

MIGUEL AYUSO  
(ED.)

**UTRUMQUE IUS**  
**DERECHO, DERECHO NATURAL Y DERECHO CANÓNICO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> , por <i>Miguel Ayuso</i> .....	17
<b>DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA AL DERECHO</b> , 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
<b>EL MATRIMONIO CANÓNICO Y EL DERECHO NATURAL</b> , 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
<b>EL MATRIMONIO Y EL DERECHO CANÓNICO. REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO NATURAL</b> , 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
<b>CAPACIDAD E INCAPACIDAD PSÍQUICA PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL</b> , 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
<b>DERECHO NATURAL Y DERECHO DE LA IGLESIA, por Ignacio Barreiro.....</b>		<b>67</b>
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
<b>VIGENCIA DE LA NOCIÓN DE IGLESIA COMO SOCIEDAD JURIDICAMENTE PERFECTA Y SU ANCLAJE EN EL DERECHO NATURAL, por Luis María de Ruschi .</b>		<b>77</b>
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
<b>¿LAS TRANSFORMACIONES EN LA IGLESIA GENERAN CAMBIOS EN LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO? ENSEÑANZAS PRÁCTICAS DE LA EXPERIENCIA EN BÉLGICA, por Frank Judo.....</b>		<b>93</b>
1.	INTRODUCCIÓN .....	93
2.	CATEGORÍAS BÁSICAS DE LA RELACIÓN IGLESIA-ESTADO EN BÉLGICA ...	94
3.	EL CAMBIO SILENCIOSO EN LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO.....	96
<b>DERECHO NATURAL Y DERECHO PENAL. APROXIMACIONES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LAS PENAS Y LA CRISIS DEL DERECHO PENAL, por Nicolás Romero.....</b>		<b>101</b>
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
<b>EL DEBER DE LEGISLAR EN LO PENAL</b> , por <i>Ricardo Marques Dip</i> .....	111
1. INTRODUCCIÓN .....	111
2. LA PENA JUSTA .....	112
3. ILÍCITO, CULPA Y PERSONA .....	114
4. EL DEBER DE CASTIGAR .....	116
<b>¿HAY UN FUNDAMENTO IUSNATURALISTA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA?</b> , 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
<b>DERECHO NATURAL Y DERECHO CIVIL</b> , 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
<b>IT IS JUST PRICE. ENTENDER LOS MALES ECONÓMICOS MODERNOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA SOCIAL CATÓLICA</b> , 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
<b>EL DERECHO (Y LA LEY) NATURAL CATÓLICOS DE CARA AL PROTESTANTIS- MO Y LA CONSTITUCIÓN MODERNA</b> , 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
<b>LA ESTIRPE CALVINISTA DEL CONSTITUCIONALISMO, por <i>Fernán Altuve-Febres</i>..</b>	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
<b>EL POSITIVISMO JUDICIAL COMO REACCIÓN CONSERVADORA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE: UNA PROPUESTA FINAL AL PROBLEMA, por <i>Christopher Ferrara</i> .....</b>	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
<b>EL DERECHO NATURAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL CASO DE FRANCIA, por <i>Gilles Dumont</i> .....</b>	217
1. OBSERVACIONES PRELIMINARES .....	217
2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO IMPREGNADO POR EL DERECHO NATURAL .....	220
3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ORDEN POLÍTICO NATURAL .....	223
<b>SUBSIDIARIEDAD Y DERECHO NATURAL. UNA REFLEXIÓN COLOMBIANA, por <i>Juan Carlos Novoa</i>.....</b>	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

<b>LAS TENDENCIAS PERVERSAS DEL NEOCAPITALISMO</b> , 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
 <b>¿DOS DERECHOS? EL IMPRESCINDIBLE DERECHO NATURAL</b> , 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
 <b>ÍNDICE ONOMÁSTICO</b> .....	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 definida<sup>1</sup>. Se han individuado, en efecto, no menos de siete significados de experiencia<sup>2</sup> [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 aquella no como «producto» del espíritu viviente, como escribió —por ejemplo— HEGEL en las primeras páginas

<sup>1</sup> «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.

<sup>2</sup> 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*<sup>3</sup>, 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»<sup>4</sup>. «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*»<sup>5</sup>. «El “de suyo” constituye, pues, la radicalidad de la cosa misma como real y no solamente como alteridad. Y esto es esencial»<sup>6</sup>.

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»<sup>7</sup>, 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

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

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

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> 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)»<sup>8</sup>, 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 Egipto<sup>9</sup>.

### 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

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

<sup>9</sup> 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 1978<sup>10</sup>. 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 matrimonio<sup>11</sup>.

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 PASCAL<sup>12</sup>— 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.

<sup>10</sup> 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.

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

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