

## LAS APORÍAS PRESENTES DEL DERECHO NATURAL (DE RETORNO EN RETORNO)

POR

MIGUEL AYUSO (\*)

**1. Los porqués del "eterno retorno".** Se ha citado tantas veces el título de la obra que Heinrich Rommen dio a las prensas en Leipzig, en 1936, *El eterno retorno del derecho natural*, que en cierto modo ha llegado a banalizarse. Sin embargo, precisamente por consistir en un lugar común, esconde siempre en su interior posibilidades interpretativas inexploradas o, por lo menos, inexhaustas. Sin pretensión alguna quiero poner delante de esta docta asamblea, ante la que es un honor —que agradezco sinceramente— intervenir, algunas sencillas reflexiones extraídas de la cantera de ese *topos*.

Y, entiéndase, no se trata de subrayar tanto los aspectos esenciales como los existenciales de la afirmación contenida en la famosa rúbrica. Esto es, no abundaré en la afirmación; a mi juicio indiscutible, de que "la entera historia de la especulación filo-

---

(\*) Los pasados días 18 a 21 de octubre se han celebrado en Santiago de Chile, organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, las I Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Continúan las VI ediciones de las Jornadas Chilenas de Derecho Natural, que organizara en la misma Universidad nuestro amigo y colaborador el profesor Gonzalo Ibáñez, a partir de las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, que impulsó y dirigió Francisco Elías de Tejada en Madrid en 1973, y que conocieron una segunda edición en Córdoba el año 1998. Publicamos a continuación, sin notas, con autorización del profesor Raúl Madrid, director de las Jornadas, la versión oral de la ponencia desarrollada por el profesor Miguel Ayuso en la sesión plenaria del día 21 de octubre (N. de la R.).

sófico-jurídica gira alrededor de este tema central por antonomasia: el que ya planteara Aristóteles distinguiendo entre lo justo natural y lo justo legal". Y es que —como recordó Elías de Tejada— no hay, en efecto, probablemente cuestión más grave en los saberes del derecho, ni con mayores secuelas morales, sociales y políticas. Por el contrario, quisiera fijarme brevemente en los aspectos históricos de las sucesivas reencarnaciones. Como paso previo para destacar problemáticamente los que tocan la coyuntura presente, en que pareciera trata de abrirse camino de nuevo, entre no pocas dificultades.

No quisiera incurrir tampoco en la ingenuidad de creer en la invariabilidad de un modelo aristotélico-tomista siempre reproducido y siempre en el fondo traicionado. Tras las sabias páginas que un querido colega mendocino, afincado en Chile, y que profesa en esta Universidad, Jorge Martínez Barrera, una tal pretensión debiera tomarse con todas las cautelas. Pero, adoptadas convenientemente, tampoco veo mayor dificultad en aceptar (de nuevo) el tópico de un "derecho natural clásico", el que arranca de los filósofos griegos, pasa por los juristas (y retóricos) romanos y concluye en los teólogos medievales. A partir de ahí (por lo dicho no podrá ignorarse que también hasta ahí) se abren las discusiones.

**2. La *crux interpretum* de la segunda escolástica.** A comenzar por la escolástica hispana. Pues, ¿cómo negar las diferencias entre Vitoria y Suárez (también, por cierto, entre ellos) y el de Aquino? Las páginas, intuitivas y quizá poco fundadas, pero geniales, de Michel Villey las elevaron casi al paroxismo. Las concienzudas de Michel Bastit, aun en el mismo surco que el anterior, por cierto su maestro, no alteraron demasiado el balance. Lo mismo podría decirse, en cuanto a Suárez, del magno tratado de Vallet de Goytisolo. Al mismo tiempo, sin embargo, Elías de Tejada, con palmario prurito patriótico (esto es, piadoso), pero no tan desprovisto de razones como pudiera parecer en apariencia, cierra filas en defensa de los *magni hispani*. Y Félix Lamas, demostrando profundo conocimiento de los textos y los autores, se instala en un mismo marco. Que Dalmacio Negro sintetiza, de

modo por lo menos convincente en parte, al señalar el horizonte del orden como el que unifica al Doctor Angélico con el Doctor Eximio.

Permítanme recordar el rosario que desgrana Elías de Tejada, y cumplo así con un deber de recordar a quien en años de grave sequía regó el predio de la ciencia del derecho natural e impulsó las Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, que tuvieron continuidad precisamente aquí en Chile, a través del profesor Gonzalo Ibáñez y de esta Universidad que nos recibe:

“A cada problema nuevo, solución nueva, arrancada por supuesto de la cantera del derecho natural católico. A cada objeción secularizadora de la ética, un antimachiavelismo tan exaltado como el que infunde a sus escritos en *El machiavelismo degollado por la cristiana sabiduría de España*, el jesuita Claudio Clemente, francocomtés de Ornans en el Condado de Borgoña. A los excesos del idealismo desarraigado de la realidad, las opiniones tacitistas de Baltasar Álamos de Barrientos. A la tiranía, la sujeción a la autoridad de las leyes, con el jesuita Juan de Mariana o el agustino Juan Márquez. A la destrucción de la sociedad a la larga, implícita en la teoría bodiniana de la soberanía, la suprema autoridad dentro de un orden jurídico, que postuló el aragonés Gaspar de Añastro Isunza al traducirle «catholicamente enmendado».

Jamás hubo en la historia del pensamiento político ni de la construcción jurídica pléyade de varones semejantes. Para encontrarle parangón, sería preciso acudir al genio de Roma o a la Alemania del siglo XIX. Y siempre atentos a buscar las fuentes más remotas, sin dejar un hilo sin atar de la realidad que les rodeaba. Catalogaron las leyes de los indios americanos con Garcilaso de la Vega o con el padre Motolinia. Tradujeron los primeros en occidente los libros de Confucio, por mano del dominico Domingo Fernández Navarrete. Inventaron el derecho comparado con *Las Repúblicas del mundo*, de fray Jerónimo Gracián. Con Luis Vives asimilaron el humanismo en la filosofía jurídica y en el derecho lo superaron con Antonio Agustín. Cuanto se supo en Europa, supose por ellos, a partir de las *Relaciones* de Cristóbal Colón o de Hernán Cortés en Castilla, del médico García da Horta en Portugal. Pero sin que en un solo instante la erudición falseara el pulso de la certeza de saberse soldados en la guerra del derecho natural católico”.

Tan belicoso y en fondo piadoso lenguaje, en tiempos de pacifismo y barbarie por fuerza ha de resultarnos lejano. También el tono un tanto florido contribuya quizá a ello. Claro es que, de un lado, el pacifismo no es la paz, sino —como dice la Escritura— “llamar paz a tan grandes males”. Y, de otro, la barbarie, como ironizaba trágicamente Chesterton, lleva a avergonzarse de los pecados de nuestra civilización mientras que exalta sin mesura a las que se suponen sus víctimas y cuyos pecados no es que clamen sino que aúllan contra el cielo. El párrafo, como quiera que sea, contribuye a levantar el velo de algunos problemas. Así, por ejemplo, el de la coyuntura histórica a la que trata de verterse nuevamente la síntesis del derecho natural.

Que la escolástica hispana acertara a identificar las líneas maestras de una “época” que estaba afirmándose ante sus ojos, y a debelar sus errores desde las “alturas católicas”, que en este punto comprenden las de la filosofía clásica, no es en verdad poca cosa. Más aún, algunos de los que desde hoy pueden reputarse sus errores no pueden desligarse de ese contexto que tiñe sus afanes y, claro es, también sus soluciones. Pienso en los asuntos capitales del derecho subjetivo y del origen y transmisión del poder. Porque, ¿cuáles son los grandes apremios de aquel tiempo? Y vayan disculpas anticipadas por lo que quizá pueda parecer obvio en exceso. La conquista y evangelización de estas Indias occidentales, pronto convertidas (desde la otra orilla) en Reinos de Ultramar, lanzó al primer plano de la experiencia jurídica, a través de la irrupción de los indígenas, el problema de la persona; al tiempo que el error protestante había contribuido a liberar el poder de los príncipes de la tupida malla de limitaciones religiosas, éticas, políticas y jurídicas. Así pues, las leyes o incluso las facultades o potestades derivadas o reconocidas por las leyes contribuyeron a recubrir el *ius* de un significado del que hasta entonces había carecido, pero que podía en verdad quedar amparado por la analogía. Y la necesidad de frenar el absolutismo de los reyes (que no es exactamente lo mismo que la monarquía absoluta, como se verá tras el despotismo ilustrado, lo que no puede desarrollarse aquí) condujo a explicar la traslación del poder en términos tales que, más allá del pactismo medieval, sin-

gularmente prolongado en la Corona de Aragón y en el Reino de Navarra, aunque no totalmente ausente en Castilla; iba luego a permitir su lectura en clave contractualista. Si se quiere, puede concluirse con Danilo Castellano que los errores del pensamiento jurídico-político moderno traen su causa del nominalismo a través de la segunda escolástica. O incluso con Sériaux que en la segunda escolástica existe la intención de volver a las fuentes tomistas, pero falta el espíritu de éstas. Pero quizá el juicio resulte excesivo a la vista de la intención de concretar los principios perennes en la experiencia histórica, oponiéndose además —y la precisión no es baladí— a las líneas de fuerza dominantes en ésta y opuestas a aquéllos.

**3. La perversión de la escuela moderna y el iusnaturalismo racionalista.** Otra cosa es la ocurrida con la Escuela que lleva el derecho natural en su nombre. La Escuela del derecho natural y de gentes. En Italia algunos la apodan "iusnaturalismo", reservando en cambio el nombre de "derecho natural" para la versión clásica. No está de más la precisión si se observa desde la perspectiva en que Michel Villey, en un celebrado artículo encabezado por tal rúbrica, describía la sintomatología de una enfermedad. Pues en puridad estamos ante una perversión o, si se prefiere un término menos fuerte, ante otra cosa. El llamado iusnaturalismo moderno (en sentido axiológico y no meramente cronológico) o racionalista es el que, por una suerte de continuidad paradójica, concluye en el positivismo jurídico. A partir de este momento no va a ser fácil preservar el legado de los clásicos, modernizado (sin caer en la modernidad) por los españoles, de la confusión instalada ya desde el nombre por los secuaces del racionalismo moderno. Éstos piensan el derecho desde el individuo, sea en un primer momento a través de la ley, una ley dictada por la razón humana, al estilo de Grocio, Pufendorf y a la postre de Kant, o sea después ya desde el mismo individuo, como Hobbes, Locke o Rousseau.

Muy levemente ha quedado apuntado, en lo recién dicho, cómo la escolástica hispana, en efecto, introdujo algunas novedades en el cuadro del derecho natural tradicional. En particular,

la ruptura de la noción de derecho, que de unitaria se expande para acoger también la ley y luego el llamado derecho subjetivo. Sin embargo, y como también se dijo, tal expansión venía amparada por la analogía. Esto es, si el derecho no dejaba de ser *id quod iustum est* o *ipsam rem iustam*, en cambio se admitía su extensión (primeramente por Francisco de Vitoria) también a las leyes, cuando el hecho del tipo coincidía con el hecho del caso (pues más allá debía de seguir acudiéndose a la equidad), o (ya con Francisco Suárez) a la facultad o el poder de exigir en justicia. Los racionalistas, sin embargo, desembarazados progresivamente de la contención por la gravitación tradicional, singularmente la idea de orden, de las potencialidades perturbadoras e incluso destructivas de las nuevas ideas, van a actualizarlas con usura. Inicialmente el legalismo va a deslizar el foco de lo jurídico desde la "posición justa" (pues no es otra en el fondo la traducción acertada de *ius*, esto es, el estatuto que corresponde objetivamente en derecho a una persona respecto de las cosas que posee) hasta la ley, concebida como acto de *potestas*. Podría decirse que se produce una crisis del derecho a manos de la ley. De una ley que, sin embargo, todavía se halla cerca de la ley clásica, esto es, en la definición tomasiana, de un cierto "ordenamiento de la razón al bien común". Aunque es cierto que tal ley, desligada del horizonte general de la sociedad, va a reducirse de modo progresivo a una suerte de mandatos dirigidos a los individuos singulares. La búsqueda del ajustamiento armonioso entre los miembros del cuerpo social, en consecuencia, va a ceder el paso al equilibrio resultante de unos individuos que siguen las constricciones que les dirigen los poderes públicos. Finalmente, el designio racionalista, hermanado pronto con un voluntarismo campante, se va a abrir a la mera imposición transformadora (*política*) y, en su disolución, al puro arbitrio. Así pues, si hace unos instantes hablábamos de la crisis del derecho a manos de la ley (clásica), podríamos añadir que pronto siguió la crisis de la ley clásica por causa de la ley moderna.

En lo que toca al derecho natural y su comprensión, tal independencia de la ley respecto del derecho condujo a la concepción de aquél como un orden de normas autónomas, desligado

del derecho positivo, una suerte de modelo ideal elaborado por filósofos y moralistas, ajeno a los jurisprudentes. Y orden de normas autónomas por orden de normas autónomas, el llamado derecho natural no puede sino ser a la larga (o a la corta) derrotado por el llamado positivo: *auctoritas* (recte: *potestas*) *non veritas facit legem*, escribió Hobbes. Y no es casual que este nombre aparezca precisamente en este momento. Pero al mismo tiempo la concepción moderna conduce a la atomización social y por ahí aparece el lazo que une la concepción del derecho como regla de conducta obligatoria con otra para el que simplemente es ya una prerrogativa subjetiva. La crisis de la ley moderna está ya incoada. Pero para ver sus frutos habremos de esperar.

**4. La intentio restauradora y el neotomismo.** Porque, antes, en pleno apogeo del positivismo jurídico de matriz iusnaturalista (racionalista), es forzoso detenerse, por breve que sea la pausa, en un retorno (este sí, verdadero) al derecho natural. Pero deudor, como no podía ser menos, de algunas coordenadas culturales que lo condicionan. Me refiero al neotomismo. Esto es, la reviviscencia de la escolástica, y singularmente de la tomista, por obra del movimiento espiritual que a fines del siglo XIX, de un lado culminó, mientras que de otro partió, con la encíclica leonina *Aeterni Patris*.

En las dos orillas del mundo hispánico el racionalismo apenas penetró, y la segunda escolástica se perpetuó sin solución de continuidad alguna. Por eso, Menéndez Pelayo pudo escribir en un número asequible de páginas una *historia de los heterodoxos*: la de los ortodoxos hubiese sido en cambio empresa imposible, pues éstos lo eran casi todos, mientras aquéllos apenas pasaban de una excepción colorista. Eso permite comprender que en la península ibérica, por poner sólo un ejemplo, el jerónimo fray Fernando de Cevallos escribiese a fines del dieciocho *La falsa filosofía, crimen de Estado*, como si nada hubiese cambiado en los dos siglos precedentes, y pese a la utilización del término Estado. O que en el Ultramar, en el Río de la Plata, por dar otro, el padre jesuita José Manuel Peramás conservase la filosofía política y jurídica tradicionales. Nada semejante, en cambio, ocurrió

en Europa (y doy al término el preciso significado cultural que le atribuyó Elías de Tejada), singularmente en Francia, pero tampoco en el mundo germánico. Cuando la Revolución vino —como escribió Jean Madiran— a poner en plural el pecado original, las reacciones frente a la misma fueron expresivas de la continuidad o ruptura de la tradición teórica y práctica de la filosofía cristiana: en Francia el vacío hubo de llenarse con el tradicionalismo filosófico de De Maistre o De Bonald, mientras que en España el Filósofo Rancio o fray Magín Ferrer repetían las verdades seculares.

A partir de 1850, cuando la Revolución de dos años atrás iba de vencida, coincidiendo con el regreso a Roma del Papa Pío IX, empezó a percibirse un estado de espíritu que aspiraba —en palabras de *La Civiltà Cattolica*, revista que comenzó a publicar en ese año la Compañía de Jesús, y que iba a ser uno de los exponentes más significados del mismo— a “conducir de nuevo las ideas y el movimiento de la sociedad a aquel concepto católico de que parece haberse apartado desde hace tres siglos”. Ese movimiento es el que fraguó en 1879, con la encíclica, antes citada, *Aeterni Patris*, de León XIII, que tuvo el efecto de multiplicar su influjo. El contexto moralizante hizo que —como criticó con razón Michel Villey— no se saliera de la confusión entre ley y derecho naturales, de resultas de la que éste perdió su dimensión más específica, esto es, la propia del *ars iuris*, engullido por la moral de la *lex ethica naturalis*. Desde el ángulo político, además, se hizo patente con prontitud el cambio de frente del que había que hacerse cargo. Los esfuerzos suarezianos o belarminianos contra los monarcas absolutos habían reforzado una presentación de la traslación del poder que ponía el acento sobre la mediación de la comunidad. Pero tal presentación, en la era de las revoluciones, y con el contractualismo como médula del liberalismo político, había devenido harto peligrosa. Taparelli, Liberatore, Cathrein o Enrique Gil y Robles, pero sobre todo León XIII (en *Diuturnum illud*) o San Pío X (en *Notre charge apostolique*), hubieron de ajustar por lo mismo su interpretación a una coyuntura en que el democratismo liberal era el enemigo. La doctrina de la traslación dejó paso a la de la designación, y allí donde



los escolásticos del diecisiete veían de derecho natural la traslación que de la autoridad hace la sociedad civil al gobernante, sus continuadores del diecinueve prefieren subrayar que el poder va directamente al gobernante designado a través de la sociedad. No obstante la *intentio* restauradora, la mentalidad (en el sentido delnociano) "clerical", esto es subordinada (todavía para combatirlo) al pensamiento moderno, crea algunas dificultades derivadas en parte de la aceptación del lenguaje político de la modernidad (con términos tales como Estado o soberanía). Otras veces la claudicación no será sólo terminológica. Pero...

**5. La *reductio ad hitlerum* y los derechos humanos como freno del poder.** La relación inextricable que desde los orígenes ligó al iusnaturalismo moderno con el positivismo jurídico, a partir del racionalismo, y a través del legalismo, contaba todavía con otro ingrediente: el derecho subjetivo. Bien puede comprenderse la dificultad de articular todas esas variables en un sistema coherente. La clave, en cuanto lo anterior sea posible, iba a residir en el recurso al contrato como fundamento de la sociedad y del "orden" jurídico.

En efecto, la tesis tradicional encuentra en el orden legal (y de resultas, en la coacción extrínseca) una necesidad para el perfeccionamiento ético de los hombres, que son heterónomos (pues no se dan a sí mismos la norma regidora de su conducta). Frente a la misma, el racionalismo moderno, que presupone la apoliticidad natural de los hombres, y descansa sobre el principio de su autonomía, ve en la ley —ha escrito el colega argentino Federico Mihura— o un puro ordenamiento permanente pero accidental, garantía de la "paz social" y del cumplimiento de los contratos privados, o un ordenamiento temporal y provisional, a la espera de que alguna "ingeniería social", modificando coactivamente la naturaleza humana, llegue a suprimir la causa de los conflictos.

La que Francesco Gentile llama geometría legal, en su refinamiento virtual, pero en su alejamiento de la realidad, disfrazó de aparente juridicidad una razón de Estado que asfixiaba la inteligencia política. Sin embargo, a partir de la pura convención o del

consentimiento no pueden fundarse la ley y el gobierno. El naturalismo político —ha escrito por su parte Danilo Castellano— es la negación de la política, ya que intenta remediar la anarquía del hipotético estado de naturaleza con el Estado moderno, que es anárquico, como *persona civitatis*, porque pretende ser el único y último punto de referencia incluso para la determinación del bien y del mal, y al mismo tiempo despótico, porque —al ser unificador de una multitud— cree ser el Absoluto del que todo depende: “Además, que el Estado moderno no es una auténtica solución a la cuestión política lo prueba el hecho de que entre individuo y gobierno, a pesar (y quizá a causa del) «contrato», perdura una contraposición, que alguna teoría política supera sólo recurriendo a la eliminación de una de las partes, tal y como está obligado a hacer Rousseau para conseguir la cuadratura del círculo político, y para que el poder sea libertad”.

Esa cuadratura del círculo político se evidenció desde el inicio en la polarización Estado-derechos humanos. Es sabido que una de las características de éstos, tal y como aparecen consagrados por la Revolución francesa, fue su enfrentamiento respecto de la sociedad política, o cuando menos que generaron una cierta polarización con el Estado. Así nacieron en la Asamblea y así han llegado hasta nuestros días como un *desideratum* individualista en oposición a un Estado que es concebido como enemigo, y frente al cual los derechos del hombre se erigen como único baluarte defensivo. Sin embargo, tal aparente enfrentamiento debe ser reconsiderado a la luz de otros factores. Así, la ideología revolucionaria lejos de limitar el ejercicio del poder, contribuyó a su acrecentamiento, lo que hace que se haya podido escribir cómo, ya desde sus orígenes, “aunque el valor que ostenta el *príus* ontológico sean los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se piensa que *su efectiva realización depende de la previa intervención del poder*”. Si la primera parte de esta afirmación —ha escrito Estanislao Cantero— es discutible, por la naturaleza de la “fundamentación” (o más bien de la “falta de fundamentación”) de los derechos apodados con el paso del tiempo de “fundamentales”, la segunda resulta en cambio incontrovertible. Porque cabe preguntarse, en primer lugar, por el

poder que la Asamblea quería limitar y que no es otro —la investigación más sumaria así lo exhibe— que el poder real más que el poder político genéricamente considerado. Pero es que luego, además, la ley vino a prevalecer sobre el derecho previamente definido, por lo que a través de la “legislación”, o del legalismo, los derechos más que “reconocidos” pasaron a ser “conferidos”. Finalmente, en nuestros días, y habremos de volver sobre el asunto, ha de tenerse en cuenta que, sin haber perdido su naturaleza de doctrina estatista y, por lo mismo, positivista, el permisivismo moral reinante —tolerado cuando no abiertamente fomentado por los Estados— lleva a la reivindicación de unos falsos derechos respecto a los cuales el poder del Estado no se considera afectado, por lo que no existe ese enfrentamiento (por ejemplo, el derecho al aborto o al “matrimonio” homosexual).

Pero no nos adelantemos. El resultado de la polarización recién descrita se resolvió en un primer momento a favor del poder del Estado. Hubo de llegar el totalitarismo en acto (pues virtualmente el Estado liberal lo era también) para que se llegara a problematizar el juicio que Kelsen expuso en toda su crudeza: “Quien, ante el eterno problema de lo que hay detrás del derecho positivo, sigue buscando una respuesta, me temo, no hallará la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien levanta ese velo sin cerrar los ojos se ve mirado fijamente por los ojos abiertos de par en par de la cabeza de la Gorgona del poder”.

Sí, la *reductio ad hitlerum* llevó a muchos a volver la cara con horror. Pero no a cortar el nudo gordiano de la cuestión. Así pues, son muchos quienes podrían ser incluidos con razón entre los peregrinos en el retorno al derecho natural, que —se ha dicho— no por eterno, deja de presentar singularidades en cada tiempo. No es este el lugar para traer a la vista el cortejo de quienes prosiguieron semejante andadura, por senderos o campo a través, desde el inicial positivismo al derecho natural, que en general no alcanzaron, reposando en la antesala de diversos predios. Pero quizá sí merezca la pena apuntar las autorizadas voces de la ciencia del derecho natural que han

observado ora sus insuficiencias o deficiencias en el alcanzar su objetivo.

Así, Juan Vallet de Goytisolo, en el seno de su magno quehacer metodológico, florecido en cinco mil cumplidas páginas, al apuntar unas apretadas conclusiones provisionales de la que llama metodología de la determinación del derecho constataba que, no obstante la persistencia del positivismo durante el presente siglo, una reacción ha sacudido la ciencia del derecho a través de la penetración primero de la consideración de los valores y luego de la idea del derecho justo —bien es cierto que primero sólo formal y luego tornada sustantiva—, para después ser completada por la atención hacia una renacida naturaleza de las cosas y la apertura de la jurisprudencia de intereses, más allá de la ley positiva, a las realidades vitales, culminando en la jurisprudencia estimativa o *Wertungsjurisprudenz*. No oculta Vallet lo que antes decíamos insuficiencias evidenciadas en el trayecto, faltas que son también defectos. Pero es la ponderación lo que más se deja notar en el abigarrado cuadro.

Así también, aunque poniendo el acento más severamente sobre lo desviado que lo simplemente incompleto, el profesor Francisco Elías de Tejada, viene a considerar que el fallo que impidió a numerosos autores volver auténticamente al derecho natural, quedándose en la imprecisa noción de la naturaleza de la cosa, fue “haber ignorado la distancia que media entre el derecho natural católico y el derecho natural protestante; bien patente cuando (...) otorga parigual valía al derecho fundado en la razón humana, al derecho fundado en Dios y al derecho fundado en la naturaleza”. Lo que —a su juicio y con referencia concreta a Radbruch— no vio claro “fue la diferencia entre los tres tipos de derecho natural”, ni cómo sólo uno de ellos es el válido: el de la escuela y los clásicos hispánicos, “el que contempla la función del hombre por participación de la criatura racional en la ley eterna, ley con la cual Dios ordena el universo”. La distinción sobre los distintos y aun incompatibles modos de comprender el derecho natural le conduce, así, a parangonar, por poner un ejemplo expresivo, la visión de sólidas raíces teológicas de un Tomás de Aquino, con la construcción secularizada de

un Hobbes o Rousseau. Por ahí, si hacemos caso de otros críticos, retorna también el relativismo contra el que había salido a contender. Pues no es tanto herencia de su primera posición lo que vara su empeño, como "no haber sobrepasado la idea de la naturaleza de la teología luterana, prolongada en la secularización llevada a cabo por los grandes iusnaturalistas europeos del siglo xvii".

Hasta qué punto la aparente inflexión de la coyuntural encarnación del eterno retorno promovida por Gustav Radbruch, a la cabeza de tantos otros autores, iba a la larga a desvanecerse en un espejismo, o —si se prefiere— hasta dónde los signos contradictorios de este tiempo de crisis habían de tirar hacia la disolución postmoderna los perfiles "fuertes" de la ortodoxia positivista sólo ahora estamos en condiciones de comenzar a aquilatarlo. Bien es cierto igualmente que, en el enmarañado balance, es difícil saber hasta qué punto las conversiones ocasionadas por la coyuntura histórica, de un lado, militaban en pro de la huida de la ideología en pos de la filosofía —*veram, nisi fallor, philosophiam non simulatam affectantes*—; o bien, de otro, con sus bienintencionadas y más que evidentes falencias, erosionando el simulacro del ágora que custodiaba la pirámide, no ponía las bases de un cada vez más cercano nihilismo.

**6. La postmodernidad político-jurídica: ¿modernidad decadente o exasperada?** La crisis de la ley moderna, incoada en las circunstancias que acabamos de apuntar, junto con la del Estado moderno, tenían que exasperarse en el cuadro disolvente de la postmodernidad. Pero vamos por partes.

La presente crisis de la ley surge precisamente de haberse apurado las premisas filosóficas que alumbraron su versión moderna o, por decirlo de otro modo, asistimos en nuestros días, según el epocal signo postmoderno, a la disolución de la ley moderna en su versión "fuerte" y a su sustitución por sus derivados "débiles". Desde un ángulo teórico-conceptual, la ley parlamentaria se halla, por mor de los tribunales constitucionales, ante continuos constreñimientos para acomodarse a la Constitución, y, merced a la expansión del gobierno, en una defensiva perma-

nente. Sin olvidar el vacío jurídico creado por la reciente ola de des-reglamentación a partir de los años ochenta. Pero también, desde el ángulo práctico, han de tenerse presentes los que se han calificado por Martín-Retortillo de "mal decir" y "mal hacer" de las leyes. Esto es, la incorrección en la expresión y en la técnica a que responden y que redundan, a no dudarlo, no sólo en su correcto conocimiento, sino también en su adecuado cumplimiento.

En el primero de los ámbitos, primeramente, no pueden en absoluto obviarse las hondas transformaciones que supuso la adopción por los sistemas continentales legalistas del control de la constitucionalidad de las leyes, característicos, si bien con rasgos bien diferenciados, de los sistemas anglosajones, y en particular del constitucionalismo estadounidense. Pues la concepción kelseniana, si bien partió de presupuestos típicamente continentales como el positivismo y el legalismo (esto es, lo que podríamos llamar negativamente "no judicialismo"), vino finalmente a alterar la fisonomía de las constituciones europeas, aproximándolas por una suerte de paradoja, en absoluto inexplicable, al modelo norteamericano. En efecto, el positivismo jurídico se abrirá en ellas al derecho internacional, diluyendo la clausura paradigmática de aquél y trazando un puente entre el sistema normativo internacional y el interno, al tiempo que tenderán a configurarse como normas de aplicabilidad inmediata, determinando una constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, transido a partir de ahora de constitucionalidad, y que borra las fronteras, antes infranqueables, entre la norma suprema y el resto del sistema. Aunque la transformación decisiva brotará de la existencia misma de un órgano a quien se confía la operación de contrastar los productos legislativos con la piedra de toque de la Constitución, que, por más que sin naturaleza judicial ni estar siquiera incluidos en la organización judicial, emplean en cambio formas y procedimientos judiciales y conducen inexorablemente a la judicialización de la vida política. (Con todo, entre esta judicialización de la vida política y la politización de la justicia que hoy es dado hallar por doquier, a causa —en parte— de perversas fórmulas de gobierno del poder judicial y de una depaupera-

ción al tiempo que un ensoberbecimiento de la judicatura, hay un salto cualitativo que necesariamente no habría de seguirse).

A continuación, no debe ponerse entre paréntesis tampoco la transformación del parlamentarismo, en su versión denominada "racionalizada", con la asunción del protagonismo político por parte del gobierno, paralelo al retraimiento del parlamento. Las hondas transformaciones políticas, sociales, económicas, culturales y aun tecnológicas militaron de forma convergente en una alteración de los supuestos constitucionales sobre los que se asentaba el parlamentarismo originario. Así, el panorama actual aparece presidido por la preponderancia del gobierno —y no sólo contemplada cuantitativamente, sino también cualitativamente— en la iniciativa legislativa, las excepciones de creciente importancia al monopolio del parlamento en la producción de normas con rango de ley mediante la generalización de los decretos-leyes y los decretos legislativos, y aun más profundamente la propia alteración del juego de los poderes producto de factores tales como la industrialización, la sociedad de masas o los partidos políticos.

Si pasamos, a continuación al segundo de los ámbitos, las transformaciones recién apuntadas se agravan de modo creciente por los efectos de lo que se llamó la "motorización" legislativa y que ha alcanzado dimensiones pavorosas. Ahora bien, una tal inestabilidad no es sino el síntoma de la inmoralidad de la ley. En efecto, dice Michel Bastiit, si la ley se reduce a no ser más que una regla técnica, si abandona la búsqueda de lo que constituye el bien de la comunidad política, se convierte en inmoral. Inmoralidad que no radica tanto en la falta de respeto a una ley natural de la que debería deducirse, como en perder la mira de lo que constituye el bien común de la comunidad a la que pretende imponerse. Pues entonces impera solamente en virtud de la voluntad de legislador, detrás de la que no es difícil percibir los intereses particulares, convirtiéndose el poder en algo más y más asfixiante, que justifica la revuelta. Se llega así, y es buena conclusión también para el objetivo que buscamos en este epígrafe, al cuadro paradójico de una ley progresivamente invasora e impotente al tiempo: parece albergar la pretensión de cubrir la

totalidad de las relaciones entre los ciudadanos, sustituyendo las regulaciones de los particulares e imponiendo a los jueces sus soluciones; al tiempo, sin embargo, es cada vez menos obedecida y su prestigio se disuelve en la inestabilidad, la injusticia y, en fin, la revuelta.

La decadencia del Estado moderno, por su parte, observada en la crisis de la soberanía, en la privatización y en la oligarquización de las instancias representativas, presenta también un perfil ligado a la volatilización de la comunidad política, arrasada por el pluralismo radical. La libertad de conciencia (que ya Pío XI recordó es distinta de la libertad *de la* conciencia), constituida en matriz de los derechos fundamentales, con lo que la doctrina alemana ha llamado su "efecto irradiante" (*Ausstrahlungswirkung*), contiene una bomba de relojería que hace estallar al Estado moderno, asentado sobre la supuesta "autodeterminación" de los pueblos por virtud del principio democrático, a la que se viene a oponer eficazmente la supuesta "autodeterminación" de los individuos, que concluye el curso lógico de un pensamiento que implica la apología de la revolución permanente, y que si en muchas ocasiones se detiene ante las conclusiones a que conducen sus premisas es por los restos del "orden jurídico" contenidos en la legislación, por los restos de "comunidad política" que custodia mal que bien el Estado moderno.

En un texto como el presente no puede, como es obvio, abordarse la delicada cuestión de si la adopción por la Iglesia del lenguaje de los derechos humanos ha implicado también o no su conversión a los derechos de la tradición laica, anulando sus reservas sobre la línea que viene de la Revolución francesa. Desde luego que, más allá del cambio de la actitud "polémica" por otra "inclusiva", y aunque entre no pocas vacilaciones y concesiones, lo cierto es que puede afirmarse que se ha mantenido el antirracionalismo del magisterio de la Iglesia. Como que esas incoherencias de la predicación actual no militan precisamente a favor de la continuidad. Y así, con frecuencia, parece contentarse con un "reconocimiento", como el cualquier otro credo, mientras que en otras reclama en virtud de un derecho que como custodia del derecho de gentes sólo a ella pertenece el respeto y la



aceptación de su doctrina. Eso sí, sin "Estado confesional" y con "democracia". Pareciera como si, pese a los denodados esfuerzos de *aggiornamento*, emergiese la verdadera doctrina. Aunque precisamente, merced a todos los condicionamientos apuntados, no terminara de afirmarse netamente.

El liberalismo descristianiza precisamente a través de la afirmación de la libertad religiosa, que conduce al final a considerar al Estado como fuente única de la moralidad. A este propósito ha escrito el profesor Canals cómo León XIII insistió en que viene del ateísmo el que el Estado conceda a todas las religiones iguales derechos: "Su juicio se corresponde plenamente con la intención profunda de la concesión, por el Estado liberal, del derecho que propugnaba Spinoza de dejar a cada uno pensar lo que quiera y decir lo que piensa como camino para que el poder político se constituya en única fuente de ideas morales. En realidad estamos viendo esto en la vida política interna de los Estados y en la vida internacional: desde la ONU y desde la UNESCO, los criterios y las normas con que se pretende evitar el contagio del SIDA o regular la explosión demográfica en el mundo dan por supuesto como algo obvio que desde los poderes estatales o internacionales no se ha de esperar ni se puede aceptar ninguna normatividad moral de origen religioso, procedente de cualquier iglesia o confesión". Hay que reconocer —sigue nuestro autor— que sea desde la ONU, como desde los poderes políticos estatales, ni se espera ni se aceptaría un juicio moral venido del mundo religioso. Sociológica y culturalmente, nos encontramos con la trágica exclusividad del mahometismo en aparecer como una resistencia explícita a la secularización del laicismo en nuestra vida colectiva. Si se hubiese atendido a los procesos reales que hemos presenciado y que han llevado a la descristianización de la cristiandad occidental, tendríamos que reconocer dos hechos importantísimos y de significado decisivo: "En primer lugar, la injusticia sectaria que ha hecho evolucionar el Estado separado de la Iglesia hacia el Estado laicista opresor del derecho a la presencia de la fe en la educación y en la vida social, que no es algo contradictorio con los principios del liberalismo que la Iglesia condenó, ni accidental a su dinamismo profundo. En segundo

lugar, la hegemónica influencia del sectarismo anti-cristiano en los medios de comunicación social y en todos los ámbitos culturales que han conformado la mentalidad contemporánea anti-teísta es algo no sólo coherente con los principios del liberalismo, sino algo intentado por «principios» explícitamente afirmados como la finalidad del propio liberalismo desde sus fuentes filosóficas originarias y capitales”.

Precisamente Locke (en la senda del precursor Hobbes) es el iniciador al mismo tiempo del empirismo filosófico y el liberalismo político. Si —en su epistemología— las “ideas compuestas” (teorías y creencias) se forman en la mente individual por asociación de “ideas simples” (sensaciones primarias), como ha observado Rafael Gambra, aquéllas no pueden ser impuestas a nadie; ni menos aún constituidas en fundamento de un orden social o político: el individuo, sujeto de la sensación primaria, es forjador de las ideas compuestas; la sociedad, en consecuencia, es contractual y el poder voluntario o consentido; ésta, finalmente, no puede fundarse sobre la religión, sino que ha de afirmarse el principio de tolerancia, aun relativa.

Para el pensamiento tradicional, la sociedad de los hombres es, ante todo, en su radicalidad, una “comunidad” —en el lenguaje de Tönnies— que reconoce orígenes religiosos y naturales, que posee lazos internos emocionales y de actitud. La percepción de la sociedad histórica o concreta se acompaña, así, de la creencia en que el grupo transmite un cierto valor sagrado y del sentimiento de fe y veneración hacia esos orígenes sagrados más o menos oscuramente vividos. Es, pues, una “sociedad de deberes” en la que la obligación política, arraigada en la vinculación familiar, adquiere un sentido radical, indiscutido, de modo que el carácter consecutivo que el deber tiene siempre respecto del derecho ha de hallarse en la incisión en ella de un orden sobrenatural que posee el primario derecho a ser respetado, esto es, la aceptación comunitaria de unos derechos de Dios que determina deberes radicales en el hombre y en la sociedad.

Para el contractualismo la sociedad es más bien una coexistencia (“sociedad” en sentido estricto, de nuevo según el lenguaje de Tönnies) que reconoce orígenes simplemente convencio-

nales o pactados, que posee sólo lazos voluntario-rationales. La sociedad histórica se percibe, entonces, como una convivencia jurídica, a lo más por el sentimiento de independencia o solidaridad entre sus miembros. Pura "sociedad de derechos", que brota del contrato y de una finalidad consciente y en el que la obligación política sigue siempre a un derecho personal y se define por razón del respeto debido a ese previo derecho.

En la disyunción anterior hallamos la aporía política fundamental, perpetuamente renovada a través de la historia del pensamiento: la difícil tensión que todo orden político supone entre razón y misterio, entre *consensus* y *sobre-ti*, tensión que —continúa Gandra— sólo la práctica resuelve mediante una aceptación histórica, consentida y entrañada tradicionalmente en los hombres y en las generaciones. Del mismo modo que la convivencia humana no es producto de la razón ni del pacto humano, pero no es tampoco ajena a la racionalidad humana en su realización y formas, así tampoco el poder es un artefacto del pensar y del querer humano, pero no se afianza ni perdura sin el *consensus* de la voluntad histórica.

**7. Ancora una volta.** El a la sazón Cardenal Ratzinger, antes de su elevación al Solio Pontificio, pidió a las organizaciones de juristas católicos que abordasen las relaciones entre la ley natural y la ley civil. Lo mismo ha hecho con las Universidades Católicas. Y esta reunión, como el programa impreso no hurta a nuestro conocimiento, trae causa de tal impulso. Estamos, pues, de nuevo ante una solicitud de la Iglesia, preocupada por la que el propio Pontífice felizmente reinante —en frase que pronto ha alcanzado éxito— ha denominado "la dictadura del relativismo", para el retorno del derecho natural. De lo que ya hemos repasado, por más que apretadamente, se deduce que hay dos tipos de reviviscencias del derecho natural. De un lado las que prolongan, en función de las nuevas coordenadas, y sean cuales fueren sus defectos, el modelo clásico, vieja encina que se sobrepone a la hiedra que por momentos amenaza asfixiarlo. Serían la segunda escolástica de nuestros comunes antepasados y el neotomismo. De otro, las que lo pervierten, al ceder a las seducciones de las

ideologías modernas, cuando no al articular nuevas variantes de las mismas. Es lo ocurrido respectivamente con los llamados derecho natural racionalista y de los derechos humanos.

¿Se logrará en la actual coyuntura reatar el hilo de la tradición o se continuará, en el designio eterno del moderantismo, elevando tronos a las premisas y cadalsos a las consecuencias?

En verdad, no hay excesivos motivos para el optimismo. Cierto es que, como en toda situación de crisis, conviven signos contradictorios que permiten imaginar, tras el derrumbamiento de las construcciones que lo ocultaban a nuestra vista, el reencuentro con el orden natural; junto con otros que hacen avizorar la pura intemperie. Y es que faltan las bases sólidas sobre la que construir. Teóricamente se prescinde del arraigo del derecho natural en la metafísica tomista, de la que —como advirtió siempre con insistencia el magisterio de la Iglesia— no sin grave peligro es dado alejarse, mientras que se afirma el personalismo. Jurídicamente, el derecho natural *stricto sensu*, esto es, la cosa justa, determinada por medio del *ars iuris* dialéctico, no acierta a afirmarse entre el viejo y caduco legalismo y el nuevo "judicialismo" que hemos criticado. Políticamente no se logra escapar de la gravitación pérfida del liberalismo, que impide comprender cómo el Estado católico es una exigencia de razón antes que de fe, y que en los países sociológicamente aún católicos, desaparecido en la práctica aquél con el sorprendente contento de la Iglesia, la rehabilitación de su doctrina se muestra necesaria por completo. Sin embargo, se sigue abundando en una versión absolutizante de la libertad religiosa y en un paradigma de las relaciones de la Iglesia con la comunidad política cercana al "americanismo" que condenara León XIII. El teólogo privado Josef Ratzinger lo ha defendido en infinidad de ocasiones a partir de la aceptación de la doctrina de John Locke.

Permítanme todavía una reflexión más. Álvaro d'Ors, querido maestro con el tanto me unía y algunas cosas me separaban (cercañas y lejanías inversas a las que de sólitó han manifestado otros colegas y discípulos suyos) escribió que derecho es "lo que aprueban los jueces". Tesis a partir de la que se remonta al juicio divino, ya que al haber un juicio de Dios hay también un dere-

cho divino, aquello que aprueba el juez divino. Derecho divino que se contiene en la Revelación, conocido como positivo y por el que seremos juzgados. Si bien los infieles, continúa, que no conocen sin culpa el derecho divino positivo y obran con recta conciencia, serán juzgados benévolamente con un derecho mitigado que llamamos natural y que al cristiano no interesa personalmente. Elías de Tejada, con su *vis* polémica, calificó tal posición de calvinismo jurídico. Y, me parece, no andaba del todo errado. Pero no me interesa tanto desmenuzar críticamente la secuencia argumental orsiana. Con la rehabilitación del *ars iuris* en su activo. Pero también, a no dudarlo, con su pasivo. Lo que me ha movido a exhumar el problema es que enlaza implícitamente con uno de los grandes escollos que dificultan hoy el retorno del verdadero derecho natural. Por una línea que paradójicamente contradice la referida potencial recuperación del *ars iuris* que porta. Es lo que Frederick D. Wilhelmsen ha llamado el problema del "defensor" del derecho natural.

El discurso del derecho natural se presenta hoy en muchos ambientes (principalmente eclesiásticos, pero también clericales de matriz católico-liberal y democristiana) como una coartada para no afirmar la realeza (social) de Nuestro Señor Jesucristo. No estoy defendiendo, entiéndase bien, ninguna suerte de fideísmo. Santo Tomás, es bien sabido, considera que la ley natural es algo razonable que conduce las criaturas hacia su fin, su bien, que se considera en conjunto como el bien común del universo. En el caso del hombre, al estar dotado de autodeterminación, éste no sólo se somete a la ley, sino que también se gobierna según su dictamen. Tal ley natural es teóricamente cognoscible por la razón, pero existencialmente casi siempre fracasa ese poder teórico, por causa (al menos en parte) del pecado, que ha herido a la razón humana. Pero también porque se necesita tiempo y sabiduría para descubrir el contenido de la ley. Como rara vez los hombres lo alcanzarían, Dios lo ha revelado a todos los hombres, para que logren —en último término— la salvación. El contexto teológico y apologético de la obra tomasiana conducen al entronque de la ley natural con su Legislador. Pero desde la filosofía se alcanza una conclusión semejante, pues la ley natural, por natu-

ral que sea, exige un intérprete y ese intérprete constituye una autoridad en cuanto al contenido de la misma ley. Haciendo converger ambos aspectos podemos concluir que la ley sólo puede encontrar su interpretación "autoritaria" en su propio autor, Dios, que habla por medio de su Iglesia, si bien ésta —que custodia la santidad del derecho de gentes— remite a razones filosóficas cuando habla definitivamente sobre un asunto que cae dentro del ámbito de la ley. Igualmente, la ley natural, en cuanto se aplica al bien común de una sociedad, necesita de un intérprete autoritario, de un defensor del derecho natural.

El régimen de Cristiandad, que la Iglesia parece dar por cancelado definitivamente (y no sólo por exigencias de la indigencia de nuestro tiempo, esto es, como decían los polemistas decimonónicos, por hipótesis, sino por tesis), entre dificultades, aseguraba tal interpretación personal y autoritaria. La laicidad o el laicismo, que no son sino dos modalidades de una misma ideología, en cambio, la excluyen. Por eso, podemos concluir con el citado Wilhelmsen: "Por bien intencionados que sean los hombres en un ámbito secularizado, no hay —nunca podría haberlo— un defensor autoritario de lo que pertenece al hombre por su propia naturaleza, sea aquel hombre cristiano o pagano. Estamos llegando (...) al momento en que el derecho natural va a desaparecer totalmente, y en que una tiranía suave y eficaz, dulce y cruel se va a apoderar del orden político. Frente a ello sólo hay un remedio: la resacralización de aquel orden mediante el reconocimiento público del único soberano que hay, del único defensor de la integridad del hombre que hay: su autor, Cristo Rey. Humanamente hablando, yo no veo ninguna manera de conseguir esa meta. No vivimos en los tiempos de San Juan de la Cruz, de Santa Teresa de Jesús ni de Felipe II. Pero, eso sí, siempre vivimos en un *tiempo*, y en todos los *tiempos* llama Dios al hombre para que haga su deber, cueste lo que cueste".