

ORDEN Y DERECHO NATURAL

Dalmacio Negro

Universidad Complutense de Madrid

I. EL ORDEN

La idea y el concepto del Derecho Natural dependen de la imagen, visión¹ o concepción *vigente*² del Orden, que constituye una condición esencial del pensamiento coherente y de una sociedad suficientemente integrada. El Orden orienta y da sentido a la acción, justifica los medios, explica las metas y legitima los fines. En último término, determina la *medida* de la realidad, configurando la vida colectiva e informando la idea de lo público o común y de la justicia. Sin embargo, aunque la palabra Orden se emplea abundantemente, su estudio sistemático está bastante relegado. Recientemente se prefiere hablar de tradiciones. La tradición disciplina de forma empírica, el sentimiento, la reflexión y el pensamiento dándoles un sentido concreto. Sin embargo, la coexistencia de tradiciones, con frecuencia en conflicto —por ejemplo, el existente entre la racionalista, la irracionalista y la tradicionalista o entre las dos principales tradiciones liberales, una vinculada al orden natural, otra a una concepción artificial, constructivista, en definitiva estatal³—, deja ver que la tradición no excluye sino que exige una idea de orden de la que recibe asimismo su sentido. En una civilización, si no tiene vigencia una visión común del orden, las tradiciones se reducen a la postulación de valores o, como ocurre en Europa desde el siglo XVIII, a ideologías, que dan lugar a su vez a tradiciones ideológicas en concurrencia y, frecuentemente, en oposición. En último análisis, el «pluralismo» constituye una consecuencia de la falta de vigencia de una idea de orden o de la concurrencia de varias. Por ejemplo, en la Edad Media, convivían en España —aunque a veces sólo coexistiesen— las tradiciones religiosas cristiana, musulmana y ju-

¹ Para este concepto, TH. SOWELL, *A Conflict of Visions. Ideological Origins of Political Struggles*, Nueva York, William Morrow, 1987. (Hay trad. española).

² Para el concepto de vigencia J. MARÍAS, *La estructura social*, Madrid, Alianza, 1993.

³ Vid. D. NEGRO, *La tradición liberal y el Estado*, Madrid, Unión Editorial, 1998.

día, que compartían la visión bíblica del Orden; el pluralismo era muy relativo. Más tarde, en Europa, al perder vigencia esta visión, hubo que apelar a la tolerancia. Una sociedad tolerante es aquella en que no hay una visión compartida del Orden.

El pensamiento, las ideas, las costumbres, los usos, etc., la visión de la realidad, descansan en creencias, en lo que llamaba Ortega, inspirándose en Comte, ideas-creencia en contraste con las ideas-ocurrencia; las primeras son como la estática de esa visión y las segundas como su dinámica. Si no hay ideas creencia con suficiente arraigo, la época deviene crítica en contraposición a las épocas orgánicas, en las que prevalece como creencia social cierta idea del Orden. También en esto proporciona la Edad Media un ejemplo. La época actual es hipercrítica hasta el escepticismo más o menos nihilista, porque no existen creencias con vigencia social acordes a una idea común —pública— de orden. El subjetivismo imperante es tan fuerte porque la pura crítica es incapaz de superarlo. La época resulta sumamente confusa, lo que, paradójicamente, contribuye sobremanera al imperio del positivismo que proponía Comte como remedio, pero constituye al mismo tiempo una de las causas principales de la confusión. El pensamiento débil es una resignada respuesta convencional para paliar el escepticismo y la desorientación existentes, pues todo pensamiento se asienta en las creencias, y tanto más cuanto más enérgico sea.

Es bien sabido que, en el caso de la civilización occidental, el conflicto entre naturaleza y convención no sólo es muy antiguo, sino que, a la verdad, está en sus mismas raíces. La sofística griega se alimentó de ese conflicto, en el que emergió con cierta claridad la idea de la existencia de un Derecho Natural, tal como lo representó Sófocles en *Antígona*. Lo que caracteriza al mundo moderno es, precisamente, el auge del convencionalismo en detrimento del naturalismo, de lo fenoménico frente a lo ontológico, debido al predominio de la ciencia «natural», cuya tendencia a la abstracción cuantifica la cultura. La cultura moderna ha sido así progresivamente cuantitativa⁴ y, en este momento, se puede decir que la cantidad prevalece sobre la cualidad, siendo incapaz, empero, de reducirse a una unidad, a un orden, también debido en parte a que ha concluido hacia 1945 la época de la ciencia natural propiamente dicha e impera en su lugar la técnica o la tecnociencia.

Si la época actual es nihilista, caracterizándose por la «pérdida de la realidad» o al menos de su sentido, por la debilitación de las ideas-creencia, débese al triunfo del convencionalismo, artificialismo o constructivismo, fruto del subjetivismo que ha impuesto sus valores o, más bien, el inevitable relativismo de sus visiones del orden, salvo, por decirlo así, el del valor absoluto de la ciencia

⁴ Cfr. R. GUÉNON, *El reino de la cantidad y los signos de los tiempos*, Madrid, Ayuso, 1976.

misma, la única idea creencia con suficiente vigencia social hasta hace poco. Pues la mitificación de la ciencia ha devenido en cientificismo, una especie de religiosidad positivista con fuertes connotaciones ideológicas, que ocupa el vacío dejado por las ideologías políticas, superando aparentemente sus conflictos. El conflicto entre las ideologías no es, en último análisis, más que un conflicto entre los valores, aceptándose para superarlo la tecnociencia, la técnica con apariencia de ciencia, en cuanto pretende ser avalorativa, neutral, objetiva y superior. Sin embargo, la neutralidad de lo técnico neutraliza y paraliza la cultura.

La llamada época contemporánea, indisociable de la moderna desde el punto de vista de la historia del pensamiento y de las ideas ha vivido, pues, bajo la «tiranía de los valores»⁵, presentándose el cientificismo como un nuevo ámbito objetivo, neutral, superador de las oposiciones axiológicas, por lo que reclama la autoridad que tuvieron en otros momentos la metafísica frente a la teología, la moral frente a la metafísica o la economía frente a la moral y, quizá fugazmente, la ciencia frente a esta última. El cientificismo hereda y transfiere a la técnica el prestigio de la ciencia. Pero, igual que aquellos ámbitos sucesivamente neutrales no pudieron proporcionar bastante apoyo en el mundo moderno a una visión ordenada de las cosas, así ocurre con el cientificismo. Por otra parte, el cientificismo excluye la idea de orden, que es de suyo totalizadora.

Por todo ello, quizá tenga cierto interés llamar aquí la atención sobre el concepto Orden. La consideración de las etapas de las ideas y concepciones del Orden en la civilización occidental, puede contribuir a situar la problemática actual del Derecho Natural y, en definitiva, del Derecho, cuya indudable decadencia está ligada precisamente al conflicto entre los valores, aunque en sí mismo sea ajeno a ellos.

Partiendo de la distinción aludida entre órdenes naturales y órdenes convencionales, resultan fácilmente discernibles por lo menos cinco concepciones del orden predominantes en sus épocas respectivas:

- 1.- Orden Natural inmanente.
- 2.- Orden Natural por creación.
- 3.- Orden artificial o humano decisionista.
- 4.- Orden humano normativista.
- 5.- Orden humano tecnológico.

Los dos primeros son órdenes extrahumanos; los demás son órdenes humanos, más o menos confusamente vinculados a los anteriores, de los que, en

⁵ Cfr. C. SCHMITT, «La tiranía de los valores», *Revista de Estudios Políticos*, nº 115 (en-feb. 1961).

ocasiones, son derivaciones, si no siguen operando como residuos, lo que no favorece ciertamente la claridad conceptual o, por lo menos, lo que llamaba Goethe la «fantasía perceptiva», tal vez imprescindible para captar el Orden. En los Órdenes extrahumanos sólo se requiere la ordenación de la acción humana; los Órdenes humanos requieren mandato, coerción, en último término, organización de la acción.

Se examinan aquí un tanto dogmáticamente por razón de brevedad, las características históricamente más relevantes de cada una de esas visiones y concepciones del Orden, exclusivamente desde el punto de vista de su relación con la problemática del Derecho Natural.

II. ORDEN NATURAL

La distinción griega entre lo sagrado y lo profano cuestionó la visión mítica del Orden. Estuvo vigente desde entonces hasta la época moderna, la distinción entre un Orden sagrado y otro profano, dependiendo el último del primero. En esta época empezó a invertirse la relación.

Generalizando, los griegos iniciaron la discusión sobre hasta qué punto el orden profano reproduce o debe⁶ reproducir lógicamente el sagrado, entendido como orden natural, de la naturaleza, sin perjuicio de la autonomía, más o menos relativa, de la razón humana, del *logos*. Así, el trasfondo del conflicto que planteaba Antígona es el de las *thesmoi*, leyes de origen inmemorial y, por ende, para los griegos, divinas, discernibles en las costumbres, y las *nomoi*, leyes de origen humano. Estas últimas, sostenía Antígona, no pueden oponerse a las anteriores, más antiguas y, por tanto, santas: las costumbres como fuente del Derecho frente a las leyes y, en todo caso, el verdadero Derecho como lo más antiguo, en cuanto expresión del Orden, concepto, por cierto, de fuerte impregnación estética. Pues hay un orden natural de las cosas, de los seres —*cosmos*— al que se contrapone espontáneamente el orden artificial —*taxis*— de origen humano. El Orden en sí era en realidad algo sagrado, dependiendo de él el verdadero orden profano, político; dependencia que facilita la previsión y, por ende, da seguridad.

En la concepción griega aparece ya la ley como expresión del Derecho. Mas, sin perjuicio del convencionalismo, la idea general era que el Derecho, lo

⁶ La palabra deber ha de entenderse aquí en el sentido natural de lo que lógicamente se espera de una ordenación de la realidad o de una acción ordenada según su fin propio; no en el sentido imperativo moderno, típicamente kantiano, que impone una obligación estricta. La palabra deber en su sentido natural implica la idea de una causa de la que se sigue lógicamente una consecuencia; es decir, previsibilidad y seguridad.

recto de la ley, derivaba de su ajuste a la Naturaleza, al orden natural. La filosofía, secularización del mito, hacía depender la legitimidad de la ley de su ajuste o adecuación a la justicia, una diosa, de la que era inseparable. No es casual que la primera gran obra metafísica sea la *República* o *Politeia* platónica, que tiene por objeto la investigación de la idea de justicia en sí, a la que debía ajustarse el orden de la *Pólis* ideal o divina, arquetípica.

En general, aunque los griegos apenas distinguían entre lo común o público y lo privado, pues la *Pólis* como un todo era lo común, una cosa o ser natural y por eso se ha dicho que son el pueblo más político que ha existido jamás⁷, las leyes, el Derecho, eran al mismo tiempo, en la terminología moderna, políticas o públicas, el Derecho de la *Pólis*, teniendo siempre como referente la justicia que regía la Naturaleza, el universo, del que hacía un *cosmos*, un todo armónico o justo, es decir, equilibrado, en vez de ser un *caos*. La famosa frase de Anaximandro es muy expresiva al respecto. Por eso, el pecado era para ellos la desmesura, el desequilibrio, el desorden, la *hybris*. Y el orden de la *Pólis* era, o debiera ser, un orden natural, armónico, en cuanto ajustado, mediante las leyes, al orden universal, del que estas últimas reciben su *medida*, o norma de lo verdaderamente real. La conducta recta era para los griegos, la conducta natural, conforme a la naturaleza, a la *physis*. De ahí la importancia que daban al *ethos* en cuanto expresión de lo natural, puesto que consideraban a la política, uno de sus grandes descubrimientos parejo y paralelo al de la filosofía, ciencia arquitectónica, una ciencia práctica, moral.

Los romanos universalizaron muchas ideas griegas y, como es sabido, el naturalismo griego movió a los estoicos a elaborar la idea del Derecho Natural —*quod natura omnia animalia docuit*—, en tanto expresión del Orden del mundo regido por la *lex aeterna*, al que, por tanto, deberían adecuarse las leyes o, más bien, mediante el que deberían interpretarse, pues en Roma eran un producto social, expresión de la realidad social; la misma palabra etrusca *lex* significaba contrato, el vínculo que une o liga a las partes en virtud de la manifestación de su voluntad de comprometerse; *lex* alude al compromiso contraído entre ellas, excluyendo radicalmente la predominante connotación actual de mandato u orden —orden se asimiló a mandato en el mundo moderno—. Las *leges* ordenan las relaciones, es decir, establecen una ordenación, no las fundan o determinan. El *ius* tenía, pues, carácter relacional, era derecho de relaciones, no de situaciones, ya que no tenía por objeto directo el crear una situación nueva, un nuevo espacio o modificar el existente, sino ordenar las relaciones espontáneas de la vida en caso de conflicto. De ahí la posible ilicitud de los contratos si atentaban

⁷ Como ha mostrado H. Arendt, distinguían la acción colectiva o política, de las demás formas de acción, pero no lo común o público como un espacio determinado, en cuanto el espacio de la acción colectiva o política era toda la *Pólis*.

contra lo que los dioses permitían hacer o vulneraban lo que era lícito según los *mores*; pues, uno y otro caso equivalían a transgredir los límites impuestos por la naturaleza, el orden natural. Esta concepción del Orden era puramente inmanentista.

Según ella, los dioses forman parte del mundo; son, a fin de cuentas, seres naturales sujetos a la ley del destino, estando constituido el Derecho Natural por las reglas que regulan el Orden, a las que deben ajustarse las leyes o contratos. La *medida* de ese ajuste a la justicia universal, cósmica, que impregna la *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*, la justicia como virtud, le confiere su específico carácter normativo al derecho, en el sentido de que facilita determinar lo que es justo en el caso concreto. Pues, para los romanos, la justicia práctica no era la justicia cósmica, ideal, como para los griegos, sino el ajustamiento de las cosas entre sí. Lo que examinan los prudentes, los que tienen experiencia, es la *medida* de la justicia en el caso concreto, por lo que la ciencia del Derecho era *iuris-prudentia*, conocimiento de las cosas divinas y humanas: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

III. ORDEN NATURAL POR CREACIÓN

El cristianismo heredó la concepción romana y remotamente griega del Derecho Natural, con la sustancial diferencia empero de que la Naturaleza ha sido creada por un Dios personal y transcendente, que, a diferencia de los dioses grecolatinos, no es natural, no forma parte del universo y en modo alguno necesita del mundo para existir, sino que lo ha creado por amor. Al hombre, animal de realidades, se añade que Dios es la realidad de las realidades. Esto, en definitiva la *creatio ex nihilo*, implica esa sustancial diferencia entre el *logos* naturalista, a fin de cuentas, mítico, y el *logos* juánico, señalada por R. Girard⁸. *Logoi* que se oponen desde entonces entre sí hasta la aparición del *logos* técnico, puramente humano, que aspira a anularlos o, por lo menos, a someterlos.

La *creatio* divina –los dioses míticos no crean, sólo producen– situó la concepción del Orden en un plano sobre-natural y con ella el Derecho Natural. El Derecho Natural no es ahora solamente un medio más o menos intelectualista de interpretación y referencia del derecho positivo, sino el Derecho mismo. Por eso nadie puede crear Derecho, pues el Derecho, lo recto, está determinado como la medida de las reglas del Orden⁹. Establecido por Dios, no puede ser

⁸ *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, París, Grasset, 1978.

⁹ Una excelente exposición de esta visión del Orden se encuentra en la encíclica de JUAN PABLO II *Veritatis splendor*, escrita, por cierto, con un gran sentido estético.

modificado o alterado por el hombre sin pecar gravemente, puesto que la idea de pecado entraña la de desorden. La creación humana de leyes –en rigor producción– equivaldría a intentar modificar la rectitud del Orden, definido estáticamente por San Agustín *parium dispariumque rerum sua cuique loca tribuens dispositio*. La Edad Media fue, en conjunto, la época de la *omnipotentia iuris*¹⁰. Pues ahora es posible determinar y medir con precisión qué es rectamente natural: aquello que no contradice la revelación, el Derecho Divino, que con el Derecho Natural forma parte de la ley eterna; que no es tampoco, como en el caso de los estoicos, un principio intelectual, sino *ratio vel voluntas Dei*, en Quien se puede afirmar que se confunden e identifican las ideas de Orden y mandato (*ordinatio ad unum*).

La fuente del Derecho será, lógicamente, la costumbre, con la particularidad de que cualquier costumbre, aunque sea corriente, «*normal*», no puede ser sin más fuente del Derecho, pues no ha de ser opuesta al divino o revelado, aunque basta que no lo contradiga. El Derecho Natural, la rectitud del Derecho, es así también fuente causal del *ethos*, de la eticidad, y huelga la contraposición moderna entre Moral y Derecho.

Por consiguiente, en esa época era común la idea o creencia de que no se legislaba y que, en caso de conflicto, había que investigar, descubrir y declarar qué es derecho. El mismo derecho romano, mejor o peor conocido pero de gran prestigio, fue considerado parte del Derecho Natural descubierto y declarado por los romanos. Ser soberano en la Edad Media era ser juez, no legislador¹¹. Pues el juez declara en la sentencia qué es Derecho; función de autoridad (epistemológica) no de poder. El juez no es poder, como se dirá más tarde siguiendo la equívoca doctrina de Montesquieu, quien, no obstante, afirmaba que el judicial en cuanto poder es «nulo». Si acaso es poder social, en nombre del pueblo, pero no poder político, y menos aún parte del poder político¹².

El Derecho Natural, propiedad del pueblo como un todo, se consideró entonces expresión de lo público o común –de ahí la *omnipotentia iuris*–, consis-
tiendo la *misión* del poder político en velar por los derechos del pueblo, restau-

¹⁰ Vid. el excelente capítulo XII, titulado «El pueblo y su ley» de G. H. SABINE *Historia de la Teoría Política*, México, Fondo de Cultura, 1994

¹¹ Vid. B. DE JOUVENEL, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, Madrid, Unión Editorial, 1998.

¹² El conflicto actual entre los jueces y el poder ejecutivo se relaciona con el hecho de que los jueces, ante el vacío del poder político debido a la decadencia de la Política paralela a la del Derecho, que se traduce en la incapacidad del ejecutivo, el poder del Estado al que corresponde ejercitar la soberanía política, de manera especialmente visible en las relaciones exteriores, también se consideran ahora un verdadero poder. Sin embargo, esto degrada la función judicial, que es de autoridad, no de poder y por tanto más que poder.

rando en su caso el Orden mediante el restablecimiento de la *tranquillitas ordinis*, la paz del orden universal, cuando se hubiese quebrantado el Derecho. La actividad política tenía, pues, por objeto el reconocimiento explícito de derechos; se podría decir que la conquista legal o legítima de derechos acordes al Bien Común. Pues, desde el punto de vista creacionista, el Orden implica también dinamicidad, la *recta ratio rerum ad finem*, según Santo Tomás, la colaboración a la realización del plan de Dios cooperando con la Providencia.

IV. ORDEN ESTATAL DECISIONISTA

Decaída en los siglos XIV y XV la autoridad espiritual —la Iglesia—, que legitimaba al poder temporal al relacionar con su mediación el aquende y el allende, el orden temporal con el eterno, las guerras de religión de los dos siglos siguientes la socavaron aún más. En ese contexto, determinado por la Reforma protestante, que favoreció el particularismo frente al universalismo, la vieja concepción del Orden resultó ser discutible y poco eficaz debido a que la dispersión religiosa no sólo negaba en la práctica el universalismo, sino que, al reivindicar lógicamente para sí cada Iglesia cristiana ser la verdadera Iglesia de Cristo, lo espiritual, la religiosidad común se fragmentó, desacreditándose su autoridad. Todo esto facilitó la consolidación de la estatalidad como alternativa particularista hacia mediados del siglo XVI, pues el poder monárquico estatal avocó a sí la autoridad, debilitándose la posición del Derecho Natural, que, paulatinamente, dejó de ser directamente el Derecho.

El conflicto entre el universalismo eclesiástico y el particularismo estatal, se fue resolviendo a lo largo de la Edad Moderna a favor del Estado, que, a medida que afirmaba su propio orden político como lo común o público, creaba su particular orden jurídico dentro de su territorio como orden político-jurídico público, difícilmente justificable desde el punto de vista universalista propio del Derecho Natural. El momento de inflexión en la contienda entre la dispersa autoridad espiritual y el poder temporal que aspiraba a serlo, fue la paz de Westfalia (1648). Aquí se reconoció la soberanía como fundamento del nuevo derecho público y, con ello, el triunfo del particularismo estatal, legitimándose sus pretensiones de ser autoridad.

El Estado, no es, empero, una forma natural de lo Político como la Ciudad, el Reino o el Imperio, formas personales de mando, que, en cuanto naturales, remiten a una idea natural del orden (trascendente o inmanente). Es un artificio ideado, calculado y organizado para encapsular el poder, *todo* poder, concentrándolo en él. Para eso tuvo que afirmarse abatiendo los poderes indirectos, continuando la lucha hasta que el Estado Total comienza a absorber la sociedad entera no dejando más que los individuos formando una masa homogénea. Hobbes lo definió significativamente como «dios mortal», *centro* del mundo

natural¹³. Neutral *políticamente* en cuanto artefacto, entre las banderías religiosas, se reveló especialmente eficaz para restablecer el orden, lo que le dio legitimidad racional, de manera que el poder comenzó a legitimar al poder, a auto-legitimarse, a ser a la vez autoridad y poder. Con el tiempo, se trasladó el centro de las disputas políticas a la cuestión de quién es titular del poder y, por tanto, la fuente última de legitimación. En un principio fueron los príncipes amparados en la doctrina del derecho divino de los reyes; cuando la estatalidad estuvo ya muy desarrollada, el pueblo, el *demos*, representándose como más racional la legitimación democrática. Mas, como el Estado absorbe todo el poder al mismo tiempo que crea su particular orden jurídico —el orden jurídico estatal, como espacio *de* la soberanía más bien que común, espacio público— a través del titular de la soberanía, aunque políticamente neutral, nunca ha podido serlo jurídicamente, puesto que su derecho se acomoda a las necesidades intrínsecas del poder, a la *ratio status*¹⁴.

El hecho decisivo fue que el Estado, cada Estado, con su capacidad de mandar *creó* su propio orden, un orden inevitablemente particularista, puesto que el Estado es, por definición, un orden territorial cerrado; no obstante, se puede hablar en general de *un* Orden estatal. Orden que, en cuanto tal, no se refiere sólo al poder, sino que descansa en la autoridad, que durante mucho tiempo —hasta la revolución francesa— hubo de compartir no obstante con la Iglesia (o las iglesias), debido precisamente a esa doctrina del derecho divino de los príncipes.

El Derecho Natural necesitó así una nueva fundamentación, ya que el antiguo descansaba en la concepción natural del Orden custodiado por la Iglesia y el nuevo Orden era el artificial Orden estatal, instituido, conservado y definido por el poder político. Aparte de las circunstancias históricas, confluyeron en esa fundamentación tendencias intelectuales como el averroísmo latino y el nominalismo, muy presentes ambos en la Reforma, que rechazaba la autoridad de la Iglesia en estas cuestiones. El Derecho Natural, había dicho Occam negando la posibilidad de conocer racionalmente el Orden creado en lo que respecta a la acción humana, «no manda sino lo que Dios quiere que se haga y prohíbe lo que Dios prohíbe», no siendo el mal otra cosa que «hacer algo cuando se tiene la obligación de hacer lo opuesto». De este modo, el único Orden

¹³ J. FUEYO ha hecho la interesante observación de que la metafísica política de Averroes —con quien comenzó la crisis de la concepción medieval del Orden— es sólo una proyección de atributos divinos sobre la entidad del monarca: «El rey de Averroes es el primer *dios mortal* del pensamiento político de occidente y sobre esa su condición hierática se alza el cuerpo político que, por ende, no es sino un mecanismo regulado desde fuera por un *primer motor* social que es, justamente, el rey». *Estudios de teoría política*, Madrid, Inst. de Est. Políticos, 1968, «La sociedad como logos». II, pág. 144.

¹⁴ Cfr. B. DE JOUVENEL, *Sobre el poder*.

vigente en este mundo, como había anticipado Marsilio de Padua, resultaba ser el político estatal, producto de la voluntad, siendo lógico que la concepción del Derecho se adecuase a este nuevo Orden.

De otra manera: por una parte, el *logos* juánico del cristianismo desdiviniza radicalmente el mundo, la naturaleza, al desmitificar todo; por otra, las nuevas tendencias intelectuales de tipo nominalista, al desvincular ante la razón humana las realidades de este mundo de la voluntad de Dios, de la realidad divina, haciéndolas contingentes y aleatorias, separaban racionalmente al hombre de Dios y, por ende, declaraban prácticamente imposible el conocimiento racional del Orden, del Derecho Natural. Apareció así el solipsismo moderno. Anteriormente, se reconocía a la razón la capacidad de investigar lo natural y determinar qué es Derecho; ahora, natural va a ser lo que coincida con los dictados de la vieja *recta ratio* estoica, puesto que el hombre, aislado en este mundo, no tiene en él otro asidero que la razón misma.

A pesar de ese reduccionismo, también era históricamente lógico que se conservase la idea de un Derecho Natural, aunque variase, quizá menos que su fundamentación, el modo de conocerlo; si bien, por implicación, el derecho estatal pasó subrepticamente a ocupar el lugar del divino en la determinación y la medida de lo natural, del Derecho Natural. Es decir, en estas condiciones, dominadas por el particularismo estatal, capaz de definir, aunque fuese coercitivamente pero con cierta autoridad, la medida de la realidad, resultó muy fértil la idea de un Derecho Natural racional que equiparase lo natural a lo racional. Descartes resolvió el problema de la *recta ratio* proponiendo su método infalible. Y entonces la razón moderna, sin más fundamento objetivo que ella misma, dejó de funcionar como una capacidad judicativa y se hizo constructiva, constructora de la realidad, carácter que se desarrolló paulatinamente. La razón descubrió así principios ideales del Derecho Natural, que, de hecho, no se alejaban materialmente, en sus contenidos, del antiguo *ius naturae*¹⁵.

Al mismo tiempo, el carácter inevitablemente coercitivo del nuevo Orden, al hacer de la coacción un requisito esencial del Derecho, llevó a este último a adquirir un creciente tono moralizante del que carecía el viejo Derecho Natural, pues justificaba y legitimaba el poder estatal, autor del innovador derecho público, que tenía que ser expresamente reconocido, aceptado y obedido (*ob-audire*, oír y entender, antes como asunto de conciencia, ahora coercitivamente), en contraste con el viejo Derecho, al que sólo se apelaba en caso de conflicto.

¹⁵ Sin embargo, como reitera J. VALLET DE GOYTISOLO, «el verdadero derecho natural no consiste en un código ideal, contrapuesto al derecho positivo, al que tendería a sustituir». *Qué es el derecho natural*, Madrid, Speiro, 1997, IV, pág. 61.

Pues, efectivamente, lo característico del paso de la Edad Media a la Moderna consistió en la aceptación universal de la capacidad y superioridad legislativa del soberano político; y, sobre todo, en que, en adelante, la fuente principal del Derecho sería la ley, quedando relegada la costumbre al derecho privado, que, más o menos, era el derecho tradicional, antiguo. Con el Estado, la legislación empezó a sustituir al Derecho. El derecho estatal, creador (y destructor) de situaciones, se emparejó al viejo derecho, ordenador de relaciones: el derecho de situaciones, se contrapuso al derecho de relaciones.

A este respecto, lo decisivo en la doctrina de la soberanía de Bodino, que no siempre se destaca suficientemente, es la atribución de la soberanía jurídica al soberano político, que además de juez, pasó a ser legislador. Fue así como, además de adquirir el poder político, autónomo de por sí —es el que «decide sobre la situación excepcional»—, una doble autoridad, la del juez y la del legislador, tuvo lugar el cambio sustancial en la concepción del Derecho. En primer lugar, porque, de hecho, se sustrajo al pueblo la titularidad del Derecho; en segundo lugar, porque la *omnipotentia iuris* —la omnipotencia del derecho del pueblo— se convirtió en *omnipotentia iuris status* —la omnipotencia del derecho estatal—; en tercer lugar, porque ahora, al ser concebido el Derecho como propiedad o parte de la soberanía política, aumentaron enormemente las posibilidades de esta última; en cuarto lugar, porque la ley sustituyó al Derecho, cuya rectitud pasó a ser la rectitud de la ley, dependiente de la voluntad del soberano (*quod principum placuit legis habet vigorem vel rationem*): la famosa frase de Hobbes, *authoritas non veritas facit legem*, decidió toda la cuestión; en quinto lugar, porque a consecuencia de todo ello, se escindió el Derecho en derecho público —el de la soberanía política-jurídica, que construye y delimita el espacio público—, y derecho privado, y, ciertamente, no sólo por la utilidad de la distinción, como en el viejo derecho romano.

El soberano capaz de legislar y legitimado para hacerlo en su calidad de representante, en cuanto juez, del pueblo ante el Estado, ocupó también el lugar de Dios Creador como su vicario o representante, conforme a la doctrina del derecho divino de los reyes. Y no vicario de Cristo, Cuyo «reino no es de este mundo», como el Papa romano, sino de Dios Creador, lo que le daba precedencia sobre cualquier Iglesia, según explicó Hobbes aplicando la argumentación expuesta por Guillermo de Occam hacia 1330, de que «la autoridad secular es más antigua que la espiritual y, por tanto, independiente del papa»¹⁶. En este mundo, le concierne al soberano temporal, una suerte

¹⁶ *Apud* H. SCHULZE, *Staat und Nation in der europäischen Geschichte*, Munich, C.H. Beck, 1994, I, I, pág. 36. Cfr. la crítica de Rousseau al cristianismo romano, que mantiene la distinción entre la autoridad espiritual y el poder temporal, en el último capítulo de *El contrato social*.

de dictador comisario¹⁷, la creación y defensa del orden, puramente humano en cuanto fundado en sus propias decisiones. El soberano moderno es, además de soberano político indiscutible por su capacidad de coacción mediante el aparato estatal, legislador y juez, soberano absoluto en virtud de su doble representación: era a la vez representante del poder de Dios como soberano político legislador en virtud del derecho divino de los reyes y del Derecho del pueblo como juez supremo. Los príncipes, mientras se mantuvieron ligados a Dios Creador por el derecho divino de los reyes, buscaron en el Derecho Natural la justificación y los principios inspiradores de la legislación mediante la que fortalecían y configuraban el orden estatal concentrando todos los poderes indirectos posibles a fin de aumentar la potencia del Estado.

Una novedad radical es que el nuevo Derecho Natural, cuyo carácter racional expresó muy bien Grocio, ya no es Derecho mismo, sino el conjunto de principios¹⁸ que *deben* inspirar la legislación, a la que impregnan del sentimiento de obligación no sólo jurídica sino también moral, respecto a los mismos príncipes. Hobbes, que concibió el Estado como un Estado Político –monopolio del poder– y Objetivo –empleando el método de la ciencia física natural, en cuyo espacio o ámbito podía moverse la razón sin demasiadas cortapisas–, introdujo con fuerza el tema de la naturaleza humana (como su amigo Descartes), a fin de que el legislador crease el derecho acorde con sus leyes. Las leyes de la *naturaleza* humana se convirtieron así en la fuente de inspiración de la legislación estatal, del derecho político¹⁹, si bien esa idea no se realizó plenamente hasta el momento positivista.

El *ius publicum europeaeum*, que comenzó a agonizar en la primera guerra mundial, fue un producto principal de este Derecho Natural.

Así como el derecho divino de los reyes establecía aún la conexión con el viejo Orden, el innovador *ius publicum europeaeum* suplió hasta el final de aquella nueva gran contienda civil al viejo universalismo de la *Christianitas*, estableciendo el estilo de relación entre los Estados que, en conjunto, hizo de la estatalidad un instrumento del progreso y bienestar de Europa, denominación esta última que sustituyó a Cristiandad para designar el conjunto de los Estados.

¹⁷ Vid. C. SCHMITT, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno sobre la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Rev. de Occidente, 1968.

¹⁸ Todo el pensamiento moderno descansa en principios. El Derecho Natural, el Derecho, se redujo también principios universales. El derecho ya no emerge de la realidad social, sino que es un producto racional configurador de aquella. Montesquieu se esforzó por conciliar ambos aspectos. El Derecho, lo mismo que la Política, pasó insensiblemente a formar parte de la filosofía teórica, dejando de ser un arte, propio de la filosofía práctica. Cfr. W. HENNIS, *Política y Filosofía práctica*, Buenos Aires, Sur, 1973.

¹⁹ Es significativo el título y el contenido de la obra primeriza de TH. HOBBS, *Elementos del Derecho Natural y Político*, Madrid, Inst. de Est. Políticos, 1979.

Sin embargo, cuando progresó la estatalidad hasta el punto que, como advirtió Federico el Grande, los dinastas ya no tenían intereses propios sino que eran servidores de los del Estado, ontologizado este último –la ontologización de la estatalidad aparece muy claramente en Espinosa y en el ocasionalismo de Malebranche–, a fin de cuentas una máquina, cuya imagen encontró un fuerte apoyo en la concepción mecánica del universo de la física newtoniana, ya no se necesitará apelar a ningún Derecho Natural. Si acaso la idea de Derecho Natural se sustituye por la de Derecho Histórico, a fin de paliar el mecanicismo. De momento, ocuparon su lugar los derechos naturales individuales (Locke, Pufendorf).

En el mundo moderno, guiado por el concepto de ley propio de las leyes científicas naturales, la ley jurídica empezó, pues, a separarse del Derecho y a no ser más que un artificio creador de situaciones acordes con los puros intereses dinásticos y poco a poco dinástico-estatales –el concepto de interés público substituyó progresivamente al Bien Común–: una orden o mandato (palabras que empezaron a ser sinónimas) para determinar y fijar conductas. Así pues, el derecho público del Estado empezó a orientar la moralidad mediante la legislación, que reduce la justicia, virtud moral, a la ley, lo que obligó a Thomasius a distinguir el fuero interno, propio de la moral, del externo, propio del derecho; y a Kant, a intentar salvar la libertad potenciando la moral mediante el imperativo categórico, reivindicando la autonomía absoluta del individuo; con lo que, por cierto, la libertad se equiparó a independencia; para contrapesarla tuvo que idear además el apolítico y coercitivo *Rechtsstaat*, la independencia ordenada o controlada por las leyes, que son las que confieren o crean la libertad. El Derecho Natural se convirtió después en un problema insoluble para los idealistas, entre quienes Hegel entrevió una posibilidad de salvarlo como parte de una ética material²⁰. La insolubilidad de la aporía fue sin duda uno de los factores que determinaron el desprestigio y abandono progresivo del concepto.

La revolución francesa, aunque fuera una reivindicación de los derechos naturales individuales, de los derechos del hombre y el ciudadano, dio el paso decisivo en orden a la abolición de todo Derecho Natural objetivo y de la idea misma de Derecho²¹, del que decía Bertrand de Jouvenel en 1945 que había devenido bestial.

²⁰ Vid. *Sobre las maneras de tratar científicamente el Derecho Natural, su lugar en la filosofía práctica y su relación constitutiva con la ciencia positiva del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1979

²¹ De la revolución francesa resultó algo inesperadamente, que «todo Derecho debe encerrarse en Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos». Es decir, el positivismo jurídico o legalista. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley», V, pág. 44. En E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y la Justicia. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997.

A partir de aquella revolución, entre la etapa esbozada del Orden propiamente decisionista y el momento actual, se interponen otras dos, que se pueden describir rápidamente como sigue.

V. ORDEN ESTATAL NORMATIVISTA

Los dinastas podían arrogarse el derecho a mandar porque, gracias la doctrina del derecho divino de los reyes, se atribuían el conocimiento de los *arcana imperii* y, por tanto, el privilegio de dirigir la *ratio status*. La revolución francesa sustituyó a los príncipes por una entidad nueva, la Nación política, un grupo, una colectividad. La titularidad monárquica de la soberanía jurídica pasó a la Nación, un conjunto de individuos reificado u ontologizado, con vida propia según la doctrina de la *volonté générale*. Los sentimientos de veneración, reverencia y comunidad relacionados con la Iglesia, se transfirieron a la Nación.

La revolución sustituyó la personificación del mando en el gobierno monárquico, para el que la equiparación entre mandato y orden aludía aún a que el mando se inscribe en un Orden superior, por el mando y el gobierno objetivos, colectivizados, despersonalizados en el sentido de estrictamente estatales, sin relación con otro Orden que no fuese el estatal. Se extrapoló también a la Nación la ideología ilustrada de la emancipación, madre de las ideologías —religiones políticas o, más bien, estatales— y la idea de emancipar al individuo se transformó en la de emancipar a grupos, haciéndolos titulares jurídicos de la soberanía. Es decir, el colectivismo —agrupación de individuos formando una masa, los individuos contratantes, iguales en todo, del contractualismo moderno—, fortalecido por la doctrina de la *volonté générale*, penetró en la política con la Nación, el primer grupo al que se le atribuyó una personalidad moral capaz de usufructuar la titularidad del poder político y jurídico²²; luego se aplicó también a otros grupos como la clase, la raza o la humanidad (con los derechos humanos).

La personificación de la Nación como soberano, hizo posible que, una vez identificado el interés público con el de aquella —de hecho el de una clase, la burguesía—, el Estado monopolizase finalmente todo lo público, compartido hasta entonces con la Iglesia —garante del Orden natural objetivo, creado—, que conservaba gran influencia en la Sociedad y contribuía a la legitimación del poder político mediante la unión del Trono y el Altar. Por eso fue la Iglesia —*l'infâme*, que como *pouvoir spirituel* aún contenía al poder estatal— un objetivo principal de la revolución. La ideología, saber colectivo, facilitó esa despersonificación del mando sustituyendo el conocimiento personal de los *arcana imperii* de los dinastas, y

²² De ahí la sustitución del Derecho Natural, a fin de cuentas universal, por el derecho histórico.

la *ratio status* empezó a ser dirigida ideológicamente, es decir, según los valores racionalmente reconocidos como expresión de lo natural, entendido, por cierto, en el mundo sentimental del Romanticismo como manifestación de los deseos e impulsos naturales.

La despersonalización hizo posible y a la vez exigió, no sólo la formulación del ideal del Estado de Derecho, del *Rechtsstaat*, trasunto estatal de la vieja doctrina aristotélica del imperio de la ley que se conservaba en Inglaterra, donde no existía propiamente Estado, sino la quimera de su realización por medio de una especie de máquina jurídica semejante a la maquinaria newtoniana del universo. El Estado de Derecho responde a la mística (rousseauiana) de la ley de la revolución francesa que la separó de su modelo norteamericano; es decir, a la idea de que no hay libertad sin ley²³, que vale tanto como decir que las leyes crean la libertad.

Eso conlleva «una legalización completa del orden jurídico» fundada en la creencia ciega en las virtudes de la ley²⁴. La revolución llevó a cabo esa «operación» que «carece de par en toda la historia»²⁵. Según este ideal, la *ratio status* quedaba neutralizada al estar sometida a la dirección de las leyes. Pero el problema consiste en si las leyes, empezando por la Constitución, puesto que no surgen de la realidad jurídica sino que son creadas, dictadas, resultan en realidad neutrales. La crítica empezó a deslegitimar esa forma del Estado y el Estado mismo, comenzando a cambiar la ontologización (reificación) de la Sociedad. Es la fase normativista del Orden, puramente estatal, pues el Estado, libre por fin de la competencia de la Iglesia y la religión y de la Monarquía, se reconocía a sí mismo como entidad moral y fuente de la moralidad e incluso como realizador del *deber-ser* del iusnaturalismo racionalista, de los valores racionales²⁶. Este Estado no necesita ya de ninguna clase de Derecho Natural, aunque históricamente es comprensible que se siguiera invocando retóricamente, principalmente por parte de los juristas. Del Derecho Natural racionalista suele quedar como residuo, así en el artículo 1º del Código Civil español vigente, la expresión «principios generales del derecho».

Mas, en general, el Estado de Derecho se autolegitima directamente por su intrínseca racionalidad, plasmada en la Constitución en tanto consagra los valores sociales aceptados. La concepción medieval del Orden, más o menos

²³ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley», espec. II-III.

²⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ibidem*, III, pág. 35.

²⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ibidem*, pág. 36: «Todo el Derecho debe encerrarse en las Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos», V, pág. 44.

²⁶ De los valores constitucionales.

mezclada, apenas se conservó todavía en los países católicos, como una tradición intelectual.

Pero lo que perduró tras el momento constitucionalista inicial, en el que la Constitución perseguía establecer garantías frente al absolutismo y reglas de procedimiento, igual que el modelo norteamericano, la Constitución empezó a representarse de hecho, como ha señalado Hayek en alguna parte, como una forma de planificación de la conducta, de momento de la pública, colectiva. Necesaria, por otra parte, en la medida en que la libertad es concebida como poder²⁷, según la definición hobbesiana *Freedom is Power* de la libertad individual. Pues, una vez sometidos todos los demás poderes indirectos, para contener los poderes dispersos de la multitud de individuos había que «organizar» —palabra nueva en el siglo XIX cuya culminación será en el XX la *Gleichschaltung*— su concurrencia, la concurrencia de los poderes individuales fijando unos cauces y unos límites.

Es decir, las constituciones dejaron de ser meramente procedimentales o defensivas o históricas o materiales y empezaron a producirse como decisiones totales sobre la unidad de un pueblo (reducido a una masa) y sus valores públicos, proponiéndose encauzar, moralizar la vida colectiva. Manifiéstase entonces claramente la alternativa entre la moral pública y la privada, pareja a la disyunción entre el derecho público y el derecho privado como dos formas del Derecho.

En suma, el momento del Estado de Derecho es aquel en que el Estado, libre de poderes indirectos e intermediarios y singularmente de su gran rival, la Iglesia, que podía disputarle la fidelidad haciendo peligrar la lealtad, puesto que todo queda sometido a la legislación general a través de la Constitución, está en condiciones de imponer ya plenamente, sin ninguna cortapisa fáctica, su propio orden, acaparando todo lo político y sometiéndolo a su derecho. Orden no sólo neutral sino también agnóstico, ya que el derecho estatal no tiene ahora ninguna referencia extrajurídica; lo que, paradójicamente, le hace políticamente indiferente, apolítico, pues decide por sí sólo qué es público, qué *debe* ser público, de manera que la moral hace superflua la política o, por lo menos, le quita su autonomía. La Constitución adquirió entonces el carácter de norma moral, al tener que adecuarse todo el derecho a su moralidad, a sus valores, es decir, a su concepción de lo público o común, inspirada originariamente en la particular idea de los intereses de la Nación.

Mas, con el transcurso del tiempo y los acontecimientos, la Nación, al transformarse la sociedad en sociedad de masas, acabó subsumiéndose en la estata-

²⁷ Es decir, como independencia.

lidad, a la que le es ahora completamente indiferente la Nación en sí. Los intereses públicos no son ya los de la Nación, sea esta representada por una clase o la personificación del conjunto de los individuos, sino los del Estado en el sentido más estricto. El estatismo es otro estadio en el que el Estado no necesita en realidad para nada a la Nación, sustituida por las masas, cuyo derecho es el que reconoce o declara libremente el Estado como derecho, introduciéndose la variante del orden estatal positivista.

VI. ORDEN ESTATAL POSITIVISTA

En medio de los grandes cambios del siglo XIX, especialmente los introducidos por la revolución industrial, los valores determinantes de lo público estatal fijado constitucionalmente empezaron a ser discutidos por otros valores sociales que habían quedado fuera del Estado, valores que, al contraponerse a los estatales, impulsaron esa ontologización de la sociedad paralela a la de la estatalidad. El proceso se ve muy bien en la secuencia reduccionista de las formas de la eticidad de Hegel.

Según Hegel, de las tres formas de la eticidad, la Familia y el Estado son universales concretos, reales, y la Sociedad un universal abstracto, formal. Lorenz von Stein redujo la tríada hegeliana al dualismo Sociedad-Estado, ambos como universales concretos, «formas eternas de la eticidad». Para Marx, únicamente la Sociedad es un universal concreto. Si es que se puede decir así, Max Stirner, yendo aún más lejos en esta línea de razonamiento, redujo la universalidad concreta a los individuos. En Francia, Comte, inspirado por Bonald, espinosista, (y Rousseau), y luego Durkheim, reificaron la Sociedad como único colectivo real²⁸.

Debilitada así la legitimidad del Estado, tuvo que comenzar a absorber para legitimarse los contravalores sociales o que se representaban como tales, ontologizándose la Sociedad como *lo social*. La ontologización de la Sociedad se abrió paso con el positivismo, y el Estado comenzó a degenerar en estatismo a medida que empezó a hacer suyos, públicos estatales, los valores sociales.

El momento positivista del Orden estatal, característico de la segunda mitad del siglo XIX, se impuso hacia la década de los setenta dominando toda la centuria siguiente. Constituye empero un despliegue directo de las posibilidades del normativismo, y, en realidad, en última instancia, del decisionismo:

²⁸ Estos tres conceptos, Familia, Sociedad y Estado son los ejes del pensamiento político moderno. Bodino articuló su teoría sobre dos absolutos: la Familia y el Estado (propiedad y soberanía); Hobbes sobre la dicotomía Estado-Sociedad (de individuos). Las combinaciones posteriores proceden de ahí.

absolutamente legitimado racionalmente el Estado al aceptar como propios los valores sociales, era natural que prosperase la actividad legislativa, invirtiéndose finalmente el sentido del Derecho, que empezó a ser todo él, derecho público. Ahora la ley determina sin ambages qué es justo y qué es Derecho, entendiéndose por derecho el conjunto de las leyes, el ordenamiento jurídico. La rectitud del Derecho se confundió así con la rectitud de la ley, que no obedece empero a más criterios que los valores sociales, que se presuponen acordes con la naturaleza humana o lo que se entienda por tal. Por medio de la legislación, que confunde el Derecho con la Justicia, el Estado reanudó con fuerza su marcha penetrando en la sociedad que, a su vez, penetraba así en el Estado, hasta su fusión final²⁹.

En el momento del Estado de Derecho, el derecho estatal ampliaba el espacio público a la vez que lo delimitaba; en el estadio posterior lo amplía ilimitadamente a costa de lo privado, transmutado progresivamente en «social»; más bien que constreñido por lo público, objeto de constante succionamiento —por eso prefería hablar Jouvenel de Estado Minotauro—. La actividad estatal empezó a mostrar descaradamente la insaciabilidad del poder entregado a sí mismo, sin más freno que su propio ego-ísmo.

Es decir, el derecho estatal anterior todavía se limitaba a crear situaciones públicas; pero a medida que progresa el desarrollo legislativo, la legislación crea incluso extrañísimas situaciones más que privadas particulares, en las que se confunde lo público con lo privado, mezclados en lo social o común; lo privado se convierte continuamente en social y, formalmente, pasa lo mismo con lo público: el Estado se despolitiza y la Sociedad se politiza. La Constitución, soberano absolutamente despolitizado —«la soberanía sólo es concebida dentro del marco de lo normativo», dirá Kelsen— es ahora, ciertamente, norma de las normas; pero no sólo ella es norma de las leyes, sino que la masa de las leyes en sus distintas modalidades son normas que imponen e inducen conductas: leyes sociales, leyes fiscales, etc., etc.

Coincidiendo con el auge creciente de la técnica y de la mentalidad técnica, supuestamente neutral, y siendo el mismo Estado un aparato técnico, la legislación se tecnificó cada vez más, y al alejarse de la vida natural a medida que imponía sus criterios, se desvirtuó la neutralidad del Estado. Neutralidad que en el momento originario y bastante después era política respecto a las facciones religiosas siendo la tolerancia jurídica —concepto nuevo, relacionado con el Estado— lo que la hacía efectiva. Mas, sometidas las iglesias y la religión al Estado, la neutralidad se manifestó en los Estados postrevolucionarios como

²⁹ G. RIPERT describió muy el proceso en Francia en su famoso libro *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1948.

neutralidad política, ante las diferencias ideológicas, tolerando los partidos lo mismo que antes las confesiones. El Estado, al llegar a su mayor desarrollo o pureza como forma objetiva, despersonalizada, necesita las ideologías, y de la misma manera que las ideologías, tal como se conocen —como religiones políticas que suplen la necesidad de religión de lo Político cuando el Estado además de neutral se declara agnóstico— son consustanciales con la estatalidad y el colectivismo, así los partidos. Lo que plantea, por cierto, el interesante problema de que cabe pensar que la eventual desaparición de las ideologías y del Estado mismo conlleve la de los partidos políticos. La aparición de los movimientos, del movimiento bajo una u otra denominación en los Estados Totalitarios, implicó ya la reducción de los partidos a uno sólo que expresa la dinámica de las masas. En el actual Estado Total, del que aquellos fueron en cierto modo un anticipo, los partidos tienden a fundirse en el seno del Estado, mediante el consenso, en uno sólo. Si bien ahora, más que de Estado habría que hablar de estatismo, aunque sea Estado de Partidos.

El caso es que en el siglo XX se intensificó el deseo de suprimir el gran dualismo moderno, prosperando la idea de fundir el Estado y la Sociedad para acabar con la conflictividad de la sociedad industrial mediante la seguridad total, y el Estado se hizo Total. Fue así como, paralelamente, comenzó la movilización de toda la vida, coherente con la naturaleza del Estado, de suyo revolucionaria, que, sin ninguna limitación, dinamiza la época positivista mediante la legislación³⁰ que hace todo inseguro creando continuamente situaciones nuevas por medio de las llamadas leyes medida o las leyes omnibus y otras semejantes.

El Estado, construido originariamente según el espíritu y el método de la ciencia natural, incluidas la neutralidad y la tolerancia, con su tendencia a simplificar todo condiciona a los gobiernos, cada vez más alejados de cualquier idea de un Orden natural no humano, e introduce en la Sociedad una suerte de movimiento continuo, lo contrario a lo que es verdaderamente la naturaleza de la Sociedad, de suyo resistente, dura, conservadora. El Estado, cuyo ideal fundacional es que no haya más que individuos absolutamente iguales, masificados, no sólo destruye las instituciones sino las costumbres, los usos, las tradiciones, el sentido común. La naturaleza revolucionaria de la maquinaria estatal se expresa con la legislación, que introduce en las sociedades la revolución permanente poniendo de relieve la naturaleza antihistórica y antisocial de la estatalidad.

El Estado llega a su perfección, si se entiende por tal su máximo desarrollo, como Estado Total, el Estado del siglo XX, la época del totalitarismo, cuya

³⁰ Sobre la legislación B. LEONI, *La libertad y la ley*, Madrid, Unión Editorial 1995.

prehistoria es la revolución francesa³¹. En el Estado Total culmina el despliegue de todas las posibilidades históricas de la estatalidad.

En él, apenas se distingue qué es el Estado, lo estatal, y qué es la Sociedad, lo social, pues todo tiende a ser público, ya que se interesa por todo. Y, paradójicamente, el Estado Total se despolitiza hasta llegar a ser antipolítico a medida que desparrama su politicidad por la Sociedad. En esta forma de Estado, constituido en forma de vida, no tiene ningún sentido apelar al Derecho Natural frente a la legislación. La apelación al Derecho Natural como expresión de un Orden objetivo no estatal puede resultar incluso sumamente peligrosa: evocar el Derecho Natural equivale a invocar el derecho de resistencia. El Estado sólo tolera el sustitutivo de la Constitución, sacralizada hasta el punto de que se dice que el Estado Constitucional ha sustituido al Estado de Derecho, o bien, la apelación a la justicia de los pretendidos derechos humanos, adecuación al momento histórico del Estado del tópico de los derechos del hombre, que presuponen el subjetivismo como norma coherente con el radical individualismo de la estatalidad. Propuestos por Puffendorf como derechos de la cultura³², tratabase empero de la cultura racionalista, en la que el derecho estatal decidía sobre el Orden y la propia cultura, liberándola de la influencia eclesiástica.

Discutibles como derechos, puesto que no pertenecen al orden relacional y carecen de la contrapartida de la obligación, los abstractos derechos humanos, cuyo sujeto es la Humanidad, concepto sublime pero abstracto, constituyen la versión humanitarista al estilo lockeano del individualismo contractualista que, al instituir la Sociedad construye el Estado; no sólo no se oponen a su intervencionismo o a su potencia, sino que, dada su abstracción, en principio los impulsan todavía más. Los derechos humanos son una suerte de ideología romántica que segrega el Orden estatal; son un fruto del modo de pensamiento estatal susceptible, empero, paradójicamente, dado su radicalismo individualista, de disolverlo. Expresan el apogeo del derecho subjetivo normativista (y, en último análisis, la democratización de la voluntad de poder), que, debilitando el Estado y sustituyendo a la política, actúa como factor de disolución de la estatalidad, la objetividad de cuyo derecho ponen permanentemente en tela de juicio. Los derechos humanos, producto de la moderna absolutización de la moral en la forma de Religión de la Humanidad, instrumentalizan la idea de Derecho y lo disuelven. Es característico que quienes los postulan sin reservas definan el Derecho como «la continuación de la política por otros medios»; es decir, el derecho como un medio de guerrear —ha surgido ya la «guerra de los derechos»—, cuando la función propia del Dere-

³¹ Vid. K. HORNING, *Das totalitäre Zeitalter. Bilanz des 20. Jahrhunderts*. Berlín/Francfort de Meno, Propyläen, 1993.

³² Vid. H. WELZEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Madrid, Aguilar, 1971.

cho es la seguridad. Comte, que fundó esa Religión dando forma al «nuevo cristianismo» de Saint-Simon, odiaba el Derecho³³. Los derechos humanos corresponden tal vez a la fase de disolución del Orden estatal, como si los individuos hobbesianos, arrepentidos de haber instituido el Estado mediante el *pactum subjectionis*, quisieran denunciarlo subrepticamente, sin atreverse empero a hacerlo públicamente por temor al Leviatán.

Tras la segunda guerra mundial, el enorme incremento de la tecnología ha impregnado la legislación promoviendo hasta un grado inimaginable la reglamentación –regimentación–, cuyo carácter técnico es incompatible con la vida natural. El mismo derecho privado, en cuanto subsiste formalmente como tal, condicionado por la legislación técnica ha empezado a perder ese carácter, como se ve en el caso de la institución jurídica fundamental, la propiedad: de hecho el Estado es hoy el único propietario; basta pensar en los sistemas fiscales vigentes; el propietario particular no es más que un poseedor al que se le permite bajo ciertas condiciones el disfrute de lo suyo, incluso de su trabajo. En contra de su concepto, el derecho, cada vez más técnico y politizado, no es ya garantía de seguridad sino fuente de incertidumbre e inseguridad. A ello contribuye poderosamente esa ideología difusa de los derechos humanos, que, coincidiendo con las ideas de Augusto Comte, aspira a disolver la *ratio status* y dirigir directamente la acción humana sobre el planeta.

Ideología juricista, cuyo voluntarismo racionalista derivado de la concepción de la libertad como poder, le da un carácter anarquizante –pero no anarquista, pues cuenta con el Estado excluyendo el principio de la autoayuda–, hace completamente inviable la aceptación y, aún menos, la vigencia de cualquier idea de Orden. Su universalismo artificioso les confiere el prestigio de la apariencia de derechos democráticos; mas se trata de una imaginaria democracia moral, no política. Universalismo que, por otra parte, los hace incompatibles, entre otras cosas, con el *ius publicum europaeum*, que ha sido una de sus primeras víctimas; no sólo por su dependencia del concepto de humanidad sino también, *contrario sensu*, en cuanto un producto característico de la cultura europea.

A pesar de las apariencias, la intensidad de su subjetivismo es asimismo radicalmente contraria al reconocimiento del Derecho Natural, de origen natural o creado y a la existencia de un Orden inmanente o transcendente. Hasta el

³³ En lo concerniente al Derecho Natural, la ley comteana de los tres estados y el polilogismo implicado en ellas, destruyen radicalmente tanto su posibilidad como su idea. Se presta poca atención a Comte a pesar de su enorme influencia. Pero es probablemente el mayor destructor de las tradiciones de Occidente. Su Gran Ser absorbe y aniquila hasta la Gran Tríada Dios, Hombre, Naturaleza en torno a la que han girado aquéllas. Ni siquiera es ateo: va más allá del ateísmo al que supera.

logos técnico queda marginado por ellos. Para esta ideología sólo hay derechos de los individuos como si cada uno de ellos tuviera su propio Orden. Tras ello se expresa frecuentemente la voluntad de poder.

VII. EL DERECHO NATURAL HISPÁNICO

No es casual que la tradición del antiguo Derecho Natural como expresión de un Orden objetivo extrahumano por creación, conserve un mayor vigor en los países hispánicos. Por lo pronto, en España no hubo propiamente Estado aunque fue el primer gran territorio en el que se realizó la unión política de la Nación adoptando la forma estatal. Sin embargo, las posibilidades de la estatalidad no se desarrollaron aquí igual, por ejemplo, que en Francia, que empezó copiando en este aspecto el modelo español perfeccionándolo todo lo posible. Es bien sabido que el conde-duque de Olivares percibió lo que estaba ocurriendo y quiso imitar a Richelieu sin ser atendido por el monarca, que no accedió a sus proyectos centralizadores. La Monarquía Hispánica, llamada también Católica, fue escasamente particularista y centralizadora³⁴; en cambio fue universalista, por lo que no podía ser neutral, nota esencial del Estado³⁵. En realidad, sin territorio compacto, fue un Imperio, una forma de unión personal en torno al monarca, no un Estado que se proyectase hacia fuera en sentido imperialista.

Por otra parte, al permanecer España vinculada al orden católico, no se aceptó como doctrina oficial el derecho divino de los reyes, y, por tanto, no hubo propiamente absolutismo —un Estado Absoluto—; la Iglesia conservó inercialmente su posición —sin alianza más o menos convenida entre el Trono y el Altar— en relación con el Estado, determinando en gran medida lo público, quizá incluso más que aquél, en tanto hizo suyos los ideales religiosos oponiéndose al fraccionamiento eclesiástico; la Monarquía, según se ha notado antes, devino además Imperio, forma política natural, de mando personalizado, incompatible con la estatal. Es decir, mientras la estatalidad avanzaba en todas partes afirmándose progresivamente, incluso frente a la Monarquía, en España no progresó más allá del Barroco, aunque, como es natural, hubiese aquí elementos estatales; sobre todo, lo mismo que en Inglaterra, donde tampoco se consolidó el Estado, en el ámbito de las relaciones exteriores, que eran interestatales. Nunca existió un espíritu estatal ni un modo de pensamiento estatal que sustituyese al eclesiástico.

Por otro lado, doctrinalmente, la concepción dominante era directamente antiestatista, como lo demuestran el antibodinismo, es decir, la oposición a la

³⁴ Vid. L. DÍEZ DEL CORRAL, *La Monarquía hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt*, Madrid, Rev. de Occidente, 1976.

³⁵ En España no hubo «guerras de religión». Lo de los moriscos y los judíos fue un asunto puramente político. Por tanto el Estado no tuvo que declararse neutral o buscar un mínimo religioso.

doctrina de la soberanía, y el antimaquivelismo, que aquí –igual, por ejemplo, que en los territorios italianos de la Monarquía– constituye aún hoy una especie de tradición. Sus mismas ambigüedades –Gracián, Quevedo, etc.– denotan una tensión entre la realidad del Orden estatal de la nueva época y el viejo Orden. En fin, la teología política católica hispana de la Contrarreforma tuvo su origen en la oposición concreta a la teología política protestante, proclive por lo general a la estatalidad, como en el caso notorio de Hobbes, cuya teoría del Estado –que descansa en una teología política– no sólo es fundamental sino que sigue plenamente vigente, habiendo condicionado hasta hoy la trayectoria de la estatalidad. Etc. Constituye una anécdota muy significativa dentro de ese contexto, que fuese quemado públicamente en Londres el libro *Defensio fidei* de Francisco Suárez en 1606, reinando Jacobo I, un importante doctrinario del absolutismo y del derecho divino de los reyes.

Todo esto no implica que el pensamiento iusnaturalista hispano haya permanecido completamente al margen de la evolución de la idea de Derecho Natural. Es más, en la medida en que estuvo influido por las tendencias bajomedievales, singularmente el nominalismo, y su época, su enorme influjo en el mundo intelectual europeo católico y protestante, facilitó la secularización del antiguo Derecho Natural y su reconversión al racionalismo. Pero lo decisivo es que, en cualquier caso, el pensamiento político-jurídico hispánico se mantuvo plenamente vinculado a la concepción creacionista del Orden y al universalismo. Lo que excluye que pudiera hacer suya la idea de un Orden humano producto de una decisión humana, por lo que resultó ser escasamente estatista, aun reconociendo y aceptando el hecho del Estado.

A eso se debe sin duda la aparentemente llamativa debilidad de la filosofía y la teoría hispánicas del Estado, cuyos presupuestos son, justamente, el particularismo y la secularización. Y, dicho sea de paso, eso mismo puede explicar el relativamente escaso interés hispano por la ciencia natural, que, diciéndolo *cum grano salis*, aquí no era necesaria, en el sentido de que hubiese que investigar el orden natural a fin de encontrar una seguridad, de la misma manera que tampoco la Edad Media sintió esa necesidad. El creciente deseo moderno de seguridad en este mundo fue correlativo al descenso de la seguridad respecto al otro a causa del protestantismo y la disminución de la importancia de la religión y la influencia eclesiástica. En la Edad Media, por ejemplo, preocupaba más la seguridad en orden a la salvación en el otro mundo, igual que en los países que permanecieron católicos mientras la Iglesia no perdió su posición. A. Müller-Armack ha observado que la misma génesis de la idea de seguro constituye el resultado de un debilitamiento del dogma³⁶.

³⁶ *Genealogía de los estilos económicos*, México, Fondo de Cultura, 1967, IV, 8, pág. 303.

Así pues, el creciente anhelo de seguridad temporal ha sido psicológicamente fundamental para el progreso del Estado. El Orden Estatal dio una seguridad que no daba ya el Orden Natural, cuya idea siguió vigente en España, dónde no hubo guerras civiles por causa de la religión, y en los países hispánicos.

Se podría describir el punto de vista español como el de la laicidad, conforme a la doctrina emanada de la propia Iglesia (Gregorio VII, 1075)³⁷, y no el de la secularización, en la medida en que conservó plena vigencia la concepción universalista y la relación (de dependencia) entre lo trascendente y lo temporal. Se distinguía claramente entre la autoridad espiritual, que se le reconocía y atribuía sin reservas a la Iglesia, y el poder temporal; un ejemplo es la famosa aunque débil doctrina jurídicista, a la defensiva, meramente explicativa de la posición hispana, de la *potestas* indirecta de la Iglesia sobre el Estado. Todo eso hizo que se prolongase mucho más tiempo el influjo de la Iglesia como depositaria y definidora de lo común, de lo público medieval, que en las naciones y países no hispánicos.

Un caso ejemplar, que pone de relieve la transcendencia de la visión del Orden en relación con el Derecho Natural, es el del mencionado Francisco Suárez. Precisamente porque puede parecer bastante ambiguo, como en general esta segunda escolástica española. En lo que seguramente tiene razón M. Villey. Dejando aparte la conocida interpretación de Villey, lo cierto es que fue enorme la influencia de esta escolástica, especialmente la de Suárez, en el pensamiento europeo en general y en el racionalista en particular³⁸.

Suárez era nominalista y definió la ley como mandato del legislador. Sin embargo, su decisionismo jurídico no tiene la misma significación que el de la teoría contractualista del Estado, puesto que se mantiene dentro de la concepción creacionista del Orden. No es lo mismo la decisión que se toma dentro de un Orden objetivo dado, que la decisión en un vacío o sin tener en cuenta alguna forma de Orden cuyas normas poseen *vis directiva* y hay que atenerse a ellas³⁹. El alcance del mandato se circunscribe dentro del ámbito ordenador en

³⁷ Vid. H. J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, (Hay trad. española).

³⁸ «El esquema de Suárez de un derecho natural integrado por un haz de infinitas leyes naturales, resume J. VALLET DE GOYTISOLO, facilitó a los filósofos un modelo que, después de él, la escuela del derecho natural y de gentes adoptó en Holanda y Alemania protestantes». Escuela que, señala, lo laicizó y generalizó, dando el paso de desentenderse de toda la materia y, por ende, de toda circunstancia de persona, lugar y tiempo. *Qué es el derecho natural*, 3, pág. 51.

³⁹ La evolución del constitucionalismo hacia una mayor abstracción, ha llegado al punto en el que la Constitución aparece como sujeto en lugar de la Nación, momento en el que, culminando el decisionismo moderno, el Estado Constitucional sustituye al Estado (Estado-Nación) de Derecho.

el que se produce, recibiendo de él su medida, sentido y legitimación. Esto distingue la decisión de la voluntad de poder. Toda decisión, si no se acomoda a una idea de Orden es expresión de la voluntad de poder. Si un Orden tiene vigencia, la voluntad de poder se expresa como decisión política.

Lo mismo cabe decir de la doctrina suareciana —y en general de los iusnaturalistas españoles— del pacto o contrato de sociedad, que, si bien ya no es estrictamente la medieval, tampoco es la moderna, equiparable al *fiat* de la Creación según Hobbes. La teoría contractualista viene a ser la *creatio ex nihilo* del orden social y derivadamente del estatal, aproximadamente tal como aún se ve hoy en el caso de Rawls, tan celebrado. Sin embargo, el contractualismo de los escritores hispanos o es muy diferente o está muy mitigado, pues no sólo no sustrae la titularidad de la soberanía jurídica al pueblo, sino que la postula. Acepta el particularismo moderno pero lo encaja en la concepción creacionista del orden. La conciliación de la soberanía con el orden fue, justamente, el gran tema de la especulación iusnaturalista española y, para ella, el poder sólo es soberano *in suo ordine et respectu sui finis*. Así pues, la sociedad nace de la sociabilidad natural, no de individuos aislados, de modo que el pacto no determina el contenido objetivo del Estado sino que sólo crea dentro de él la unidad para realizarlo, siendo la propia sociabilidad lo que determina objetivamente su contenido; la soberanía se mueve entre límites objetivos impuestos por el Derecho Natural⁴⁰. Cabe decir *ad exemplum*, que el iusnaturalismo que justificó y quizá inspiró la reivindicación por la América hispana de su independencia, apoyándose en los escritores españoles⁴¹, especialmente en Suárez, en conjunto ha permanecido fiel hasta hoy a sus orígenes.

⁴⁰ L. DÍEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Inst. Est. Políticos, 1956, XXI, II, pág. 405.

⁴¹ Vid. O. C. STOETZER, *El pensamiento político en la América española durante el período de la emancipación (1789-1825)*, Madrid, Inst. Est. Políticos, 1966 y *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América española*, Madrid, Centro de Est. Constitucionales, 1982.