

INTERNATIONALIS
STUDIO IURIS
CANONICI
PROMOVENDO

Consociatio

XVI CONGRESSO INTERNAZIONALE

DIRITTO CANONICO E CULTURE GIURIDICHE

NEL CENTENARIO DEL *CODEX IURIS CANONICI* DEL 1917

a cura di Jesús Miñambres

EDUSC

CONSOCIATIO INTERNATIONALIS STUDIO IURIS CANONICI PROMOVENDO

DIRITTO CANONICO
E CULTURE GIURIDICHE
NEL CENTENARIO
DEL *CODEX IURIS CANONICI*
DEL 1917

Atti del XVI Congresso Internazionale
della Consociatio Internationalis Studio Iuris
Canonici Promovendo, Roma 4-7 ottobre 2017

Jesús Miñambres (a cura di)

EDUSC 2019

Prima edizione 2019

Il libro è stato realizzato con il contributo di
Banca Intesa San Paolo

Con il patrocinio di
Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi
Consiglio Nazionale Forense

Enti organizzatori
Pontificia Università Lateranense
Pontificia Università della Santa Croce
Libera Università Maria Santissima Assunta
Pontificia Università Gregoriana
Pontificia Università Salesiana

Si ringraziano
Conferenza Episcopale Italiana
Banca Popolare di Milano

Impaginazione
Gianluca Pignalberi (in L^AT_EX 2_ε)

© Copyright 2019 – ESC s.r.l.
Via Sabotino, 2/A – 00195 Roma
Tel. (39) 06 45493637
info@edusc.it
www.edizionisantacroce.it

ISBN 978-88-8333-811-3

EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1917: RAÍCES Y CONTENIDO

*Miguel M. F. Repetto Rolon**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Hay más de un orden público? – 3. La codificación Piobenedictina. 3.1. El can. 14 § 1, 2°. 3.2. El can. 1529. – 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El orden público ingresa en el CIC a través de los cann. 14 y 1529. En relación al primero la canonística se ha ocupado poco de su contenido y de su origen y cuando lo ha hecho ha sostenido que su fuente directa se hallaría en el art. 6 del Código Civil Napoleónico. Tampoco se lo ha vinculado al can. 1529 que es la característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma indirecta jusprivatista que hace aplicable el derecho civil.

Esta temática mantiene aún hoy su interés al haberse recogido ambas normas en los cann. 13 § 2, 2° y 22 del actual Código.

2. ¿HAY MÁS DE UN ORDEN PÚBLICO?

La respuesta debe ser negativa aunque entren en juego los cann. 14 § 1, 2° y 1529 CIC; pues la noción es unitaria y cada norma da contenido a un aspecto del instituto tratado. Consideramos que éste es un conjunto de principios que se asienta en el ordenamiento canónico; y no de disposiciones. Por tanto, no son leyes de orden público sino hay las que lo protegen. Este forma parte de un sistema de círculos concéntricos abarcando su aspecto más reducido el cual se irá ampliando al bien público y finalmente al bien común. Mientras el can. 14 custodia el orden público local al proteger la tranquilidad pública de la comunidad; el can. 1529 lo hace respecto al llamado orden público internacional al repeler la aplicación de cualquier norma extranjera contraria al

* Instituto de Derecho Canónico de San Isidro (Argentina).

derecho divino, natural o revelado cuando es llamada por la norma de colisión¹ a regir un caso mixto.

3. LA CODIFICACIÓN PIOBENEDICTINA

La codificación reedita el debate medieval sobre la personalidad y territorialidad de la ley canónica. Pacelli² propició la ampliación de éste último concepto pero no fue receptado en el Código. Tal vez porque aún resonaban las disputas que se habían generado con la aplicación de la Decretal clementina *A nobis* que Bonifacio VIII había tratado de resolver con su Decretal *Ut animarum*³. Sin embargo, respecto a los extranjeros la regla de la territorialidad era la adecuada, porque justamente el orden público en el can. 14 reviste esencialmente tal carácter; y asegura la aplicación de la ley local no respecto de alguna materia⁴ sino de la que tutele el bien de la comunidad en su conjunto.

3.1. El can. 14 § 1, 2º

El orden público promulgado en el can. 14 no es más que una moderna fórmula brevísima de una noción antigua existente en la vida de la Iglesia y que ya había sido comunmente aceptada por los canonistas en el siglo XVI⁵. El origen se halla en el derecho romano y no el Código Civil Francés como se ha sostenido; porque así surge de las Actas de la Comisión Codificatoria custodiadas en el Archivo Secreto Vaticano en donde aparece expresada bajo el enunciado de la *publica tranquillitas*. Esta noción romana fue objeto de tutela en los tiempos de las leyes *Cornelia de sicariis et veneficis*, *Cornelia de maiestate*, *Pompeia de parricidiis* y en el *sc Silariano*, entre otros; habilitando la sujeción extraordinaria al ordenamiento local un no súbdito prevista en el pazo *praeses provinciae* (D.1,18,3).

Analizando la labor de la Comisión Codificatoria se observa que en la Consulta Parcial del 20 de noviembre de 1904, se aprueba el can. VIII propuesto

¹ Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires 2002, pp. 81-83.

² Cf. *La personalità e la territorialità delle leggi, specialmente nel diritto canonico*, Roma 1912.

³ La primer parte de la Decretal se refiere a la obligación del extranjero y a la excusa de la ignorancia del estatuto particular y no del derecho común; mientras lo restante se relaciona con los ausentes (cf. IOANNIS ANDREAE, *Apparatus*, en VI^o. 1, 2, 2).

⁴ Cf. A. TOSO, *Ad Codicem Iuris Canonici. I: Normae Generales*, Romae 1921, p. 41.

⁵ Cf. G. MICHELS, *Normae generales iuris canonici. Commentarius libri I Codicis iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae² 1949, t. I, p. 391.

por el Consultor Sili⁶, que dispone que los peregrinos no están sujetos a las leyes de su territorio en el cual están ausentes ni a las del lugar salvo que resguarden la tranquilidad pública⁷. De los votos de los Consultores Lombardi y Sili⁸ surge que se mantuvo el principio clásico de la territorialidad de la ley sostenida por los canonistas desde los tiempos de la Decretal *Ut animarum* que fijaba un concepto restringido de la *iurisdictio*⁹.

En la Consulta Parcial del 18 de diciembre de 1904, se comienzan a tratar los cann. VI, VII, VIII. El Consultor Sili, propone la redacción unificada de los mismos pero quedaba fuera de la previsión todo lo relativo a los no súbditos. De allí que se apruebe la cláusula «*exceptis iis quae pro peregrinis et vagis latae sunt*», la quale riconosce ai Vescovi il diritto di comandare a quelli che vengono nelle loro diocesi, [...] e si conviene di mettere «*ordini publico consulunt*», invece che «*publicae tranquillitati consulunt*», perché tutti devono osservare le leggi le quali riguardano *proxime ac directe l'ordine pubblico* [...]»¹⁰. Se vota la propuesta unificada como can. VI¹¹, en el Título *De legibus ecclesiasticis* propuesto por Wernz¹², ingresando definitivamente la expresión del orden público sin fundarlo en el derecho civil como se ha sostenido. Recuérdese que Sili y Lombardi ya habían hablado del orden público al tratar sobre la territorialidad de la ley¹³. De las Actas no surge que haya existido discusión entre los Consultores para su inclusión; pues sólo se consigna que se acuerda colocar «*ordini publico consulunt*» en vez de «*publicae tranquillitati consulunt*»¹⁴.

De allí en más los Padres Consultores utilizarán la fórmula¹⁵, como se observa en el esquema del can. VII¹⁶ tratado en la Plenaria del 26 marzo de 1905. Días más tarde, el Santo Padre¹⁷ aprueba diversos cánones entre ellos el VI en donde la excepción aparece redactada como «§2 Neque legibus territorii

⁶ A. SILI, *Votum*, can. XII, ASV, Commissione cod. Diritto Canonico, Scatola 10, pp. 11-12.

⁷ Cf. *Verbali*, cann. VII y VIII, Scatola 13, p. 173.

⁸ Cf. A. SILI, *Votum*, can. XI, Scatola 10, p. 10.

⁹ Cf. PANORMITANUS, en X. 5, 39, 12.

¹⁰ *Verbali* de la Consulta Parcial del 18.12.1904, Scatola 13.

¹¹ *Schema*, can. 6, Liber I, Scatola 12, pp. 2-3.

¹² *Verbali* de la Consulta Parcial del 18.12.1904, Scatola 13.

¹³ Cf. *Verbali* sobre el can. V, Título I, *De constitutionibus*, Scatola, 13.

¹⁴ Lombardi postuló sustituir la fórmula por la de «*quae bonum publicum proxime respiciunt*» (cf. *Verbali* de la Consulta Parcial del 4.12.1904, Scatola 13). Giustini, propuso sacar la expresión «*quae publicae tranquillitati consulunt*» (cf. *Votum*, can. VII, Scatola 10), lo mismo que las relativas a los *bona immobilia* por ser propio del derecho civil; coincidiendo con Wernz y Palmieri (cf. *Verbali*, Consulta parcial del 4.12.1904, Scatola 13).

¹⁵ Cf. *Verbali*, Consulta Parcial del 26.11.1904, Scatola 13.

¹⁶ Cf. *Schemi*, Liber I, Scatola 12, p.4.

¹⁷ Cf. *Canoni approvati dal Santo Padre*, Scatola 13, n. 294.

in quo versantur, iis exceptis quae pro eis constitutae sunt, vel ordini publico consulunt, vel actuum solemnia determinant». Luego de una serie de esquemas se suprimirá la remisión genérica al *ius peregrinorum* postulada por Wernz¹⁸; quedando sólo como causales de sumisión del extranjero a la ley local el orden público y la solemnidad de los actos.

Después de la promulgación del Código se generó una viva controversia entre los autores por la aplicación del can. 14 § 1, 2º respecto de la ley penal particular. El texto codicial otorgaba al legislador particular la facultad de promulgar leyes para su territorio estableciendo o agravando penas que de no diferenciarse su carácter de orden público se aplicarían también a los peregrinos, según lo observara el P. Vermeersch. Si bien, toda ley está necesariamente ordenada al bien común no por ello es tuteladora del orden público. Ella lo será cuando tenga por objeto directa e inmediatamente el bien de la comunidad toda entera o de todo miembro cualquiera fuera. *Le bon ordre extérieur*¹⁹ esencial no es más que la tranquilidad pública de la comunidad local de la que hablaban los Padres Consultores.

La mayoría de los autores, sin embargo, afirmaban que los peregrinos estaban sometidos a las leyes penales particulares basándose en el último capítulo del Título *De foro competenti* de las Decretales (X. 2, 2, 20) recogido en el can. 1566. Así lo postulaban Maroto²⁰ y Prümmer²¹ en contraposición a Vermeersch quien sostenía que los extranjeros sólo estaban sujetos a aquellas leyes penales que tutelasen el orden público. Al diferenciar a éste del derecho público le permitía, a su vez, afirmar que no toda ley penal era de tal naturaleza aunque revistiese este último carácter. El Profesor de la Gregoriana dejaba patentizado que el verdadero problema era la determinación del objeto de protección de esas leyes; pues la ley penal particular puede ser calificada, como común o de orden público, y que sólo en éste último caso el peregrino se encontrará atrapado por sus previsiones y las penas anejas. En consecuencia afirmaba: «Dici fortasse possit ordini publico consuli per eas leges quae ad commune damnum avertendum, potius quam ad promovendum bonum commune latae sunt. Peregrini enim communi alieni territorii bono cooperari per se non debent, damnosi tamen esse vetantur»²². Van Hove, siguiendo esta doctrina entendía que son de orden público no sólo las leyes «quarum transgressio cederet in damnum vel iniuriam

¹⁸ Cf. *Schemi*, cann. 6 y 7, Liber I, Scatola 12, pp. 2-4.

¹⁹ Cf. A. VAN HOVE, *Leges quae ordini publico consulunt*, en «Ephemerides Theologicae Lovanienses» 1 (1924) 153-167.

²⁰ Cf. *Institutiones iuris canonici*, Madrid 1918, p. 173.

²¹ Cf. *Manuale theologiae moralis secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgi-Brisgoviae 1931, t. I, p. 132.

²² A. VERMEERSCH - C. CREUSEN, *Epitome iuris canonici, cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*, Mechliniae-Romae 1949, t. I, pp. 111-112.

loci in quo peregrini commorantur», sino también aquellas que son hechas «ad bonum commune, ob necessitatem rei publicae»²³. Este último término se ubica en la *publica tranquillitas* que no es otra cosa que la *tranquillitatem praesentis status rei publicae* romana por referirse al orden esencial de toda la comunidad cuya violación produce aquel daño común que debe evitarse.

3.2. El can. 1529

El can. 1529 aunque se halla regulado en el Título que trata de los contratos del Libro II sobre los bienes temporales y no ser la única norma que reenviaba al derecho civil; sí lo era en cuanto establecía concretamente el elemento negativo de la consecuencia jurídica de la norma de colisión²⁴ que hace aplicable el derecho civil al caso. Su aplicación está condicionada a la compatibilidad con el derecho divino. Es decir, con el orden público canónico internacional porque entendemos que cuando el derecho canónico prevé algo no puede ser entendido como cláusula de exclusión pues no actúa como norma de colisión.

Nuevamente son los Consultores Sili²⁵ y Lombardi²⁶ quienes estudian más depuradamente el tema; y podríamos afirmar que ambos concuerdan, en líneas generales, en aplicar la ley civil en los diversos casos regulados individualmente que pudieran presentarse siempre que aquella fuera razonable y honesta. Las discusiones que se generan sobre la cuestión en todas las Consultas Parciales desde el 20 de noviembre de 1904 a la Plenaria del 26 de marzo de 1905 que van desde la eliminación completa o a una remisión al derecho civil como subsidio del derecho canónico en el futuro código hasta la recepción en la específica disciplina en materia de bienes temporales, hace emerger la cláusula «dummodo nihil contineant contra ius divinum et canonicum»²⁷.

Su fuente remota es también el paso del Digesto *praeses provinciae* pues extiende el *imperium* del gobernador sobre los peregrinos en tierras provinciales sometiéndolos a los propios tribunales del lugar o a los romanos (D.1,18,16). Pero en lo que se refiere al derecho aplicable sabiamente se dispone que no debe atenderse a la jurisprudencia provincial sino a lo que deba aplicarse (D.1,18,12). Es decir al derecho que rijan la relación jurídica actuando el orden público también como causa de exclusión.

²³ «Leges quae ordini publico consulunt», 157-158.

²⁴ Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, cit., p. 79.

²⁵ Cf. *Votum*, can.XVI, Scatola 13, 14.

²⁶ Cf. *Votum*, can. XI, Scatola 13, 18.

²⁷ Cf. C. MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti*, en «Periodica» 85 (1996) 465-468.

La importancia del derecho romano es puesta de manifiesto por el Consultor Lombardi porque ya había ingresado definitivamente en el ordenamiento canónico a través del Decreto divulgado. En éste se observa un concepto de orden público amplio referido al derecho divino; y otro restringido que asumirá la noción de la tranquilidad pública en la reprensión de la *violatio pacis* (C.24, q.1, c.32) al ser una perturbación de la *pax ecclesiae* (C.23, q.4, c.3). Recuérdese que los canonistas medievales en el tema de la ley aplicable dan una abierta preferencia a la fuente canónica al remitirse a los cánones *Ibi* (C.3, q.6, c.1) y *Placuit* (C.6, q.3, c.4) y a los cánones 4 y 5 de la *Distinctio XI* del Decreto.

Bartolomé de Brescia es quien, al glosar el canon *Frater* del *Decretum* (C.16, q.1, c.52), introduce la noción de la relación jurídica dejando al descubierto que el juez debía percatarse que más allá de ser competente en razón de la materia y tener jurisdicción por el territorio para dictar una sentencia válida, debía aplicar la norma a la que estaba sometido el negocio jurídico aunque no fuera la del propio Tribunal sino una extranjera. Compartiendo lo sostenido por el Hostiense y el Panormitano, en cuanto a que la razón de sumisión a la ley local tenía por objeto preservar el bien de la ciudad, sienta el decretista los primeros indicios del orden público cuando aborda la sumisión de los exentos a las leyes diocesanas²⁸.

4. CONCLUSIÓN

El orden público del can. 14 §1, 2º es la expresión restringida del bien común por tutelar la tranquilidad pública eclesial de la comunidad. De allí que el peregrino se halla sometido a la pena conminada por la ley particular en la medida en que esté también sometido a la parte imperativa de la misma (can. 2226 § 1). Si aquella prohíbe un acto que no es prohibido ni por el derecho divino ni por la ley general de la Iglesia, el extranjero escapará a la sanción penal prevista en la ley, a menos que ella sea tuteladora del orden público²⁹.

En cambio, el orden público internacional enunciado en el derecho divino (can. 1529) adquiere plena eficacia en el ordenamiento canónico en virtud de su propia naturaleza; despejando cualquier objeción relativista basada en una posición sociológica propia de la noción en el ámbito del derecho estatal³⁰.

²⁸ Cf. W. ONCLIN, *La contribution du Décret de Gratien et des décrétistes à la solution des conflits des lois*, en «*Studia Gratiana*» 2 (1954) 117-150.

²⁹ Cf. A. VAN HOVE, *Leges...*, cit., p. 156.

³⁰ Bastará citar como ejemplos los contratos de subrogación de vientres, de donación de material genético, de fertilización *in vitro*, de eutanasia, entre otros.