

MIGUEL AYUSO
(ED.)

UTRUMQUE IUS
DERECHO, DERECHO NATURAL Y DERECHO CANÓNICO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN , por <i>Miguel Ayuso</i>	17
DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA AL DERECHO , por <i>Danilo Castellano</i>	19
1. TRES CUESTIONES POR CONSIDERAR.....	19
2. LA EXPERIENCIA.....	20
3. LA EXPERIENCIA JURÍDICA	22
4. EL DERECHO	25
5. UNA PRIMERA CONCLUSIÓN	26
6. EXPERIENCIA Y DERECHO SEGÚN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO.....	27
7. PALABRAS DE CONCLUSIÓN.....	29
EL MATRIMONIO CANÓNICO Y EL DERECHO NATURAL , por <i>Aldo Vendemiati</i> ...	31
1. INTRODUCCIÓN	31
2. EL DOGMA	32
3. LA REFLEXIÓN DE SANTO TOMÁS.....	33
4. EL AMOR ENTRE HOMBRE Y MUJER EN EL HORIZONTE DEL DERECHO...	36
EL MATRIMONIO Y EL DERECHO CANÓNICO. REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO NATURAL , por <i>José María Sánchez</i>	41
1. DOS TEXTOS DE BENEDICTO XVI.....	41
2. UNA NUEVA EXPLICACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE PODER POLÍTICO Y RELIGIOSO	43
3. EL MATRIMONIO COMO REALIDAD NATURAL.....	47
4. EL MATRIMONIO NATURAL EN EL MUNDO SECULARIZADO	51
CAPACIDAD E INCAPACIDAD PSÍQUICA PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL , por <i>Juan Pablo Alcocer</i>	53
1. INTRODUCCIÓN	53

2.	LA DISCRECIÓN DE JUICIO ACERCA DE LOS DERECHOS Y DEBERES ESENCIALES DEL MATRIMONIO QUE SE HAN DE DAR Y ACEPTAR.....	54
3.	CAPACIDAD CONSENSUAL	56
4.	COMENTARIOS ANTROPOLÓGICO-JURÍDICOS DEL CANON 1095	60
5.	CONCLUSIONES	65
DERECHO NATURAL Y DERECHO DE LA IGLESIA, por Ignacio Barreiro.....		67
1.	LA NATURALEZA SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	67
2.	DERECHOS Y DEBERES EN LA IGLESIA	69
3.	EL DERECHO Y EL DEBER DE PRACTICAR EL APOSTOLADO	70
4.	LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN DEL PENSAMIENTO A LA CONSTRUCCIÓN DE LA IGLESIA	71
5.	DERECHO AL RESPETO DE LAS NORMAS LITÚRGICAS Y A LA DEBIDA INSTRUCCIÓN	72
6.	DERECHO A LA PROPIA ESPIRITUALIDAD	73
7.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL ..	74
8.	CONCLUSIONES	75
VIGENCIA DE LA NOCIÓN DE IGLESIA COMO SOCIEDAD JURIDICAMENTE PERFECTA Y SU ANCLAJE EN EL DERECHO NATURAL, por Luis María de Ruschi .		77
1.	INTRODUCCIÓN	77
2.	LA POLÉMICA ANTI PROTESTANTE: LA <i>ECCLESIA SPIRITUALIS</i> CONTRA PUESTA A LA <i>ECCLESIA IURIS</i>	78
3.	LA REACCIÓN ALEMANA: LA ESCUELA DE WURZBURGO.....	79
4.	LA ESCUELA ROMANA DEL <i>IUS PUBLICUM ECCLESIASTICUM</i>	80
5.	LA RECEPCIÓN DEL CONCEPTO DE <i>SOCIETAS PERFECTA</i> EN EL MAGISTERIO PONTIFICIO.....	81
6.	LAS PRIMERAS CRÍTICAS.....	84
7.	EL CONCILIO VATICANO II Y EL MAGISTERIO POSTCONCILIAR.....	86
8.	LA CRISIS POSTCONCILIAR DEL <i>IUS PUBLICUM ECCLESIASTICUM</i> . LAS PRIMERAS REACCIONES	87
9.	CONCLUSIONES	90
¿LAS TRANSFORMACIONES EN LA IGLESIA GENERAN CAMBIOS EN LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO? ENSEÑANZAS PRÁCTICAS DE LA EXPERIENCIA EN BÉLGICA, por Frank Judo.....		93
1.	INTRODUCCIÓN	93
2.	CATEGORÍAS BÁSICAS DE LA RELACIÓN IGLESIA-ESTADO EN BÉLGICA ...	94
3.	EL CAMBIO SILENCIOSO EN LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO.....	96
DERECHO NATURAL Y DERECHO PENAL. APROXIMACIONES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LAS PENAS Y LA CRISIS DEL DERECHO PENAL, por Nicolás Romero.....		101
1.	INTRODUCCIÓN	101
2.	SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO PENAL Y SU LUGAR EN LAS CLASES DE JUSTICIA.....	102
3.	EL LUGAR DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO NATURAL	104

4. UN EJEMPLO NIHILISTA Y ABOLICIONISTA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	107
5. CONCLUSIÓN	108
EL DEBER DE LEGISLAR EN LO PENAL , por <i>Ricardo Marques Dip</i>	111
1. INTRODUCCIÓN	111
2. LA PENNA JUSTA	112
3. ILÍCITO, CULPA Y PERSONA	114
4. EL DEBER DE CASTIGAR	116
¿HAY UN FUNDAMENTO IUSNATURALISTA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA? , por <i>Mário Ferreira Monte</i>	119
1. INTRODUCCIÓN	119
2. HACIA UN FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	120
3. DERECHO NATURAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA	121
4. VISIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	122
5. LOS PRINCÍPIOS DE DERECHO NATURAL, INSTANCIA INTERPRETATIVA ..	124
6. EL SENTIDO DE LA JUSTICIA Y EL PAPEL DEL JUEZ	125
7. EL PROCESO PENAL, DE LA CONCORDANCIA AL ACUERDO	126
8. JUSTICIA RESTAURATIVA Y PAPEL DEL JUEZ	126
9. EL POTENCIAL DEL MODELO RESTAURATIVO	127
10. CONCLUSIÓN	128
DERECHO NATURAL Y DERECHO CIVIL , por <i>Alain Sériaux</i>	129
1. INTRODUCCIÓN	129
2. DERECHO NATURAL Y DERECHO CIVIL DE PERSONAS	131
3. DERECHO NATURAL Y DERECHO CIVIL DE BIENES	133
IT IS JUST PRICE. ENTENDER LOS MALES ECONÓMICOS MODERNOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA SOCIAL CATÓLICA , por <i>Brian McCall</i>	137
1. INTRODUCCIÓN	137
2. RAÍCES ANTIGUAS	138
3. DESARROLLO DE LOS DETALLES DE LA DOCTRINA DEL PRECIO JUSTO ..	141
4. APLICACIÓN AL MERCADO DE LA VIVIENDA	147
EL DERECHO (Y LA LEY) NATURAL CATÓLICOS DE CARA AL PROTESTANTIS- MO Y LA CONSTITUCIÓN MODERNA , por <i>Juan Fernando Segovia</i>	151
1. PRELIMINAR: QUÉ SE ENTIENDE POR CONSTITUCIÓN	151
2. LEY NATURAL Y ORDEN POLÍTICO EN LA DOCTRINA CATÓLICA	152
3. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO	154
4. LAS CLAVES PROTESTANTES DEL CONSTITUCIONALISMO	155
A) La ley natural y la libertad de conciencia	155
B) Libertad de conciencia y <i>sola fide</i>	156
C) El frágil fundamento de la autoridad	157
D) Protestantismo, estatismo y secularización	159

5. LA ESCUELA MODERNA DEL IUSNATURALISMO	160
A) De la ley natural a la ley racional	160
B) Iusnaturalismo y voluntarismo	161
6. CONCLUSIÓN	164
LA ESTIRPE CALVINISTA DEL CONSTITUCIONALISMO, por <i>Fernán Altuve-Febres</i>..	167
1. DERECHO NATURAL Y TRADICIÓN ESCOLÁSTICA	167
2. REVOLUCIÓN PROTESTANTE Y DERECHO SECULAR.....	170
3. LA ESTIRPE CALVINISTA DEL CONSTITUCIONALISMO.....	175
4. LAS RAÍCES TEOLÓGICAS DE LA EMANCIPACIÓN	178
5. RAÍCES TEOLÓGICAS DE NUESTRAS CONSTITUCIONES.....	182
EL POSITIVISMO JUDICIAL COMO REACCIÓN CONSERVADORA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE: UNA PROPUESTA FINAL AL PROBLEMA, por <i>Christopher Ferrara</i>	187
1. INTRODUCCIÓN	187
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO «CONSERVADOR» DE LOS ESTADOS UNIDOS	189
A) Orígenes	189
B) El originalismo como hermenéutica conservadora	193
C) <i>Dred Scott vs. Sandford</i> : el bochorno «originalista»	194
D) <i>Buck vs. Bell</i> : la deferencia a la «suprema legislatura» de LOCKE.....	197
E) <i>Departamento del empleo vs. Smith</i> y <i>Ciudad de Boerne vs. Flores</i> : una consagración moderna del positivismo de LOCKE.....	199
3. EL POSITIVISMO JURÍDICO LIBERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	201
A) El no-debate de HART-DWORKIN.....	201
B) Los casos sobre sexualidad del Tribunal Supremo: la «libertad» en marcha.....	203
4. UNA PROPUESTA FINAL AL PROBLEMA	212
EL DERECHO NATURAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL CASO DE FRANCIA, por <i>Gilles Dumont</i>	217
1. OBSERVACIONES PRELIMINARES	217
2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO IMPREGNADO POR EL DERECHO NATURAL	220
3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ORDEN POLÍTICO NATURAL	223
SUBSIDIARIEDAD Y DERECHO NATURAL. UNA REFLEXIÓN COLOMBIANA, por <i>Juan Carlos Novoa</i>.....	227
1. INTRODUCCIÓN	227
2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	227
3. LA SUBSIDIARIEDAD Y LOS CUERPOS INTERMEDIOS	229
4. REDUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	230
5. EL CASO COLOMBIANO	232
6. CONCLUSIÓN	235

LAS TENDENCIAS PERVERSAS DEL NEOCAPITALISMO , por <i>Julio Alvear Téllez</i>	237
1. EXORDIO	237
2. NEOCAPITALISMO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	238
3. LAS TENDENCIAS NOCIVAS DEL NEOCAPITALISMO	241
A) La ideología economicista: presupuestos	241
B) La ideología economicista: aplicaciones prácticas	244
C) Capitalismo disruptivo o licuefactor	246
D) Subordinación de la economía productiva a la economía financiera.....	251
4. MODELO IRRACIONAL DE LOS NEGOCIOS	254
5. LA ECONOMÍA DEGRADADA POR EL NEO-CAPITALISMO. DOS INFOR- MES	257
6. BREVE DIGRESIÓN. POR QUÉ LA ECONOMÍA LIBERAL DE MERCADO ES UN FRACASO SOCIAL.....	258
7. EL NEOCAPITALISMO EN UNA VISIÓN DE CONJUNTO	260
8. A MODO DE CONCLUSIÓN	261
¿DOS DERECHOS? EL IMPRESCINDIBLE DERECHO NATURAL , por <i>Miguel Ayuso</i> .	263
1. INTRODUCCIÓN	263
2. EL DERECHO NATURAL COMO ONTOLOGÍA JURÍDICA	264
3. EL DERECHO NATURAL COMO CRITERIOLOGÍA JURÍDICA	266
4. EL DERECHO NATURAL COMO METODOLOGÍA JURÍDICA.....	269
ÍNDICE ONOMÁSTICO	273

PRESENTACIÓN

Entre los pasados días 5 y 7 de febrero tuvo lugar en Santafé de Bogotá el V Congreso Mundial de Juristas Católicos. Quien abajo firma, en su calidad de presidente de la Unión Internacional de Juristas Católicos (Roma), tuvo a su cargo la dirección científica de la reunión, que acogió con gran generosidad y altura de miras la Universidad Católica de Colombia. También pusieron su granito de arena para el buen fin el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (Madrid) y el Grupo Sectorial de Ciencias Políticas de la Federación Internacional de Universidades Católicas (París).

En la sesión de apertura, junto con el rector de la Universidad Católica de Colombia, Francisco GÓMEZ ORTIZ, y los presidentes de la Asociación Colombiana de Juristas Católicos y de la Unión Internacional de Juristas Católicos, estuvo presente el Procurador General de Colombia, Alejandro ORDÓÑEZ MALDONADO. A continuación, el profesor Danilo CASTELLANO, de la Universidad de Udine, expuso la ponencia introductoria y el obispo Juan Vicente CÓRDOBA celebró la Santa Misa. Para la clausura, en presencia del Prefecto del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, el Cardenal Raymond L. BURKE, quien a continuación celebró la Santa Misa en el rito romano tradicional, extraje las conclusiones. Y entre ambas se desarrollaron seis sesiones temáticas, centradas en las relaciones del derecho natural con el positivo (de ahí el guiño de la rúbrica *Utrumque ius*, que habitualmente reviste otro significado: el del derecho civil en relación con el canónico), sin excluir el canónico: el derecho natural en el derecho canónico, en el derecho público eclesiástico, en el derecho penal, en el derecho civil, en el derecho constitucional y en el derecho administrativo. Para cada una de ellas tres ponentes, venidos de España, Portugal, Francia, Italia, Austria, Estados Unidos, Méjico, Colombia, Brasil, Perú, Argentina, Uruguay y Chile.

Si la concepción del congreso era orgánica, pues cubría la mayoría de los campos del ordenamiento jurídico positivo, también lo ha sido la ejecución. Y así, el presente volumen recoge todas las ponencias, a excepción de una, presentadas ordenadamente y sistemáticamente. El trabajo no ha sido pequeño, pero confiamos en que haya merecido la pena.

DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA AL DERECHO

Danilo CASTELLANO
Universidad de Udine

1. TRES CUESTIONES POR CONSIDERAR

Para tratar el amplio y complejo tema que se me ha propuesto voy a presentar y resumir el problema considerando brevemente tres cuestiones: la de la experiencia, la de la experiencia jurídica y la del derecho. Son cuestiones interdependientes, esto es, no separables, por más que sean distintas desde algunos ángulos. Son, además, cuestiones que atraviesan los siglos de la civilización, más propiamente de la civilización jurídica, que no ha conocido un desarrollo lineal (como sostiene la doctrina del progresismo y del historicismo), sino que presenta un recorrido accidentado, marcado por «caídas» y «recuperaciones», es decir, hablando metafóricamente, por «montañas rusas».

Las preguntas a las que, por tanto, se buscará dar respuesta son: ¿qué debe entenderse por experiencia? ¿Es la misma vía hacia la realidad? ¿En cuáles y por qué condiciones se hace posible?

Si consideramos, a continuación, la experiencia jurídica, será oportuno responder a las siguientes preguntas: ¿se contrapone la experiencia «jurídica» al derecho o es acogida por el mismo derecho, aunque sea de modo auroral, es decir, sin alcanzar su «concepto» y sin dar justificación del mismo? ¿Es posible la experiencia jurídica refiriéndose sólo a la estatalidad del derecho, que —en último término— permitiría la experiencia del poder, aunque a veces lo sea regulado y ordenado en parte, pero no de la juridicidad?

Será oportuno, finalmente, en lo que toca a la cuestión del derecho, responder a esta pregunta: ¿tiene un fundamento o es producido por fuentes (definidas así de producción del derecho) que presumen poder instituir la justicia sobre la base de normas (positivas), es decir, basada en el derecho legislado, o sobre bases convencionales, esto

es, sobre pactos (como después de la paz de Westfalia de 1648 y hasta hace poco tiempo se sostenía explícitamente, por ejemplo, para el derecho internacional, extraído *more geometrico* de los Tratados de paz), o sobre bases hermenéuticas, o lo que es lo mismo, postulando un derecho vivo y vigente (vivo en cuanto y sólo en cuanto vigente), que ha sido puesto por la jurisprudencia como interpretación efectiva (no necesariamente fundada, lógica y finalista) de las normas y que asume como propio fundamento un «derecho sociológico» privado de su verdad?

2. LA EXPERIENCIA

Como es sabido, es un término que se usa con una pluralidad de significados, dependientes tanto de las muchas formas que asume, cuanto de los sistemas llamados filosóficos en el interior de los que (y, por tanto, sobre la base de los cuales) viene definida¹. Se han individuado, en efecto, no menos de siete significados de experiencia² [genérica, práctica específica, cognoscitiva de un solo hecho, acumulación (personal o histórica) de hechos vividos, gnoseológica, sistemática y vía inductiva al conocimiento]; siete significados que no niegan su raíz etimológica, que indica un «pasar a través». Se puede, ciertamente, «pasar a través» de muchos modos: de modo superficial, esto es, simplemente fenomenológico (lo que ocurre con la mera constatación de un hecho empírico y, a veces, con su presunta descripción), o de modo problemático, es decir, planteándose las preguntas que nacen de la misma experiencia y que imponen al sujeto, que tiene verdaderamente experiencia, una indagación sobre la realidad.

También, como se va a apuntar, puede tenerse experiencia del derecho de manera fenomenológica o problemática. La primera manera de tener experiencia, «contentándose» con la constatación y la descripción de elementos que se presentan a la conciencia individual o colectiva como normativos (aunque puedan no ser obligatorios), entiende que el «derecho» es lo que viene mandado y acompañado por la efectividad. La segunda manera, en cambio, no puede considerar «derecho» la voluntad que se impone en virtud del poder, ya que ésta no presenta en sí y por sí, es decir, en cuanto tal, ni el carácter de la racionalidad (clásica, es decir, contemplativa) ni el de la juridicidad. Resulta claro, por tanto, que la experiencia problematizada es vía para la búsqueda de la realidad. Afirmación que no debe «leerse» en el sentido que le atribuyó HEGEL, ya que la realidad de la que se habla no es la constituida por la conciencia y en la conciencia; es la realidad, al contrario, la que constituye la condición de la conciencia. La experiencia no es, por tanto, el momento del comienzo de la filosofía como sistema, sino la toma de conciencia de la necesidad de la filosofía para hacer posible la misma experiencia. Es la realidad, en efecto, la que permite la experiencia, entendida aquélla no como «producto» del espíritu viviente, como escribió —por ejemplo— HEGEL en las primeras páginas

¹ «De experiencia jurídica —observó OPOCHER (cfr. E. OPOCHER, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Treviso, Tipografia Crivellari, 1947, p. 12)— hablan [...] idealistas y positivistas, kantianos y tomistas, irracionales y racionalistas». Esto es, hablan todos, pero atribuyendo a la experiencia jurídica significados muy diversos. Nos parece penetrante el trabajo histórico y teórico a la vez de F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991; trabajo que se señala como particularmente útil para la cuestión.

² Cfr. voz «Esperienza» de G. GIANNINI y M. M. ROSSI, en *Enciclopedia filosofica*, Firenze, Sansoni, 1967, vol. 2, coll. 983-1002.

de su *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*³, sino como lo que permite la aprehensión de la esencia (que tiene el acto de ser) de las cosas: «La cosa real —afirma un pensador español contemporáneo— es aprendida como real en y por sí misma: es “de suyo” lo que es»⁴. «Reidad e realidad —continúa ZUBIRI— es formalidad del “de suyo”. Éste “de suyo” es el momento según el cual lo aprendido es “ya” lo que está aprendido. Éste “ya” expresa la anterioridad formal de lo aprendido respecto de su estar aprendido: es el *prius*»⁵. «El “de suyo” constituye, pues, la radicalidad de la cosa misma como real y no solamente como alteridad. Y esto es esencial»⁶.

La experiencia, por tanto, debe ser apertura a la realidad como «dato» óptico, que es mucho más que la objetividad. Quizá pueda resultar poco clara esta distinción fundamental. Y no sólo en relación con la doctrina hegeliana que deforma la realidad con su racionalismo, sino también respecto de las doctrinas posthegelianas que han hecho del consentimiento (entendido como adhesión a un proyecto cualquiera) la condición de la realidad: HEGEL, en efecto, por su parte, admite que *nihil est in intellectu, quod non fuerit in sensu*, pero añade inmediatamente que *nihil est in sensu, quod non fuerit in intellectu*. Con lo que asigna arbitrariamente al espíritu la función de ser causa del mundo y al sentimiento jurídico (como al moral y religioso) la función constitutiva de la experiencia jurídica (o de la moral y religiosa). Las doctrinas posthegelianas, por su parte, conducen a la identificación de sociología y realidad. En uno y otro caso la experiencia, en particular la del derecho, se convierte en experiencia de la sola efectividad, hecha sistema o (con lenguaje jurídico) ordenamiento e institución. Sobre estas cuestiones volveremos dentro de poco. Lo que aparece es que todas estas doctrinas terminan por hacer de la experiencia la mera constatación del «desenvolvimiento» del espíritu (no en la libertad sino como libertad absoluta) y, por tanto, se ven obligadas a definir el derecho como «existencia del querer libre»⁷, es decir, *ethos* o costumbre, afirmado sin ningún criterio y erigido en criterio momentáneo de la vida individual y social. También reflejan esta doctrina las teorías según las cuales las identidades colectivas, por el hecho de haberse impuesto como tales, expresan (mejor: son) un ordenamiento jurídico (SANTI ROMANO, SCHMITT, etc.) que encontraría en el poder del yo social su punto de Arquímedes y las razones de la propia legitimación. No cambian sustancialmente las cosas, a continuación, a la luz de las doctrinas que hacen del compartir comunitario («nosotros aquí lo hacemos así, de manera que cualquiera que venga aquí debe hacerlo así», como afirma —por ejemplo— TAYLOR) o de la democracia participada (HABERMAS, por ejemplo) el fundamento del ordenamiento jurídico, comprendido el constitucional: en todos estos casos la experiencia es sólo el despliegue de la libertad negativa del espíritu que se constituye como universal sólo porque es efectivo y en la medida de su efectividad, así como pretende identificar voluntad y racionalidad. Tanto que se ha sostenido cómo sería un principio al tiempo político y jurídico el de que *sit pro ratione voluntas*. Lo que desnaturaliza al derecho, haciéndolo arbitrario, injusto e incierto a través de las mismas normas positivas. La llamada justicia civil (la conmutativa que, en parte, *ratione materiae* debería ser recibida en los Códigos civiles y regulada por ellos), queda abandonada a

³ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften in Grundrisse*, § 6.

⁴ X. ZUBIRI, *Inteligencia sentiente. Inteligencia y realidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, trad. it., Milano, Bompiani, 2008, p. 326.

⁵ *Ibid.*, p. 282.

⁶ *Ibid.*

⁷ G. W. F. HEGEL, *op. cit.*, § 486.

las incertidumbres y prepotencias de quien detenta el poder de turno. La ley positiva, en efecto, que es superada por los positivistas la ley *tout court*, es el solo mandato del soberano (sea el Estado, el pueblo o la mayoría contingente de la doctrina politológica del Estado como proceso). El delito, a su vez, sobre la base del citado (y considerado) principio *sit pro ratione voluntas*, ha sido definido coherentemente como «aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige como sanción una pena (criminal)»⁸, permitiendo así utilizar convencional y operativamente los ordenamientos como se evidencia actualmente, por ejemplo, en los tipos del delito de terrorismo tal y como se construye y aplica en Italia y Egipto⁹.

3. LA EXPERIENCIA JURÍDICA

La experiencia así entendida no es conocimiento, ni siquiera auroral, de la realidad. Es conocimiento meramente histórico de la acción del espíritu, reconocimiento de sus determinaciones, constatación de sus realizaciones. Es conocimiento de la objetivación del espíritu, autoconciencia de hacerse y del haberse hecho. Lo que no permite ni acoger la naturaleza de la acción, ni valorar la determinación del espíritu, ni juzgar su realización. El bien es sólo la efectividad, cualquier efectividad. Lo aceptable o no de un ordenamiento jurídico no depende, pues, de razones o argumentos. En su fundamento y justificación no se hallan, de hecho, ni el orden metafísico ni la justicia. La afirmación resulta comprensible si se considera la doctrina de la soberanía (sea del Estado o el pueblo), entendida como supremacía. Los juristas modernos y contemporáneos, en efecto, han solido partir de esta asunción para intentar justificar el ordenamiento y para tratar de explicar la experiencia que definen como jurídica pero que en realidad es experiencia de un orden legal convencional, fundado sobre el poder no cualificado y no cualificable. El derecho público que, a la luz de esta doctrina, es fundamento y razón del privado, manifiesta así su brutal inhumanidad. Se revela irracional desde el origen, instrumento de coerción (técnica de control social), enemigo del hombre, tanto que se ha entendido deba defenderse del mismo (teoría del constitucionalismo liberal). La experiencia del derecho coincide con la experiencia del dominio, no con la del gobierno. La misma justicia se considera coherentemente represión y sanción: se ha difundido, en efecto, el dicho según el cual no haber tenido nada que ver con la justicia sería prueba de haber logrado evitar la pinza del poder soberano. El lenguaje del hombre común revela, así, que la cultura contemporánea difundida ha acogido el planteamiento constructivista del Estado y la teoría consiguiente según la cual éste es su ordenamiento. El derecho, por tanto, nacería de los mandatos impuestos por el soberano, de cualquier mandato del soberano. La única experiencia jurídica posible sería en este caso la de la llamada estatalidad del derecho, o sea la llamada «normativa», entendiendo ésta como sola y necesaria subordinación al poder de la *persona civitatis*. Esto vale —lo repetimos— tanto para la soberanía del Estado como para la del pueblo. Nada cambia, en

⁸ La definición es del penalista italiano F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte general, al cuidado de L. CONTI, 7.^a ed., Milano, Giuffrè, 1975, p. 132.

⁹ Puede ser acusado e imputado de actos de terrorismo quien disienta, manifestando el propio disenso, de las decisiones gubernativas y, más en general, de las estatales. En Italia, por ejemplo, la magistratura ha entendido poder/deber atribuir la existencia de tal delito a quienes se oponían a la construcción de una línea ferroviaria de alta velocidad. En Egipto se ha «construido» el delito de terrorismo para «golpear» a los que se manifestaban contra el gobierno por sostener al depuesto MORSI.

efecto, bajo el punto de vista sustancial si se hace del Estado mero instrumento de la soberanía popular, como afirma explícitamente —por ejemplo— la Constitución española de 1978¹⁰. Lo que resulta es el hecho de que el derecho se identifica con la fuerza. La prueba la ofrece la doctrina de ROUSSEAU que, aun oponiéndose a la doctrina de HOBBS al invocar el consentimiento contra la fuerza, acaba por hacer del derecho la expresión máxima del llamado principio *sit pro ratione voluntas*.

Este principio, a continuación, permite considerar coherentemente (aunque absurdamente) la ley como instrumento para la creación de cualquier instituto como «jurídico»: con referencia a España podemos constatar, en efecto, y es sólo un ejemplo, la legislación relativa al llamado matrimonio entre personas del mismo sexo, que es consecuencia de la asunción según la cual el derecho es acto (arbitrario) del soberano, demostración de su (presunta) omnipotencia, negación de todo vínculo con la realidad óptica. Tesis, ésta, muy difundida, propugnada y defendida por ejemplo por el italiano Norberto BOBBIO, quien sostiene la legitimidad de la absoluta arbitrariedad del legislador en la definición/construcción del matrimonio¹¹.

Es sabido que esta doctrina, en lugar de responder a las cuestiones que plantea la experiencia jurídica, representó y representa un obstáculo para su comprensión. Evidenció su insostenibilidad en primer lugar la presencia de los ordenamientos «jurídicos» que legalizaron la supresión de la vida de inocentes (campos de exterminio nazis), que instituyeron discriminaciones infundadas (leyes raciales), etc. La doctrina de la legítima arbitrariedad del legislador evidencia también en nuestro tiempo su insostenibilidad, sea cuando —por ejemplo— convierte en legal la práctica del aborto procurado, sea cuando legaliza el uso de sustancias estupefacientes para finalidades no terapéuticas, sea cuando permite intervenciones en el propio cuerpo sin otra finalidad que la propia voluntad, sea cuando reconoce el derecho a no nacer (y, si se ha nacido, al resarcimiento del daño por la propia existencia), etcétera.

Debe constatar el hecho de que en estos casos no puede hablarse legítimamente de experiencia jurídica, ya que —como observó PASCAL¹²— bastan tres grados de latitud para subvertir «toda la jurisprudencia: un meridiano decide la verdad [...]. Extraña justicia —observó con razón el pensador francés— cuya frontera señala un río. Verdad de este lado de los Pirineos, error del otro». La estatalidad del derecho, así entendida, es acogida por el relativismo «jurídico». En la mejor de las hipótesis se reduce a hacer del derecho pura forma, como por ejemplo ha evidenciado admirablemente en nuestro tiempo la doctrina kelseniana. El formalismo que pretende convertirse en sustancia elimina la sustancia y la forma. Impide radicalmente la posibilidad de cualquier experiencia auténticamente jurídica.

Este límite ha sido subrayado por autores de orientación variada y de diversa formación, el francés GURVITCH y el italiano CAPOGRASSI, por ejemplo, así como por doctrinas jurídicas e iusfilosóficas que han advertido la existencia del problema de la experiencia jurídica y la necesidad de ampliar y profundizar la indagación sobre ella.

¹⁰ Para un análisis no conformista de las *rationes* de la Constitución española del 1978 se remite a M. AYUSO, *El ágora y la pirámide*, Madrid, Criterios Libros, 2000.

¹¹ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 3.ª ed., Milano, Edizioni di Comunità, 1977, particularmente, p. 204.

¹² B. PASCAL, *Pensées*, trad. it. de A. BAUSOLA y R. TAPPELLA, Milano, Rusconi, 1993, p. 141.