

MIGUEL AYUSO
(Editor)

CUESTIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO NATURAL

Actas de las III Jornadas Hispánicas
de Derecho Natural
(Guadalajara, Méjico, 26-28 de noviembre de 2008)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN , por <i>Miguel Ayuso</i>	15
LIBERTAD Y DERECHO NATURAL , por <i>Danilo Castellano</i>	15
1. DOS ACLARACIONES PRELIMINARES	19
2. LA LIBERTAD COMO CONDICIÓN DEL DERECHO	20
3. EL DERECHO COMO LÍMITE/NEGACIÓN DE LA LIBERTAD ...	24
4. EL CUIDADO PALIATIVO INÚTIL Y LA HETEROGÉNESIS DE LOS FINES DE LA «MODERNIDAD».....	26
5. ¿QUÉ RETORNO Y QUÉ RENACIMIENTO?	28
6. CONCLUSIÓN.....	31
EL DERECHO NATURAL Y LA TEOLOGÍA (I): UNA PERSPEC- TIVA CLÁSICA , por <i>Juan Antonio Widow</i>	33
1. REVELACIÓN Y NATURALEZA.....	33
2. EL APOORTE DE LA PERSPECTIVA TEOLÓGICA AL DERE- CHO NATURAL.....	35
3. LA DECADENCIA DE LA TEOLOGÍA Y SU INFLUJO NEGA- TIVO EN EL DERECHO NATURAL.....	40

	Pág.
EL DERECHO NATURAL Y LA TEOLOGÍA (Y II): ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES , por <i>Bernard Dumont</i>	47
1. EL RADIOMENSAJE DE 1 DE JUNIO DE 1941 de PÍO XII.....	47
2. LAS FALSAS APLICACIONES DE ESTA SANA DOCTRINA Y LA PERVIVENCIA DE LA TRADICIÓN ANTIPOLÍTICA.....	50
3. ¿TEOLOGÍA POLÍTICA?	53
4. UNA NUEVA TEOLOGÍA POLÍTICA: LA <i>RADICAL ORTHODOXY</i>	55
5. CONCLUSIÓN.....	57
ÉTICA Y DERECHO NATURAL , por <i>Gonzalo Ibáñez</i>	59
1. INTRODUCCIÓN.....	59
2. LA REALIDAD QUE NOS OCUPA	62
3. LA CONSTITUCIÓN DE LO MÍO Y DE LO TUYO: LA JUSTICIA DEL LEGISLADOR Y DE LA LEY	65
4. LA DACIÓN DEL DERECHO O EL MOMENTO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA	68
5. EL USO DEL DERECHO: PROPIEDAD Y RESPONSABILIDAD.	70
A) Destino común de los bienes y propiedad.....	71
B) El uso de lo propio y la responsabilidad general o extracontractual.....	74
C) Los contratos y la responsabilidad consiguiente	75
D) Los contratos y un resumen sobre la justicia conmutativa	78
6. LOS DELITOS Y LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	80
7. EL CONFLICTO Y SU SOLUCIÓN. EL JUEZ, EL DEBIDO PROCESO Y LA SENTENCIA.....	84
A) El debido proceso.....	86
B) Los recursos y la cosa juzgada	90
C) La prevaricación.....	91
8. CONCLUSIÓN.....	92
EL DERECHO NATURAL CATÓLICO Y LA POLÍTICA: DEL ORDEN POLÍTICO NATURAL AL ORDEN ARTIFICIAL DEL ESTADO , por <i>Juan Fernando Segovia</i>	97
1. PRESENTACIÓN.....	97
2. EL ORDEN POLÍTICO NATURAL CATÓLICO	98

	Pág.
A) Escolio sobre la autonomía del orden político	100
B) Ley natural y ley divina	101
C) Orden natural y realismo político	102
D) Orden natural y bien común	104
E) Bien común y Reinado social de Nuestro Señor	106
F) Ley natural y ley del hombre	107
G) Orden natural y praxis política	108
H) Orden natural, pluralidad y subsidiariedad	109
 3. EL ORDEN POLÍTICO ARTIFICIAL VIRTUAL DE LA MODERNIDAD	 110
A) El paradigma del orden artificial virtual	111
B) El orden político moderno como ordenamiento virtual.....	112
C) El orden político artificial virtual y la derrota de la razón	114
D) El orden virtual y la secularización	116
E) Elogio del mundo	117
F) Escolio sobre el constitucionalismo y la democracia.....	119
G) La destrucción del bien común	120
H) Interés público, interés estatal.....	121
I) La política como técnica.....	123
 4. CONCLUSIONES. ACERCA DE LAS POSIBILIDADES DE LA UNA POLÍTICA CATÓLICA	 124
 LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL DERECHO NATURAL: DE CÓMO EL HOMBRE <i>IMAGO DEI</i> SE TORNÓ <i>IMAGO HOMINIS</i>, por Ricardo M. Dip.....	 129
1. UNA INTRODUCCIÓN TERMINOLÓGICA Y CONCEPTUAL ...	129
2. EL PROBLEMA DE LA «DIGNIDAD HUMANA»	131
3. DOS PARADIGMAS OPUESTOS (I): EL PARADIGMA DOMINANTE.....	135
4. DOS PARADIGMAS OPUESTOS (y II): EL PARADIGMA INSURGENTE.....	141
5. SOBRE LAS DIMENSIONES O GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	146
6. HACIA UNA CONCLUSIÓN	151
 LA FAMILIA Y EL DERECHO NATURAL, por Ignacio Barreiro.....	 153
1. INTRODUCCIÓN TERMINOLÓGICA Y CONCEPTUAL	153
2. EL MATRIMONIO FUNDAMENTO DE LA FAMILIA.....	156

	<u>Pág.</u>
3. PROPIEDADES DEL MATRIMONIO	161
A) Unidad.....	161
B) Indisolubilidad.....	162
4. LOS HIJOS Y SU EDUCACIÓN: LA JEFATURA EN LA FAMILIA	164
A) Generosidad con la vida	164
B) Educación de los hijos	165
C) La jefatura en la familia	166
5. CONCLUSIONES.....	167
 DERECHO PENAL Y LEY NATURAL , por <i>Carlos Pérez del Valle</i>	 169
1. INTRODUCCIÓN.....	169
2. LA EXPLICACIÓN DE LA PENA COMO PUNTO DE PARTIDA..	172
3. LA LEY NATURAL EN TORNO A LA DENOMINADA LEGITIMACIÓN MATERIAL DEL DERECHO PENAL	177
4. IMPUTACIÓN Y CULPABILIDAD DEL DERECHO PENAL: UNA COMPARACIÓN CON EL DERECHO PENAL DE MENORES	180
5. MÉTODO DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA PERSPECTIVA DE LA LEY NATURAL.....	184
6. CONCLUSIÓN.....	188
 EL DERECHO NATURAL Y LOS CONTRATOS , por <i>Jorge Adame Goddard</i>	 189
1. INTRODUCCIÓN.....	189
2. LOS CONTRATOS EN LA <i>SUMA TEOLÓGICA</i> DE SANTO TOMÁS.....	190
3. LOS CONTRATOS EN <i>LAS LEYES</i> DE FRANCISCO SUÁREZ	193
4. LOS CONTRATOS EN LAS OBRAS DE PUFENDORF.....	193
5. LOS CONTRATOS EN EL <i>DERECHO NATURAL</i> DE CLEMENTE DE JESÚS MUNGUÍA	196
6. LOS CONTRATOS EN LA <i>TEOLOGÍA MORAL PARA SEGLARES</i> DE ANTONIO ROYO MARÍN	197
7. OPINIÓN PERSONAL	199

	<u>Pág.</u>
LA TAN NECESARIA COMO DIFÍCIL REHABILITACIÓN DEL DERECHO NATURAL , por <i>Miguel Ayuso</i>	201
1. LOS PORQUÉS DEL «ETERNO RETORNO»	201
2. LA <i>CRUX INTERPRETUM</i> DE LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA ...	202
3. LA PERVERSIÓN DE LA ESCUELA MODERNA Y EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA	205
4. LA <i>INTENTIO</i> RESTAURADORA Y EL NEOTOMISMO	207
5. LA <i>REDUCTIO AD HITLERUM</i> Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO FRENO DEL PODER.....	210
6. LA POSTMODERNIDAD POLÍTICO-JURÍDICA: ¿MODERNIDAD DECADENTE O EXASPERADA?	214
7. <i>ANCORA UNA VOLTA</i>	220
ÍNDICE ONOMÁSTICO	225

PRESENTACIÓN

Se recogen en el presente volumen las actas de las III Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, celebradas entre los días 26 y 28 del pasado mes de noviembre de 2008 en la Universidad Autónoma de Guadalajara (Méjico), y dirigidas por el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II de Madrid, con la colaboración de la tapatía Fundación Vida y Valores, el patrocinio del Gobierno de Jalisco y la adhesión de la Union International des Juristes Catholiques con sede en la Ciudad del Vaticano.

Las Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, ideadas por el profesor Francisco ELÍAS DE TEJADA, comenzaron en el año 1972 en Madrid, y a su término se fundó la Asociación de Iusnaturalistas Hispánicos Felipe II, ahora impulsada de nuevo al refundirse en el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II. El comité organizador, bajo presidencia de ELÍAS DE TEJADA, contó con Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA, Juan VALLET DE GOYTISOLO, Francisco PUY, Jaime BRUFAU y Antonio FERNÁNDEZ-GALIANO como vocales, y con Balbino RUBIO ROBLA y Joaquín GARCÍA DE LA CONCHA como secretarios.

Las actas fueron editadas en 1973 por el profesor Francisco PUY y contienen las ponencias de Vladimiro LAMSDORFF-GALAGANE, Manuel FERNÁNDEZ DE ESCALANTE, Emilio SERRANO VILLAFañÉ y Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. También las conferencias panorámicas del derecho natural en los distintos ámbitos culturales del Barón VON DER HEYDTE, Frederick D. WILHELMSSEN, Guy AUGÉ, Giovanni AMBROSETTI, José Pedro GALVÃO DE SOUSA y GONZALO IBÁÑEZ. Asimismo las comunicaciones de

Tomás BARREIRO, José F. LORCA-NAVARRETE, Alberto MONTORO BALLESTEROS, Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, Juan Antonio SARDINA PÁRAMO y Michele Federico SCIACCA. Los discursos de apertura y clausura corrieron a cargo, respectivamente, de Francisco ELÍAS DE TEJADA y Juan VALLET DE GOYTISOLO.

Cumplidos los veinticinco años de esas jornadas, la Fundación Elías de Tejada organizó el año 1998, con la colaboración de CajaSur y la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, unas II Jornadas, con la intención de repasar los cambios habidos en ese período. Correspondió esta vez la apertura a Juan VALLET DE GOYTISOLO, mientras que pronunció las palabras de clausura el profesor Guido SOAJE, maestro de los filósofos del derecho argentinos e hispanoamericanos más ampliamente. Entre ambos momentos desarrollaron sus ponencias Dalmacio NEGRO, Félix-Adolfo LAMAS, Juan Antonio WIDOW, José Miguel SERRANO, Evaristo PALOMAR, Diego MEDINA, Danilo CASTELLANO, Philippe BÉNÉTON, Michel BASTIT, Paulo FERREIRA DA CUNHA, Ricardo MARQUES DIP, Francesco GENTILE, Gabriel GARCÍA CANTERO, José María CASTÁN, Miguel AYUSO, Pietro Giuseppe GRASSO, Carlos PÉREZ DEL VALLE, Mauro RONCO, Wolfgang WALDSTEIN, Horst SEIDL, Thomas MOLNAR, Michael B. EWBANK, Alain SÉRIAUX, François VALLANÇON, Giancarlo GIUROVICH, Mario BIGOTTE CHORÃO, Clovis LEMA GARCIA, Bernardino MONTEJANO, Gonzalo IBÁÑEZ, Estanislao CANTERO y Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA. Ponencias de triple significación: de elucidación del derecho natural hispánico, esto es, católico o clásico; de puesta al día de las caracterizaciones pormenorizadas sobre el cultivo del derecho natural en las distintas culturas jurídicas; y de repaso del significado del derecho natural en los distintos sectores jurídicos y, en particular, el derecho constitucional, el penal y el civil. Las actas, de casi ochocientas páginas, recogidas por quien firma esta nota, vieron la luz en 2001.

En la presente edición, a los diez años de las anteriores, impecablemente organizada por el equipo de la Universidad Autónoma de Guadalajara, se ha vuelto a poner de manifiesto la importancia de los estudios sobre derecho natural, singularmente en su vertiente clásica, frente a los desvaríos del racionalismo y su secuela en los llamados derechos humanos, que tantas veces sustituyen en la actualidad el cultivo de aquél.

En el acto de apertura, intervinieron, por este orden, Antonio LEAÑO REYES (Rector de la Universidad Autónoma de Guadalajara), Francisco MONTOYA CAMACHO (Director ejecutivo de la Fundación Vida y Valores),

quien firma esta nota (como Director científico del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II), Alejandro ESPONDA (Director General de Política Social de la Secretaría de Desarrollo Humano del Gobierno de Jalisco) y Guillermo HERNÁNDEZ ORNELAS (Presidente del Comité organizador), quienes desde distintos puntos de vista destacaron la relevancia del Congreso internacional. En el de clausura, bajo la presidencia del profesor Guillermo HERNÁNDEZ, intervinieron también el Director de la Fundación Vida y Valores, Francisco MONTOYA, y el Secretario general del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, Juan CAYÓN, así como un delegado del Gobierno de Jalisco.

Las ponencias programadas fueron las siguientes: «El derecho natural y sus problemas» (Prof. Miguel AYUSO, Madrid), «La libertad y el derecho natural» (Prof. Danilo CASTELLANO, Udine), «La ética y el derecho natural» (Prof. Gonzalo IBÁÑEZ, Viña del Mar), «Los derechos humanos y el derecho natural» (Prof. Ricardo DIP, São Paulo), «La teología y el derecho natural» (Dr. Bernard DUMONT, Tours, y Prof. Juan Antonio WIDOW, Viña del Mar), «La familia y el derecho natural» (Mons. Ignacio BARREIRO, Roma), «El contrato y el derecho natural» (Prof. Jorge ADAME, Ciudad de Méjico), «El delito, la pena y el derecho natural» (Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE, Barcelona), «La política y el derecho natural» (Prof. Juan Fernando SEGOVIA, Mendoza) y «La constitución y el derecho natural» (Prof. Alejandro ORDÓÑEZ, Santafé de Bogotá). Ante la imposibilidad de asistir de algunos de los ponentes, se procedió a facilitar a los asistentes sus textos (provisionales) y a introducirlos así en la discusión de las ponencias efectivamente presentadas. Sólo en el caso del profesor Alejandro ORDÓÑEZ, que en los días inmediatamente siguientes fue nombrado Procurador General de Colombia, y que por lo mismo se excusó a última hora de acudir al congreso, no se dispuso del texto, asumiendo su ponencia el Director científico del Consejo Felipe II y de las Jornadas.

Unos trescientos participantes, algunos venidos de otras universidades jaliscienses y mejicanas en general, otros incluso de España, de los Estados Unidos y de la Argentina, siguieron con gran interés y participaron con sus preguntas y observaciones en la discusión. Se hizo notar un amplio grupo de profesores y autoridades académicas de la Universidad Autónoma de Guadalajara: los profesores Carlos AGRAZ, Ricardo BELTRÁN, Daniel CASILLAS, Bernardo CASTILLO, Ernesto DEL CASTILLO, Héctor GÓMEZ, Jaime HERNÁNDEZ, Jorge TINOCO, Manuel VARGAS DE LA TORRE, Néstor VELASCO, etcétera. Hemos de agradecer sinceramente a todos los organizadores, entre los que no debe olvidarse, de modo muy especial, a

la Licenciada Georgina NÚÑEZ y al Biólogo José Luis ARREGUÍN, junto con todo su equipo amable y eficaz. También a nuestro amigo Miguel NAVARRO. Los medios de información locales, como el diario *Ocho Columnas*, se hicieron amplio eco de estas Jornadas, difundido luego por otros medios internacionales como la Agencia FARO.

El derecho natural hispánico constituye, de un lado, una encrucijada entre ontología y criteriología, naturaleza e historia, ética y política; así como, de otro, porta una profunda significación de todo orden en el ámbito de los distintos sectores de la experiencia jurídica. En efecto, implica un deber ser que brota inmediatamente del ser, y del que no se puede escindir, bajo riesgo de caer en el nihilismo; pero que se desenvuelve en la historia, de modo que sin su historicidad radical se entra en los terrenos del racionalismo y del idealismo. La definición clásica de jurisprudencia —en su sentido riguroso de *prudentia iuris*— como la ciencia de lo justo y de lo injusto por medio del conocimiento de todas las cosas divinas y humanas, 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.

El Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, que cuenta con un Centro de Estudios de Derecho Natural entre sus secciones, tiene la intención de proseguir el empeño de las Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, quiera Dios que con regularidad no tan dilatada en el tiempo como hasta el presente. En tal sentido, tiene ya en cantera una cuarta convocatoria, para dentro de tres años, si Dios quiere, de nuevo en la Guadalajara de la Nueva Galicia.

Miguel AYUSO

LIBERTAD Y DERECHO NATURAL

Danilo CASTELLANO
Universidad de Udine

1. DOS ACLARACIONES PRELIMINARES

El tema de la ponencia que se me ha asignado, en primer lugar, es tan vasto y complejo que, para su planteamiento adecuado, requeriría un amplio tratado. Debo por fuerza elegir, por lo que centraré mi intervención solamente en dos aspectos (uno «positivo» y otro «negativo»), teniendo presente sobre todo el contexto cultural de la civilización occidental contemporánea desde el ángulo político y jurídico.

Segunda aclaración preliminar: no me propongo hacer la historia —siquiera a grandes trazos— de las definiciones de «libertad» y de «derecho natural». Ir a la busca de los varios modos de representar la «libertad» y el «derecho natural» es curiosidad noble, pero de pura erudición, si las representaciones no se discuten con la intención de llegar al «concepto» de «libertad» y de «derecho natural». Quiero decir que, contrariamente a cuanto sostienen los sofistas de todo tiempo y vuelve a proponer hoy la llamada «filosofía analítica» contemporánea, el «concepto» no puede ser controvertido¹, ya que no es —como sostiene por ejemplo John RAWLS—² la teoría de las concepciones o de las interpreta-

¹ M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, 1999, p. 9.

² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. italiana, Milano, 1989, p. 23.

ciones, sino la acogida de lo que es en sí y por sí. Esto excluye también que el derecho natural pueda ser identificado con el mero «complejo de reglas que en la elaboración del espíritu humano [...] se consideran surgidas de la intrínseca naturaleza de las relaciones de coexistencia, sin ser maduradas en la voluntad de un legislador»³: el derecho natural ciertamente se «elabora» por el espíritu humano, pero —como su naturaleza reside en la justicia— es sobre todo «acogida» del *id quod semper aequum ac bonum est*. De otro modo no se entendería por qué desde la antigüedad se han podido revelar contradicciones entre *ius gentium* y *ius naturale*, una de las cuales viene representada por el instituto de la esclavitud que, ya antes del cristianismo, se consideraba de *ius gentium*, pero contraria al *ius naturale*⁴.

2. LA LIBERTAD COMO CONDICIÓN DEL DERECHO

La experiencia jurídica no sería posible sin la libertad del sujeto, cuya característica peculiar consiste en ser por naturaleza un ser racional (y social). Digo esto no en el sentido subjetivista según el que la experiencia jurídica lo sería solo en cuanto «advertida» y elaborada por el sujeto o por éste considerada útil: esto es, la tesis de toda teoría constructivista, que considera fuente del derecho sea la voluntad del Estado o del pueblo, o de un conjunto de Estados o de pueblos. Más bien lo hago en el sentido objetivo, es decir, que sin el sujeto humano ni el derecho sería necesario ni emergería su naturaleza: el ser y la justicia brotan, en verdad, en el pensamiento sobre todo porque son. *Non ex regula, enim, ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*.

Los ordenamientos jurídicos positivos dan por evidente y descontada una verdad esencial de la que derivan: todo hombre nacido vivo y a

³ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 22.^a ed., Padova, 1975, p. 10.

⁴ Algunos estudiosos de derecho romano, de hecho, han notado que en las fuentes jurídicas de la edad clásica se ha visto a veces el *ius naturale* como coincidente con el *ius gentium*; otras veces, en cambio, como contrario a él. Lo que es significativo, como ha subrayado por ejemplo BURDESE (A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, p. 24), es que el instituto de la esclavitud, incluso admitido sobre la base del *ius gentium*, se haya considerado contrario al *ius naturale*: «*Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis*» (D. 1.1.4). Lo que demuestra que el *ius naturale* es el principio regulador del derecho, también del *ius gentium*. En otras palabras, el derecho no puede identificarse con las «elecciones», ni con las «compartidas», ni con las «institucionales».

veces antes de nacer (en ocasiones desde la concepción⁵, otras a partir de una fecha de su existencia⁶) es sujeto jurídico. Por tanto tiene la *capacidad jurídica*, que se convertirá después, esto es, al término de un proceso natural que lleva normalmente a la *habilidad*⁷ para realizar actos humanos (en el sentido sustancial y formal según el cual se usan estos términos en moral, a saber, como sinónimos de actos libres), en *capacidad de obrar*. Ésta, por su parte, se basa en el logro, necesariamente reconocido, de la responsabilidad (civil) y de la imputabilidad (penal). Ambas requieren la capacidad de entender y querer, aun presentando aspectos peculiares, y en ocasiones (por ejemplo en lo que respecta a la responsabilidad civil) casos discutibles como por ejemplo la previsión de la *responsabilidad objetiva*. Como quiera que sea la imputabilidad exige y reenvía a la capacidad. Un penalista contemporáneo (BETTIOL) escribe fundadamente que «capacidad es sinónimo de *imputabilidad*, entendida como complejo de determinadas condiciones psíquicas que hacen posible referir un hecho a un individuo como su autor consciente y voluntario⁸. Debe subrayarse, así, el hecho de que el sujeto humano y sólo él está llamado a obrar ejercitando el *libre arbitrio*: los animales obran, pero su obrar está determinado por su instinto (a veces llamado naturaleza); pero no son libres y, por eso, aun siendo entes, no son sujetos. No siendo sujetos no son ni titulares ni destinatarios de derechos. El derecho les es absolutamente extraño porque les falta la libertad. No se puede aceptar, por ello, la definición (demasiado extensa) que ULPIANO da del derecho natural como *quod natura omnia animalia docet*, fundamento (presunto) de la tesis según la cual también los animales tienen derechos y, por ello, son sujetos. Es indispensable distinguir, a este propósito, entre naturaleza y naturaleza: la humana es una esencia radicalmente diversa de la sólo animal. El hombre, en efecto, es de naturaleza racional y por naturaleza es libre o, mejor, destinado a ser

⁵ La Ley de la República italiana núm. 40, de 18 de febrero de 2004, por ejemplo, tutela (al menos bajo algunos aspectos) al embrión humano.

⁶ La Ley de la República italiana núm. 194, de 23 de mayo de 1999, aunque tiene por finalidad la legalización del aborto procurado, pone límites a tal práctica y, por tanto, tutela —aunque solamente en parte—, al feto.

⁷ *Habilidad* se usa aquí en el sentido del Derecho canónico (de la Iglesia católica), es decir, no es simple capacidad técnica de actualizar (lo que ya supondría una superioridad del hombre sobre los animales), sino capacidad de actualizar el acto jurídico según su propia naturaleza. La *habilidad*, sin embargo, para realizar actos humanos no exige (o, al menos, no siempre) el respeto de las formas y de los requisitos jurídicos impuestos por el derecho para la validez del acto.

⁸ G. BETTIOL y L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12.^a ed., Padova, 1986, p. 455.

libre, esto es, dueño de sí mismo, al término del proceso natural que lo lleva a la llamada madurez. Esto lo hace sujeto y, en cuanto sujeto, necesariamente sujeto jurídico. La racionalidad y la libertad, por tanto, son condiciones del derecho, sea el positivo o el natural.

Pero, ¿de qué libertad hablamos? De la libertad como libre arbitrio, esto es, de la posibilidad/capacidad de elección que no se identifica con el poder de autodeterminación. La capacidad de elección es la posibilidad de decidirse frente a la alternativa entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto y, más en general, entre una o más alternativas que pone el obrar del sujeto mismo o las circunstancias en que se encuentra. La autodeterminación, en cambio, es la posibilidad, que depende en último término exclusivamente del poder, de realizar la propia voluntad: HEGEL, por ejemplo, escribe que «la libertad del querer [...] está determinada en sí y por sí porque no es otra cosa que el autodeterminarse»⁹. En esta segunda perspectiva no existen, pues, alternativas frente a las que el sujeto viene a encontrarse, sobre todo al obrar. Su obrar es libre si y solamente si puede realizar su propia voluntad sin referencia a la naturaleza real del acto y a las reglas que de él surgen.

El derecho natural (clásico) impone escoger; no permite la autodeterminación. Se reconoce que, desde el ángulo civilístico (esto es, por lo que respecta a la justicia conmutativa), se encierra en la fórmula según la cual *id quod semper aequum ac bonum est* concierne el *honeste vivere*, el *alterum no laedere* y el *suum cuique tribuere*.

Los juristas modernos consideran general y coherentemente (aunque también absurdamente) que el *honeste vivere* es únicamente un precepto moral, sin relevancia jurídica. Reconocen, sin embargo, significación jurídica al *alterum non laedere* y al *suum cuique tribuere*, si bien con frecuencia creen poder darles legítimamente el contenido instituido y determinado del ordenamiento jurídico singular, cometiendo así al menos dos errores: el primero deriva del contenido variable de la justicia (rebajada a *flatus vocis* o a mera voluntad del poder); mientras que el segundo consiste en la reducción de la experiencia jurídica, que conduce a la imposibilidad de una «lectura» profunda e integral del mismo ordenamiento jurídico. Incluso los ordenamientos jurídicos liberales, de hecho, no pueden ignorar (y no ignoran) elementos que guardan una estrecha relación con el *honeste vivere*. Basten, a este respecto, solo dos

⁹ G. F. W. HEGEL, *Verlesungen über die Philosophie der Geschichte*, ed. italiana, vol. IV, Firenze, 1941, pp. 197-198.

ejemplos tomados del ordenamiento jurídico italiano. En primer lugar, no está permitido disponer absolutamente del propio cuerpo (art. 5 del Código Civil) ni ofrecerlo para la experimentación farmacológica y clínica (Decreto de la Presidencia de la República núm. 211/2003). Todos los ordenamientos jurídicos consideran, en segundo término, y necesariamente, el elemento de la *buena fe*. La buena fe es requisito y/o condición previsto y/o puesto por el Código Civil italiano vigente para la validez del matrimonio putativo (art. 128 CC), para la posesión de los bienes hereditarios (art. 525 CC), para la posesión de buena fe (art. 1.147 CC), para la retención de las cosas poseídas (art. 1.152 CC), para la adquisición de buena fe (art. 1.155 CC), para la usucapión de la universalidad de muebles (art. 1.160 CC), para la usucapión abreviada de bienes muebles (art. 1.161 CC) y de bienes muebles inscritos en los registros públicos (art. 1.162 CC), para la solicitud de resolución del contrato por parte del comprador de buena fe (art. 1.479 CC), etcétera¹⁰. El *honeste vivere*, por tanto, no es un precepto únicamente moral. Al contrario, también tiene relevancia jurídica y concierne un aspecto importante de la justicia y la libertad. Sobre todo de la libertad considerada bajo el aspecto de la elección autónoma del orden justo, que es la realización más alta de la libertad, esto es, de la libertad como liberación de toda injusticia y de toda iniquidad y, por tanto, conformidad con las exigencias más profundas de la humanidad. Esta libertad no es absoluta, ya que está reglada por la justicia; esto es, libertad en cuanto elección dentro del orden objetivo del bien y, por ello, elección del bien. Libertad y derecho natural, por tanto, están estrechamente ligados sobre todo desde este ángulo. Están estrechamente ligados, además, bajo otro aspecto, el del reconocimiento de la libertad como bien natural del hombre al que nadie puede renunciar sin perder la propia dignidad y pisotear la propia humanidad: el sujeto no puede hacerse objeto y, por tanto, ha de considerarse antijurídica toda forma de esclavitud (incluso la voluntaria, que, en cambio, KELSEN consideraba plenamente legítima), como toda forma de instrumentalización del hombre, aun la propia instrumentalización personal, esto es, la autorreducción a «cosa».

Sigue de ahí que libertad y derecho no son en verdad «conflictivos»: el derecho potencia la libertad y la libertad encuentra en el derecho su

¹⁰ Para la buena fe en el Código Civil español pueden verse los artículos 78, 79, 361, 365, 375, 382, 383, 433, 436, 442, 451, 452, 457, 464, 1.107, 1.478, 1.509, 1.530, 1.738, 1.778, 1.897, 1.940, 1.950, 1.951, 1.955, 1.957, 1.958. Como ponen en evidencia los numerosos artículos citados la *buena fe* es elemento prepositivo del derecho, ampliamente utilizado por los Códigos Civiles.

justificación. De hecho, como libre arbitrio, es un derecho natural fundamental e inalienable y, como elección del bien, esto es, ejercitada en el respeto de la justicia, es la plena realización de sí misma. Esto se evidencia también por el sentido común, que (en italiano) define «*cattivo*», esto es, cautivo, prisionero, al hombre vicioso, el que incluso «elige» el mal, y considera verdaderamente libre al hombre virtuoso por haber elegido el bien. El lenguaje del sentido común implica y revela a un tiempo la existencia de la justicia en sí y por sí: ésta no puede ser el producto del poder ni el resultado de la teoría de los ordenamientos (definidos) jurídicos, porque en este caso tendríamos una desconcertante, injustificable y contradictoria pluralidad de concepciones de la justicia y, consiguientemente, del derecho y de la libertad, pero también porque nos encontraríamos en presencia de un sustancial nihilismo que, en último término, impediría legítimamente hablar de derecho y de libertad.

3. EL DERECHO COMO LÍMITE/NEGACIÓN DE LA LIBERTAD

La tesis hasta ahora sostenida no es —como es sabido— aceptada pacíficamente. Más aún, toda la *modernidad* (incluso la que, y quizá particularmente ésa, sostiene el derecho natural racionalista) se orienta en sentido opuesto. La libertad de la *modernidad* no es la libertad del orden justo y en el orden justo. Al contrario, es considerada tal solamente en ausencia de derecho y de reglas. HOBBS, por ejemplo, afirma claramente que «el derecho natural [...] es la libertad que todo hombre tiene de usar el propio poder como desea»¹¹; aunque precisa, sosteniendo así un criterio (al menos funcional) del ejercicio del poder, que lo hace siempre en vista de la conservación de la propia vida. La libertad, por otra parte, depende a su juicio del «silencio» de la ley: donde hay ley no hay libertad y viceversa. No vale objetar que entre los padres de la *modernidad* hay autores que sostienen que la libertad está en la ley. El republicanismo, sea en contextos históricos diversos y con modalidades y finalidades no idénticas, de hecho, resulta prisionero de la concepción «negativa» de la libertad (esto es, de aquella libertad que para ser tal debe ser ejercitada con el solo criterio de la libertad, es decir, con ningún criterio), para cuyo ejercicio, a veces, se puede invocar la garantía de la ley. Y esto en distintas perspectivas. Hay, así, doctrinas que invocan la tutela de la ley como garantía de la libertad respecto de terceros,

¹¹ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan*, cap. XXI.

y doctrinas (por ejemplo el liberalismo en sentido estricto) que invocan la misma garantía respecto del Estado: las primeras invocan al Estado considerándolo «liberador»; las segundas desconfían del Estado considerándolo (al menos virtualmente) opresor. Sin embargo, el modo de entender la libertad en unas y otras doctrinas es el mismo, pues ya se invoque el Estado y su ley como garantía de la libertad (y de los derechos), ya se pongan límites al Estado (necesariamente con las leyes; generalmente incluso con las leyes superiores a las ordinarias, esto es, con las Constituciones), se propugna en todo caso la ausencia de leyes para el reconocimiento y afirmación de la libertad, que se hace consistir siempre en el poder de hacer lo que se desea dentro de esferas más o menos grandes: en el primer caso haciendo depender la ley de la voluntad del Estado, considerado como la única realidad que puede pensar y querer en nombre y por cuenta de los ciudadanos; en el segundo, reivindicando el «derecho» de ser libres del mismo modo en que son libres los animales, esto es, pretendiendo poder obrar irresponsablemente o, por usar una expresión rousseauiana, de manera inocente.

El mismo KANT, que buscó el «principio universal del derecho» y de la «libertad positiva», no abandona finalmente la doctrina de la «libertad negativa». Pues considerar que el obrar sea «conforme al derecho cuando, por medio del mismo [...], la libertad del arbitrio de cada uno puede coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal»¹², significa contentarse con una fórmula de convivencia sobre la base de que la libertad sea arbitrio y que el derecho derive de las reglas en lugar de ser su condición. El derecho se identifica, así, con la legislación, que es y permanece —según KANT— un acto (bajo cierto aspecto necesitado) de la voluntad: «La libertad y la legislación [...] —escribe en *El fundamento de la metafísica de las costumbres*—¹³, son ambas autonomía y, consiguientemente, conceptos idénticos».

El formalismo sería el presupuesto de la universalidad en cuanto en la generalidad de la ley se individualaría el «principio universal del derecho». La generalidad, por esto, se convertiría en la esencia del derecho, ya sea ésta acto de la voluntad con la cual el cuerpo político delibera considerando todo él mismo (ROUSSEAU), ya sea la fórmula racionalista

¹² I. KANT, *Rechtslehre*, ed. italiana, *Scritti politici, di filosofia della storia del diritto*, Torino, 1956, p. 407. También en *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, vers. italiana, *Antologia di scritti politici*, Bologna, 1961, p. 73.

¹³ Id., *Metaphysik der Sitten*, ed. italiana, Roma, 1910, p. 113.

elaborada para permitir la convivencia y que impone límites puramente geográficos a la pura libertad (KANT), ya sea el momento de la objetividad del espíritu que —de ese modo— hace efectiva su libertad y manifiesta su misma conciencia al tiempo (HEGEL). No se trata de esconder la existencia de diferencias entre las doctrinas citadas. No hay duda, de hecho, de que nos hallamos en presencia de teorías que han conducido a desarrollos diversos. Entre el totalitarismo de la democracia rousseauiana y el liberalismo kantiano, por ejemplo, hay evidentemente diferencias y diferencias notables. Estas doctrinas, sin embargo, tienen un mínimo común denominador, representado por la «libertad negativa» (considerada la única forma de libertad verdadera), cuyo ejercicio se permite en ocasiones o al Estado o al individuo. La «cosa» no es ciertamente insignificante. Ya que reconocer al Estado o al individuo el ejercicio de la «libertad negativa» en lo que toca, por ejemplo, a la vida, supone que la vida dependa de la voluntad del Estado o de la voluntad del individuo. Lo que, no obstante, debe subrayarse es que tanto el Estado como el individuo no reivindican el derecho *a la* vida sino el derecho *sobre* la vida: el derecho, por tanto, vendría a depender en cualquier caso de la sola *voluntas*/poder que pretende ser legisladora¹⁴.

4. EL CUIDADO PALIATIVO INÚTIL Y LA HETEROGÉNESIS DE LOS FINES DE LA «MODERNIDAD»

El esfuerzo de HEGEL por superar definitivamente tanto la posición rousseauiana (todavía abierta, aunque en parte y sólo ficticiamente, al derecho natural racionalista) como la kantiana (contradictoriamente suspendida entre la libertad como puro arbitrio y la libertad como legislación) es al mismo tiempo signo de una necesidad y de una dificultad: de la necesidad de conciliar derecho y libertad y de la dificultad levantada por la «libertad negativa» sobre todo cuando se considera la relación entre individuo y Estado. Hegel quisiera resolver la cuestión eliminando el derecho natural (quizás, sobre todo, el racionalista), en el que no ve otra cosa que la existencia de la fuerza y el hacerse valer de la

¹⁴ He encontrado confirmación de esta mi «lectura» también en la obra de A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962. «El concepto de forma —escribe— que aparece en la *Crítica de la razón práctica* se recorta sobre la noción de libertad como autonomía: allí, de hecho, la forma se remite a un mundo de fines y valores que la misma libertad constituye. Y, por tanto, funda ella misma, en sí misma, el horizonte inteligible, el orden nouménico» (p. 70).

violencia¹⁵. Para salir de esta condición hace falta abandonar, en su opinión, sea la libertad «natural» (esto es, la propia del estado de naturaleza, entendida al modo de HOBBS y de ROUSSEAU), sea la teoría político-jurídica según la cual el fin del Estado es la tutela de la propiedad y de la libertad personal (residuos del estado de naturaleza conservados en la sociedad política). En otras palabras, es necesario considerar que la libertad alcanza su derecho supremo solamente en la unidad de la voluntad sustancial, o sea en el Estado. Por donde derecho positivo y libertad (como quería también ROUSSEAU) vienen a coincidir en cuanto el derecho es el producto de la voluntad sustancial y libre del Estado que, por ello, como sostuvo posteriormente también Benedetto CROCE, nunca se equivoca. La libertad, por tanto, también es para HEGEL condición del derecho, pero sobre la base del presupuesto que sea libremente (o sea «negativamente») ejercitada por el Estado, que —así— sería la condición del derecho. De derecho se puede hablar, por tanto, solo en términos positivistas, esto es, legislación y derecho serían la misma cosa. El derecho dependería del ordenamiento jurídico, que sería la fuente (y la condición) del orden: orden y orden público coincidirían. Los derechos, por lo mismo, no serían (como sostiene la doctrina de los derechos reflejos) sino los derechos propios de la ciudadanía (los llamados «derechos civiles»), cuya existencia y cuya naturaleza están totalmente en las manos del Estado, que —según la definición hegeliana— es «la realidad de la voluntad sustancial», esto es, «lo racional en sí y por sí»¹⁶.

La racionalidad como pura efectividad conduce coherentemente a la conclusión según la cual el derecho está en la sola norma; mejor, a la tesis según la cual la norma es el derecho y, por eso, éste debe buscarse en el solo ordenamiento, se defina éste como conjunto de normas (normativismo) o como institución (Santi ROMANO). El derecho positivo (es decir, el único derecho posible, según HEGEL) es producto de la libertad; de una libertad que en último término es racional porque logra convertirse en «real», esto es, imponerse absolutamente y, en cuanto poder impuesto, hacer efectivo el querer. La libertad es causa y condición de la racionalidad que, bien pensado, es la misma efectividad, es decir, la determinación del poder. La universalidad de la racionalidad viene dada por el autodeterminarse de la voluntad del espíritu: universal y real serían, por tanto, la misma cosa. La disolución de la justicia en la norma

¹⁵ G. F. W. HEGEL, *Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, § 502.

¹⁶ ID., *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, § 158.

positiva es así un hecho. Esto representa la premisa del iuspositivismo absoluto y del nihilismo jurídico contemporáneo.

Contra factum non valet argumentum. Como el hecho es el más irrefutable de los argumentos, puede observarse: *a)* que la libertad del espíritu hegeliano ha llevado al totalitarismo «fuerte», que se ha hecho añicos con la Segunda Guerra Mundial; *b)* que para Hegel, como precedentemente para Rousseau, el derecho es epifanía e instrumento de la libertad en cuanto objetivación de la voluntad/poder del Estado; *c)* que el derecho, dependiendo de la voluntad/poder, tiene como contenido el querido contingentemente por la misma libertad/poder; *d)* que el derecho no es límite de la libertad sino su instrumento; *e)* que la libertad del Estado anula tanto la libertad individual como a ella misma. De hecho, siendo pura autodeterminación, no es libertad: faltándole la posibilidad de elección se reduce, finalmente, a determinación (a un «hacerse») sin posibilidad de alternativas. El derecho, historia e instrumento del proceso del espíritu, está privado de justificación intrínseca y de razones. Su justificación y su razón, pues, se buscan sólo en el poder del Estado. Ésta es la consecuencia inevitable de esta doctrina, que puede llevar (como de hecho ha llevado) a la violación del derecho por la ley: lo prueban los campos de concentración y exterminio nazis.

La solución del problema sugerida y seguida por HEGEL lleva, por tanto, sea a la negación del derecho natural (tanto clásico como racionalista), sea a la negación del derecho positivo; lleva, además, al suicidio de la libertad. Lo que queda es el poder del espíritu: ¿Puede el poder, sin embargo, en sí y por sí, identificarse con la libertad y el derecho? Parece que HEGEL se haya metido en el camino que no quería seguir y, así, haya terminado por admitir el «derecho natural racionalista», aunque reconozca que sólo compete al Estado y solamente pueda ser ejercitado por él. Haciendo así, no obstante, queda obligado a reconocer también la emergencia de la fuerza y el imponerse de la violencia, aunque sea en el Estado y ejercitada por el Estado. Cosa que admitirán, sucesivamente, incluso quienes (como Max WEBER, Norberto BOBBIO, etc.) definen el Estado de derecho como quien detenta el monopolio de la fuerza.

5. ¿QUÉ RETORNO Y QUÉ RENACIMIENTO?

No hay duda de que después del fracaso de la doctrina hegeliana se haya dado un «retorno» (por usar la expresión de ROMMEN) al derecho

natural. Sobre todo después de la trágica experiencia de la Segunda Guerra Mundial se advirtió la necesidad de volver a pensar la cuestión derecho/ libertad; de codificar en solemnes Declaraciones los derechos del hombre; de «recuperar» viejas doctrinas para fundar la libertad y el derecho; de encontrar un punto arquimedeo sobre el que basar el «nuevo» orden jurídico y político.

Todo quedó incierto, indefinido. Autores, como por ejemplo MARI-TAIN, declararon la imposibilidad de llegar a individuar un mínimo común denominador, por ejemplo, para la problemática de los derechos humanos. Señal, ésta, de una opción (al menos escondida) en favor de la «libertad negativa» respecto de los derechos humanos.

El notable esfuerzo desplegado en Europa a favor del derecho natural (clásico) por autores como, por ejemplo, ROMMEN, GRANERIS, OLGATI, ELÍAS DE TEJADA, COMPOSTA, AMBROSETTI, VALLET DE GOYTISOLO, WALDSTEIN, etc., no alcanzó el resultado de hacer del derecho natural (clásico) el fundamento de los ordenamientos jurídicos y de las instituciones. Prevalció la línea *sensu lato* «liberal» que asumía la libertad como *indiferencia* garantizada por el ordenamiento jurídico positivo. Se impuso, pues, una nueva forma de republicanismo (la libertad garantizada por la ley). En otras palabras, el «retorno» representó un «renacimiento» de las doctrinas liberales (a veces demócrata-radicales) que condujeron gradualmente en la segunda mitad del siglo XX a definir la «libertad» en términos avalorativos, como por ejemplo «la relación social por la cual una determinada conducta de algunos agentes sociales no se hace ni imposible ni punible por otros agentes»¹⁷, y a relegar el problema de la verdad del derecho en la esfera privada, pues en sede pública se considera políticamente incorrecto que prevalezca el relativismo, el cual puede encontrar una limitación (considerada a veces necesaria, pero como quiera que sea, siempre un mal) solamente por razones estrictamente ligadas a la convivencia. RORTY, por ejemplo, es claro sobre el asunto: cuando la filosofía (que él reduce a mera opinión individual) entra en conflicto con la democracia (entendida no como forma de gobierno sino como fundamento del gobierno y del orden público), es esta última (esto es, la democracia) la que prima sobre aquella (la filosofía), puesto que la «libertad negativa» se considera el bien supremo al que todo debe ser sacrificado o por lo menos pospuesto (incluidos el bien y lo justo). En este contexto se piensa que el derecho a la libertad (entendida como «libertad negativa») constituya propiamente el derecho a la liberación.

¹⁷ F. E. OPPENHEIM, *Dimensions of Freedom*, ed. italiana, Milano, 1964, pp. 132 y ss.