ha de cumplir dentro de un sistema formal donde no ha lugar a lo trascendente.

En el momento actual, siglo XXI, varios lustros después de la codificación y del imperio del positivismo se da la situación de que no hay más seguridad jurídica, frente a lo que propugnaban sus defensores. En la exposición de Alonso Martínez acerca de los motivos del proyecto de Ley de bases para el Código civil, se afirmaba que el derecho civil español era la imagen del caos por la existencia de provincias sometidas al derecho común y otras al derecho foral al que calificaba de privilegio o excepción, en donde imperaban usos y costumbres, albedríos no definidos concretamente en ninguna ley escrita, y que por ello engendraba incertidumbre y se abría a la arbitrariedad judicial. Sin embargo, frente a este argumento sucede que la realidad jurídica posterior y la multiplicación de leyes, que se aprueban de forma masiva, rompe tales expectativas de seguridad jurídica¹⁶³.

¹⁶² Cf. SOLZHENITSIN, A., «El Mundo Escindido», en *Verbo* 168 (1978) pp. 1003-1004: “De acuerdo con sus fines, la sociedad occidental también se ha elegido la forma de existencia más cómoda, que yo llamaría jurídica. las fronteras de los derechos y de la razón de cada hombre (muy amplias) se determinan por un sistema de leyes. En esta situación, este movimiento y este maniobreo jurídico en los occidentales han adquirido una gran costumbre y habilidad. (Por cierto, las leyes son tan complicadas que el simple ciudadano es incapaz de orientarse en ellas sin ayuda de un especialista.) Todo conflicto se resuelve jurídicamente y esta es la forma suprema de solución. Si una persona tiene razón jurídicamente ya no se requiere nada superior”. “Habiendo pasado toda mi vida bajo el comunismo, diré: es horrible una sociedad en que no hay una imparcial balanza jurídica. Pero una sociedad en que no hay otra balanza que la jurídica, también es poco digna del hombre. Una sociedad que se ha colocado en el terreno de la ley, pero no más alto, aprovecha una parte muy pequeña de las posibilidades humanas. El derecho es demasiado frío y formal para influenciar favorablemente una sociedad. Cuando toda la vida está saturada de relaciones jurídicas, se crea una atmósfera de mediocridad espiritual que mata los mejores impulsos del hombre. Y ya ante las pruebas con que amenaza el siglo, retenerse con sólo unos soportes jurídicos será simplemente imposible”.

¹⁶³ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Manuales de metodología jurídica, metodología de las leyes o de las normas* 2, Madrid 2004, pp. 190-191. Expone: “la paradoja de que en el derecho civil antes de la codificación había más seguridad. Precisamente lo contrario de lo que pregonaban y propugnaban sus autores”. Puesto que “el Código civil, para dar seguridad a las normas aplicables, rechazó todo valor, frente a la ley, al desuso y a la costumbre en contrario y, además, derogo totalmente el derecho antiguo. Sin embargo, dejó vigentes las leyes especiales que, a su vez, han sido después modificadas, alteradas, cambiándose totalmente los principios de algunas, y, además, se ha multiplicado las nuevas, que ha irrumpido al lado del Código civil, produciéndose el fenómeno de la descodificación. Cambios legislativos incesantes que, como es bien sabido, no sólo modifican su texto sino que inciden en la labor

Además, a mayor paradoja, en cuanto se nota un mal se busca la ley como remedio instantáneo, tanto sea si estalla un escándalo, como si se produce un accidente o un inconveniente, se achaca a las lagunas de la legislación y se hace una ley más, mostrándose las con ello los gobiernos como los grandes solucionadores frente a la opinión pública¹⁶⁴.

Este fenómeno ha venido ocurriendo en todos los países¹⁶⁵, incluidos los de *common law* donde la ley y el reglamento ocupan un lugar secundario en las reglas del derecho y poniendo de manifiesto que en algunos países, como Francia y Estados Unidos, han desarrollado técnicas de codificación sistemática y continua con la finalidad de tratar de asegurar la certeza del derecho ante la multiplicidad de normas escritas¹⁶⁶. Y así, se puede afirmar con García de Enterría que: “*¡El legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo!, consecuencia inesperada del predominio formal absoluto de las leyes con el que pensó llegar a eliminar a todas las demás fuentes del Derecho*”. La producción masiva de leyes y la multiplicidad de las normas afectan a la justicia y a la seguridad jurídica, por lo que una reflexión profunda y coherente lleva a volver la vista a la experiencia jurídica anterior, a aquellos métodos

interpretativa y doctrinal que se había formado en torno a las leyes derogadas; por lo cual esa tarea debe reelaborarse de concierto con la nueva ley. Así surge, también, un nuevo cúmulo de cuestiones que se acumulan con las de derecho transitorio.” Y así resulta que: “Hoy es mayor aún que antes de publicarse el Código civil el cúmulo y la maraña de leyes. La seguridad jurídica no resulta beneficiada, y aún menos porque al subordinarse totalmente la costumbre a ley en la interpretación, desaparece la simbiosis tradicional entre leyes y costumbres, que constituían la más segura interpretación de la letra y la mente de aquellas y, de ahí, la mayor garantía de seguridad. Con esto no era posible entonces cambió alguno de la interpretación consuetudinaria por el criterio subjetivo de los funcionarios ni por la moda pasajera traída momentáneamente, tal vez con escaso fundamento, por cualquier brillante opinión de algún teórico”.

¹⁶⁴ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Manuales de metodología...*, cit. 2, p. 191.

¹⁶⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit. p. 47. Describe este fenómeno del siguiente modo: “La segunda gran crisis de la Ley, y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que complementan o ejecutan las Leyes. La vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no solo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético”.

¹⁶⁶ Cf. *Ibid.*, pp. 61-65.

de la jurisprudencia que iniciaron los juristas romanos y que siempre ha estado presente en los juristas de todo tiempo¹⁶⁷.

Se trata de avanzar pero sin hacer tabula rasa del pasado, innovar pero, aprendiendo de todo lo bueno que ha ido haciendo el hombre –y su obra la ciencia jurídica– a lo largo de su historia. Aunque perteneciendo ambos tanto a especialidades jurídicas como a planteamientos o escuelas jurídicas diferentes, García de Enterría y Vallet de Goytisolo coinciden en el diagnóstico y en el tratamiento de esta patología del derecho. Pero, en este ambiente de multiplicación de leyes de un modo desbocado, no hay que considerar, sin embargo, que sea arbitrario en todo caso, modificar las leyes, puesto que, muchas veces es necesario, pero una correcta hermenéutica procederá sobre la base de la realidad social y el enfrentar las leyes antiguas con las nuevas necesidades y concepciones¹⁶⁸.

1.3. EN LOS DICCIONARIOS, MANUALES Y OTROS ESTUDIOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS: DE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX HASTA LA ACTUALIDAD

García Manrique¹⁶⁹ tiene razón al afirmar que la expresión seguridad jurídica a pesar de ser utilizada constantemente por los juristas tanto teóricos como prácticos, no es una expresión unívoca en la época contemporánea.

¹⁶⁷ Cf. *Ibid.*, pp. 103-104: “Pero como, además, ese tipo de producción masiva de Derecho, afecta gravemente al propio basamento del sistema jurídico y a sus dos valores centrales, la justicia y la seguridad jurídica, he aquí que la multiplicidad de las normas nos han forzado, paradójicamente, a volver los ojos a los métodos precodificadores de la jurisprudencia, a los que pusieron en marcha los juristas romanos y que nunca han dejado de estar presentes en la conciencia de los hombres del derecho”.

¹⁶⁸ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Esquema introductivo para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, Madrid 1999, p. 62. “Las normas deben crearse sobre la base de una realidad social, acrisoladas por el choque de otras leyes más viejas con las nuevas concepciones o necesidades. Pueden cambiar las normas. Muchas veces es necesario que así sea —No siempre es arbitrario el legislador moderno en su empeño de dominarlo y reglamentarlo todo—. Pero la nueva ley no puede prescindir de la que le precedió, aunque sólo sea para derogarla de modo más absoluto”; *Ibid.*, p. 60, es interesante conocer el planteamiento que hace de la noción de progreso y su consideración, junto a Galvao de Sousa, de que el jurista está al servicio de la tradición entendida desde su sentido etimológico de tradere, es decir, entrega o transmisión de de cierto patrimonio de cultura de una generación a otra, como condición para que que exista realmente progreso. Al respecto cita también a Colligwood para afirmar con él que el Progreso consiste en conservar las soluciones de las cuestiones resueltas por las generaciones anteriores y dominar algunas de las que ellas no pudieron resolver.

¹⁶⁹ Cf. GARCIA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid 2012, p. 194.

1.3.1. EN LOS DICCIONARIOS JURÍDICOS

En el Diccionario General de Derecho Canónico al consultar la voz *Seguridad jurídica* descubrimos la siguiente noción: “*Este principio jurídico, característico de los modernos Estados de derecho, se concreta en la certidumbre del derecho aplicable y se contrapone a la arbitrariedad de quien ostenta la potestad pública*”¹⁷⁰. El autor del artículo le otorga una naturaleza de principio jurídico que se opone a la arbitrariedad, pero al afirmar que es característico de los modernos *estados de derecho*, parece que lo sitúa en el estado y no en el propio derecho y no habría nacido con el derecho como afirmaba Cicerón¹⁷¹ sino con el contractualismo y los modernos estados llamados de derecho¹⁷². Así, de entrada podría parecer que la seguridad jurídica y el ordenamiento canónico se resulten extraños, que la seguridad jurídica sea un principio que no se encuentre entre los principios del ordenamiento canónico.

Conviene poner de relieve que, por su parte, el Diccionario de derecho canónico editado por Corral y Urteaga¹⁷³, no contiene las voces de seguridad jurídica, ni de certeza del derecho, ni similares, lo que pone de relieve de modo negativo, por ausencia, el que se le otorgue una relevancia especial.

En la voz *derecho* del Diccionario teológico interdisciplinar, Eugenio Corecco ofrece una noción de la seguridad jurídica dentro de la explicación del derecho como experiencia fenomenológica. El derecho se manifiesta como un instrumento indispensable para garantizar el orden y la paz sociales, como un factor social que permite planificar el propio futuro que de esta manera quedará protegido por la continuidad y la seguridad jurídica. De este modo, se percibe la ley como un elemento de equilibrio, puesto que, no debe ser vista únicamente como la expresión de la

¹⁷⁰ ARAÑA, J. A., «Seguridad jurídica», en *Diccionario General de Derecho Canónico 7*, ed. OTADUY, J. - VIANA, A. - SEDANO, J., Cizur Menor 2012, p. 222.

¹⁷¹ Al respecto ver el texto citado al inicio de este trabajo, Notas a pie, nn. 17 y 20. Cf. CICERO M. T., *De Officiis*, cit. 2,12, p. 90; ID., *De legibus libri tres*, cit. 2, 5-11, p. 409; *Ibid.*, 1,6-19, cit. p. 387; *Ibid.*, 1, 15-42, cit. pp. 395-396.

¹⁷² Cf. PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica ...» cit. p. 28.

¹⁷³ Cf. *Diccionario de derecho canónico*, ed. CORRAL, C. - URTEAGA EMBID, J. M., Madrid 2000.

voluntad del más fuerte, sino y sobre todo como la expresión de una justicia superior trascendente, que mira más allá de los intereses individuales o particulares¹⁷⁴.

El Diccionario Jurídico Espasa, por su parte, define la *Seguridad Jurídica* desde el Derecho Penal: “(D.P.) Consiste en la confianza que tiene en un Estado de Derecho el ciudadano al ordenamiento jurídico, es decir, al conjunto de leyes que garantizan la seguridad y el orden jurídico”¹⁷⁵. En esta definición la naturaleza que se da a la seguridad jurídica es de una situación, el ciudadano se fía de que el ordenamiento jurídico entendido como conjunto de leyes (no hay que olvidar que la definición se hace desde el derecho penal) garantizan seguridad y orden, es decir, unos bienes concretos y determinados, pero entre estos no se encuentra enumerada la justicia, tal vez porque se trata de una definición desde el derecho penal que tiene unas características propias y donde la seguridad y el orden adquieren una importancia destacable, también porque el principio de orden lleva implícito el de la cosa justa¹⁷⁶. Por lo demás podríamos decir que entronca con la tradición jurídica occidental pues, como se ha visto con anterioridad, Cicerón afirmaba entre otras cosas que las leyes nacieron para garantizar la seguridad¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cf. CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar...*, cit. p. 109.

¹⁷⁵ GORDILLO ALVAREZ-VALDÉS, I., «Seguridad jurídica», en *Diccionario Jurídico Espasa*, ed. FUNDACIÓN TOMÁS MORO, Madrid 1991, p. 906.

¹⁷⁶ Cf. FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, M. C., «La realización de la ley natural en el orden social», en *Debate Actual, Revista de religión y vida pública*, 12 (2009), p. 72. Es de destacar su reflexión acerca del orden social justo, de su conexión con el conocimiento del bien que es inseparable del conocimiento de hombre, porque solo sabiendo lo que es el hombre sabremos lo que es bueno para él “En sí mismo y en sus consecuencias”. Lo que le lleva a afirmar la verdad, la posibilidad de conocer la verdad y la objetividad de la misma “Y en lo que respecta al orden, de la aplicación de esa verdad, del bien objetivo consecuente de ella, al hombre, a las instituciones y a cada sociedad en concreto”.

¹⁷⁷ Cf. CICERO, M. T., *De Officiis*, cit. 2,12, p. 90. Esta misma idea la refiere también en *De legibus libri tres*, cit. 2,5-11, p. 409: “Constat profecto ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietas et beata inventas esse leges”. Y Esta misma afirmación es expresada en términos semejantes por CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho natural*, cit. p. 291, en el capítulo dedicado al derecho, la seguridad y la coacción, al tratar sobre la justicia y la seguridad explica que: “el Derecho surge, no solo para servir a la Justicia, sino para eliminar la inseguridad, para saber a qué atenernos”. Por su parte, afirmará Pérez Luño que “la génesis del «ius civile» tiene lugar en Roma a través de un acto de afirmación de la seguridad jurídica”; PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad Jurídica: una ...» cit. p. 26.

1.3.2. EN LOS MANUALES Y OTROS ESTUDIOS JURÍDICOS

Del anhelo de seguridad por el que surgieron las leyes, trata el maestro de penalistas José-María Rodríguez Devesa quien sitúa en el anhelo de seguridad jurídica el origen del principio de legalidad. Si en las definiciones anteriores surgían con relación a la seguridad jurídica el concepto de *estado de derecho*, Rodríguez Devesa introduce otro concepto en relación a la seguridad jurídica cual es el *principio de legalidad*, oponiendo seguridad jurídica en derecho punitivo a arbitrariedad¹⁷⁸.

Por su parte, José Corts Grau en su *Curso de derecho natural*, no define la seguridad jurídica, si bien la relaciona con la nota de estabilidad y con la ausencia de arbitrariedad y unida a la realización de la justicia como una necesidad del propio derecho¹⁷⁹.

Para Antonio Fernández Galiano la seguridad es un deseo consustancial al hombre, quien en todo busca firmeza, certidumbre y estados definitivos. No obstante, la seguridad que debe facilitar el derecho no es estrictamente personal o individual, sino que más bien se trata de la seguridad del hombre en sociedad, en sus relaciones de alteridad, pues a ese orden es al que pertenece el derecho. Se pueden apreciar dos sentidos a la expresión seguridad jurídica: Uno general, que indica que el derecho debe garantizar la existencia misma del orden social, es un contrasentido un orden social jurídico, de modo que se trata de un elemento imprescindible de la vida social. Un segundo sentido específico, que se refiere a las situaciones concretas particulares dentro del orden social, que determina con claridad los límites de su esfera de actuación jurídica y la de los demás¹⁸⁰. Pero, sobre todo, la creación de una seguridad jurídica está

¹⁷⁸ Cf. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español Parte General*, Madrid 1981, p. 163: Donde afirma que: “El origen del principio de legalidad se halla en el anhelo de seguridad jurídica que ha llevado a los pueblos a una lucha multicelular con los detentadores del poder para excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo, que toca a los bienes más preciados de los hombres: la libertad personal, el patrimonio y, allí donde se reconoce la pena capital, la propia vida”.

¹⁷⁹ Cf. CORTS GRAU, J., *Curso de derecho natural*, cit. p. 291: Explica este autor que: “en todo ordenamiento jurídico conjugase dos principios: el de la «justicia» y el de «seguridad». Por un lado, no hay verdadero derecho si no tiende a la realización de la justicia; por otro, el derecho responde a la necesidad de un régimen estable, que elimine cuanto signifique arbitrariedad”.

¹⁸⁰ Cf. FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Introducción a la Filosofía del derecho*, Madrid 1963, pp. 139-141.

subordinada a la implantación de la justicia; es clarísima la supremacía de la justicia en esta prelación de medio –incluso considerándola como fin próximo– respecto al fin –fin supremo en todo caso¹⁸¹.

Luis Legaz y Lacambra, en su *Filosofía del Derecho*, trata de manera extensa el tema de la seguridad jurídica, así como el de la arbitrariedad. El derecho es una realidad y un punto de vista sobre la justicia en cuanto constituye un orden de la vida social y una seguridad en cuanto a las condiciones mínimas que lo posibilitan. La cosa más alta que interesa al derecho es la justicia, teniendo en cuenta además que al margen de la justicia no es posible la seguridad, ni el orden, estos –seguridad y orden– condicionan ontológica y ónticamente a la justicia, pues la justicia solo se puede realizar cuando existe un orden, siendo la seguridad el reflejo de ese orden social y jurídico de tal manera que la seguridad es exigida por la justicia¹⁸². En su sentido subjetivo es un valor que aparece en la sociedad burguesa y que es proclamado por el pensamiento jurídico individualista. El individuo –el hombre económico– desea conocer los hechos y obligaciones que le afectan¹⁸³. En las sociedades modernas hay una aspiración a la seguridad, un ideal incluso a costa de la aspiración a la libertad, así la seguridad es considerada un valor con pretensiones normativistas¹⁸⁴. Como se ha dicho, la arbitrariedad es estudiada ampliamente por este autor, pero en capítulo a parte al de la seguridad jurídica pero, a continuación del mismo, lo que ya indica una cierta distancia entre estos dos conceptos. Concibe la arbitrariedad como negación de la legalidad –que puede coincidir o no con la injusticia–. Históricamente, esta cuestión es la de la vinculación del *principe* por sus propias leyes. En la Edad Media esta consideración moral se plasmó en un aforismo en las Etimologías de San Isidoro y que a su vez se reproduce en el Fuero Juzgo: “*rex eris si recte facies*”; rey serás “*faciendo derecho*” y no serás rey “*faciendo torto*”, como se dice la versión romanceada de éste. Por su parte,

¹⁸¹ Cf. *Ibid.*, p. 146.

¹⁸² Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona 1979⁵, pp. 605-606. Afirma que “La seguridad no es sino una exigencia ineludible del derecho, y, dicho más certeramente: una dimensión ontológica del mismo”.

¹⁸³ Cf. *Ibid.*, p. 609.

¹⁸⁴ Cf. *Ibid.*, p. 614.

los juristas y teólogos del siglo de oro español mantuvieron todos ellos la idea de la subordinación del *principe* a la legislación¹⁸⁵.

Javier Hervada no ofrece explícitamente una definición de seguridad jurídica, pero si se refiere a este principio y la pone en relación con los medios que utiliza la técnica jurídica para protegerla –formalismo y publicidad–, infiriéndose que el principio de seguridad en el orden jurídico implica que éste pueda ser “*captable*”: “*Formalismo y publicidad son dos medios de los que se sirve la técnica del derecho para proteger la seguridad en el orden jurídico*”. En principio por ser un orden entre personas debe manifestarse externamente para que sea captable por los demás, pero las formas son muy variadas y no todos son igualmente apto. Sin embargo, el formalismo en el derecho no está justificado únicamente por el principio de seguridad. Los hombres para comunicarse utilizan signos, manifestaciones, figuras exteriores, por ello el derecho necesita de la forma con una inherente referencia al contenido. Este principio abarca todo el orden jurídico y también los actos de autoridad que se expresa en formas y fórmulas. Por ello la forma, es decir, un cierto formalismo bien entendido, favorece la seguridad de las relaciones jurídicas constituyendo un instrumento en defensa de los derechos de la persona, sin embargo, su exceso desnaturaliza este recurso. Cuando se produce un exceso de formalismo supone una rigidez que ahoga la vitalidad de la realidad social, significando un derecho decadente. En cuanto al principio de publicidad, también éste obedece a una razón y refleja de manera evidente el principio de seguridad, pues se trata de que sea conocido por todos los interesados¹⁸⁶.

Valentín Gómez Iglesias manifiesta que es un principio de validez universal universal necesario para el bien común en cualquier comunidad organizada y que incluye el derecho de la persona al recto y adecuado gobierno de la sociedad, y que se caracteriza por ser un modo de evitar la arbitrariedad¹⁸⁷.

La noción de derecho que presenta Elías Díaz es de orientación claramente positivista legalista. Considera el derecho como un conjunto de normas, o bien un

¹⁸⁵ Cf. *Ibid.*, p. 634.

¹⁸⁶ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del...*, cit. p. 629.

¹⁸⁷ Cf. GÓMEZ-IGLESIAS-C., V., « La “aprobación específica” en la “Pastor Bonus” y la seguridad jurídica», en *Fidelium Iura* 3 (1993) p. 362.

sistema de normas, que regularizan determinados comportamientos humanos en una sociedad concreta, como una técnica de organización social¹⁸⁸. En su consideración como sistema normativo se manifiesta tanto como un sistema de seguridad como de control social para la implantación y consecución de un modelo concreto de organización social¹⁸⁹. De tal manera, que lo que se estima como bueno y justo proviene de la sociedad, del grupo al que se pertenece¹⁹⁰. Así, se entiende por seguridad jurídica lo que el derecho hace en su normal funcionamiento, es decir, implantar un cierto orden, creando y haciendo funcionar u determinado tipo de organización, institucionalizando y sistema concreto de seguridad¹⁹¹. El derecho proporciona de este modo, el conocer, al menos mínimamente, con certeza lo que está permitido y lo que está prohibido. La seguridad es comprendida como un valor que proporciona el derecho entendido como sistema de legalidad y esta legalidad supone siempre un progreso frente a la arbitrariedad¹⁹². La seguridad –entendida tanto como orden social como certeza o ausencia de duda– es un valor que pertenece al derecho concebido como sistema normativo positivo o de legalidad, que pretende organizar la sociedad con una cierta concepción de la justicia íntima e ineludiblemente vinculado a la idea de voluntad general y de interés general, es decir, a una ideología. Si bien matiza al concluir, sugiriendo que hay que profundizar en el pluralismo ideológico en la búsqueda de la objetividad, buscando los valores coincidentes de libertad, paz y justicia que derivan de la dignidad de la persona¹⁹³. Ante ello, cabe preguntarse qué noción de dignidad de la persona humana es la que considera, que antropología hay detrás de la misma, si bien

¹⁸⁸ Cf. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid 1976, p. 11.

¹⁸⁹ Cf. *Ibid.*, p. 14.

¹⁹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 23.

¹⁹¹ Cf. *Ibid.*, p. 41.

¹⁹² Cf. *Ibid.*, pp. 43-44; *Ibid.*, pp. 47-49: Al afirmar que la seguridad no es sólo un hecho, sino que sobre todo es un valor, en cuanto que exige “un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible”. Acude así al sistema de libertades fundamentales y derechos humanos “adecuadamente incorporados a un sistema normativo jurídico coherente y protegidos de toda la fuerza de que dispone el Derecho positivo (...) Sin ello no hay propiamente seguridad jurídica aunque exista sistema de legalidad”. Este sistema de libertades debería situarse en el marco del estado de derecho tal y como hoy se entiende.

¹⁹³ Cf. *Ibid.*, p. 52.

esta consideración ya es en sí un punto de partida a considerar en el frío sistema de la legalidad formalista donde cualquier cosa sería en principio ley si cumple las formalidades independientemente de su bondad o justicia, pues el sistema de derechos fundamentales y del llamado *estado de derecho* tampoco garantiza un contenido más allá del consenso.

Antonio-Enrique Pérez Luño, en la misma línea de pensamiento que Elías Díaz, defiende que la seguridad jurídica es un valor ligado al *estado de derecho*, presentado además junto a su acepción objetiva, otra subjetiva relativa a las situaciones personales a la que denomina certeza del derecho¹⁹⁴.

Ricardo García Manrique ante las cuestiones de si la realización de la seguridad jurídica es posible o no y, en caso de serlo cómo es posible, pone el acento en la relación entre el concepto de seguridad jurídica con el concepto que se tenga sobre lo que es el derecho, sosteniendo la tesis de que el derecho es un instrumento que genera seguridad¹⁹⁵.

El concepto de seguridad jurídica de García Manrique coincide con el de Radbuch y es equivalente a los que mantienen Henkel, Batifol, Atienza, López de Oñate, Pérez Luño, Alvarez, Arcos o Mezquita del Cacho, tanto en obras generales de filosofía del derecho como en monografías. Define la seguridad jurídica como “la

¹⁹⁴ Cf. PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad Jurídica ...» *cit.* p. 28: En su opinión: “La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: «corrección estructural» (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y «corrección funcional» (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la «certeza del derecho», como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva”.

¹⁹⁵ Cf. GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad...*, *cit.* pp. 25-26: “Responder a estas dos preguntas es tarea harto complicada, quizá una de las tareas principales de la filosofía del derecho, puesto que no es sino una manera de preguntarse por el concepto de derecho y por la posibilidad de alcanzar un conocimiento cierto y una eficacia alta del mismo. Incluso quizá no sea exagerado decir que muchas teorías sobre el derecho son teorías sobre la seguridad jurídica, puesto que el derecho es precisamente un instrumento de generación de seguridad.” Pero, introduciendo el trabajo que va a desarrollar, García Manrique continúa diciendo: “Sin embargo, creo que es posible reflexionar sobre el valor moral de dicha seguridad generada por el derecho con independencia de cuál sea la respuesta a las preguntas acerca de su posibilidad y del modo de alcanzarla. Esto por un lado; por otro, hay otras cuestiones cercanas que quedan fuera del ámbito temático estricto de la seguridad jurídica, pero que no están demasiado lejos de él: la necesidad social del derecho; la conexión entre el derecho y la moral; el modo de fundamentar una obligación de obediencia al derecho; y la validez de las teorías procedimentales de la legitimidad jurídica de raíz democrática. En particular, interesa hacer ver que la negación del valor moral de la seguridad jurídica no debe asociarse con una determinada actitud en relación con asuntos de tal importancia”.

seguridad del derecho mismo", de modo que "el objeto de la seguridad es el propio derecho, con independencia de cuáles sean los bienes o intereses que el derecho garantice"¹⁹⁶ –entendiendo el derecho como el ordenamiento normativo–. La singularidad de este autor estriba en que aborda la reflexión de si la seguridad jurídica es un valor de tipo moral, un valor moral, llegando a la conclusión de que la seguridad jurídica no tiene valor moral, pero que hay que tener en cuenta que el ejercicio del poder mediante normas jurídicas es uno de los mecanismos de control social y de consecución de cualesquiera fines morales o inmorales con mayor efectividad¹⁹⁷.

Sin embargo, aunque el positivismo jurídico continúa dominando el ámbito universitario, hay voces discrepantes, que sostienen que la razón y la fe no se excluyen, sino que se iluminan mutuamente, que la justicia es el fin del derecho y que como concluye Consuelo Martínez-Sicluna "no hay más seguridad jurídica que aquella que cobra sentido por la existencia de la Justicia, igual que no puede hablarse de cualesquiera otros valores jurídicos más que desde el punto de vista de la afirmación una justicia absoluta"¹⁹⁸. La seguridad estriba en la realización de la justicia, pues de otra manera no garantiza nada¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cf. *Ibid.*, pp. 194-195.

¹⁹⁷ Cf. *Ibid.*, pp. 355-356. Así, La seguridad jurídica puede garantizar el éxito del poder social que desde el punto de vista moral, puede ser tan deseable como indeseable y de ello puede derivarse que de un mayor grado de seguridad jurídica suponga una mayor extensión de la inmoralidad. La respuesta la dará cada sistema jurídico particular mediante un análisis de los medios y de los fines propios.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C., *Del Poder y la Justicia. El sentimiento de la Justicia 1*, Madrid 1997, p. 180.

¹⁹⁹ Cf. *Ibid.*, pp. 93-95 y 170-182, donde la autora realiza un profundo análisis acerca de la seguridad jurídica, desentrañando los errores y consecuencias del planteamiento relativista y positivista fruto de un cientifismo. que rehuye el problema de la justicia tanto por considerarlo imposible como fin del derecho, como por contemplar al sujeto destinatario de las normas como el esencial protagonista del devenir histórico unido a los demás como consecuencia de su naturaleza, no fruto de pacto ni de imposición organizada, que responde a las preguntas sobre la finalidad del derecho desde la justicia. La seguridad está en relación con otras dos exigencias que son la igualdad y la libertad en cuanto éstas conectan con la justicia, fruto de un reconocimiento la naturaleza humana. La seguridad se encontrará en el ordenamiento jurídico-positivo, únicamente cuando este tenga por finalidad el plasmar la justicia, asuma el sentido final de la justicia. No es suficiente la existencia de un orden jurídico establecido para que exista seguridad, no basta la apariencia externa, puesto que, si no tiende y se dirige a la justicia, estaría vacía de significado, pues su verdadero contenido se lo da la justicia. Lo único que evita la arbitrariedad, es la exigencia de seguridad y certeza que va más allá del orden normativo que se aplica a las relaciones sociales, que se dirige a la justicia. La visión relativista y positivista del derecho acude a los denominados «valores jurídicos» para separar la seguridad jurídica de la justicia y destruir el carácter teleológico de esta última,

De la lectura de estos textos se puede concluir que la noción de seguridad jurídica no es idéntica en la historia, que está en relación con otros principios jurídicos, que es materia abordada fundamentalmente desde la filosofía del derecho y la metodología jurídica, siendo clave para su comprensión la noción que se tenga de lo que es el *derecho* y el *hombre*²⁰⁰. Pues, “*No hay duda de que el derecho tiene su lugar en este mundo, en las relaciones entre los hombres; por lo cual, es preciso comenzar su ciencia por el conocimiento del hombre, pero el hombre en la plenitud existencial de su ser y en todas las relaciones: con Dios su creador, principio y fin, con el mundo que nos rodea y con nuestros semejantes*” (...) “*Ahí vemos la necesidad de tener «notitiae» de las «divinarum et humanarum rerum», que los romanos consideraron previa a la «iusti atque iniusti scientia»*”²⁰¹.

1.4. DEFINICIÓN EN EL MAGISTERIO PONTIFICIO

1.4.1. LEO PP. XIII

Una serie de opiniones nuevas y perniciosas se concibieron en el siglo XVI y se extendieron en gran manera, produciéndose como consecuencia la pretensión de una libertad más amplia de lo que era justo y también el que se ideara un origen y una constitución de la sociedad civil de los hombres a su propio arbitrio, nacida de su libre consentimiento, fruto de un pacto en el que cada uno habría cedido algo de su derecho. Esta concepción es un error grave, pues los hombres no son una raza solitaria, sino que han nacido para una comunidad natural. Por otro lado, el pacto que predicán así como el que toda potestad viene del pueblo, es un invento, una ficción y no tiene la fuerza,

que no es otro que otorgar a la persona, lo suyo, lo que le corresponde como ser creado que tiene una misión en el orden de la Creación.

²⁰⁰ Cf. PUGLIESE, M. R. «La Certeza del derecho en la concepción de Flavio López de Oñate» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22 (2010) pp. 1265, en: <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/22173/23491>, doi:10.5354/0716-5447.2010.22173. (Consulta 11.7.2014). Refiere que la certeza y su íntima relación con la justicia pertenece a la esencia del derecho, tratándose de una relación problemática cuyo estudio es “Tema apasionante e inquieto que interesa tanto a la filosofía del derecho cuanto a la historia del derecho y también a la historia política”.

²⁰¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Esquema introductorio para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho...*, cit. pp. 79-80; Cf. *D.*, 1,1,10,2, la definición de Jurisprudencia de Ulpiano: “*Jurisprudencia est divinarum et humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

puesto que la dignidad y la firmeza que requieren la defensa de la cosa pública y del bien común, solo se tendrá si el poder se reconoce derivado de Dios. Si así se reconoce, entonces, el ejercicio de la autoridad es entendido como un servicio que se ejerce a imagen de Dios y por ello se obedece. Por lo tanto hay que imitar a Dios al ejercer la autoridad, haciéndolo con equidad y fidelidad. La imitación de Dios es la mayor tutela en el servicio a la cosa pública. Por ello y respecto a la obediencia a las leyes, el hombre sólo tiene una causa para no obedecerlas, y es cuando se solicita algo contrario a la ley natural o a la voluntad de Dios, en cuyo caso tan malo es mandarlas como el obedecerlas, pues el que manda excedería la medida de su potestad y pervertiría la justicia, anulándose su autoridad²⁰².

²⁰² Cf. LEO PP. XIII, «Epistola Encyclica “*Diuturnum illud*” ad Patriarchis Primatibus, Archiepiscopos et Episcopos universos catholici orbis gratiam et communionem cum Apostolica Sede habentes, 29.6.1881», en *ASS* 14 (1881) pp. 4, 7-9: “Verum si fieri non potuit, ut e mediis civitatibus politica potestas tolleretur, certe libuit omnes artes adhibere ad vim eius ele van dam, maiestatemque minuendam: idque maxime saeculo XVI, cum infesta opinionum novitas complures infatuavit. Post illud tempus non solum ministrari sibi libertatem largius, quam par esset multitudo contendit; sed etiam originem constitutionemque civilis hominum societatis visum est pro arbitrio confingere. Immo recentiores perplures, eorum vestigiis ingredientibus qui sibi superiore saeculo philosophorum nomen inscripserunt, omnem iniquant potestatem a populo esse; quare qui eam in civitate gerunt, ab iis non uti suam geri, sed ut a populo sibi mandatam, et hac quidem lege, ut populi ipsius voluntate, a quo mandata est, revocari possit. Ab his vero dissentiant catholici homines, qui ius imperandi a Deo repetunt, velut a naturali necessarioque principio”. *Ibid.*, p.7: “Qui civilem societatem a libero hominum consensu natam volunt, ipsius imperii ortum ex eodem fonte petentes, de iure suo iniquant aliquid unumquemque cessisse, et voluntate singulos in eius se contulisse potestatem, ad quem summa illorum iurium pervenisset. Sed magnus est error noii videre, id quod manifestum est, homines, cum non sint solivagum genus, citra liberam ipsorum voluntatem ad naturalem communitatem esse natos: ac praeterea pactum, quod praedicant, est aperte commentitium et fictum, neque ad impertiendam valet politicae potestati tantum virium, dignitatis, firmitudinis, quantum tutela reipublicae et communes civium utilitates requirunt. Ea autem decora et praesidia universa tunc solum est habiturus principatus, si a Deo, augusto sanctissimoque fonte, manare intelligatur”. *Ibid.*, p. 8: “Una illa hominibus caussa est non parendi, si quid ab iis postuletur quod cum naturali aut divino iure aperte repugnet: omnia enim, in quibus naturae lex vel Dei voluntas violatur, aequae nefas est imperare et facere. Si cui igitur usuveniat, ut alterutrum malle cogatur, scilicet aut Dei aut principum iussa negligere, Iesu Christo parendum est reddere iubenti quae sunt Caesaris Caesari, quae sunt Dei Deo, atque ad exemplum Apostolorum animose respondendum: obedire, oportet Deo magis quam hominibus. Neque tamen est, cur abieciisse obedientiam, qui ita se gerant, arguantur; etenim si principum voluntas cum Dei pugnat voluntate et legibus, ipsi potestatis suae modum excedunt, iustitiamque pervertunt: neque eorum tunc valere potest auctoritas, quae, ubi iustitia non est, nulla est. Ut autem iustitia retineatur in imperio, illud magnopere interest, eos qui civitates administrant intelligere, non privati cuiusquam commodo politicam potestatem esse natam: procuracionemque reipublicae ad utilitatem eorum qui commissi sunt, non ad eorum quibus commissa est, geri oportere. Principes a Deo optimo maximo, unde sibi auctoritas data, exempla sumant: eiusque imaginem sibi in administranda republica proponentes, populo praesint cum aequitate et fide, et ad eam, quae necessaria est, severitatem paternam caritatem adhibeant”. *Ibid.*, p. 9: “Quibus praeceptis rempublicam tuentibus, omnis seditionum vel caussa vel libido tollitur: in tuto futura sunt honos et securitas principum, quies et salus civitatum. Dignitati quoque civium optime consulitur: quibus in obedientia ipsa concessum est decus illud retinere, quod est hominis excellentiae consentaneum. Intelligunt enim, Dei iudicio non esse servum neque liberum; unum esse dominum

Como consecuencia de las ideas nuevas y dañosas promovidas en el siglo XIV que pasaron luego a la filosofía, surgió un derecho totalmente nuevo –que disiente tanto del derecho natural como del derecho cristiano– que negaba que el hombre estuviese naturalmente ordenado a vivir en sociedad²⁰³.

En cuanto al tema de la libertad, cuyo concepto ha sufrido el daño de las ideas erróneas, es tratado con profundidad en la encíclica *Libertas*. La libertad es un don de la naturaleza que los seres racionales poseen de modo propio y exclusivo, que les confiere la dignidad de estar en manos de su libre albedrío y ser dueños de sus actos, ser responsables. Del ejercicio de la libertad nacen los mejores bienes, pero también los mayores males, pues puede el hombre obedeciendo la razón seguir a su fin, o puede ser objeto de ilusorias apariencias que perturban el orden debido y le llevan en la dirección contraria a su fin. La libertad es la facultad de elegir entre los actos o medios más idóneos para alcanzar un determinado fin. De modo que la libertad reside en la voluntad y obedece a la razón, pero como ambas son imperfectas a la libertad imperfecta del hombre le hacía falta una protección o un auxilio para que el hombre se dirigiese en su actividad hacia el bien y evitase el mal de modo que la libertad no fuese algo perjudicial. Por ello le era necesaria una ley que estableciese lo que hay que hacer y lo que hay que evitar, porque la razón prescribe a la voluntad lo que ha de buscar y lo que ha de evitar para alcanzar el fin último al que debe dirigir todas sus acciones. Esta ordenación de la razón –*ordinatio rationis*– es llamada ley y su fundamento es la libertad, para que la voluntad humana no se aparte de la recta razón²⁰⁴.

omnium, divitem in omnes cju invocant illum: se autem idcirco subesse et obtemperare principibus, quod imaginem quodammodo referant Dei, cui servire regnare est”.

²⁰³ Cf. LEO PP. XIII, «Epistola Encyclica “*Inmortale Dei*” de civitatum Constitutione Christiana, 1.11.1885», en *ASS* 18 (1885) p.162: “Insitum homini natura est, ut in civili societate vivat”; *Ibid.*, p. 170: “Sed perniciosa illa ac deploranda rerum novarum studia, quae saeculo XIV excitata sunt, cum primum religionem christianam miscuissent, mox naturali quodam itinere ad philosophiam, a philosophia ad omnes civilis communitatis ordines pervenerunt. Ex hoc velut fonte repetenda illa recentiora effrenatae libertatis capita, nimirum in maximis perturbationibus superiore saeculo excogitata in medioque proposita, perinde ac principia et fundamenta novi iuris, quod et fuit antea ignotum et a iure non solum christiano, sed etiam naturali plus una ex parte discrepat”.

²⁰⁴ Cf. LEO PP. XIII, «Litterae Encyclicae “*Libertas Praestantissimum*” ad venerabilibus fratibus Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopi et Episcopis universis Catholici orbis gratiam et communionem cum Apostolica Sede habentibus. 20.6.1888 », en *ASS* 20 (1887) pp. 593-596. El Pontífice afirma que los seres que gozan de libertad, “ideo in potestate est agere, non agere, ita vel secus agere, quia tum, quod volunt eligunt, cum antecessit illud (...) rationis iudicium. Quod quidem iudicio non modo statuitur quid

Lo que se afirma acerca de la libertad de cada individuo se dice también para los hombres unidos en sociedad civil, puesto que la ley humana promulgada para el bien común de los ciudadanos realiza la misma función que hace en cada hombre la razón y la ley natural. Entre las leyes humanas las hay algunas cuyo objeto es lo que es bueno o malo por naturaleza, su origen no es el estado, son leyes anteriores a la misma sociedad y su origen hay que buscarlos en la ley natural y en la ley eterna. Estos preceptos tienen un valor superior debido a su origen y el legislador civil debe buscar que sean obedecidas a fin de preservar la misma sociedad y a sus conciudadanos. Otras disposiciones civiles no procederán inmediata y próximamente del derecho natural, pues son numerosa las cosas reguladas por la naturaleza de modo general y en conjunto y deberá ser la prudencia humana la que determine el modo y el objeto, constituyendo el ámbito propio de la ley humana. De modo que en una sociedad civil la libertad consiste en que por medio de las leyes civiles cada uno pueda fácilmente vivir conforme a los preceptos de la ley eterna, fuente radical de todo el derecho. La naturaleza de la libertad humana requiere en todos los campos la obediencia a la razón suprema y eterna, que es el mismo Dios y el fin supremo al que debe aspirar la libertad humana es el mismo Dios, quedando la obediencia dignificada del mejor modo, cual es la obediencia más justa y a la más elevada autoridad de la que viene todo poder legítimo.

Una ley, cualquiera que sea la autoridad que la sancione, que sea contraria a la *recta rationis* o perniciosa para la comunidad (*reipublicae*), carece de fuerza de ley, su fuerza de ley es nula, puesto que no es norma de justicia y no conduce a los hombres al bien, razón de la existencia de la sociedad. Así, se cierra la puerta a la tiranía y a que el estado lo absorba todo, pues quedarán a salvo los derechos de todos los miembros del estado: ciudadanos, familias, y demás organismos sociales, que tendrán así una amplia

honestum natura sit, quid turpe, sed etiam quid bonum sit reque ipsa faciendum, quid malum, reque ipsa vitandum (...) Iamvero haec «ordinatio rationis» lex nominatur”. La ley es la que guía al hombre a hacer el bien y evitar el mal alentada con el premio o el castigo consiguiente; “Talis est princeps omnium «lex naturalis» quae scripta est et insculpta in hominum animis singulorum, quia ipsa est humana ratio recte facere iubens et peccare vetans”; *Ibid.*, p. 597: “Ut naturae lex sit ipsa «lex aeterna», insita in iis qui ratione utuntur, eosque inclinans «ad debitum actum et finem», eaque est ipsa aeterna ratio creatoris universum que mundum gubernantis Dei”.

participación en la libertad verdadera que consiste en vivir obedeciendo a las leyes y a la recta razón²⁰⁵.

1.4.2. S. PIUS PP. X

Las doctrinas políticas imperantes que proponen la supremacía del estado en todos los ámbitos y lo constituyen en la voz suprema tanto de la religión, la doctrina y el derecho, producen situaciones terribles y funestas consecuencias, como las vividas vulnerándose los derechos de la Iglesia²⁰⁶.

El positivismo legalista y las declaraciones formales de derechos no son una garantía frente a la arbitrariedad del estado cuando éste resulta ser la voz suprema del derecho y no reconoce otro derecho superior, ni otra voz o razón que respetar²⁰⁷.

Los errores de las doctrinas filosóficas mantenidas y difundidas en Francia por *Le Sillon*, que aunque de apariencia brillante y generosa, carecen con frecuencia de claridad, lógica y de verdad, no propias del espíritu católico y francés. Es un error condenable el considerar la libertad como emancipación total y por lo tanto, el concepto

²⁰⁵ Cf. LEO PP. XIII, «Litterae Enc. “*Libertas Praestantissimum*”» cit. p. 599. Sobre las leyes contrarias a la recta razón “*vim legis nullam haberet, quia nec regula iustitiae esset, et homines a bono cui nata societas est, abdiceret*”; *Ibid.*, p. 600: La libertad verdadera que consiste en: “*Ut quisque possit secundum leges rectamque rationem vivere*”. Sobre la obligación de obedecer a las leyes y la dignidad de la obediencia: “*Praeterea verissimum officium est reveri auctoritatem iustisque legibus obedienter subesse: quo fit ut virtute vigilantiaque legum ab iniuria improborum cives vindicentur*”(…)“*Verum ubi imperandi ius abest, vel si quidquam praecipitur rationi, legi aeternae, imperio Dei contrarium, rectum est non parere, scilicet hominibus, ut Deo pareatur*”.

²⁰⁶ Cf. S. PIUS PP. X, «*Sermo ad peregrinos Gallos in audientia diei 18.11.1909*», en *AAS* 1 (1909) p. 790: “*Il veulent supprimer jusqu'à la notion même du Christianisme, et sous prétexte de se soustraire à l'autorité dogmatique et morale de l'Eglise, ils en acclament une autre, aussi absolue qu'illégitime, à savoir la suprématie de l'Etat, arbitre de la Religion, oracle suprême de la doctrine et du droit*”.

²⁰⁷ Cf. S. PIUS PP. X, «*Sermo ad peregrinos Gallos in audientia diei 18.11.1909*» cit. p. 789: Y así lo constata el Pontífice, y manifiesta las consecuencias de esta ideología en relación con las actuaciones efectuadas por el Estado francés contra los derechos de la Iglesia: “*Peut-on qualifier autrement l'oeuvre de ceux qui, après avoir déchiré arbitrairement le pacte solennel fait avec l'Eglise - après avoir, par une usurpation manifeste, mis la main sur son patrimoine sacré - après avoir, enétouffant tout sentiment de pitié et de reconnaissance, chassé de leur patrie les citoyens, pleins de mérite, qui appartiennent aux Ordres religieux - après avoir fait passer calomnieusement pour ennemis de la République les ministres du Sanctuaire, parce qu'ils réclament, en faveur de la Religion et de l'Eglise, la liberté et le respect, auxquels elles ont un droit inviolable*”.

de dignidad basado en esta noción de libertad²⁰⁸. Del mismo modo es un error, la doctrina sobre el poder político que coloca primordialmente la autoridad política en el pueblo, que la deriva en los gobernantes pero sigue residiendo en el pueblo²⁰⁹. Pero, la elección de los gobernantes por el pueblo no se opone a la doctrina católica si sólo establece la persona que lo ha de ejercer, si no se le confieren los derechos del poder, pues la autoridad es de Dios²¹⁰.

1.4.3. BENEDICTUS PP. XV

No solamente la guerra sangrienta es la que trae la miseria a los pueblos. Otro mal funesto ha penetrado hasta lo más profundo en la sociedad humana. Este mal ha causado ya muchos males a las naciones y los seguirá causando en el futuro. Pues, en efecto, desde que se han dejado de aplicar en el gobierno de los estados la norma y las prácticas de la sabiduría cristiana, que garantizaban la estabilidad y la tranquilidad del orden, los cimientos de las naciones comenzaron a vacilar y a producirse el cambio en las ideas y en la costumbres de tal manera que parece inminente la destrucción de la sociedad²¹¹. En este orden de cosas, nunca se ha hablado tanto de la fraternidad humana y nunca se han tratado los hombres menos fraternalmente que ahora. Y así se manifiesta el odio entre razas, divisiones entre pueblos, la malevolencia entre las distintas clases sociales, de tal manera que el egoísmo se ha convertido en la ley suprema²¹². La autoridad de los gobernantes no se respeta, consecuencia de querer atribuir el origen de toda la potestad humana a la libre voluntad del hombre en lugar de a Dios-Creador. El

²⁰⁸ Cf. ID., «Lettre “*Notre charge apostolique*” aux Archevêques et Évêques français i nos bienaimés fils Pierre Hector Coullié, Cardinal prêtre de la s. e. r. Archevêque de Lyon, Louis Henri Luçon, Cardinal prêtre de la s. e. r. Archevêque de Reims, Paulin Pierre Andrieu, Cardinal prêtre de la s. e. r. Archevêque de Bordeaux, et 1 tous nos autres vénérables frères les Archevêques et Évêques français, e vénérables frères salut et bénédiction apostolique, 25.8.1910», en *AAS* 2 (1910) pp. 607-608.

²⁰⁹ Esta doctrina ya fue rechazada. Cf. LEO PP. XIII, «Ep. Enc. “*Diuturnum illud*”» cit. p. 7.

²¹⁰ Cf. S. PIUS PP. X, «Lettre “*Notre charge apostolique*”» cit. p. 616.

²¹¹ Cf. BENEDICTUS PP. XV, «Litterae Encyclicae “*Ad Beatissimi Apostolorum*” ad venerabilibus fratibus Patriarchis Primatibus Archiepiscopi Episcopis aliisque locorum ordinariis pacem et communionem cum apostolica sede habentes, 1.11.1914», en *AAS* 6 (1914) p. 567.

²¹² Cf. *Ibid.*, p. 570.

inmoderado deseo de libertad lo ha invadido todo, incluso la familia. Se puede afirmar con rotundidad que de esta ideología proviene el desprecio de las leyes, las agitaciones populares, el desprecio hacia los bienes y las vidas de los demás, de tal manera, que esta manera de pensar y de obrar destruye la constitución de la sociedad humana, pues está sobradamente demostrado que haya donde se destierra la religión, perece la autoridad humana²¹³.

En contra del espíritu modernista que rechaza todo lo que sabe a antiguo de forma desdeñosa y busca a toda costa la novedad en todas las cosas, debe ser respetada la ley de nuestros mayores que sostiene que “*Nihil innovetur, nisi quod traditum est*” y esto afirma no solo para ser observado en las cosas de fe de modo inviolable, sino que debe ser la norma de todas aquellas cosas que pueden sufrir mutación: “*Non nova, sed noviter.*” No cosas nuevas, sino de un modo nuevo²¹⁴, porque la verdad no se puede cambiar, es siempre la misma, permite una mayor profundización y una mejor comprensión, pero la verdad es siempre la verdad²¹⁵.

1.4.4. PIUS PP. XI

Pío XI llama la atención a lo nefasto del no reconocimiento del derecho natural –hecho que conllevó terribles atrocidades en el Tercer Reich– y la grave responsabilidad del ministerio petrino es mostrar el camino de la verdad²¹⁶.

²¹³ Cf. *Ibid.*, p. 571. Fundamenta que la autoridad: “«Non est potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt» (Rom. 13, 1). Quisquis igitur inter homines praeest, sive is princeps est sive infra principatum, eius divina est origo auctoritatis. Quare Paulus non quovis modo, sed religiose, id est ex conscientiae officio, obtemperandum iis esse edicit, qui pro potestate iubent, nisi quid iubeant divinis contrarium legibus: «Ideo necessitate subditi estote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam» (Rom.13, 5). Congruit cum verbis Pauli, quod ipse Apostolorum Princeps docet: «Subiecti igitur estote omni humanae creaturae propter Deum: sive regi, quasi praecellenti: sive ducibus, tamquam ab eo missis» (1 Pet 2, 13-14)”.

²¹⁴ Cf. BENEDICTUS PP. XV, «Litterae Enc. “*Ad Beatissimi Apostolorum*”» cit. p. 578.

²¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 570. Fundamenta el Magisterio pontificio: “Nobis quidem, quibus magisterium «veritatis divinitus mandatum est, tacere non licet; populosque admonemus illius doctrinae, quam nulla hominum placita mutare possunt”.

²¹⁶ Cf. PIUS PP XI «Lettera Enciclica “*Con ansia viva (Mit brennender Sorge)*” ai venerabili fratelli arcivescovi e vescovi e altri ordinari di germania aventi pace e comunione con la sede apostolica: sulla situazione della chiesa cattolica nel reich germánico,14.3.1937» en *AAS* 29 (1937) p. 168; BENEDICTUS PP. XV, «Litterae Enc. “*Ad Beatissimi Apostolorum*”...» cit. p. 571.

Un error característico de la época contemporánea y de consecuencias nefastas es el querer desgajar los mismos fundamentos del derecho y de su aplicación de la verdadera fe en Dios y del derecho divino revelado y más en concreto en el derecho natural impreso en el corazón humano capaz de ser descubierto por la sana razón si no es oscurecida por el pecado y las pasiones. Este derecho natural ha de alumbrar todo el derecho positivo, puesto que, independientemente de quien sea el legislador, ha de dar luz sobre su contenido ético para que sea legítimo el mandado y por lo tanto deba ser obedecido. De tal manera que las leyes humanas que están en contradicción con el derecho natural son nulas por estar viciadas insanablemente desde su origen²¹⁷. Según lo cual, no es correcto el principio *derecho es lo que es útil a la nación*, pero podría dársele un sentido justo, ya que lo moralmente ilícito no puede considerarse de ninguna forma ventajoso para el pueblo²¹⁸. Lo útil desvinculado de la ética, confunde el interés con el derecho, lo que deriva en una lucha permanente en las distintas relaciones humanas, ya sea a nivel internacional, con un estado de guerra entre naciones, el atentado a los derechos de todo hombre recibidos de Dios, el bien común ya no sería el fin de la sociedad, ni a cada hombre se le daría lo suyo²¹⁹.

²¹⁷ Cf. PIUS PP XI «Lettera Enc. “*Con ansia viva (Mit brennender Sorge)*”» cit. p. 181: “Quelle leggi umane, che sono in contrasto insolubile col diritto naturale, sono affette da vizio originale, non sanabile nè con le costrizioni nè con lo spiegamento di forza esterna”.

²¹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 181: “Persino l'antico paganesimo ha riconosciuto che, per essere giusta, questa frase dovrebbe essere capovolta e suonare: «non vi è mai alcunché di vantaggioso, se in pari tempo non è moralmente buono, e non perchè è vantaggioso è moralmente buono, ma perchè moralmente buono è anche vantaggioso» (Cicerone, *De officiis*, 3, 30)”.

²¹⁹ Cf. PIUS PP XI «Lettera Enc. “*Con ansia viva (Mit brennender Sorge)*”» cit. pp. 181-182: “Disprezzando questa verità si perde di vista che il vero bene comune, in ultima analisi, viene determinato e conosciuto mediante la natura dell'uomo con il suo armonico equilibrio fra diritto personale e legame sociale, come anche dal fine della società determinato dalla stessa natura umana. La società è voluta dal Creatore come mezzo per il pieno sviluppo delle facoltà individuali e sociali, di cui l'uomo ha da valersi, ora dando ora ricevendo per il bene suo e quello degli altri. Anche quei valori più universali e più alti che possono essere realizzati non dall'individuo, ma solo dalla società, hanno per volontà del Creatore come ultimo scopo l'uomo naturale e soprannaturale. Chi si allontana da questo ordine scuote i pilastri, su cui riposa la società, e ne pone in pericolo la tranquillità, la sicurezza e l'esistenza”.

1.4.5. PIUS PP. XII

El Papa Pío XII en un valiente discurso dirigido a una humanidad atormentada y angustiada en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, tiempo en el que se produjo una fuerte crisis del derecho, afirmaba con su autoridad moral que *“Dall'ordinamento giuridico voluto da Dio promana l'inalienabile diritto dell'uomo alla sicurezza giuridica, e con ciò stesso ad una sfera concreta di diritto, protetta contro ogni arbitrario attacco”*²²⁰.

Pío XII, sitúa la seguridad jurídica como un derecho del hombre que forma parte del ordenamiento jurídico querido por Dios, por lo tanto pertenece a la naturaleza del hombre y ha de ser abordado desde una antropología que busque y contemple la verdad del hombre, ha de ser interpretado hermenéuticamente, dentro del conjunto de la doctrina de la Iglesia y de la específicamente jurídica, conforme a la tradición. La noble ciencia o arte que cultivan los juristas: *“Voi infatti siete, in primo luogo, giuristi, cultori di quella nobile fra le scienze che studia, regola ed applica le norme, sulle quali si fondano l'ordine (sic) e la pace, la giustizia e la sicurezza nella convivenza civile degli individui, delle società e delle nazioni”*²²¹. La nobleza de la profesión de jurista, fue descrita magníficamente por Ulpiano así como el noble objeto de la ciencia jurídica: *“La nobiltà della vostra professione è stata magnificamente descritta da Ulpiano, che definitiva la giurisprudenza «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia» (L 10 D, 1.1). Quale nobile oggetto aegli assegna in questa definizione alla scienza giuridica e quanto alto la eleva sopra altri rami del sapere umano”*²²².

La naturaleza o la esencia del derecho no pueden derivarse sino de la naturaleza misma del hombre al tiempo que no puede ser conocida sin la conexión ontológica a su causa trascendente, ni siquiera aproximadamente, así respecto a su perfección, dignidad y elevación, lo mismo en los fines que gobiernan y subordinan las acciones. El jurista

²²⁰ PIUS PP. XII, «Nuntius Radiophonicus, a Summo Pontifice die XXIV mensis Decembris a. MCMXLII, in pervigilio nativitatis D. N. Iesu Christi, universo orbi datus», en *AAS* 35 (1943) p. 21.

²²¹ PIUS PP. XII, «*Con felice pensiero*, Allocucion sociis unionis iurisperitorum catholicorum Italiae, ob nationalem conventum Romae coadonatis. Habita die 6 Novembris mensis a. 1949» en *AAS* 41 (1949) p. 598.

²²² *Ibid.*, p. 599.

solo adquirirá un sano concepto del derecho y una ordenación sistemática de éste viendo al hombre y a las cosas humanas dejándose iluminar por Dios Creador en su investigación y reflexión. Hay que atender necesariamente a la verdad del hombre, a su trascendencia. Hay una necesidad de considerar una antropología trascendente con la referencia a un Ser superior, a un Dios Creador. Cabe señalar, que el error del racionalismo moderno ha sido fundamentalmente en la pretensión de reconstruir el sistema del derecho y su teoría general sin considerar la naturaleza del hombre y su referencia a ese Ser superior, a Dios Creador²²³.

Hay que otorgar una singular importancia a una concepción antropológica trascendente como base de la ciencia jurídica y de un sano concepto de derecho y conviene resaltar como el Sumo Pontífice con esas citas expresas a Ulpiano y a Cicerón otorga vigencia al pensamiento del realismo jurídico clásico a través de estos grandes juristas romanos. La seguridad jurídica es un derecho humano, y hay que comprenderlo como el propio Pío XII dice que hay que entender los derechos humanos y su sistema, dentro de una antropología trascendente, con referencia a un Ser superior, de cuya voluntad creadora y ordenadora depende el hombre en la esencia y en la acción, nunca considerando la naturaleza del hombre como un ser que existe por si mismo, con una antropología antropocéntrica y cerrada²²⁴. Los derechos humanos, así entendidos, son principios de justicia acordes a la naturaleza del hombre, que mediante la metodología

²²³ Cf. *Ibid.*, p. 600: “E poiché, d'altra parte, questa natura non può essere conosciuta, nemmeno approssimativamente, nella sua perfezione, dignità ed elevatezza e nei fini che ne comandano e subordinano a sè le azioni, senza la connessione ontologica, dalla, quale è legata alla sua causa trascendente, è chiaro che al giurista non sarà possibile di conquistare un sano concetto del diritto, nè di conseguire un suo sistematico ordinamento, se non rinonziando a vedere l'uomo e le cose umane fuori della luce, che piove dalla divinità a rischiarargli il cammino faticoso della sua indagine. L'errore del razionalismo moderno è consistito appunto nella pretesa di volver costruire il sistema dei diritti umani e la teoria generale del diritto, considerando la natura dell'uomo come un ente per sè stante, al quale marchi qualsiasi necessario riferimento ad un Essere superiore, dalla cui volontà creatrice e ordinatrice dipende nell'essenza e nell'azione”.

²²⁴ Cf. AYUSO TORRES, M., «La visión revolucionaria de los Derechos del hombre como ideología y su crítica», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 20 (1989) p. 298. Afirma Ayuso en consonancia con el Discurso de Pío XII a los juristas católicos italianos, que el lenguaje de los derechos del hombre viene a expresar “una metafísica inmanentista bajo el disfraz de la dignidad humana; una antropología falaz y ahistórica; una filosofía social individualista y destructiva de la sociedad civil; una concepción existencial y psicológica generadora de conflictos y desagradecida que ensoberbece al hombre haciéndole olvidar lo que debe; y una filosofía política anegadora de los fundamentos de toda la vida social ordenada, pues hace imposible la convivencia al destruir la vida comunitaria”.

jurídica llevarán a determinar lo que en concreto es justo y equitativo en una relación de justicia²²⁵.

Abordando el tema del positivismo jurídico, se constata su arbitrariedad, su desorden y su tiranía, o sea, lo contrario de lo que supone el principio de seguridad jurídica. Las vigentes causas de las crisis del derecho son el positivismo jurídico y el absolutismo del estado (el estado es el derecho quienquiera que sea el legislador, no hay un orden superior que respetar que no se haya dado a sí mismo)²²⁶.

La noción de la justicia y su misma esencia ha sido alterada por el positivismo jurídico y el absolutismo del estado, que ha dejado de lado el verdadero derecho, el derecho justo, es decir, el derecho como lo justo, así, la ciencia jurídica vuelve continuamente sobre el tema que ya fue puesto de manifiesto por Sófocles en boca de Antígona²²⁷ ante la pregunta acerca de lo que es verdadero o falso derecho, si lo decidido por el poder legislativo, sólo por ello, es en sí mismo es suficiente para crear o establecer un verdadero derecho, tal como afirma el positivismo jurídico en su sentido

²²⁵ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J., «¿Los denominados derechos fundamentales son derechos o son principios jurídicos? Una cuestión lingüística con consecuencias jurídicas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 36 (2006) pp. 19-20, 25-26. Véase la interesante reflexión acerca de como los «derechos humanos» encarnan “verdaderos principios antropológicos, ético-jurídicos y, como tales, fundamentales para la práctica del derecho y su determinación”, si bien la denominación puede resultar errónea. Y en cuanto a su determinación, la definición de jurisprudencia de Ulpiano llena de contenido concreto los primeros principios, de los que se iría descendiendo mediante sucesivas concreciones naturales cada vez mas singularizadas e individualizadoras de cada hecho o relación en su realidad objetiva y circunstancias histórico geográficas, fuera ya de la teología o la filosofía, fruto más bien de una metodología científico práctica que nunca debe perder de vista los principios ético-jurídicos aportados al derecho natural por la filosofía del derecho.

²²⁶ Cf. PIUS PP. XII, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores, 13.11.1949», en *AAS* 41 (1949) p. 604: “Le cause immediate di tale crisi sono da ricercarsi principalmente nel positivismo giuridico e nell'assolutismo di Stato; due manifestazioni che alla loro volta derivano e dipendono l'una dall'altra. Sottratta infatti al diritto la sua base costituita dalla legge divina naturale e positiva, e per ciò stesso immutabile, altro non resta che fondarlo sulla legge dello Stato come sua norma suprema, ed ecco posto il principio dello Stato assoluto. Viceversa questo Stato assoluto cercherà necessariamente di sottomettere tutte le cose al suo arbitrio, e specialmente di far servire il diritto stesso ai suoi propri fini”.

²²⁷ Cf. PIUS PP. XII, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores, 13.11.1949» *cit.* p. 605: “Nella scienza, come nella prassi giuridica, ritorna continuamente sul tappeto la questione del vero e giusto diritto. Ve ne è dunque anche un altro? un diritto falso e illegittimo? Senza dubbio l'avvicinamento di questi due termini per se urta e ripugna. Non è però men vero che la nozione da essi significata è stata sempre viva nel senso giuridico, anche dei classici pagani. Nessuno forse fra loro ne ha dato una espressione più profonda di Sofocle nella sua tragedia Antígona”; SÓFOCLES, *Ajax. Antígona. Edipo rey*, *cit.* p. 91.

proprio y en lo que viene a sostener la seguridad jurídica. El siglo XIX es el gran responsable del positivismo jurídico y de la impronta anticristiana, cuya consecuencia es que se ha roto el freno que supone el derecho divino frente a la arbitrariedad del estado o del legislador²²⁸.

El Magisterio de la Iglesia ofrece el criterio para distinguir la ley injusta de la justa, que no es otra cosa que la racionalidad, la naturaleza de las cosas, la ley escrita por el Creador en el corazón del hombre y expresamente confirmada por la revelación., esas normas objetivas que hacen válido el orden jurídico:

“Anche la più profonda o più sottile scienza del diritto non potrebbe additare altro criterio per distinguere le leggi ingiuste dalle giuste, il semplice diritto legale dal diritto vero, che quello percepibile già col solo lume della ragione dalla natura delle cose e dell'uomo stesso, quello della legge scritta dal Creatore nel cuore dell'uomo (Rom. 2, 14-38) ed espressamente confermata dalla rivelazione. Se il diritto e la scienza giuridica non vogliono rinunciare alla sola guida capace di mantenerli nel retto cammino, debbono riconoscere gli «obblighi etici» come norme oggettive valide anche per l'ordine giuridico.

L'organizzazione giuridica della Chiesa cattolica non è mai passata nè rischia mai di passare per una tale crisi. E come potrebbe essere altrimenti? Il suo alfa ed omega è la parola dèi Salmista: «In aeternum, Domine, est verbum tuum, stabile ut caelum... Verbi tui caput constantia est, et aeternum est omne decretum iustitia tuae (Ps 118, 89, 160) Ciò vale per tutto il diritto divino, per quello altresì che l'Uomo-Dio ha posto a fondamento della sua Chiesa. Infatti, fin dal principio, nelle prime grandi promesse, ha stabilito la sua Chiesa come una società giuridica. Cieco in verità dovrebbe essere chi chiudesse gli occhi a questa realtà.

La scienza e la prassi del diritto canonico non riconoscono evidentemente alcun diritto legale che non sia anche vero diritto ; loro ufficio è di dirigere, nei limiti fissati dalla legge divina, il sistema giuridico ecclesiastico sempre e interamente verso il fine della Chiesa stessa, che è la salute e il bene delle anime. A questo fine serve, in modo perfetto, il diritto divino; allo stesso fine deve tendere, il più perfettamente possibile, anche il diritto ecclesiastico”²²⁹.

²²⁸ Cf. *Ibid.*, p. 606: “Il «criterio del semplice fatto» vale soltanto per Colui che è l'Autore e la regola sovrana di ogni diritto, Iddio. Applicarlo al legislatore umano indistintamente e definitivamente, come se la sua legge fosse la norma suprema del diritto, è l'errore del positivismo giuridico nel senso proprio e tecnico della parola; errore che è alla base dell'assolutismo di Stato e che equivale ad una deificazione dello Stato medesimo (...) “Se le sue conseguenze hanno tardato a farsi sentire in tutta la loro gravità nella legislazione, si deve al fatto che la cultura era ancora impregnata del passato cristiano e che i rappresentanti del pensiero cristiano potevano ancora quasi dappertutto far sentire la loro voce nelle assemblee legislative. Doveva venire lo Stato totalitario d'impronta anticristiana, lo Stato che — per principio o almeno di fatto — rompeva ogni freno di fronte ad un supremo diritto divino, per svelare al mondo il vero volto del positivismo giuridico”.

²²⁹ PIUS PP. XII, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores. 13.11.1949 ...» *cit.* pp. 607-608.

1.4.6. S. IOANNES PP. XXIII

La gran aspiración de la humanidad es la paz, la convivencia pacífica, pero esta convivencia sólo se puede conseguir respetando el orden establecido por Dios desde la Creación. El hombre puede descubrir ese orden, aunque parezca que solo puede imperar el desorden entre los individuos y los pueblos, puesto que Dios Creador ha impreso un orden que la conciencia humana es capaz de descubrir y observar. La conciencia es el testigo de la ley escrita en el corazón de cada hombre por el Creador. Pero el orden que debe observar el hombre no es el mismo que rige entre los elementos irracionales del universo, pues pertenecen a otro género y hay que buscarlos en la naturaleza del hombre. Se trata de normas que enseñan con total claridad a los hombres como deben regular su convivencia, como deben regular las relaciones con la autoridad pública, como deben coordinarse las naciones entre si, los individuos y los estados, así como la comunidad de todos los pueblos, el mundo global²³⁰.

Lo primero es afirmar que todo hombre es persona, lo que significa que es naturaleza dotada de inteligencia y libre albedrío. Todos los hombres tienen la misma dignidad²³¹ y toda persona humana es sujeto de derechos y deberes que dimanen de su naturaleza humana, por ello son universales, inviolables e irrenunciables²³².

Los derechos y deberes del hombre son enumerados y expuestos con una breve síntesis, al tiempo que se recuerda el magisterio de su predecesor. Entre los derechos relacionados se encuentra el derecho a la seguridad jurídica en los mismos términos que

²³⁰ Cf. S. IOANNES PP. XXIII, «Litterae Encyclicae “*Pacem in Terris*” Venerabilibus Fratribus, Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopis, Episcopis aliisque locorum Ordinariis pacem et communionem cum Apostolica Sede habentibus, clero et christifidelibus totius orbis itemque universis bonae voluntatis hominibus: De pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda. venerabiles fratres et dilecti filii salutem et apostolicam benedictionem, 11.4.1963», en *AAS* 55 (1963) pp. 257-258.

²³¹ Cf. *Ibid.*, p. 263: “De reliquo illud accedit, quod cum dignitate humanae personae ius cohaeret in partem publicae rei actuose veniendi, atque ad commune civium bonum conferendi. Nam, quemadmodum Decessor Noster fel. rec. Pius XII ait, «tantum abest ut homo, uti talis, sit habendus tamquam vitae socialis obiectum vel iners quoddam elementum, ut magis eiusdem sit existimandus subiectum, fundamentum, finis». (Cf. Nuntius radiophonicus, datus prid; Nativ. D.N.I.C, anno 1944, A.A.S. XXXVII, 1945. p. 12.)”.

²³² Cf. *Ibid.*, p. 259: “Porro in quovis humano convictu, quem bene compositum et commodum esse velimus, illud principium pro fundamento ponendum est, omnem hominem personae induere proprietatem; hoc est, naturam esse, intellegentia et voluntatis libertate praeditam; atque adeo, ipsum per se iura et officia habere, a sua ipsius natura directo et una simul profluentia. Quae propterea, ut generalia et inviolabilia sunt, ita mancipari nullo modo possunt”.

ya definiera Pío XII²³³. Hay que tener presente que los hombres son por naturaleza sociales y por ello conviven unos con otros y deben procurar cada uno el bien de los demás, obedecen a relaciones de justicia, no son facultades de carácter individualista, por ello se da una necesaria conexión entre derechos y deberes, así como que la convivencia humana esté fundamentada en la verdad, la justicia, el amor y la libertad y que ha de fundarse en el orden moral querido por Dios²³⁴.

La autoridad o el derecho de mandar proviene de Dios, obliga en conciencia por ser una exigencia de orden espiritual, por ello las leyes deben promulgarse de acuerdo con el orden querido por Dios para que obliguen al ciudadano – que entonces quedará obligado en conciencia y así lo enseña Santo Tomás de Aquino. Esto no quiere decir que los hombres no tengan derecho a elegir a los gobernantes de su nación, la doctrina sobre la autoridad es compatible con un régimen auténticamente democrático, en el que la democracia sea entendida de acuerdo con la verdad de la naturaleza del hombre²³⁵.

²³³ Cf. *Ibid.*, p. 264: “Ad humanam personam quoque pertinet legitima suorum iurium tuitio: eademque ad effectum valens, aequalis, ad veras iustitiae normas conformata; uti Decessor Noster fel. rec. Pius XII monet hisce dictis: «Ordinem iuridicalem, quem Deus voluit, ius illud hominis proprium et perpetuum consequitur, quo cuique iuridicialis securitas asseritur, atque certa definitaque iuris provincia eidem assignatur, ab omni precaria impugnatione tuta».(cf. Nuntius radiophonicus, datus prid. Nativ. D. N. I.C. anno 1942, A.A.S. XXXV, 1943, p. 21.)”.

²³⁴ Cf. S. IOANNES PP. XXIII, «Litterae Encyclicae “*Pacem in Terris*”» cit. pp. 265-266: “Quam ob rem civium coniunctio bene composita, fructuosa, humanaeque dignitati conveniens est existimanda, si veritate continetur; ita monente Paulo Apostolo (...) si cives, iustitia duce, et in aliorum iura colenda et in sua officia obeunda incumbunt; si iidem tali amoris studio sunt ducti, ut aliorum necessitates tamquam suas sentiant, bonorum suorum alios faciant participes, eoque contendant, ut in terrarum orbe optima animi mentisque sensa inter omnes communicentur. Neque haec satis; nam hominum societas libertate coalescit, modis nempe ad civium dignitatem idoneis, qui cum ex natura rationis compotes sint, actionum idcirco suarum periculum in se recipiunt.”

²³⁵ Cf. *Ibid.*, p. 271: “Quandoquidem imperii facultas ex ordine rerum incorporalium exigitur atque a Deo manat, si forte rei publicae moderatores contra eundem ordinem atque adeo contra Dei voluntatem vel leges ferunt, vel aliquid praecipiant, tunc neque latae leges, neque datae facultates civium animos obstringere possunt; cum «oboedire oporteat Deo magis quam hominibus»; immo vero tunc auctoritas ipsa plane corrui, et foeda sequitur iniuria; docente S. Thoma Aquinate : «Ad secundum dicendum, quod lex humana in tantum habet rationem legis, in quantum est secundum rationem rectam; et secundum hoc manifestum est quod a lege aeterna derivatur. In quantum vero a ratione recedit, sic dicitur lex iniqua, et sic non habet rationem legis, sed magis violentiae cuiusdam.(Summa Theol., I-II, q. 93, a. 3 ad 2); cf. PII XII Nuntius radiophonicus, datus prid. Nativ. D.N.I.C. anno 1944, A.A.S. XXXVII, 1945, pp. 5-23.)”.

1.4.7. PAULUS PP. VI

El servicio fiel al derecho a la vista del bien común y de las almas y promocionar así el orden justo y humano forma parte de la solicitud pastoral de la Iglesia, es el primer e indispensable fundamento para construir un orden cristiano según la ley imprescriptible del Evangelio²³⁶. Es propio de la autoridad de la Iglesia el servicio a la justicia, el ser oráculo del derecho y tutor del orden²³⁷. De esa justicia que por estar derivada de la ley evangélica experimenta en sí la exigencia de la verdad y de la caridad. La justicia está fundamentada en el orden objetivo de la ley divina, natural y positiva, no en la conciencia subjetiva, de modo que la norma jurídica muestra la razón del derecho, su estabilidad y socialidad²³⁸.

Pablo VI en sus discursos al Tribunal de la Rota Romana trata de distintos aspectos que se están estudiando y aplicando en la reforma del código de derecho canónico que se está abordando en esos momentos. Entre otros, cabe destacar la *aequitas canonica*. Esta institución, ideal sublime y regla preciosa de conducta, pertenece tanto al trabajo del legislador como a la obra del juez y fue recibida por el derecho canónico y la tradición cristiana de la jurisprudencia romana de la que constituye una cualidad, la norma de la aplicación del derecho, una actitud del espíritu que atempera el *rigor iuris* y que encarna una aspiración humana de una mejor justicia. Así, se dice, que es la justicia atemperada por la misericordia. Es un elemento especialísimo que caracteriza la jurisprudencia canónica y que es respetada por todos los canonistas con el que se hace resplandecer la caridad cristiana. La vida social impone una norma general y abstracta que no puede prever las circunstancias concretas en las que hay que aplicar la norma,

²³⁶ Cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio ad Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno, 11.1.1965», en *AAS* 57 (1965) p. 234. Reafirma la necesidad del orden justo y humano orientado al bien común en la sociedad, lo que en cada proceso consiste en buscar la justicia del caso concreto, Cf. *Ibid.*, p. 235.

²³⁷ Cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio ad Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos, 25.1.1966», en *AAS* 58 (1966) p. 154.

²³⁸ Cf. ID., «Allocutio ad Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos, 23.1.1967», en *AAS* 59 (1967) pp. 143-144.

con la *aequitas canonica* el derecho ha tratado de enmendar, rectificar y corregir el *rigor iuris*²³⁹.

El recurso contra los actos administrativos eclesiásticos ante un tribunal administrativo fue una novedad que se estudio para introducir en el nuevo código de derecho canonico, como tutela jurídica frente a posibles arbitrariedades contra la justicia y la equidad²⁴⁰.

Todo en el proceso canónico está subordinado y debe ser tendente a la justicia, su objetivo primario, así ocurre con la debida diligencia con la que se debe atender y la solicitud en el estudio. Se debe garantizar a los jueces la atmósfera necesaria para el examen sereno, atento, meditado, completo y exhaustivo de las cuestiones a dilucidar, así como el asegurar a las partes que puedan explicar de modo real sus razones al tribunal. Por ello la ley canónica prevé un camino, que es el proceso, que está delimitado por unas normas precisas, que vienen a ser como una vía de deslizamiento cuyo eje es la búsqueda de la verdad objetiva y cuyo final es la recta administración de justicia. Las normas procesales no son puro formalismo, sino un medio sabiamente ordenado para un fin más alto, es garantía de ponderada búsqueda y esclarecimiento de la verdad objetiva para emitir dictámenes y dar solución a las cuestiones planteadas dentro del marco más amplio del bien común de la comunidad eclesial, cumpliendo la ley de Dios, propuesta por el Magisterio eclesiástico e ilustrada por la jurisprudencia canónica y favoreciendo el bien de las almas²⁴¹.

²³⁹ Cf. ID., «Allocutio ad Praelatos Auditores et Officiales Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, a Beatissimo Padre novo litibus iudicandis ineunte anno coram admissos, 8.2.1973», en *AAS* 65 (1973) pp. 95-96: Muy ilustrativo es no solo la definición de la *aequitas* que realiza el canonista medieval Hostiensis, también lo es su comentario con el que prosigue y que es reflejado por el Papa. Así el Santo Padre dice: “È in questo mistero che dobbiamo vedere la funzione del diritto canonico, la vostra missione e quella virtù che, a poco a poco istituzionalizzata, è diventata *l'aequitas canonica*, definita dall'Hostiensis «iustitia dulcore misericordiae temperata»: definizione che sarà ripetuta da tutti i canonisti. L'Hostiensis così prosegue: «Hoc autem a Cypriano sic describitur: aequitas est iustitia, est motus rationabilis regens sententiam et rigorem. Haec est enim aequitas quam iudex, qui minister est, semper debet habere prae oculis, scilicet sciat bonos remunerare, malos punire. Via regia incedens et se rationabiliter regens, non declinans ad dexteram vel sinistram». A leggere questo testo non vediamo noi forse apparire una luce, il Signore della giustizia e della grazia, il Salvatore e il Giudice degli uomini? ”; *Ibid.*, pp. 98-99.

²⁴⁰ Cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo litibus iudicandis ineunte anno de protectione iustitiae perfectiore reddenda, 4.2.1977», en *AAS* 69 (1977) pp. 151-152.

²⁴¹ Cf. ID., «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, ineunte anno iudiciali, 28.1.1978», en *AAS* 70 (1978) pp. 182-183.

1.4.8. S. IOANNES PAULUS PP. II

El Magisterio de San Juan Pablo II ha ilustrado de manera extensa a lo largo de su eminente pontificado, entre otras muchas, las cosas y cuestiones relativas a la búsqueda y fidelidad a la verdad²⁴² y a la dignidad esencial de la persona²⁴³, al derecho y la justicia, los derechos humanos y el valor del Magisterio de la Iglesia²⁴⁴, también jurídico. En sus discursos al Tribunal de la Rota Romana, reafirma la doctrina enseñada por los pontífices que le precedieron. Así, recuerda que la verdad es la ley de la justicia, que la administración de justicia ha que servir y ser fiel a la verdad y a la ley divina, natural y positiva, también a la canónica, así como la necesaria y fundamental²⁴⁵ noción de certeza moral -declaración auténtica- acuñada por Pío XII. También, tratará de la jurisprudencia y su *sapientia*, así como del proceso, como un camino seguro para la

²⁴² Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Litterae Encyclicae “*Fides et ratio*” cunctis catholicae Ecclesiae episcopis de necessitudinis natura inter fidem et rationem, 14.9.1998», en *AAS* 91 (1999) p. 5: “Fides et ratio binae quasi pennae videntur quibus veritatis ad contemplationem hominis attollitur animus. Deus autem ipse est qui veritatis cognoscendae studium hominum mentibus inseat, suique tandem etiam cognoscendi ut, cognoscentes Eum diligentesque, ad plenam pariter de se ipsis pertingere possint veritatem (cfr Ex 33,18; Ps 27[26],8-9; 63[62],2-3; Io 14,8;1 Io 3,2)”»; *Ibid.*, p. 30: “Homo ex natura sua veritatem perscrutatur”.

²⁴³ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Litterae Encyclicae “*Veritatis splendor*” Cunctis catholicae Ecclesiae episcopis de quibusdam quaestionibus fundamentalibus doctrinae moralis Ecclesiae, 6.8.1993», en *AAS* 85 (1993) p. 1134. Las palabras iniciales de esta Encíclica son una síntesis genial del Magisterio del Santo Pontífice, dice: “Veritatis splendor in omnibus Creatoris operibus effulget, praesertim vero in homine facto ad imaginem et similitudinem Dei (cf. Gn 1, 26): veritas illuminat intellegendam hominisque libertatem informat qui hac ratione ad Dominum cognoscendum atque amandum adducitur. Propter hoc psalmista precatur: *Leva in signum super nos lumen vultus tui, Domine!* (I. i. 4, 7); *ID.*, «Litterae Encyclicae “*Evangelium vitae*”, Episcopis presbyteris et diaconis religiosis viris et mulieribus christifidelibus laicis universisque bonae voluntatis hominibus: de vitae humanae inviolabili bono, 25.3.1995», *AAS* 87 (1995) pp. 402-403.

²⁴⁴ Cf. *ID.*, «Litterae Encyclicae “*Sollicitudo rei socialis*” ad Episcopos, Sacerdotes, Familias Religiosas, Filios et Filias Ecclesiae et ad universos homines bonae voluntatis, vicesimo expleto anno abeditis Litteris Encyclicis a verbis «*Populorum progressio*» incipientibus, 30.12.1987», en *AAS* 80 (1988) p. 514. Afirma, como la doctrina social de la Iglesia a partir de la aportación de León XIII y enriquecida por las sucesivas aportaciones del Magisterio, desde la continuidad y la renovación, es una guía para la construcción de la sociedad desde la creatividad y libertad del hombre. Así, dice: “Ratione humanisque cognitionibus adhibitis, ipsa profecto perducere homines nititur ad vocationi parendum, quae est prudentium societatis terrestres conditorum”.

²⁴⁵ Cf. *ID.*, «Allocutio ad Romanae Rotae praelatos auditores. 27.1.1997», en *AAS* 89 (1997) p. 487.

verdad objetiva y la recta justicia, con palabras de su antecesor, Pablo VI²⁴⁶. La garantía de certidumbre viene dada por el magisterio vivo de los pastores, ya que las normas canónicas expresan jurídicamente la realidad antropológica –la naturaleza de la persona humana²⁴⁷– y teológica subyacente, lo que conviene tener presente para no caer en interpretaciones subjetivas e interesadas²⁴⁸. No se puede separar las leyes de la Iglesia de las enseñanzas del Magisterio, en modo alguno pertenecen a esferas distintas, en las que solo las leyes positivas serían vinculantes mientras que las enseñanzas del Magisterio tendrían únicamente un valor exhortativo. Esta manera de pensar que se encuentra en el ambiente “*revela, en el fondo, una «mentalidad positivista», que está en contraposición con la mejor tradición jurídica clásica y cristiana sobre el derecho*”²⁴⁹.

La esencial dignidad de la persona humana es un valor reconocido incluso por no creyentes que proviene de la concepción bíblica del hombre. La Iglesia afirma que el hombre tiene una conciencia de su dignidad propia y de abrirse a lo absoluto, a lo trascendente. Esta conciencia lo guía en sus decisiones en la búsqueda de su propio bien

²⁴⁶ Cf. ID., «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre, 4.2.1980», en *AAS* 72 (1980) pp. 173, 176, 177. Cita Su Santidad el Discurso de Pío XII a la Rota Romana de 1.10.1942 en el que afirmó que la verdad es la ley de la justicia y se refirió a la certeza moral como “conocimiento seguro”, y declaró de modo auténtico su concepto canónico, igualmente cita a Pablo VI en su Discurso a los miembros del Tribunal de la Rota Romana de 31.1.1974, en el que habló de la administración de justicia por el juez como servicio a la verdad, así como que al juez se le ha confiado la ley para “su aplicación racional y normal”, servicio y fidelidad; ID., «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae: in ferendis sentiis responsis Dicasteriorum et Tribunalium Sedis Apostolicae standum est. 24.1.1981», en *AAS* 73 (1981) p. 232, en el que se cita aquel otro discurso de Pablo VI de 28.1.1978, en el que se refirió a la jurisprudencia como medio sapiente y al proceso como camino para la recta administración de justicia.

²⁴⁷ Cf. ID., «Allocutio ad Romanae Rotae praelatos auditores, 1.2.2001», en *AAS* 93 (2001) p. 359. En la misma noción de naturaleza se han acumulado muchos errores, de un lado, olvidándose su concepto metafísico y de otro, reduciendo lo específicamente humano a lo relativo a la cultura reivindicando una operatividad de la persona completamente autónoma tanto en lo individual como en lo social. esta falta de fundamento de la cultura, su desconexión de la naturaleza de la persona humana, la deja a merced del arbitrio del poder, puesto que impide comprender que la persona humana es un ser unitario, constituida por el cuerpo humano y el alma espiritual e inmortal.

²⁴⁸ Cf. ID., «Allocutio ad Romanae Rotae praelatos auditores, 27.1.1997», en *AAS* 89 (1997) p. 487.

²⁴⁹ Cf. ID., «Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae iudiciali ineunte anno 29.1.2005», en *AAS* 97 (2005) p. 166: “Una simile impostazione rivela in fondo una mentalità positivista, che è in contrasto con la migliore tradizione giuridica classica e cristiana sul diritto. In realtà, l’interpretazione autentica della parola di Dio, operata dal magistero della Chiesa, (Cf. *Dei Verbum*, 10) ha valore giuridico nella misura in cui riguarda l’ambito del diritto, senza aver bisogno di nessun ulteriore passaggio formale per diventare giuridicamente e moralmente vincolante”.

y del de los demás, es en la conciencia donde ejerce la libertad responsable²⁵⁰. La persona es el único sujeto de derechos y deberes²⁵¹. Los derechos humanos y las libertades fundamentales preceden a los estados al tiempo que trascienden las fronteras nacionales. Los derechos humanos y el modo como estos son respetados son actualmente el fruto de una maduración, no son un preciso catálogo de derechos positivos, sino una hermenéutica de valores fundamentales, herencia común de Europa y bien común de toda la humanidad, preceden a la ley positiva que los expresa y también a los razonamientos filosóficos de las distintas escuelas. Pero, han de estar basados en una correcta y precisa comprensión de la persona individual y de su relación con el estado para que se garantice su salvaguardia. La Iglesia los considera una parte necesaria del reconocimiento que se ha de prestar a la dignidad de la persona humana, creada a imagen de Dios y redimida por Cristo²⁵². La Iglesia afirma que la libertad que

²⁵⁰ Cf. ID., «Litterae Enc. “*Veritatis splendor*» cit. pp. 1166-1167: Explica en este párrafo la libertad responsable del hombre en la que se basa su dignidad. El hombre, que por naturaleza tiende hacia Dios, es capaz de distinguir el bien y el mal a la luz de la razón natural, que no es otra cosa que la ley divina impresa en nosotros, como afirmara Santo Tomás, dice: “42. Hominis libertas, cum ad voluntatis Dei exemplar sit constitute, non modo non tollitur eum sua legi divinae obtemperat, sed tantum per oboedientiam in veritate manet et dignitati hominis respondet, sicut diserte affirmavit Concilium Oecum. Vaticanum II: «Dignitas igitur hominis requirit ut secundum consciam et liberam electionem agat, personaliter scilicet ab intra motus et ductus, et non sub caeco impulsu interno vel sub mera externa coactione. Talem vero dignitatem obtinet homo cum, sese ab omni passionum captivitate liberans, finem suum in boni libera electione persequitur et apta subsidia efficaciter ac sollerti industria sibi procurat» (Const. past. de Ecclesia in mundo huius temporis Gaudium et spes, 17). Ad Deum contendens, ad Eum qui «unus est bonus», homo libere bonum facere et malum vitare debet. Hanc ob causam necesse est ut homo bonum a malo discernere possit. Hoc ante omnia fit per rationis naturalis lumen, quod est repercussio splendoris vultus Dei in homine. Quod sanctus Thomas Psalmi IV illustrans versiculum quendam scribit: «Cum Psalmista dixisset: Sacrificate sacrificium iustitiae (Ps 4, 6), quasi quibusdam quaerentibus quae sint iustitiae opera, subiungit: Multi dicunt: Quis ostendit nobis bona? Cui quaestioni respondens, dicit: Signatum est super nos lumen vultus tui, Domine; quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et quid malum — quod pertinet ad naturalem legem — nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis» (*Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a. 2.). Hinc deducitur etiam quam ob causam haec lex vocetur lex naturalis: ita appellatur non ratione habita entium irrationalium, sed quia ratio promulgans propria est humanae naturae (Cf. *Catholicae Ecclesiae Catechismus*, n. 1955)”.

²⁵¹ Cf. ID., «Argentorati. Allocutio ad plenarium coetum supremi Consilii rebus Europaeis procurandis habita, 8.10.1988», en *AAS* 81 (1989) pp. 675-683. Como recuerda San Juan Pablo II, fue Pío XII quien alzó la voz proclamando la «dignité inviolable de l'homme», «la vraie liberté de l'homme» en el Radiomensaje de Navidad de 1944 (p. 675).

²⁵² Cf. ID., «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002», en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2002/march/documents/hf_jp-ii_spe_20020321_mons-fisichella_sp.html. (Consulta 3.7.2014), Sostiene el Santo Padre que “el criterio de fondo de todo ordenamiento jurídico recto debe ser siempre la referencia a la persona humana, en cuanto depositaria de una dignidad inalienable, tanto en su dimensión individual como en la comunitaria. Así, es importante hacer todo lo posible para llevar a cabo una efectiva tutela de

todo hombre busca, no se puede separar de la verdad, siendo la verdad la que hace efectivamente libre al hombre²⁵³.

El derecho de todos los ciudadanos a vivir conforme a su conciencia y de no contradecir las normas del orden moral natural reconocidas por la razón es la función más alta atribuible a la ley, puesto que el recto orden del estado, el bien común de los ciudadanos, al que se subordinan los intereses individuales, exige reconocer como ley lo que es objetivamente bueno y justo, pues la ley ha de estar fundada sobre una norma trascendente que señale lo verdadero y lo justo, con ello se garantiza la dignidad de la persona y su libertad y se evita el entregarse a un poder arbitrario²⁵⁴.

El derecho tiene su origen en una exigencia de justicia, en la necesidad de que las relaciones interpersonales y sociales tengan un orden equilibrado, en el que se garantice que cada uno reciba lo que le corresponde, y nadie sea privado de lo suyo²⁵⁵.

los derechos humanos fundamentales, pero sin elaborar en torno a ellos teorías y comportamientos orientados a privilegiar sólo algunos aspectos de estos derechos, o los correspondientes a intereses y sensibilidades particulares de un determinado momento histórico. De este modo se olvidaría el principio esencial de la indivisibilidad de los derechos del hombre, que tiene su fundamento en la unidad de la persona humana y en su dignidad intrínseca.”(n. 7); CANTERO NUÑEZ, E., *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid 1990, p. 110-111. Sostiene Cantero Nuñez que Juan Pablo II acepta el lenguaje utilizado por los hombres de hoy día, “y se esfuerza por darle su contenido auténtico. Así, como siempre ha sucedido a lo largo de la historia de la Iglesia su doctrina es «nova et vetera»”. Afirma que Juan Pablo II al utilizar el lenguaje de los derechos humanos los dota de contenido coincidiendo con el de sus predecesores. No le cabe duda alguna a Cantero que este contenido, lo suscribirían sin duda tanto Santo Tomás de Aquino, como Pío VI o León XIII “*de quilla a perilla*”; SCHOUPE, J. P., «Reflexions sur la conception du droit de M. Villey: Une alternative a son rejet des droits de l'homme», en http://www.dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12761/1/PD_25-2_08.pdf. (Consulta 13.10.2014). Interesante reflexión respecto a la concepción de los derechos humanos de Juan Pablo II, de la que se entresaca la siguiente: “Du point de vue de la philosophie du droit –qui n'est certes pas la finalité première du texte– l'optique de Jean Paul II nous rassure d'emblée quant au risque de subjectivisme. L'auteur de ces lignes met clairement l'accent sur le caractère *objectif* des ces droits. Ils ne sont pas le fruit du caprice individuel. Aux célèbres “droits naturels et inaliénables de l'homme” de la Révolution française, qui apparaissent plutôt comme une “collectivisation de droits subjectifs”, il substitue les “droits *objectifs* et inaliénables de l'homme”.

²⁵³ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Argentorati. Allocutio ad cognitores iudiciorum quae iuxta normas Europaeae Conventionis de hominum iuribus tuendis sunt habenda, 8.10.1988», en *AAS* 81 (1989) pp. 683-686; ID., «Litterae Encyclicae “*Evangelium vitae*”» *cit.* pp. 421-424.

²⁵⁴ Cf. ID., «Allocutio ad sodales publici legumlatorum coetus ex quibusdam Europae Civitatibus Argentorati congregatos habita, 11.10.1988», en *AAS* 81 (1989) pp. 694-701.

²⁵⁵ Cf. ID., «Allocutio ad iuris peritos habita, 24.11.2000», en *AAS* 93 (2001) p. 211. Ofrece en este discurso una maravillosa síntesis acerca de la justicia, *Ibid.*, n. 3, p. 212: “3. L'antique et toujours inégal principe de justice «unicuique suum» suppose en premier lieu que tout homme ait ce qui lui revient en propre et auquel il ne saurait renoncer: reconnaître le bien de chacun et le promouvoir constitue un devoir spécifique pour tout homme. L'ordre de la justice n'est pas un ordre statique mais dynamique, précisément parce que la vie des individus et des communautés est elle-même dynamique; comme le disait saint

La unidad del derecho tiene su fundamento en la justicia considerada en su dimensión dinámica que expresa no sólo el orden positivo y legal, sino sobre todo la *recta ratio* que debe regir los comportamientos tanto de la autoridad como de los gobernados. Los términos derecho y justicia hacen referencia a una justicia superior, que es el criterio de confrontación de las relaciones jurídicas y su sometimiento al bien común de todos y cada uno, de tal manera que la justicia no es una mera resolución de controversias, puesto que no tendría en cuenta la dignidad de la persona humana en la que debe basarse todo el derecho²⁵⁶.

Bonaventure, non pas un «ordo factus» mais un «ordo f activus», qui exige l'exercice continu et passionné de la sagesse, que les Latins appelaient «iurisprudentia», sagesse qui peut engager toutes les énergies de la personne et dont l'exercice constitue l'une des pratiques vertueuses les plus élevées chez l'homme. La possibilité de donner son dû non seulement au parent, à l'ami, au concitoyen, au coreligionnaire, mais aussi à tout être humain, simplement parce qu'il est une personne, simplement parce que la justice l'exige, cela est l'honneur du droit et des juristes. S'il existe une manifestation de l'unité du genre humain et de l'égalité entre tous les êtres humains, cette manifestation est justement donnée par le droit, qui ne peut exclure personne de son horizon sous peine d'altération de son identité spécifique. Dans cette perspective, les efforts de la communauté internationale depuis quelques décennies pour proclamer, défendre et promouvoir les droits humains fondamentaux constituent la meilleure manière pour le droit de réaliser sa vocation profonde. C'est pourquoi les juristes doivent toujours se sentir les premiers engagés dans la défense des droits de l'homme car, à travers eux, c'est l'identité même de la personne humaine qui est défendue”.

²⁵⁶ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002» *cit.* Las siguientes afirmaciones presentan una magnífica síntesis: “No cabe duda de que la unidad del derecho y de la ciencia jurídica tiene su fundamento en una justicia dinámica, expresión no sólo del estricto orden legal, sino también y sobre todo de la *recta ratio* que debe gobernar tanto los comportamientos de las personas como los de la autoridad. Esto es lo que afirma santo Tomás de Aquino, cuando recuerda que «toda ley positiva humana, en tanto tiene fuerza de ley, en cuanto deriva de la ley natural» (“Omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur” (Summa Theol., I-II, q. 95, a. 2). (...) 3. En la visión cristiana los términos derecho y justicia, en cuanto operantes al estructurarse los ordenamientos jurídicos, constituyen otras tantas llamadas a una justicia superior, que se convierte en criterio de confrontación para cada comportamiento jurídicamente relevante, desde el de los legisladores hasta el de cuantos, de diferentes modos, actúan en el campo de la justicia. (...) 4. (...) Lamentablemente, a menudo se formulan normas que, en vez de responder a las exigencias del bien común con la garantía de la tutela legítima de las personas, se limitan a considerar sólo los intereses de algunas categorías, deformando así la idea misma de justicia y reduciendo el ordenamiento jurídico a mero instrumento de reglamentación pragmática. Más aún, en muchos casos, un rápido e insólito aumento de las normas, justificado en nombre de una aparente necesidad de reglamentar todos los aspectos del orden social, tiende a sustraer a las personas y a las formaciones sociales intermedias los espacios vitales necesarios para garantizar las aspiraciones más profundas del hombre. Es evidente que la dignidad de la persona humana, aun reconocida formalmente como fundamento de todo derecho, resultaría violada o al menos desatendida, si la justicia se redujera a la simple función de solución de controversias. En este caso, también el papel de la ciencia jurídica se vería perjudicado y la actividad de los agentes de justicia se reduciría a la aplicación de decisiones puramente técnicas”.

1.4.9. BENEDICTUS PP. XVI

En las cuestiones fundamentales del derecho que afectan a la dignidad del hombre el principio de la aprobación por la mayoría en la elaboración del derecho no es suficiente. Así las cosas, hoy los hombres se siguen interrogando acerca de como se puede reconocer lo que es justo, pues en materia de antropología, en lo referente a las cuestiones fundamentales, no resulta evidente lo que es justo y así pueda convertirse en legislación en servicio de la justicia. Ante esta cuestión, la Iglesia, los teólogos, nunca ha impuesto al estado un derecho revelado, sino que ha propuesto como fuentes del derecho a la naturaleza y a la razón, que tiene su origen en el Dios Creador. La cultura jurídica europea u occidental surgió del movimiento filosófico jurídico que se había formado desde el siglo II a. C. donde se realizó el encuentro entre la filosofía griega y el mundo jurídico romano precristiano que desarrollaron el derecho natural, es decir, la naturaleza y la razón como fuentes del derecho universales. Sin embargo, en el momento presente la doctrina del derecho natural es considerada como doctrina católica, que no se quiere ni considerar, parece un tema tabú. La opinión de hoy en día es la concepción positivista que deja fuera las fuentes clásicas del derecho: naturaleza y razón²⁵⁷. En su visión científicista la naturaleza es considerada como un cúmulo de datos objetivos y funcionales, tal como la entiende las ciencias de la naturaleza y sostiene Kelsen y lo mismo se aplica a la razón, por lo que tampoco se la considera. Esto supone una situación calificable de dramática²⁵⁸ y el Papa invita a reflexionar, a

²⁵⁷ Cf. HERRERA, D. A., «El problema de la razón moderna y el estado de derecho según Joseph Ratzinger», en *Prudentia Iuris* 75 (2013) p. 30, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/problema-razon-moderna-estado-derecho.pdf>. (Consulta 30.6.2014). Señala con razón que “El problema actual es que solamente se acepta aquello que pueda traducirse al lenguaje propio del pensamiento posmetafísico, como si este lenguaje tuviera la exclusividad de lo moderno”.

²⁵⁸ Cf. BENEDICTUS PP. XVI, «Allocutio ad Congressum Internationalem de «Lege morali naturali», quem promovit Pontificia Studiorum Universitas Lateranensis, 12.2.2007», en *AAS* 99 (2007) pp. 243-244. En 2007 Benedicto XVI llamaba la atención sobre este peligro invisible e inquietante que incapacita para ver el mensaje ético que contiene la *lex* natural al ser este concepto hoy en día empírico y no metafísico: “È proprio alla luce di queste constatazioni che appare in tutta la sua urgenza la necessità di riflettere sul tema della legge naturale e di ritrovare la sua verità comune a tutti gli uomini. Tale legge, a cui accenna anche l’apostolo Paolo (cf. Rm 2, 14-15), è scritta nel cuore dell’uomo ed è, di conseguenza, anche oggi non semplicemente inaccessibile. Questa legge ha come suo primo e generalissimo principio quello di «fare il bene ed evitare il male». È, questa, una verità la cui evidenza si impone immediatamente a ciascuno. Da essa scaturiscono gli altri principi più particolari, che regolano il giudizio etico sui diritti e sui doveri di ciascuno”. De ella surge la obligación de buscar la verdad así como la exigencia de justicia que se realiza en dar a cada uno lo suyo.

una discusión pública sobre las fuentes clásicas del derecho, pues la concepción positivista no es suficiente, no contempla al hombre en su totalidad, cuya consecuencia es la reducción del hombre y la amenaza a su humanidad. En esta reflexión se debería tener en cuenta el patrimonio cultural de Europa, surgido del encuentro de la fe en el Dios de Israel, la filosofía griega y el pensamiento jurídico de Roma, es decir, sobre la base de la convicción de que existe un Creador, una Europa que ha desarrollado conceptos como el de derechos humanos, la igualdad de todos ante la ley, la dignidad inviolable de la persona humana, la libertad responsable²⁵⁹.

²⁵⁹ Cf. BENEDICTUS PP. XVI, «Iter apostolicum in Germaniam: Allocutio ad Berolinensem foederatum coetum oratorum, 22.9.2011», en *AAS* 103 (2011) pp. 663-669. Es de destacar la reflexión del Papa sobre la necesidad y sentido de reflexionar sobre naturaleza y razón como criterios del derecho y cómo lo hace partiendo del máximo positivismo: “Kehren wir zurück zu den Grundbegriffen Natur und Vernunft, von denen wir ausgegangen waren. Der große Theoretiker des Rechtspositivismus, Kelsen, hat im Alter von 84 Jahren — 1965 — den Dualismus von Sein und Sollen aufgegeben. (Es tröstet mich, daß man mit 84 Jahren offenbar noch etwas Vernünftiges denken kann.) Er hatte früher gesagt, daß Normen nur aus dem Willen kommen können. Die Natur könnte folglich Normen nur enthalten — so fügt er hinzu —, wenn ein Wille diese Normen in sie hineingelegt hätte. Dies wiederum — sagt er — würde einen Schöpfergott voraussetzen, dessen Wille in die Natur miteingegangen ist. “Über die Wahrheit dieses Glaubens zu diskutieren, ist völlig aussichtslos”, bemerkt er dazu (Zitiert nach Waldstein, a.a.O., 19). Wirklich? — möchte ich fragen. Ist es wirklich sinnlos zu bedenken, ob die objektive Vernunft, die sich in der Natur zeigt, nicht eine schöpferische Vernunft, einen *Creator Spiritus* voraussetzt?” (pp.668-669). Es un pensamiento y una reflexión continua que realiza el Papa; ID., «Litterae Encyclicae “Caritas in veritate” ad Episcopis presbyteris et diaconis, viris et mulieribus consecratis, christifidelibus laicis atque bonae voluntatis hominibus, de humana integra progressionem in caritate veritateque, 29.6.2009», en *AAS* 101 (2009) pp. 665-666: “Nimia divisio scientiarum, praeclusio humanarum scientiarum ad metaphysicam, difficultates colloquendi inter scientias et theologiam detrimentum afferunt non solum progressioni scientiae, verum etiam progressioni populorum, quod cum evenit, obstruitur visio totius boni hominis sub diversis rationibus quibus insignitur. «Amplitudo conceptus nostri circa rationem et circa eiusdem usum» necessaria habetur ut omnes termini quaestionis, qui attinent ad progressionem et ad solutionem problematum socialium-oeconomicorum, congruenter perpendi possint”; ID., «Allocutio Ad Delegatos Nationum Unitarum, 18.4.2008» cit. pp. 331-338; HERRERA, D.A., «El problema de la razón moderna y el estado de derecho según ...» cit. p. 29, Comentando las anteriores reflexiones del Santo Padre, afirma: “En otras palabras, si la razón se reduce solamente a lo empíricamente verificable y expresable matemáticamente, tanto la racionalidad de la fe que incluye la racionalidad metafísica purificada por la misma fe, centrada en el problema de Dios y del sentido último de la vida humana, como la racionalidad de la ética, de la política y del derecho referidas al obrar humano (cada una desde su perspectiva específica), quedan excluidas.” y en otro artículo exponía: “Podemos apreciar la centralidad que otorgó el papa Benedicto XVI a la ley natural en la vida política de las naciones, y aportando claridad sobre la relación entre fe y razón, frente a la tentación del laicismo que excluye toda posibilidad de aporte de la religión a la vida pública, y frente a la tentación de la razón positivista que reduce toda posibilidad de conocimiento al campo de lo puramente funcional”, así como, es “destacar la importancia que otorgaba Benedicto XVI a la ley natural en la formación y en el pensamiento de los juristas católicos”. HERRERA, D. A. - LAFFERRIÈRE, J. N., «Benedicto XVI y la ley natural», en *Prudentia Iuris* 75 (2013) pp. 21, 23, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/benedicto-xvi-ley-natural.pdf>. (Consulta 30.6.2014); DEL POZZO, M., «Il legato di Benedetto XVI ai canonisti», en *Ius Ecclesiae* 3 (2013) p. 710 y 721.

La Iglesia enseña que el verdadero derecho es inseparable de la justicia, lo que es válido tanto para el derecho secular como para el canónico. Significa que la ley no puede encerrarse en un sistema normativo meramente humano, sino que debe estar unida a un orden justo superior y trascendente. Así, la ley humana se valora como expresión de justicia al tiempo que legitima el derecho humano. Esto hace posible una hermenéutica legal auténticamente jurídica en el sentido de que, en sintonía con el significado propio de la ley, se puede plantear lo que es justo en cada caso, conectando con la realidad regulada, que debe contener un núcleo de derecho natural con el que debe estar en armonía la norma para que sea racional y jurídica²⁶⁰. Es sumamente importante recordar que todo ordenamiento jurídico es legítimo en tanto en cuanto esté arraigado en la ley natural que es ese mensaje ético inscrito en el mismo hombre, en su conciencia. De la ley natural surgen tanto los derechos fundamentales como los deberes éticos, mandatos que hay que cumplir. Así, la ley natural es la única defensa contra la arbitrariedad del poder, cualquiera que sea su tipología, y en su peculiar manifestación de manipulación ideológica, por ello un conocimiento maduro de ésta es sumamente necesario²⁶¹.

²⁶⁰ Cf. BENEDICTUS PP. XVI, «Allocutio ad Sacrae Rotae Romanae Tribunal, ocasiones inaugurationis Anni Iudicialis. 21.1.2012», en *AAS* 104 (2012) p.104.

²⁶¹ Cf. ID., «Allocutio ad Congressum Internationalem de «Lege morali naturali», quem promovit Pontificia Studiorum Universitas Lateranensis, 12.2.2007», en *AAS* 99 (2007) pp. 244-245. Es la idea constante de la tradición jurídica europea que se ha visto desterrada por el positivismo absoluto, de ahí la insistencia en la necesaria reflexión efectuada por los Sumos Pontífices de un tiempo a esta parte: «Tale è il principio del rispetto per la vita umana dal suo concepimento fino al suo termine naturale, non essendo questo bene della vita proprietà dell'uomo ma dono gratuito di Dio. Tale è pure il dovere di cercare la verità, presupposto necessario di ogni autentica maturazione della persona. Altra fondamentale istanza del soggetto è la libertà. Tenendo conto, tuttavia, del fatto che la libertà umana è sempre una libertà condivisa con gli altri, è chiaro che l'armonia delle libertà può essere trovata solo in ciò che è comune a tutti: la verità dell'essere umano, il messaggio fondamentale dell'essere stesso, la *lex naturalis* appunto. E come non menzionare, da una parte, l'esigenza di giustizia che si manifesta nel dare *unicuique suum* e, dall'altra, l'attesa di solidarietà che alimenta in ciascuno, specialmente se disagiato, la speranza di un aiuto da parte di chi ha avuto una sorte migliore? Si esprimono, in questi valori, norme inderogabili e cogenti che non dipendono dalla volontà del legislatore e neppure dal consenso che gli Stati possono ad esse prestare. Sono infatti norme che precedono qualsiasi legge umana: come tali, non ammettono interventi in deroga da parte di nessuno. La legge naturale è la sorgente da cui scaturiscono, insieme a diritti fondamentali, anche imperativi etici che è doveroso onorare. Nell'attuale etica e filosofia del Diritto, sono largamente diffusi i postulati del positivismo giuridico. La conseguenza è che la legislazione diventa spesso solo un compromesso tra diversi interessi: si cerca di trasformare in diritti interessi privati o desideri che stridono con i doveri derivanti dalla responsabilità sociale. In questa situazione è opportuno ricordare che ogni ordinamento giuridico, a livello sia interno che internazionale, trae ultimamente la sua legittimità dal radicamento nella legge naturale, nel messaggio etico iscritto nello stesso essere umano. La legge naturale è, in definitiva, il solo valido baluardo contro l'arbitrio del potere o gli inganni della

1.4.10. FRANCISCUS PP

El Papa Francisco ha reafirmado los pilares para la convivencia pacífica y justa de la humanidad. En concreto se ha referido a la dignidad trascendente de la persona subrayando el aspecto trascendente, señalando que esta dignidad se basa en su naturaleza trascendente, está conectada a una antropología trascendente, auténtica, que mira al hombre como un ser que se relaciona con otros y por lo tanto que no se puede asociar a planteamientos individualistas y egoístas²⁶². El camino para la paz entre los hombres no es otro que la promoción de los derechos humanos basados en la dignidad de la persona y entendidos y realizados desde una perspectiva antropológica trascendente que mire a la verdad²⁶³.

Recientemente, ha advertido que la Biblia nos dice que en la misericordia está el juicio justo y que por lo tanto, donde no hay misericordia no hay justicia²⁶⁴. Está recordando esa institución de tanta tradición eclesial que es la *aequitas canonica*, exigencia y garantía de la justicia²⁶⁵.

manipolazione ideologica. La conoscenza di questa legge iscritta nel cuore dell'uomo aumenta con il progredire della coscienza morale. La prima preoccupazione per tutti, e particolarmente per chi ha responsabilità pubbliche, dovrebbe quindi essere quella di promuovere la maturazione della coscienza morale. È questo il progresso fondamentale senza il quale tutti gli altri progressi finiscono per risultare non autentici. La legge iscritta nella nostra natura è la vera garanzia offerta ad ognuno per poter vivere libero e rispettato nella propria dignità”.

²⁶² Cf. FRANCISCUS PP., «Discurso del Santo Padre Francisco al Parlamento Europeo, 25.11.2014», pp. 1-10, en http://m.vatican.va/content/francescomobile/es/speeches/2014/novembre...cesco_20141125_strasburgo-parlamento-europeo.html#&ul-state=dialog. (Consulta 27.11.2014).

²⁶³ Cf. ID., «Discurso del Santo Padre Francisco al Consejo de Europa, 25.11.2014» pp. 1-9, en http://m.vatican.va/content/francescomobile/es/speeches/2014/november/documents/papa-francesco_20141125_strasburgo-consiglio-europea.html. (Consulta 27.11.2014). Para un diálogo sincero y auténtico es necesario creer en la posibilidad de conocer la verdad, sólo así se pueden recorrer caminos hacia la paz; S. IOANNES PAULUS PP II, «Litterae Encyclicae “*Fides et ratio*”» cit. p. 74: “Quod creditur veritatem ubique validam cognosci posse, haud prorsus inde oritur intolerantia; condicio contra necessaria est ad verum sincerumque inter homines dialogum. Hac sola condicione fieri potest ut discidia vincantur et iter ad unam integram veritatem percurratur secundum eas semitas quas solus Domini resuscitati Spiritus cognoscit”.

²⁶⁴ Cf. FRANCISCUS PP., «Homilia de la Misa matutina celebrada en la capilla de la Casa de Santa Marta, 23.3.2015», ed. RADIO VATICANA, en <http://www.t.news.va/es/news/donde-no-hay-misericordia-no-hay-justicia-dijo-el>. (Consulta 24.3.2015).

²⁶⁵ Cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio ad Praelatos Auditores et Officiales Tribunalis Sacrae Romanae Rotae, 8.2.1973» cit. pp. 95-96, 98-99.

1.4.11. BREVE REFERENCIA AL CONCILIUM VATICANUM II

No puede dejar de reflejarse, por la singular importancia del mismo, el último concilio celebrado, el Concilio Vaticano II, que continúa y renueva la tradición clásica²⁶⁶, es decir, afirma la misma doctrina que venía manteniendo el Magisterio pontificio, sobre la naturaleza humana, el bien común, la sociedad, la autoridad, la libertad responsable, la justicia, los derechos fundamentales y la vigencia universal de la ley natural que han de estar presentes en la vida en comunidad²⁶⁷.

²⁶⁶ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Derecho, poder y libertad», en *Revista de estudios políticos* 168 (1969) p. 41- 43. Esta continuidad del Magisterio es resaltada por este jurista al tratar la armonía de la justicia, que solo se puede dar si se reconoce que Dios es el principio y el fin, lo único que puede hacer funcionar al unísono el derecho, el poder y la libertad.

²⁶⁷ Cf. GS p. 1096: “N.74.(...) Ne igitur, unoquoque in suam sententiam abeunte, communitas politica distrahitur, auctoritas requiritur, quae omnium civium vires in bonum commune dirigat, non mechanice nec despotice, sed imprimis ut vis moralis, quae libertate et suscepti officii onerisque conscientia nititur. Patet ergo communitatem politicam et auctoritatem publicam in natura humana fundari ideoque ad ordinem a Deo praefinitum pertinere; etsi regiminis determinatio et moderatorum designatio liberae civium voluntati relinquuntur. (Cfr. Rom. 13, 1-5). Sequitur item auctoritatis politicae exercitium sive in communitate ut tali, sive in institutis rem publicam repraesentantibus, semper intra fines ordinis moralis ad effectum deducendum esse, ad commune bonum — et quidem dynamice conceptum — procurandum, secundum ordinem iuridicum legitime statutum vel statuendum. Tunc cives ad obedientiam praestandam ex conscientia obligantur (Cfr. Rom. 13, 5). Exinde vero patet responsabilitas, dignitas et momentum eorum, qui praesunt. ubi autem a publica auctoritate, suam competentiam excedente, cives premuntur, ipsi, quae a bono communi obiective postulatur, ne recusent; fas vero sit eis contra abusum huius auctoritatis sua conciviumque suorum iura defendere, illis servatis limitibus, quos lex naturalis et evangelica delineat. Modi vero concreti, quibus communitas politica propriam compagem et publicae auctoritatis temperationem ordinat, varii esse possunt secundum diversam populorum indolem et historiae progressum”.

CAPÍTULO 2

LA RUPTURA DEL *UTRUMQUE IUS*: TRES METODOLOGÍAS JURÍDICAS ACTUALES EN LA CULTURA OCCIDENTAL: BREVE COMPARACIÓN ENTRE LOS DENOMINADOS DERECHO CONTINENTAL - DERECHO ANGLOSAJÓN - DERECHO CANÓNICO Y SU EFECTO EN LA SEGURIDAD JURÍDICA

“Desde los albores de la ciencia jurídica europea” hasta el s. XVIII se dio una única ciencia jurídica, las dos ramas de ésta, constituida una por *legistas* y otra por *canonistas*. Ambas ramas, que poseían unidad de supuestos ideológicos y unidad de método, fueron evolucionando a la par formando una única ciencia jurídica, la del *utrumque ius*: glosadores, comentadores, el humanismo jurídico, junto a los juristas romanos forman la tradición clásica. Esta unidad de la ciencia jurídica sólo se romperá a partir de que supuestos ideológicos y filosóficos incompatibles con el pensamiento católico lleven a que cada rama siga su propia historia²⁶⁸. Por un lado, irá la historia de la ciencia jurídica secular, y de otro, la ciencia jurídica canónica. Pero, la ciencia jurídica secular en la Europa occidental, tampoco se desarrollará unitariamente. La Europa continental desarrollará una ciencia jurídica con características propias que no serán absorbidas por el mundo anglosajón.

2.1. EN EL DERECHO CANÓNICO

De San Juan Pablo II es la afirmación de que “*il Diritto Canonico, fondato sull'eredità giuridico-legislativa di una lunga tradizione, va considerato come uno strumento che, poggiando sul primato dell'amore e della grazia, assicura il giusto ordine nella vita sia della società ecclesiale sia dei singoli individui, che ad essa appartengono in virtù del Battesimo*”²⁶⁹.

²⁶⁸ Cf. HERVADA, J., «El derecho natural en el ordenamiento canónico (La concepción clásica del derecho natural)», en *Religión Matrimonio y Derecho: Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls 2*, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013, p. 2929.

²⁶⁹ S. IOANNES PAULUS PP II, «Allocutio ad sodales Congregationis de Institutione Catholica, Venerati Signori Cardinali, Cari Confratelli nell'episcopato e nel sacerdozio, Cari fratelli e sorelle, 4.2.2002», en *AAS* 94 (2002) p. 465.

El derecho canónico que surge junto a la Iglesia desde su origen²⁷⁰, se ancla en una larga tradición jurídica –cuyos fundamentos filosófico-jurídicos han sido asumidos por la Iglesia y a la que los cristianos han aportado la verdad inmutable de Dios–, en la que los términos derecho y justicia evocan una justicia superior²⁷¹, que es el criterio de reflexión que han que tener en cuenta en las relaciones humanas, en cada comportamiento humano con relevancia jurídica, tanto los legisladores como los jueces y cuantas personas actúan en el ámbito de lo jurídico²⁷².

Desde los primeros tiempos, la Iglesia legisló y tuvo la costumbre de reunir los sagrados cánones en colecciones²⁷³, puesto que era necesario que todos los ministros

²⁷⁰ Cf. DE LEÓN REY, E., «Historia del Derecho en la Iglesia», en *Derecho Canónico: El Derecho del Pueblo de Dios* 1, ed. CORTÉS DIÉGUEZ, M. M. - SAN JOSÉ PRISCO, J., Madrid 2006, p. 3. Destaca junto al origen divino y la historicidad del derecho canónico, el fin de este ordenamiento, diferenciándolo del de otros ordenamientos. Así, dice: “El Derecho canónico, como todo ordenamiento jurídico, es un Derecho histórico, en cuyo interior conviven elementos contingentes (*ius humanum*/derecho humano) junto a otros llamados a perdurar (*ius divinum*/derecho divino). Estos últimos tienen un peso importante, pues la Iglesia es una institución de origen divino, y el fin del ordenamiento canónico no es el bien común de la sociedad, como ocurre con el derecho humano, sino la salvación de las almas. Por tanto, no es posible «sacrificar» el bien particular de un individuo —su salvación— en beneficio del bien común de la sociedad eclesial, porque, en todo caso y sin excepción, ambos, bien particular y bien común, se identifican. Sólo a partir de este hecho es posible entender la especificidad del ordenamiento canónico, su historia y su método, así como sus instituciones más características, el privilegio, la dispensa o también la epiqueya y la equidad canónica”.

²⁷¹ Cf. DÍAZ MORENO, J. M. - SAN JOSÉ PRISCO, J., «Fundamentación teológica del Derecho canónico», en *Derecho Canónico: El Derecho del Pueblo de Dios* 1, ed. CORTÉS DIÉGUEZ, M. M. - SAN JOSÉ PRISCO, J., Madrid 2006, p.70: Manifiesta los fundamentos antropológicos, así como la relación entre justicia y derecho que resulta teológicamente compatibles con el realismo jurídico clásico. Así afirma que: “La revelación bíblica nos lleva a una comprensión más profunda de la experiencia humana del derecho, que, como hemos visto, se basa en la sociabilidad que forma parte estructuralmente de la naturaleza del hombre y se expresa tanto en la formulación de leyes positivas, que indican la manera de actuar en concreto esa sociabilidad afirmando los derechos que deben respetarse y los deberes que deben cumplirse, como en los juicios que se emiten cuando no se establece espontáneamente la relación de sociabilidad, porque no se respetan los derechos en cuestión con o sin la violación de una ley. La justicia bíblica, aunque difiere de la noción de justicia elaborada por la filosofía griega y recibida por la jurisprudencia romana, no por eso la excluye. En efecto, aunque la Escritura, en su referencia constante a la voluntad trascendente y omnipotente de Dios —en el que la justicia se une estrechamente con la sabiduría, la benignidad y la misericordia—, da a la justicia una dimensión metafísica diferente, no excluye, sin embargo, que la actuación histórica de Dios se haga según la regla del *suum cuique tribuere*, para que cada uno sea acogido como prójimo de todos los demás (cf. Ex 23,9). La fuente de la dignidad de la persona humana y de sus derechos, como hemos visto, es Dios creador y salvador, que ha establecido una Alianza con el hombre. Cristo en la nueva y eterna Alianza cumple toda justicia divina (cf. 1 Cor 1,30) y asienta el fundamento angular de toda justicia humana (cf. 1 Jn 2,29)”.

²⁷² Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002» *cit.*

²⁷³ Cf. HERVADA, J., - LOMBARDIA, P., «Prolegómenos...» *cit.* pp. 109-114.

sagrados los pudieran conocer y observar. Así, a lo largo de los primeros diez siglos fueron surgiendo constantemente colecciones de leyes canónicas en distintos lugares, si bien eran obra de particulares y contenían sobre todo cánones de los concilios –datados desde muy antiguo–, decretales emanadas de los Papas y otras reglas extraídas de fuentes menores. A mediados del siglo XII un monje llamado Graciano²⁷⁴ realizó una suma de colecciones a iniciativa particular y como entre éstas se daba la existencia de contradicciones, la redactó en forma de *concordia*. Esta magna obra fue conocida como el Decreto de Graciano que formaría parte del denominado *Corpus Iuris Canonici*, así denominado a ejemplo de la magna obra recopilatoria efectuada por el emperador Iustinianus, el llamado *Corpus Iuris Civile*. El Decreto de Graciano, que compilaba las leyes anteriores, constituyó la primera parte del *Corpus Iuris Canonici*, que contenía, además, las leyes que durante dos siglos otorgaron los Pontífices²⁷⁵. Así, se fueron recopilando con ayuda de los expertos en derecho canónico, el «Liber Extra» de Gregorio IX, el «Liber Sextus» de Bonifacio VIII y las «Clementinae» –colección de Clemente V promulgada por Juan XXII–, las «Extravagantes» de Juan XXII y las «Extravagantes comunes» de varios pontífices que nunca habían sido recogidas en una colección auténtica. Toda esta colección se conoce como el *derecho clásico*²⁷⁶ de la Iglesia latina y al que de algún modo se corresponde el Syntagma de cánones de la Iglesia griega. La Iglesia continuó con su labor legislativa²⁷⁷, pero estas nuevas normas, así ocurre con los cánones del Concilio de Trento, nunca se reunieron en una colección, en tanto que quedaban fuera del *Corpus Iuris Canonici*, lo que provocó cierto caos con el paso del tiempo causante de inseguridad acerca de las normas vigentes. Por ello la Iglesia al tiempo del Concilio Vaticano I, quiso que se publicara una colección de leyes, pero no pudo ser, hasta que finalmente San Pío X dio curso a esta insigne tarea de la que

²⁷⁴ Cf. DE LEÓN REY, E., «Historia del Derecho en la ...» *cit.* pp. 22-23.

²⁷⁵ Cf. ID., «Historia del Derecho en la ...» *cit.* pp. 24-26.

²⁷⁶ Cf. HERVADA, J. - LOMBARDIA, P., «Prolegómenos...» *cit.* pp. 120-130, donde se aborda esta materia de forma exhaustiva.

²⁷⁷ Cf. DE LEÓN REY, E., «Historia del Derecho en la ...» *cit.* pp. 27-32. En estas páginas realiza una recesión histórica del denominado derecho tridentino, que abarca desde la publicación del *Corpus Iuris Canonici* hasta la promulgación del CIC17.

surgiría, en los tiempos de la codificación de leyes en los estados, fruto del pensamiento y técnica jurídica de la época, el conocido como Código Pío-Benedictino²⁷⁸. Sin embargo, no se trataba de establecer un derecho nuevo²⁷⁹ –como se pretendía con la moda de la codificación en los estados²⁸⁰–, sino solo de ordenar de manera nueva el derecho vigente, tal como expresa el c. 6 del CIC 17²⁸¹, colección universal, exclusiva y

²⁷⁸ Cf. DE LEÓN REY, E., «Historia del Derecho en la ...» *cit.* pp. 32-34.

²⁷⁹ Cf. BENEDICTUS PP. XV, «Constitutio Apostolica “*Providentissima Mater Ecclesia*” Venerabilibus Fratribus et dilectis Filiis Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopis, Episcopis aliisque Ordinariis ac praeterea Catholicarum Studiorum Universitatum ac Seminariorum Doctoribus atque Auditoribus, 27.5.1917», en *AAS* 9 (1917), p. 6. Con un lenguaje jurídico y preciso explica que habían cambiado las circunstancias de los tiempos y las necesidades y según lo exige la naturaleza de las cosas, había que poner orden en las leyes, pues algunas normas cayeron en desuso, otras se hicieron difíciles de aplicar o resultaban inútiles al bien común de la comunidad eclesial, además del número ingente de leyes estaban tan desparramadas que eran difíciles de conocer. Así, justificaba el Papa la necesidad del CIC 17 que se promulgaba: “temporum conditionibus hominumque necessitatibus, prout rerum natura fert, immutatis, ius canonicum iam suum finem haud expedite persequi omni ex parte visum est. Saeculorum enim decursu, leges quamplurimae prodierant, quarum nonnullae aut suprema Ecclesiae auctoritate abrogatae sunt aut ipsae obsoleverunt; nonnullae vero aut pro conditione temporum difficiles ad exsequendum, aut communi omnium bono minus in praesenti utiles minusve opportunaevaserunt. Accedit etiam, quod leges canonicae ita numero creverant, tam disiunctae dispersaeque vagabantur, ut satis multae peritissimus ipsos, nedum vulgus, laterent”.

²⁸⁰ Cf. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., «Paralelismos entre...» *cit.* p. 2944. Es importante observar que el CIC17, primer Código de la Iglesia, se elaboró un siglo después del primer código de un estado, pero, además, no siguió las pautas del movimiento codificador. Así se observa en lo relativo a las fuentes, pues mantiene expresamente la costumbre y la jurisprudencia. Este reconocimiento, es efectivo en la vida jurídica eclesial, pues se ha visto hecho realidad por ejemplo, en cuanto la Jurisprudencia del Tribunal de la Rota Romana ha introducido varios capítulos de nulidad que fueron aplicados durante décadas y que han pasado a formar parte del CIC83, cc. 1095 y c. 1098; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «Las lagunas del ordenamiento canónico y el sistema de fuentes», en *Fidelium iura* 6 (1996) p. 19, sostiene que tras el CIC17 se acerca al derecho canónico al continental, continúa faltando la supremacía de la ley sobre otras fuentes de producción del derecho y señala la pervivencia de las decretales, mediante las que los Papas Pío XII, Juan XXIII y Pablo VI resolvieron casos particulares, aplicando nuevos criterios sobre disolución de matrimonios a favor de la fe; ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., «Derecho canónico y codificación: alcance y límites de la asunción de una técnica», en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro Valls* 2, ed. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013, pp. 2586-2588. La técnica codificadora fue asumida críticamente para hacerla compatible con el derecho canónico, asumiendo sus aportaciones prácticas de mayor claridad y certeza haciéndolas compatibles con la experiencia jurídica y la tradición jurídica de la Iglesia y matizando en gran manera la autorreferencialidad y así se comprueba en los cc. 5 y 20 (CIC17) que mantienen elementos extracodiciales y las costumbres centenarias y no abarca en modo alguno toda la producción legislativa; GROSSI, P., *La Europa del Derecho*, *cit.* pp. 183-184. Se consiguió con el CIC17 un texto cierto y claro, muy manejable, y aunque riguroso en cuanto a la técnica jurídica, se codifica en perfecta continuidad y armonía con la historia de la Iglesia, reconociéndose explícitamente el patrimonio jurídico anterior, como consta en el c. 6 del CIC17. En este Código no se pierde, al contrario, se mantiene y perpetúa la herencia del derecho común medieval, otro buen ejemplo es la llamada que hace a la aplicación de la aequitas canonica (c. 20).

²⁸¹ Cf. CIC17, c. 6: “Codex vigentem huc usque disciplinam plerumque retinet, licet opportunas immutationes afferat”.

auténtica, promulgada por Benedicto XV el 27 de mayo de 1917 y que entró en vigor el 19 de mayo de 1918. Pero, las nuevas necesidades de la Iglesia y la doctrina del Concilio Vaticano II, hicieron necesario la elaboración de un nuevo Código. La preparación llevó veinticinco años²⁸², si bien ya no se trataba sólo de una nueva ordenación de las leyes, sino también se daba la necesidad de reformar normas y adecuarlas a la eclesiología del Concilio Vaticano II y a las nuevas instituciones, aunque el derecho antiguo²⁸³ constituye siempre la base de las normas²⁸⁴. El nuevo código fue promulgado el 25 de enero de 1983 por San Juan Pablo II. Este Código se caracteriza por su sencillez, claridad, justeza y ciencia del verdadero derecho, además de caridad equidad y humanidad. Con la promulgación y publicación del Código ya no se puede ignorar la ley, ni por parte de los pastores ni de los demás fieles²⁸⁵. El CIC83 regula los elementos fundamentales de la estructura jerárquica y orgánica de la Iglesia, establecidos por Jesucristo o en la Tradición apostólica o en tradición antiquísima, además de las principales normas que se refieren al ejercicio del triple *munus* que corresponde a la Iglesia –*regendi, sanctificandi y docendi*–, también establece algunas normas de actuación, sin perder nunca la congruencia con la naturaleza de la misma

²⁸² Cf. HERRANZ, J., «Prolegómenos 2, génesis y elaboración del nuevo Código de Derecho Canónico», en *ComEx.* 1, pp. 157-205. Se aborda detalladamente esta cuestión.

²⁸³ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Constitutio Apostolica “*Sacrae Disciplinae Leges*” ad Venerabilibus Fratibus Cardinalibus, Archiepiscopis, Episcopis, Presbyteris, Diaconis ceterisque Populi dei membris, 25.1.1983», en *AAS* 75 (1983) pp. 10-11. Expone que Toda la tradición jurídica de la Iglesia tiene su origen en el derecho contenido en el Antiguo y el Nuevo Testamento que constituyen la fuente primera de toda la tradición jurídica y legislativa de la Iglesia, por ello afirma que: “Codex, utpote quod est primum documentum legiferum Ecclesiae, innixum in hereditate iuridica et legifera Revelationis atque Traditionis, necessarium instrumentum censendum est, quo debitus servetur ordo tum in vita individuali atque sociali, tum in ipsa Ecclesiae navitate. Quare, praeter elementa fundamentalia structurae hierarchicae et organicae Ecclesiae a Divino Conditore statuta vel in apostolica aut ceteroqui in antiquissima traditione fundata, ac praeter praecipuas normas spectantes ad exercitium triplicis muneris ipsi Ecclesiae demandati, Codex quasdam etiam regulas atque agendi normas definiat oportet”.

²⁸⁴ Cf. CIC83, “*Praefatio*”, pp. 15-30. El Prefacio al vigente Código constituye una magnífica síntesis de la historia del derecho canónico desde su origen hasta la promulgación del CIC83, reflejando la peculiaridad de este derecho en cuanto la absoluta fidelidad a sus fuentes, al tiempo que se adapta a los momentos históricos y es congruente con la misión de la Iglesia a la que sirve de instrumento. Cf. HERRANZ, J., «Prolegómenos 2...» *cit.* pp. 202-205, respecto al análisis que realiza de la fidelidad al pasado y la apertura al futuro en el CIC83.

²⁸⁵ Cf. CIC83, “*Praefatio*”, p. 30. Así, se afirma que: “Pastores securis potiuntur normis, quibus recte sacri ministerii exercitium dirigant; hinc unicuique copia datur iura et officia sibi propria cognoscendi, et arbitrio in agendo via praecluditur”.

Iglesia y sin separarse nunca de su tradición legislativa²⁸⁶. La Iglesia desde sus orígenes utiliza normas, tiene necesidad del derecho y de la justicia en la verdad, por ello se inculturiza en la tradición jurídica greco-romana que imperaba en aquel tiempo y la enriquecerá en gran manera.²⁸⁷ Debe atender a las exigencias de justicia que requiere la potestad sagrada y la validez de los sacramentos, así como la veracidad de la doctrina que presenta²⁸⁸, en aras de la *salus animarum* de la sociedad eclesial y de los *christifideles*²⁸⁹. Finalmente, el 18 de octubre de 1990, se promulgó el CCEO, legislación que no había sido objeto de codificación.²⁹⁰

²⁸⁶ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Constitutio Apostolica “*Sacrae Disciplinae Leges*” ad Venerabilibus Fratribus Cardinalibus, Archiepiscopis, Episcopis, Presbyteris, Diaconis ceterisque Populi dei membris, 25.1.1983», en *AAS* 75 (1983) p.13; PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, I., *sub c. 834*, en *ComVal*, p. 388, señala que las dos notas del sacramento de signo e instrumento se van desarrollando en la tradición de la Iglesia desde los inicios hasta el Concilio de Trento.

²⁸⁷ Cf. BENEDICTUS PP. XV, «Constitutio Apostolica “*Providentissima Mater Ecclesia*” Venerabilibus Fratribus et dilectis Filiis Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopis, Episcopis aliisque Ordinariis ac praeterea Catholicarum Studiorum Universitatum ac Seminariorum Doctoribus atque Auditoribus, 27.5.1917», en *AAS* 9 (1917), p. 5. y esta insigne labor es descrita del siguiente modo: “Procedente autem tempore, praesertim cum se in libertatem vindicavit et per maiora in dies incrementa latius ubique est propagata, ius ferendarum legum proprium ac nativum evolvere atque explicare nunquam destitit, multiplici ac varia decretorum copia per Romanos Pontifices et Oecumenicas Synodos, pro re ac tempore, promulgata. Hisce vero legibus praeceptisque tum cleri populique Christiani consuluit” regimini sapienter, tum ipsam, ut historia testatur, rei publicae utilitatem civilemque cultum mirifice provexit. Neque enim solum barbararum gentium leges curavit Ecclesia abrogandas ferosque earum mores ad humanitatem informandos, sed ipsum quoque Romanorum ius, insigne veteris sapientiae monumentum, quod ratio scripta est merito nuncupatum, divini luminis auxilio freta, temperava correctumque christiane perfecit, usque adeo ut, instituto rectius ac passim exposito privato et publico genere vivendi, sive aetate media sive recentiore materiam legibus condendis satis amplam paraverit”.

²⁸⁸ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Const. Ap. “*Sacrae Disciplinae Leges*”» *cit.* pp.12-13. Acerca de la necesidad de las normas para la vida de la Iglesia, dice: “Ac revera Codex Iuris Canonici Ecclesiae omnino necessarius est. Cum ad modum etiam socialis visibilisque compaginis sit constituta, ipsa normis indiget, ut eius hierarchica et organica structura adspectabilis fiat, ut exercitium munerum ipsi divinitus creditorum, sacrae praesertim potestatis et administrationis sacramentorum rite ordinetur, ut secundum iustitiam in caritate innixam mutuae christifidelium necessitudines componantur, singulorum iuribus in tuto positus atque definitis, ut denique communia incepta, quae ad christianam vitam perfectius usque vivendam suscipiuntur, per leges canonicas fulciantur, muniantur ac promoveantur”.

²⁸⁹ Cf. ID., «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002» *cit.*

²⁹⁰ Cf. ID., «Constitutio Apostolica “*Sacri canones*”», Venerabilibus fratribus Patriarchis, Archiepiscopis, Episcopis, ac Dilectis filiis Presbyteris, Diaconis Ceterisque Christifidelibus Orientalium Ecclesiarum, 18.10.1990», *AAS* 82 (1990) pp.1042-1043: “Spe confidimus magna fore ut hic Codex in « cotidiana vitae actionem feliciter traducatur » et « germanum praebeat testimonium reverentiae atque amoris erga ecclesiasticam legem», pro auspiciis Pauli VI beatae memoriae (AAS 66 [1974] 247), atque in orientalibus Ecclesiis antiquitate tam praeclaris eundem illum tranquillitatis ordinem instauret, quem promulgantes Nos Codicem Iuris Canonici latinae Ecclesiae ardenti animo pro tota eclesiali societate

Conforme a la eclesiología profundizada y definida por el Concilio Vaticano II de la que es expresión el CIC83, el ordenamiento jurídico debe buscar la comunión eclesial²⁹¹, teniendo en cuenta la dignidad de todo bautizado en relación con su igualdad sustancial y la diversidad de funciones de cada fiel²⁹². Esta finalidad y exigencia muestra la visión antropológica cristiana, así como la realidad de la Iglesia, tanto sacramental como institucional²⁹³. Así, en esta perspectiva se dan los derechos y los deberes de los bautizados. La comunión eclesial exige la caridad, que eleva al derecho a instrumento de la verdad, pues en modo alguno lo contradice, y la exigencia de caridad y de verdad es lo que contribuye a crear la certeza de la reglas y el que las relaciones jurídicas se ordenen a la justicia. De modo que en las relaciones jurídicas objeto del

expetivimus. De ordine scilicet agitur, «qui, praecipuas tribuens partes amori, gratiae atque charismati, eodem tempore faciliorem reddat ordinatam eorum progressionem in vita sive ecclesialis societatis, sive etiam singulorum hominum, qui ad illam pertinent » (AAS 75 [1983] Pars II , XI)”.

²⁹¹ Cf. CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar...*, cit. pp.147-148. Corecco ha estudiado en profundidad la noción teológica de «comunión» y sostiene que este concepto “que a nivel constitucional de la relación entre iglesia universal y particular se realiza como «communio ecclesiarum», parece captar más bien la sustancia específica de la convivencia eclesial, a través de la cual se realiza y se anticipa ya en la historia la salvación escatológica. Esta categoría que capta el aspecto escatológico en cuanto immanente a la iglesia, parece ser capaz de expresar la fisonomía inconfundible de la constitución y de los instintos (sic) canónicos que regulan la vida eclesial. La «communio» es al mismo tiempo la realidad que hay que conseguir y la modalidad según la cual tiene que estructurarse el derecho canónico para conseguirla. Es además el resultado de la convergencia de las categorías «pueblo de Dios», «cuerpo místico» y «palabra y sacramento» que fundamentan la propia existencia del derecho canónico. De aquí se sigue la «communio», en cuanto causa material, formal y final del derecho de la iglesia, es de suyo jurídicamente vinculante”.

²⁹² Cf. CIC83, c. 204: “§ 1. Christifideles sunt qui, utpote per baptismum Christo incorporati, in populum Dei sunt constituti, atque hac ratione muneris Christi sacerdotalis, prophetici et regalis suo modo participes facti, secundum propriam cuiusque condicionem, ad missionem exercendam vocantur, quam Deus Ecclesiae in mundo adimplendam concedidit. § 2. Haec Ecclesia, in hoc mundo ut societas constituta et ordinata, subsistit in Ecclesia catholica, a successore Petri et Episcopis in eius communione gubernata.”; OLMOS ORTEGA, M. E., *sub c. 244*, en *ComVal*, p. 123. Las enseñanzas de LG inspira el contenido de este canon, en el que se destaca la radical igualdad de todos los fieles en cuanto a dignidad y la diversidad de servicios. El párrafo 2 reproduce LG, 8; CCEO, c. 7, que es el equivalente al c. 204 del CIC 83.

²⁹³ Cf. CORBÍ, A., «Asociaciones y Fundaciones con fines de caridad según el Motu Proprio Intima Ecclesiae Naturae sobre el servicio de la caridad», en *Reflexión y Perspectivas de Futuro de las Fundaciones Autónomas*, ed. BENEYTO BERENGUER, R., Cizur Menor 2013, p. 69: “La Iglesia ha reafirmado invariablemente su propio derecho, como aspecto insuprimible de su constitución fundamental sobre esta tierra. Con ello ha ordenado su vida interna luchando contra la arbitrariedad y la injusticia en la sociedad eclesiástica” de modo que “el derecho canónico actúa así como garantía y defensa de los bienes fundamentales de la sociedad eclesiástica”; HERVADA, J, - LOMBARDIA, P., «Prolegómenos...» cit. pp. 40-44, trata este tema de forma exhaustiva.

derecho de la Iglesia está presente el principio de seguridad jurídica y certeza del derecho, considerados como garantía de justicia y de tutela de derechos²⁹⁴.

El derecho canónico considera el derecho como *ius*, como lo justo, la seguridad jurídica sería un principio inherente al mismo derecho –la misma cosa justa– en cuanto exigencia de justicia y de verdad, que por ello mismo impide la arbitrariedad y es garantía de los bienes fundamentales, es decir, garantía de justicia.

El derecho canónico en sus pilares es tan antiguo como la Iglesia, llegando a desarrollarse como una ciencia –con bases sacramentales–²⁹⁵, puesto que ha adquirido unos principios fundamentales y un técnica propia, que constituyen la tradición canónica, en cuya formación han influido también diversas culturas con las que se ha encontrado, destacando entre éstas el derecho romano con el que se ha dado una mayor relación y una mutua influencia, una ósmosis más intensa. Se comprueba en como es ilustrada esta influencia del derecho romano sobre las instituciones de la Iglesia por los historiadores del derecho, sin olvidar tampoco como la Iglesia, a su vez, ha ejercido su influjo sobre el derecho romano²⁹⁶. De Paolis la refiere como “*una herencia preciosa, la*

²⁹⁴ IOANNES PAULUS PP. II, «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002» *cit.*

²⁹⁵ Cf. JIMÉNEZ URRESTI, T. I., *De la Teología a la canonística*, Salamanca 1993, pp. 406-409. En estas páginas analiza la relación entre canonística y teología. El Derecho canónico y su ciencia está incidida por tres factores o ciencias, el *ius divinum* (teología), la historia y su ordenamentación (reglas técnicas), esta conjugación le salva del positivismo puro. “Es paralelo al Derecho secular que, si no se remite a los principios naturales para juridizarlos, cae forzosamente en positivismo puro; y si no se remite a una antropología y no considera al hombre es un ser social que vive en sociedad en la historia con leyes positivizadas es una antropología irreal, por abstracta pura”; CENALMOR, D. - MIRAS, J., *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*, Barañain 20103, pp. 45-53, 60-61, realizan un análisis similar, si bien resaltan el aspecto jurídico; MARZOA, A., «El fundamento de la juridicidad del Derecho Canónico (reflexiones a propósito de la formación del texto del primero de los "principios" para la reforma del CIC)», en *Fidelium Iura* 8 (1998) pp. 382-384. El derecho canónico es derecho y es canónico, pero el carácter genuinamente canónico no representa ningún obstáculo para su eclesialidad, por lo que exige tener muy presentes los fundamentos metajurídicos que informan todo el ordenamiento jurídico; DÍAZ MORENO, J. M. - SAN JOSÉ PRISCO, J., «Fundamentación teológica ...» *cit.* pp. 35-36, 39-41. Mientras la Escuela de Munich considera el Derecho canónico como «disciplina teológica con método jurídico» tal como lo definió su fundador Klaus Morsdorf, para los Profesores de Salamanca “resulta imprescindible iluminar teológicamente la normativa de la Iglesia, lo que la fundamenta y está en los cimientos de su ordenamiento, para poder aplicarla con un sentido exacto y para que sean la justicia, la equidad y la caridad las que den sentido a la vivencia de las leyes canónicas”. Además exponen las tres escuelas que ofrecen diferentes nociones del derecho canónico. La escuela de Munich, que hace un planteamiento que incide en su aspecto más teológico, la escuela de Navarra, que resalta su aspecto jurídico y una tercera posición que matiza ambos extremos.

²⁹⁶ Cf. HERVADA, J. - LOMBARDIA, P., «Prolegómenos...» *cit.* p. 107.

*cual, en un constante y cuidadoso diálogo, ha permitido a la tradición canónica recibir conceptos y técnicas que le siguen siendo de gran ayuda*²⁹⁷.

El desarrollo del derecho canónico a lo largo de los siglos y la maestría de su producción jurídica ha propiciado que haya tenido una enorme influencia en la configuración del derecho continental europeo, puesto que la sociedad occidental y sus principales instituciones y configuración de sus principales aspectos estuvieron estrechamente relacionados con el derecho canónico, siendo éste uno de los pilares en la formación del derecho hispano, que nace del llamado *utrumque ius*, es decir, la llamada *recepción romano canónica* la conjunción del derecho romano y del derecho canónico. El derecho canónico dejó su sello en toda una serie de instituciones de derecho matrimonial, familiar, sucesorio, procesal y constitucional. Además, el derecho canónico no solo ha influido en el derecho continental, también lo ha hecho en el derecho anglosajón en la configuración de instituciones jurídicas tales como el matrimonio, la familia, el derecho de sucesiones y el de contratos, incluso en el derecho y teoría constitucional. Las aportaciones del derecho canónico a la técnica jurídica, así los aforismos o reglas jurídicas, los instrumentos técnicos como la tolerancia, la dispensa o la *dissimulatio*, y la importante figura de la equidad canónica, también, son importantes. Del mismo modo, al derecho canónico se debe la fijación del justo precio, la prohibición de la usura, y el principio jurídico de la buena fe, entre otros²⁹⁸.

²⁹⁷ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. p. 111.

²⁹⁸ Cf. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., «Paralelismos entre Derecho canónico...» cit. pp. 2951-2954: Entre derecho canónico y derecho estatal se dan discrepancias pero también paralelismos, una de las instituciones importantes es la *aequitas romano canonica*. Con este principio el derecho canónico se flexibiliza para adaptarse a hipótesis particulares y pluralidad de circunstancias. así, la canonística impide reducir el derecho a normas rígidas. El sentido canónico de la equidad supera el romano que le dieron Cicerón o Séneca, pues «*aequitas nihil aliud est quam Deus*». Su estudio tuvo una enorme importancia en la canonística de los siglos XII y XIII. Hoy en día tratan del tema algunos canonistas que tratan de encontrar cierta similitud con el sistema del *common law* y su método de adaptación del derecho al fin. Ante la cuestión de si la *aequitas* sería una quiebra del principio de seguridad jurídica, hay que volver la mirada a los orígenes de nuestra tradición canónica, a la Grecia clásica. “Si la herencia del Derecho pensado por Grecia, consistía en una dialéctica que arrancaba desde la equidad como justicia del caso concreto, y después de las vueltas y revueltas en la positivización de las leyes, el Derecho volvía y retornaba sobre aquella. si la esencia del Derecho inventado por Roma, por medio de la jurisprudencia clásica, empleaba aquel método inductivo y deductivo, con esta situación justa del caso concreto (equidad) como punto de partida y de llegada de derecho y si la esencia del derecho de la Iglesia gira y gravita de modo continuo sobre la equidad (...) esta suma tan convergente de realidades, se convierte en garantía de la juridicidad canónica de un lado, y de otro, en un resello de lo jurídico esencial”; OLMOS ORTEGA, E., «Derecho canónico y formación del jurista» en *Ius Canonicum* 90 (2005) pp.610-612.

El derecho canónico está llamado a relacionarse al mismo nivel con los estudios sobre el el derecho secular, pues tiene mucho que ofrecer a la doctrina jurídica moderna muy influenciada por el positivismo, desde la doctrina jurídica basada en el realismo jurídico clásico²⁹⁹, pues en la experiencia jurídica canónica, que se ha manifestado durante siglos estable y dinámica, ha prevalecido una función de reconocimiento del derecho sobre la actividad de proponer nuevas leyes³⁰⁰. Está llamado a desempeñar, una función en relación con los ordenamientos jurídicos modernos, que ya fue ejercida en épocas pasadas, que es la afirmación de la existencia de una ley divina, eterna, natural y positiva, a la que deben adecuarse todas las leyes para ser justas, para ser legítimas, para ser racionales³⁰¹.

Esto se comprende únicamente en un contexto en el que se tenga en cuenta a la persona y su supremacía, que sea considerada como sujeto, fundamento y fin de todo ordenamiento jurídico, es decir, desde la antropología cristiana.

San Juan Pablo II invitó a una aportación recíproca entre los que denominó los dos derechos, refiriéndose al ordenamiento jurídico secular, de un lado, y de otro, el

²⁹⁹ Cf. MARZOA, A., «El fundamento de la juridicidad del Derecho Canónico (reflexiones a propósito de la formación del texto del primero de los "principios" para la reforma del CIC)», en *Fidelium Iura* 8 (1998) p. 384.

³⁰⁰ Cf. LO CASTRO, G., «Libro I. Introducción», en *ComEx* 1, pp. 242-243. Lo expresa con claridad al decir que “Nunca ha faltado en la Iglesia, ni a la ciencia que ha reflexionado sobre la Iglesia, la aguda percepción de que el Derecho, que establece lo que corresponde a cada uno (sea personal o social), es en su esencia constituido por Dios. No es, por tanto, de extrañar que la misma autoridad eclesiástica, al legislar, se haya sentido llamada siempre a mostrar que no era la suya una pura y arbitraria proposición volitiva de normas, una constitución innovadora de patrimonios jurídicos, sino, en primer lugar, una tarea de reconocimiento de una dimensión jurídica más alta y objetiva que opera en la historia; ni que, por ese mismo motivo, durante siglos (piénsese en la época de las Decretales, y en la importancia asumida por estas, precisamente como modo de hacer Derecho, para la formación y el desarrollo del Derecho canónico clásico), la función de reconocimiento del Derecho –según un método que podemos llamar, en sentido amplio, jurisprudencial–, haya prevalecido de hecho, en la experiencia jurídica canónica, sobre la actividad propositiva de nuevos preceptos imperativos (legislativa en sentido estricto). Eso ha contribuido a conferir al ordenamiento de la Iglesia su particular connotación de estabilidad, firmeza y la preeminencia del principio sobre el que se funda y al que continuamente se remite; y, al mismo tiempo, sin contradicción su carácter de elasticidad en la aplicación del Derecho constituido, inspirada por la *caritas*, por la *benignitas*, las cuales no son categorías conceptuales especulativas, sino principios operativos prácticos, especialmente apreciables en el ejercicio de la función judicial, destinada por su naturaleza a dar concreta respuesta a la petición de justicia proveniente del hombre”.

³⁰¹ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales ...*, cit. p. 20: “La afirmación primaria y fundamental que despeja el terreno de todo positivismo jurídico, es decir, la afirmación de la existencia de una ley divina, eterna, natural y positiva, con la que toda otra ley debe conformarse si pretende ser legítima. De ello se deriva una importantísima primera consecuencia: el fundamento ético del derecho; e, inmediatamente, otra: su racionalidad”.

ordenamiento jurídico canónico. El Santo Padre pedía esta profundización en base al principio de que la justicia es la esencia de todo acto orientado al bien de la comunidad por su misma naturaleza pero, también, de cuantos forman parte de ella, es decir, de los socios o miembros de la comunidad. Y siguiendo este principio de justicia es como se debe profundizar desde la órbita de ambos derechos, puesto que es el criterio de investigación a seguir como un servicio a la persona humana³⁰². Y en línea de continuidad con su predecesor, Benedicto XVI invitaría a su vez, a ese diálogo³⁰³.

2.2. EN EL DERECHO CONTINENTAL

Se puede afirmar que el derecho continental europeo proviene del derecho romano, en el que hunde sus cimientos y se fue configurando posteriormente por el derecho romano-canónico medieval y más adelante, tras la ruptura de la ciencia jurídica del *utrumque ius*, el nominalismo, el absolutismo, el racionalismo y el positivismo jurídico³⁰⁴ lo fueron configurando hacia unos rasgos básicos que en una brevísima síntesis sería el predominio de la ley escrita como fuente del derecho codificada y sistematizada, en la que a la jurisprudencia le correspondería una única función interpretativa, una tendencia considerable a la dogmática jurídica³⁰⁵.

Así, en la Europa continental la noción de derecho sufre una notable confusión y está llena de malos entendidos, consecuencia de la referida configuración en lo que

³⁰² Cf. IOANNES PAULUS PP. II, «Mensaje a los participantes en un simposio internacional organizado por la Pontificia Universidad Lateranense, 21.3.2002» *cit.*: “En este esfuerzo de profundización os ayuda, como criterio de investigación, el principio según el cual la justicia es la esencia de todo acto, que por su misma naturaleza está orientado al bien de una comunidad y de cuantos forman parte de ella. Por tanto, según el método propio del «*utrumque ius*», se os pide que asociéis el análisis de la vigente legislación canónica a cuanto madura en los ordenamientos jurídicos de la sociedad civil, contribuyendo así a delinear la aportación recíproca entre los dos derechos y descubriendo sus convergencias y peculiaridades desde el punto de vista del servicio a la persona humana”.

³⁰³ Cf. BENEDICTUS PP. XVI, «*Iter apostolicum in Germaniam: Allocutio ad Berolinensem foederatum coetum oratorum*, 22.9.2011», en *AAS* 103 (2011) pp. 663-669; ID., «*Allocutio Ad Delegatos Nationum Unitarum*, 18.4.2008» *cit.* pp. 331-338.

³⁰⁴ Cf. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., «Paralelismos entre Derecho canónico...» *cit.* p. 2957.

³⁰⁵ Cf. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Madrid 1991, p. 24.

puede llamarse la civilización moderna³⁰⁶. El derecho parece estar ligado al poder político y supremo de una manera indisoluble, de tal modo que se presenta como sinónimo a ley, que es entendida como expresión de ese poder, es decir, como una orden autoritaria que procede de arriba, de la autoridad que es el titular de la soberanía. La Edad Media, la Edad Moderna y la postmodernidad presentan visiones distintas, incluso antagónicas, del derecho, suponen tres experiencias jurídicas bien diferenciadas tanto en su pensamiento, lenguaje como herramientas técnicas. Hoy en día el jurista y el derecho viven momentos de gran incertidumbre al vivirse momentos de constantes cambios rápidos e intensos, junto a la crisis de los estados y la globalización, y el anhelado y permanente sentimiento de justicia y libertad, han coadyuvado a que se haya venido abajo la vieja metodología jurídica de la modernidad con sus venerados ídolos como: la estatalidad del derecho, la ley y los principios rígidos de legalidad, de la división de poderes y la jerarquía de fuentes. Así, parece en esta época de la postmodernidad, que la efectividad del derecho domine frente a la validez de las normas, ya que el derecho se realiza cuando es llamado a resolver un conflicto concreto³⁰⁷. De hecho, y tal vez por necesidad, ya que el derecho es por sí dinámico, cada vez hay una mayor interrelación entre el derecho continental europeo y el *common law* –los dos sistemas jurídicos que han predominado históricamente en Occidente–, de tal manera que sus límites se han ido difuminando de manera notoria³⁰⁸.

Acerca de la seguridad jurídica en el denominado derecho europeo continental, también denominado derecho continental-romano, y *civil law*, y pese a la *perenne*

³⁰⁶ Cf. LO CASTRO, G., «Libro I. Introducción», en *ComEx* 1, p. 239. Es importante recordar aquí la observación que realiza este autor, afirma que “Las grandes obras legislativas, que, en la época moderna, han asumido forma de código, no se han limitado a reflejar la ordenación jurídica de una sociedad en un determinado periodo, sino que han expresado y, las más de las veces, se han hecho ellas mismas promotoras de valores ideales que exigían una encarnación jurídica para afirmarse y llegar a ser elementos constitutivos y modelos de comportamiento de esa sociedad”. Así ha sido con el Código Napoleónico de 1804 con las ideas de igualdad y libertad promovidas por la Revolución francesa, y sobre su modelo la mayoría de los códigos estatales de Europa central; *Ibid.*, p. 242.

³⁰⁷ Cf. CABALLERO GERMAIN, G., «Seguridad jurídica y relaciones entre el “common law” y el derecho continental-romano», en *Revista de derecho de la pontificia universidad Católica de Valparaíso* 24 (2003) pp.198, 207, en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/529/497>. (Consulta 2.10.2014). Se da una necesidad en el ámbito internacional, en el mundo global, de una interpretación uniforme de los tratados comerciales internacionales, puesto que ésta es considerada fundamental tanto para la eficacia como para el logro de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil internacional.

³⁰⁸ Cf. GROSSI, P., *La Europa del derecho*, cit., pp. 16-17, 214.

discusión sobre el tema, se puede sostener que existen unos rasgos en los ordenamientos jurídicos continentales que contribuirían a otorgar seguridad jurídica, desde los ámbitos estructural y funcional. Estos rasgos, expresados sintéticamente serían: En el ámbito estructural, se considerarían los siguientes principios jurídicos: principio de legalidad (*nulla poena nullum crimen sine lege*), la necesidad de promulgación y publicación de la ley para su conocimiento (*lege promulgata*), la ley ha de ser clara en su formulación (*lege manifesta*), capaz de resolver cualquier pretensión jurídica, omnicomprendidas (*lege plena*), respetuosas con la jerarquía normativa y el dominio legal (*lege stricta*), irretroactivas (*lege previa*) y estables en el tiempo (*lege perpetua*). Desde el punto de vista funcional, sería la necesidad de que las leyes fueran cumplidas por sus destinatarios, tanto públicos como privados³⁰⁹. El ciudadano quiere tener la seguridad de que el estado y los terceros en las relaciones jurídicas tendrán un comportamiento acorde con las normas y que los órganos que deben aplicarla la harán valer cuando no sea respetada. Por ello, el ciudadano quiere saber, en la medida de lo posible, los efectos que sus acciones pueden ocasionar, así como, la manera en que pueden reaccionar los otros frente a éstas. De este modo, el letrado debe advertir a su cliente que la ley puede ser interpretada o no a su favor y que en ello puede influir el juez al que por sorteo corresponda analizar el caso. Esto en la práctica provoca el aumento de la litigiosidad al estimularse la proposición de acciones, lo que acaba en acumulación de trabajo y lentitud de jueces y tribunales. La consecuencia en la vida jurídica es que el positivismo imperante en la Europa continental se convierte en un obstáculo para la seguridad jurídica a la que pretende servir, no solo por la hiperinflación legislativa y la imposibilidad de pleno conocimiento, sino también por la falta de previsibilidad en las decisiones judiciales³¹⁰.

Hay que señalar que en el derecho continental europeo se dan una serie de instituciones que provienen del *utrumque ius* surgidas de la *prudentia iuris*³¹¹ para

³⁰⁹ Cf. CABALLERO GERMAIN, G., «Seguridad jurídica y relaciones entre ...» *cit.* p.197.

³¹⁰ Cf. MARINON, L. G., «El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica», en *Ius et Praxis* 18 (2012) pp. 250-251, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>. (Consulta 2.10.2014).

³¹¹ Cf. HERVADA, J. - LOMBARDÍA, P., «Prolegómenos 1...» *cit.* p.70: “La prudencia jurídica debe tener, entre otros de menor importancia, los siguientes requisitos: la experiencia, la intuición, el consejo, el buen

tutelar la seguridad jurídica como exigencia de la propia justicia. Tales instituciones serían: la cosa juzgada, que es inviolable; el derecho adquirido, que ha de ser respetado; el contradictorio, que ha de ser garantizado en todo proceso; la preclusión, que conlleva la necesidad del respeto a los plazos; la asistencia jurídica, que garantiza la defensa; la fundamentación de las decisiones judiciales, evitando la arbitrariedad, entre otras³¹².

En el derecho continental europeo y en el contexto del ordenamiento jurídico español, se sitúa la Constitución de 1978, la cual declara en su art 9.3 que garantiza la seguridad jurídica junto a otros principios que son: el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, o la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Puede decirse, que todos ellos constituyen principios instituidos conforme a una determinada concepción del derecho y de la seguridad jurídica, y, por lo tanto, serían manifestaciones con las que la técnica jurídica trata de favorecerla, pues se podría sostener que pertenecen a la seguridad jurídica considerada desde una visión positivista. No obstante, puede decirse que la redacción de éste artículo no es muy acertada, al menos en cuanto a técnica jurídica se refiere³¹³, pues es más un elenco de principios sin orden ni sistemática.

Se puede decir que los ordenamientos actuales, o sea, la ciencia jurídica actual está buscando donde fundamentarse, se está nuevamente dando valor a conceptos como

juicio y la oportunidad. Asimismo, la equidad o virtud de la resolución de los casos más allá de las normas comunes”.

³¹² Cf. MARINON, L. G., «El precedente en la dimensión ...» *cit.* p. 254.

³¹³ ESPAÑA, «Constitución», en *B.O.E.* (29.12.1978) p. 29316: Artículo 9: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. A los efectos de las expectativas de seguridad jurídica en las tesis positivista resulta muy ilustrativa la reflexión del civilista García Cantero junto con las explicaciones del jurista y político Sr. Peces Barba acerca de como se elaboró la CE y las consecuencias que se han manifestado en seguridad jurídica; GARCÍA CANTERO, G., «La Constitución española ¿reconoce el derecho a quitar la vida...? (reflexiones de un jurista a la luz del número 28 de la Caritas in Veritate)» en *Religión, Matrimonio y derecho ante el siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro Valls 2*, ed. MARTÍNEZ TORRÓN, J. - MESEGUER VELASCO, S. - PALOMINO LOZANO, R., Madrid 2013, pp. 3329-3338, 3330; PECES BARBA, G., *Derechos Fundamentales*, Madrid 1983⁴, pp. 21, 24, 48, 49 y 73. Respecto a la noción de dignidad de la persona y la de libertad, S. IOANNES PAULUS PP. II, «Litterae Enc. “*Evangelium vitae*”» *cit.* pp. 402-403. Los mismos términos pueden llevar a confusión, el lenguaje puede ser equívoco, demostrándose, una vez más, que el formalismo ahoga el derecho.

libertad, responsabilidad, conciencia, persona, ley; pero, no obstante, hay que tener en cuenta el lenguaje y sus contenidos, pues estos conceptos fueron vaciados de contenido y rellenado con otros, surgiendo la división y el caos. Sin embargo, el derecho canónico conservó, profundizó y perfeccionó en su tradición jurídica estos conceptos, es más, los vive, forman parte de su realidad jurídica³¹⁴. El diálogo del ordenamiento canónico con la cultura jurídica secular es profundamente necesario, pues ésta anda desbocada y sin sentido fruto de la fragmentación del saber³¹⁵. Se trata de redescubrir y profundizar en la verdad del hombre en su total integridad, sin sesgar sus dimensiones, pues hay que atender también a su dimensión espiritual, a su trascendencia, a su naturaleza creada, al fin último del hombre.

2.3. EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

En primer lugar, hay que establecer que la denominación de “*common law*” deriva del “*ius commune*” de la Iglesia —que era un derecho distinto de la norma local fuera ley o costumbre—. Por otra parte, también proviene del “*ius commune*” de la Iglesia, el derecho común del Continente europeo, puesto que el *Corpus Iuris Civile*, el derecho romano justiniano, era distinto del derecho local, fuera legislación o costumbre. Y en este aspecto, es importante no perder de vista que el derecho canónico fue el vehículo a través del cual llegó el derecho romano al ámbito anglosajón, penetrando en la *common law* inglesa. Por ello, no deben exagerarse las conocidas diferencias entre la tradición jurídica anglosajona y la tradición continental-europea, como es el caso de la primacía de la actividad de jueces y tribunales en lo relativo al desarrollo del derecho. Y a este respecto se pueden citar una serie de ejemplos que fueron instituciones importantísimas de derecho judicial: Así, en el reino Carolingio, los *missi dominici* o jueces itinerantes y de otro parte la decretales pontificias en el Bajo Medievo, que fueron en gran parte decisiones sobre casos concretos que tomaron los

³¹⁴ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. p. 20.

³¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 25: “el problema de la cultura, de la mentalidad actual y, por tanto de la ciencia incluida la jurídica, es el de la falta de sentido, de la fragmentación del saber y, en definitiva, del pluralismo, que no significa una pluralidad de ideas”.

Papas, y un tercer ejemplo serían las colecciones de decretales pontificias, cuya función era ser libros de autoridad y no codificaciones legislativas al estilo napoleónico³¹⁶.

Es conveniente no dejar de considerar que el *ius commune* medieval es fruto de la ósmosis del derecho romano y del canónico, tanto legistas como canonistas fueron los que le dieron vida. El *ius commune*³¹⁷ dominaba el panorama jurídico en el medievo hasta la ruptura del *utrumque ius*, producto de fuentes civiles y canónicas. Por ello, cuando se argumenta la influencia del derecho canónico en el derecho anglosajón, en el fondo, se está hablando también de la influencia del *utrumque ius*, puesto que a través de las fuentes eclesiásticas penetraron contenidos jurídicos continentales en las Islas Británicas durante la Edad Media, de modo que el *utrumque ius* medieval es el principal nexo de unión entre ambas tradiciones jurídicas³¹⁸.

El s XI dentro de la tradición jurídica de Europa, es la época más importante del derecho occidental. Del *ius utrumque* arrancan dos tradiciones jurídicas. De una, el derecho continental que se fundamenta en la norma –en sentido amplio, no en el sentido restrictivo que se le da hoy a la ley–, y de otra, el anglosajón fundamentado en las acciones. A diferencia del derecho continental, el derecho anglosajón se habría formado a partir de elementos propios y habría crecido a través de la actividad judicial junto a las luchas internas entre monarquía, nobleza y burguesía que se sucedieron a lo largo de la historia propia. El derecho anglosajón se caracteriza principalmente por sus cimientos consuetudinarios y por su creación jurisprudencial, dándose un sustancial predominio de las soluciones pragmáticas frente a las dogmáticas de la tradición continental³¹⁹.

Sin embargo, pese a las indiscutibles y profundas diferencias entre la tradición jurídica de la *common law* y el derecho continental, no se puede despreciar lo que supuso el nexo de unión entre ambas tradiciones jurídicas que es el derecho canónico, a

³¹⁶ Cf. KUTTNER, S., «Prólogo», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Madrid 1991, pp.13-14.

³¹⁷ Cf. GROCCI, P., *Europa y el derecho*, cit. p. 112: El *ius commune* “es un tejido amplio y orgánico en continua evolución gracias a las continuas correcciones de la ciencia jurídica y a la continua experiencia de los casos jurisprudenciales”.

³¹⁸ Cf. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Madrid 1991, p. 18.

³¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 24.

través del cual destacados aspectos de la sabiduría romano-canónica, del *utrumque ius* se asimilarían por la tradición anglosajona, como ocurre con las «*regulae iuris*» del *Liber Sextus* contenido en el *Corpus Iuris Canonici* y con textos romanos principalmente del *Digesta*, del *Corpus Iuris Civile*³²⁰. Otra institución canónica y que es considerada como la válvula seguridad del derecho canónico, la *aequitas*, fue asumida en las Islas Británicas que en el siglo XV dando vida a una jurisdicción que se situaría junto a la *common law*, y que se regía por la equidad y que se utilizaría más adelante para fundamentar decisiones³²¹.

El *common law*, mediante el instituto del *stare decisis*, tiene una enorme capacidad de previsibilidad, ofrece certeza en lo relativo a las resoluciones de jueces y tribunales, y seguridad en las relaciones al poder valerse de los precedentes.

El derecho canónico puede ofrecer sugerencias y soluciones tanto de tipo doctrinal como técnico al derecho secular. Así pues, en este tiempo cobra necesidad el

³²⁰ Cf. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y...*, cit. pp. 102-103; GALLEGO GARCÍA, E. A., *Common Law, el pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, Madrid 2011, pp.175-177: “Sería ingenuo pensar que el Derecho romano estuvo ausente por entero en Inglaterra. En primer lugar porque existieron importantes ramas del derecho inglés regidas por el derecho civil o *jus commune*, que era en esencia Derecho romano” (el *jus commune* estaba constituido no solo por el derecho romano, sino también por el canónico, que era el utilizado en las causas eclesiásticas), además el derecho romano era derecho supletorio, a falta de ley y costumbre. Finalmente, porque “no fueron distintos, en efecto, los criterios de fondo y los ideales metodológicos con que los juristas ingleses y los continentales sometieron a sus respectivos derechos, desde el siglo XII, a un fuerte proceso de racionalización, y cuyo resultado fue la creación de una específica ciencia jurídica europea”.

³²¹ Cf. GROCCI, P., *Europa y el derecho*, cit. p.113.

recuperar el concepto de equidad³²², puesto que, el derecho canónico tiene mucho que decir desde su experiencia y la verdad del hombre, pues *iustitia est veritatis*³²³.

³²² Cf. OLMOS ORTEGA, M. E., «Derecho canónico y formación del jurista ...» *cit.* p. 628. “es necesario recuperar el concepto de equidad, que no es cosa distinta de la justicia, sino la misma justicia que corrige la injusticia en los casos concretos y particulares, es decir, la justicia del caso concreto, pues no debemos olvidar que la equidad aspira a una justicia mejor y tiene en cuenta la persona humana. Es en la equidad donde se encuentra la razón de ser del reconocimiento respeto y tutela de los derechos y libertades de la persona; y conviene recordar que la comprensión de este concepto (...) se debe a la aportación del Derecho canónico”; VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho...*, *cit.* 2, p. 240-241. Michel Villey hace un interesante esbozo sobre la equidad –*aequum et bonum*– desde Aristóteles y Santo Tomas, obra de la prudencia, afirmando que “no es la antítesis del derecho positivo, sino su acabamiento”, si bien sostiene que los modernos la han desfigurado, desde el positivismo legalista vinieron a decir que la equidad era la negación de la ley; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Manuales de metodología jurídica. De la interpretación del derecho* 3, Madrid 2004, pp. 177-207. realiza un pormenorizado análisis de la equidad desde el ámbito secular que inicia partiendo del pensamiento aristotélico-tomista y su praxis a lo largo del tiempo.

³²³ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica ...» *cit.* p. 516: “Toda la labor de humanización del derecho, de su adaptación a la realidad, con ponderación de las seguridades estática y dinámica, desaparece cuando en la fórmula se esfuma la realidad viva. Si aquella es sustituida por un mecanismo que se inserta en la vida social se corre el riesgo de menoscabar el sentido de la justicia, pues *iustitia est veritatis*, y el clásico *esprit de finesse* se transforma, no ya en un *esprit matematicque*, sino en una mentalidad mecanicista apoyada en meras apariencias convencionales”.

CAPÍTULO 3.

ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

3.1. EN EL DERECHO CANÓNICO

3.1.1. LA TÉCNICA JURÍDICA EN LOS CÁNONES PRELIMINARES DEL LIBRO I DEL CIC83.

El Código de derecho canónico en vigor fue promulgado por Su Santidad Juan Pablo II el 25 de enero de 1983, “*Corpus básico de las leyes eclesiológicas para la Iglesia latina*”³²⁴ y cuyo promotor fue el Papa Juan XXIII al tiempo que convocó el Concilio Vaticano II, así Concilio y Código surgieron como consecuencia de un único propósito, cual es reformar la vida de la Iglesia, de modo que el CIC83 extrae sus normas y fija su orientación del trabajo del Concilio³²⁵. Este Código presenta como principal novedad su estructura y sistemática en coherencia con la profunda reflexión teológica sobre la Iglesia, llevada a cabo por el Concilio Vaticano II recogiendo en sus documentos una rica doctrina eclesiológica³²⁶. De este modo, el CIC83 la traduce al lenguaje canónico³²⁷, cuya primera consecuencia es abandonar la división romana clásica y presentar una nueva en siete libros cuyas rúbricas ya nos dan razón de lo que

³²⁴ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Const. Ap. “*Sacrae Disciplinae Leges*”» cit. p.13.

³²⁵ Cf. *Ibid.*, p. 8.

³²⁶ Cf. CORECCO, E., *Canon Law and Communio, Writings on the Constitutional Law of the Church*, ed. BORGONOVO, G. – CATTANEO, A., Città del Vaticano 1999, pp. 284-285 y 290. En un artículo sobre las bases eclesiológicas del Codex el autor sostiene que: “The new Code of Canon Law contains «two ecclesiologies», which can be defined as being of «societas» and of «communio», which the consistent lines taken by its authors, faithful to the principle of abstract codification, manifest in all their unbridgeable separateness”. Para Corecco, no se expresa con coherencia esta eclesiología por un exceso de pragmatismo en el CIC83. Afirma que la noción de «societas» sobrevive al CIC17 en los libros I, V, VI y VII, y que no escapa a la influencia de la Ilustración, alternativa racional a la cultura teológica Cristiana, y a que en el fondo se encuentra la idea de Iglesia como «societas perfecta» sostenida por el «Ius Publicum Ecclesiasticum». Al referirse al principio de «communio» dice que: “consist in the fact of postulating the total «inmanence, an the inseparability, of all the elements that make up the Church». This is seen, for example, in the structural relationship of «reciprocity» between Sacrament and Word, between the common and the ministerial priesthood, between the faithful and the Church, between duties and rights, between universal and local Church, between the Pope and de College of bishops, between the bishop and his priest. This ecclesiology, which underlies Books II, III and IV of the new Code, is not expressed with the coherence one would like.”

³²⁷ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Const. Ap. “*Sacrae Disciplinae Leges*”» cit. p. 11.

es propiamente la vida de la Iglesia y por tanto son más acordes a la naturaleza propia del derecho canónico³²⁸, a saber: “*De normis generalibus, De Populo Dei, De Ecclesiae munere docendi, De Ecclesiae munere sanctificandi, De bonis Ecclesiae temporabilibus, De sanctionibus in Ecclesia, De processibus*. Estos libros a su vez distribuyen las materias en partes, secciones y títulos con sus respectivas rúbricas y cuenta el CIC83 con un número total de 1790 cc. Esta estructura del Código responde al concepto de Iglesia como Pueblo de Dios y al ejercicio de los *tria munera* de Cristo: *munere regendi, munere docendi* y *munere sanctificandi*, a lo que se añaden otras materias cuya regulación es necesaria para la vida de la Iglesia. Cada uno de los cinco primeros libros, obedeciendo a una necesidad sistemática, comienza con unos cánones introductorios que ofrecen elementos tanto jurídicos como teológicos que iluminan y facilitan la comprensión de los demás cánones, incluso regulando aquellos aspectos comunes a todos ellos en aras de evitar innecesarias repeticiones y presentando un todo coherente. Parte de lo general para luego, cuando se requiere, entrar en lo más específico. Así en la estructura del CIC83 se ve una sistemática³²⁹, clara que parte de las normas generales, que afectan a todo el Código y se reflejan en las distintas materias facilitando su ordenación, por ello los libros en los que se divide el Codex no son compartimentos estancos, están relacionados unos con otros, en lo que se podría calificar de armonía y perfecta coherencia.

El libro I, *De normis generalibus*, (cc. 1-203), está dedicado a presentar, como su rúbrica indica, las normas generales, no obstante, se inicia por un grupo de cánones preliminares (cc. 1-6) con los que se identifica al sujeto pasivo del Código y la normativa en vigor³³⁰ tras la promulgación y publicación del CIC83 en aras de la seguridad jurídica y del orden canónico efectivo³³¹.

³²⁸ Cf. CIC83, «Praefatio» en *AAS* 75 (1983) p. 28.

³²⁹ Cf. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, I., *sub cc. 834-848*, en *ComVal*, p. 387, el título y la sistemática del Codex ha cambiado atendiendo a la eclesiología del Concilio Vaticano II.

³³⁰ Para un mayor detalle, Cf. GANGOITI, B., *sub c.c 1-6*, en *ComVal*, pp. 11-15; LOMBARDIA, P., *sub cc. 1-6*, en *ComNav*, pp. 83-85; GONZÁLEZ SANZ, M., *sub c.c 1-6*, en *ComSal*, pp. 17-20; DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, *cit.* pp. 115-138; GARCÍA MARTÍN, J., *Normas generales del Código de Derecho Canónico*, Valencia 2010², pp. 31-52; BUNGE, A. W., *Las claves del Código de Derecho Canónico*, Buenos Aires 2006, pp. 46-60; CORTÉS DIÉGUEZ, M. M., «Las fuentes del derecho canónico», en *Derecho Canónico: El Derecho del Pueblo de Dios* 1, ed. CORTÉS DIÉGUEZ, M. M.- SAN JOSÉ PRISCO, J., Madrid 2006, pp. 81-87. Inicia los comentarios dejando constancia que se trata de una diferencia de ritos

El c. 1³³² del CIC83 determina que éste es de aplicación exclusiva a la Iglesia latina. Las Iglesias católicas orientales, que tienen su origen en cinco grandes tradiciones antiguas, se rigen por el CCEO promulgado por Juan Pablo II el 18 de octubre de 1990, según el tenor del c. 1³³³ del mismo, salvo que expresamente se determine otra cosa en uno u otro Código. Ambos forman parte de un único ordenamiento canónico. El c. 1 del CIC83 está en relación con otros cc. del CIC83, cuales son el c. 11, el c. 96 y el c. 844§1 que lo completan en la materia que regulan respectivamente³³⁴.

Los cc. 2 a 6 tratan del objeto de la codificación, poniendo de relieve que el Codex no es la única norma canónica vigente, que existen otras leyes tanto universales como particulares. Así, primero los cc. 2 a 4³³⁵ indican la materia que no es objeto de

litúrgicos; OTADUY, J., «Cc. 1-6» en *ComEx* 1, pp. 255-288. Recalca que el ámbito del CIC83 no es territorial, sino personal, adhaeret ossibus, por pertenencia al rito. El c. 1 del CCEO está más matizado.

³³¹ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. pp. 109-111. Comentando el Libro I explica que su contenido es una especie de introducción general a todo el Código y también a todo el derecho de la Iglesia latina, tanto del derecho universal como del particular no incluido en el Código. Se han prescrito normas, dice “que constituyen la base para una lectura segura, una recta interpretación y, como consecuencia, una justa aplicación”. Al tratar de la importancia y particularidades de este Libro I, llama la atención sobre una serie de notas que lo hacen singular, una de éstas es la de «*tecnicidad*», que contribuye a la claridad, a la simplicidad, a la certeza de los textos jurídicos, característica que está presente en todo el CIC83, pero que destaca especialmente en este Libro, ofreciendo los principios, el método y la técnica de la ciencia jurídica que constituyen la llamada tradición canónica, una riqueza que hay que custodiar y desarrollar.

³³² Cf. CIC83, c. 1: “Canones huius Codicis unam Ecclesiam latinam respiciunt”.

³³³ Cf. CCEO, c. 1: “Canones huius Codicis omnes et solas Ecclesias orientales catholicas respiciunt, nisi, relationes cum Ecclesia latina quod attinet, aliud expresse statuitur”.

³³⁴ Cf. CIC83, c. 11: “Legibus mere ecclesiasticis tenentur baptizati in Ecclesia catholica vel in eandem recepti, quique sufficienti rationis usu gaudent et, nisi aliud iure expresse caveatur, septimum aetatis annum expleverunt”. C. 96: “Baptismo homo Ecclesiae Christi incorporatur et in eadem constituitur persona, cum officiis et iuribus quae christianis, attenta quidem eorum condicione, sunt propria, quatenus in ecclesiastica sunt communione et nisi obstet lata legitime sanctio”. C. 844§1. “Ministri catholici sacramenta licite administrant solis christifidelibus catholicis, qui pariter eadem a solis ministris catholicis licite recipiunt, salvis huius canonis §§ 2, 3 et 4, atque can. 861 § 2 praescriptis”.

³³⁵ Cf. CIC83, c. 2: “Codex plerumque non definit ritus, qui in actionibus liturgicis celebrandis sunt servandi; quare leges liturgicae hucusque vigentes vim suam retinent, nisi earum aliqua Codicis canonibus sit contraria”. C. 3: “Codicis canones initas ab Apostolica Sede cum nationibus aliisque societatibus politicis conventiones non abrogant neque iis derogant; eadem idcirco perinde ac in praesens vigere pergunt, contrariis huius Codicis praescriptis minime obstantibus”. C. 4: “Iura quaesita, itemque privilegia quae, ab Apostolica Sede ad haec usque tempora personis sive physicis sive iuridicis concessa, in usu sunt nec revocata, integra manent, nisi huius Codicis canonibus expresse revocentur”.

codificación o sobre la que no pretenden influir, *extra Codice*, estando redactados en sentido negativo, se trata de las leyes litúrgicas (c. 2) –razones históricas, su régimen peculiar con clara cohesión interna³³⁶–; los concordatos (c. 3) –pues tienen ámbito internacional, pertenece al derecho internacional³³⁷–; derechos adquiridos y privilegios (c. 4) –afirman el principio general de la irretroactividad, reafirma la sólida tradición en la Iglesia, por su parte, los privilegios son actos singulares que requieren revocación expresa en el CIC83³³⁸–; mientras, los cc. 5 y 6³³⁹ se refieren al derecho consuetudinario y al derecho escrito anteriores al Código, redactadas en sentido positivo. Estos cc. delimitan qué normas canónicas tienen fuerza y eficacia tanto desde el punto de vista de la materia que es objeto de regulación judicial –fijando aquella que es regulada *extra Codice*–, como respecto a normas antiguas –sean costumbres o normas escritas–, cuya materia si es objeto de regulación codicial, proporcionando orden y certeza³⁴⁰.

³³⁶ Cf. OTADUY, J., *sub c. 2* en *ComEx*, p. 260-261.

³³⁷ Cf. ID., *sub c. 3* en *ComEx*, p. 269.

³³⁸ Cf. ID., *sub c. 4* en *ComEx*, p. 271.

³³⁹ Cf. CIC83, c. 5 - § 1: “Vigentes in praesens contra horum praescripta canonum consuetudines sive universales sive particulares, quae ipsis canonibus huius Codicis reprobantur, prorsus suppressae sunt, nec in posterum reviviscere sinantur; ceterae quoque suppressae habeantur, nisi expresse Codice aliud caveatur, aut centenariae sint vel immemorabiles, quae quidem, si de iudicio Ordinarii pro locorum ac personarum adiunctis submoveri nequeant, tolerari possunt. § 2. Consuetudines praeter ius hucusque vigentes, sive universales sive particulares, servantur. C. 6 - § 1. Hoc Codice vim obtinente, abrogantur : 1° Codex Iuris Canonici anno 1917 promulgatus ; 2° aliae quoque leges, sive universales sive particulares, praescriptis huius Codicis contrariae, nisi de particularibus aliud expresse caveatur ; 3° leges poenales quaelibet, sive universales sive particulares a Sede Apostolica latae, nisi iii ipso hoc Codice recipiantur; 4° ceterae quoque leges disciplinares universales materiam respicientes, quae hoc Codice ex integro ordinatur. § 2. Canones huius Codicis, quatenus ius vetus referunt, aestimandi sunt ratione etiam canonicae traditionis habita”.

³⁴⁰ Cf. GARCÍA MARTÍN, J., *Normas generales del...*, *cit.* p. 49. Acerca de la abrogación y su relación con la seguridad jurídica, afirma que: “la suerte de la legislación escrita anteriormente al Código de 1983 está determinada por el legislador con un doble principio. El primer principio es de carácter abrogativo mientras que el segundo es conservador y con los dos busca la seguridad y la certidumbre jurídica”.

3.1.2. INSTITUCIONES JURÍDICO-CANÓNICAS Y LA CERTEZA DEL DERECHO: ALGUNOS EJEMPLOS

LA LEY ECLESIAÍSTICA. LEYES IRRITANTES E INHABILITANTES

El CIC83 dedica a la ley eclesiástica el Título I del Libro I, cc. 7-22, no obstante, el Codex no ha querido ofrecer explícitamente una definición de ley³⁴¹, conformándose con el significado material que contienen los cc reunidos bajo el Título I, *de legibus ecclesiasticis*³⁴². Sin embargo, es de relevancia a este respecto el hecho de que el primer canon de este título –c. 7– como el que le sigue, dirijan su atención a la promulgación de la ley³⁴³. La doctrina canónica ha venido acogiendo la definición de *lex* de Santo Tomás³⁴⁴, si bien en los últimos tiempos no es un tema pacífico, pues ha sido cuestionada o al menos matizada por algunos autores que consideran que si bien es adecuada para el derecho secular, para el ordenamiento canónico resultaría insuficiente por no contemplar su aspecto carismático y de comunión³⁴⁵. Una parte de la doctrina

³⁴¹ Cf. AYMANS, W., «Lex canonica consideraciones sobre el concepto de ley canónica», en *Ius Canonicum* 50 (1985) pp. 463 y 465. El autor realiza en este artículo una síntesis fundamental acerca del concepto de ley canónica. Apunta que el CIC83 al no querer ofrecer un concepto formal de ley, aunque previsto en el esquema de 1980, corresponde a los autores pronunciarse sobre los elementos que componen la noción de ley canónica, si bien, el Codex ofrece un importante punto de apoyo para determinar las notas externas de la ley canónica de modo indirecto en los cc 29 y 30 al tratar de los decretos generales que son propiamente leyes (no así los ejecutivos de los cc.31-33). Estas notas externas serían: *comune praescriptum, competens legislator, communitatis legis recipiendae capax et promulgatio*; *Ibid.*, pp.465-468.

³⁴² Cf. OTADUY, J., *sub cc. 7-22*, en *ComEx* p. 289. Mantiene que este título tiene como paradigma el CIC17, si bien, no es una reproducción exacta, hay una serie de matices nuevos fruto de una más perfeccionada técnica jurídica, al tiempo que muestra un cierto paralelismo con los Códigos de Europa occidental.

³⁴³ Cf. ID., *sub c. 7* en *ComEx*, pp. 299-300. Para entender el c. 7 hay que acudir a la historia y al *dictum* de Graciano que está en su origen. La pretensión del c es mostrar el efecto fundamental que tiene la promulgación frente al nada esencial de la aceptación, que si tuvo su importancia en las normas consuetudinarias prevalecientes otrora tiempo.

³⁴⁴ Cf. *S. Th.* 1-2 q. 90 a4 “*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*”.

³⁴⁵ Cf. AYMANS, W., «Lex canonica consideraciones...» *cit.* pp.464-465. Sostiene que las fórmulas con las que definen la ley Santo Tomás y Suárez sobre la ley en general, sin distinguir entre canónica y civil puede aceptarse por el contexto histórico. Actualmente, especialmente desde el Concilio vaticano II que sin negar el carácter social de la Iglesia propone una noción bíblica y de fuentes antiguas que ponen el acento en su realidad teológica. Esto tiene como consecuencia que si por un lado la noción de ley en sus

considera, por el contrario, que si es suficiente, sólo que hay que entender el orden natural sin desconfianzas, ni recelos³⁴⁶.

Los autores están más o menos de acuerdo en enumerar unas notas o características esenciales de la ley contemplada en su aspecto formal: generalidad, abstracción, estabilidad, certeza y exterioridad³⁴⁷. La certeza proviene de la naturaleza ordenadora o normativa de la ley, puesto que, si la ley debe regular las relaciones de la comunidad, debe presentar de un modo cierto aquello que quiere ordenar y mandar, porque la incertidumbre conlleva que pueda ser interpretada de diversos modos, de suerte que no sería propiamente una ley para todos. Si bien, hay que tener presente que la certeza nunca será absoluta, pues entre otras cosas, no estamos ante una ciencia empírica, por ello todas las notas de la ley se han de contemplar relacionadas unas con otras, de modo que la certeza requiere de la generalidad, la estabilidad y la exterioridad. Así, se dice de la nota de estabilidad, ésta es inherente a la misma noción de ley y, también, al bien común; la razón estriba en que un cambio frecuente de las leyes ocasiona un sentimiento de inestabilidad e inseguridad que resulta perjudicial para el bien común.³⁴⁸ Santo Tomás afirma que las leyes obtienen una cierta firmeza con la práctica, por esta misma razón los antiguos eran muy prudentes al cambiar las leyes para no desvalorizarlas ante los ciudadanos, no quiere decir que rechazaran el cambio de las leyes, sino que lo admitían, pero no fácilmente³⁴⁹. La certeza es una característica

notas externas no difiere para la noción canónica y la secular, por otro, hay una peculiaridad respecto a las notas internas. Estas notas sería: *Ordinatio fidei, ratione efformata et in bonum communionis*; *Ibid.*, pp. 468-477; CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar...*, cit. pp. 140-148; OTADUY, J., *sub cc. 7-22*, en *ComEx* pp. 294-295.

³⁴⁶ Sobre la disputa sobre la idoneidad de la aplicación de la definición de ley de Santo Tomás de Aquino al Derecho canónico el profesor de Navarra manifiesta esta opinión y sostiene la necesidad de rescatar el orden natural. Cf. OTADUY, J., *sub cc. 7-22*, en *ComEx* pp. 294-295. Esta opinión conviene contrastarla con el mismo pensamiento de Corecco; CORECCO, E., «Derecho», en *Diccionario teológico interdisciplinar...*, cit. pp. 145-148 y CORECCO, E., «Derecho canónico», en *Diccionario enciclopédico de teología ...*, cit. pp. 216-219.

³⁴⁷ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. p. 141.

³⁴⁸ Cf. ID., *Normas generales...*, cit. p. 142; BUNGE, A. W., *Las claves del Código...*, cit. p. 63,

³⁴⁹ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. pp. 142-143. Los clásicos no eran partidarios de cambiar fácilmente de leyes y tenían en gran consideración los usos y costumbres. No en vano afirma el CIC83 de manera contundente en el c 27: “*Consuetudo est optima legum interpres*”, que reproduce el c.29 del CIC17; CIC83, p. 4 y CIC17, p. 15.

de la ley, pero no obstante pueden darse aspectos dudosos, lagunas, por ello se han establecido las normas relativas a la interpretación, son normas imperativas para aplicar, constituyendo una de las actividades más importantes del canonista, puesto que, el derecho canónico es una ciencia jurídica que posee un lenguaje y una técnica propia unido al hecho de que las leyes tienen como cualidad esencial la generalidad y la abstracción, de modo que, se impone su conocimiento en referencia a la vida, a la realidad, a la que el derecho pretende servir³⁵⁰.

Dentro de las leyes eclesiásticas, destacan en lo que a seguridad jurídica se refiere, las denominadas leyes irritantes e inhabilitantes de las que trata el c 10³⁵¹, se trata de instrumentos de los que dispone el legislador para evitar situaciones peligrosas y lograr certeza del derecho³⁵². Para el derecho canónico los efectos que causan la invalidez y la inhabilidad son un trastorno para la dinámica de la vida jurídica³⁵³, los considera *odiosos*, por ello manda que consten de manera expresa y textual en la correspondiente ley para que tengan eficacia, es decir, desenvuelvan toda su fuerza y obliguen. Por ello el canon quiere advertir de la invalidez del acto con cláusulas expresas como *irritus est* o *inhabilis est*. De este modo, el ordenamiento garantiza que no todo acto *contra legem*, toda irregularidad, ilegalidad, ilegitimidad, etcétera, produce la nulidad de los actos, aunque estos sean ilícitos o ilegítimos, de modo que la nulidad sería siempre la excepción. El derecho canónico opta por la verdad frente a la certeza, por la voluntad frente al formalismo, por la justicia frente a la seguridad, porque se tiene

³⁵⁰ Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. pp. 161-162.

³⁵¹ Cf. CIC83, c. 10: “Irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus actum esse nullum aut inhabilem esse personam expresse statuitur”.

³⁵² Cf. DE PAOLIS, V., *Normas generales...*, cit. p. 149; BUNGE, A. W., *Las claves del Código...*, cit. p. 73 y 81.

³⁵³ Cf. PIUS PP. XII, «Allocutio Summus Pontifex, die 3 mensis Octobris ff. 1941, adstantibus Praelati, Auditoribus ceterisque officialibus et administris Tribunalis Sacrae Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatis et Procuratoribus haec verba fecit.», en *AAS* 33 (1941) p. 423, “Se infatti la tranquillità e la sicurezza dell'humano commercio in genere esigono che i contratti non siano con leggerezza proclamati nulli”; S. IOANNES PAULUS PP. II, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis Sacrae Romanae Rotae: in ferendis sententiis responsis Dicasteriorum et Tribunalium Sedis Apostolicae standum est, 24.1.1981» cit. p. 232, ofrece textualmente la anterior cita de Pío XII.

presente siempre que los actos jurídicos³⁵⁴ sean verdaderos actos humanos, respeten las condiciones naturales del obrar del hombre; y así se quiere dejar a salvo tanto la voluntad negocial como la libertad. Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos influenciados por el positivismo, en esta dialéctica optan por el formalismo, por su peculiar visión de la certeza y la seguridad, en lugar de favorecer la verdad material y la justicia que en ella se apoya³⁵⁵. Pero es que además, hay que tener en cuenta en la Iglesia los actos en los que interviene la *sacra potestas*, en los que la inhabilidad o invalidez no se determina por un capricho de la Iglesia, sino por el *ius divinum*, como es el caso de la validez de los sacramentos y de la palabra³⁵⁶.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Uno de los principios que afecta a la seguridad jurídica y en un ámbito tan delicado como es el del derecho sancionador, es el principio de legalidad penal. Este principio se consagra a fin de luchar contra la incertidumbre, contra un derecho incierto, a fin de constituir un ordenamiento fundamentado en la seguridad jurídica³⁵⁷. Es un principio cuyo sustrato ideológico proviene de la Ilustración, el Liberalismo y el positivismo jurídico, por lo que no puede ser recibido acríticamente por el derecho

³⁵⁴ Cf. CIC83, c. 124 § 1, “Ad validitatem actus iuridici requiritur ut a persona habili sit positus, atque in eodem adsint quae actum ipsum essentialiter constituunt, necnon sollemnia et requisita iure ad validitatem actus imposita”. Como presupuesto figura la capacidad o habilidad, el acto ha de ser libre, han de intervenir la inteligencia y la voluntad. La capacidad o habilidad la podrá determinar el ordenamiento de modo general (cc. 11, 97 y ss, sobre el suficiente uso de razón) o bien, específico, es decir, según las instituciones (Ej. C. 1095 sobre la incapacidad para el matrimonio). Luego vendrán los elementos esenciales del acto y los requisitos impuestos por el derecho; GANDÍA BARBER, J. D., *La noción del matrimonio en los Prenotandos de 1990 interpretación teológico-canónica*, Murcia 2010, p.144. La persona humana está dotada de inteligencia y voluntad, facultades que la hacen capaz de realizar un acto humano, por ello, para ser considerado tal requiere que sea fruto de un proceso intelectual, valorativo, volitivo y ejecutivo, es decir, que el acto de la voluntad ha de ser fruto, ha de venir precedido de una serie de actos del intelecto, a saber, advertir, considerar, deliberar, juzgar y estimar.

³⁵⁵ Cf. OTADUY, J., *sub c. 10*, en *ComEx* pp. 317-320.

³⁵⁶ Cf. CORECCO, E., *Canon Law and Communio, Writings...*, *cit.* p. 210. Afirma que: “It depends on the ontological truth according to which the Church herself is realized (or is not realized)”.

³⁵⁷ Cf. GONZALEZ ARGENTE, J., «La norma general penal (c. 1399), ¿Una excepción al principio nulla poena sine lege poenali praevia?», en *Anuario de derecho canónico* 3 (2014) p. 57, 59-60. Acerca de este principio afirma que “los autores le han añadido un significado político como lucha ante el «ius incertum» y con la finalidad de constituir un sistema centrado en el garantismo”.

canónico; en todo caso, el derecho canónico ha de recibirlo «sui generis», desde su tradición e indiosincrasia³⁵⁸.

Hay en primer lugar, que verificar este lenguaje a fin de conocer cual es el contenido asignado al concepto de legalidad penal, que significado se le asigna al vocablo, así cual es el pensamiento que en que se fundamenta, pues el lenguaje puede ser equívoco y los principios ideológicos en que se apoya pueden no ser compatibles con la doctrina de la Iglesia, pues, no se puede olvidar que el derecho canónico tiene una fundamentación teológica y filosófica y que su fin no es otro que la *salus animarum* y la *communio*³⁵⁹ eclesial. El derecho canónico obliga no solo en las relaciones sociales externas, sino también en el interior de la conciencia, además, no es una realidad puramente humana, sino también divina, tiene un fundamento teológico y se estructura sobre la *palabra* y el *sacramento* y de ahí deriva su intimación jurídica diferente al derecho secular, puesto que su normatividad se propone continuamente, pues no ha de garantizar mecánicamente el efecto o resultado, sino a que el cristiano pueda considerar libremente una nueva elección: el arrepentimiento y la enmienda, esta peculiaridad se ve reflejada en las penas medicinales canónicas y en la amplia distinción entre actos válidos e ilícitos³⁶⁰. Por esta finalidad salvífica de este ordenamiento y por ser el derecho de sanciones en la Iglesia un medio más de su tutela y de alcanzar el bien común, hay una previsión reducida de delitos junto a otros institutos entre los que se encuentran: el recurso a penas no determinadas para mejor adaptar la sanción al caso concreto, la posibilidad de sustitución de una pena por una penitencia, la no

³⁵⁸ Cf. GONZALEZ ARGENTE, J., «La norma general penal (c .1399), ¿Una excepción al principio nulla poena sine lege poenali praevia?...» *cit.* pp. 59-60. Según este autor, el principio de legalidad “comporta el mandato de certeza –lex certa–” y se fundamenta en razones de seguridad jurídica. No obstante, “dadas las características singulares del derecho canónico, se trataría de una presencia o recepción «sui generis», a su modo, bien subrayando los precedentes del principio de legalidad que existe y ha de existir en sede canónica, bien manifestando el espíritu propio del derecho canónico que no puede recibir acriticamente un principio que se sustenta en principios ideológicos de la Ilustración, del Liberalismo o del positivismo jurídico”.

³⁵⁹ Corecco afirma que “Precisamente porque el ordenamiento canónico ha de mirar a realizar una situación de convivencia comunitaria, no mundana, sino, específicamente eclesial, la «communio» es a un tiempo la realidad que el derecho canónico debe realizar y a la vez el principio formal del ordenamiento mismo”. Cf. CORECCO, E., «Derecho canónico», en *Diccionario enciclopédico de teología...*, *cit.* p. 218.

³⁶⁰ Cf. CORECCO, E., «Derecho canónico», en *Diccionario enciclopédico de teología...*, *cit.* p. 216-217.

obligatoriedad de la acción penal, así como las medidas benignas que operan en el fuero interno³⁶¹.

3.1.3. BREVE REFERENCIA A LA CERTEZA MORAL

El derecho canónico tiene una parte que es el derecho procesal, es un camino previsto como garantía ponderada para la búsqueda de la verdad objetiva y cuyo fin es la justicia³⁶², por ello se puede decir que el derecho procesal es un instrumento de seguridad jurídica³⁶³. Y en esta búsqueda que ha de hacer el juez o tribunal eclesiástico de la verdad objetiva, ha de adquirir certeza, es decir, aquella adhesión o asentimiento firme que ha de adquirir el entendimiento hacia la verdad objetiva³⁶⁴, que es posible adquirir racionalmente en el proceso *ex actis et probatis*, es la certeza moral judicial que no es certeza absoluta, ni probabilidad o cuasi-certeza. Pío XII dejó claro en que

³⁶¹ Cf. ARROBA CONDE, M., «Justicia reparatoria y derecho penal canónico. Aspectos sustanciales», *Anuario de Derecho Canónico* 3 (2014) pp. 38-39.

³⁶² Cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, ineunte anno iudiciali. 28.1.1978» *cit.* p. 182.

³⁶³ Cf. Pontificium consilium de legum textibus, *Instructio servanda a tribunalibus diocesanis et interdiocesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii, Dignitas Connubii*, Città del Vaticano 2005, pp. 12, 14. La importancia que tiene el derecho procesal respecto a la seguridad jurídica, es resaltada en la Introducción a la Instrucción *Dignitas Connubii* al justificar la finalidad de la Instrucción y esta finalidad es enraizada, además, en la tradición jurídica eclesial. Así, dice: “Instructio quidem ea mente elaborata est atque publici iuris facta ut auxilio sit iudicibus ceterisque tribunalium Ecclesiae administris, quibus ministerium sacrum cognoscendi causas nullitatis matrimonii commissum est. Ideo leges processuales Codicis Iuris Canonici ad declarandam matrimonii nullitatem manent in toto suo vigore, ad quas semper referendum erit in instructione interpretanda. Attenta autem natura propria huiusmodi processus, peculiari urgentia vitandi sunt tum formalismus iuridicus, utpote prorsus alienus spiritui legum Ecclesiae, tum modus agendi qui nimis indulget subiectivismo sive in iure substantivo sive in normis processualibus interpretandis et applicandis. Ad obtinendam praeterea in tota Ecclesia illam unitatem fundamentalem iurisprudentiae, quam exigunt causae matrimoniales, necesse est ut omnia tribunalia inferioris gradus ad Tribunalia Apostolica prospiciant, scilicet ad Tribunal Rotae Romanae, cuius est “unitati iurisprudentiae” consulere “et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio” esse (*Pastor bonus*, art. 126), atque ad Supremum Tribunal Signaturae Apostolicae, ad quod spectat “praeter munus, quod exercet, Supremi Tribunalis”, consulere “ut iustitia in Ecclesia recte administretur” (*Pastor bonus*, art. 121)”; MORÁN BUSTOS, C.M. – PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico, Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*, Madrid 2007, pp. 27-31. Se realiza un comentario ilustrativo a la Introducción a DC en el que se dice explícitamente que: “El fin perseguido por esta Instrucción es el mismo que, durante la vida del Código de 1917, motivó la redacción de la Instrucción Provida Mater: la necesidad de favorecer la seguridad jurídica y la correcta aplicación de las normas procesales”.

³⁶⁴ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. – PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso...*, *cit.* pp. 433-440.

consiste la certeza moral, dio la definición de certeza moral: “*Essa, nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certeza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certeza*”³⁶⁵.

3.2. EN EL DERECHO SECULAR ESPAÑOL: EL NEGOCIO JURÍDICO Y LA CERTEZA

El tema de la seguridad jurídica y el negocio jurídico tiene su interés, en tanto en cuanto ayuda a una mejor comprensión de la seguridad jurídica al ofrecer una visión más amplia del mismo. Así, en el ámbito del negocio jurídico³⁶⁶ donde la voluntad de las partes tiene mayor incidencia, cobra especial importancia el aspecto de las garantías, es decir, de los medios protectores que refuerzan la seguridad jurídica, que tutelan el interés jurídicamente protegido. Cabe distinguir aquí garantías legales y las convencionales, en tanto que en base a la autonomía de la voluntad se garanticen los derechos mediante un instrumento pactado, pudiendo ser las garantías carácter preventivo, represivo o sancionador o aquellas cuya finalidad es garantizar el efectivo disfrute del derecho al que aspira a través del contrato perfeccionado, ejemplo de ello serían las obligaciones del vendedor y el saneamiento por evicción en la compraventa³⁶⁷.

³⁶⁵ Cf. PIUS PP. XII, «Allocutio ad Praelatos Auditores ceterosque Officiales et Administros Tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem Tribunalis Advocatos et Procuratores, 1.10.1942», in *AAS* 34 (1942) pp. 338-343.

³⁶⁶ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Manuales de Metodología jurídica. De la determinación del derecho* 3, Madrid 2004, pp. 211-259. En estas páginas se analiza la determinación negocial del derecho, desde el certero planteamiento de la revolución que supuso el nominalismo en la ciencia jurídica, hasta una perspectiva metodológica realista del quehacer jurídico notarial.

³⁶⁷ Cf. SAPENA TOMÁS, J. - CERDÁ BAÑULS, J. - GARRIDO DE PALMA, U. M., *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, Barcelona 1975, pp. 72-73. Para ahondar en el concepto de Radbruch de la seguridad jurídica como forma de la justicia; RADBRUCH, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en *Derecho injusto derecho nulo*, Madrid 1971, p. 12.

En la actividad notarial³⁶⁸ que se desarrolla fundamentalmente entorno al negocio jurídico en el ámbito de las distintas relaciones de alteridad entre personas, tanto físicas como jurídicas, la aplicación del derecho es una actividad compleja que requiere necesariamente conocimientos jurídicos y extrajurídicos que integran los llamados «principios de experiencia», que son verdades naturales o reglas de vida social que no están en la ley. De modo que, la actividad del interprete no puede reducirse o consistir en subsumir los hechos bajo la ley, pues al jurista o al juez les incumbe individualizar el derecho e integrarlo, dentro de ciertos límites, en soluciones nuevas, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo³⁶⁹. En cuanto al posible conflicto entre derecho natural y ley positiva cuando ésta contiene disposiciones injustas, la doctrina clásica negó la vigencia de la *lex iniusta*. Pero el positivismo seguido por las modernas escuelas jurídicas, parte de la idea de que la seguridad –que, afirman, es la primaria exigencia que ha de cumplir todo derecho positivo– ha de prevalecer. Sin embargo, frente a las leyes injustas, tiene el jurista el arma de la interpretación, utilizando racionalmente los instrumentos de interpretación lógica y sistemática, que ha de llevar a rechazar cualquier sentido de la ley que sea opuesto a la justicia, que es el objeto supremo de la norma legal³⁷⁰. El jurista debe conciliar las disposiciones legales con los principios de justicia y de equidad, es una parte esencial de su función, puesto que la ley no es un absoluto, sino que debe servir al bien superior de los individuos y de la comunidad³⁷¹ y así lo entienden los juristas clásicos de todos los tiempos.

³⁶⁸ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica...» *cit.* p. 512: «La función del notario se inserta en el mismo tráfico negocial. al que orienta con su labor asesora; se sitúa entre las partes, como tercero imparcial, que recoge se voluntad negocial, la traduce jurídicamente, configura, redacta y dota al texto por él autorizado de una presunción de legalidad e inviste de su fe pública, y como objetivos, en orden a la seguridad de los otorgantes, abarca desde el control de su ajustamiento a derecho y su correcta redacción jurídica hasta su autorización que la dota de autenticidad».

³⁶⁹ Cf. OGAYAR Y AYLLÓN, T., «Aplicación Notarial del Derecho», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 19 (1971) pp. 436-437.

³⁷⁰ Cf. *Ibid.*, pp. 457.

³⁷¹ Cf. PIUS PP. XII, «Discurso ai Partecipanti al V Congresso Internazionale de Notariado Latino, 5 ottobre 1958» en *L'Osservatore Romano* 241 (16.10.1958) p. 1. Lo exponía Pío XII al referir la función de la profesión notarial: «Or n'arrive-t-il pas fréquemment que les parties se présentent chez le notaire sans avoir une notion claire et ferme de ce qu'elles désirent, des motifs qui les poussent, des formes que leur acte doit revêtir pour être en accord avec la loi, des conséquences qui en découleront? Le notaire s'efforcera donc de mettre en lumière tous ces éléments; il relèvera ce qui, dans les désirs exprimés par les

3.3. EN EL ACTUAL MUNDO GLOBALIZADO

El Derecho global se deriva de la naturaleza social de la persona humana y une a los habitantes del planeta, grupos, pueblos. Si el derecho nace de la persona y no del estado, la sociedad ha de organizarse subsidiariamente y no jerárquicamente, de modo que las instancias superiores no impidan el desarrollo de las inferiores, además, las diferentes instancias siempre deberán de actuar conforme al bien común sin axfisiar la libertad de las personas, de modo que no quede en un simple reconocimiento constitucional, ahogado por sucesivas leyes³⁷². En esta perspectiva de la subsidiariedad se piensa si el nuevo orden jurídico mundial no debería de ser un orden jurisdiccional fundamentalmente, cuyo protagonista fuera la sociedad civil protegida por instituciones globales. Se está observando, que en el mundo de los negocios jurídicos internacionales y en el de los arbitrajes transnacionales el *common law* está resultando mucho más efectivo y dúctil que el *civil law* o derecho continental europeo europeo, como la sociedad civil está haciendo uso de la creatividad humana, buscando soluciones nuevas y adaptándolas a la vida, fuera del positivismo de los estados y reivindicando un derecho más racional y menos legalista, más jurisprudente³⁷³.

parties, ne coïncide pas avec les dispositions légales ou même les principes de la justice et de l'équité. (...) Parfois même il dépassera franchement la lettre de la loi pour en conserver mieux l'intention. Car les lois elles-mêmes ne sont pas un absolu; elles cèdent le pas à la conscience droite et bien formée et l'on reconnaît le véritable homme de loi, qu'il soit juge, avocat, notaire, à la compétence qu'il apporte dans l'interprétation des textes en vue du bien supérieur des individus et de la communauté".

³⁷² Cf. DOMINGO OSLE, R., «Diez principios de derecho global», en *Debate Actual* 12 (2009) p. 23.

³⁷³ Cf. *Ibid.*, p. 22.

CONCLUSIONES

Una vez delimitada la definición de la seguridad jurídica, y realizada una reflexión crítica del pensamiento jurídico en la historia hasta el momento actual, tanto desde la perspectiva secular como canónica, se llega a una serie de conclusiones acerca de la noción de la seguridad jurídica y de la justicia, así como, sobre la posibilidad de un planteamiento jurídico común *utrumque ius*, respondiendo a las cuestiones sobre si puede la experiencia jurídica-canónica aportar alguna luz a la ciencia jurídica secular y sobre la compatibilidad-incompatibilidad de la comprensión de este concepto jurídico, en el sentido de si se puede trasladar acríticamente la noción y la comprensión de la seguridad jurídica de un ordenamiento a otro, conclusiones que se pueden sintetizar del modo siguiente:

PRIMERA.- En el uso del español se pueden considerar prácticamente como sinónimas las expresiones *seguridad jurídica* y *certeza del derecho* que, en síntesis, son entendidas como aquella cualidad del ordenamiento jurídico que implica un conocimiento estable, fijo, firme, claro, cierto y seguro de sus normas y que ha de ser conforme a la verdad.

SEGUNDA.- Para los juristas clásicos, que eran eminentemente realistas, la seguridad jurídica es una cualidad inherente al propio *ius*, cuyo objeto es la justicia. Es una exigencia de justicia, de la realización de la justicia en el caso concreto. La razón y la experiencia han dilucidado lo que era bueno y justo y esto es lo que fue dictaminado en las leyes, que daban, así, cierta razón del derecho, a fin de garantizar la realización de la justicia. El paso siguiente fue establecer las *actiones*, vehículos seguros para dilucidar la verdad del caso concreto y declarar la justicia, lo suyo de cada uno, la solución más idónea al supuesto. Los juristas clásicos se basaban en una consideración antropológica trascendente, confiaban en la existencia de una ley divina inscrita en el corazón del hombre y en que la razón era capaz de profundizar en la naturaleza de las cosas y llegar a distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo. El cristianismo iluminó y enriqueció esta tradición jurídica con la revelación, el ejercicio de la caridad y la consideración de la dignidad del ser humano.

TERCERA.- En el s XIV se da una crisis de pensamiento imponiéndose el nominalismo que negaba la existencia de un orden de la naturaleza al no existir en la mente de Dios, negaba los universales a los que solo reconocía un valor lingüístico. Así, el mundo del pensamiento sufrió una gran transformación, la gran ruptura entre *res cogitans* y *res extensa*, que llevaría a divisiones ideológicas sesgadas, suscitando la multiplicación del individualismo en todos los órdenes. En el campo del derecho se instaurará el voluntarismo que inicialmente reducirá el ámbito de la naturaleza de las cosas y el orden natural, acentuándose el valor de la ley positiva como acto de la voluntad frente al realismo que la consideraba una ordenación de la razón. En el s XVIII surgirán, de alguna manera fruto de la mentalidad protestante junto al nominalismo e individualismo, las nuevas nociones de contrato social, de soberanía y de libertad, a la que se da un nuevo contenido. El derecho pasará a identificarse con el poder del estado para acabar confundiendo derecho y ley positiva. Surge un nuevo concepto de ley bajo estas premisas, que pasará a ser únicamente la decisión de la voluntad general; la libertad, por su parte, será la obediencia a la ley positiva. El fin de la ley es la seguridad de la vida y de la propiedad, amenazados por el estado de libertad del hombre anterior al contrato o pacto social, se pretende un cambio radical en el orden político basado en esta ideología. El paso siguiente es el idealismo que se unirá al subjetivismo y al relativismo, la ley será una forma, pues la justicia no es más que una idea *a priori* y lo jurídico pasará a ser lo legal que solo contemplará las manifestaciones externas, la intención y la moralidad, serán irrelevantes. En consecuencia, la seguridad jurídica pasará a ser un principio formal. La Revolución francesa pese a sus contemporáneas declaraciones de derechos del hombre llevarán a la *praxis* estas novedades del pensamiento occidental, con todas sus perplejidades e inconsecuencias. Se ha llegado al positivismo legalista, la sumisión rigurosa a la ley escrita parece una necesidad y reunidas las leyes aplicables, el jurista aplicará éstas al supuesto a modo de silogismo. Su consecuencia será una nueva necesidad, la codificación. Y en el s XX se ahondará en este formalismo, ideando toda una estructura legal en la que únicamente la voluntad del estado determinará el ordenamiento jurídico. El único requisito para la validez de la ley será, el que se respete la formalidad prevista en la estructura.

Toda esta evolución del pensamiento ha ligado de una manera indisoluble la noción de derecho y el poder político, positivismo y relativismo presentan una noción de seguridad jurídica abstracta y desligada del supuesto concreto, que requiere todo un entramado que proteja la producción y aplicación de la ley, pues la justicia ha dejado de ser el dar a cada uno lo suyo, para pasar a ser considerada como la obediencia a la ley del estado. Los múltiples y trágicos sucesos del s XX han llevado a que el pensamiento se interrogue y se afane por buscar nuevos fundamentos que contengan la frialdad de la ley y el que se atente contra la dignidad de las personas, las nuevas circunstancias sociales y la globalización exigen nuevas perspectivas.

CUARTA.- La noción de seguridad jurídica no es idéntica en la historia, que está en relación con otros principios jurídicos, que es materia abordada fundamentalmente desde la filosofía del derecho y la metodología jurídica, siendo clave para su comprensión la noción que se tenga de lo que es el *derecho* y el *hombre*. Hoy en día conviven principalmente dos posiciones o nociones de seguridad jurídica: De un lado, la positivista, que contempla que la seguridad jurídica como un principio o valor en si mismo, opuesto a la arbitrariedad y que esta protegido y garantizado por el principio de legalidad que requieren además el formalismo y la publicidad. Es el mismo derecho entendido como ley positiva independientemente de los bienes o intereses que garantice, pues será ley y justicia lo que la voluntad general determine sin más límites que la propia hermenutica formalista. De otro, la posición del realismo jurídico clásico en la que se considera la seguridad jurídica como la realización de la justicia, que exige la expresión una justicia superior trascendente y que mira más allá de intereses individuales o ideológicos y se basa en una antropología que conoce al hombre en su plenitud existencial, en su relación con el Creador, el mundo que le rodea y con los demás hombres, y se manifiesta en su aplicación al caso concreto, y donde derecho y ley positiva no se identifican. La ley positiva solo será ley si se ajusta a la ley eterna impresa por Dios en el corazón del hombre y que éste es capaz de conocer con su razón, la contraria es ley injusta y no hay que obedecerla. Las leyes viejas, la tradición tienen una función de garantía en las leyes nuevas y en su interpretación. Entre ambos, se cruzan otras visiones más o menos eclécticas.

QUINTA.- Los Papas desde León XIII a Francisco se han referido al derecho y a las leyes, tanto canónicas como civiles, ofreciendo un aspecto objetivo ajeno a las ideologías imperantes en cada momento y denunciando aquellos aspectos contrarios a la lógica y la verdad y valorando aquellas otras aportaciones que conducen a los hombres hacia el bien común. Muestra una continuidad en la tradición, si bien se refieren a al momento concreto, a las circunstancias, a las nuevas situaciones, madurando los conceptos y el lenguaje, sin renunciar a lo esencial, forma parte de la misión de la Iglesia, que está al servicio de la verdad y del hombre. Así, se ha referido el Magisterio pontificio a la autoridad, la libertad, a la ley eterna, la ley positiva, al derecho natural, a la naturaleza de las cosas y, respecto a la seguridad jurídica de un modo explícito y expreso, se pronunció Pío XII, al que calificó como un derecho inalienable que proviene del propio orden querido por Dios, poniendo de manifiesto la consecuencia del positivismo jurídico que ha roto el freno que supone el derecho divino frente a la arbitrariedad del estado y del legislador. El criterio para distinguir la ley justa de la injusta es la racionalidad, la naturaleza de las cosas, la ley escrita por el Creador en el corazón del hombre y expresamente confirmada por la revelación, se trata de normas objetivas que hacen válido el orden jurídico. La dignidad esencial de la persona humana, *imago Dei*, los derechos fundamentales y sus correlativos deberes éticos que preceden a los estados, que tienen su origen en una maduración de la exigencia de justicia, en la necesidad que en las relaciones interpersonales y sociales se de un orden equilibrado en el que se garantice que cada uno reciba lo que le corresponde y nadie sea privado de lo suyo, del *ius*. Pero, además, se mantiene de forma continua que la justicia no es una resolución de controversias, sino que hace referencia a una justicia superior y tiene en cuenta la dignidad de la persona humana. Todo ordenamiento es legítimo en cuanto está arraigado en la ley natural, única defensa frente a la arbitrariedad del poder y para ello hace falta un conocimiento maduro, prudente, desde la perspectiva de la verdad natural del hombre. Se recuerda, que la justicia se manifiesta en su aplicación al caso concreto, donde cobra particular importancia la *aequitas canonica*, signo de justicia y misericordia. Los Pontífices nos recuerdan la vigencia del pensamiento jurídico de hombres como Cicerón y Ulpiano, así como el siempre perenne de Santo Tomás de Aquino, cuyo estudio y conocimiento se recomienda, conforme a la tradición

jurídica eclesial y recordando que la verdad natural puede ser conocida también, por el hombre no creyente.

SEXTA.- La ciencia jurídica en Europa tuvo un origen común y maduraron conjuntamente los derechos secular y canónico conjuntamente e influenciándose mutuamente, era la época del *ius commune*, hasta que en el s XVIII se hizo efectiva la ruptura y la actual separación de uno y otro derecho. Producto de esta división son las tres metodologías que se dan hoy en día en el mundo jurídico occidental: la *civil law*, la más positivista y formalista producto de la reducción del derecho a la ley positiva; la *common law*, donde la concepción del derecho es más amplia y prima el precedente, es un derecho de casos no de leyes; y la canónica, que continúa la tradición jurídica con el realismo jurídico clásico tanto en sus conceptos, como en la aplicación del derecho, en la realización de la justicia en el supuesto concreto, en verdad y prudencia, teniéndose en cuenta que derecho no es sinónimo de ley positiva humana, pues esta no es más que una cierta razón del derecho. Si bien, existe una interrelación entre las mismas, influencia del derecho romano y canónico, del *ius commune*, así como, de las relaciones que se dan cada vez con más frecuencia en los negocios jurídicos, intercambios universitarios y globalización. En el civil law y en el common law la seguridad jurídica coincide en la previsibilidad de la aplicación del derecho, sea la ley positiva, sea el precedente vinculado al caso. En el derecho canónico la seguridad es la realización de la justicia en el caso concreto y en la que marca su impronta la *aequitas canonica* que humaniza la resolución al mirar a la persona en su esencial dignidad y donde el derecho antiguo acrisola el nuevo poniendo a su servicio la verdad junto a la experiencia prudente de siglos.

SÉPTIMA.- El CIC 83, cuya finalidad es la *salus animarum* en el ámbito de la Iglesia latina en que consiste la realización de la justicia canónica, ha utilizado la técnica jurídica en las distintas instituciones para promover y proteger la seguridad jurídica, facilitando y clarificando el conocimiento y aplicación de las normas canónicas, que no son sólo las contenidas en éste. Así, el Libro I *De normis generalibus* se inicia con un grupo de cc. preliminares identificativos del sujeto pasivo y de la normativa en vigor, para la efectividad del orden canónico, de la disciplina eclesial, que

dan razón de la verdad y de la justicia que esconden. De otro lado, son ejemplos de la peculiaridad de este derecho las leyes irritantes e inhabilitantes que define el c 10, el principio de legalidad penal y la certeza moral que se ha de adquirir en el proceo, no siendo enumerativos, si unos mínimos ejemplos de numerosas instituciones del derecho canónico.

OCTAVA.- El negocio jurídico en el derecho secular, en el que la libertad de las partes tiene una relevancia esencial junto a los usos y costumbres, es donde menos incide la ley positiva y tal vez por esta razón la mayoría de los negocios celebrados no se vean judicializados, por todo ello es un lugar idóneo para reflexionar sobre la seguridad jurídica en cuanto realización de la justicia considerada en su sentido clásico. Una visión práctica la ofrece la labor que puede realizar el experto jurista en la instrumentalización de los intereses y voluntades de las partes hacia la realización de la justicia y equidad, sorteando incluso la aplicación de las leyes injustas, como parte esencial de su función.

NOVENA.- Sobre la posibilidad de un planteamiento jurídico común *utrumque ius*, el derecho canónico puede ayudar a comprender el fenómeno jurídico, y una comprensión de la seguridad jurídica que no ahogue el derecho, ampliando la perspectiva del jurista. Profundizar en el conocimiento del derecho romano, raíz común del derecho secular y del canónico y el convencimiento de que la ley positiva de la iglesia y de los estados es inseparable de la idea de la justicia como justicia universal centrada en la persona, en su esencial dignidad de acuerdo con el Evangelio. En este sentido el derecho de la Iglesia ofrece una justicia más humana a la que contribuye una singular capacidad de adaptación a las circunstancias peculiares. De este modo, y puesto que el derecho canónico tiene mucho que decir desde sus fundamentos y experiencia, desde su conocimiento de la verdad del hombre, pues *iustitia est veritas*, puede ofrecer nociones, instituciones y aplicaciones a la ciencia jurídica secular.

DÉCIMA.- En cuanto a la compatibilidad-incompatibilidad de la comprensión del concepto jurídico de seguridad jurídica y sobre la cuestión de si se puede trasladar acriticamente esta noción y su comprensión de un ordenamiento a otro, lo primero que

hay que decir es que hay que aplicar una metodología crítica. La seguridad jurídica no es un concepto que se puedan recibir acriticamente en el ámbito del derecho canónico. Hay en primer lugar, que verificar el lenguaje a fin de conocer cual es el contenido asignado al concepto, su significado, así como cuál es el pensamiento que en que se fundamenta, pues el lenguaje puede ser equívoco y los principios ideológicos en que se apoya pueden no ser compatibles con la doctrina de la Iglesia, pues, no se puede olvidar que el derecho canónico tiene una fundamentación teológica y filosófica y que su fin no es otro que la *salus animarum* y la *communio* eclesial. De este modo, más que hablar de recibimiento cabría afirmar que puede compartirse la noción de seguridad jurídica *in utroque iure*. De modo que, una vez despejados los equívocos del lenguaje y los corsos ideológicos incompatibles con la verdad, con la dignidad esencial de la persona y con la justicia trascendente, ambos ámbitos de la ciencia jurídica, la secular y la canónica, están llamados a entenderse e iluminarse mutuamente como antaño, pues el hombre, el sujeto del derecho, el ser humano sigue siendo esencialmente el mismo.

UNDÉCIMA.- La experiencia jurídica-canónica puede aportar alguna luz a la ciencia jurídica secular, a fin de que los derechos no sean meros nombres a interpretar según los intereses del poder y de las ideologías, pues como ha demostrado la historia, el formalismo cerrado en si mismo, cuando la dignidad de la persona humana no tiene detrás una antropología trascendente, *imago Dei*, se ha demostrado y se demuestra hoy también, que no hay seguridad jurídica, por mucho que el estado esté sometido al derecho y a todas sus garantías formales. La forma, un cierto formalismo, el lenguaje jurídico, la promulgación de la norma por la autoridad correspondiente, la publicidad reglada, todo ello es una necesidad que ha ido profundizando la ciencia jurídica, desarrollando lo que se viene en llamar la técnica jurídica, pero ello unido indisolublemente a la justicia y la equidad, a fin de que *tecnicismos* y *legalismos* no entorpezcan la misma cosa justa.