

Prudentia iuris

DANILO CASTELLANO

ORDEN ÉTICO
Y DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. JURIDICIDAD Y ORDEN ÉTICO	17
CAPÍTULO II. EL PROBLEMA DE LA LAICIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	39
CAPÍTULO III. LIBERTAD Y DERECHO NATURAL	59
CAPÍTULO IV. ORDEN ÉTICO Y DERECHO	81
CAPITULO V. CONSTITUCIONALISMO Y EXPERIENCIA POLÍTICO-JURÍDICA	97
ÍNDICE ONOMÁSTICO	111

INTRODUCCIÓN

Se recogen en este pequeño volumen cuatro ponencias presentadas, respectivamente, en cuatro congresos internacionales: *El problema de la laicidad en el ordenamiento jurídico* (capítulo II) constituye la introducción al seminario del mismo nombre que tuvo lugar en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 9 de mayo de 2007; *Libertad y derecho natural* (capítulo III) fue expuesta en la apertura de las «III Jornadas Hispánicas de Derecho Natural», celebradas en la Universidad Autónoma de Guadalajara (México) durante los días 26 a 28 de noviembre de 2008; *Orden ético y derecho* (capítulo IV) fue desarrollada en el congreso «El orden ético y el ordenamiento constitucional», organizado por la Fundación Speiro en Barcelona los días 26 y 27 de noviembre de 2005; *Constitucionalismo y experiencia político-jurídica* (capítulo V) reproduce la presentada en el seminario «Postconstitucionalismo», organizado en Santafé de Bogotá por la Universidad Sergio Arboleda, de esa ciudad, en colaboración con el Consejo de Estudios Hispánicos «Felipe II» de Madrid, el día 14 de febrero de 2008.

El texto de la ponencia de las jornadas de Guadalajara ha aparecido en el volumen de las actas, *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, editado por Miguel AYUSO en Marcial Pons y, sin aparato crítico, en el núm. 471-472 (2009) de la revista *Verbo*. Esta misma revista también ha publicado los de los capítulos II, IV y V, respectivamente, en los núms. 481-482 (2010), 449-450 (2006) y 463-464 (2008). El capítulo II, a su vez, se publicó en italiano en el periódico *Instaurare*, de Udine (núm. 1-2/2007).

El capítulo I está inédito y pretende ser una breve introducción al volumen (y al problema) del que ofrece una posible clave de lectura.

La idea de recoger en un volumen estos textos es de Miguel AYUSO, director de esta colección (hoy asentada) *Prudentia iuris*. Le doy las gracias por la propuesta. Al infatigable Miguel AYUSO se le debe gratitud no sólo por la dirección y cuidado de la colección, sino también por la promoción cultural que desarrolla desinteresadamente a nivel internacional para que la verdad, que hace libres, encuentre las vías para su afirmación y para que el amor por la verdad prevalezca sobre la cómoda, pero inhumana, opción relativista. La colección que dirige es un instrumento científico para hacer que el derecho no renuncie a ser determinación de lo que es justo y, por tanto, vía para la individuación (con frecuencia fatigosa) del *id quod semper aequum ac bonum est*, que también es condición e instrumento de comunicación auténticamente humana. En otro caso se transformaría en brutal medio de poder (técnica de control social) del hombre sobre el hombre.

Me congratulo de que las contribuciones hoy reunidas, y que presentan alguna inevitable, aunque oportuna, reiteración, aparezcan en la presente colección, en la que hasta ahora se han publicado textos críticos y problemáticos sobre diversas y centrales cuestiones políticas y jurídicas de nuestro tiempo. Puedo decir más: estoy honrado de que Miguel AYUSO me haya ofrecido la oportunidad de intervenir, con modestas reflexiones y algunas observaciones, bajo ciertos aspectos obvias, pero generalmente olvidadas, sobre un tema nodal y delicado de la cultura iusfilosófica contemporánea.

Las páginas que siguen no nacen «contra», esto es, en polémica, sino «a favor», esto es, con intención constructiva, aunque a veces el aspecto polémico haya contribuido a la redacción de alguna de sus partes. Lo cierto es que «rechazan» absolutamente la tesis de NIETZSCHE (compartida por demasiados autores contemporáneos) según la cual «el derecho [...] sólo puede ser una imposición, una constricción»¹. Por lo que deberíamos «contentarnos con derechos arbitrarios que son expresión de la necesidad de que exista un derecho». El derecho, al contrario, es un «dato», con seguridad anterior al Estado, a toda convención social, y es *condicio sine qua non* de la comunidad política; es una exigencia del hombre y de la sociedad; no es, por tanto, exterior y heterónomo, un conjunto de reglas meramente «impuestas». Por esto, las páginas que siguen «rechazan» también la reducción del derecho

¹ Cfr. F. NIETZSCHE, *Menschliches, Allzumenschliches*, 459; versión italiana en *Opere complete di Federico Nietzsche*, vol. III, Milano, Industrie Riunite Arti Grafiche, 1927, p. 304.

(aunque para el derecho no deje de ser relevante la forma) a formalismo, que se ve obligado a identificar el objeto de la ciencia jurídica con el procedimiento o, mejor, a hacer de la metodología el contenido del derecho². En las páginas que siguen se «rechaza», por tanto, cualquier apertura al nihilismo jurídico. A toda forma de nihilismo jurídico, sea irónico, neopragmático, cognitivo u «ontológico», por citar sólo algunos³.

Brevemente, me parece que las páginas que siguen vuelven a proponer (modestamente) una vía

² Una excepción que merece destacar es la que representa, en este sentido, J. BMS. VALLET de GOYTISOLO, que con sus monumentales *Metodología de la determinación del derecho* y *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, en varios volúmenes (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Fundación Cultural del Notariado, 1994, 1996, 2000, 2002 y 2003), y con la *Metodología de las leyes* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991), precedidas por una *Metodología jurídica* (Madrid, Civitas, 1988) y seguidas por unos *Manuales de metodología jurídica* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2004), ha hecho de la misma metodología un camino para alcanzar el derecho; la metodología, pues, no es el objeto de la ciencia jurídica, sino el medio a través del cual se descubre el derecho. Sobre la obra y el pensamiento jurídico de Juan BMS. VALLET DE GOYTISOLO, así como sobre su significado para la cultura jurídica, se envía al amplio y documentado trabajo de E. CANTERO NÚÑEZ, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytiso*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 2000.

³ Para una breve introducción a la cuestión, véase G. BIANCO, voz «Nihilismo giuridico», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, vol. III, *Aggiornamento*, Torino, UTET, 2007. El nihilismo jurídico representa el punto de no «superación» del positivismo jurídico y, en particular, de la doctrina de Kelsen. Uno de sus defensores, como se ha apuntado, es el italiano Natalino IRTI, cuya doctrina se ha definido (contradictoriamente) como «nihilismo ontológico». Para esta tesis véase N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005; Íd., *Nihilismo e concetti giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, e Íd., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

«clásica» para la consideración del derecho, de sus problemas, de su metodología. Esta vía no está hoy de moda; incluso se considera impracticable, porque el hombre de nuestro tiempo ha decretado la muerte de todas las esencias, haciendo (arbitraria y absurdamente) de la naturaleza un producto de la cultura, tras haber hecho ésta «líquida» y «multiescala» el concepto, como sostienen los más actuales conocedores de la nada.

La política y el derecho, sin embargo, no pueden ser abandonados ni a las mudables opiniones ni al arbitrio de quien tiene el poder. Requieren, por el contrario, esfuerzo para la indagación de su fundamento, que representa también su legitimación. El poder político y el jurídico exigen, por tanto, individuar su naturaleza. El formalismo, en efecto, no les basta: solamente la individuación de su esencia (y, por tanto, de su fin) constituye el criterio (que es criterio intrínseco) para su ejercicio legítimo. Sobre esta cuestión insisten las páginas que siguen, que —por ello— plantean (o, al menos, intentan plantear) la cuestión de las cuestiones de la experiencia político-jurídica, a la que hoy generalmente intenta sustraerse.

CAPÍTULO I

JURIDICIDAD Y ORDEN ÉTICO

1. INTRODUCCIÓN

Tras el idealismo que distinguió y a veces contrapuso *ética* y *moral*, aunque en continuidad con el mismo, se sostiene actualmente que es posible (según algunos, necesaria) una ética sin moral y que la ética sería el producto de una *convención* teórica o simplemente práctica, en ocasiones exclusivamente de hecho. La ética sería necesaria para la convivencia y, por lo mismo, exigida por ésta.

Existiría, por tanto, *un* orden ético, pero no *el* orden ético. El orden, pues, sería meramente convencional y funcional. Tendría una existencia nominalista y no óptica. No podría prescindirse de él, pero dependería de la *representación* del orden creado por los individuos o la colectividad. La *representación*, por ello, sería constitutiva del orden ético y no una representación (propia o impropia, poco importa por ahora) del orden ético en sí y por sí mismo. Esto vale en el nivel del orden ético con-

siderado bajo la perspectiva moral, política o jurídica. Está ahí implicada toda la filosofía de la praxis, que no sería, por ello, filosofía como *contemplación* de la acción (esto es, como acogida de la *naturaleza* de la acción), sino acción «libre» de la «filosofía». La «filosofía», entendida de esta manera, orientaría, sí, la acción, pero ésta sería ya libre y liberada de todo vínculo, con exclusión del dictado por el fin operativo asumido. La opción que, en cuanto tal, no depende de otra cosa que de la libre autodeterminación de individuos o pueblos, constituiría —en último término— el fundamento de la filosofía. Por eso, ésta sería la epifanía de la libertad absoluta, si bien en su curso encuentra —como se acaba de decir— vínculos y reglas impuestas por el fin que la opción ha decidido perseguir. Así, por ejemplo, no es posible anular todo ordenamiento jurídico, como querría el pensamiento anarquista. Porque el ordenamiento jurídico, por una parte, es necesariamente normativo a causa de las finalidades asumidas o por las solas finalidades convencionalmente asumidas (KANT, por ejemplo, habría hablado en este sentido de *imperativo hipotético*) y, por otra, más que tener un fundamento jurídico sería la condición de la juridicidad. De modo que tendremos tantas juridicidades como ordenamientos (lo que PASCAL encontraba, con razón, absurdo) y, al límite, también en presencia de un hipotético ordenamiento universal éste sería la fuente del derecho en vez de su instrumento. Lo que se representa como jurídico sería tal porque es representado. Tanto que algunos autores (VOEGELIN, por ejemplo) han podido hablar de un orden jurídico

«histórico»¹, que no es realización, siquiera sea imperfecta, del orden en la historia, sino la historia de los órdenes, *rectius* de los ordenamientos como conjunto de normas y, más en general, de orientaciones consideradas «obligatorias» sobre la base de las opciones ejercitadas. Así, el nazismo codificó «su» orden, el liberalismo el «suyo», el socialismo el «suyo», etc. El orden vendría dado por las reglas coherentemente derivadas de las premisas; éstas, sin embargo, serían absolutamente libres. Lo que se justifica (como alguno ha argumentado) no es la opción inicial, sino la coherencia en la aplicación y en el desarrollo de la opción.

2. EL ORDEN DEL SISTEMA

Está claro que la justificación, aunque se presente sólo como argumentación entendida en el sentido hasta ahora apuntado, es absolutamente interna al sistema. Nunca es justificación del sistema, sea ésta una doctrina filosófica o ética, sea un ordenamiento jurídico. Como punto de vista resulta ejemplar, por caso, el sistema hegeliano²: HEGEL

¹ E. VOEGELIN ha mostrado cómo la historia de los ordenamientos jurídicos es la historia de los intentos de construcción del orden público del que dependería el orden. El orden, por tanto, sería el producto del poder y no la regla para su ejercicio. Ésta es la pretensión de la *modernidad*, incluso cuando reivindica el Estado de derecho, esto es, el Estado que se autosomete al respeto procedimental de las normas creadas por él mismo.

² HEGEL, de hecho, parte de una definición para la construcción de su sistema. El *incipit* de su *Fenomenología del Espíritu* asume como verdadero que el ser es sujeto y no sustancia. (Que se dijese esto contra SPINOZA poco importa, lo que queda, de hecho, es la afirmación.) De aquí

procede con una lógica férrea en la argumentación. No da, sin embargo, razones de la opción inicial, de la que arranca «su» filosofía, que por eso es «suya» y no filosofía en sí y por sí. Aunque menos coherentes y menos férreas desde el ángulo lógico, repiten el error hegeliano algunas teorías políticas norteamericanas contemporáneas: diversos comunitaristas que parten del «nosotros aquí lo hacemos así»³, esto es, de una opción levantada sociológicamente, no ofrecen las razones por las que una praxis identitaria deba considerarse válida y, por ello, idónea para pretender que todos «lo hagan así»⁴. También en este caso el orden es exclusivamente un orden preferencial, elegido por un grupo social que pretende ser normativo sobre la base de una opción de hecho de la que no se da justificación fundante. Además, incluso las «morales provisionales» teorizadas en el pasado (por DESCARTES, por ejemplo) eran o declaraciones abiertas de impotencia o astucias de mercaderes: llevaban a la aceptación de un orden ético para el que se podían encontrar mil razones de oportunidad pero ni un solo argumento verdaderamente fundante.

El orden del sistema prescinde, de hecho, de lo que Cornelio FABRO llama *el problema del comienzo*: la filosofía «comienza [verdadera y] ab-

deduce HEGEL, después, la fenomenología de la subjetividad, que propiamente constituye una superposición racionalista a la realidad (cfr. G. W. F. HEGEL, *Die Phänomenologie des Geistes*, traducción italiana al cuidado de E. DE NEGRI, Firenze, La Nuova Italia, 1960²).

³ Véase, entre las distintas teorías, sobre todo la de Ch. TAYLOR.

⁴ Para algunas consideraciones sobre la dificultad de una tesis similar, véanse las pp. 69-79 de mi libro *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

solamente [cuando y] en cuanto en su comienzo tiene la experiencia de su esencia de reflexión radical sobre el fundamento»⁵. Bajo esta perspectiva, aunque los juristas declararan hasta hace algunos decenios que querían sustraerse a las consideraciones filosóficas para atenerse a la *empiria*, en realidad se revelan (o se revelaban) más atentos al problema del comienzo que los filósofos o los considerados como tales. Francesco CARNELUTTI, por ejemplo, afirmaba que al jurista le basta el «dato» observable: que un hombre sea hombre —observó— es un dato que los juristas no discuten⁶. Aunque no lo discuten, este «dato» es, sin embargo, acogido «filosóficamente», puesto que la afirmación implica la individuación de una naturaleza «concreta», esto es, que tiene el acto de ser, frente a la que el único poder que tiene la inteligencia humana es el de inclinar la cabeza para reconocer lo que es⁷. La cuestión, como veremos en las páginas que siguen, no

⁵ C. FABRO, *La prima riforma della dialettica hegeliana*, Segni (Roma), EDVI, 2004, p. 15.

⁶ F. CARNELUTTI, «La persona umana e il delitto», en *La persona umana e gli odierni problemi sociali*, Roma, Studium, s.d. (pero 1945), p. 23.

⁷ Aunque a partir de la segunda mitad del siglo XX los juristas se han encontrado frente a cuestiones nuevas (fecundación médicamente asistida, el útero de alquiler, el trasplante de órganos) que imponen una «superación» de la afirmación de CARNELUTTI citada como ejemplo, el problema sigue siendo el mismo: sólo abandonando la verdadera filosofía y recurriendo a la ideología del personalismo contemporáneo (cuestión para la que remito a D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007), la Corte constitucional italiana, por ejemplo, ha podido pronunciarse (cfr. Sentencia 27/1975) en favor de la legalidad del aborto terapéutico. Obrando así, sin embargo, la Corte constitucional ha pretendido «definir» la persona (humana), esto es, «construirla» racionalistamente. No ha conservado el tesoro de la auténtica filosofía ni de la tradición jurídica evocada por CARNELUTTI.

tiene que ver sólo con la capacidad jurídica, *rectius* la subjetividad jurídica, sino también con la capacidad de obrar que se reconoce no sobre la base de una definición normativa arbitraria, sino acogiendo la realidad. El legislador y el jurista están necesariamente «abiertos» a la realidad, también cuando regulan y consideran, por ejemplo, la donación y la compraventa; cuando tratan de la donación remuneratoria; cuando se encuentran frente al enriquecimiento sin causa, o cuando deben individuar la naturaleza del delito, etc⁸. El legislador y el jurista, además, deben estar particularmente atentos a la realidad cuando examinan la responsabilidad civil y la imputabilidad penal. Por eso, el derecho no tiene sólo necesidad de la verdadera filosofía, sino que es verdadera filosofía, que no es ni opinión ni sistema. Éste, de hecho, es sostenido en último término por una ideología de la que al mismo tiempo es portador. El orden del sistema legitima la caza de la ideología, esto es, la búsqueda de la *Weltanschauung* que está en el fondo del mismo sistema; legitima, además, la cultura de la sospecha que, a su vez, lleva a considerar el orden moral, político y jurídico como mera imposición del poder.

⁸ Observó justamente, en este sentido, Giuseppe BETTIOL que «el jurista que quiera hacer una obra útil y no limitarse a jugar con los “fantasmas” de la doctrina pura del derecho, debe examinar los presupuestos esenciales de los que procede el delito» (G. BETTIOL y L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12.^a ed., Padova, Cedam, 1986, p. 219). Lo que no significa negar la necesidad de una consideración *formal* del delito, sino más bien que ésta no puede prescindir de su consideración *sustancial*, como se verá en el capítulo IV a propósito de una «feliz» contradicción del conocido penalista italiano positivista Francesco ANTOLISEI.