

EL DERECHO NATURAL, FUNDAMENTO ÉTICO DE LA POLÍTICA

Danilo Castellano*

Universidad de Udine

1. Es de todos conocida, y universalmente aceptada, la distinción entre *derecho natural clásico* y *derecho natural moderno*; asimismo es bien sabido que los adjetivos *clásico* y *moderno* no son calificativos temporales, sino sobre todo axiológicos, *rectius* sustanciales, del mismo derecho y de su fundamento.

El derecho *clásico* se identifica con lo *iustum* que, a su vez, es un tema ético. Es significativo que, por ejemplo, Aristóteles lo mencione en una obra moral como la *Ética a Nicómaco*, y también lo es el hecho de que la jurisprudencia romana no sea simple interpretación y aplicación de la «ley», sino fundamentalmente especificación del derecho.

El derecho *moderno*, por su parte, marca el paso del denominado derecho objetivo al derecho subjetivo; es, en otras palabras, una *facultas* o *potestas* del sujeto¹. En un primer momento puede todavía tener, como tuvo, un valor ético. Pero como afirmaba, entre otros, Grocio², este valor ético asumía un significado *negativo*, en el sentido de que también la *potestas* subjetiva permanecía ligada a la moral, pero sólo en el sentido de que el sujeto podía (o podría) hacer

* Traducción castellana del original italiano de C. García.

¹ La expresión *derecho objetivo* es equívoca, ya que la usan tanto los clásicos como los idealistas modernos, pero con significados opuestos; así, para los primeros la objetividad del derecho no es otra cosa que la inalterabilidad de la justicia que *expresa* el orden de las «cosas»; para los segundos, sin embargo, se identifica con el derecho positivo que *constituye* el orden de las «cosas» y entre las «cosas». La cuestión presenta una cierta complejidad que supera esta primera distinción esencial. Para el significado de objetividad y subjetividad, o mejor, para la génesis del derecho subjetivo y su evolución, véase, entre otras, la obra de M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du Droit dont un sur la crise universitaire*, París, Dalloz, 1969, pp. 140-220.

² Cfr. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, I, 1: «Derecho no significa aquí otra cosa que lo que es justo, en un sentido más bien negativo que positivo, de manera que el Derecho de la guerra es precisamente lo que se puede hacer sin ser injustos con el enemigo». Sobre este tema, cfr. también A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, París, PUF, 1993, especialmente las pp. 67-68.

algo sin cometer una injusticia, lo cual es otra «cosa» respecto al deber hacer algo para ser justos.

También es conocida la polémica de Hegel contra el derecho natural, que, usando sus propias palabras, sería «la existencia de la fuerza y el hacerse valer de la violencia»³. Es verdad que la controversia hegeliana estaba dirigida principalmente contra el derecho natural que los contractualistas, todos los contractualistas, estaban (y están todavía hoy) obligados a «asumir» como fundamento, *rectius* fundamento convencional (y, por tanto, falso), de la vida social. Pero también es cierto que esta polémica tenía como objetivo esencial la eliminación de cualquier residuo de trascendencia (incluida la trascendencia falsa del iusnaturalismo moderno), para defender el historicismo, el cual, como sostiene, con razón, por ejemplo Leo Strauss⁴, está obligado por intrínseca coherencia a negar cualquier tipo de trascendencia y, por consiguiente, a identificar el derecho con el único derecho positivo; o lo que es lo mismo, a completar la «inversión» realizada por la *modernidad*, esto es, a afirmar que el derecho se funda en la ley (entendida desde un punto de vista moderno), y no viceversa⁵. En suma, el historicismo está constreñido a eliminar cualquier sedimento de derecho natural, ya que representaría, incluso en su versión moderna, una apertura a la metafísica y a la ética; una apertura —entendámoslo bien— falsa, pero que confirma la existencia de una exigencia.

¿Cómo «leer», entonces, el título de la ponencia que nos ha sido asignada? ¿Cómo debemos interpretar no sólo el *derecho natural*, sino sobre todo la preposición «entre»? ¿Y qué significado podemos dar a los términos «ética» y «política»? En definitiva, y dejando de lado la cuestión de origen idealista que establece una distinción entre *moral* y *ética* (y, por tanto, asignando a ambas palabras el mismo significado), ¿debemos señalar la existencia de un conflicto, o al menos de una extrañeza, entre «ética» y «política»?

Esta serie de preguntas no es en absoluto retórica, ya que en la *modernidad*, y sobre todo a partir de Maquiavelo, *ética* y *política* son «cosas» diversas, extrañas entre sí, en conflicto insanable. Como veremos, además, en la *modernidad* la «política» pretende tener la primacía sobre la «ética», hasta el punto de convertirse en un elemento constitutivo de la moral. Incluso quien no comparte esta tesis extrema afirma (como sostiene Weber) que «existen casos en los que no se puede llevar a cabo una acción política de ninguna clase sin trasgredir los

³ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, n. 502.

⁴ Cfr. L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, The University of Chicago, 1953, trad. it., Genova, Il Melangolo, 1990, p. 36.

⁵ Sobre la génesis y la naturaleza de la ley moderna, véase M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, París, PUF, 1990.

preceptos de la moral»⁶. Por tanto, ¿es necesario elegir una opción? En otras palabras, el derecho natural clásico y el derecho natural moderno, ¿dependen de un acto de fe o de una decisión tomada sin pruebas a favor de la ética o de la política, entendidas no sólo como diferentes sino como separadas?

Anticipando la conclusión, señalamos que nuestra tesis es que la *modernidad*, separando ética y política, no sólo está condenada a no poder determinar la esencia de la política, sino que está obligada a reducir el derecho natural a mero poder no regulado por la razón (entendida desde un punto de vista clásico). Aún más, la *modernidad*, sea *fuerte* o *débil*, debe contradictoriamente desembocar en el *nihilismo*, planteando, entonces (a causa de la contradicción que la caracteriza), una cuestión de fondo: si es o no posible reconocer el derecho natural recurriendo a las ideologías, es decir, dejando de lado la filosofía.

2. Prescindimos de la posición absolutamente historicista que identifica orden y ordenamiento, y que ve en el segundo, entendido como conjunto de las leyes positivas del Estado, la epifanía del Espíritu y el momento más alto de la ética. No tenemos en cuenta esta posición no porque no lo merezca, sino porque al hacer, con coherencia, totalmente immanente el orden, no puede legítimamente ir más allá del hecho y del hacerse. Está obligada a justificar el acaecer, todo el acaecer, y con él y en él la presunta juridicidad de la voluntad del Estado en cuanto mera voluntad hecha efectiva. El derecho, por consiguiente, debe ser sólo «positivo»; por eso Fassò, siguiendo en parte la tradición idealista, lo denomina derecho «objetivo». Pero de este modo se cierran todas las puertas a la *problematización*, entendida como reflexión dialéctica sobre las cuestiones planteadas por la misma presunta juridicidad afirmada por el derecho positivo, considerado tal en cuanto es solamente *iussum*. Si la voluntad del Estado en cuanto voluntad es siempre justa, entonces es el criterio mediante el cual se puede constituir lo que es justo y lo que es injusto, lo que es ético y lo que no lo es. Y esto es así también en presencia del devenir, de lo eternamente cambiante y de lo contradictorio. En suma, Hegel es sólo el último eslabón de un proceso cuyos orígenes se remontan a los autores que dieron vida a la moderna «ciencia política»: Hobbes, Locke y Rousseau. Por tanto, el Estado ético hegeliano, a pesar de tener una declarada y diversa intención, es el resultado del desarrollo de premisas ideológicas; es la consecuencia de un enfoque «científico» (entendiendo por «científico» el método propio de la ciencia moderna) de los problemas del derecho y de la política. Dicho enfoque impide la comprensión del derecho natural, ya que para entenderlo es necesaria, sobre todo, usan-

⁶ Citado por STRAUSS, *Natural...*, cit., p. 73.

do las palabras de Leo Strauss⁷, una intelección «natural» de las cosas políticas, o es necesario un enfoque no geométrico sino filosófico, como han señalado, con razón, algunos jurisfilósofos italianos contemporáneos⁸.

Consideremos la tesis según la cual los derechos humanos no sólo son el resultado del derecho natural moderno, sino que expresan una instancia de justicia, la misma que se encierra en el derecho natural clásico, pero mediada por la que se ha denominado concepción de la libertad de la persona⁹. Esta tesis, como es bien sabido, ha sido defendida, entre otros, por Rawls, y es sustancialmente compartida por ciertos autores que ven en Locke al pensador al que hay que volver para afirmar y/o defender la dignidad del hombre¹⁰.

En efecto, a primera vista podría parecer que la *doctrina de la representación* de Locke se contrapone a la *doctrina de la soberanía* de Hobbes. Sin embargo, ambas teorías no son en absoluto contrapuestas, aunque presentan algunas diferencias: Hobbes y Locke sostienen el principio de soberanía, y ambos, aunque sea por caminos diversos, llegan (coherentemente respecto a sus premisas) a la tesis según la cual es el soberano, también si éste es el Parlamento, el único juez que puede establecer lo que es justo y lo que es injusto, lo que es bueno y lo que es malo. Efectivamente, ambos defienden la primacía de lo *legal* sobre lo *legítimo*. La ley natural, sobre todo para Locke, existe, pero, al no

⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 90.

⁸ Véanse, en concreto, las posiciones teóricas de M. GENTILE, recogidas fundamentalmente en su *Trattato di filosofia* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987); y, en lo que se refiere a la filosofía del derecho, F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milán, Giuffrè, 1983; y, del mismo autor, *Ordinamento giuridico. Controllo e/o comunicazione? Tra virtualità e realtà*, en el apéndice a U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padua, Cedam, 1998, pp. 165-200.

⁹ Cfr., sobre este tema, A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Platonisme politique et théorie du droit naturel*, I, Lovaina-París, 1995, en concreto la p.15. Para las tesis de J. RAWLS, véase, por ejemplo, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University, 1993, trad. it., Milán, Edizioni di Comunità, 1994. Es verdad que Rawls prefiere referirse a Kant en lugar de Locke, pero su concepción de la libertad como «justicia procesal» no está muy lejos de la «libertad negativa» ni del Estado de derecho tal y como los concibe Locke.

¹⁰ Esta afirmación es compartida tanto por autores católicos como laicos. Entre los primeros podemos citar como ejemplo a J. RATZINGER, que, en su ensayo *Svolta per l'Europa?* [Cinisello Balsamo (Milán), Edizioni Paoline, 1992, p. 42], afirma que a las tesis postmetafísicas «se contraponen [...] una fuerte corriente metafísica, que precisamente hoy en día adquiere un nuevo e importante vigor. Me refiero [escribe el autor] al tríptico de los derechos fundamentales [...] descritos y justificados por John Locke»; entre los segundos citaremos a G. ALPA, que, en la *Prefazione* a la traducción italiana de la citada obra de Leo Strauss, sostiene una tesis análoga, cuando afirma (remitiéndose a la opinión de autores como La Pergola y Barile), que los derechos humanos, al haberse convertido en reglas de las Convenciones internacionales, han adquirido, «en la jerarquía de las fuentes del derecho, el rango propio de las normas constitucionales» (pp. XXX-XXXI).

poder ser conocida mediante la razón, es *tanquam non esset*. Para usar un ejemplo del mismo Locke, podríamos decir que su existencia es semejante a la del heredero no nombrado; se sabe que existe, pero no se sabe quién es. Se podría explicar aún mejor: el conocimiento de la ley natural es análogo al conocimiento del nombre del cardenal *in pectore* nombrado por un Papa, que, sin embargo, muere sin haberlo pronunciado. Es por eso que Locke está obligado a recurrir a la ley positiva revelada o al soberano. La ley natural, entonces, es ley en el ámbito de la fe, o es ley porque el soberano la determina y la hace efectiva. *Tertium non datur*. En ninguno de los dos casos pertenece al dominio de la razón. Hay autores como, por ejemplo, el ya citado Strauss que deducen que esto significa que para Locke «no existe una ley natural»¹¹. Por tanto, los derechos «naturales» coinciden con una versión concreta de los denominados «derechos reflejos». Los derechos que el soberano reconoce como tales son derechos, y, además, derechos inviolables.

Nada cambia si se concibe el derecho como medio para convertir en normas los juicios de valor presentes de hecho en la sociedad, esto es, si el derecho es el instrumento utilizado para imponer la opinión de la mayoría, o para hacer prevalecer sus intereses. También en este caso, en efecto, se concibe el derecho como mero poder, pero para justificar su ejercicio no basta, en nuestra opinión, el consenso tal y como se entiende modernamente. Se podría objetar que tanto Hobbes como, quizá sobre todo, Locke afirman que existen derechos naturales absolutos (por ejemplo, el derecho relativo a la búsqueda de la felicidad que, a su vez, presupone la vida, y, por tanto, el derecho a la autoconservación, de Locke; o el derecho a la autoconservación simplemente, de Hobbes). Sin embargo, hay que tener en cuenta, especialmente en el caso de Locke, que el deseo y la búsqueda de la felicidad no están ligados al fin intrínseco de la naturaleza humana, ya que la verdad es, para este autor, inaccesible, y por tanto le resulta imposible, en última instancia, instituir una diferencia real, sustancial, y no sólo formal (esto es, ligada al procedimiento), entre derecho y abuso. Incluso el denominado derecho a la felicidad se reduce a poder. Y esto porque cualquiera tendría el derecho de buscar la felicidad que desea con los medios de los que dispone. Esta tesis es virtualmente nihilista. Abre el camino al *pensamiento débil* contemporáneo, en concreto al de Rorty, pero antes ya ha abierto el camino tanto al marxismo como a la ideología del personalismo contemporáneo, al haber identificado, en el caso de Locke, la libertad con la «libertad negativa» y, contradiciendo uno de sus enunciados, al haber sostenido que la felicidad consiste en las denominadas comodidades de la vida, de la vida animal. En efecto, sólo a partir de esta con-

¹¹ STRAUSS, *Natural...*, cit., p. 229.

cepción puede afirmar que en su tiempo era más feliz un trabajador inglés que un rey en América (es mejor, a su juicio, «la comida, el alojamiento y la ropa de un obrero en Inglaterra»¹²).

Por consiguiente, resulta difícil sostener la tesis de la denominada metafísica de los derechos humanos, ésto es, ver en uno de los mayores exponentes del *derecho natural moderno* una protección contra el positivismo y una guía hacia la verdad¹³. En Locke, en efecto, la naturaleza está identificada con el estado natural, pero, paradójicamente, sólo alejándose de él (es decir, negando lo que es para él la naturaleza) se consigue ser feliz¹⁴. Y esto equivale a decir que se debe negar la *libertad negativa* para que se convierta en libertad. Pero dicha negación, lejos de representar una confutación de la que llamaremos «filosofía de las asunciones», es considerada necesaria solamente para conservar mejor la *libertad negativa*, delegando su ejercicio (de todas formas precario, porque está ligado al consenso moderno) en el denominado supremo poder, esto es, en el soberano, que, como hemos dicho antes, es el único juez que puede establecer lo que es justo, ya que es el único capaz de decretar las normas en cuanto es, de derecho y de hecho, el único detentador del poder de estatuir las.

Se puede decir, por tanto, que el *derecho natural moderno* depende del poder público, es decir, que es la política (entendida como artificial constitución de la *persona civitatis*) la que tiene la primacía sobre la ética, hasta el punto de que Hegel, de acuerdo con tales premisas, declarará que «el Estado es la [misma] sustancia ética consciente de sí misma»¹⁵, y que el Estado tiene dos funciones: a) mantener a los individuos empíricos como personas, las cuales, al ser «centros de imputación», necesitan absolutamente el derecho positivo para ser reconocidas y constituidas como tales; b) promover su bien que, en última instancia, consiste en la conducción o reconducción de las individualidades empíricas hacia la vida de la sustancia universal¹⁶.

¹² J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, n. 41.

¹³ Es la tesis de Ratzinger que, en nuestra opinión, cae en las redes de la «lógica de la oposición» al Estado moderno. Pero resulta difícil ver en los derechos humanos, tal y como han nacido y se han afirmado históricamente, una barrera contra el Estado moderno. Éste, en efecto, nace precisamente de los derechos humanos, y para salvaguardarlos. Las raíces del totalitarismo del Estado moderno, por tanto, hay que buscarlas en la *libertad negativa* que es la esencia de los derechos humanos mismos. En realidad, la interpretación de Locke que ofrece Ratzinger resulta un tanto superficial, ya que de la lectura de la obra que hemos citado anteriormente (pp. 42-43) emerge un Locke falso y contradictorio.

¹⁴ Estamos de acuerdo en este aspecto con STRAUSS, *Natural...*, cit., p. 270.

¹⁵ HEGEL, *Encyklopädie...*, cit., n. 535.

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, n. 537.

El *derecho natural moderno*, entonces, representa la premisa, y no la salvaguardia, del totalitarismo. Al defender el primado de la libertad (erróneamente identificada con la *libertad negativa*), el *derecho natural moderno* está obligado a optar por el contractualismo, que, incluso en su versión constitucionalista, supone la primacía de lo convencional sobre lo natural, de lo artificial sobre el ser, de la opinión sobre la idea, del arbitrio sobre la verdad y la justicia.

El *derecho natural moderno*, según demuestran los hechos, ha fracasado también en los intentos operativos que ha declarado y perseguido en diversos momentos de su historia, especialmente en nuestro siglo, período en el que se han hecho evidentes sus contradicciones.

Hemos visto —y esto ya antes del inicio del siglo XX— que el absolutismo de Hobbes no ofrecía ninguna garantía de defensa del único derecho que este autor consideraba digno de tal nombre, el derecho a la autoconservación subjetiva. Para ser sinceros, hay que reconocer que el mismo Hobbes se había dado cuenta de ello, al reconocer honradamente que el individuo tenía, en ciertos casos, el derecho de usar todos los medios idóneos para conseguir su objetivo, incluso contra el soberano. Los esfuerzos empleados en la elaboración de las Declaraciones de los derechos humanos y de las Constituciones modernas son una prueba evidente de la necesidad que advierte el sujeto/ciudadano de defenderse del poder.

Por su parte, el denominado *Estado de derecho* de Locke, aun poniendo límites (en realidad sólo de procedimiento) al supremo poder, no ha sido capaz (ni puede serlo) de ofrecer las garantías que el liberalismo considera que son la *causa* del contrato social.

El coherente desarrollo del liberalismo, además, ha desembocado en el personalismo contemporáneo, el cual, declarando querer defender y promover los derechos de la persona, ha acabado por hacer del Estado moderno el siervo de los caprichos del individuo: el caso de la legislación contemporánea en materia de aborto provocado y suicidio asistido (es decir, garantizado por las estructuras públicas), y la financiación pública de los partidos políticos son la prueba de la absoluta neutralidad del Estado, o mejor dicho, de su absoluto *indiferentismo*. Dicho *indiferentismo*, a menudo enmascarado bajo el nombre de promoción humana, es la demostración de su nihilismo; ese nihilismo que hace afirmar a Rorty que nada es normal, o mejor dicho, que todo es normal, con lo cual, del mismo modo que, por ejemplo, no existiría ni la salud (en concreto la mental) ni la enfermedad, tampoco existiría ni lo justo ni lo injusto, y cualquier norma no compartida por el individuo sería en realidad violencia contra el disidente. A partir de estas conclusiones, en Italia se ha debatido en el Parlamento, y también en la doctrina (incluso por parte de algunos juristas de orientación

católica), si se debía introducir en la legislación el considerado *derecho subjetivo* a la objeción de conciencia, que, como es bien sabido, no es la objeción de la conciencia¹⁷.

Por otra parte, también el Estado ético hegeliano ha fracasado al no alcanzar la *idea* de Estado que perseguía. Lejos de demostrar que era «lo universal en sí y por sí»¹⁸, se ha revelado tan «particular» (basta pensar, por ejemplo, en la legislación racial), que ha proporcionado una justificación a la tesis de Lenin, según el cual el Estado no es otra cosa que la organización de la violencia, esto es, precisamente lo que Hegel intentaba evitar.

Por tanto, el *derecho natural moderno*, basándose en una *asunción*, la asunción de la *libertad negativa* como libertad, y convirtiéndola en valor supremo, está constreñido a perseguir una utopía: la utopía de la liberación del hombre de su condición, de su natural constitución, de lo que ónticamente es.

3. Para entender perfectamente el derecho —sea natural o positivo—, antes es necesario comprender cuál es la naturaleza del hombre y su intrínseco fin, al que nadie, sin faltar a un deber, puede sustraerse. En otras palabras, el derecho no se funda en el derecho, sino en el deber; el derecho, antes de ser una *facultas* o *potestas*, o mejor aún, para ser una *facultas* o *potestas*, es ejercicio de un deber; de un deber entendido como obligación, y no procedente de una coerción; ésta, en efecto, considerada en sí misma, no tiene el poder de *obligar*. Nos referimos, por supuesto, a los derechos fundamentales, principalmente a los que los juristas definen «inalienables», no a los derechos «debilitados» o a los intereses legítimos.

Entonces, la concepción del hombre se convierte en algo fundamental, una concepción que, es superfluo subrayarlo, no es una visión, uno de los tantos modos en los que se puede imaginar al *ens* humano que tiene el acto de ser. A este respecto, es significativo el hecho de que todos los autores que se han ocupado (o se ocupan) de derecho hayan estado (o estén) constreñidos a partir de lo que los juristas denominan impropriamente «principio» (más bien sería un punto de vista, un postulado no discutido y, para algunos, indiscutible, útil para entender orgánicamente el «sistema» o el moderno ordenamiento jurídico positivo). Este pseudo-principio atañe sobre todo al hombre, y sigue siendo un *quid* trascendente respecto del ordenamiento mismo. Para los que se han ocupado (o

¹⁷ Sobre esto, cfr. D. CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Nápoles Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, sobre todo las pp. 25-44.

¹⁸ HEGEL, *Encyklopädie...*, cit., n. 537.

se ocupan) de *derecho natural*, se ha convertido en una exigencia imprescindible que con frecuencia los modernos han intentado eliminar, pero que al final ha resurgido prepotentemente. Intentaremos explicarnos mejor recurriendo a un ejemplo. Norberto Bobbio, al afrontar el tema de los *derechos humanos*, declara preliminarmente que «cualquier búsqueda del fundamento absoluto»¹⁹ es una ilusión; que en tema de derecho natural (como en otras cuestiones), se debe partir de una *asunción*²⁰, la cual no tiene ningún fundamento. La asunción es precisamente una opción sin pruebas, sin argumentos. Así, el derecho considerado en lo que respecta a su naturaleza, termina siendo coherente, pero absurdamente, reducido a *flatus vocis*. En efecto, Bobbio sostiene (y éste es sólo uno de los ejemplos posibles) que «el derecho a no ser esclavizado implica la eliminación del derecho de poseer esclavos, así como el derecho a no ser torturado implica la supresión del derecho de torturar»²¹. La esclavitud y la tortura, entonces, serían derechos semejantes a la libertad y al respeto integral de la persona humana. Lo que cambia, en su opinión, sería tan sólo el punto de vista. Por tanto, no se sabe qué es el derecho. Lo importante, afirma Bobbio (pero también Maritain sugirió algo similar inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial²²), es que los derechos humanos se respeten; así, escribe que «hoy en día el problema de fondo relativo a los derechos del hombre no es tanto *justificarlos*, como *protegerlos*». Y termina diciendo que se trata de un problema no filosófico, sino político²³. Por consiguiente, se podría decir que es un problema de *poder*, no de justicia. Y esto plantea una pregunta ulterior (que el mismo Bobbio denomina la *antinomia entre los derechos invocados* por sujetos diversos) a la que coherentemente no responde, o mejor dicho, responde no respondiendo: si se trata de una cuestión política, y la política es mero poder, la respuesta hay que buscarla en el poder mismo no regulado por la razón nada más que desde un punto de vista «funcional». Pero esto significa apelar al más inhumano de los criterios posibles. Sin embargo, Bobbio, al exponer la evolución de los derechos humanos que, según él, han pasado de un *derecho enunciado* (primer momento representado por Locke) a un *derecho actuado* (segundo momento que el autor identifica con la Declaración de los derechos), para

¹⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, p. 7.

²⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 39.

²¹ *Ibid.*, p. 8.

²² Maritain, en efecto, considera no sólo inútil, sino también perjudicial, la *justificación filosófica* de los derechos humanos, compartiendo la tesis según la cual el acuerdo sobre dichos derechos sería posible con la única condición de no preguntarse el porqué. Sobre este tema, cfr. J. MARITAIN, en AA.VV., *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1949, así como GENTILE, *Intelligenza...*, cit., pp. 73 ss.

²³ Cfr. BOBBIO, *L'età...*, cit., p. 16.

después llegar a la *afirmación universal y positiva* de los mismos (tercer momento representado por la Declaración de 1948), sostiene que entre los derechos sociales fundamentales destaca el derecho a la salud²⁴. Ahora bien, esta afirmación significa, en nuestra opinión, «volver a meter por la ventana lo que se había intentado sacar por la puerta»: la salud no puede ser definida convencionalmente, no depende del consenso ni subjetivo ni intersubjetivo, sino que es un *orden real* que no es susceptible de ser interpretado según la ideología asumida por el intérprete. En efecto, la salud remite (sobre todo si la consideramos en su integridad) a la esencia actualizada del hombre, en la cual el hombre mismo puede parcialmente influir positiva o negativamente, pero sin tener el poder de cambiarla. Como se ve, Bobbio, contradiciéndose, acaba por admitir lo que querría negar o confutar: que los verdaderos derechos del hombre derivan de la esencia o de la naturaleza humana; al confundir el fundamento con el respeto de los mismos, considera que puede confutar la que irónicamente llama la razón de las razones de los iusnaturalistas redivivos²⁵, con las «buenas razones» que han llevado a la mayor parte de los gobiernos existentes a ponerse de acuerdo sobre el contenido de una Declaración; «buenas razones» desconocidas en sí, pero conocidas por algunas de sus consecuencias. A él esto le basta. A nosotros no, porque el acuerdo sobre la Declaración, sobre un enunciado, no significa necesariamente estar de acuerdo con el contenido del mismo, ni mucho menos con su fundamento y su legitimidad. Sobre todo porque en la praxis las *Declaraciones de los derechos* han contribuido, en ocasiones, a que se violasen los derechos. Basta pensar que en nombre del derecho a la vida o más simplemente a la salud física o psicológica, se ha decretado la licitud de la supresión de la vida de muchos inocentes.

4. Lo que Ambrosetti denomina la «confusa reacción»²⁶ del racionalismo contra el concepto de *naturaleza*, considerado por los *modernos* vago, dogmático y antihistórico, desemboca en una heterogénesis de los fines respecto a sus mismas premisas y a sus objetivos declarados. El iusnaturalismo racionalista tampoco puede prescindir de la instancia fundadora. Ésta, sin embargo, no puede encontrar respuesta en las *Declaraciones de los derechos*, porque en ellas se asume erróneamente la *libertad negativa* como característica peculiar de la naturaleza humana. En otros términos, las *Declaraciones* consideran que pueden afirmar que es la *voluntad* simplemente, no la voluntad humana (que para ser tal tiene que estar guiada por la razón), la que legitima el comportamiento de

²⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 72.

²⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 15.

²⁶ G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, Milán, Giuffrè, 1985², p. 5.

los hombres y de los Estados, aunque después éstos, contradictoriamente, introduzcan otros criterios: por ejemplo, el de la utilidad o el de no dañar a los demás. Si la *libertad negativa* constituyera la esencia humana, se debería concluir que la misma convivencia le es, en última instancia, perjudicial, y que resulta arbitrario, por ejemplo, el concepto de utilidad común usado en la Declaración de 1789 para establecer distinciones sociales, después de haber proclamado solemnemente el denominado principio de igualdad absoluta.

El meollo de la cuestión, entonces, consiste en dar una respuesta filosófica a los problemas político-jurídicos, ya que sin ella la solución no podrá ser otra cosa que convencional, y, en cuanto tal, incapaz de dar auténticas respuestas a las cuestiones planteadas por la experiencia; efectivamente, la solución convencional puede parecer (pero, repetimos, no lo es) una solución en presencia de un consenso universal.

5. La *modernidad*, al asignar al *poder público*, impropriamente llamado *político*, la superioridad sobre la moral, ha supuesto de hecho el fin de la universalidad del *derecho natural*. En efecto, el derecho natural ha tenido por contenido (y con frecuencia sigue teniéndolo) el contenido que un particular ordenamiento jurídico positivo le reconoce. Nos encontramos en las antípodas de la concepción clásica del *ius naturale*, que, como afirmaban los compiladores de la obra de Justiniano, siguiendo a su vez a los pensadores clásicos, debe valer para todos los individuos y para todos los pueblos, permaneciendo siempre estable e inmutable²⁷.

Ahora bien, la filosofía desempeña un papel fundamental en el establecimiento de esta validez universal y objetiva, ya que, como observa Strauss, «abandona lo que es bueno por ancestral [es decir, fruto de la tradición pasiva], por lo que es bueno en sí, bueno por naturaleza»²⁸. La filosofía, al ser una pregunta radical, no puede conformarse con lo que presenta el contexto o la costumbre; no puede considerar justo lo que una ley positiva prescribe, sólo porque ésta lo prescriba. La ley, en efecto, no es constitutiva de la justicia; si así fuera, existirían tantas justicias (incluso contradictorias) como ordenamientos. La verdadera ley está medida por la justicia, y no al revés. Por todo ello a nosotros nos

²⁷ ARISTÓTELES, por ejemplo, sostuvo (cfr. *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1134b) que «es natural lo justo que tiene en cualquier lugar la misma validez, y que no depende del hecho de que sea o no reconocido». Por tanto, la condición necesaria del derecho natural no es el consenso, sino la inteligencia del *iustum*. Cuando el consenso, como en la *modernidad*, tiene la primacía sobre la sabiduría, la universalidad del derecho natural desaparece, dando paso a las particularidades y a las contradicciones.

²⁸ STRAUSS, *Natural...*, cit., p. 101.

parece que establecer contraposiciones entre un enfoque «político» del derecho natural y un enfoque «privatista» del mismo significa subordinarse, incluso oponiéndose, a las categorías de la *modernidad*. Por ejemplo, entre Aristóteles y Ulpiano, contrariamente a lo que piensa, entre otros, Leo Strauss²⁹, no se pueden establecer diferencias sustanciales a este respecto; si las hay, son meramente metodológicas.

Si la naturaleza del hombre es el fundamento de su deber ser, mejor dicho, es su deber ser, está claro que sus derechos, sus derechos fundamentales, no son otra cosa que sus deberes. Y esto es válido tanto en el ámbito estrictamente privado como en el político, ya que el hombre es un animal social y político por naturaleza. Y aún hay más. Si la naturaleza humana actualizada es, como realmente es, el fundamento del criterio de actuación, de cualquier tipo de actuación, sea privada o política, se puede decir que la política debe estar subordinada a la ética (aunque no se identifica con ella). Y todo ello porque muchos sectores políticos, los fundamentales, están regulados por lo justo natural, que es universal y metahistórico, y que caracteriza a la verdadera política. Lo justo auténticamente político, entonces, no es lo justo ideológico sino lo natural, es decir, lo que la filosofía reconoce como *iustum*, y que, por tanto, puede o debe ser *iussum*. También en esta ocasión recurriremos a un ejemplo aclaratorio. No hay duda de que el ser humano que nace de la unión de un hombre y una mujer, desde el punto de vista del nacimiento, es un *hijo natural*. Pero en derecho se distingue entre *hijos naturales* e *hijos legítimos*. ¿Es ésta una distinción puramente convencional? ¿Es, tal vez, una distinción meramente *legal* en el sentido moderno del término? Nosotros creemos que no. La distinción tiene un significado no sólo «legal-positivo», sino sobre todo filosófico. La *legitimidad*, en efecto, puede ser atribuida al hijo que nace sí de la unión de un hombre y una mujer, pero no de una unión cualquiera: la unión debe tener lugar no bajo el dominio de la pasión simplemente, sino que debe ser la consecuencia de una elección que ha sido revelada por el matrimonio. La ley, por tanto, podrá atribuir la calificación de *legítimo* sólo al hijo que ve la luz en la institución natural que destaca, entre sus fines primarios, el de la procreación. La ley, entonces, establece una diferenciación que es *natural*; no constituye la *legitimidad*, sino que la revela.

El *derecho natural*, por consiguiente, lejos de ser afirmación de la *libertad negativa*, es revelación de ese orden óntico que «ratio non facit sed solum considerat»³⁰, para usar las palabras de Santo Tomás de Aquino. A este orden (como

²⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 155.

³⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In I Ethic* (Lez. 1-6).

hemos intentado demostrar en un trabajo reciente³¹) está subordinada la política. El verdadero *derecho natural*, el derecho clásico, es, por tanto, el fundamento ético de la política que, a su vez, es tal sólo si hace de la *legalidad* el instrumento necesario para ayudar a los hombres a desarrollar la excelencia de su naturaleza, el orden ético inscrito en su esencia.

³¹ Cfr. D. CASTELLANO, *L'ordine della politica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.