

## EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO EN EL MUNDO ANGLOSAJÓN

*Thomas Molnar\**

Universidad de la Ciudad de Nueva York

Permítanme unas observaciones preliminares con el fin de poner en perspectiva el debate acerca de los conceptos anglosajones sobre el Derecho Natural. Lo que sigue puede que sea una interpretación personal, porque no puedo —y tal vez no deba— descartar mi medio siglo de observaciones que me han proporcionado discernimiento de la mentalidad y el *modus operandi* anglosajones al plantear y resolver cuestiones de derecho, la legalidad y el sistema judicial.

Prácticamente desde el principio lo que podemos llamar la teología y la antropología inglesas difirieron de las del continente europeo, del derecho romano y del derecho eclesiástico. Esto era obvio en el caso de Ockham, cuyas tesis sobre la *potestas absoluta* en referencia al poder y voluntad divinos llevaban aparejadas que no hay orden natural estable y eterno, porque lo que podemos llamar orden cambiante depende de la voluntad temporal de Dios. La próxima vez Su voluntad puede ser otro orden. La serie de órdenes temporalmente válidos es un juguete en Sus manos, y Él no está vinculado por Sus propias leyes. De forma que no hay orden natural excepto el sometimiento a Dios. En otras palabras, esencialmente un arreglo temporal que, como Descartes apuntaría, podría proyectar la voluntad de un «espíritu maligno» en el horizonte cognitivo y moral del hombre.

¿Puede haber una Ley Natural por sí misma, sin Dios que la respalde? El teólogo alemán Joseph Fuchs sostiene que «tal ley está escrita en el corazón del hombre»; pero Karl Barth contradice este argumento al escribir que sólo conocemos el bien y el mal escuchando la palabra de Dios. Esto no es incompatible con la tesis fundamental de Ockham. Como vemos, la visión católica y la reformada son opuestas. Los católicos creen que tanto Dios como el hombre están sujetos por el orden natural de las cosas; la fórmula ockhamiana, por el contra-

---

\* Traducción castellana del original inglés de Luis Infante de Amorín.

rio, se aviene con las teorías posteriores: es decir, que el proceso evolutivo, o histórico, cultural, etc., cambia lo que sería la Ley Natural, la cambia en cada etapa. Como escribe Wolfhart Pannenberg, de Munich, la búsqueda de un consenso moral basado en una común naturaleza humana ha reemplazado la función social de la creencia religiosa.

Concluamos: tenemos o bien el concepto moderno (historicismo, progresismo, variedades del humanismo) o bien la Ley Natural. Cito al jurista judío norteamericano Hadley Arkes: «En un Estado laico, las premisas de la ley no las proporcionan los preceptos morales enraizados en el Derecho Natural». Una fuente más autorizada, el magistrado del Tribunal Supremo Antonin Scalia, sostiene que sus colegas en las facultades de Derecho argumentan que las posiciones iusnaturalistas representan fanatismo e intolerancia; esto es, que la última autoridad judicial es simplemente el libre albedrío individual. Es un tipo de «filosofía débil», no muy lejos de la anarquía y la rebelión, puesto que estos libres albedríos individuales se coaligan en torno a los dogmas de una religión civil «con sólo los artículos de fe suficientes para motivar el comportamiento moral», como propuso Rousseau. Si te sometes a esta religión como Hobbes propuso que hicieras, muy bien; si te rebelas contra ella, eres castigado. Todo depende de quién tiene la clave de las definiciones y las interpretaciones. El resultado político es el Estado rousseauiano, o más exactamente el de Hobbes: los dos con su origen en el temor y la desconfianza, los dos respondiendo a las condiciones de guerra civil. Al argumento se le da forma con las circunstancias históricas, y el ámbito de la ley es proteger el orden civil entre individuos y grupos naturalmente en conflicto.

Por consiguiente es de suprema importancia que el orden cambiante dentro de la movilidad permitida por Dios pero comunicada sólo a una pequeña élite de elegidos, tenga en su centro lo que Hobbes llamaba un *deus mortalis* que mantiene el orden mediante los artículos de la ley positiva. En los tiempos de Hobbes el mantenedor del orden era el rey; en los Estados Unidos es la Constitución, un documento sacralizado, en un clima perfectamente representado por el que fue magistrado del Tribunal Supremo Harry Blackmun, acerca de un fallo del Tribunal: en una sociedad pluralista, la orientación sexual no puede establecerse por un patrón determinado. Cada individuo y cada pareja deciden por sí mismos. O sea que la cuestión no es que se niegue la Ley Natural como tal; es que *la naturaleza*, como establecida por Dios o posteriormente por alguna otra autoridad, es mudable, así que sólo temporalmente vinculante. Vinculante no por un absoluto, sino por absolutos sucesivos y sucesivamente válidos. En última instancia, no por un absoluto sino por un *consenso*, una elección, y por parámetros sociológicos varios.

Es cierto que Blackstone, jurista del siglo XVIII, escribió que el Derecho Natural obliga en todo el planeta, y que las leyes humanas deben sometersele.

En otras palabras, que las normas son cognoscibles incluso para la razón corrompida. Pero el asunto deja de ser cuestión de conocimiento y se convierte en cuestión teológica cuando sostenemos con Guillermo de Ockham que hasta el contenido de la ley cambia, que de hecho nos es desconocido porque no se espera que Dios proclame este orden nuevamente instituido. Somos meros individuos que razonan pragmáticamente, obrando en la oscuridad sobre nuestras obligaciones éticas y jurídicas. En lenguaje moderno, el de Hume, no podemos deducir *sollen* (deber) de *sein* (ser) a menos que nos dejemos guiar por consideraciones pragmáticas.

Es muy comprensible que faltando un Juez Supremo sujeto a sus propias leyes nosotros, los humanos, nos inventemos otros jueces que sean temporales como nosotros, y que reciben su autoridad por elección, moda psicológica, o el mandamiento *ad hoc* del lugar común. Semejante orden tiene la ventaja de permanecer válido en tanto no sea revocado por las circunstancias históricas; impone su voluntad, y cuando se propone cambiar lo anuncia. (Es lo que se llama programa político, o manifiesto de alguna otra clase). Asunto distinto es que este mudable *deus mortalis* haga rebajarse el tono general de la sociedad halagando los más bajos apetitos y convirtiéndolos en *normas*. Un nombre que se le da modernamente es «políticamente correcto»: una etiqueta admirable, porque significa a la vez algo que concierne a la *polis* y es impuesto por las autoridades políticas, disfrazadas con una máscara «cultural». La política, la cultura y la moralidad forman un conglomerado: se ha establecido el consenso.

Debemos recordar que el mundo anglosajón es en gran parte protestante y que mientras Inglaterra «nació» católica y retiene, en su *Alta Iglesia*, elementos de ese origen, los Estados Unidos nacieron protestantes, en religión *Baja Iglesia*, en reacción contra elementos anglicanos como, por ejemplo, el nombramiento de *obispos* (episcopalismo). ¿Cree el protestantismo en la Ley Natural, es decir, en un orden en la naturaleza (¡caída!)? La respuesta se hace más difícil porque hay un número infinito de *iglesias*, como infinitos son los *órdenes* posibles en la concepción ockhamiana, todos ellos de institución divina y luego alterados una y otra vez. Michael Zöller habla del «modo protestante norteamericano de resolución de conflictos», y en verdad éste se realiza no con referencia a una *potestas ordinata* sino a las variaciones del *deus mortalis*. De forma que la situación anglosajona tendría que ser individualismo extremo y anarquía, si esa mentalidad no tuviera un contrapeso adecuado y, todo hay que decirlo, eficaz.

Entre paréntesis, permítaseme mencionar que por su propia lógica el enfoque ockhamiano provocaría desastres sociales. Llevo observando el mecanismo del derecho positivo mientras va siendo obligado a ajustarse a un entorno social rápidamente cambiante, y a elevar a leyes los caprichos de éste. La primera víctima es la familia, en la cual las relaciones básicas se rediseñan y re-

programan sin más justificación que la de «las cosas cambian». Esto responde casi al mismo espíritu del dictamen antes citado del Magistrado Blackmun, con autoridad porque emana de la sala de mando de la Constitución. En poco más de quince o veinte años el ritmo de cambio socio-económico e ideológico ha infligido normas enteramente nuevas y antinaturales a todas las relaciones fundamentales, personales y colectivas; y también nuevas normas judiciales de derecho positivo. No hace falta mejor demostración de la necesaria derivación del derecho positivo del Derecho Natural.

Preguntábamos antes: ante el potencial –a menudo real– peligro de anarquía legal, ¿cómo reacciona la mentalidad anglosajona, como hizo muchas veces, con Hobbes pero también antes y después de él? Reacciona elevando la ley positiva a un nivel de sacralidad que le niega al Derecho Natural. La ley, tan pronto como es promulgada, posee suprema autoridad, detrás de la cual hay apoyo real o algún otro apoyo elevado al absoluto. El beneficio que el sistema obtiene de esta ley eventualmente personalizada (¡pero no sacralizada!) es que los asuntos no se discuten en términos abstractos: ortodoxia, herejía, sectarismo, credo, bueno y malo; sino en términos de obediencia «a la persona del Rey» (por ejemplo Enrique VIII, Isabel) quien representa (*no encarna*) el consenso. Éste último no es eterno, pero es un consenso duradero; y sus metamorfosis sucesivas, tanto reformistas como radicales, se conocen como *enmiendas*. Mientras tanto, con la acumulación de enmiendas ha llegado a existir un consenso enteramente nuevo, que los signatarios originales no habían previsto ni deseado. Y sin embargo la continuidad formal se salvaguarda. Por ejemplo, la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense proclama «libertad de expresión», pero ahora se aplica también a la «libertad de acción» prácticamente de cualquier clase, por ejemplo fotografías o estatuas pornográficas. Sin embargo esta interpretación tan amplia de la libertad de expresión no es disputada oficialmente: ahora es la ley. Lo mismo puede decirse de la aceptación gradual de los matrimonios homosexuales por parte de los parlamentos de los estados. En suma, cualquier cosa que los partidarios (en realidad grupos de presión) de cambios radicales propongan se incorpora gradualmente al «consenso» mediante el procedimiento judicial. El procedimiento judicial se convierte así en portavoz del programa de cualquier tendencia radical de la sociedad. La ley sigue siendo –no importa cuán vacía de contenido ni cuán alejada del Derecho Natural– el supremo árbitro.

Podemos hablar de esta operación legal como de una evolución natural o como de una forma de dismantelar la Constitución mediante sucesivas iniciativas de carácter revolucionario. «La lenta marcha a través de las instituciones», como Helmut Schelsky calificó 1968 y sus secuelas. De cualquier forma, evolución o revolución, los cambios penetran no sólo los libros de derecho, sino también el área semisagrada de la *vox populi*. Otro ejemplo aún más reciente lo

dio un tribunal de Wisconsin que falló en un caso de publicidad engañosa que aun cuando se descubra la propaganda política o comercial *in flagrante delicto* de falsedad, sigue estando protegida por la Primera Enmienda de libertad de expresión. El argumento utilizado merece atención: la gente, dijo el tribunal, es capaz de descubrir tales mentiras por sí misma, así que sus intereses no resultan perjudicados (!). De esta manera las «normas» sociales provisionales se inscriben en el *corpus* de las leyes y reciben protección constitucional. Hemos llegado muy lejos desde el Decálogo... En otras palabras, los conflictos se resuelven sin considerar el contenido de los asuntos; más bien se resuelven mediante la ampliación de la protección formal a posiciones que previamente eran inadmisibles. La *resolución* del conflicto prima sobre los *méritos* del caso.

Aquellos (por ejemplo, los jueces) que aplican la técnica de la resolución de conflictos son por supuesto conscientes de que la alternativa sería —considerando el resultado lógico— o bien la guerra civil o bien la separación del grupo contendiente del *corpus* de la ley y consiguientemente de la sociedad. Ambos métodos se usaron en la Inglaterra del siglo XVII. Uno fue la fragmentación en sectas, la separación de la *iglesia* anglicana. Esto llevó en muchos casos a la emigración a Norteamérica, colonia británica entonces. El otro método fue la guerra civil. Ante estas posibles consecuencias, secesión o guerra civil, la tarea de la Constitución estadounidense fue la de incorporar a la ley una siempre posible guerra civil, y como primer paso retirar cualquier consideración oficial o legal a las iglesias y a la religión en general, por ser la causa principal de secesión y tensión. La idea era legalizar el disenso antes de que condujese a una ruptura de la comunidad. Esta legalización conllevaba la separación radical del Estado y la Iglesia. Los estadounidenses aprendieron de la Inglaterra del siglo XVI, donde las disputas religiosas fueron sofocadas, a diferencia de Francia, no ocupándose de la verdad que contuviesen, ¡sino a la ley del Rey, respaldada por el Parlamento! Se impidieron las guerras de religión por la amenaza de que pudiesen degenerar en una explosión política. Lo abstracto se tradujo a concreto, los tribunales religiosos y las inquisiciones se suprimieron en favor de los tribunales civiles.

Bajo estas condiciones, la concepción fundamental anglosajona del Derecho Natural y en concreto la estadounidense fue perdiendo énfasis. Una serie de magistrados del Tribunal Supremo, entre ellos especialmente el Magistrado Holmes, razonaron como si el Derecho Natural fuera un lugar común al que la gente recurre casi inconscientemente pero sin ninguna idea precisa, o bien en cualquier caso un concepto de muy poco valor. Siguiendo a estas autoridades legislativas, la legión de abogados en un medio tan excesivamente litigioso como el estadounidense actúan intentando colocar los vicios humanos y sociales bajo el paraguas constitucional. El «tercer jugador», las iglesias, por su misma pluralidad se limitan a ser recordatorios abstractos de las flaquezas de la

naturaleza humana en general. Mientras tanto, las transformaciones de la sociedad y sus costumbres van conformando una religión *civil*, enseñada en la escuela y difundida por los medios de información y por la multitud de canales de las burocracias estatal y privadas. En el clima «filosóficamente débil» resultante, cuyo más reciente representante es Richard Rorty («con el triunfo final de la democracia la religión desaparecerá»), lo mejor que cabe esperar es lo que yo llamaría los hábitos de pensamiento ingleses. Esto quiere decir que al negar toda raíz ontológica o declararla inútil en el mundo objetivo, los temas al menos siguen discutiéndose. Pero el derecho positivo sigue siendo la única referencia; se desconfía del Derecho Natural, la influencia de Hans Kelsen ha penetrado la trama jurisdiccional. El Derecho Natural es sospechoso de origen religioso y metafísico, inadecuado para una sociedad pragmática y pluralista. Mientras se imponga la ley positiva, la paz social, o el mito social si se prefiere, conserva un cierto prestigio. Los reformadores posteriores pueden conseguir trabajar con este material; pero no es imposible, como previó con angustia el jesuita John Courtney Murray, tan activo en el Vaticano II, que borren las *verdades* en las que se basa la Constitución.

No obstante hay otros reformadores, más en la línea de las preocupaciones de Murray; como John Finnis, Robert George o Hadley Arkes, quienes apuntan a la rehabilitación del Derecho Natural en las universidades, facultades de derecho y círculos jurídicos. Tengamos en cuenta lo difícil de esta tarea: las nuestras son sociedades laicas, habituadas a la destrucción de todos sus cimientos, en las que un Edgar Morin puede pedir un *fondement sans fondement*. Los conceptos de bueno y malo están erosionados, los valores se decretan por ley positiva. Un ejemplo llamativo resulta cuando se legaliza el aborto, y *en consecuencia* es bueno. Somos testigos de la clara victoria del legalismo sobre la ética. Las raíces no están en lo permanente sino en el futuro en el que, pronto, se espera que aparezca un nuevo tipo humano. Un hombre estandarizado, que haya asimilado completamente el derecho positivo (objeto de manipulación sociológica) con todos sus cambios subsiguientes.