

Prudentia iuris

DANILO CASTELLANO

**EL DERECHO
ENTRE ORDEN NATURAL
Y UTOPIA**

 Marcial
Pons

EL DERECHO ENTRE ORDEN
NATURAL Y UTOPIÍA

DANILO CASTELLANO

EL DERECHO ENTRE ORDEN
NATURAL Y UTOPIA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

Esta colección se edita con la colaboración de la Fundación Francisco Elías de Tejada.

El presente volumen ha gozado también de la ayuda de la Fundación Speiro.

Traducción de M. A.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Danilo Castellano

© Fundación Francisco Elías de Tejada

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-445-2

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Colección
Prudentia iuris

Director
Miguel Ayuso

La definición clásica de la jurisprudencia —en su sentido riguroso de prudencia del Derecho— como la ciencia de lo justo y de lo injusto por medio del conocimiento de todas las cosas humanas y divinas, de un lado, abre la ciencia jurídica a la experiencia en su integridad, mientras que, de otro, centra su especificidad en la determinación de lo justo y el discernimiento de lo injusto. Así, lo justo jurídico, determinado prudencialmente, adquiere un estatuto propio entre la virtud de la justicia y las exigencias de la politicidad natural del hombre, concretada en el bien común.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1. DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA AL DERECHO	25
1. TRES CUESTIONES POR CONSIDERAR...	25
2. LA EXPERIENCIA	26
3. LA EXPERIENCIA JURÍDICA	31
4. EL DERECHO	39
5. UNA PRIMERA CONCLUSIÓN.....	42
6. EXPERIENCIA Y DERECHO SEGÚN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO.....	43
7. PALABRAS DE CONCLUSIÓN	47
CAPÍTULO 2. DERECHO Y LIBERTAD	49
1. INTRODUCCIÓN.....	49
2. ¿QUÉ DERECHO?	49
3. ¿QUÉ LIBERTAD?	54
4. SOBRE ALGUNAS CONSECUENCIAS NECESARIAS.....	57
5. UN EJEMPLO QUE REVELA LA MATRIZ COMÚN A DOS PERSPECTIVAS	63

	Pág.
6. DIFICULTAD Y «APERTURAS» FRENTE A UNA NUEVA SITUACIÓN.....	67
7. CONCLUSIÓN	68
 CAPÍTULO 3. LIBERTAD Y DERECHO NATURAL.....	 71
1. DOS ACLARACIONES PRELIMINARES....	71
2. LA LIBERTAD COMO CONDICIÓN DEL DERECHO	73
3. EL DERECHO COMO LÍMITE/NEGACIÓN DE LA LIBERTAD	79
4. EL INÚTIL CUIDADO PALIATIVO Y LA HETEROGÉNESIS DE LOS FINES DE LA «MODERNIDAD».....	83
5. ¿QUÉ RETORNO Y QUÉ RENACIMIENTO?	86
6. CONCLUSIÓN	90
 CAPÍTULO 4. ESTADO, LEY Y CONCIENCIA.	 93
1. EL ESTADO COMO PROBLEMA DE CONCIENCIA.....	93
Problema del título	93
Aclaración preliminar sobre la conciencia	95
Aclaración preliminar sobre el Estado	98
El Estado como cuestión de conciencia para la modernidad político-jurídica.....	105
El Estado moderno como cuestión ética para la cultura católica	107
El Estado como cuestión de conciencia.....	108
Conclusión.....	110
2. LEY Y CONCIENCIA.....	113
Algunas preguntas preliminares	113

	Pág.
La conciencia como «espejo» de la ley y la ley como condición de la conciencia	115
La obediencia a la ley, deber de la conciencia.	119
Estabilidad de la ley y mutabilidad de las normas	122
Primeras respuestas sumarias a las preguntas iniciales	125
 CAPÍTULO 5. ORDEN NATURAL Y ECONOMÍA.....	 129
1. ALGUNAS ACLARACIONES PRELIMINARES	129
2. CARACTERÍSTICAS DE LA ECONOMÍA MODERNA.....	138
3. NOTAS SOBRE EL ANÁLISIS ARISTOTÉLICO DE LA ECONOMÍA	141
4. LAS RAZONES DE LA CONSIDERACIÓN DEL PENSAMIENTO DE ARISTÓTELES...	143
5. ECONOMÍA Y ORDEN NATURAL	144
6. ECONOMÍA Y ORDEN PROPORCIONAL...	146
7. DOS BREVES CONCLUSIONES	149
 CAPÍTULO 6. LA AUTODETERMINACIÓN COMO AUTONOMÍA ABSOLUTA	 151
1. PREMISA.....	151
2. PRIMERA TESIS	152
3. SEGUNDA TESIS	154
4. TERCERA TESIS	155
5. CUARTA TESIS.....	156
6. QUINTA TESIS	160
7. SEXTA TESIS.....	164
8. CONCLUSIÓN	165

	Pág.
CAPÍTULO 7. EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS	167
1. UNA DISTINCIÓN QUE ES UN PROBLEMA.....	167
2. BREVE CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.	170
3. UNA PREGUNTA (¿RETÓRICA?)	173
4. EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS	174
5. ALGUNAS OBJECIONES Y RESPUESTAS.	177
6. CONCLUSIÓN	181
 CAPÍTULO 8. EL DERECHO Y LOS DERECHOS EN LAS CONSTITUCIONES Y DECLARACIONES CONTEMPORÁNEAS	 183
1. EL DERECHO COMO <i>OBLIGATIO IURIS</i>	183
2. LA DOCTRINA JURÍDICA MODERNA Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA <i>OBLIGATIO IURIS</i>	190
3. LOS «DERECHOS MODERNOS» Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO	193
 ÍNDICE ONOMÁSTICO	 195

INTRODUCCIÓN

El título de la presente compilación, quizá contrariamente a lo que parece, plantea no pocas cuestiones que —es bueno decirlo de inmediato y abiertamente— ni serán expuestas ni consideradas en esta introducción. Pero resulta oportuno, al menos, anotar su existencia y su naturaleza. A falta de esta suerte de «pro memoria», que ayude a tener presentes tales apuntes en la lectura de las páginas que siguen, se corre el riesgo —en efecto— de conservar y prolongar equívocos. En torno del «derecho», del «orden», la «utopía» o lo «natural», así como de otras mil palabras y cuestiones, reina gran confusión: usamos los mismos términos pero casi nunca decimos las mismas cosas.

Cuando se habla de «derecho», por ejemplo, se refiere por lo general de manera aporreada a cosas distintas y en ocasiones contradictorias. El derecho, en efecto, es para algunos el conjunto coherente de las normas de un ordenamiento (definido) jurídico (Norberto BOBBIO). Para otros se trata más bien de un conjunto de principios, por lo común entendidos como opciones, que se aplican a los casos concretos. Pero para Hans Kelsen, por

ejemplo, es en último término una mera técnica de control social. Mientras que ha sido definido igualmente como «el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante» (Primer Congreso de Juristas Soviéticos de 1938). E incluso hay quien, como Stefano RODOTÀ, por ejemplo, lo considera como «el aparato simbólico que estructura una organización social incluso cuando se sabe que alguna de sus normas están destinadas a no ser aplicadas». No es el caso de insistir sobre las a menudo contradictorias definiciones del «derecho», asunto que trató ampliamente VALLET DE GOYTISOLO¹, ofreciendo un panorama utilísimo para alcanzar una visión completa de las distintas aproximaciones a la «cuestión del derecho». Sino que remitimos sin más al mismo.

Presentan problemas análogos las cuestiones relativas al «orden», la «utopía» o la «naturaleza». Respecto del primero, término estrechamente ligado a «urdimbre»², podrían hacerse las mismas observaciones que acabamos de hacer sobre el «derecho», pues también aparece una multiplicidad de definiciones discordantes entre sí. El «orden», en efecto, puede concebirse como meramente funcional, construido primero y adoptado después para la obtención de un objetivo convencional. En tal caso

¹ Véase Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998. Se trata del discurso leído en la apertura del curso 1998-1999, el 15 de noviembre de 1998, por el presidente de la Corporación.

² Remito a Danilo CASTELLANO, *L'ordine della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, *Introduzione*, donde se relacionan «ordo» y «ordito».

se torna en producto de un ordenamiento «puesto» y en lugar de ser condición del ordenamiento se convierte en su consecuencia. El ordenamiento, pues, sería el instrumento para imponer una *weltanschauung*. Si tuviese tal función, la que le asignan dogmáticamente las doctrinas del positivismo jurídico, tendrían razón los que (p. ej., TARELLO) ven en él el instrumento para imponer una ideología (que no es la filosofía): quien tiene el poder está en condiciones de «crear» un orden, el orden coherente con la ideología compartida, que sigue siéndolo sin más aunque se erija como «sistema», es decir, cuando se aplica con coherencia rigurosa. Pero el problema principal no es el de la coherencia de un sistema (cosa necesaria pero absolutamente insuficiente para la justificación racional de las opciones e imposiciones y, en último término, del mismo sistema). El problema verdadero es el del fundamento del «orden». Pues, en efecto, solamente el fundamento, el fundamento no convencional, es la condición legitimadora del orden ético, político y jurídico que toda autoridad debe hacer respetar. El problema, por ello, no es el del «todo», como quería HEGEL y como sucesivamente han querido sus secuaces más o menos coherentes. El problema es el de determinar el punto de Arquímedes del «orden». Puede entenderse que solamente el orden «dado», el constituido por las esencias que tienen el acto de ser, representa la base segura e inquebrantable de la ética, la política y el derecho. Este es, propiamente hablando, el «orden natural» de las cosas y de sus relaciones, al que se subordinan quienes mandan y quienes son mandados. Este es el orden, como observó DANTE, que «*si squaderna*»

por el universo³. La captación de este orden, que es orden óptico, es uno de los fines de la inteligencia humana, que manifiesta así —se ha observado recientemente—⁴ la actitud espiritual que está en la base de toda metafísica y de todo método. Este orden es regla de conducta, ni opinable ni ideológica, para todos. La «naturaleza», a continuación, no puede ser considerada producto de la cultura. Convicción actualmente muy difundida entre todos los niveles y de la que participan también juristas que, como Gustavo ZAGREBELSKY, sostiene que se puede hablar de «naturaleza y, por tanto, de ley natural, sólo dentro de un sistema de pensamiento, de una visión del mundo»⁵. La ideología, en otras palabras, al ser la causa de las «cosas», primaría sobre la realidad. A su vez, las cosas, al estar constituidas por la ideología, podrían tener simultáneamente distintas naturalezas. Toda ideología, por ejemplo, expresaría (en el sentido de que estaría en el origen de su constitución) una naturaleza del hombre, del caballo, de la salud, de la justicia, etc. Debe observarse, sin embargo, que la relación debe más bien invertirse: la cultura, en efecto, es conocimiento de la naturaleza (entendida como la esencia de las cosas) y de sus leyes, al tiempo que postula su existencia como condición. La cultura no tiene el poder de constituir las. Lo que vale también para el derecho, que es la determinación de lo que

³ DANTE, *Paradiso*, XXXIII, 87.

⁴ Cfr. Félix A. LAMAS, *Dialéctica y concreción del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2021, p. 26.

⁵ Gustavo ZAGREBELSKY, *Lo Stato e la Chiesa*, Roma, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2007, p. 168.

es justo (ARISTÓTELES), no instrumento para crear la justicia, confundida con la legalidad por distintas teorías iuspositivistas⁶. Y es que la legalidad, para éstas, es el intento por el hombre de sustituir al Dios legislador. Pretensión impía que PORTALIS teorizó abiertamente al entender que con la ley humana positiva se pudiese destruir la realidad y crear otra nueva. Ilusión que actualmente también se cultiva. Distintos legisladores pretenden en nuestro tiempo, efectivamente, crear a voluntad instituciones jurídicas. Se verá más adelante. Aunque de momento es oportuno llamar la atención sobre lo que prevén casi todos los ordenamientos jurídicos occidentales vigentes a propósito del matrimonio y sus obligaciones naturales y contractuales. El matrimonio se ha regulado, así, como disoluble (por el divorcio) y como unión civil de dos seres humanos del mismo sexo. Las obligaciones naturales se han anulado. No todas, es cierto. Aunque algunas se hayan considerado *tamquam non essent*: por ejemplo, las relativas a los deberes de los padres respecto de los hijos menores. La madre, en efecto, ha sido «liberada» por algunos ordenamientos, sin más que por su (eventual) solicitud, de cualquier obligación respecto del hijo recién dado a luz⁷. Algunas obligaciones contractuales, a continuación, se han transformado *ope legis*, tanto afectasen, por ejemplo, a los pactos

⁶ Sobre la cuestión, entre las muchas obras dedicadas a la legalidad y la legitimidad y al distinto modo de entender la ley, puede verse Miguel AYUSO, *De la ley a la ley*, Madrid, Marcial Pons, 2001. Se trata de un trabajo sintético y claro, útil para una introducción al problema.

⁷ Cfr. Decreto de la Presidencia de la República italiana n. 396/2000.

agrarios⁸ o a las obligaciones bancarias (el *bail in* que transforma, en algunas circunstancias, al acreedor en deudor, es una norma impuesta por la Unión Europea y recibida en distintos Estados). Pero la pretensión es siempre la misma y se manifiesta en el delirio de omnipotencia teorizado por PORTALIS y aplicado parcialmente por NAPOLEÓN, así como por distintos Estados democráticos en el siglo XX y los primeros decenios del XXI.

Consideraciones sobre estas cuestiones surgen reiteradamente en las páginas que siguen. Nacen todas de los problemas que plantea la experiencia jurídica y la efectividad legal, es decir, analizando temas decisivos de nuestro tiempo, que han sido objeto de decisiones por los Tribunales constitucionales (p. ej., la conciencia y la ley), que han producido innovaciones legislativas en los ordenamientos de los países (sobre todo como consecuencia del reconocimiento del derecho subjetivo a la autodeterminación absoluta de la voluntad del sujeto). Temas que han instituido, directa o indirectamente, pero siempre virtualmente, un conflicto entre libertad y ley para el caso en que ésta no encuentre el consentimiento de aquéllos a los que se dirige.

Desde este ángulo, las páginas de este volumen están unidas por un mínimo común denominador y una crítica a los novísimos derechos, que parecen (y son) más pretensiones de la voluntad subjetiva que reconocimiento de justas reivindicaciones y, antes

⁸ El contrato de aparcería, por ejemplo, es posible transformarlo a solicitud de una de las partes en contrato de arrendamiento (cfr. Ley n. 203/1982 de la República italiana).

aún, determinaciones de lo que es justo siempre por conforme a la justicia. Las páginas que siguen, hablando metafóricamente, se parecen a un río cárstico, esto es, subterráneo, que también tiene un cauce a lo largo del cual hay recodos y repechos. Las páginas posteriores, al evidenciar problemas particulares, esto es, ligados a elecciones y regulaciones contingentes, que a veces manifiestan su violación, tienen un hilo de Ariadna, un único hilo de Ariadna. Será oportuno, a fin de hacerse entender, ser más explícitos a este respecto. No hay duda, por ejemplo, de que la libertad es un bien, un bien que el derecho debe reconocer, tutelar y defender como valor objetivo irrenunciable, incluso porque es la condición del derecho. Pero la libertad puede ser libertad de elección o de autodeterminación absoluta. La primera es la libertad responsable; la segunda, la libertad como anarquía. En este segundo caso, su «reconocimiento» marca la posibilidad de una instrumentalización caprichosa del «derecho», esto es, lo convierte en medio para la realización de cualquier voluntad subjetiva. Es la perspectiva, como es sabido, del personalismo contemporáneo, hijo del liberalismo. En las siguientes páginas esta cuestión se evidencia considerando el haz y el envés, esto es, la libertad como valor (se remite, p. ej., al capítulo «Libertad y derecho natural») y la libertad como (absurda) pretensión gnóstica (véanse, entre otros, los capítulos «Derecho y libertad», «La autodeterminación como autonomía absoluta» o «El derecho de los derechos humanos»). Desde este ángulo, la presente recopilación procede con un único método: la comparación entre dos modos alternativos de considerar la libertad y el derecho.