

CONOCIMIENTO E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO*

GAETANO LO CASTRO

SUMARIO

I • LA RELACIÓN ENTRE EL HOMBRE Y LA NORMA Y EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO Y DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. PREEMINENCIA DEL CONOCIMIENTO O PREEMINENCIA DE LA REALIDAD. **II** • CRISIS DE LA IDEA DEL DERECHO Y CRISIS DEL CONOCIMIENTO Y DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN LA CIENCIA JURÍDICA CANÓNICA CONTEMPORÁNEA. **III** • EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO; EN PARTICULAR, EL PROBLEMA DE LA IGNORANTIA IURIS. **IV** • RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO: a) *en las tesis para las que el derecho no tiene límites externos a sí mismo.* V • b) *en las tesis que subordinan la norma al conocimiento.* **VI** • CONOCIMIENTO DE LA LEY E IGNORANTIA IURIS EN EL DERECHO CANÓNICO. LA RELACIÓN ENTRE CONOCIMIENTO Y DERECHO EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA CANÓNICA. **VII** • INTERPRETACIÓN Y ACTUACIÓN DEL DERECHO. EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO EN FUNCIÓN NORMATIVA DE LA PRAXIS. **VIII** • ACTIVIDAD DE PROPOSICIÓN Y ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DE LA NORMA. LA NORMA RESULTANTE DE LA INTERPRETACIÓN EN CUANTO LA SOLA NORMA QUE VIVE EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA. AUTONOMÍA O NO AUTONOMÍA DE LA NORMA RESPECTO DE SU INTERPRETACIÓN. **IX** • LAS TESIS QUE RECONDUCEN EL DERECHO AL CONOCIMIENTO DEL HOMBRE Y AL CONOCIMIENTO QUE ÉL TENGA DEL DERECHO. **X** • (SIGUE): OBSERVACIONES CRÍTICAS. **XI** • EL PROBLEMA DE LA SALVAGUARDA DE LA OBJETIVIDAD Y DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO EN RELACIÓN A LOS PERFILES CREATIVOS DE LA INTERPRETACIÓN. **XII** • LAS TESIS QUE INTENTAN ATEMPERAR LA AUTONOMÍA DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA NORMA CON EL CARÁCTER INNOVADOR DE LA INTERPRETACIÓN. **XIII** • (SIGUE): OBSERVACIONES CRÍTICAS. **XIV** • LA TESIS DE LA PREEMINENCIA DE LA OBJETIVIDAD DE LA NORMA Y DE LA FUNCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA Y EXPLICATIVA DE LA INTERPRETACIÓN. **XV** • LA INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO EN EL IUSNATURALISMO CLÁSICO. CIRCULARIDAD IDEAL ENTRE HOMBRE Y NORMA, ENTRE EL DERECHO Y SU INTERPRETACIÓN. **XVI** • LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO CANÓNICO. SU CARÁCTER DOCTRINARIO. LA ELEVACIÓN DEL DERECHO SOBRE EL HOMBRE Y LA MORTIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN.

* Traducción del original italiano por Antonio Viana.

I. El problema del conocimiento y de la interpretación del derecho se presenta como uno de los más graves, si no el más grave y complejo, entre los problemas con los que la ciencia jurídica contemporánea y el mismo hombre, el hombre concreto no cualificado por un particular saber técnico, deben confrontarse.

También a quien no haya tenido modo de reflexionar sobre el tema enseguida se le hace evidente que deba existir cierta relación entre el problema universal del conocimiento de las realidades del mundo y el problema específico del conocimiento del derecho. Si el derecho es reducido a los factores de producción de las normas, es decir, de las reglas imperativas de comportamientos, el conocimiento del derecho se propone, en particular, como conocimiento técnico, antes que lingüístico, de esos factores y de las normas producidas; y parece como si el conocimiento pasara de ser un conocimiento intuitivo de lo justo —que es precisamente o debería ser un conocimiento universal de todos los hombres, al ser lo justo común a todos los hombres y parecer adecuado a todas las inteligencias— a convertirse en un conocimiento elitista, reservado a pocos, de normas positivas; hasta tal punto que el jurista aparece ante los ojos comunes de la gente casi como sacerdote del derecho, aquél que presenta y desvela los misterios, celebra la liturgia en templos dedicados a ello, y la ciencia jurídica acaba a veces asumiendo el rostro de ciencia esotérica, que revela el arcano sólo a los iniciados.

Pero ¿qué arcano revela?, ¿acaso el de la justicia? La justicia no tiene sacerdotes, ni está reservada a pocos expertos; se concede a cualquiera que tenga «hambre y sed» (Mt 5, 6), aunque no haya conseguido específicos títulos de estudio y habilitaciones profesionales.

El del conocimiento e interpretación del derecho es un problema que afecta al tema fundamental para la vida del hombre de la relación entre la condición humana y lo que, como la norma, objetivamente la trasciende y la limita; un problema en el que se reflejan las incertidumbres del pensamiento moderno al respecto.

En efecto, si bien la norma se presenta y manifiesta al hombre como un dato objetivo, que trasciende y limita al hombre en su innata libertad, se da, no obstante, algo extraordinario: que la nor-

ma no llega a realizar su función de guía para la acción si no es a través del hombre, cuya vida y actividad pretende regular; de manera que el hombre, sujeto a la norma, limitado por ésta, tiene o parece tener, a su vez, la preeminencia sobre ella.

Se intuye que así quizás debe ser, ya que no es el hombre para la norma, sino la norma para el hombre, y que el hombre, también cuando cae en el error, es siempre verdadero en sus exigencias ontológicas, mientras que la norma puede ser radicalmente falsa; que se puede juzgar al hombre por lo que hace, no por lo que es, mientras que la norma es juzgada siempre no sólo por los efectos que produce, sino también a partir de su justicia, que es su verdad y su misma esencia.

En la cultura moderna y contemporánea la posición de preeminencia del hombre sobre lo real queda además exaltada, en cuanto que la relación del hombre con el mundo es trasladada, al menos a partir del criticismo kantiano en adelante, de cuestión metafísica a cuestión gnoseológica. El conocimiento está, ciertamente, en función de la realidad que se ha de conocer, pero, en definitiva, la realidad (y así la norma) es la que nosotros conocemos; la realidad vive en nuestras categorías, en nuestros juicios, no tiene vida en sí. De este modo la realidad se resuelve, en este contexto de pensamiento, en el conocimiento, y el hombre, por el conocimiento, parece haber llegado a ser amo y señor del mundo, del derecho, de la justicia, en un sentido que antes sólo podía ser atribuido a Dios.

La preeminencia del conocimiento sobre el dato real hace entonces este dato extremadamente frágil en su autonomía ontológica, lo introduce en el hombre, lo hace depender de éste.

Las reacciones frente a tal modo de pensar son conocidas, y, en particular, no han faltado en el campo del derecho; las mismas corrientes positivistas son, lo sepamos o no, una evidente demostración. Y sin embargo, estas reacciones han quedado privadas de una suficiente fundación teórica. La primacía ontológica de la realidad, del dato social, del dato jurídico, es afirmada como dato histórico, encontrando en la historia su más alto estímulo aseverativo, pero no está fundada de modo satisfactorio bajo el aspecto teórico. De ahí viene la total, aunque poco coherente, disponibilidad del pensamien-

to para afirmar la preeminencia del hombre sobre la realidad o de la realidad sobre el hombre, de la norma sobre la persona o de la persona sobre la norma, según las cambiantes manifestaciones de las necesidades empíricas.

II. La ciencia canónica contemporánea se ha mantenido singularmente ajena a estos problemas. Los estudios sobre la materia —algunos verdaderamente excelentes— no tocan los problemas de fondo del conocimiento, de la interpretación y de sus reflejos en la concepción misma del derecho; como si el pensamiento canónico pudiera permanecer inmune de la trabajosa tarea que ha turbado y turba a la ciencia jurídica contemporánea. ¿Es ésta una situación bienaventurada o es una deficiencia?

Y aquí sería bueno plantearse el porqué de este singular vacío de reflexión en la ciencia jurídica canónica sobre un tema de relevancia tan grande. ¿Es quizá consecuencia de la peculiaridad de la experiencia jurídica de la Iglesia, a la que serían ajenos los problemas jurídicos que se plantean para las experiencias seculares? ¿No puede la Iglesia admitir la centralidad del hombre respecto al mundo, que ha caracterizado y caracteriza una larga parte de la cultura contemporánea, si bien en la discutible dirección de pensamiento antes mencionada?

La ciencia jurídica canónica, por sus presupuestos teológicos, se ha inclinado siempre a pensar y construir el derecho con una acentuación vertical de las fuentes; pero esta tendencia ha sido atemperada en la tradición católica —sobre todo en el áureo período clásico de su derecho— por un sano sentido realista, que fluye a partir de la enraizada persuasión de la presencia del hombre en el plano de la salvación como actor, y no simplemente como objeto de referencia de actos salvíficos, o, en el plano del derecho, como objeto de la regla, de la norma.

El problema, se entiende, no era ni es principalmente jurídico, pero implicaba e implica aspectos esenciales de la soteriología. Aun en medio de difusas incertidumbres y de graves episodios extremos, la línea central seguida por el Magisterio y la teología católica no ha

sido nunca la de anular al hombre, su acción, su responsabilidad para la realización del designio salvífico divino que le concierne. Es Dios, ciertamente, quien salva al hombre, pero nunca contra el hombre y sin él. Las doctrinas protestantes al respecto, como, por lo demás, las opuestas doctrinas pelagianas, que hacían del hombre el actor principal de su salvación —doctrinas a las que cabe reconducir las modernas concepciones secularizantes de la fe, la teología de la muerte de Dios, o también del Dios superfluo—, no han tenido en la Iglesia un impacto que haya trastornado su enseñanza, que ha conseguido mantenerse íntegra aun en medio de múltiples dificultades.

Todo esto no debería dejar de reflejarse en el mundo del derecho. También en este campo, que forma parte como toda la realidad humana del designio salvífico de Dios, habría de reconocerse al hombre, por necesaria coherencia con la armonía integral de su vida, una responsabilidad no marginal en la elaboración del derecho y en el desarrollo de la experiencia jurídica.

Pero en la ciencia jurídica canónica moderna y contemporánea se ha venido acentuando, en cambio, el carácter extrínseco de la norma respecto al hombre, sobre la base de presupuestos conceptuales contrastantes en su fundamento teórico, pero convergentes en las soluciones: sea en cuanto que la norma ha sido considerada como dato de hecho —en un horizonte del todo humano, al estilo de las concepciones seculares—, como ajuar objetivo y necesario de la vida espiritual del hombre, y del que éste sólo puede levantar acta; sea en cuanto que la norma ha sido vista —en un horizonte de fe, considerado más conforme con la vida de la Iglesia— como precepto dictado precisamente por la fe, no por la razón ¹.

Pero es claro que al exaltar la trascendencia de la norma respecto del hombre, ya sea sobre un plano humano, inmanente a la dimensión temporal de la Iglesia, ya sobre un plano sobrenatural, propio de la fe, se acaba por extrañar al hombre de la experiencia jurídica, para concebirlo no como protagonista de la vida jurídica, sino simplemente como sujeto al derecho; y se acaba además reduciendo el conocimiento y la interpretación jurídica a instrumentos

1. Véase *infra*, el apartado final.

no de elaboración creativa de la juridicidad, sino de aplicación ejecutiva de la ley. El conocimiento y la interpretación vendrán a ser considerados, en otros términos, en función y al servicio del dato normativo objetivo, como si éste tuviera vida e intereses que se sostienen por sí mismos; y no en función del hombre, decaído, al menos en este aspecto, desde su posición central en el universo creado.

Es evidente que si hay algo que deba enderezarse en semejantes visiones del derecho, lo será en el plano teológico y filosófico en el que se desarrollan, y no en el jurídico gnoseológico al que se atienen las presentes reflexiones. Pero a nadie se le escapa que no se puede desarrollar un discurso sobre el conocimiento y sobre la interpretación del derecho que no sea expresión directa de una idea de derecho.

III. En la ciencia jurídica el problema del conocimiento se considera desde dos perspectivas diversas: en la perspectiva gnoseológica de un dato (la norma o, más en general, el derecho), para la inteligencia de este dato en función de su actuación: es el tema de la interpretación del derecho ²; o bien en la perspectiva de la aplicabilidad de la norma respecto de aquellos que no la conozcan, la ignoren o yerren sobre su contenido: es el problema de la relevancia de la *ignorantia iuris*.

La *ignorantia iuris* presenta múltiples perfiles problemáticos; pero si se va a la raíz de la cuestión, pueden ser resumidos en una simple demanda: ¿vive o no vive el derecho cuando no se conoce?

Se intuye que el derecho no puede alcanzar su fin de guía, de regla del obrar libre, si no es a través del hombre: el hombre (la autoridad) responsable de la aplicación de la norma en la sociedad; pero, en primer lugar, el hombre común en su vida de relación, para cuya disciplina está constituido el ordenamiento jurídico. Y se intuye además que la ignorancia del derecho no sólo frustra el logro de tal fin, sino que en cierto sentido se refleja también sobre la existencia

2. Véase *infra*, sub § VII ss.

del derecho, si no en sentido absoluto (para la sociedad, donde vige la norma), sí por lo menos para el hombre que lo ignora: por ser el derecho una realidad funcional, al decaer o quedar impedida la función es como si el mismo derecho decayera.

En la perspectiva asumida en estas páginas, el problema del conocimiento del derecho, como presupuesto subjetivo para su aplicabilidad, revela así enseguida importantes implicaciones de carácter teórico.

Es sabido que la ciencia jurídica, desde tiempo inmemorial que se remonta al antiguo derecho romano, ha sostenido siempre el principio de que la «ignorantia iuris» —la falta de conocimiento del derecho— no excusa³; principio que remitía a otra afirmación conexa y más general, por la cual «no se puede pensar que alguien ignore la ley» («nemo censetur ignorare legem»). Y se ha vuelto a subrayar recientemente con mucha autoridad «en el plano teórico y doctrinal la inderogabilidad del principio de que la ignorancia de la ley no puede ser invocada»⁴. Los casos excepcionales, a veces recordados por la doctrina, se manifiestan como privilegios de exención de la ley (privilegios no siempre admisibles y no admitidos, por ejemplo, en el ordenamiento italiano en virtud del principio de igualdad), o bien se basan sobre la ignorancia no tanto de la disposición normativa, cuanto del supuesto de hecho al que era aplicable la misma disposición⁵.

Con todo, la antigua autoridad y la constancia del principio precisan aún de una justificación teórica.

Esta justificación se ha propuesto por la doctrina de múltiples maneras: en ocasiones ha sido afirmada como presunción de conocimiento o de la ley en sí o de los principios de civilización subyacentes en la ley, que, en cuanto tales, no pueden ser ignorados por

3. D. 22, 6, 9 : «Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere».

4. «(...) sul piano teorico e dottrinale l'inderogabilità del principio che l'ignoranza della legge non può essere invocata»: Tribunal Constitucional italiano, sent. 25 de marzo de 1975 n. 74, en *Giur. cost.*, 20 (1975), pp. 770-773.

5. Se trata de doctrina común; cfr. por todos, G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*⁴, Palermo 1958, p. 385.

aquellos que participan en una determinada civilización⁶; una presunción que entraría en función en el momento en que la ley se promulga y publica; una presunción que puede también ser propuesta como ficción de conocimiento, impuesta por exigencias ético-políticas de la sociedad, la cual no podría regirse si el derecho resultara incierto en su aplicación, al ser remitido al conocimiento de los sujetos. Otras veces ha sido afirmada como una exigencia de la norma que, por su intrínseca naturaleza, no permite dejar de ser aplicada, ya que los límites de la norma son establecidos, en su caso, por ella misma, pero no pueden ser externos a ella, como lo sería el conocimiento; por tanto, se puede admitir la relevancia del error sobre los presupuestos de hecho de la norma, pero nunca la relevancia de su ignorancia, ya que tal ignorancia limitaría extrínsecamente la norma⁷.

IV. Dos concepciones fundamentales se dividen el campo para explicar cuál sea la relevancia del conocimiento como presupuesto para la aplicabilidad del derecho: de una parte, la idea de la norma en cuanto emancipada de cualquier límite externo a ella; de otra, la idea de que la norma está en cierto modo subordinada al conocimiento, vive en el conocimiento y sería inconcebible fuera de éste.

Según la primera concepción, para quien actúa sobre la base de un motivo de derecho, la regla de la acción es y debe manifestarse absolutamente externa y objetiva respecto del hombre; no hay necesidad de que sea interiorizada por éste.

Son evidentes aquí las influencias de la noción kantiana del derecho, según la cual el derecho es entendido como «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad». Según el filósofo de Königsberg, esta ley universal del derecho impone indudablemente una obligación, es decir, se dirige a un sujeto,

6. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, en *Strafrechtliche Abhandlungen von Beling*, n. 50, Breslau 1903, cuyo pensamiento es expuesto por G. ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, Torino 1917, pp. 18 ss.

7. Véase A. E. CAMMARATA, *Sul fondamento del principio «Ignorantia iuris non excusat»*, en *Riv. intern. fil. dir.*, 8 (1928), en particular pp. 333 ss.

«pero no espera en modo alguno, ni menos aun exige, que *deba* yo mismo restringir mi libertad a esas condiciones por esa obligación»⁸. La razón advierte en efecto que nuestra libertad «está restringida a ello en su idea», y lo advierte como «un postulado que no es susceptible de prueba ulterior alguna»⁹, de ahí que no pueda presentarse la «ley del derecho como móvil de la acción»¹⁰.

El derecho llamado por Kant «estricto», es estricto en cuanto no entremezclado con elementos derivantes de la ética, «es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud»¹¹. Es cierto que en la visión kantiana el derecho estricto «se fundamenta sin duda en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley»; y, sin embargo —y éste es por lo demás el punto decisivo—, «para determinar al arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales»¹².

La larga alusión a la tesis kantiana sirve para comprender mejor la concepción formal del derecho, según se ha impuesto mo-

8. «L'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà, (...) ma non attende affatto, e tanto meno esige, ch'io per amore di quell'obbligazione mi faccia un *dovere* di limitare la mia libertà sotto quelle condizioni»: I. KANT, *Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it. de G. Vidari, *Metafisica dei costumi*, Bari 1983, pp. 34-35. [N. del T. : para la versión española de los textos kantianos citados en italiano seguimos la traducción de A. Cortina Orts y J. Cornill Sancho, Madrid 1989. Los textos de Kant citados en esta nota se encuentran en las pp. 39 y 40].

9. «La nostra libertà è nella sua idea sottomesa a quella restrizione; (...) un postulato che non è suscettibile di alcuna dimostrazione»: *Ibidem*, p. 35. [p. 40 de la traducción española cit].

10. «Legge del diritto come un impulso all'azione»: *Ibidem*, p. 36. [p. 40 de la traducción española cit].

11. «È quello che non esige nessun altro motivo di determinazione del volere se non quello puramente esterno, perché solo allora esso è puro e non mescolato con nessuna prescrizione della virtù»: *Ibidem*, p. 37. [p. 41 de la traducción española cit].

12. «Il diritto stretto si fonda ora senza dubbio sulla coscienza dell'obbligazione di ognuno di conformarsi alla legge; (...) per determinare la volontà a obbedire a questa legge non si deve e non si può, se il diritto deve essere puro, invocare questa coscienza come un impulso; esso diritto si appoggia sul principio della possibilità di una costrizione esterna la quale possa coesistere con la libertà di ognuno secondo leggi generali»: *Ibidem*. [p. 41 de la traducción española cit].

dernameamente, con su radical separación de la vida ética (que implica por su misma naturaleza a la interioridad del hombre) respecto de la vida jurídica (que queda al margen de aquella interioridad).

La ley del derecho es aproximada así a la ley de la naturaleza, que opera independientemente del querer y del conocimiento humano. Se conozca o no se conozca la ley de la gravedad, ella es operante por sí. Lo mismo el derecho; de ahí que, si se quieren extraer, y así ha ocurrido, las necesarias consecuencias, la misma publicación de la ley puede obedecer a criterios de oportunidad extrínseca, a razones éticas de justicia, pero no puede ser requerida por la naturaleza de la norma, por la necesidad lógica «de que deba darse a conocer la norma a sus sujetos pasivos para que pueda obligar», ni tampoco ser considerada «requisito esencial para su eficacia»¹³. De suerte que «la realidad del derecho objetivo es completamente separable de cualquier acto de conocimiento, es decir, el derecho existe, está vigente y vale independientemente del conocimiento que puedan tener los destinatarios de las normas»¹⁴, los cuales, al igual que pueden actuar jurídicamente ignorando la conformidad de la propia acción con la ley, así también actúan antijurídicamente aun cuando ignoren la antijuridicidad o la ilegalidad de la propia conducta¹⁵.

En tal visión el conocimiento jurídico se separa del conocimiento empírico «en cualquier campo de actividad intelectual»¹⁶, ya que, mientras en éste —aun permaneciendo firme el dualismo entre el acto de conocer y el objeto del conocimiento— no se da objeto si no es en el conocimiento, el derecho, en cambio, es por completo separable del conocimiento.

La norma no rige al hombre para guiar la acción y la libertad hacia el bien a través de la interiorización de su dictado, sino que lo

13. «(...) che la norma perché possa obbligare deba essere fatta conoscere ai soggetti passivi di essa (...), requisito essenziale per la sua efficacia»: Cfr. G. ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, cit., pp. 29-30.

14. «(...) la realtà del diritto oggettivo è completamente separabile da qualsiasi atto di conoscenza, vale a dire il diritto esiste, vige e vale indipendentemente dalla conoscenza che ne possono avere i destinatari delle norme»: W. CESARINI SFORZA, *Conoscenza*, en *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1953, p. 108.

15. *Ibidem*.

16. «(...) in qualsiasi campo di attività intellettuale»: *Ibidem*.

guía en formas extrínsecas objetivas, sin que de ningún modo sea requerida la participación del sujeto regulado. Aquella vale por sí, de manera que se puede incluso hacer caso omiso de su conocimiento. En efecto, la norma es jurídica «sólo en cuanto se considere en relación *objetiva* con una o más actividades prácticas, como única y exclusiva reguladora de éstas»¹⁷.

Ahora bien, la objetividad de tal relación significa que ella se da *ab extra* y no implica «una compenetración actual de la conciencia del sujeto con la norma»¹⁸; de ahí, por un lado, «el arbitrio formalmente ilimitado que tiene la norma en la determinación de los presupuestos de su propia aplicabilidad»¹⁹, y por otro lado, pero consecuentemente, que tanto el conocimiento como la ignorancia de la norma «tienen relevancia jurídica sólo en cuanto, implícita o explícitamente, la norma los haya hecho elementos constitutivos del comportamiento supuesto como condición de ciertas consecuencias jurídicas»²⁰.

Como se ve, afirmaciones de naturaleza metafísica se entrelazan con otras de naturaleza gnoseológica, en una teoría que iba más allá del problema de la aplicabilidad de la norma a quien la ignorase, dado que aspiraba a la elaboración de un conocimiento científico riguroso del derecho y de los principios que le son connaturales²¹.

17. «(...) solo in quanto venga considerata in relazione *obiettiva* con con una o più attività pratiche come unica ed esclusiva regolatrice di queste»: CAMMARATA, *op. cit.*, p. 334.

18. «(...) una compenetrazione attuale della coscienza del soggetto con la norma»: *Ibidem*.

19. «(...) l'arbitrio formalmente illimitato che ha la norma nella determinazione dei presupposti della propria applicabilità»: *Ibidem*.

20. «(...) hanno giuridica rilevanza solo in quanto, implicitamente o esplicitamente, la norma le abbia rese elementi costitutivi del contegno ipotizzato come condizione di certe conseguenze giuridiche»: *Ibidem*, p. 335.

21. El mismo Kant establecía una estrecha analogía entre el conocimiento matemático y el conocimiento jurídico: las leyes de uno y otro son, en efecto, análogas. De manera análoga a la matemática, «también la doctrina del derecho quiere determinar a cada uno lo *suyo*»; y lo quiere determinar «con precisión matemática»; lo que no se podría pretender «en la *doctrina de la virtud* [la ética], que no puede rehusar un cierto espacio a las excepciones (*latitudinem*)». En el derecho, los dos casos que reclaman «una decisión jurídica» que parece invadir el campo de la ética (los casos de las decisiones equitativas y del derecho de necesidad), se incluyen para Kant en los *Intermundia* de Epicuro; es decir, quedan fuera de los rigurosos límites del derecho (KANT, *op. cit.*, pp. 37-38; trad. esp. cit., p. 43); para estos casos «el concepto de derecho (...) no está tomado con el mismo significado en el que se habla del derecho en sentido estricto» (*Ibidem*, p. 41; trad. esp. cit., p. 46). La pretensión

En un plano no estrictamente especulativo sino fenomenológico, nos limitamos a observar que la pretensión de construir el derecho al estilo de las leyes de la naturaleza puede servir quizás a la ciencia, pero no a la conciencia.

V. Sin embargo, también cuando se quiere contraponer a semejante concepción —que, para explicar el vigor y la eficacia del derecho, lo hace independiente por completo del hombre y del conocimiento que éste tenga— la otra concepción antes aludida —que pretende mantener firme el vínculo esencial entre el hombre (con su conocimiento) y la norma, en el sentido de que ésta no podría ser concebida sin aquél—, sólo en apariencia se llega a resultados diversos, en cuanto que se distingue la *obligatoriedad* de la norma de su *aplicabilidad* o *actuación*²²: la norma, al ser norma como «acto espiritual que se celebra en la conciencia de los individuos»²³, es, en tal visión, obligatoria sólo si es un hecho consciente²⁴. La norma ignorada, «precisamente por ser ignorada, no existe», y por tanto nada puede predicarse de ella, «mucho menos la obligatoriedad»; mientras que la aplicabilidad de la norma atañe a los presupuestos o a las condiciones establecidas por la norma misma, entre las cuales puede estar —pero también no estar— el conocimiento de la norma.

de conocer el derecho en aquella particular posición de objetividad en la que se encontrarían las leyes de la naturaleza —reguladoras de la condición humana, pero sin depender en nada de ésta—, pretensión que sería después desarrollada por las corrientes neokantianas en formas no rigurosamente reconducibles a su común jefe de escuela, ha dado lugar a las líneas de pensamiento y, sobre todo, a la difundida mentalidad del tratamiento puramente científico del derecho a través de un conocimiento igualmente científico del mismo. (Sobre el fundamento y la posibilidad del conocimiento jurídico en las corrientes de pensamiento neokantianas, cfr. P. L. ZAMPETTI, *Il problema della conoscenza giuridica*, Milano 1953, pp. 33 ss.; cfr. además, G. LO CASTRO, *Interpretazione e diritto naturale nell'ordinamento canonico*, en *Riv. intern. fil. dir.*, 68 (1991), p. 310). Borrado el derecho de la «doctrina de la virtud», el hombre trata y reelabora su concepto, los principios y las reglas que lo forman con la actitud de carente participación vital que es propia del tratamiento de los problemas científicos naturales.

22. De «actuación» («attuazione») prefería hablar F. CARNELUTTI, «*Ignorantia iuris*», en *Riv. dir. proc. civ.*, III (1926) I, p. 308.

23. «(...) atto spirituale che si celebra nella coscienza dei singoli»: O. CONDORELLI, «*Ignorantia iuris*» (*Preliminari*), Catania 1926, y también en *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Milano 1970, p. 189.

24. *Ibidem*, p. 190.

La idea de norma como «querer en acto», como «acto del espíritu individual», «síntesis del querer y de lo querido», está encerrada en la solución que ahora se muestra; no la norma como «lo meramente querido, como objeto o contenido del querer»²⁵.

Exigencias sociales y exigencias individuales chocan después en el concreto problema de la individuación de los presupuestos de aplicabilidad de la norma. Las primeras, en concreto, a causa de la necesidad, que es precisamente social, de que el derecho se aplique sin quedar subordinado a los intereses de los individuos; las segundas en cuanto que quieren salvaguardar al máximo la autonomía individual y la idea de que la fuente de los deberes es la misma «voluntad libre y consciente del hombre»²⁶.

Es cierto que está difundida la idea según la cual, para que la aplicación de la ley sea justa ésta debe poder ser conocida²⁷; pero se piensa además que las condiciones de aplicabilidad de la ley (del derecho) son dictadas por la misma ley (derecho); y que en consecuencia sólo la norma podrá dar relevancia al conocimiento, hacerlo condición de aplicabilidad de sí misma; pero el hecho de que el conocimiento o su falta (*ignorantia iuris*) tengan esta relevancia, no significa que la norma por sí no obligue, no tenga vigor frente a quien la ignore²⁸.

VI. El ordenamiento canónico vigente no ha ignorado el problema de los presupuestos de aplicabilidad de la ley, al atribuir relevancia a la ignorancia de la norma (a la que se equipara el error), con una atención inusitada en los ordenamientos seculares, ligados todos ellos a la idea de la preeminencia de los intereses sociales sobre los individuales. Y es precisamente ahí donde ha excluido que tal relevancia se dé para las leyes irritantes o inhabilitantes (c. 15 del Código de 1983; sustancialmente inalterado respecto del c. 16 del Código de 1917), y la ha previsto explícitamente para las leyes

25. «(...) volere in atto, atto dello spirito individuale, sintesi di volere e di voluto (...), non come mero voluto, come oggetto o contenuto del volere»: *Ibidem*, p. 193.

26. «(...) libera e cosciente volontà dell'uomo»: *Ibidem*, p. 196.

27. *Ibidem*, p. 197.

28. *Ibidem*, p. 199.

penales (c. 1323 n. 2, 1324 n. 8 y 9), subordinándola solamente a su inculpabilidad, y excluyéndola específicamente cuando sea voluntaria (deseada, o también debida a grave negligencia, hasta el punto que no haya llevado a adoptar ningún medio para superarla) (c. 1325) ²⁹.

Pero, hablando en general, la ciencia jurídica canónica ha descuidado el problema teórico de la relación ley-conocimiento del derecho, en cuanto que afecta a la idea misma del derecho y de su relación con el sujeto.

Con todo, las reflexiones que pueden obtenerse a partir de una atenta consideración de la civilización jurídica de la que ha sido portadora la Iglesia a lo largo de los siglos, y que se reflejan indudablemente en su ordenamiento jurídico positivo y en su completa experiencia jurídica, al ofrecer la más amplia justificación de las normas ya aludidas, podrían resultar de gran interés no sólo para una teoría general del derecho, sino también para trazar un camino entre las impenetrables incertidumbres y en medio de la oscuridad en la que se debate el pensamiento moderno y contemporáneo. Y éstas son las razones:

a) Está viva, ante todo, en la experiencia jurídica eclesial la idea de una dimensión normativa realmente independiente del hombre, que, sin embargo, participa en aquella experiencia jurídica como actor principal. Tal dimensión normativa tiene, en efecto, sus raíces en Dios, como fuente última y ordenadora de la realidad del mundo. La trascendencia de la ley divina es una de las más enraizadas y antiguas convicciones de la tradición del pensamiento judeo-cristiano. En Dios se esconde la ley para el hombre; y por Dios, a través de sus profetas, sus sacerdotes, su Cristo, se da al hombre. Por Dios se encarece la ley al hombre: «Fili mi, ne oblivisceris legis meae» (*Prov* 3, 1). La disciplina y la ciencia de la ley están escondidas en Dios (*Eccl* 11, 14). En Dios está el fundamento de la realidad y del mundo de la objetividad.

29. Véase V. DEL GIUDICE, *Promulgazione e obbligatorietà della legge canonica*, en *Annuario dell'Univ. Catt. del Sacro Cuore, Anno acc. 1926-27*, Milano s. f., pp. 77-94, en particular pp. 88 ss. Este estudio es válido todavía, a pesar de haber sido escrito durante la vigencia del Código de 1917.

b) Pero tal dimensión objetiva, que tiene en Dios su punto de referencia y su radicación, si bien existe independientemente del hombre, nunca puede, sin embargo, ser contra el hombre. La ley es para el hombre, existe en función del hombre, es una manera —no la única, se entiende— en la que se manifiesta el amor de Dios por el hombre; la ley traza al hombre el plano de su salvación, identifica el verdadero bien, guía la libertad. Éste y no otro es el significado de la *salus animarum* como *suprema lex* (c. 1752). No es, por tanto, que haya tantas leyes y que sea preeminente sobre todas la *salus animarum*; sino que no hay leyes, norma, ni derecho sino para la salvación del hombre. Desde aquí desciende la funcionalidad del derecho hacia el hombre, y la preeminencia del hombre no respecto de la ley, sino de aquella ley que, aun teniendo apariencia de ley y siendo, sin embargo, contraria al hombre, no puede en realidad ser considerada como ley.

c) Por consiguiente, el conocimiento de la dimensión objetiva, de la ley, no es causante de la misma. No es el hombre con su conocimiento quien genera a Dios, la realidad del mundo, la ley natural que lo gobierna, las leyes éticas y espirituales que a él se dirigen. Y, sin embargo, tal conocimiento de la ley (al igual que el conocimiento de Dios) es decisivo para diseñar la dimensión ético-jurídica personal del hombre. El hombre cerrado a la ley es, en realidad un hombre cerrado a Dios; es decir, a las raíces verdaderas de su existencia. El hombre que no conoce la ley, en verdad no se conoce siquiera a sí mismo y el bien que le corresponde. La ley es, por tanto, camino que lleva a Dios y lleva al hombre; y para que el hombre llegue a la meta es necesario que conozca la ley.

d) No puede haber por tanto, en el derecho canónico, una neta separación entre aspectos jurídicos y aspectos éticos de la vida humana. No sería correcto distinguir, como se ha hecho en la doctrina secular³⁰, las leyes jurídicas, heterónomas respecto al hombre, que se imponen independientemente del hecho de que las conozca, de las leyes morales, autónomas, que surgen y viven en la conciencia del hombre, y que deben ser reconocidas para calificar como moral

30. C. ESPOSITO, *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale*, en *Riv. intern. fil. dir.*, 15 (1935), en particular pp. 414 ss.

una acción; de ahí que la falta de conocimiento sea superada por la heteronomía de la ley jurídica, al estar vigente y obligar por sí misma.

Por el contrario, es cierto para la experiencia jurídica canónica, y así podría ser en cualquier horizonte jurídico, que la dinámica del derecho y la de la ética son aspectos de la misma vida espiritual del hombre, si bien vista según perfiles diversos: según que ésta se realice en la dimensión que liga el hombre a otro hombre, o en la dimensión, no diversa de la primera (es más, implícita en ella), que lo liga a Dios. Ésta es la dimensión última a la que quedan adscritos los perfiles jurídicos de la vida humana, que no pueden alejarse ni hacerse independientes de ella. La separación del derecho respecto de la ética, como ocurre en la concepción kantiana aludida más arriba, demuestra en realidad la incapacidad de afirmar la existencia de un fundamento objetivo de la condición humana, e induce a *postular* tal fundamento y la existencia de semejante norma objetiva, de forma que la afirmación del mundo de la objetividad necesariamente se derrumba; es más, puede incluso tener lugar precisamente para la negación metafísica de su posibilidad, que acaba por ser remitida al arbitrio del hombre, situándose como premisa ideal para cualquier absolutismo.

e) Queda así afirmado en la Iglesia una equilibrada conexión entre conocimiento —que no puede ser fuente del derecho, del mundo de la objetividad, de su capacidad operativa de salvación— y derecho —que no puede ser concebido como un absoluto que prescinda del hombre, que se afirme contra el hombre o a pesar del hombre, que pueda, en definitiva, hacer caso omiso de su conocimiento—.

Hacer derecho es, para la tradición jurídica canónica, una tarea casi sagrada; significa no imponer una norma como sea, sino llevar la norma, espejo y reflejo de la divinidad, al conocimiento del hombre para que la norma pueda salvarlo. De aquí las tradicionales reflexiones sobre la promulgación y sobre la publicación de la ley. De aquí la interpretación, que se ha de reputar más correcta, del c. 7 del Código vigente, un canon que tiene raíces remotas en la tradición eclesial: «Lex instituitur cum promulgatur»; donde la promulgación no indica sólo el momento temporal del surgir de la

norma, sino también el momento causativo de la misma. Al igual que Dios es objetivamente, pero ha querido hacerse conocer por el hombre —y sólo en tal modo se ha establecido el plano de la salvación y se ha iniciado la historia de la redención humana—, así también la ley —Dios mismo— existe para el hombre histórico en el momento en que ella se hace conocer por el hombre. Fuera de tal conocimiento la ley se da, pero no alcanza sus efectos; al igual que sin el conocimiento de Dios, Dios se da, pero el mundo vive en el desorden, o, si se quiere, no vive en aquel orden superior en el que podría vivir.

Una idea, una gran idea subyace en esta construcción: la de la instrumentalidad del derecho, su funcionalidad respecto del hombre.

El derecho, concluyendo, no se aplica independientemente del conocimiento del hombre, así como no se realiza la sociedad sin el hombre o contra el hombre. No hay, en efecto, exigencias de la sociedad, representadas por el derecho, o exigencias de entes que trascienden al hombre, también ellas representadas por el derecho, que puedan ser afirmadas en contraposición dialéctica con los intereses propios del hombre. Pero estos intereses no se dejan de cualquier manera a la arbitraria voluntad del hombre, sino que descenden de una concepción metafísica del bien, y a veces deben ser perseguidos incluso contra la voluntad empírica del hombre concreto.

Por tanto es el derecho el que ha de diseñar el mundo de los valores jurídicos que responden a los intereses humanos; pero puesto que corresponde al hombre, en cualquier caso, la valoración de tales valores si y en cuanto conciernen a su bien, es necesario el conocimiento.

En este horizonte intermedio se coloca en el derecho canónico el problema del conocimiento, con las soluciones propuestas para él por la tradición científica y establecidas también por el derecho positivo, en un equilibrio perfecto entre las exigencias del individuo considerado en su dimensión personal, y las exigencias del individuo captado en su dimensión social. La satisfacción de tales exigencias, aún siendo siempre individuales, cuya tutela no se remite sin embar-

go a la voluntad libre del hombre (al no ser él la fuente última de la dimensión ético-jurídica), no puede sino remontarse, por el conocimiento que se tenga o no se tenga, a la responsabilidad del hombre.

VII. Aun cuando se diese relevancia al conocimiento para la aplicabilidad de la ley, como se da en el ordenamiento canónico, más que en otros ordenamientos, no bastaría, sin embargo, el solo conocimiento para que la ley viva y opere. El derecho no es mera representación interior de hechos sociales, de relaciones intersubjetivas. En particular, la norma, en la que se concreta el derecho, es regla de comportamiento, no proposición de principios abstractos que uno pueda limitarse a conocer. Ella mira a la acción; es más, con referencia a la acción tiene sentido hablar de su perspectiva última, la justicia.

La esencia del derecho (de la norma) se manifiesta solamente en su actuación. Sólo en cuanto es actuado el derecho entra en relación con el hombre determinando su acción, y sólo en su actuación se forma históricamente la experiencia jurídica.

Pero para ser actuado —es decir, para vivir—, el derecho, también el derecho divino, tiene necesidad del hombre.

Ahora bien, la interpretación no es otra cosa que el momento inicial y crucial de la vida del derecho, de la actuación del derecho por parte del hombre; aquello sin lo cual no es posible siquiera proclamar si hay derecho, lo que éste obliga a hacer, lo justo que se debe perseguir.

La interpretación del derecho es hasta tal punto esencial para su actuación, que se puede decir que no hay derecho que no sea derecho interpretado; y la mayor parte de las veces en la interpretación se agota la misma actuación, puesto que, proclamada la norma que debe guiar la acción según justicia, identificado el derecho, la acción puede seguir sin necesidad de ulteriores fases constrictivas, accesorias y eventuales.

En consecuencia, no es correcto pensar el derecho como si viviera en dos momentos distintos y sucesivos: el derecho antes de

la interpretación, a la espera de ser interpretado, tal como se encuentra en cualquier Código o en otro texto legislativo; y el derecho después de la interpretación, tal como es reconstruido por el intérprete (quienquiera que sea: el cultivador de la ciencia jurídica, el hombre de leyes, el juez); dándose a entender que el verdadero es el primero, no el segundo.

Al contrario, el derecho vive de manera unitaria, y es el derecho interpretado; que no es, entiéndase bien, el derecho del significado ambigüo e incierto, convertido mediante la interpretación en unívoco e indiscutible; también porque no se da una sola interpretación, sino que son posibles e imaginables más interpretaciones del mismo texto, ya sea contextualmente, ya sea en el decurso del tiempo y de las situaciones.

Esto significa, en primer lugar, que el problema de la interpretación de la norma permanece íntegro incluso después de cualquier acto interpretativo, y no puede ser considerado jamás definitivamente cerrado.

Pero esto significa además que la norma no vive librada en lo alto, alejada de la vida de los hombres, sobre cuya cabeza cae accidentalmente como un meteorito. Al contrario, existe y se da sólo la experiencia jurídica, allí donde el derecho se actúa y vive, alcanzando al hombre al modo humano, a través de la inteligencia y la voluntad de los hombres; y en la experiencia jurídica no son pensables dos derechos: el derecho del legislador, encerrado en el texto legislativo, y el derecho del intérprete o, incluso, los varios derechos según las múltiples interpretaciones; sino el único derecho que concretamente viene actuado mediante el acto interpretativo realizado en el asunto concreto, *hic et nunc*.

Contemplada en tal perspectiva, la interpretación se presenta como la actividad del hombre que hace concreto para él, si bien en forma y con fuerza diversa, el derecho, la norma; aparece no como actividad especulativa para un conocimiento que sea fin en sí mismo, sino como actividad eminentemente práctica, para un conocimiento dirigido a la determinación normativa del actuar humano.

El problema es precisamente en qué consiste tal actividad y cómo se desenvuelve.

VIII. Para captar la dificultad de tal problema, conviene de momento comprender la complejidad de la actividad interpretativa, la cual presenta múltiples grados de desarrollo y sobre todo múltiples actores.

Piénsese que el mismo acto de legislar puede ser entendido como manifestación de conocimiento y de interpretación del derecho. Todo depende de los horizontes nocionales bajo los cuales aquel acto se establece. Es claro, por ejemplo, que así ocurre en el derecho de la Iglesia con el así llamado derecho divino, y podría ser claro en cualquier horizonte jurídico en el que se admita la existencia de valores jurídicos que brotan de la misma naturaleza del hombre.

En tales contextos nocionales, el legislador se presenta como el primer intérprete del derecho, y la actividad cognoscitiva del derecho precede a su proposición normativa. Y en verdad, el derecho divino, los valores naturales, no existen sino en sentido trascendental y metafísico; la dimensión metahistórica los caracteriza; pero para la experiencia jurídica propia del hombre, aquel derecho, aquellos valores se dan en cuanto conocidos, actuados a través del proceso de su positivación histórica³¹, que en último término no es sino un largo proceso de interpretación en el cual el legislador humano asume y desempeña una parte preeminente y conclusiva, si bien no exclusiva³².

31. Véase sobre este punto, J. HERVADA, en J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico*, I, Pamplona 1970, pp. 45 ss; recientemente, S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino 1995, pp. 53 ss. Sobre la relevancia del *sensus fidei* como «forma dinámica ordinaria de interpretación de la norma canónica» y, en particular, del derecho divino, cfr. R. BERTOLINO, «*Sensus fidei*», *carismi e diritto nel popolo di Dio*, en *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), pp. 192 ss.

32. La conocida tesis de V. DEL GIUDICE sobre la canonización del derecho divino (*Canonizatio*, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Padova 1940, pp. 223-230), se presta a críticas si es contemplada en perspectiva teológica o filosófica, al pretenderse reducir la juridicidad del derecho divino, considerado *an und für sich*, a la voluntad del legislador humano, pero no si es considerada en sede dogmática, con referencia al ordenamiento canónico vigente, o aún más en función cognoscitiva práctica; y aunque así fuera, no podría dejar de reconocerse al legislador humano la función de convertir el precepto divino en norma adecuada para el hombre, es decir, de hacer jurídica en sentido humano una norma que proviene de una dimensión diversa de la humana, en donde, si existe un criterio de juridicidad, es un criterio completamente particular y suyo.

Se ha dicho, sin embargo, que la actividad interpretativa es compleja y presenta múltiples grados. Por quedarnos con el ejemplo ya mencionado, la norma interpretada, propuesta normativamente y actuada por el legislador, será a su vez interpretada por el juez, por el jurista, por el abogado, por el hombre común en su vida cotidiana, llegando a ser al final no otra norma respecto a la del legislador humano, o, yendo hacia atrás, del legislador divino; sino presentándose ella misma como la única norma divina (en cuanto que tiene sus raíces en Dios) humana (en cuanto propuesta por el hombre para el hombre, en el único lenguaje comprensible por éste), que gobierna la experiencia jurídica concreta. Al observar, por tanto, el problema de la experiencia jurídica en la que el derecho vive en concreto, no se dan diversas normas: la norma establecida legislativamente y la resultante de la interpretación; sino una sola norma: la que, en virtud de hechos legislativos formulados y de hechos interpretativos, es aplicada en concreto.

Por decirlo brevemente: la actividad interpretativa, quienquiera que la realice, no se añade a la actividad propositiva de normas, sino que se integra con ella para formar el derecho que vive, el único que tiene relevancia para el hombre. Y se puede decir además que, si la actividad legislativa es, tal como comúnmente se considera, actividad creadora de normas, no puede serlo menos, si bien no del mismo modo, la actividad interpretativa.

Por otra parte, sólo con referencia a la norma que al final resulte y se aplique en concreto, tiene sentido hablar de su justicia o injusticia, como criterio de valoración no abstracta, sino incidente en la vida de la experiencia jurídica. Poco importa, por ejemplo, que la norma contractual (que también es «norma», si bien *inter partes*) entre Shylock y Antonio, mercader de Venecia en la conocida tragedia de W. Shakespeare, sea la de pagar como pena por una deuda incumplida por Antonio una libra de carne sacada de su cuerpo (norma claramente contradictoria con el común sentir ético), si después el concreto cumplimiento requerido, es decir, el significado atribuido a la cláusula, es el que deriva de la interpretación dada por Porcia vestida como un jurisconsulto de Padua: a través de la interpretación, la norma contractual aplicada o que ha de aplicarse asume un significado —el único que tiene relevancia

en la vida jurídica— que en el caso se manifiesta aceptable y no contrario a justicia ³³.

Ésta es la razón por la que no es atendible el modo común de considerar la actividad interpretativa como accesoria y subordinada respecto de la actividad legislativa o propositiva de fórmulas que contienen normas; como si ésta crease las normas y aquella se limitase a explicarlas. Mucho menos atendible sería pensar que la norma pueda existir, vivir, cumplir su función incluso sin la interpretación o fuera de ella. Si es verdad, en efecto, que en la concreta experiencia jurídica no se da derecho que no sea derecho interpretado, la función del intérprete no puede ser considerada ni servilmente sumisa respecto al texto o a la fórmula, ni, con mayor razón, superflua de suyo, ya que la norma que ha de aplicarse no es sólo fruto de la actividad legislativa, sino que es también fruto de la necesaria actividad interpretativa; y por tanto, la interpretación tiene de suyo, como diré seguidamente, algo de verdaderamente creativo.

Pero si el intérprete y el legislador —un legislador que sin ambages puede ser considerado como el primer intérprete del derecho (es el caso del derecho divino)— cooperan a que el derecho sea para la vida jurídica del hombre, cabe preguntarse enseguida si el derecho, la norma, conservan una propia autonomía esencial respecto de la actividad interpretativa y aplicativa, o si dependen de ésta como de su fuente próxima.

Lo cierto es que los problemas del conocimiento y de la interpretación del derecho, tampoco en este campo pueden prescindir, para una respuesta adecuada, de la idea del derecho y de la conexión entre dimensión normativa y dimensión subjetiva.

IX. Frente a la difundida concepción del derecho como hecho social histórico, que se da de suyo, susceptible de investigación inductiva en sus «formas objetivas asumidas en el espacio y en el tiempo» ³⁴,

33. Cfr. T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, en *Problemi giuridici*, t. I, Milano 1959, pp. 3-15.

34. «(...) forme obiettive assunte nello spazio e nel tempo»: A. GROPPALI, *Sul problema della conoscenza del diritto. Note critiche intorno ad alcune recenti dottrine*, en *Riv. dir. priv.*, 12 (1942), p. 2.

que se presenta como objetivamente dado en lo que atañe al hombre, se sitúan los múltiples intentos del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo de sustraerse a la objetividad del derecho para reconducirlo de varios modos a la conciencia o a otro factor subjetivo del hombre.

Cabe mencionar concretamente los intentos que conciben el derecho como acto social, que se constituye en la conciencia del hombre (caracterizándose específicamente respecto de cualquier otro acto social común por su reciprocidad); acto social cognoscible, según algunos, a través de la intuición eidética, forma a priori del conocimiento, que permite alcanzar la esencia de un fenómeno (en nuestro caso, del derecho) y llegar al universal, fuera del natural recorrido cognoscitivo representado por la experiencia (fenomenologismo)³⁵. Están también los intentos que, para reaccionar contra el abuso del método lógico formal, elevan «la intuición a instrumento fundamental de la búsqueda especulativa», haciendo de la conciencia el lugar donde la realidad se revela, independientemente de la experiencia³⁶, en un procedimiento cognoscitivo que penetra en la realidad a través de un impulso de simpatía vital, captándola así en aquello que es, y en su dinamismo interior (H. Bergson)³⁷. Están por fin los intentos que aspiran a espiritualizar el acto normativo, que no viene dado por la norma cristalizada en el texto legislativo, sino por el acto interno espiritual del legislador, de manera que la interpretación no sería otra cosa que «comprensión o despliegue del acto

35. Cfr. E. HUSSERL, *Formale und transzendentale Logik. Versuch einer Kritik der logische Vernunft* (Halle 1929), trad. it. por G. D. NERI, *Logica formale e logica trascendentale. Saggio di critica della ragione logica*, Bari 1966, en particular el cap. VII, pp. 328 ss. Sobre los reflejos del pensamiento de Husserl en el campo de la ciencia jurídica, cfr. resumidamente, GROPPALI, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 5-7; sobre las diversas corrientes de la fenomenología y sobre sus reflejos en la ciencia jurídica, cfr. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino 1934, en particular, pp. 64 ss.; L. PEREGO, *Orientamenti intuizionistici in filosofia del diritto*, en *Archivio giuridico*, 125 (1941), pp. 3-37.

36. «(...) l'intuizione a strumento fondamentale dell'indagine speculativa». Refiere esto GROPPALI, *op. cit.*, pp. 25-26.

37. Cfr. de H. BERGSON, *L'evolution créatrice* (1907), trad. it. di P. Serini, Milano 1935, en particular pp. 194 ss. (es notable la introducción de Serini: véanse las pp. 19 ss. sobre la relación materia-memoria y sobre la inteligencia y su función en Bergson); pero ya su primera obra importante es significativa al respecto: *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1889), París 1948, en particular el cap. 1.º. Sobre Bergson, cfr. GROPPALI, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 25 ss.

normativo en nuestro espíritu»³⁸. Y así, «en el momento del despliegue de la ley en nuestro espíritu, la interpretación se presenta como la misma actividad legislativa»³⁹.

Semejantes tentativas, a pesar de la diversidad de sus propuestas, tienen en común el deseo de liberar al derecho de la objetividad del hecho social normativo, en el que parecía confinado por la manera tradicional de entenderlo, para reconducirlo en cambio, a través de varias vías, a la dimensión subjetiva del hombre.

No es difícil entender qué gran influencia pueden ejercer tales ideas incluso sobre la interpretación jurídica, y todavía más en la identificación del puesto que ésta ocupa en la vida del hombre. Las formas de conocimiento intuitivo (eidéticas o no) suponen, en efecto, la resolución de los actos jurídicos en actos de conciencia, haciéndoles perder su objetividad y, en último término, dejándolos al arbitrio de la conciencia, que, al intuirlos, los conoce y de algún modo los determina o los crea así libremente.

X. Pero si el derecho no es derecho libre, en el sentido específico que acabamos de explicar, al que parecen llevar algunas corrientes

38. «(...) comprensione o dispiegamento nel nostro spirito dell'atto normativo»: G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941, p. 12: «del acto interno, y no del hecho, más o menos expresivo, externo. De suerte que la interpretación propia del jurista se puede denominar exactamente interpretación del derecho y no interpretación de la ley, entendida ésta como declaración legislativa» («dell'atto interno, e non del fatto, più o meno espressivo, esterno. Sicché l'interpretazione propria del giurista si può denominare esattamente interpretazione del diritto e non interpretazione della legge, intesa questa come dichiarazione legislativa»).

39. «(...) nel momento del dispiegamento della legge nel nostro spirito, l'interpretazione si presenta come la stessa attività legislativa»: GORLA, *op. cit.*, p. 33. En este contexto de pensamiento, la invocación de la intención del legislador (de la *mens legislatoris*), en la cual se forma el acto espiritual normativo, parecería llegar a ser el principio interpretativo por excelencia, cualquiera que sea el puesto que ocupe en el derecho positivo eventualmente considerado (para el ordenamiento canónico, por ejemplo, el c. 17 del vigente Código lo sitúa como último criterio al que recurrir en la interpretación normativa). Pero en realidad la *mens legislatoris* no es criterio objetivo de conocimiento, sino que es la revivida por el intérprete; el acto normativo, como acto espiritual, «no existe fuera del espíritu que lo piensa, lo revive en sí y lo despliega» («non esiste al di fuori dello spirito che lo pensa, in sé lo rivive e dispiega») (*ibid.*, p. 10); aquella, por tanto, corre el riesgo de convertirse, en tal horizonte de pensamiento, en una cobertura para una función sustancialmente innovadora del derecho por parte del intérprete.

del pensamiento contemporáneo, la participación de la interpretación en la actuación del derecho no puede significar formación creativa de la norma, sino en un sentido del todo peculiar; de lo contrario se caerá en el «decisionismo kelseniano», para el cual el intérprete, una vez realizado el reconocimiento de todos los posibles significados de la norma considerada en su marco abstracto, elige al final el significado que más le agrada, con un acto político emocional de naturaleza arbitraria ⁴⁰.

Pero decir, como se ha dicho, que el acto hermenéutico o interpretativo es acto de naturaleza creativa, en el sentido de que por medio de él se realiza la síntesis dinámica entre lo abstracto de la ley y lo concreto de la situación histórica que se debe calificar, así como la adecuación de la ley, de suyo estática, a la historicidad y movilidad de la experiencia jurídica —y esto dentro de una visión de la experiencia jurídica como totalidad *in fieri*, como inagotable proceso de realización espiritual (canon de la totalidad) ⁴¹—, corre el riesgo de hacer imposible la conciliación de la historicidad de los valores con su pretendido carácter absoluto ⁴², que sólo puede ser defendido en la independencia de los valores respecto del sujeto que los afirma.

XI. Éste es entonces el punto más delicado y más oneroso, en una perspectiva especulativa, del problema de la interpretación; problema que ha sido planteado por un autor como el problema de la «continuidad respecto al texto normativo interpretado» de la función creativa del derecho por parte del intérprete ⁴³; continuidad que, por un lado, representaría el límite a la discrecionalidad del intérprete, pero que, por otro lado, no impediría pensar tal actividad como creativa. Problema que no consiste en otra cosa que en la relación entre la objetividad del derecho y la subjetividad de su interpreta-

40. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, p. 160, nota 57.

41. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, vol. II, Milano 1955; en particular, pp. 824-828.

42. Así CAIANI, *op. cit.*, pp. 190 ss.

43. «(...) continuità rispetto al testo normativo interpretato»: T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, t. I, cit., p. VI.

ción y de su consiguiente actuación; problema que obviamente no se plantearía si el derecho debiera ser solamente proclamado, declarado, y no interpretado y actuado; en cuya interpretación y actuación está precisamente el gran riesgo de reducir el derecho al querer del hombre, y, en consecuencia, de desvirtuarlo como guía de tal querer.

¿Cómo resolver el problema sin negar, por un lado, la objetividad del derecho, que se considera la única idónea para garantizar la no arbitrariedad de la dimensión jurídica y la misma vida ética del individuo, y sin negar, por otro lado, la función no meramente explicativa de la tarea del intérprete, aquel *quid pluris* que es obra del mismo y que contribuye de manera esencial a la vida de la experiencia jurídica? ¿Cómo conciliar la estática del derecho con su dinámica? «Lo estático» viene requerido por su función esencial de guía objetiva del obrar humano; «lo dinámico» se requiere igualmente por la esencial historicidad del derecho y de su actuación...

XII. Hay quien ha hablado al respecto de un «acto inventivo» del intérprete, apremiado por una comprensión inmediata, de lo concreto y particular, que se inserta, urge, condiciona y guía la interpretación; un acto inventivo que no puede someterse a rígidas reglas técnicas, y que de todas formas, aun cuando éstas se dieran, en último término siempre las trascendería. Tal acto inventivo, antes que como producto de ciencia, ha sido visto como expresión de arte: el arte del derecho, en el cual se manifestaría la creatividad del intérprete en la actuación del derecho ⁴⁴.

Y hay quien, más respetuoso y más cauto con respecto a la actividad del intérprete, más propenso a ligar la ciencia jurídica ⁴⁵ «principalmente, sino exclusivamente, al perfil lógico de las proposiciones normativas», es decir, al dato objetivo, encontraría en éstas sin embargo la razón de la obra inventiva del intérprete, ya que precisamente la proposición normativa, «por su carácter preceptivo, debe poder contar con el poder sugestivo de la palabra, es decir, con

44. F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 3 ss. y *passim*; cfr. también *La certezza del diritto*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 20 (1943), I, pp. 81 ss.; en particular, pp. 90-91.

45. Para una neta separación entre la actividad de la ciencia jurídica y la más específica actividad de interpretación, cfr. GORLA, *op. cit.*, p. 48.

su contenido irracional, que conserva el reflejo de su historicidad, y al mismo tiempo, deja un halo indefinido, que permite el explicarse de la libertad de apreciación del intérprete»⁴⁶; de ahí que la obra del intérprete procedería en la indeterminación expresiva de la norma a fin de atribuirle un significado determinado, de suerte que su actividad sería siempre, sin embargo, reconducible al dato normativo y concebible como dependiente de éste.

No falta tampoco quien, distinguiendo en el derecho el «dato» (es decir, el complejo de relaciones, hechos materiales, económicos, políticos, prácticos, religiosos, etc.), del cual surge el derecho, de lo «construido» (complejo de reglas y normas en las que el derecho se manifiesta por obra de la ley y de la costumbre) —aquél objeto de la ciencia, éste de la técnica—, piensa que lo que pone de más el intérprete respecto de lo «construido» proviene de la necesidad de ir más allá de la ley, para atender a las exigencias objetivas y subjetivas desde la que ésta desciende⁴⁷; y que estos datos, que están fuera de la ley y que sin embargo la ocasionan y la justifican, cuando fueren asumidos en la interpretación, deberían permitir guiarla más allá del texto aparente de la ley, aun permaneciendo ligados a los momentos y elementos que la causaron, encontrando en ellos el límite a su fuerza que interpela al texto normativo.

Y está finalmente quien, concebida la interpretación «como momento constante de mediación entre el *corpus iuris* dado y una realidad mutable»⁴⁸, explica la función creativa de la interpretación y, al mismo tiempo, identifica el límite a su arbitrariedad, concibiendo el ordenamiento jurídico como apoyándose sobre una reconstrucción tipológica de la realidad, a la cual debe referirse necesariamente la norma en el momento de su aplicación. Tal reconstrucción tipo-

46. «(...) per il suo carattere precettivo, deve poter contare sul potere suggestivo della parola, cioè sul suo contenuto irrazionale, che conserva il riflesso della sua storicità, e nel tempo stesso lascia un alone indefinito, che consente l'esplicarsi della libertà di apprezzamento dell'interprete»: S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, en *Riv. it. scienze giuridiche*, 1950, pp. 85-86.

47. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, I, Paris 1922, pp. 96-100; cfr. además, J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Paris 1935, pp. 28 ss.

48. «(...) come costante momento di mediazione tra il *corpus iuris* dato e una mutevole realtà»: ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, en *Problemi giuridici*, I, cit., p. 71.

lógica de la realidad, mudable de suyo, al igual que es mudable la misma realidad, no es obra de la norma (al representar solamente el presupuesto de aplicación de ésta), sino del intérprete; el cual, por consiguiente, reconstruyendo tipológicamente la realidad para entender la disciplina dictada por ella, y encuadrando el caso en relación a la construcción así realizada, supera el momento meramente declarativo de la norma, y realiza una obra creadora del derecho ⁴⁹. En tal reconstrucción de la realidad y en el ordenamiento sistemático de las normas, el intérprete hace valer ciertamente sus convicciones, sus tradiciones, sus esperanzas ⁵⁰. Pero la arbitrariedad de su obra encuentra un límite en el criterio de continuidad que liga con la norma el resultado de la interpretación; y por la observancia de tal criterio vela la *communis opinio* ⁵¹, a la que en último término debe reconducirse no sólo la identificación del objeto de interpretación, sino también el alcance que la norma asume en la aplicación ⁵².

La *communis opinio*, por tanto, como árbitro último y supremo de la norma. Pero cuál sea esta *communis opinio* sólo la historia puede decirlo. He aquí entonces cómo la norma no sólo es histórica, sino también consignada a la historia: «El jurista tomará así de la historia su punto de partida y volverá a mirar a la historia en su punto de llegada» ⁵³, aunque así se corra el riesgo de que la historia prive al derecho de cualquier valor objetivo.

En todas estas orientaciones de pensamiento, la preocupación de salvaguardar la realidad y la autonomía de la dimensión objetiva del derecho no se explica a través de la negación de los factores

49. IDEM, *Ibidem*, p. 72. De suerte que, junto a las *regulae iuris*, «resúmenes mnemotécnicos de la disciplina» («riassunti mnemonici della disciplina»), se encuentran conceptos o pseudoconceptos que, «sirviendo para determinar el mismo ámbito de aplicación de la norma, de otro modo inaplicable, conciernen a una reconstrucción tipológica de la realidad en función de la norma» («servendo a determinare lo stesso ambito d'applicazione della norma, altrimenti inapplicabile, attengono ad una ricostruzione tipologica della realtà in funzione della norma») (p. 76). En la elaboración y en la transformación de tales conceptos está la obra del intérprete. Véase sobre la cuestión, J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, pp. 87 ss.

50. IDEM, *Antigone e Porzia*, cit., *op. cit.*, p. 12.

51. IDEM, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 73.

52. *Ibidem*, p. 90.

53. «Il giurista prenderà così dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo»: IDEM, *Antigone e Porzia*, cit., p. 15.

innovadores de la interpretación, sino a través de una reconstrucción del dato normativo y de la realidad social, que subyace en él, de tal manera que se salve uno y otro momento de la dimensión humana.

XIII. Los presupuestos filosóficos o ideológicos subyacentes en las mencionadas construcciones son evidentes, y no es del caso detenerse en ellos.

Pero no es menos evidente que una cosa es la visión de conjunto de la realidad social cuando se deja al intérprete la tarea de recrear en sí, y en su acto interpretativo, el acto espiritual del que ha establecido la norma (acto en el que ésta consiste) ; y otra cosa es considerar que la racionalidad de la norma, encontrada a través de la interpretación, viene dada por su capacidad de afirmarse, de su aceptación por parte de la *communis opinio*, de suerte que nadie debe considerarse depositario de la veracidad de una determinada norma, como nadie es depositario del significado exacto o verdadero del texto.

En el primer caso, la norma es acto histórico del espíritu, que se justifica por sí, que el intérprete puede y debe sólo recrear en sí; y el acto interpretativo no es otro que el despliegue y reproducción de la ley en el espíritu del intérprete, «que la revive para comprenderla»; de tal manera que la interpretación se presenta «como la misma actividad legislativa», no sosteniendo y no admitiendo la existencia de principios «fuera del concreto contenido del acto legislativo»⁵⁴, y sin que se den principios que trastornen el derecho. (Esta concepción, sea dicho de paso, al justificar la ley absolutamente, es más, al eximirla de la necesidad de toda justificación, es idónea para justificar igualmente de modo absoluto el poder que está en la base de la ley).

En el segundo caso, la norma es propiamente consignada a la historia; ella no es depositaria de ninguna verdad, y su verdad consiste en la aceptación por parte de la *communis opinio*, es decir, por

54. «(...) al di fuori del concreto contenuto dell'atto legislativo»: GORLA, *op. cit.*, pp. 33 y 45.

parte de la misma sociedad, según como ésta la entiende y la interpreta en el devenir histórico.

XIV. Pero como tales concepciones, que, con todo, intentaban conciliar la objetividad del derecho con la preeminencia del sujeto y la creatividad de la interpretación, se manifestaron excesivamente reductivas de la trascendencia del derecho respecto del hombre, se afirmará entonces la idea del carácter meramente declarativo o explicativo de la interpretación. Esta idea tiene a sus espaldas una larga tradición de pensamiento, si bien manifestada de diversas formas, aunque todas ellas tienen en común la afirmación del carácter trascendente de la ley —de suyo resolutive de la dimensión jurídica de la experiencia humana—, y de la interpretación como búsqueda consecuente del significado de la misma ley.

Esta idea del carácter declarativo o explicativo de la interpretación, que ha dado vida al positivismo doctrinario, se ha manifestado en diversos, incluso lejanos, recodos de la historia del pensamiento jurídico, y se vuelve a encontrar hoy en formas del todo nuevas en los múltiples estudios de lingüística y semiótica del derecho ⁵⁵.

Si en la concepción antes expuesta la interpretación es historia, el positivismo doctrinario actúa y se mueve, en cambio, como para poner al derecho a resguardo de la historia, que es tanto como decir a resguardo de la interpretación, al llamar al derecho fuera de la contingencia de la experiencia jurídica, y exaltarlo sobre ella. Y de este modo el derecho ha sido y es, según los casos, el derecho romano, que por su excelencia había atravesado los siglos dominándolos; era y es el derecho fruto de la razón, pero de una razón que no conoce superiores; era y es el derecho establecido por la conciencia histórica de un pueblo o de un grupo social orgánico y homogéneo, consciente de su carácter unitario (la familia, la corporación, la ciudad, la *Eigenkirche*, etc.), derecho que «se desarrolla (...) junto al pueblo, se perfecciona con él y en definitiva se extingue a medida

55. Para una visión de conjunto, véase la antología de escritos *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli e di P. Di Lucia, con prólogo de M. Jori, Milano 1994.

que el pueblo pierde su peculiaridad»⁵⁶; era y es el derecho querido por la voluntad general del pueblo, que en época reciente toma el puesto de la divinidad, y que se expresa acabadamente en la codificación. Es en suma un modo de concebir el mundo de la juridicidad que no deje sitio a la distinción entre ley y derecho; una distinción, con todo, que había abierto las puertas a la conciencia, como fuente última de la regla del obrar humano, y a la interpretación como instrumento de verificación de la ley y de proposición evolutiva de la norma. El positivismo doctrinario es sinónimo de conservación del dato, es expresión de antihistoricismo, no llega a explicar y a acompañar en la historia el devenir de la sociedad jurídica.

XV. Las corrientes de pensamiento antiabsolutistas y antidoctrinarias están marcadas, al contrario, por la idea de la provisionalidad del derecho vigente, en cuanto que está ligado a una reconstrucción tipológica de la realidad siempre en evolución, o en cuanto que está ligado, como en el iusnaturalismo clásico, a la toma de conciencia del misterio insondable e inagotable de la condición humana (y, tanto más, del designio divino).

La incapacidad de concebir la norma, el así llamado derecho vigente, como un absoluto, justifica, garantiza, y en cierto sentido, exige el devenir del derecho, que mira a lo absoluto, a lo justo, pero sin que jamás pueda pretender haberlo alcanzado.

El derecho es visto entonces en la complejidad de sus motivos vitales. El derecho no es sólo la norma, sino también la vida jurídica; y la vida jurídica es hecha por la norma, pero también es hecha, como hemos dicho, por la actuación de la norma, por la aceptación de la norma, por la interpretación de la norma, por su conocimiento. Legisladores, pero también jueces; jurisconsultos, pero también ejecutores de mandatos jurídicos, ciudadanos que interpretan el dere-

56. «si sviluppa (...) insieme al popolo, si perfeziona con esso e infine si estingue man mano che il popolo perde la sua peculiarità»: F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, trad. it. de G. Marini, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, en A.F.J. THIBAUT-F.C. VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982, p. 99.

cho para sus exigencias cotidianas de comportamiento y de acción, todos ellos hacen el derecho. Todo esto es derecho.

De ahí que, en semejante concepción, la interpretación no puede ser pensada como si contemplara la norma desde un punto de observación situado fuera del ordenamiento, o reconducible a éste, si acaso, a través de una disposición positiva suya (las así llamadas normas sobre la interpretación).

La interpretación de la norma, siempre según la misma concepción (que expresa de modo óptimo las exigencias del iusnaturalismo clásico), es el mismo derecho que se hace vida de los hombres a través de la actividad del intérprete; es el derecho que sale de la fijeza de la norma, si es que se diera norma, para vivir en los hombres.

He aquí en qué sentido la interpretación es, o, mejor dicho, puede ser creativa: porque el intérprete observa ciertamente la norma puesta por el legislador, pero ilumina el hecho e individúa la regla del caso concreto a la luz de la entera condición humana y de las exigencias de justicia conexas, según la idea que él se ha formado. Y cuanto más profundo y verdadero sea el conocimiento que el intérprete tenga de tal condición, cuanto más goce de la sabiduría de lo justo, tanto más correcta, útil, provechosa para la experiencia jurídica será su tarea

Es cierto que no todas las interpretaciones son equivalentes; pero su diferente valor no es debido tanto a la multiplicidad de los instrumentos lógicos, semánticos y filológicos utilizados para identificar la norma legislativa e identificarse con ella, cuanto a la capacidad de individuar con la norma, fuera de la norma, y, si fuere necesario, contra la norma, el bien de la justicia, para el que en último término ha sido puesta la norma.

Así ha de entenderse la actividad creativa del intérprete. Es, por tanto, una actividad llena de riesgos; puesto que nadie ni nada puede garantizar al que interpreta la norma el buen éxito de su obra, es decir, la corrección y la veracidad de ésta; y sería ingenuo pensar que pueda hacerlo la ley, ya que, incluso cuando dictase los criterios de interpretación, también ella en último término debería ser interpretada. Tampoco convence el recurso a un criterio externo (la *communis opinio*, por ejemplo) apto para corroborar el resultado de la interpretación y para facilitar la aceptación.

El ansia por la certeza del derecho, que se trasluce de la preocupación por ligar la interpretación a la norma y por hacerla depender de ésta, es el producto de un equívoco sobre el modo de entender el derecho. La certeza es, en efecto, un atributo no del derecho positivo, sino de la justicia, es decir, del fundamento de la entera experiencia jurídica; y por lo demás no es ella el presupuesto del discurso, la base de partida, sino la meta que ha de alcanzarse trabajosamente. Y en verdad nada hay más incierto que la norma injusta: siendo cierta, si lo es bajo el aspecto lógico semántico, hace absolutamente incierta la vida de los hombres ⁵⁷.

Es connatural a la interpretación llevar consigo el riesgo de errar, como ocurre con el derecho, con la vida humana. Pero huir de una interpretación que mire en lo profundo de la condición humana, donde vive la instancia de la justicia, atender a la norma como si ésta estuviese desligada de tal condición, renunciar a la creatividad en el sentido antes explicado a causa del temor a errar, significa tener angustia de vivir, y preferir la simplicidad de la muerte a la complejidad y riqueza de la vida.

Ni que decir tiene que, en la concepción ahora expuesta, la interpretación, como acto de vida, y por ser precisamente acto de vida, es de todos aquellos que viven, y no de unos pocos empeñados en la tarea.

La aparente debilidad del derecho, su dependencia, incluido el derecho divino, del hombre que lo interpreta, si bien, por un lado, enuncia y describe la grandeza del hombre, la fuerza de su autonomía ética y de su libertad, individúa, por otro lado, el límite de la condición humana.

El derecho, en efecto, depende del hombre en cuanto a su vida empírica, pero no en cuanto a su naturaleza y a sus exigencias trascendentales. Si la ley es derecho y hace derecho solamente cuando individúa la regla justa de la experiencia jurídica, con mayor razón la interpretación: la cual será aceptable solamente cuando evidencie, restituya, confiera a la ley el significado congruente con tales exigencias trascendentales.

57. Cfr. G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma*, en *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), pp. 190-191.

Bajo el aspecto teórico, el derecho, que depende así existencialmente, vitalmente, del hombre, en realidad lo trasciende, lo supera; por lo demás la interpretación no puede jamás aspirar a resultados absolutos y definitivos, porque es intrínsecamente provisional, en cuanto ligada a la limitada capacidad de la naturaleza humana, que es tanto como decir: a su carácter finito. Y, por tanto, en el momento en el que el hombre pone, interpreta y actúa la norma, aquél es juzgado en relación al derecho, encerrado en la norma o trascendente a la norma.

Se da por tanto una esencial «circularidad» entre el hombre y la norma, entre el derecho y su interpretación. La ruptura de este círculo, con la absolutización de la interpretación o de la ley, llevaría a resultados indeseables, como el que deriva de la negación teórica de una de las dos dimensiones necesarias de la condición humana: la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva; y el derecho pasaría de continuo de su absolutización, en la que el hombre queda negado como valor autónomo, a su relativización, en la que el derecho pierde toda conexión fontal con el mundo de los valores, sean éstos repuestos en un principio absoluto, que no puede ser otro que Dios, o en un principio inmanente al mundo, la sociedad, el pueblo, elevados de modo ficticio a la posición divina.

La incertidumbre sobre la relación entre dimensión objetiva y dimensión subjetiva de la condición humana está en el fondo de la crisis de la experiencia jurídica moderna, y es al mismo tiempo su más clamorosa denuncia. Cuando no se cae en el anarquismo, el riesgo está en una mutación de la misma idea de derecho, porque, como ha dicho un atento pensador, «cualquier fin que un grupo dominante impone a la vida llega a ser derecho. El derecho es precisamente la política de la fuerza (...); el derecho ya no es nada por sí, no tiene de suyo ninguna ley, ningún contenido, ninguna verdad. El derecho es la fuerza»⁵⁸, es mero instrumento para alcanzar las más diversas metas, y el Estado y el poder que emplean el derecho se presentan como puro aparato coactivo. Y se podrá hablar

58. «Qualunque scopo che un gruppo dominante impone alla vita diventa diritto. Il diritto è proprio la politica della forza (...); il diritto non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità. Il diritto è la forza»: G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, en *Opere*, vol. V, Milano 1959, pp. 171-172.

al final de «positivismo del poder», es decir, de aquella posición ético-política para la cual «lo que existe, por el simple hecho de que existe, vale»⁵⁹.

Una visión no correcta del derecho y de la interpretación conduce así a concebir las relaciones de los hombres como no gobernadas ya por la razón.

XVI. Si de consideraciones de carácter general, válidas para cualquier horizonte jurídico, descendemos a valoraciones más específicas que atañen a la particular experiencia jurídica canónica, deberemos disponer entonces de los instrumentos conceptuales para comprender algunas peculiaridades y para iluminar con la luz justa la idea de derecho y de interpretación que puede ser propia del ordenamiento eclesial.

Al respecto no es posible desconocer el carácter doctrinario del derecho positivo canónico, que surge de modo completamente manifiesto en la última codificación; ni se puede callar sobre el consiguiente entumecimiento (*irrigidimento*) de las estructuras jurídicas existentes (demostrado, entre otras manifestaciones, por la atribución a un órgano, el Consejo Pontificio para la Interpretación de los Textos Legislativos, de la función de interpretar las normas⁶⁰, órgano vinculado al poder de establecerlas); entumecimiento que ha inducido como reflejo una interpretación de la norma y de las instituciones que puede parecer incierta, respecto de la cual no es fácil alimentar la confianza que debería ser depositada en ella.

El carácter doctrinario del derecho de la Iglesia —y sería mejor decir: de la experiencia jurídica canónica— ha de entenderse en el sentido de que tal experiencia se apoya principalmente sobre los principios de doctrina y no sobre la vida jurídica y sobre las exigencias que ésta manifiesta, tal como emergen en la sociedad eclesial. No es el caso detenerse en demostrar un hecho tan conocido.

59. «Ciò che esiste, per il semplice fatto che esiste, vale»: G. STELLI, *La ricerca del fondamento. Il programma filosofico dell'idealismo tedesco nello scritto di Fichte «Sul concetto della dottrina della scienza»*, Milano 1995, p. 73.

60. Cfr. art. 154 de la const. ap. *Pastor Bonus* (28 de junio de 1988), en A.A.S., 80 (1988), p. 901.

Ya la opción de la codificación por reunir y presentar el derecho de la Iglesia es un síntoma evidente de lo que ahora se dice, y con la codificación la idea de una construcción del derecho en torno a principios sistemáticos, que no son obra de la ciencia jurídica, sino del legislador. Por otra parte, para darse cuenta de la exactitud de tal observación, basta comparar el modo de hacer el derecho tal como surgía de las colecciones clásicas de las decretales pontificias, tan atentas todas ellas al caso concreto —es más, que surgían todas ellas como respuestas a casos concretos—, con el modo abstracto de concebir el derecho que se infiere de la reciente codificación, según el cual —al igual que en todos los sistemas jurídicos codificados— parecería que no es el derecho el que debe ser traído a la vida, sino la vida al derecho.

De este modo el derecho, antes que abierto a la vida, aparece cerrado en sus actos normativos y mira a la autoconservación. No sólo las estructuras jurídicas existentes aparecen entumecidas, sino que la misma vida de la sociedad resulta de algún modo esclerotizada. En efecto, si el derecho está en las normas del Código y no hay derecho fuera de ellas, los fenómenos que emergen en la vida de la sociedad eclesial no pueden tener ninguna posibilidad de afirmarse y de encontrar espacio, aún poseyendo ellos mismos una juridicidad intrínseca. ¡Cosa bien distinta de una reconstrucción tipológica de la realidad, autónoma respecto a la norma y condicionante de la norma en su significado y en su actuación! La realidad, en tal óptica científica, no se da fuera de la norma tal como ésta ha sido pensada y propuesta. Todos sabemos —y sea aquí suficiente este apunte como prueba— de la imposibilidad de encuadrar en el viejo Código fenómenos eclesiales nuevos, fuera de las específicas categorías asociativas entonces previstas; y la ampliación de tales categorías con la previsión general de asociaciones públicas y privadas —ampliación sancionada por el Código de 1983—, no ha hecho disminuir las dificultades al respecto, ya que la distinción concierne a perfiles clasificatorios que no corresponden a la naturaleza del fenómeno asociativo en sí, sino a su conexión con la autoridad y con el ordenamiento jurídico.

Esta inclinación del ordenamiento eclesial hacia la más férrea de las conservaciones podía y puede quizás tener una justificación en

las premisas teológicas que son propias del mismo ordenamiento. Es más, aquella es por lo regular justificada por tales premisas. Y sin embargo, sea permitido alimentar alguna duda al respecto; se trata, en efecto, de una explicación demasiado simple de un fenómeno muy complejo.

Bajo un aspecto histórico, se debe notar que la inclinación, de la que antes se ha hablado, hacia una concepción estática del derecho emerge sólo en la época moderna, cuando el derecho canónico adquiere un prevalente aspecto publicístico, llegando a ser el derecho de las estructuras de la Iglesia, como soporte y refuerzo normativo de visiones eclesiológicas.

La comparación del *Corpus iuris canonici* y, en particular, de las colecciones de decretales con la reciente codificación muestra de nuevo todo esto de manera clarísima.

El derecho de las decretales era construido en torno a problemas jurídicos que atañían al hombre y al fiel en sus relaciones intersubjetivas, en su obrar humano, en la tutela jurídica prestada de hecho por la Iglesia. El derecho tenía su punto de referencia principal en la ética y en la moral; de la ciencia moral provenía en la Iglesia la misma ciencia jurídica; y el intérprete miraba a la justicia sustancial al proponer las propias soluciones, con una libertad de espíritu que hoy nosotros no llegamos a concebir. Y precisamente por tal razón, en cuanto que consiguió introducir, en la solución de concretos problemas jurídicos referidos a la praxis, la visión antropológica de la doctrina cristiana, tan atenta a los estados jurídicos subjetivos, a las disposiciones interiores, a la responsabilidad que va más allá de cualquier formalismo, el derecho canónico representó un potente factor impulsor para el desarrollo del derecho *tout court*.

La codificación moderna del derecho canónico, y todavía más la reciente de 1983 respecto a la de 1917, aparece por el contrario rotando en torno a los aspectos estructurales de la Iglesia; y los mismos aspectos personales, a los que el Código enmendado dedica una atención algo mayor que en el pasado (piénsese en el elenco de deberes y derechos de los fieles), son vistos dentro de una cultura jurídica embebida de prevalentes preocupaciones por las estructuras eclesiales, y menos o poco atenta a los perfiles del obrar humano.

Todo esto no podía y no puede dejar de incidir sobre la interpretación jurídica, que es tanto como decir: sobre la vida del derecho ⁶¹.

Pero es bueno advertir además hasta qué punto es peligroso elevar la ley sobre el hombre, en una posición que está fuera del hombre; porque ello comporta casi inevitablemente alejar al hombre del derecho y mortificar la interpretación. Y cuanto más se pone la ley en lo alto, cuanto más se reserva a algunos pocos (intérpretes cualificados) poderla alcanzar, tanto menos responde a las exigencias de la vida jurídica, que es a la postre tanto como decir: de la vida en cuanto tal.

Por ello, surgen fuertes perplejidades respecto de aquella concepción del derecho como complejo de reglas dictadas por la fe (*ordinatio fidei*), presentada como radicalmente innovadora en relación con la tradicional concepción que reforzaba la razón; nueva concepción que se manifiesta, en cambio, singularmente confluyente y en línea —por lo menos en los resultados, si no en las intenciones— con las tendencias modernas, surgidas en varios ambientes culturales y eclesiales, de alejar el derecho del hombre, hasta hacerlo desaparecer del todo. Porque es necesario, en definitiva, darse

61. Al respecto, conviene resguardarse de paralelismos equivocados. Porque es verdad, por ejemplo, que, tras la codificación, se ha afirmado y desarrollado, y por así decirlo casi se ha impuesto el modo exegético de interpretar el derecho, con su sentido dependiente de la norma, hacia la que se asume una actitud de obsequiosa subordinación; con la idea de que ésta tiene la preeminencia en la experiencia jurídica; que en ella se encierra todo el derecho, y que, por tanto, el derecho se expande, se desenvuelve y se aplica por vía normativa (de ahí que la crisis de la norma se convierta en crisis del entero ordenamiento). Pero es necesario anotar enseguida que este modo exegético de interpretar el derecho sólo en apariencia y superficialmente puede ser aproximado a la *école de l'exégèse* que se desarrolló en Francia tras la codificación napoleónica. La ciencia jurídica francesa, con la orientación metodológica exegética que por entonces prevaleció en ella, entendía en efecto ser fiel pregonera y ejecutora de los criterios radicalmente innovadores y revolucionarios representados por el Código napoleónico, el cual quería, sobre la base de las ideas iluministas, ser instrumento de ruptura de la época con el sistema secular del *ancien régime*, con influjos innovadores no sólo en las estructuras sociales, sino también en la misma concepción de las relaciones inter-subjetivas.

Hacia una dirección del todo diversa se orienta la codificación del derecho canónico, que, cuando no se quiere reducirla a una sintética, ordenada y fácilmente comprensible síntesis del derecho de la Iglesia, se manifiesta enseguida como instrumento de afirmación de la estructura jerárquica de la Iglesia, con planteamientos ciertamente correctos por lo que afirman —sea permitido aquí ofrecer una valoración—, pero indudablemente peligrosos por los aspectos reductivos de la vida jurídica que apuntan.

cuenta de que el derecho afirmado a través de la fe ya no es derecho, en cuanto que hace del hombre el punto terminal de su aplicación, no el copartícipe de la vida jurídica, portador autónomo de instancias jurídicas. El derecho muere así como derecho y el intérprete ya no hace obra jurídica, sino teológica. Pero cuán peligroso sea reducir exclusivamente a la fe la vida de la Iglesia emerge de la fácil y casi necesaria extensión que tal idea puede tener para el modo de concebir la vía de la salvación del hombre, reducida también ella a la sola fe, con la desvalorización y la negación de las obras, y de la ley que a éstas se refiere, porque la ley ya no salva. No hay necesidad de poner en evidencia la distancia entre la tradición de la Iglesia católica y tal modo complejo de ver la vida cristiana.

Pero, por volver al problema central: sin caer en estos excesos —sugestivos, con todo—, no convence este hacer de la norma, dictada o no por la fe, el punto exclusivo de referencia de la experiencia jurídica, confinar en la norma la vida jurídica, desvalorizar el hecho (de vida) en su significado (de vida jurídica), o verlo vivir solamente en la norma. Dicho brevemente: no es convincente pensar la interpretación en cuanto centrada toda ella en torno a la norma, que se convierte así en el lugar mismo, el único lugar, de la vida del derecho. Y aún si se pudiera considerar la norma detenida en el tiempo, no sería posible concebir también el hecho cristalizado con fijeza inmóvil, ya que el hecho es de suyo mutable, es historia, es devenir, y, precisamente por ello, plantea el problema de la justicia y suscita en consecuencia al problema de la interpretación.

El «hecho» puede presentarse complejo de forma variada; y la sabiduría del intérprete se mide según su capacidad de captar en el hecho todo el significado jurídico que puede expresar. Es fruto de un burdo aunque enraizado equívoco pensar que tal significado se lo atribuya la norma, y que por tanto en ella se encuentre; porque la norma o es fruto de sabiduría jurídica, quienquiera que la manifieste (el legislador, el juez, el jurista) —y entonces será necesario en último término atender a ésta—, o bien no es, teniendo solamente la forma y la fuerza de la norma. Aquí está la diferencia entre los diversos modos de entender la interpretación.

¿Sabremos nosotros, normodependientes, captar en la relación física de las partes la fuerza generadora del matrimonio, como supieron hacerlo un Rolando Bandinelli o un Lotario de Segni, que alcanzaron a ver en aquella relación un hecho perfectivo del matrimonio, cuando hubiera sido precedido por un consentimiento *de futuro*, o bien una presunción *iuris et de iure* de un consentimiento *de praesenti*?

Este ejemplo sirve solamente para mostrar en la opinión expresada por los dos grandes canonistas medievales —que acaso nosotros seamos tentados de juzgar, con suficiencia, original o extravagante, y en cualquier caso superada— una gran apertura mental. Aquella opinión demuestra la capacidad de considerar el hecho (la relación física entre las partes) bajo el perfil de la justicia, y de saberle atribuir todo el valor de juridicidad que podía serle propio; aquel valor que quizás se nos escapa a nosotros, hombres doctos embebidos de doctrinarismo técnico.

Todavía más: cuando el romano pontífice llama a los jueces a no ser condescendientes con las causas de nulidad matrimonial, y pone en guardia contra ciertos estilos en boga actuantes del derecho que prevalecen en ciertos tribunales eclesiásticos, su llamada ha de ser leída no como una observación sobre la corrección lógico-formal de las sentencias dictadas, sobre el modo de entender y explicar la norma vigente, sino como un adecuada advertencia sobre el *deficit* de interpretación global que aquellas manifiestan, al no saber captar el hecho conyugal en su abarcante y profundo significado ético, jurídico y eclesial. ¿Y cómo negar que la crisis del derecho, que traspasa la sociedad contemporánea, es debida también al hecho de que los hombres anónimos comunes, y quizás también los intérpretes cualificados, han perdido el norte de la justicia?

De este modo no será el respeto formal de la norma la que garantice la corrección de la interpretación; es más, eso puede esconder en ocasiones la traición al derecho, y también el arbitrio. Y al contrario, a través de la interpretación se puede actuar la norma, cualquier norma, incluso la más desgraciada en apariencia (piénsese todavía en el mercader de Venecia), de un modo tal que en ella trasluzca y con ella se afirme el derecho y la justicia.

La interpretación jurídica puede desarrollar, por tanto, una función esencial para la vida espiritual y ética de la humanidad. No se puede reducirla a actividad técnica de pocos; es obra sapiencial de todos, porque sólo la sabiduría sabe captar los motivos profundos de justicia y de derecho que inspiran la vida del hombre y la hacen propiamente humana.

