

## ORDEN ÉTICO Y DERECHO

POR

DANILO CASTELLANO

1. En la doctrina según la cual la ley positiva es fuente del derecho, como sostiene, por ejemplo, el artículo 1 de las Disposiciones sobre la ley en general, antepuestas al Código civil italiano, y como sustenta —otro ejemplo— el artículo 1 del Título preliminar de las normas jurídicas sobre aplicación y eficacia del Código civil español, ética del derecho y legalidad son lo mismo. El “paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable —según dijo Rousseau— al sustituir en su conducta la justicia al instinto, dando con ello a sus acciones la moralidad que antes les faltaba. Solo entonces, sustituyendo la voz del deber al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre, que hasta entonces sólo se había considerado a sí mismo, se vio forzado a actuar según otros principios y a consultar a la razón antes de prestar atención a sus tendencias”. (*Del Contrato Social o Principios de Derecho Político*, l. I, c. VIII). Por tanto, sin la ley positiva no sólo no existiría el derecho sino tampoco la moralidad. El derecho positivo sería la condición de la moral y de la justicia. En efecto, se admite generalmente que aquellas existen pero sin la interpretación del soberano, como mantuvo, en último análisis Locke, o sin la intervención del gobierno y las leyes, es decir del Estado (como afirmó Rousseau siguiendo a Locke), no sería posible ni su conocimiento ni su práctica. El derecho, en fin, considerado creador de la moral, sería el producto del “Contrato Social”, ya sea el llamado “derecho privado”, o bien ya sea el que se denomina “derecho público” y que, en esta perspectiva, coherente aunque absurdamente, en todo caso asume un papel preeminente sobre el primero.

Efectivamente, las Constituciones o las Leyes Constitucionales se asumen como si fuesen el criterio para interpretar todo el derecho que se dice producto (y, en parte, lo es) de las leyes ordinarias; por ello las leyes son sometidas, o puede ser sometidas, a la criba de la constitucionalidad.

Por lo tanto, un “proyecto político” se legitimaría sobre la base del consentimiento de los ciudadanos (entendido el consentimiento como mera adhesión a dicho proyecto) y, por lo tanto, sobre la base de una adhesión voluntarista que no necesita argumentos; un “proyecto político”, digo, sería la condición de la validez de las disposiciones ordinarias ya sea desde el punto de vista de su formación, o bien sea desde la perspectiva de su emanación (por lo tanto por su valor y procedimiento), como, por ejemplo, establecen sustancialmente el artículo 2 del Preámbulo al Código civil italiano y el párrafo 2.º del artículo 1 del Título preliminar del Código civil español.

Para quienes, como quien les habla, es impropio hablar de fuentes del derecho (como se entienden generalmente), pues únicamente es posible determinar su fundamento, esto constituye un verdadero problema, una cuestión que se debe afrontar y posiblemente resolver para no seguir considerando como legitimante lo que tiene que ser legitimado: el poder. Así lo considera realmente la hegemónica cultura político-jurídica de matriz protestante (por lo tanto también el poder basado en el consentimiento como mera adhesión a cualquier proyecto); ello no legitima nada en absoluto, por el contrario precisa ser legitimado. A tal fin es absolutamente insuficiente, más bien es una contradicción *in terminis*, el recurso a la soberanía, que, según algunas doctrinas, daría hasta fundamento a la autoridad (N. Matteucci, *El Estado moderno*, Bolonia 1993, pág. 15) y de la que dependería, en último análisis ya sea el pueblo ya sea el territorio, invocados, el primero, para transformar cualquier interés del individuo en interés común (mas propiamente debería decirse público) (F. D’Agostino, *Filosofía del derecho*, Turín 1996, pág. 172), y el segundo para crear un espacio, siempre elástico porque depende de la misma soberanía, dentro del que ejercer el poder como dominio.

La soberanía (sea del Estado o del pueblo) es en cambio, un instrumento, porque la naturaleza del poder es y sigue siendo instru-

mental. La soberanía “concibe” y se vale del derecho como *técnica* aunque pueda servir (como ha ocurrido históricamente y continúa ocurriendo) para crear la llamada ética pública que puede ser, por ejemplo, la del Estado ético totalitario (Rousseau, Hegel, etc.) o la del liberalismo según el que la *proprietatis*, entendida como soberanía individual, representaría un límite a la *potestas*, (entendida como dominio soberano del poder público). En ambos casos se establecería un régimen de *irresponsabilidad* (el Estado o su opuesto, el individuo, no se equivocarían nunca) lo que es cuanto más antiético y antijurídico se pueda afirmar. Más bien, es la negación del humanismo. El derecho, en efecto, se convertiría en instrumento de opciones abiertas o enmascaradas pero nunca justificadas (las llamadas ideologías) que estarían siempre legitimadas en cuanto acompañadas por el poder. Por tanto, el derecho no haría otra cosa (como ya opinaron los Sofistas, refutados por Platón) que transformar en justicia (o intentar transformar en justicia) lo que el poder impone con efectividad. Ello sería no sólo la negación de la moral sino también del mismo derecho.

2. Efectivamente, no hay que olvidar que es inconcebible el derecho (como la moral) sin responsabilidad e imputabilidad, es decir sin el dominio de las acciones propias y lo que ello comporta. Esto, el dominio de las propias acciones, implica, por una parte, la libertad de elección (libre albedrío) y, por otra, que la naturaleza de las acciones no dependa de la voluntad humana (sea del Estado o del individuo).

En cuanto concierne el primer aspecto, debe notarse que los Códigos civiles reconocen la capacidad de realizar todos los actos para los que no sea haya establecido una edad diferente a la mayoría de edad. Es decir que establecen, aunque sea *iuris tantum*, que cada individuo mayor de edad es capaz de responsabilidad, porque es dueño de sus actos. Los Códigos penales reconocen que la imputabilidad requiere en el sujeto agente la capacidad de entender y querer. En algunos Códigos se excluye presuntamente en ausencia de cierta edad (por ejemplo, en Italia si el menor no ha cumplido los catorce años), pero se reconoce antes de la mayoría de edad si se prueba (en Italia, por ejemplo, entre los catorce y los dieciocho

años) . Por su parte, el Código de Derecho Canónico, establece que cada fiel, alcanzada la edad de la razón (Canon 989) tiene la obligación de confesar sus pecados; también están obligados a la confesión sacramental los niños que han alcanzado el uso de la razón para ser admitidos a la santa comunión (Canon 914). Lo que significa que cada ser humano gradualmente madura su capacidad moral y jurídica hasta el punto de llegar a ser capaz de actuar haciendo el bien u obrando el mal.

A este propósito así lo reconocen hoy también la razón canónica, algunas leyes positivas estatales, determinadas normas de derecho internacional así como algunas Declaraciones. Bastaría con pensar en cuanto dispone, por ejemplo, el *Tratado que instituye una Constitución para Europa* (que —como es sabido— todavía no es un texto de derecho positivo), que en el artículo II, 24 c. 1.º afirma el derecho del niño a expresar libremente su propia opinión, que tiene que ser tomada en consideración acerca de las cuestiones que le conciernen en función de su edad y de su madurez. La cuestión tiene relieve particularmente en materia del “consentimiento informado” en el ámbito de las curas terapéuticas y la experimentación clínica que, sobre todo en aquello que atañe a los menores, está unido a otras valoraciones obligatorias que deben hacerse sobre la base de presupuestos objetivos.

Hacer el bien y evitar el mal no significa simplemente actuar respetando la *legalidad*. Esto no es válido sólo para el Derecho canónico o para las Declaraciones y las normas de derecho internacional aludidas. Si así fuera, ¿sobre qué bases podrían ser instruidos y realizados los procesos por crímenes contra la humanidad? No hay duda, efectivamente, de que, por ejemplo, muchos acusados en el proceso de Nüremberg hayan actuado respetando la ley positiva de la Alemania nazi. Tal vez cumplieron con celo las prescripciones del orden jurídico alemán de la época. La experiencia histórica demuestra que no es la legalidad, (entendida de forma positivista) el criterio de legitimidad. El criterio *nullum crimen sine lege* que, si es entendido en sentido diferente de cómo lo entiende la modernidad jurídica (que hace depender de la voluntad soberana la naturaleza y la existencia del delito), representa un principio de civilización jurídica, es puesto parcialmente en discusión también por el citado

*Tratado que instituye una Constitución para Europa.* En efecto, el Tratado en su artículo II-49, después de haber subrayado la validez del principio de legalidad, afirma en el párrafo 2.º, que el “presente artículo no impide al juicio y la condena de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que fue cometida, constituía un crimen según los principios generales reconocidos por todas las naciones”. Se trata de una tímida apertura que representa más la señal de la existencia de un problema que su solución: sólo la remisión a la internacionalización excluye, de hecho, que sea suficiente para legitimar una acción en sí criminal la referencia a cada determinado ordenamiento jurídico, pero no permite localizar el fundamento del orden jurídico que revela la naturaleza del crimen.

Será suficiente, en todo caso, un ejemplo para demostrar que no es la legalidad, entendida de forma positivista, la fuente del derecho y la condición de la naturaleza de la acción o de la omisión. Un jurista italiano de decidida orientación positivista nos ayuda a plantear y entender la cuestión. Francesco Antolisei, autor de un *Manual de Derecho Penal* que tuvo notable éxito en las Facultades de Derecho italianas, antes y después de la muerte del autor, después de haber aceptado la definición de delito como “cada hecho al que el orden jurídico asigna como resultado una pena”, afirma que es indispensable la integración de esta definición formal de delito con una definición sustancial del mismo. Rechazadas las tesis de muchas doctrinas penalistas, en particular aquellas que hacen consistir el delito en un hecho que ofende gravemente el orden ético, Antolisei sostiene que el delito es “aquél comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige como sanción una pena (criminal)”. Definición, ésta, que querría ser sustancial y complementaria de la definición formal aceptada, pero que, viéndolo bien, sigue siendo prisionera del formalismo y sobre todo del nihilismo jurídico fruto de la soberanía o sea de la presunta omnipotencia del poder.

Lo que despierta curiosidad es el hecho que Francesco Antolisei en la *Parte especial* de su Manual al ocuparse de cada delito y considerando, por ejemplo, el delito de estafa como es visto por el *Código penal* italiano, observa que la definición de estafa que acoge

es demasiado estrecha: “Tal definición —escribe textualmente— deja fuera no pocos fraudes que merecen una pena. El futuro legislador no podrá eximirse de volver a examinar la configuración de este delito fundamental, ampliando su extensión de modo oportuno o integrándolo en otras configuraciones más genéricas”. Pero, son realmente incomprensibles estas observaciones y esta sugerencia si el delito desde el punto de vista formal y desde el punto de vista sustancial no es sino un comportamiento humano contrario a la ley positiva y si ésta no es sino la voluntad del Estado considerada como fuente del derecho. En otras palabras, la acción humana de estafa podría ser considerada como tal sólo sobre la base de la ley. Por lo tanto, siguiendo el ejemplo, la figura de estafa no podría ser nunca “demasiado estrecha”, ya que prevería siempre lo que... prevé. No sería legítima la petición de ampliar su configuración para incluir todos los casos de estafa. Afirmar eso significa admitir que la estafa (como todo otro delito) tiene una naturaleza que la ley positiva reconoce y, si es el caso, castiga. Lo que demuestra: 1.º) que la responsabilidad y la imputabilidad necesitan la libertad del sujeto agente que se ejercita con respecto a un orden jurídico natural que el mismo legislador tiene que reconocer y respetar; 2.º) que el derecho y la moral se encuentran ante las mismas cuestiones aunque el derecho está circunscrito al ámbito de la justicia mientras que la ética comprende la praxis en su totalidad; 3.º) que el problema jurídico es ante todo un problema ético por la premisa de la que tiene que partir para la construcción no arbitraria del orden jurídico.

3. La prueba de que el orden jurídico no puede ser construido arbitrariamente como, en cambio, pretenden las doctrinas que lo hacen depender del “pacto social” y de la soberanía, es aportada por los mismos Códigos, civiles y penales, y hasta por la legislación que aparentemente tiene por objeto lo que pudiera parecer más lejano de la ética (por ejemplo lo relativo a la circulación vial). Como se verá, los ejemplos que siguen a continuación muestran claramente que no sólo el derecho positivo no puede ignorar la ética sino que, al contrario, está caracterizado intrínsecamente por ella; obviamente —como se ha dicho— dentro de los límites inherentes a la justicia que es una de las cuatro virtudes morales, pero no es toda la ética.

Así, por ejemplo, en derecho civil encontramos cuestiones cuya solución sería imposible si se prescindiera de la consideración de la justicia; no de la “creada” por la ley sino de aquella que es condición del derecho y la ley. La institución de la *rescisión* del contrato, por ejemplo, es una institución que tiene la específica función de tutelar derechos e intereses que pueden ser lesionados por el mismo negocio jurídico. Tiene por objeto la tutela de la justicia o, mejor, de la equidad, es decir la justicia aplicada al caso particular: la *rescisión* efectivamente tiene por fundamento y fin la tutela “de un criterio sustancial de justicia real o equidad” (A. Trabucchi, *Instituciones de Derecho Civil*, Padua 1975, pág. 203), tanto si se considera el negocio jurídico que realizan las partes en un grave estado de necesidad de una de ellas, conocido por la otra parte (art. 1447 del Código Civil italiano), o bien si se contempla la ventaja indebida que una de las partes consigue de un negocio jurídico, concluido en estado de necesidad, en el que el valor de la prestación de la parte necesitada supera el doble del valor de la prestación de la contraparte (art. 1448 del Código Civil italiano). La *rescisión* por lesión *ultra dimidium* no sería tampoco hipotizable a falta de la lesión objetiva de la justicia, que permite identificar el abuso practicado en un *estado de necesidad*.

Consideraciones análogas se pueden hacer por enriquecimiento indebido o bien por el enriquecimiento sin causa (art. 2041 del Código Civil italiano). También en este caso el criterio último al que se hace referencia (más bien al que se tiene que hacer referencia) es la justicia: *natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri loqupletiorum*, que es principio ligado al aún más general principio según el que es preciso *suum cuique tribuere*, al que responde con una prescripción general también la norma civil según la que el resarcimiento del daño injustamente causado hay que realizarlo siempre (art. 2043 del Código Civil italiano).

En lo que que atañe al derecho penal se puede añadir a título de ejemplo, en cuanto a lo anteriormente indicado sobre la estafa, que no sería posible hablar de *abuso de derecho*, en particular del abuso de la patria potestad, si no hubiera criterios impuestos por la naturaleza del deber, en particular, en el ejemplo que se aduce del deber de la patria potestad. Así el crimen de *omisión de socorro* (art.

593 Código Penal italiano), no es previsible fundadamente sin el deber moral general de solidaridad humana hacia quien (sin culpa y, a veces, hasta por culpa) es incapaz de atenderse a sí mismo por razones de edad, de enfermedad, de vejez, etc. La misma observación es válida para el delito de *abandono del menor o incapaz* (art. 591 del Código Penal italiano) que constituye delito agravado si se cometiera por persona (padre, tutor, hijo, etc.), sobre la que recae un deber moral derivado de una responsabilidad jurídica y natural o del deber de gratitud.

Bastará, por fin, para probar la unión entre orden ético y derecho, un sólo ejemplo tomado de la legislación que reglamenta la circulación vial. ¿Los vehículos y las motocicletas destinados a servicios de policía, bomberos y ambulancias (art. 177 D. Leg. n.º 285, de 30 de abril de 1992) tienen derecho a tener la calle libre y, por lo tanto, quien se encuentra en la calle por aquellos recorrida tiene la obligación de dejar libre el paso y, si es necesario, pararse? ¿Por qué? Porque protegen bienes o prestan servicios a personas que, en tanto que personas, merecen particular tutela. Lo que significa que el legislador no ha podido ignorar la función que aquellos realizan. La valoración, previamente realizada para la aprobación de la norma, es señal de que también al establecer el derecho puramente legal es imposible prescindir de consideraciones morales y hasta filosóficas. Lo que significa que también lo que establece la ley (positiva) no es meramente convencional, es decir no es absolutamente indiferente que sea de un modo u otro, incluso pudiendo (y, en unos casos, debiendo) ser reglamentado de manera diferente. Aristóteles, por ejemplo, a este propósito, incluso habiendo comprendido la esencia del problema de lo “justo político”, parece reducir demasiado lo “justo legal”, considerando solamente su no-indiferencia como consecuencia de lo que ya está establecido (Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, V, 7).

Se podrían hacer otras consideraciones y citar otros ejemplos para demostrar cómo en los Códigos la justicia es la condición del derecho. Bastaría con pensar en la irrevocabilidad de la donación remuneratoria (art. 805 del Código Civil italiano) para la adquisición de los frutos naturales y civiles, a la prescripción del reembolso de los gastos por la producción y la cosecha de los primeros a



favor del que las ha encontrado y dentro de los límites del valor de los frutos (art. 821 del Código Civil italiano), al reparto de los gastos de la comunidad (arts. 1123-1126 del Código Civil italiano), etcétera; todas cuestiones de justicia conmutativa reglamentadas por los Códigos civiles.

También los artículos de los Códigos penales se caracterizan por una atenta consideración de las exigencias del orden ético: los delitos, por ejemplo, contra la persona (desde los delitos contra la vida a los delitos contra el honor o contra la libertad individual), así como los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres no serían determinables sin el necesario reenvío a la ética, entendida no como simple costumbre (¡la costumbre es uno de los productos de la ética, no es la ética!), sino como norma impuesta al sujeto por la naturaleza de la acción.

Sería interesante considerar cómo a este propósito la jurisprudencia, sobre todo la de los Tribunales Supremos, haya sido “obligada” a dar el justo relieve a la ética para la solución de controversias civiles o penales. No hay tiempo para hacerlo. Es oportuno, en cambio, subrayar cómo también frente a controversias que se cree pertenezcan a esferas que la cultura hegemónica contemporánea considera reservadas absolutamente a la vida “privada”, los tribunales hayan sido llamados a juzgar casos de los que emerge la intrínseca relación entre ética y derecho. Ante, por ejemplo, en una instancia de separación con culpa de dos cónyuges, el Tribunal de Casación italiano, ha tenido que pronunciarse acerca de la relevancia para la separación de las solicitudes sexuales “anormales” por parte del cónyuge (Corte de Casación, Sección 1.<sup>a</sup> civil, Sentencia n.º 8787. 11 marzo/18 junio, 2002). Más recientemente la misma Casación Civil ha considerado que “el rechazo, prolongado durante siete años a mantener relaciones afectivas y sexuales normales con la pareja constituye una grave ofensa a la dignidad y a la personalidad del otro” y configura e íntegra una “violación del deber de asistencia moral y material sancionados por el artículo 143 del Código Civil”. Es interesante notar que esta sentencia no invoca el artículo 143 del Código Civil para deducir de ello un deber: al revés, sustenta que el “deber no puede no ser el reflejo preceptivo de aquella unión sentimental sobre la que puede mantenerse

realmente y prosperar la relación de pareja”. En otras palabras el artículo 143 del Código Civil italiano no es la premisa de la que deducir el deber sino que es norma que acoge el deber, como también afirma una sentencia sucesiva (Casación Civil n.º 9801, el 10 de mayo de 2005), según la cual los deberes morales que se derivan a la pareja del matrimonio tienen también una naturaleza jurídica. Esto confirma lo que sustentó fundamentalmente un jurista francés que dedicó una monografía a *La règle moral dans les obligations civiles*, es decir que “la separación absoluta de derecho y moral es imposible realizarla” (G. Ripert, París 1949, pág. 23).

4. Se tiene la impresión de que hay una separación insuperable entre Códigos y Constituciones y quizás hasta una contraposición: en los Códigos, a veces claramente y a veces a duras penas y con incertidumbres, surgen las exigencias de la justicia. En las Constituciones, en las Constituciones contemporáneas, emergen en cambio las exigencias racionalistas de los diversos proyectos definidos como políticos, que consideran un principio jurídico la absoluta autodeterminación de la persona que tendría derecho a disponer libremente de su propio cuerpo a capricho, a suicidarse (incluso con la asistencia del Estado), a la pornografía, garantizada por el Estado a quien libremente la solicite, al empleo personal de sustancias estupefacientes, etc. Las Constituciones pretenden, como se ha observado al principio, crear la ética pública, la de los “derechos humanos” que, como se han afirmado históricamente, son la versión “jurídica” de la “filosófica” libertad negativa.

La experiencia jurídica contemporánea, como la de todos los tiempos, plantea, en cambio, problemas para cuya solución es indispensable buscar la justicia, no subordinándola a la irracionalidad de la soberanía erróneamente considerada fuente y fundamento del derecho.