

INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA
FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

DICCIONARIO GENERAL
DE DERECHO CANÓNICO

VOLUMEN III

(DEMANDA JUDICIAL – FILIACIÓN)

Obra dirigida y coordinada por

Javier OTADUY
Antonio VIANA
Joaquín SEDANO



Universidad
de Navarra

THOMSON REUTERS
ARANZADI

la prescripción canónica puede ser castigado, según el c. 1399 CIC, «cuando así lo requiere la especial gravedad de la infracción y urge la necesidad de prevenir o de reparar escándalos». La influencia del derecho canónico en los ordenamientos nacionales ha hecho que a lo largo de la historia se haya restringido la capacidad civil para afianzar de clérigos y religiosos. Así, por ejemplo, el título XVIII del libro III del Fuero Real de 1255; las Partidas de Alfonso X el Sabio (P. 1.6.45 y 5.12.2); la vigente ley 527 del Fuero Nuevo de Navarra (referida únicamente a «los religiosos profesos que, por razón de sus votos, carezcan notoriamente de patrimonio»); el art. 2011, 6º Código civil de Argentina o el art. 2342 del Código civil chileno en vigor hasta 1943.

Aunque las normas prohibitivas deben interpretarse restrictivamente, parece razonable que la exclusión de los clérigos y religiosos incluya los avales y cualquier garantía personal atípica.

Bibliografía

P. GÓMEZ-BLANES, *El principio de accesoriadad de la fianza*, Cizur Menor 2008; J. OTADUY, *sub c. 285*, en *ComEx*, II/1, 3º2002, 366-370; C. SALINAS, *Del influjo canónico en Las Partidas al influjo canónico en el Código civil de Chile*, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 26 (2004) 491-528.

Luis Javier ARRIETA SEVILLA

FICCION JURIDICA

Vid. también: ANALOGÍA; EQUIDAD; INTERPRETACION DEL DERECHO; *IURIS ET DE IURE*; MATRIMONIO PUTATIVO; PERSONA JURIDICA; PRESUNCION

SUMARIO: 1. Ficción en los textos normativos. 2. Definición. 3. Las ficciones en el derecho canónico codificado. a) El c. 1138 § 1 del Código de 1917. b) En el Código de 1917. c) En el Código de 1983. 4. Significado de las ficciones. a) Límites. b) Ficciones y equidad.

1. Ficción en los textos normativos

Se ha dicho del derecho canónico que odia absolutamente las ficciones (cf. A. D. HAUTESE- RRE [1602-1682], *De fictionibus iuris*, Parisiis 1659, Tract. I, c. 3). El mismo Código de Dere- cho Canónico vigente (cf cc. 1161 § 1 CIC; 848 § 1 CCEO) ha omitido la única referencia explícita a la ficción jurídica que aparecía en el derecho codificado precedente (c. 1138 § 1 del CIC 1917; c. 127 § 1 del M.P. *Crebrae allatae*, de 22.II.1949).

El mismo nombre de ficción, que evoca la distorsión (consciente) de la realidad, juega en contra del concepto y no se puede excluir que una cierta desconfianza hacia el derecho se haya originado históricamente también por un abuso de las ficciones jurídicas.

2. Definición

Los elementos de la *fictio iuris* están ya fija- dos en la definición elaborada por los juristas medievales. Se puede recordar la definición propuesta por Andrea Alciato (1492-1550), muy completa y muy citada en el ámbito de los canonistas: «*Fictio est legis adversus verita- tem in re possibili ex iusta causa dispositio*», o sea, «La ficción es una disposición de la ley contraria a la realidad en una materia lícita y por una causa justa» (*Parergon iuris, sive obiter dictorum*, l. VI, c. 1).

En relación con el derecho canónico vigente la ficción se ha definido como «un instru- mento de técnica legislativa por el que, equi- parando formalmente en una norma dos su- puestos de hecho realmente diferentes, se consigue una equivalencia en su tratamiento jurídico, al otorgar a uno los efectos jurídicos que otra norma adjudica al otro, sin necesidad de enumerar esos efectos» (LLANO CIFUENTES, 196; en modo similar, A. VAN HOVE, *Commen- tarium lovaniense in Codicem Iuris Canonici*, I/2 *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae 1930, 344- 345, n. 336).

Como primer elemento de la definición se indica la naturaleza de instrumento de técnica jurídica. Es, por tanto, uno de los posibles mo- dos de los que el legislador dispone para ma- nifestar su decisión normativa; es elegido en razón de su conveniencia, que normalmente consiste en su brevedad.

El segundo elemento hace referencia a la equivalencia en el tratamiento normativo que la ficción instituye entre dos fenómenos jurí- dicos diversos por naturaleza.

Finalmente, el tercer elemento de la defini- ción pone de manifiesto que la ficción dispone que se atribuyan los mismos efectos jurídicos a los dos supuestos jurídicos distintos. Se ad- vierte que la equiparación fingida de dos su- puestos distintos nunca puede ser total: es li- mitada, ya que la diversa naturaleza de las situaciones lo prohíbe.

De la ficción se distingue claramente, aun- que a veces se confunda con ella, la presun- ción (*praesumptio*). Esta última es un medio de prueba judicial y el c. 1584 la define como

«conjetura probable sobre una cosa incierta (*rei incertae probabilis coniectura*)».

En ambos casos, el derecho interviene para construir, pero mientras en la ficción nos encontramos ante una verdad que el derecho contradice, en la presunción nos hallamos ante una duda, que se resuelve con una certeza basada en la probabilidad sobre *id quod plerumque accidit*, es decir, sobre lo que sucede en la mayoría de los casos.

Además, la presunción cede (es decir, decae) ante la verdad («*praesumptio cedit veritati*») que, en su caso, se manifieste después o resulte probada: en efecto, respecto a ella la presunción es sólo una anticipación probable; por el contrario, la ficción se opone a una verdad ya conocida desde el inicio, que, por tanto, nunca podrá prevalecer sobre la ficción.

Plantea algunos problemas la llamada *praesumptio iuris ac de iure*, que no admite prueba en contrario y por tanto parecería similar a la ficción. Esto se puede sostener en la vertiente práctica; pero, en cambio, en el aspecto teórico, mientras la ficción es contraria a la verdad, la presunción *iuris ac de iure* pretende en todo caso declararla, aunque sea solo probable y, por disposición positiva, inatacable.

3. Las ficciones en el derecho canónico codificado

a) El c. 1138 § 1 del Código de 1917

La norma del c. 1138 § 1 del CIC de 1917 (cf c. 127 § 1 del M.P. *Crebrae allatae*) es la única que explícitamente menciona la *fictio iuris* y, por tanto, merece atención para la recta comprensión de este instituto en el derecho canónico moderno: «La sanación del matrimonio en la raíz es una convalidación del mismo que lleva consigo, además de la dispensa o cesación del impedimento, la dispensa de la ley que impone la renovación del consentimiento y la retrotracción del matrimonio al tiempo pasado, por una ficción del derecho [*per fictionem iuris*], en cuanto a sus efectos canónicos».

La introducción explícita de la *fictio* en la cuestión de la sanación en raíz del matrimonio se remontaría sólo al siglo pasado, mientras que su aparición en el Código Pío benedictino sería debida a la labor del cardenal Gasparri (cf NAVARRETE 95, nota 115).

Aunque la ficción jurídica ha sido más estudiada por los canonistas modernos, no concuerdan sus pareceres a la hora de identificar su significado y valor (una reseña puede verse

en LLANO CIFUENTES 96-125). Llano Cifuentes concluye afirmando que «el canon nos habla de retracción de los efectos canónicos, y nada más» (*ibidem* 114), confirmado en esto por el texto del nuevo Código: «así como la retrotracción al pasado de los efectos canónicos» (c. 1161 § 1); «la retrotracción, en cambio, se entiende hecha hasta el momento de la celebración del matrimonio, a menos que expresamente se disponga otra cosa» (c. 1161 § 2).

En realidad, en el instituto de la sanación en la raíz se pueden encontrar los elementos propios de la ficción. Ante todo, la equiparación del período (antes de la sanación) en el que el matrimonio era nulo con el período (tras la sanación) en el que el matrimonio es válido. Se finge que la sanación del matrimonio inválido, que acontece *nunc*, extiende sus efectos *ex tunc*, es decir, desde la celebración del matrimonio inválido. Esta equiparación, sin embargo, es limitada *ex natura rei*. En efecto, puesto que el vínculo matrimonial (con todos los efectos del matrimonio) se origina sólo por el consentimiento válido («legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles»: c. 1057 § 1), que «ningún poder humano puede suplir» (*ibidem*), dicho consentimiento no puede ser afirmado retroactivamente, por la contradicción que no lo permite: «*factum, enim, fieri infectum non potest*». Por el contrario, algunos efectos jurídicos del vínculo matrimonial (por ejemplo, la filiación y la legitimación de la prole) pueden ser retrotraídos al período en el que el matrimonio era inválido: tales efectos no se identifican con el vínculo matrimonial y quedan a disposición de la autoridad de la Iglesia.

b) En el Código de 1917

Los comentaristas del Código Pío benedictino señalaban la presencia en el mismo de otras ficciones jurídicas además del texto explícito del c. 1138 § 1. Prescindimos del concepto de *persona jurídica*, que, en el derecho canónico codificado, ha perdido la connotación de «persona ficta», con la que había ido originándose en el derecho canónico medieval.

Se reconocía la presencia de una ficción expresa, aunque implícita, en el c. 409 § 1: «En cualquier iglesia, sea catedral o colegiata, los capitulares, constituidos en dignidad episcopal, deben llevar, en el coro, traje episcopal; todos los demás, sean dignidades, canónigos o beneficiados, llevarán el traje señalado en la bula de erección del cabildo o el concedido

por indulto apostólico; de lo contrario, se les considerará como si estuvieran ausentes [*secus censeantur tanquam absentes*].».

En modo totalmente implícito o con ficción supuesta, se señalaban, entre otros, los cc. 420 (y lo mismo el c. 421 y el c. 422 § 2; se enumeran los casos en los que la ausencia del coro no excluye al canónigo de los frutos y de las distribuciones cotidianas, considerándosele *tanquam praesens*); 1114 («Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo; siempre que a los padres, en el momento en el que fue concebido el hijo, no les estuviera prohibido el uso del matrimonio celebrado antes, por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido las órdenes sagradas»); 1116 («Por el subsiguiente matrimonio de los padres, sea verdadero o putativo, tanto si se contrae entonces como si se convalida, aunque no llegue a consumarse, se legitima la prole, con tal de que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio entre sí en el tiempo en el que aquella fue concebida, o durante su gestación o cuando nació»).

c) En el Código de 1983

En el nuevo Código se omite la única mención explícita de la *fictio iuris*. Permanecen otras referencias, explícitas o implícitas. Entre las implícitas continua siendo principal la cuestión de los hijos legítimos y legitimados (cc. 1137-1140).

Entre las explícitas, cabe señalar el uso de algunas locuciones que, inmediatamente y también por su uso tradicional, hacen pensar en ficciones: *accenseri*: c. 1183 § 1; *perinde ac*: c. 155; *haberi pro*: cf cc. 125 § 1 (*pro infecto* [considerar como no realizado]); 1406 § 1 (*pro infectis* [considerar como inexistentes]); 174 § 3 (*pro non appositae* [tener por no puestas]); 56 (*pro intimato*); 1506 y 1507 § 2 (*pro admissio* [se considera admitido el escrito de demanda]); *haberi tanquam*: cf cc. 172 § 2 (*tanquam non adiectae* [tener por no puestas]); 1301 § 3 (*tanquam non appositae* [tener por no puestas]); *haberi ut*: cf c. 110; *haberi*: cf c. 1510; cf también cc. 1322 y 1550 § 2; *aequiparari*: cf cc. 134 §§ 1 y 3; 381 § 2; 450 § 1; 454 § 1; 516 § 1; 620; 723 § 4; 833, 3º; 883, 1º; 934 § 1, 1º; 999, 1º; 1140; 1206; 1323, 2º; 1381 § 2; 1521; *censeri*: cf, por ejemplo, c. 1635; *quasi*: cf *quasi-domicilium* y *quasi-paroecia*; *accedere*: cf cc. 604 y 731.

Cabe recordar también entre las ficciones el c. 880 § 1, tal y como ha sido interpretado au-

ténticamente: la crismación hecha con el pulgar sobre la frente manifiesta suficientemente la imposición de la mano sobre la cabeza (cf PONTIFICIA COMMISSIO DECRETIS CONCILII VATICANI II INTERPRETANDIS, *responsum*, 9.VI.1972, en AAS 63 [1972] 526).

4. Significado de las ficciones

La problemática de la ficción resalta el problema fundamental de la relación entre realidad y derecho. ¿Está el derecho llamado y obligado a reflejar la realidad? ¿O posee márgenes propios de libertad respecto de la realidad? ¿O bien está él mismo llamado y obligado a construir la realidad? ¿Cuál es en el derecho la proporción justa entre el «dato» (*donné*) y lo «construido» (*construit*)?

La ficción hace que emerja con más fuerza y evidencia la discrepancia que hay (siempre) entre realidad y derecho. El derecho, en efecto, incluso cuando parece reflejar la realidad, opera siempre con conceptos formales y abstractos, a los que la realidad no se adapta del todo.

a) Límites

El ordenamiento canónico es, entre los ordenamientos jurídicos vigentes, el (que se profesa) más próximo y cercano a la realidad (de las cosas). Basta considerar el uso que en el Código se hace de la locución *ex rei natura*. En el c. 381 § 2 se equiparan, por ejemplo, al obispo diocesano todos los que presiden Iglesias particulares: se finge que son obispos, aunque quizás sean presbíteros. Pero esa ficción tiene en el canon tres restricciones explícitas: *in iure* (la equiparación vale solo a efectos jurídicos); *nisi ex natura rei aliud appareat* (la equiparación no produce jurídicamente lo que solo puede darse a través del sacramento [es decir, la potestad de ordenar] y, por eso, no puede ser objeto de una ficción); *nisi ex iuris praescripto aliud appareat* (la restricción puede obrar también en puntos concretos por decisión del mismo legislador, que limita a su gusto la extensión de la ficción que él mismo ha introducido).

Se podría citar el caso de la condición *de futuro* puesta en el matrimonio. En los trabajos de elaboración del Código Pío benedictino, oriental y vigente, se abrió paso la propuesta de tener *pro non adiecta* —en otras palabras, de fingir que no había existido nunca—, la condición puesta al matrimonio. Se ha preferido sancionar positivamente como nulos todos los matrimonios en los que se haya puesto cual-

quier *condicio de futuro* (cf c. 1102 § 1 CIC; cf más radicalmente, c. 826 CCEO), antes que considerar válido y existente un solo vínculo matrimonial no sostenido por la verdad del consentimiento. En efecto, del consentimiento matrimonial se dice explícitamente que ningún poder humano puede suplirlo (cf cc. 1057 § 1 CIC; 817 CCEO) y eso indica que el consentimiento matrimonial nunca podrá ser objeto de una ficción en relación con su efecto (jurídico) fundamental, que es precisamente el vínculo matrimonial.

b) Ficciones y equidad

Comentando la definición de ficción dada por Alciato (cf *supra*, n. 2), el último elemento (*ex iusta causa*) lleva a los juristas medievales a insistir con fuerza y originalidad sobre la relación entre ficción y equidad (canónica): «*Concludendum igitur, matrem fictionis esse aequitatem*», es decir, «se debe reconocer por último que la madre de la ficción jurídica es la equidad» (ALCIATO, *Commentaria in Digesta*, 67).

Por este camino se descubre no solo que la ficción jurídica está lejos de ser una *species* de arbitrariedad del legislador o del ordenamiento que construye una normativa propia separada de la realidad de las cosas, sino también que la ficción jurídica tiene un fundamento axiológico y ontológico, como si se reconociese que, a veces, para estar más cerca de la realidad hay que alejarse de ella. «La razón de la ficción [*causa fictionis*] jurídica es la equidad. En efecto, en ocasiones, puede ser justo [*aequuum*] que una cosa que existe se considere como no existente; o también que una cosa que existe de una determinada manera, exista, en cambio, de otro modo. Precisamente por esto, el derecho, no pudiendo realizarlo siguiendo el orden de las cosas [*secundum veritatem*], introduce en virtud de la equidad [*ex aequitate*] la ficción, que respecto a los efectos jurídicos produce lo mismo que la realidad de las cosas [*in veritate*]. Que esto sea así se prueba también por el hecho [*ab effectu*] de que, cesando las razones de la equidad [*cessante aequitate*], cesa igualmente la ficción jurídica» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, n. 67). Es siempre el mismo Bartolo el que insiste sobre la *iusta causa*, o sea, sobre la razón proporcionada que da lugar a la ficción: «*Omnis fictio utitur aequitate*», «Toda ficción usa la equidad» (*ibidem*, n. 41); «*Omnis fictio est introducta ex*

quadam naturali aequitate», «Toda ficción se introduce en razón de una cierta equidad natural» (*ibidem*, n. 2).

De ahí se sigue la proximidad entre ficción y *oeconomia*: «La ficción más que mentira es una *iusta oeconomia* y composición del derecho [*dispositio iuris*], a través de la que se resuelven los puntos más difíciles [*nodi*] del derecho y todas las exigencias de bien y de justicia [*tota aequi bonique ratio*] se ordenan y componen» (A. D. HAUTESERRE, *De fictionibus iuris. Argumentum operis*).

La afirmación decidida de la estrecha relación entre ficción y equidad se coloca en la línea de la búsqueda de la identificación de ese *adversus veritatem sed in re possibili*, de la que hablaban los juristas medievales: la búsqueda de las posibilidades y por eso mismo de los límites de la intervención del derecho para una finalidad de justicia. Es la búsqueda de la justicia entre la abstracción de las normas y la naturaleza de las cosas; es la prueba y el signo de la dinamicidad del derecho canónico.

Y, aunque sólo fuera para recordar esto, las ficciones jurídicas tendrían todavía hoy un importante papel en el derecho.

Bibliografía

E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del «come se» tra diritto sacro e diritto profano*, Milano 2004; R. LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la «fictio iuris»*, Madrid 1963; G. P. MONTINI, *Finzione*, *Quaderni di diritto ecclesiale* 7 (1994) 351-366; U. NAVARRETE, *De convalidatione matrimonii* (cc. 1133-1141), Romae 1964-1965, 94-102; R. NAZ, «Fiction», en DDC, V, 1953, 846-847; E. PETIT, *Consentement matrimonial et fiction du droit*, Roma 2010; F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della «fictio iuris»*, Padova 1979.

G. Paolo MONTINI

FIDEI DONUM [SACERDOTES]

Vid. también: CLERO DIOCESANO; CLERO EXTRADIOCESANO; CLÉRIGO; DISTRIBUCIÓN DEL CLERO; INCARDINACIÓN; TRASLADO DE CLÉRIGOS A OTRA DIÓCESIS

SUMARIO: 1. Nociones. 2. Anotaciones históricas. 3. La «licentia transmigrandi» (c. 271) y su relación con la incardinación. 4. Los sacerdotes «fidei donum» como expresión de la comunión entre las Iglesias.