

Baura, Eduardo

Perfiles jurídicos del arte de legislar en la Iglesia

Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. XVI, 2009/10

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Baura, E. (2009-2010). Perfiles jurídicos del arte de legislar en la Iglesia [en línea], *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 16, 9-36. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/perfiles-juridicos-arte-legislar-iglesia.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PERFILES JURÍDICOS DEL ARTE DE LEGISLAR EN LA IGLESIA*

Eduardo BAURA

SUMARIO: I.- La actividad legislativa en cuanto arte prudencial de gobierno. II.- La dimensión jurídica del arte legislativo. 1. La relación de la ley con el derecho. 2. La relación del arte legislativo con el arte jurídico. III.- La legalidad al legislar.

I.- LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN CUANTO ARTE PRUDENCIAL DE GOBIERNO

Quizás no ha sido reconocida suficientemente la importancia que en el derecho en general, pero sobre todo en el derecho canónico, ha tenido el tratado sobre la ley de Santo Tomás de Aquino. Es cierto que el autor que ha tenido un influjo decisivo en la doctrina canónica sobre la ley (especialmente en la redacción de los cánones sobre la ley del Código pío-benedictino, que han pasado casi íntegramente al Código de 1983) es indudablemente Suárez, pero no se puede olvidar que el Doctor Eximio, también en este ámbito, se presenta como comentador y servidor de Santo Tomás, hasta el punto de que no pocas de las reflexiones tomistas sobre la ley han sido transmitidas por el teólogo granadino, si bien, como es sabido, la concepción voluntarista de Suárez sobre el acto de legislar aleja mucho a este autor del Doctor Angélico, precisamente en lo que constituye el núcleo de la doctrina tomista sobre la ley. Dejando aparte la valoración histórica del in-

* Traducción del original italiano publicado en *Ius Ecclesiae* 19 (2007) 13-36.

flujo de la doctrina de uno u otro autor, y sin entrar en la discusión sobre la esencia del acto humano de legislar (efecto de la voluntad o de la razón), el presente trabajo aprovechará muchas de las ideas tomistas sobre la ley, aun sin colocarse en un nivel filosófico ni teológico, sino pretendiendo mostrar algunas exigencias jurídicas de la actividad legislativa en la Iglesia.

Ante todo, hay que recordar la célebre definición de ley propuesta por el Aquinate, comúnmente aceptada: «*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»¹. El deber del legislador es, por tanto, el de establecer una ordenación de la vida social que conduzca a la comunidad hacia su bien (común). Forma parte de la esencia de la ley que ésta haya sido promulgada, que sea cognoscible por la comunidad destinataria. En el caso de la ley humana –ley entendida como *constitutio scripta*–, el orden ideado por el legislador debe quedar plasmado en un texto escrito que es promulgado, es decir, impuesto y hecho público para los destinatarios.

Para poder llevar a término una operación semejante es necesario ante todo “saber hacerla”, es decir, tener el arte de legislar. Empleo aquí la palabra “arte” en su significado clásico de conocimiento práctico, del saber hacer («*recta ratio factibilium*»²), y más específicamente, en su acepción de saber práctico en cuanto es una habilidad personal, una virtud intelectual del sujeto, el cual es capaz de idear y realizar un determinado objeto. Aunque este concepto se refiere al término *techne* con el que Aristóteles designaba el saber práctico adquirido a través de una reflexión y no por la mera experiencia³, como consecuencia de las clasificaciones medievales del saber se ha abierto camino la distinción actual entre “arte” –entendido como el saber práctico constitutivo de una virtud personal– y la “técnica”, concebida ésta como el conocimiento del conjunto de procedimientos objetivos preestablecidos para obtener un determinado resultado.

1 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* (en adelante S. Th.), I-II, q. 90 a. 4. No trato aquí de la problemática relativa a la definición de la ley eclesiástica como «*ordinatio fidei*» propuestas por algunos autores (cf. E. CORECCO, «*Ordinatio rationis*» o «*ordinatio fidei*». *Appunti sulla definizione della legge canonica*, en IDEM, *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, ed. G. BORGONOVO y A. CATTANEO, vol. I, Lugano 1997, págs. 135-156). Como ha puesto en evidencia Hervada, considero que el orden tiene que ser fruto de la razón, y no de la fe, lo que no impide que la razón sea iluminada por la fe (cf. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, págs. 18-20).

2 S. Th. I-II, q. 57, a. 4. Cf. también el artículo anterior de la misma cuestión 57.

3 Para una exposición sintética del pensamiento de Aristóteles sobre el arte y la evolución posterior del concepto, cf. I. YARZA, *Una introducción a la estética*, Pamplona 2004, págs. 191ss.

Partiendo de esta distinción, y utilizando siempre los mencionados términos en el sentido precisado, se debe concluir que la actividad legislativa es un arte pero no una técnica: el legislador no puede limitarse a “aplicar” mecánicamente un protocolo objetivo para obtener el orden social justo formulado en un texto (si bien podrá siempre tomar en préstamo experiencias legales de otros ordenamientos), sino que debe primero idear (interiormente) él mismo el orden que quiere establecer para alcanzar el bien común, y comunicar después a la comunidad el orden concebido.

El hecho de que la actividad legislativa no sea una técnica sino un arte no significa que no deba servirse de las técnicas. Todo artista, para realizar sus obras de arte, se sirve de técnicas precisas, muchas de ellas fruto de la experiencia ajena, si bien no basta el uso de las técnicas para realizar una obra de arte. Del mismo modo, en el arte de legislar hay muchos aspectos técnicos, cuyo uso ayuda al buen resultado de la obra: uso de un lenguaje preciso, reagrupamiento sistemático de las normas, reenvíos y analogías, utilización de cláusulas ricas en significado, y otras semejantes. Aunque las técnicas tengan un valor subsidiario en la realización de una obra de arte, el servirse o no de ellas puede tener una importancia decisiva en el resultado final.

El arte de legislar corresponde a la actividad política, entendida la palabra “política” también aquí en su sentido clásico, esto es, de gobierno de la *polis*, que se puede también extender al gobierno de la Iglesia. (En estas páginas, utilizaré el término “política” en este sentido amplio de gobierno de cualquier sociedad, aplicable, por tanto, también a la Iglesia). Es evidente que entre las funciones correspondientes a quien debe dirigir una comunidad está la de establecer las normas según las cuales la comunidad deberá regularse en el futuro para alcanzar su propio bien. Es necesario, de hecho, determinar las normas de conducta de los miembros de la sociedad, ordenando y prohibiendo algunas acciones, previendo las consecuencias de ciertos actos y la medida de la reparación debida por conductas injustas; por otro lado, hace falta organizar las funciones públicas, distribuyendo funciones y competencias. Ésta es la tarea de la función legislativa, a la que corresponde, precisamente, producir normas generales y abstractas, dadas para el futuro, que establecen el orden de la vida social.

La función legislativa, si bien excesivamente enfatizada a partir del legalismo proveniente de los ideales de la Revolución francesa, tiene siempre una cierta posición de preeminencia respecto a las otras funciones de dirección de una sociedad, en cuanto la ley determina el recto desarrollo del

resto de las actividades de gobierno y establece las reglas del futuro comportamiento. No es extraño, por tanto, que el ejercicio de la función de legislar esté habitualmente reservado a titulares del poder especialmente cualificados: en los Estados democráticos al Parlamento elegido directamente por el pueblo, y en la Iglesia a los órganos “capitales” que tienen la misión de estar a la cabeza de una porción del Pueblo de Dios.

En la Iglesia el arte político de dar leyes puede calificarse como pastoral, también en el significado más estricto de este término, es decir, entendido como la actividad propia y exclusiva de los ministros sagrados con la que éstos desarrollan la función (y la correlativa potestad) de Cristo Pastor, mediante el ejercicio de los *tria munera*, entre los que se encuentra el *munus regendi*, con el cual los sagrados Pastores conducen a la Iglesia hacia su bien, que en último término no es otro que la salvación de las almas (y sin que todo esto obste a la posibilidad de que los fieles no ordenados colaboren con el ejercicio del *munus regendi*). Toda sociedad tiene necesidad de ser gobernada, y la Iglesia necesita ser guiada en esta tierra, también mediante normas generales, para ser el instrumento de salvación querido por su Fundador⁴.

Es indudable que mediante las leyes el Legislador eclesiástico ejerce también el *munus docendi*, puesto que al legislar se desarrolla una actividad educativa, como ya había descubierto la filosofía política griega⁵. Esto se comprende bien si se considera la finalidad de la ley y la relación entre el bien individual y el bien común (el cual no es bien porque sea común, sino que es común porque es un bien)⁶. El cristianismo ha dado un ulterior estímulo a esta idea, haciendo notar que el actuar justo conduce a la vía dirigi-

4 «Episcopi sacrum ius et coram Domino officium habent in suos subditos leges ferendi, iudicium faciendi, atque omnia, quae ad cultus apostolatusque ordinem pertinent, moderandi» (CONCILIO VATICANO II, const. *Lumen Gentium*, n. 27).

5 Así, Platón concibe al legislador como un verdadero educador de los ciudadanos. Baste pensar en la escena descrita en el *Critón*, en la que Sócrates, pudiendo escapar de la prisión, imagina que se le aparecen las leyes como figuras vivientes que le exhortan a ser fiel a ellas también en la hora de la tentación, ya que fueron las leyes quienes lo educaron y protegieron durante toda su vida (cf. PLATÓN, *Critón*, 49 y 54). Sobre la doctrina de Aristóteles relativa al papel pedagógico del legislador cf. *Ética Nicomaquea*, X, 10, 1179b,31-35, y VI, 8, 1041b, 23-29. En general, sobre la idea de la dimensión pedagógica de las leyes en la Grecia antigua, cf. W. JAEGER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México 1988, sobre todo el Libro 3, cap. IX y Libro 4, cap. X.

6 Cf. C. CARDONA, *La metafísica del bien común*, Madrid 1966.

da hacia el bien último, siguiendo la tradición veterotestamentaria en la que las leyes del Señor son a menudo llamadas “vías”. Esta imposición han conducido incluso a sustituir en muchas áreas lingüísticas de influjo cristiano el término *ius* con el de *directum*, derecho, que recuerda que lo justo es lo indicado por la ley, que conduce hacia el bien, hacia lo que es justo. A pesar de todo esto, hay que señalar sin embargo que la actividad de las leyes forma parte específicamente del *munus regendi*, no del magisterial, puesto que la finalidad de las leyes no es la de enseñar, sino la de ordenar, y esto no de manera meramente orientadora, sino de un modo jurídicamente vinculante; de las consecuencias de este punto se tratará más adelante.

El objeto inmediato de la ley no es hacer justicia (como sí lo es, en cambio, el de la sentencia), sino ordenar la vida social al bien común. El objetivo de la ley no es declarar o reivindicar un derecho sino alcanzar un bien, concretamente el bien común. Por esto, legislar es un arte político, no jurídico, aunque haya, como se verá más adelante, numerosas exigencias jurídicas en el momento de dar leyes. Se sigue que la virtud que guía más directamente el arte legislativo no es la justicia sino la prudencia, «*recta ratio agibilium*»⁷ que conduce a actuar moralmente bien, a gobernar las propias capacidades para alcanzar el bien, y, en el caso de la prudencia específica del gobernante, a disponer lo necesario para dirigir la sociedad hacia el bien común.

Para desarrollar bien una función es necesario, por tanto, el entrelazamiento de arte, virtudes y de un buen número de técnicas. Para realizar correctamente el arte de legislar, también desde el punto de vista moral, es necesaria ante todo la guía de la prudencia. Actuar conforme a la virtud de la prudencia comporta la realización de los actos de *consiliari*, *iudicare* y *praecipere*⁸. Aconsejarse quiere decir indagar para obtener todos los datos necesarios antes de tomar la decisión⁹. En segundo lugar es necesario juzgar los datos recabados por la indagación previa y, finalmente, decidir, empujar a actuar.

Todo esto aplicado al arte legislativo comporta que el legislador, antes de emanar una ley, deberá aconsejarse (indagar) sobre la realidad que

7 S. Th. I-II, q. 57, a. 4.

8 Cf. S. Th. I-II, q. 57, a. 6.

9 Éste es el sentido del *consilium* dado por Santo Tomás (cf. S. Th. I-II, q. 14, a. 1; y I-II, q. 47, a. 8).

pretende ordenar, sobre las circunstancias (materiales y espirituales) de la comunidad destinataria de la norma, sobre eventuales precedentes (legislativos y consuetudinarios), sobre posibles medios para alcanzar el fin deseado, etc. En este trabajo el legislador se puede servir de terceros, pero en un segundo momento corresponde sólo a quien tiene la función de legislar el valorar cada uno de aquellos datos y considerarlos globalmente a la luz del bien común que se quiere alcanzar (la *salus animarum*), con el fin de tomar la decisión sobre lo que debe hacerse.

Hay múltiples consecuencias de la prudencia que se presentan en el momento de legislar. Ante todo el legislador, después de las fases del *consilium* y del *iudicium*, deberá decidir si legislar o no; la decisión dependerá de la valoración que el legislador haga sobre el modo mejor de obtener el bien pretendido, y, antes aún, sobre las posibilidades reales, vistas las circunstancias, de obtener este bien (en este sentido se habla de la política como el arte de lo posible, lo que no puede derivar en una cínica actitud pesimista, timorata –imprudente– que concluya en la omisión del propio deber).

La observación de que la primera decisión que se ha de tomar es si emanar o no la ley no es una cuestión banal. No se debe olvidar que en toda comunidad humana se crea de modo natural un orden, el consuetudinario, que conviene respetar por el bien de la comunidad (en la medida en que conduce efectivamente al bien común), porque la costumbre se adecua perfectamente a la realidad social. La ley, por el contrario, es una norma positiva, que se impone mediante un acto de autoridad, y es, por otro lado, abstracta y rígida (puesto que está fijada en un texto escrito), lo que en el futuro puede crear problemas. Por lo demás, un gran número de leyes hace a la vida social, al menos, complicada; además, cuantas más leyes hay, más difícil será su conocimiento, lo cual es contrario al fin de las leyes.

El iluminismo, que veía en la ley el modo racional y seguro de gobernar la sociedad, y el positivismo jurídico legalista, que rechaza cualquier fuente de derecho distinta de la ley, han conducido a los ordenamientos civiles a multiplicar las leyes en cuanto éstas constituyen el único medio de gobierno para resolver los nuevos problemas planteados a la sociedad. Se ha llegado así a lo que alguno ha llamado la “elefantiasis” legislativa, con la rigidez, las paradojas y tal vez las injusticias que comporta el hecho de ser regulados por una masa normativa imposible de conocer, olvidando la verdad que ya Tácito había advertido sabiamente: «... *et corruptissima re publica plu-*

rimae leges». ¹⁰ En la Iglesia se cuenta, por el contrario, con instrumentos de gobierno (la dispensa, el privilegio) que permiten salir al encuentro de las necesidades del caso singular, las cuales, incluso siendo extralegales, pueden (y deben) ser justas ¹¹.

Sin duda, una manera de no multiplicar sin necesidad las leyes es la de evitar dictar normas generales para resolver un problema singular. Nada impide que por inducción se extraiga una regla general de un caso particular y, haciéndolo así, se prevengan posibles males futuros. También aquí la prudencia conduce a preguntar primero si estas prevenciones no pueden causar escándalos u otros males peores de los que se pretende evitar. De todos modos, parece un ejercicio imprudente del arte de legislar el dar una norma general no para resolver los supuestos generales que se prevén con motivo de un caso singular, sino con la finalidad principal y directa de resolver el caso singular. Por otro lado, hay que señalar, aunque sólo sea como inciso, que, aparte de los posibles daños que se pueden derivar de una ley superflua, el uso errado del instrumento de la ley (general y abstracta) en lugar del acto de gobierno singular podría manifestar una actitud de debilidad por parte de la autoridad que preferiría las declaraciones generales al deber de afrontar directamente los problemas singulares.

Un problema prudencial muy delicado en general, pero de modo especial en el ámbito de la Iglesia, es el de la tolerancia ¹². Solamente es necesario ordenar lo que se refiere a crear las condiciones sociales para que la comunidad pueda alcanzar el bien común, pudiendo (y frecuentemente debiendo) dejar a la iniciativa individual la consecución de otros bienes. Por otra parte, la ley es una norma general, que no puede tener en cuenta sólo a un determinado grupo de personas, sino que debe dirigirse a todos los miembros de la comunidad. En este sentido interesa señalar que, siendo la ley una ordenación de la vida social, la norma que, justa en teoría, no fuese adecuada a la realidad de la comunidad cuya vida quiere ordenar, iría contra su propia esencia, en cuanto no introduciría un orden, sino un desorden: ésta es una de las exigencias de la nota esencial de toda norma jurídica, la

¹⁰ TÁCITO, *Annales*, Lib. III, 27.

¹¹ Me he ocupado del tema en *La dispensa canonica dalla lege*, Milano 1997.

¹² Cf. S. Th. I-II, q. 97, a. 2. En el ámbito canónico es interesante el estudio histórico de G. OLIVERO, «*Dissimulatio*» e «*tolerantia*» nell'ordinamento canonico, Milano 1953.

racionalidad¹³. De esto se sigue que para poder legislar prudentemente es necesario indagar primero la realidad social de los destinatarios de la futura ley.

Una cuestión presente en todo ordenamiento, pero de especial importancia en la legislación eclesiástica, es la relativa a la incidencia de las leyes en el ámbito de la conciencia. El tema es muy complejo y no puede ser estudiado aquí en profundidad, pero, desde la perspectiva de la prudencia legislativa, se puede recordar una vez más que el fin de la ley es el bien público y, por tanto, todo lo que no forma parte del ámbito de las relaciones interpersonales de los fieles excede por su naturaleza del ámbito de la ley (otra cosa es la actividad magisterial que pretende auxiliar la formación de las conciencias de los fieles). Hay que observar que las soluciones legales que buscan una eficacia automática (como las penas *latae sententiae* y algunas irregularidades) pueden no tenerla en absoluto en el ámbito interpersonal, que es el propio de la competencia de la función legislativa¹⁴. De este modo, estas soluciones resultan a menudo perjudiciales, en cuanto son capaces de crear inútiles problemas de conciencia, complican la praxis jurídica con las dificultades típicas del tener que ventilar en el foro jurídico lo que pertenecía al de la conciencia, y, sobre todo, pueden dejar sin resolver el problema que pretendían remediar, puesto que la sanción general automática puede conducir a una inacción de las autoridades ejecutivas en la materia regulada por este tipo de leyes, mientras que para hacer valer las consecuencias legales en el ámbito jurídico es siempre necesaria la intervención positiva de alguien: sería, de hecho, ingenuo, además de una omisión del deber del gobierno, esconderse detrás del automatismo de la regla general para evitar tener que afrontar la solución jurídica de los casos singulares difíciles.

Análogos a los problemas prudenciales relativos a la emanación de nuevas leyes son los que emergen en el momento de decidir si cambiar o no la legislación precedente. Santo Tomás se pregunta si la ley se debe modificar siempre que se presenta un bien mejor. Partiendo del principio de que

13 Cf. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, págs. 355-372.

14 En realidad, cabría preguntarse si, teniendo en cuenta el carácter externo y social del ámbito legislativo, no convendría abolir completamente las penas *latae sententiae*, y revisar el régimen de algunas irregularidades.

una ley se cambia rectamente sólo cuando haciéndolo se contribuye al bien común, el Doctor Angélico hace notar sin embargo que el mero cambio de la ley es ya en sí mismo un daño al bien común, en cuanto la costumbre ayuda al cumplimiento de las leyes. Por tanto, el cambio debe darse sólo cuando de la nueva ley se seguirá un notorio y grande provecho o cuando hay una necesidad extrema de eliminar una injusticia¹⁵.

En la Iglesia existe ya –valga el juego de palabras– una larga tradición de respeto de la tradición en el ámbito jurídico. Los momentos más difíciles y delicados, en cuanto podían romper en cierto sentido esta tradición, han sido –en la Iglesia latina– las dos codificaciones. Los mayores temores surgidos ante la aplicación, por primera vez, de la técnica de la codificación fueron precisamente referentes a la posible ruptura con el pasado, a pesar de que el Código pío-benedictino se presentaba con la intención de recoger la tradición canónica, sin ninguna pretensión de cambio (otra cuestión es el resultado)¹⁶. Ciertamente, el sistema normativo anterior a la codificación favorecía un sistema jurídico de corte más bien jurisprudencial, donde las problemáticas vinculadas a los cambios legales eran percibidas con menos intensidad. En la segunda codificación, como existía el precedente del Código de 1917, no salió a flote la cuestión de la codificación del derecho canónico, pero, puesto que el Código quería traducir en lenguaje jurídico el Va-

15 S. Th. I-II, q. 97, a. 2. Para apoyar su doctrina, Santo Tomás cita la sentencia de Ulpiano, que afirma: «in rebus novis constituendis, evidens debet esse utilitas, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est» (*Dig.* 1.4.2).

16 Cf., por ejemplo, R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova 1992, págs. 9-44; M. FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, ed. G. FELICIANI, Bologna 1992, págs. 87-122 y las contribuciones en esta misma obra de G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, págs. 13-49 y R. ASTORRI, *L' "Introduzione" del Falco nel dibattito sulla codificazione*, págs. 51-79; P. GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, en el PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRISQUE IURIS, *Acta congressus iuridici internationalis saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis. Romae 12-17 novembris 1934*, vol. 4, Romae 1937, págs. 1-10; J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, Milano 1999, especialmente págs. 17-49; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 1999, págs. 213-232. Sobre la incidencia del Código de 1917 en el derecho canónico, cf. J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *Introduzione al Diritto Canonico*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, ed. A. Marzoa, J. Miras, A. Rodríguez-Ocaña, vol. 1, Pamplona 1996, págs. 150-153.

ticano II¹⁷, estaba presente en la raíz la gran cuestión que había planteado el Concilio sobre el equilibrio entre tradición y renovación¹⁸.

Sea como fuere, lo que interesa señalar ahora es que el sistema legal canónico vigente se basa sobre la técnica de la codificación, técnica que facilita la realización del arte legislativo, pero que comporta, entre otros, el riesgo, advertido por la doctrina canónica contemporánea a la elaboración del Código de 1917, de inmovilizar las normas, volviéndolas obsoletas o inadecuadas con el transcurso del tiempo. Considero, por tanto, que en el momento actual el peligro más grave para el legislador eclesiástico no es tanto el de excederse en cambios legislativos, cuanto el de dejarse llevar de la inercia de la codificación o considerar el Código como una norma rígida demasiado difícil de modificar, al modo de las Constituciones de los ordenamientos civiles, cuando en realidad la mayor parte de las normas del Código no tienen carácter constitucional. Hay que recordar por otro lado que los códigos civiles que han perdurado por mucho tiempo han sufrido derogaciones o añadidos. Sin duda, es absolutamente necesario evitar, por motivos de claridad, hacer modificaciones en el Código mediante instrumentos no adaptados a la derogación de las leyes –como serían las “interpretaciones auténticas” que en realidad modifican las leyes–, pudiendo realizarse formalmente la reforma del Código sin especiales dificultades técnicas¹⁹.

La existencia de una legislación universal codificada, por lo demás comprensiva de casi todas las materias jurídicas, puede fomentar la inoperancia de los legisladores particulares, sobre todo de los obispos diocesanos (que cuentan también con la normativa emanada por las Conferencias Episcopales), a pesar del impulso que el Vaticano II ha dado a la responsabilidad de los obispos, reconociendo su potestad de gobierno como vicarios de Cristo en las porciones del Pueblo de Dios a ellos encomendadas²⁰.

17 Cf. JUAN PABLO II, const. ap. *Sacrae disciplinae leges*, 25 de enero de 1983, en AAS, 75 (1983), pág. XI.

18 Sobre el tema, aunque sólo sea de una manera sintética, pero muy clara, además de autorizada, cf. BENEDICTO XVI, *Discorso alla Curia Romana*, 22 de diciembre de 2005, en AAS, 98 (2006), págs. 40-53.

19 En este sentido, hay que celebrar con satisfacción el *motu proprio* de JUAN PABLO II, *Ad tuendam fidem*, 18 de mayo de 1998, en AAS, 90 (1998), págs. 457-461, con el que se realizó la primera modificación del Código vigente.

20 Cf. CONCILIO VATICANO II, const. *Lumen gentium*, nn. 23 y 27, e IDEM, decr. *Christus Dominus*, n. 8 a). De hecho, el c. 391 reconoce expresamente la potestad legislativa de los obispos diocesanos. Sobre el modo de ejercer esta potestad, cf. CONGREGACIÓN PARA LOS OBISPOS, directorio *Apostolorum successores*, 22 de febrero de 2004, Ciudad del Vaticano 2004, n.

Tanto para emanar una nueva ley como para modificar una precedente, el principio fundamental es la búsqueda del bien común. La verdad de la virtud de la prudencia dependerá sobre todo de la determinación del bien común. Vale también para la Iglesia la definición que el Vaticano II daba del bien común («el conjunto de condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a los individuos alcanzar la propia perfección más plena y rápidamente»²¹). Es verdad que el fin último de la ley canónica es la *salus animarum*, pero esto no impide que el objetivo inmediato de la ley eclesiástica sea la consecución del bien común eclesial, el cual debe ser entendido, precisamente, como el conjunto de condiciones que permite a los fieles alcanzar la salvación. Resulta casi superfluo advertir que con la expresión *salus animarum* se significa la salvación eterna (no una cierta salud psicológica obtenida con soluciones ventajosas mal llamadas pastorales), y que la salvación no puede ser concebida en términos minimalistas, puesto que se entra en el Cielo sólo cuando se tiene una caridad perfecta²². Se sigue que la finalidad de la ley es, más precisamente, crear las condiciones que favorecen la *perfección* cristiana de los fieles: esto tiene muchas consecuencias, sobre todo en el sector legislativo que organiza la atención pastoral²³. La determinación del verdadero bien común eclesial, que favorece el bien espiritual de las almas incluso a costa del sacrificio de algunos deseos humanos, es lo que distinguirá la verdadera prudencia de la prudencia de la carne contra la que avisa la Sagrada Escritura²⁴.

67 (son interesantes al efecto del objeto del presente trabajo algunas recomendaciones dirigidas a promover la prudencia legislativa de los obispos: «... los textos canónicos sean redactados con precisión y rigor técnico-jurídico, evitando las contradicciones, las repeticiones inútiles o la multiplicación de disposiciones sobre una misma materia; pondrá también atención a la necesaria claridad, a fin de que sea evidente la naturaleza obligatoria u orientativa de las normas y se conozca con certeza cuáles conductas están prescritas o prohibidas. Para este fin, se contará con la competencia de especialistas en Derecho Canónico, que no deberán jamás faltar en la Iglesia particular. Además, para regular adecuadamente un aspecto de la vida diocesana, es condición previa la precisa información sobre la situación de la diócesis ...»).

21 CONCILIO VATICANO II, const. *Gaudium et spes*, n. 26 (cf. también *ibidem*, n. 74).

22 Sobre el tema de la *salus animarum* como fin de la legislación eclesiástica y sus consecuencias reenvío a mi trabajo *Pastorale e diritto nella Chiesa*, en *Vent' anni di esperienza canonica: 1983-2003*, ed. Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, Ciudad del Vaticano 2003, págs. 159-180.

23 Cf., por ejemplo, A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia: bases de sus respectivos estatutos jurídicos*, Pamplona 19913, págs. 89-91.

24 Cf. Rom., 8, 6.

II.- LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL ARTE LEGISLATIVO

1. La relación de la ley con el derecho

Sin quitar nada a cuanto se ha expuesto hasta ahora sobre la naturaleza política –en el sentido amplio indicado– y prudencial del arte de legislar, es evidente que este arte no es ajeno al derecho. La identificación del mundo jurídico con el de la ley puede responder a una concepción normativista y positivista del derecho, pero refleja también una cierta realidad. Para comprender la relación de la ley con el derecho vale la pena recordar algunas nociones básicas sobre el derecho mismo y sobre el arte jurídico.

En línea con la tradición filosófica griega seguida por la concepción romanista, se puede definir el derecho como aquello que pertenece a cada uno y que, por tanto, le es debido, es decir, como el objeto de la virtud de la justicia, la cual a su vez puede definirse, con la célebre fórmula atribuida a Ulpiano: «*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*»²⁵.

No es función de la ley, como se recordaba al inicio del presente trabajo, restablecer o declarar la justicia, sino ordenar la sociedad hacia su propio bien; ahora bien, la ley, en el cumplimiento de su objetivo, es decir, al fijar un orden, constituye derechos, crea deberes, atribuye competencias, determina el ejercicio de algunos derechos precedentes, y, sobre todo, el orden establecido por ella debe ser seguido obligatoriamente, con obligación de justicia (de justicia, llamada precisamente justicia legal). La ley, por tanto, en sí misma no es un acto de justicia (no es su objeto dar a cada uno lo suyo), no es por sí misma un acto debido en justicia (existe el deber jurídico de gobernar, pero difícilmente se podrá concretar en el dar una determinada ley) y, sin embargo, la ley está en relación con el ámbito jurídico, en cuanto es un acto constitutivo de derechos.

La ciencia canónica suele señalar, entre los efectos de la ley, la *vis directiva* y la *vis coactiva*. Con la *vis directiva* se entiende el efecto de conducir las conductas, que es el que producen las normas *praecipientes*, *prohibentes* y *permittentes*, mientras que con la *vis coactiva* se entiende el efecto de castigar o de invalidar o inhabilitar²⁶. Considero equivocado pensar que las leyes que sólo tienen la *vis directiva* (las llamadas *leges imperfec-*

²⁵ Dig. 1.1.10.

²⁶ Cf. en este sentido G. MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici. Comentarius Libri Codicis Iuris Canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, pág. 295.

tae) tienen sólo eficacia moral y carecen de todo valor jurídico²⁷, puesto que, si la norma directiva establece como obligatoria una determinada conducta, ésta es debida en justicia, y otro (un tercero o la comunidad) tendrá el derecho de que se observe esta conducta, y, en cuanto a las leyes permisivas (en el sentido de *permittentes*), es obvio que tienen el efecto jurídico de constituir el derecho de seguir la conducta permitida. La ley *directiva* crea, ciertamente, un deber moral, pero un deber que se refiere a la virtud de la justicia y, por tanto, a la juridicidad. Por otro lado, no hay que olvidar que el adjetivo “jurídico” hace referencia al *ius*. Que las leyes no prevean una sanción (pena o efecto irritante) a su trasgresión (de ahí *leges imperfectae*) no significa que no se deriven de ellas consecuencias jurídicas, incluso prácticas (recursos, sanciones administrativas, etc.).

Se puede, por tanto, resumir la relación de la ley con el derecho recurriendo a un célebre pasaje de Santo Tomás en el cual este afirma: «*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*»²⁸. La *ratio* es la idea que el artífice tiene de su obra; la ley es la *ratio* del *ius* o de lo *iustum*, es decir, del obrar justo e indica el camino de lo que es justo, derecho.

Esta *ratio iuris* es obra de un acto humano (si bien hay derechos anteriores a toda norma humana, cuya ley o *ratio* se descubre en la misma realidad natural o sobrenatural). No es posible concebir la ley como si fuese una entidad surgida de la nada, al modo de la idea iluminista de la ley propugnada por Montesquieu,²⁹ sino que la ley es siempre fruto de elecciones humanas. Puesto que la ley es el resultado de un acto humano, se requiere que ésta tenga la característica esencial de la racionalidad, no en el sentido racionalista de que la ley sea fruto del libre raciocinio del legislador, sino en el sentido de que debe ser adecuada a la realidad, en cuanto es propio de la razón adecuarse a la realidad conocida, ya que, para ordenar, es necesario ante todo conocer la realidad que se pretende regular, de tal modo que el orden impuesto sea adecuado a la consecución del bien (del fin) de la realidad ordenada³⁰. El legislador debe ser ante todo un hermeneuta de la realidad

27 Opinión frecuente, sin embargo, entre los canonistas (cf., por ejemplo, *ibidem*, págs. 298ss).

28 S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

29 Cf. Ch. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris 1819.

30 Recientemente ha insistido sobre la racionalidad en el ejercicio del autoridad eclesial E. G. SARACENI, *L'autorità ragionevole. Premesse per uno studio del diritto canonico secondo il principio di ragionevolezza*, Milano 2004.

(cumpliendo los actos prudenciales de *consiliari* y *iudicare*) para después decidir el orden que se ha de establecer. De aquí se sigue que la racionalidad limita intrínsecamente el poder legislativo, puesto que la norma jurídica debe ser conforme con la naturaleza humana, con la realidad y con el bien social, pues de lo contrario no introduciría un orden, sino un desorden y, por tanto, no sería una norma. En otros términos, al legislar es necesario tener en cuenta la realidad preexistente, ante todo los derechos naturales y, en la legislación canónica, los que dimanar de la constitución esencial de la Iglesia fundada por Cristo, y de otros derechos previamente adquiridos³¹.

Excede de estas reflexiones un estudio profundo sobre la racionalidad de la norma jurídica y sobre sus consecuencias, pero merece la pena repetir que la exigencia de racionalidad no menoscaba en absoluto la potestad jurídica del legislador, precisamente porque se trata de una potestad *jurídica*, que genera una obligación jurídica de obediencia, y no un mero deber moral de observancia, porque tiene como fundamento la necesidad de desarrollar una función. En efecto, para poder alcanzar su bien, la sociedad necesita un orden; es el legislador quien tiene la misión (es un *suum*) de establecer este orden, y, por esto, existe el deber de justicia de observar la ley, pero este deber, precisamente porque es de justicia, está intrínsecamente delimitado por el contenido de la función de gobernar. De aquí se sigue que la desviación o el exceso de poder no generan ninguna obligación de justicia de obedecer —a menos que la desobediencia produzca un daño injusto a la comunidad—, porque no sería ejercicio de una función, sino, al contrario, de una disfunción (sin negar que se pueda, y quizás será incluso aconsejable en el plano moral, obedecer por motivos de caridad). En suma, la exigencia de racionalidad no es una exigencia extrínseca a la actividad legislativa.

Tampoco se debe pensar que el apelo a la racionalidad sea un elemento de insubordinación o un factor de inseguridad jurídica. Aparte de la presunción en favor de la racionalidad de la norma emanada por la autoridad competente, hay que subrayar que la racionalidad no reenvía a ideas subje-

31 No se debe confundir el poder legislativo con un poder despótico que pretenda cambiar todo sin tener en cuenta la realidad. Este aspecto ha sido puesto de relieve a propósito de la liturgia y de su regulación por parte del Papa, el cual no puede ser entendido como un «monarca absoluto, sino todo lo contrario, como el garante de la obediencia frente a la palabra revelada: su poder está ligado a la tradición de la fe, la cual es aplicable también al campo de la liturgia» (J. RATZINGER, *El espíritu de la liturgia: una introducción*, Madrid 2007⁴, pág. 208).

tivas del legislador o del intérprete, sino a la realidad de las cosas, mucho más segura, estable y objetiva que otros mecanismos artificiales dirigidos a crear seguridad jurídica.

2. La relación del arte legislativo con el arte jurídico

El arte de legislar forma parte, como se ha señalado más arriba, del arte de gobierno, pero con consecuencias jurídicas de gran importancia, por lo que es posible preguntarse si no tiene que tener también una cierta relación con el arte jurídico. De hecho es significativo que sea común abinar a los juristas con las leyes. Para delimitar bien la función de estos dos artes conviene recordar, aunque sea brevemente, en qué consiste el arte del derecho³².

Siendo la justicia la virtud de dar a cada uno lo suyo, para poder practicarla es necesario identificar primero el *suum*, el *ius* de cada uno. Indicar el derecho, a quién pertenecen las cosas, en qué medida, cuál es la solución justa del caso que se presenta, es una actividad no siempre fácil y, en todo caso, una actividad que es necesario saber desarrollar; requiere, esto es, un arte, concretamente el arte jurídico, el arte de *ius-dicere*: es el arte del juez, que indica el derecho con potestad (con fuerza vinculante para las partes), el arte del abogado que pone de relieve el derecho de la parte por él patrocinada. Jurista es aquel que posee el arte jurídico.

El arte jurídico, y aún más la ciencia jurídica, necesitan de la lógica. El jurista se puede servir de técnicas para desarrollar su arte. Pero el derecho no es ni lógica ni técnica, sino un arte. La confusión, por lo demás muy frecuente, del arte jurídico con la lógica o con la técnica proviene de una concepción normativista del derecho: si el derecho se confunde con la norma, el jurista será el experto de las normas, de la aplicación (lógica y técnica) de la regla general al caso singular. En efecto, para aplicar una regla general y abstracta a un caso singular, es necesario realizar una operación lógica dirigida a verificar si el caso concreto forma parte del supuesto de hecho abstracto de la ley, considerada en el interior del sistema lógico-normativo. Al mismo tiempo, la aplicación de reglas generales a casos singulares es una actividad técnica, consistente en actuar automáticamente mecanismos ya previstos y conceptos previamente elaborados. La consideración del

³² Una exposición sintética y magistral del tema se puede ver en J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona 2007¹⁰, págs. 15-19.

derecho como lógica y como técnica, además de partir de una visión normativa del derecho, reduce al jurista a un servidor acrítico de las leyes, que fácilmente deriva en la figura manzoniana del picapleitos. Al contrario, la concepción del derecho como lo que es justo conduce a concebir la figura del jurista como aquel que tiene la *recta ratio* de la identificación de lo *ius-tum*, es decir, que tiene el «*ars boni et aequi*»³³.

El arte jurídico no tiene como objeto propio la ley (ni su elaboración ni su conocimiento), pero, ciertamente, no es ajeno a ella. Conviene recordar que, para delinear el derecho y su medida, es necesario ante todo identificar su título, y, si bien no todos, muchos derechos tienen su título en la ley, puesto que, como ya se ha expuesto más arriba, la ley, al establecer un orden, atribuye derechos, distribuye competencias, califica jurídicamente las situaciones (especificando sus efectos jurídicos), establece obligaciones de justicia, etc. De aquí se sigue que el jurista deberá conocer las leyes para cumplir su oficio, sin olvidar el aviso del jurista romano clásico: «*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*»³⁴. Se explica, por tanto, que se suela identificar al jurista con el hombre de leyes. De todos modos, es evidente que identificar el conocimiento de las leyes con el arte jurídico resulta restrictivo y desorientador, puesto que existen también muchos derechos (y no sólo los naturales y los que derivan de la constitución esencial de la Iglesia) que no poseen un título legal, como son los derechos resultantes del ejercicio de la autonomía privada. Además, tampoco hay que olvidar que la ley, al ser una regla general, no puede tener en cuenta todas las particularidades de la realidad, de modo que el discernimiento del *ius* exige una valoración de las circunstancias del caso para llegar a la solución justa; más aún, el discernimiento del *ius* no pasa tanto a través de la aplicación lógica de la regla general al caso singular, como a través de la determinación de la dimensión jurídica ínsita en la realidad del caso singular.

En síntesis, aunque no se puede confundir el deber del jurista con el mero conocimiento de la ley, es innegable que el jurista necesita habitualmente conocer la ley para cumplir su función; se trata de un paso previo al juicio sobre el derecho. Conocimiento que no es una mera percepción del dato positivo normativo, sino una interpretación de la ley, que lleva a comprender el orden establecido mediante la promulgación del texto legal, que

33 *Dig.* 1.1.1. (la cursiva es, obviamente, mía).

34 *Dig.* 1.3.17 (Celso).

permite determinar el *ius*. Se explica así el dominio que del contenido y de otros aspectos de la legislación tiene el jurista habitualmente. Sin embargo, es necesario superar la vieja y pobre idea, por desgracia frecuente en ámbitos eclesiales, que considera al buen jurista como aquel que conoce muchas leyes, en vez del hombre que sabe indicar el derecho, y concibe el estudio del derecho como el aprendizaje memorístico de los textos legales, en vez del conocimiento científico de lo *iustum*, que conlleva, entre otras cosas, un bagaje de conocimientos que permite comprender el sentido justo establecido por las leyes para aplicarlas con justicia.

Continuando con esta descripción sintética del arte jurídico, conviene ahora observar que la práctica del arte jurídico no se refiere esencialmente al ejercicio de la virtud de la justicia. El objeto del arte jurídico es “decir” el derecho, indicarlo, no “darlo”³⁵. Naturalmente, la unidad de la vida personal conducirá al experto en derecho a amar la justicia, de otro modo será difícil en la práctica que llegue a comprender el derecho a causa del influjo que la voluntad, y la vida moral en general, ejerce de hecho sobre el intelecto, pero por sí misma la actividad del jurista no se rige directamente por la virtud de la justicia. Habida cuenta que el jurista debe realizar una actividad, la de decir el derecho, el arte jurídico se rige también por la virtud que supone la *recta ratio agibilium*, es decir, la prudencia: *iuris-prudentia*. Aristóteles, hablando de la prudencia jurídica habla de una parte especial de esta virtud: la *gnomé*³⁶, que Santo Tomás explica como la virtud que juzga según los principios más altos y, por ello, capaz de ofrecer una solución ecuánime distinta de la prevista por la regla general, esto es, que permite aplicar la epiqueya³⁷.

A la luz de estas consideraciones se puede ahora volver al momento de la producción normativa, para insistir en que el arte legislativo forma parte del arte político y que, por tanto, no se debe confundir con el jurídico, pero que al mismo tiempo es posible identificar numerosas consecuencias jurídicas presentes en el momento de la emanación de una ley, que justifiquen y postulan la intervención de los juristas. Por algo es universal la experiencia de contar con juristas en el momento de redactar los textos legales.

35 El jurista puede estar obligado a ejercer su oficio (por ejemplo, el juez a dictar sentencia, el abogado a presentar la defensa), y, en tal caso, cuando dice el derecho cumple también un deber de justicia, pero “decir” el derecho por sí mismo no es objeto de la virtud de la justicia (lo puede ser como lo es el objeto de cualquier otra profesión).

36 ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, libro V, 10.

37 Cf. S. Th. II-II, q. 120, a. 1-2.

En efecto, puesto que el jurista, con motivo de su específica función, debe tener un dominio de los textos legislativos y de sus técnicas, tiene experiencia en la interpretación de textos legislativos, conoce el alcance de ciertas fórmulas legales, está al corriente de la normativa vigente, etc., puede dar una contribución importante al legislador en el momento de formular una nueva ley. Un jurista, de hecho, podrá hacer ver las consecuencias no deseadas de una cierta fórmula, el contraste de una disposición proyectada con otra en vigor de rango superior, la ambigüedad de una expresión determinada, el significado jurídico de un vocablo determinado, y otros aspectos semejantes. En este sentido, también la doctrina científica contribuye al perfeccionamiento de las leyes, sobre todo cuando elabora propuestas *de iure condendo*, pero no sólo en estas ocasiones, puesto que con el solo hecho de reflexionar y de estudiar con profundidad el aspecto de justicia ínsito en los diversos institutos contribuye a mejorar el arte jurídico (*non est iuris prudentia sine iuris scientia*) y, de modo indirecto, también el legislativo.

En particular, no hay que olvidar que legislar es establecer un orden, que, aunque sea nuevo, no consiste nunca en crear una novedad absoluta: se ordena una realidad preexistente donde existen ya derechos y deberes que han de ser respetados también por el legislador³⁸. Se sigue que el deber primario y específico del jurista en el momento de proyectar una ley es juzgar (*ius-dicere*) si el orden que se pretende establecer es justo o no, es decir, si es posible jurídicamente (en el sentido estricto del término, o sea, de conformidad con el *ius*) o no, si daría lugar a un *ius* o a una *iniuria*. No es el jurista quien debe decidir cuál debe ser el orden que hay que establecer, sino que le corresponde valorarlo desde el punto de vista de la justicia. Sería, por tanto, una reducción indebida limitar la intervención consultiva del jurista a los aspectos meramente técnicos de la elaboración de las leyes (a la búsqueda de formulaciones independientemente de su contenido). Haciendo esto, en realidad no se consulta al jurista, que tiene el *ars boni et aequi*, sino al técnico de textos normativos. Una reducción así corre el peligro de desembocar en una instrumentalización del arte jurídico (y del jurista) para la consecución de bienes inmediatos que pueden, sin embargo, conculcar derechos.

38 Aristóteles advertía que una parte del derecho civil es de origen natural, otra se funda sobre la ley (cf. ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, V, 7).

Naturalmente, que no se pueda limitar la intervención consultiva del jurista a los aspectos meramente técnicos de la redacción, no significa en absoluto que el experto en derecho pueda decidir sobre el contenido “político” de la ley. Establecer positivamente un orden determinado, organizar, distribuir cargas y competencias, etc., corresponde a «qui curam communitatis habet», no a los expertos. El parecer del jurista debe moverse en el plano jurídico (es decir, de la justicia), no en el de la oportunidad de las decisiones de gobierno, bien entendido que al jurista corresponde también valorar la justicia de las consecuencias prácticas racionalmente previsibles incluso cuando la fórmula legal sea por sí misma intachable en su formulación abstracta.

III.- LA LEGALIDAD AL LEGISLAR

Cuanto se ha dicho hasta ahora se podría resumir en la célebre descripción de la ley que san Isidoro de Sevilla, apoyándose en la sabiduría clásica, transmitió a la cristiandad medieval y que Graciano recoge en el Decreto: «*Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporeque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta*»³⁹. Es interesante notar que Santo Tomás se pregunta si la enumeración es superflua, para responder negativamente.⁴⁰ Puede ser útil comentar brevemente la descripción citada.

Ya se ha evidenciado que la ley debe ser justa: no porque deba (solamente) cumplir un deber de justicia, y no porque sea constitutiva de derechos, sino porque al establecer el orden debe respetar los derechos precedentes, ante todo los naturales («secundum naturae») y, en la Iglesia, los que dimanar de su constitución esencial. Por lo demás, forma parte de la justicia (distributiva) que la ley se dirija al bien común, no al individual.

También es interesante el realismo que se transparenta en la descripción comentada: la ley debe ser posible, adaptada a las costumbres y a las circunstancias de tiempo y lugar. La ley no es un orden ideal, racionalista,

39 SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etymologiarum*, L. 2, cap. 10, n. 6 (PL 82.131), recogido por Graciano (D. 4, c. 2).

40 Cf. S. Th., I-II, q. 95, a. 3; cf. también F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ (1612=Madrid 1968), III.15.1.

una fórmula alejada de la realidad social, sino el orden de una comunidad en un determinado momento histórico; no es ley aquella que no puede cumplir la comunidad a la que se dirige (*ad impossibilia nemo tenetur*). También es una manifestación de realismo la característica de la utilidad y la necesidad: introducir un nuevo orden comporta por lo menos una incomodidad para la comunidad, que se debe adaptar al nuevo orden. La novedad, como se ha recordado más arriba a propósito de la prudencia legislativa, debe ser reservada para los casos necesarios, y no se pueden considerar necesarios si no conllevan una cierta utilidad. Hay que observar que las leyes superfluas o inútiles, precisamente porque introducen reglas inadecuadas, pueden lesionar derechos. Por ello, contrariamente a los estereotipos comunes, el buen jurista tiende a evitar la emanación de leyes no del todo necesarias, prefiriendo dejar espacios de libertad y la posibilidad de que la comunidad desarrolle órdenes de forma espontánea, a través de los usos, la praxis y la jurisprudencia (es el normativismo positivista el que necesita de la regulación legislativa de toda la vida social).

Naturalmente, estas consideraciones no pueden ser entendidas unilateralmente, como si el legislador no pudiese incidir en la vida de la comunidad o como si las circunstancias sociales requiriesen siempre un debilitamiento de la disciplina eclesiástica. Al contrario, tal vez las circunstancias sociales pueden aconsejar una intervención de la autoridad que limite los derechos para alcanzar un determinado bien común.

Además de estas notas que se muestran de mayor relieve, hay otra que, aunque parezca secundaria, no carece de importancia, y que es precisamente aquélla sobre la que deseo detenerme ahora: la ley tendrá que ser «*manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconveniens contineat*». Ciertamente no se puede pretender una claridad perfecta: el lenguaje humano no es siempre unívoco y su comprensión varía con frecuencia según el lugar y el tiempo. Y, en todo caso, no hay que engañarse con una aplicación automática de la ley gracias a su evidencia, porque también en el caso de una ley que tenga una gran claridad, será necesaria la función del intérprete, puesto que la ley no es un texto literario, sino un orden expresado en un texto. En todo caso, forma parte del arte (del saber hacer) del legislador encontrar las fórmulas más claras para los textos legislativos. Por lo demás, hay que observar que aquí no se trata de una característica meramente deseable, sino que es ante todo una exigencia jurídica: los destinatarios de la ley tienen derecho a conocer (claramente) la legislación en vigor. Por otro lado, el solo

hecho de que la ley sea dudosa comporta ya un inconveniente, además de una menor eficacia de gobierno.

De cuanto se ha expuesto hasta ahora en el presente trabajo, resulta evidente la importancia de la motivación de una ley a efectos de su claridad. En este sentido conviene señalar que las “interpretaciones auténticas”, dadas *per modum legis* pero encerradas en fórmulas lacónicas, como si fueran rescriptos, además de tener la ambigüedad, más arriba, denunciada de introducir un cambio legislativo mediante una “interpretación”, tienen el grave inconveniente de no estar motivadas.

Para alcanzar la claridad debida, el legislador tendrá que ejercer prudentemente su arte. Por ejemplo, un modo de ser claros es, sin duda, definir los conceptos utilizados y los institutos regulados, pero previendo con prudencia las implicaciones de las definiciones legales⁴¹; tal vez es totalmente legítimo e incluso conveniente recurrir a conceptos jurídicos indeterminados –los cuales señalan en todo caso una dirección legal precisa–, puesto que sería ingenuo pretender resolver todos los problemas jurídicos *a priori* en sede legislativa. También forma parte de la valoración prudente del legislador la determinación del ámbito de discrecionalidad que debe ser dejado a las autoridades ejecutivas y judiciales. La valoración dependerá lógicamente de los valores que están en juego. En este sentido, parece oportuno reducir al máximo el espacio dejado a la discrecionalidad en ámbito penal, ya que debe ser tutelada la seguridad jurídica de los individuos ante eventuales privaciones de los bienes jurídicos⁴².

La claridad requerida en una norma no se limita al tenor literal de su texto, sino que debe ser patente también por lo que respecta a su valor normativo, a su rango, a su eficacia para derogar otras normas, su aplicabilidad a situaciones pasadas, etc. Estos aspectos son regulados por las normas de normación, existentes en los ordenamientos jurídicos más desarrollados⁴³. Estas normas, junto a la doctrina científica, contribuyen a crear técnicas normativas, como, por ejemplo, la codificación, la jerarquía normativa, y otras,

41 «Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum [rarum?] est enim, ut non subverti posset» (*Dig.* 16.17. 202 [Iavolenus]).

42 Por ello debería ser revisada la elección del Código de 1983 de prever tantas penas facultativas («puniri potest») o indeterminadas («iuxta poena puniatur»).

43 Es significativo que el Digesto y el Decreto de Graciano comiencen tratando de las constituciones (es decir, de las leyes), como hacía también el Código de 1917, que lo había previsto así desde los primeros esquemas.

las cuales no son, obviamente, estrictamente necesarias, pero constituyen indudablemente un auxilio para el legislador.

Es innegable que muchas de estas técnicas legislativas han sido desarrolladas en un contexto problemático, de oposición política al poder legislativo y de pretensión de garantizar los derechos únicamente con los recursos del positivismo jurídico, pero es igualmente innegable que ayudan a la claridad normativa, y de hecho algunas han sido asumidas por la Iglesia. Se ha renunciado a la técnica de los ordenamientos constitucionales de contar con una ley fundamental universal a la que todas las otras leyes deben someterse bajo pena de nulidad, pero ha sido en todo caso introducida –bajo el influjo entre otras cosas de la doctrina⁴⁴– una jerarquía normativa (además de la que se hace a través de la diferencia entre el legislador supremo y los legisladores inferiores) derivada de la distinción de funciones, lo que ha dado lugar a una tipificación legal de normas canónicas. De hecho, aparte de la relación jerárquica entre ley universal (emanada por el legislador universal, supremo) y ley particular regulada por los cánones 20 y 135 § 2, existe la sumisión de las normas administrativas generales (decretos generales ejecutivos e instrucciones, estatutos y «reglamentos») a la ley⁴⁵.

Las reglas canónicas de producción normativa son muy simples si se comparan con las civiles, sobre todo por lo que respecta al proceso de producción. Esto se debe en parte al hecho de que los órganos que tienen potestad legislativa son habitualmente unipersonales, si bien no faltan organismos colectivos con potestad normativa, sobre todo a nivel administrativo. Sea como fuere, hay ciertas exigencias formales de la actividad legislativa, algunas connaturales al arte legislativo y otras de introducción reciente, que forman lo que se puede llamar la legalidad en el momento de legislar⁴⁶. La simplicidad de las exigencias legales en materia de emanación de las normas no debería excluir su obligatoriedad, sino más bien al contrario, aparte de que existe el deber de ejemplaridad que pesa sobre las autoridades inte-

44 Cf., por ejemplo, las intervenciones en el III Congreso Internacional de Derecho Canónico en *La norma canónica. III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15, octubre 1976*, 2 vols., Pamplona 1979.

45 Sobre esto reenvío a mi estudio *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica*, en «Folia Canonica», 5 (2002), págs. 59-84 y a la bibliografía allí citada.

46 Uno de los canonistas que más ha insistido sobre la necesidad de respetar esta legalidad ha sido indudablemente P. LOMBARDIA (cf., por ejemplo, de este autor, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, en *Il nuovo Codice di diritto canonico*, ed. S. Ferrari, Bologna 1983, págs. 69-101).

resadas. Obligatoriedad que no procede solamente de las leyes positivas de normación, sino también de la necesidad intrínseca de la ley de ser «*manifestata (...) ne aliquid per obscuritatem inconveniens contineat*».

La Iglesia goza de dos milenios de experiencia y de tradición canónica y de un bagaje cultural riquísimo, que le permite ejercer con gran prudencia el arte legislativo, además del elemento más importante que es la asistencia del Espíritu Santo, que si bien no comporta el don de la infalibilidad en materia disciplinar, implica siempre un auxilio divino a las autoridades eclesásticas que deben ejercer el *munus regendi*. Por otro lado, es significativa la tradición existente en el momento de poner en práctica la parte del *consilium*: en la elaboración de muchas leyes universales, incluso siendo el Romano Pontífice el único legislador, son consultados muchos organismos y personas físicas y, en el caso de los Códigos, ha sido consultado todo el episcopado interesado.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo del uso de las técnicas al servicio de la claridad normativa. Ya sea porque no se tiene que dar cuenta a una oposición política, o porque se prefiere respetar una tradición de canchillería, es un dato de hecho que la actividad normativa en la Iglesia podría progresar en diversos puntos desde el punto de vista formal. Señalo brevemente a continuación aquéllos que, a mi parecer, se podrían perfeccionar, con la intención de contribuir a cumplir una de las funciones propias de la doctrina en relación al ordenamiento canónico.

a) La promulgación.- Siendo la ley un orden plasmado en un texto escrito, es *esencial* que la ley haya sido promulgada⁴⁷. Antes de la promulgación existe solamente un proyecto de ley sin ninguna eficacia normativa. Al contrario de lo que suele ocurrir en los ordenamientos jurídicos de tipo parlamentario, la promulgación en el derecho canónico consiste simplemente en la publicación oficial del texto legislativo, que tiene en sí misma eficacia obligante («*publicatio et intimatio*», según la fórmula repetida en los manuales que comentan el Código de 1917). La promulgación no debe confundirse con la difusión; la publicación propia de la promulgación debe tener la nota de la autenticidad del texto promulgado y la intención vinculante. Una vez promulgado, el texto legal queda fijado, se necesita la promulgación de una nueva ley para cambiarlo.

⁴⁷ Sin entrar en la discusión sobre si el acto de promulgación pertenece a la esencia o al *actus essendi*, basta referirse aquí, una vez más, a la doctrina tomista sobre la ley (cf. S. Th., I-II, q. 90, a. 4).

El c. 8 establece la forma de promulgación de las leyes eclesiásticas⁴⁸, que para las leyes universales se hace «*per editionem in Actorum Apostolicae Sedis commentario officiali, nisi in casibus particularibus alius promulgandi modus fuerit praescriptus*», y por leyes particulares «*modo a legislatore determinato*». No está claro si el legislador particular debe determinar *a priori* el modo en que promulgará las leyes⁴⁹. En cuanto al legislador universal, si en un caso particular quisiera promulgar la ley de modo distinto al generalmente previsto, deberá declararlo expresamente (y oficialmente) y, por tanto, podría darse una promulgación que no obedeciese a la disposición principal del c. 8 § 1, con tal de que tenga los elementos esenciales de toda promulgación (autenticidad de la publicación del texto escrito y de la voluntad legislativa). De todos modos, si bien la discrecionalidad dejada al legislador eclesiástico (universal y particular) puede ser beneficiosa para evitar rigidez y formalismos inútiles, comporta la necesidad de un esfuerzo ulterior para promulgar de modo claro, sobre todo para dejar patente la autenticidad de la publicación y de la *intimatio*, de manera que no se confunda con la mera divulgación. Sin la promulgación, esto es, sin la publicación auténtica y vinculante, la ley no es tal⁵⁰. Una promulgación incierta equivale a una ley incierta desde el inicio, lo que no sólo contrasta con el correcto desarrollo del arte legislativo y con la eficacia de la ley, sino que sobre todo lesiona los derechos de los destinatarios de la ley a ser bien gobernados y a conocer su propia situación jurídica. La existencia de los nuevos medios de comunicación podría abrir nuevas técnicas de promulgación.

b) El *nomen iuris* de la norma.- La segunda codificación del derecho de la Iglesia ha realizado un notable esfuerzo para definir y clasificar los di-

48 Siguiendo el criterio ya previsto en la const. ap. *Promulgandi*, del 29 de setiembre de 1908, de S. Pío X (AAS, 1 [1909], págs. 5-6), con la cual se creaba *Acta Apostolicae Sedis*, como publicación oficial.

49 Cf. J. OTADUY, comentario al c. 8, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, ed. J. MARZOA, J. MIRAS y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona 1996, vol. I, págs. 308-309.

50 Los textos no promulgados, aunque se difunda su contenido, no pueden considerarse normas jurídicas con eficacia general, y son jurídicamente inexistentes, puesto que no pueden crear ningún efecto jurídico (ninguna obligación de justicia), no siendo el texto legal públicamente cognoscible por el destinatario. Estos textos podrán tener una eficacia práctica, que sin embargo es muy distinta de la eficacia jurídica; apoyándose en ellos, se podrá, *de facto*, seguir, por ejemplo, una determinada modalidad de proceso, pero este proceso no se habrá llevado a cabo sobre la base de normas jurídicas generales preestablecidas.

versos tipos de normas⁵¹. La utilidad de estas calificaciones “técnicas” no es de ningún modo meramente académica, ya que la tipificación de las diversas categorías permite definir los ámbitos de competencia de las autoridades y los efectos jurídicos de las mismas normas, lo que tiene especial relevancia a la hora de someter al principio de legalidad la actividad normativa de las autoridades ejecutivas (aunque esto sea poco eficaz mientras siga faltando un control jurisdiccional de las normas administrativas). En todo caso, la praxis normativa ha continuado usando la larga tradición de cancellería que distingue numerosos tipos de documentos según las solemnidades, la importancia del contenido, el modo de producción⁵², pero no según los vigentes rangos normativos; a veces incluso se emplean algunos nombres acuñados por el Código en un sentido distinto (“decretos” para las leyes particulares, “instrucciones” para documentos no normativos o para normas de otro tipo). La calificación de la norma realizada por el autor mismo en la *intitulatio* del documento, según las vigentes categorías legales, comportaría un notable progreso en el uso de las técnicas normativas que mejoran el arte legislativo y hacen la ley «manifiesta».

c) Identificación del autor de la norma.- El esfuerzo por distinguir las funciones de gobierno y por clasificar los tipos normativos será vano si no se puede conocer con certeza quién es el autor del acto normativo y con qué potestad actúa. Como es fácil intuir, el tema tiene especial importancia en el momento de valorar las normas emanadas por los Dicasterios de la Curia Romana. En este sentido, si un Dicasterio recibiese una delegación para legislar, sería muy oportuno que esta delegación fuese promulgada regularmente, también para poder conocer los términos del mandato. En general, parece oportuno que en el proemio de la norma –como se ha hecho, por ejemplo, en los Códigos– se dé noticia de las diversas fases de su elaboración, sobre todo de las que tienen relevancia jurídica. Del mismo modo se podría, por ejemplo, señalar explícitamente en los proemios de las normas que se ha observado el requisito previsto por el art. 156 de la const. ap. *Pastor Bonus*, que se refiere a

51 Cf., sobre todo, los cc. 29 a 34 y 94 y 95.

52 Cf. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Los actos pontificios como fuente del Derecho Canónico*, en «Ius canonicum», 32 (1976), págs. 245-292; para un estudio de carácter descriptivo y ejemplificativo de los diversos tipos de documentos pontificios, cf. F. MORRISSEY, *Papal and Curial Pronouncements: Their Canonical Significance in Light of the 1983 Code of Canon Law*, Ottawa 1995 (2 ed. actualizada por M. Thériault).

la función del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos de asesoramiento de los Dicasterios de la Curia Romana para que sus normas sean conformes al derecho vigente y revistan la correcta forma jurídica.

En cuanto a la aprobación específica, el artículo 126 § 4 del Reglamento de la Curia Romana, que dispone que ésta debe constar explícitamente en la misma norma aprobada, supone indudablemente un paso adelante, si bien contenido en una norma de rango secundario. Naturalmente, la aprobación específica puede ser eficaz solamente a partir de la promulgación de la aprobación⁵³. En el caso de que la norma entera fuese aprobada específicamente, cabría preguntarse si no sería mejor que el Romano Pontífice asumiese directa y expresamente la norma como propia.

Según el autor y el tipo normativo elegido, se podrá colocar la nueva norma en el nivel correspondiente a la jerarquía normativa preestablecida. Después del Código de 1983 y la constitución apostólica *Pastor Bonus*, es posible vislumbrar una cierta jerarquía normativa en el derecho canónico (cuya estructura es algo complicada, pues hay que tener presentes dos series de niveles: leyes y normas administrativas de actuación, por una parte, y normativa universal y particular, por otra). Pero la técnica de la jerarquía normativa se convierte en práctica ineficaz si no existe la posibilidad de controlar la legitimidad de las normas de rango inferior. En el vigente sistema canónico existe un control de conformidad de la legislación particular con la universal (art. 158 de la const. ap. *Pastor Bonus*), pero falta todavía el control de legalidad de las normas administrativas emanadas por los Dicasterios de la Curia Romana.

⁵³ Algunas aprobaciones específicas que legitiman la actividad normativa de los Dicasterios han sido publicadas posteriormente a la promulgación de las relativas normas. Cf. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo*, sin fecha, AAS, 81 (1989), págs. 104-106, con la que, además de establecer la fórmula de la *professio fidei* y del juramento de fidelidad, se extendía la obligación del juramento de fidelidad, previsto por el Código sólo para los obispos, a las categorías enumeradas en el c. 833, nn. 5-8, lo que recibió la aprobación específica del Papa, pero publicada posteriormente (cf. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 19 de septiembre de 1989, en AAS, 81 [1989], pág. 1169). Cf. también ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 de abril de 1994, en AAS, 86 (1994), págs. 508-540, aprobadas «in forma specifica» por el Papa (cf. SECRETARÍA DE ESTADO, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 de febrero de 1995, en AAS, 87 [1995], pág. 366).

d) Elección del valor normativo.- No basta tender hacia un determinado bien público, sino que es necesario también decidir con cuánta fuerza vinculante se quiere imponer un determinado orden o si se quiere simplemente expresar un bien posible y deseable. La elección de la eficacia normativa que se quiera atribuir a la norma determinará también al autor competente.

Por otro lado, en la Iglesia se presenta frecuentemente la necesidad o la conveniencia de dar orientaciones y enseñanzas. Sin olvidar el valor pedagógico de las leyes anteriormente subrayado, quita claridad y certeza al texto legislativo la mezcla de disposiciones normativas con consideraciones magisteriales o con meras orientaciones o exhortaciones. Una buena técnica, por el contrario, es la de expresar en un proemio la *ratio* de la ley; es allí donde se pueden recoger los fines y los auspicios, los cuales tienen por lo demás un valor interpretativo de la ley misma. Sin duda, habría que evitar el uso de los mismos nombres para documentos con contenido normativo y para otros que contienen orientaciones pastorales o enseñanzas. Los destinatarios de los documentos tienen derecho a saber si se encuentran ante enseñanzas, exhortaciones u orientaciones para alcanzar un ideal, o si están ante disposiciones vinculantes desde el punto de vista jurídico.

e) La eficacia normativa en el tiempo.- El legislador no se puede limitar a formular la norma abstracta, sino que debe tener en cuenta también el momento histórico en el cual ésta entra en vigor. El c. 8 prevé un período de *vacatio legis*, pero deja al legislador la valoración de la oportunidad de modificarlo o incluso suprimirlo. Se suele afirmar la no necesidad, en teoría, de la *vacatio* (y tal vez incluso su inoportunidad), en los casos de normas meramente declarativas (por ejemplo de un contenido del derecho divino) o de una norma que se limita a recoger una costumbre, pero es muy difícil en la práctica que una norma no contenga ninguna novedad, de forma que la eliminación de cualquier *vacatio* plantea problemas importantes en el momento de aplicar con justicia una norma. En todo caso, la reducción de la *vacatio* no puede ser arbitraria, sino que, al ser una disposición legislativa, tiene que ser en cualquier caso racional, respetuosa de los derechos de los destinatarios de la ley.

Al emanar una ley se deberá también prever la posible abrogación de la legislación anterior. El Código ha regulado la materia de la sucesión de leyes en los cc. 20 y 21, pero subsiste en la práctica el problema interpretativo de las cláusulas tradicionales de abrogación («*contrariis quibuscumque*

minime obstantibus» y otras semejantes), puesto que permanece la duda sobre si éstas indican expresamente o no la abrogación de la legislación particular (y con mayor razón se podría dudar si abroga la legislación especial o la de carácter constitucional de los entes); como ha señalado la doctrina, se debería revisar la utilización de estas cláusulas en orden a establecer con claridad si se abroga o no la normativa particular o especial⁵⁴.

Finalmente, no se puede descuidar la previsión de posibles disposiciones transitorias. Una ley puede ser justa, razonable, en abstracto, y plantear importantes problemas de justicia en el momento de su aplicación a situaciones creadas en el pasado y duraderas en el presente y en el futuro. Sin duda, también la discrecionalidad del legislador prevista por el c. 9 respecto a la posible retroactividad de las leyes se debe ejercer de modo racional y justo.

54 Cf. J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular (a propósito de la Const. Ap. Pastor Bonus)*, en «Ius Canonicum», 60 (1990), págs. 485-489, publicado también en IDEM, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona 2002, págs. 115-121.