

EL DERECHO NATURAL Y LA HISTORIA. LA AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO (*)

Por AGATINO CARIOLA

SUMARIO

1. EL DERECHO NATURAL EN PERSPECTIVA HISTÓRICA.—2. LA HISTORIA DE LAS IDEAS Y LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO NATURAL EN EL MEDIEVO CRISTIANO.—3. LA CRISIS DE LA LEGITIMACIÓN RELIGIOSA DEL DERECHO NATURAL.—4. LA REFERENCIA AL DERECHO NATURAL EN EL MUNDO AMERICANO.—5. LAS EXIGENCIAS EXPRESADAS POR LA APELACIÓN AL DERECHO NATURAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO.—6. SIGUE: LA DEMOCRACIA Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES.—7. EL ESTADO DEMOCRÁTICO COMO ESTADO «MÍNIMO» DESDE EL PUNTO DE VISTA MORAL.—8. EL DRAMA DE ANTÍGONA COMO EXPRESIÓN DEL CONFLICTO AUTORIDAD-LIBERTAD.

1. EL DERECHO NATURAL EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

En torno al concepto o a la idea de derecho natural, se mueven desde siglos reconstrucciones y teorías que han marcado la historia de todo el pensamiento jurídico y, a través del mismo, la historia de las instituciones y de la política (1). Desde este

(*) Traducción del italiano de Carlos ORTEGA SANTIAGO, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Valladolid.

(1) Véase, por ejemplo, el cuadro histórico trazado en torno a la idea de derecho natural por O. V. GIERKE: *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Turín, 1974 (1880). La vasta literatura sobre el derecho natural, y sobre la propia concepción del derecho, exime de dar indicaciones bibliográficas acerca de la misma, que serían en todo caso incompletas. Véanse, de todas formas, L. STRAUSS: *Diritto natural e storia*, Venecia, 1957; A. PASSERIN D'ENTREVES: *La dottrina del diritto naturale* (2), Milán, 1962; G. FASSO: *Il diritto naturale*, Roma, 1964; U. ESCARPELLI: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, 1965; W. MAIHOFFER (ed.): *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Bad Homburg, 1966; S. COTTA: «Diritto naturale», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milán, 1970, págs. 647 y ss.; ID., «Iusnaturalismo», *ibidem*, vol. XIX, Milán, 1974, págs. 510 y ss.; F. BÖCKLE y E. W. BÖCKENFÖRDE (eds.): *Naturrecht in der Kritik*, Mainz, 1973; N. BOBBIO: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (4),

punto de vista, acerca de las concepciones o las opiniones que se sustentan sobre la cuestión, es indudable que las aspiraciones encubiertas y justificadas a través del derecho natural, a menudo se han transformado en historia verdadera y propia, especialmente en el campo del derecho público. Y sin embargo, es difícil ensayar una definición de derecho natural, si no es por relación y contraposición al tradicional término de comparación, representado por el derecho positivo. Respecto de este último, además, será preciso añadir que se utiliza en este caso una noción bastante convencional y restrictiva de dicho derecho positivo, según la cual éste comprendería e indicaría las reglas de comportamiento dadas por el legislador, e inmediatamente se debería decir impuestas, puesto que —como se explica de modo general— sólo las normas asistidas por el mecanismo de la sanción serían, exactamente, jurídicas (2). Afirmación que también es compartida, en definitiva, por las concepciones más refinadas que refieren la coactividad al ordenamiento en su conjunto, más que a la concreta norma (3). Por tanto, la definición del derecho positivo referida aquí sólo es instrumental, en general, para la distinción del respectivo concepto de la noción *opuesta* de derecho natural, en cuanto que prácticamente nadie cree que todo el derecho utilizado en un determinado ordenamiento se reduzca al derecho establecido expresa y conscientemente por un legislador, que sería omnipotente sobremanera, pudiendo incluso dominar completamente la utilización de las palabras a través de las que se expresan las mismas normas y, así, eliminar toda posibilidad para otros sujetos de intervenir en los procesos de producción normativa. Para desmentir una tal pretensión bastaría con prestar atención a los fenómenos de la costumbre, como típica experiencia jurídica iniciada desde abajo, en la que históricamente, por lo demás, es la propia intervención del legislador la que se inserta; y a la obra de los jueces, *creadores* incesantes de derecho. No por casualidad el mismo Kelsen, al que se debe la distinción más vigorosa del derecho natural respecto del positivo, y la negación al primero del carácter de juridicidad, incluía el momento jurisdiccional entre los de producción del derecho, reconociendo, si se puede decir así, la eficacia normativa de la discrecionalidad ejercitada por el juez.

Por lo tanto, cuando se insiste —como se hace a menudo— acerca del derecho positivo como aquel establecido por el legislador, se quiere decir, en realidad, una cosa diversa: Que en la eventual contraposición entre valoraciones referentes a la esfera del llamado derecho natural y juicios que derivan, en cambio, de las normas o

Milán, 1984; ID., *Il positivismo giuridico*, Milán, 1996; J. MARITAIN: *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milán, 1984; UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI: *Diritto naturale. Verso nuove prospettive*, Milán, 1990; F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto* (2), Turín, 1996, págs. 59 y ss.; y la rica antología editada por J. FINNIS: *Natural Law*, Aldershot, 1991; al mismo autor se debe la más reciente y completa exposición sobre el tema, *Legge naturale e diritti naturali*, Turín, 1996.

(2) Sobre la cuestión es obligada la referencia a H. KELSEN: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín, 1967, págs. 69 y ss.; ID.: *La dottrina pura del diritto*, Turín, 1990, págs. 45 y ss., 130 y ss.

(3) Así V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I. *Introduzione al diritto costituzionale* (2), Padua, 1970, pág. 25.

de las leyes vigentes, son estas últimas las que prevalecen y las que encuentran aplicación. En otros términos, eso significa que el legislador (sea un tirano liberticida o una asamblea democrática) (4), puede adoptar un acto de voluntad que no encuentra obstáculos en consideraciones de carácter diverso. El legislador puede mandar y hacerse obedecer o, con otras palabras aún, él tiene las de ganar y obtiene la victoria en el conflicto contra indicaciones que provengan de cualquier otra fuente.

De lo cual se deriva, como corolario para el jurista, casi una delimitación de los confines de su actividad, una *regula finium*, que impediría prestar atención a las valoraciones reconducibles al derecho natural y a su «patrimonio» ideológico (5); por el hecho de que eso representaría una especie de contaminación metodológica y de superposición de campos, susceptible de proyectar sombras negativas sobre la actividad del intérprete (6), el cual, al contrario, debería mostrar *lealtà* respecto del ordenamiento (7), como se ha sugerido oportunamente (salvo para definir de modo más completo, las reglas de construcción o de concreción del sistema normativo objeto de consideración).

La contraposición entre derecho natural y positivo se demostraría desde una perspectiva ulterior, en cuanto que el segundo sería extremadamente relativo e *histórico*, mientras que el primero constituiría una verdadera y propia categoría lógica, con contenidos constantes y sin límites de orden temporal, en cuanto inscritos, exactamente, en un pretendido orden natural, casi físico, que sin duda podría ser indagado y comprendido por el sujeto, pero que no es elaborado por él. El hombre sólo podría *descubrirlo* o inventarlo, en el significado latino de encontrarlo, pero jamás formarlo o crearlo.

Las observaciones que siguen pretenden proponer la perspectiva (inevitablemente provocadora, incompleta y con forzosas simplificaciones), de que también en relación con el derecho natural se puede hablar, sin embargo, según un concepto histórico. Concepto que explica la influencia sobre el desarrollo del ordenamiento (o de los ordenamientos, según lógicas de acción diversas en los casos concretos); que ofrece claves de lectura o modelos interpretativos al jurista, al político y al legislador; que anima la comparación ideológica y cultural; que inspira la acción de grupos y de individuos; pero que, precisamente porque son conceptos o categorías históricamente convenidos, puede haber agotado también su función, o perderla en un futuro, y hacer decaer a su vez su tradicional contraposición con el derecho positivo. La aceptación de tal perspectiva impide, además, que se pueda atribuir al derecho

(4) Para retomar la feliz expresión de H. Kelsen: *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milán, 1984, págs. 116 y 402.

(5) Según la conocida tesis de N. Bobbio, que ha explicado en varias ocasiones que el iusnaturalismo es una teoría particular de la moral; cfr., entre los muchos artículos dedicados a este argumento, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., págs. 179 y ss.

(6) Esta perspectiva es subrayada particularmente por R. Dworkin: «"Natural" Law Revisited», en *34 University of Florida Law Review*, núm. 165, 1982: «no one wants to be called natural lawyer».

(7) M. Libertini: «Il vincolo del diritto positivo per il giurista», en *Rivista critica di diritto privato*, 1990, pág. 130 y ss.

natural el predicado de verdadero o falso, en una lógica que sería ahistórica (8) y que, por otra parte, se reflejaría también en el término de comparación, el derecho positivo.

Por eso, como ya debería resultar evidente, de las varias posibles nociones de derecho natural se privilegia aquí —y siguiendo en gran parte la perspectiva kelseniana—, la acepción que sitúa con fuerza el acento en la contraposición con el derecho positivo, puesto que dicho conflicto parece haber sido de los más interesantes y «fecundos» de la historia occidental (9). No obstante, en el escenario permanecen las teorizaciones en las que la expresión derecho natural se reduce a la idea de un derecho racional (10), «difuminando» la contraposición con el derecho positivo y el conflicto con el deber de obediencia a los mandatos dados por la autoridad estatal (significadamente cuando esta última es considerada como la única fuente de poder).

2. LA HISTORIA DE LAS IDEAS Y LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO NATURAL EN EL MEDIEVO CRISTIANO

Además de conllevar la simplificación de una tradición cultural a lo menos rica y variada, la *reducción* del derecho natural a la perspectiva histórica tiene su dificultad más relevante en el desfase temporal, un alejamiento verdadero y propio que se produce a menudo entre la historia de las instituciones (políticas, económicas, en sentido lato sociales) y la de las ideas. Se podría decir que estas últimas viven de una historia propia, en parte independiente del desarrollo de las estructuras sociales en las que surgen. Por otra parte, en esta discrasia está la capacidad de las ideas de influenciar los desarrollos históricos sucesivos, en el movimiento circular que se ins-

(8) Especialmente después de las indagaciones de K. POPPER sobre el principio de falsificación como característico del saber científico; cfr. *Logica della ricerca scientifica*, 1934, Turín (1995).

(9) Sobre la función histórica desarrollada por el iusnaturalismo para limitar el poder del Estado, cfr., por todos, N. BOBBIO: *Locke e il diritto naturale*, Turín, 1963, págs. 74 y ss. Pero la consideración acerca de la aportación positiva que la separación entre política y religión ha dado al desarrollo de la civilización occidental, tanto para la realización del Estado laico como para la afirmación del modelo económico representado por el capitalismo racional, encuentra un autorizado intérprete en los estudios de sociología de las religiones de M. WEBER, del que se puede ver el sintético esbozo de *Historia económica*, Milán, 1995, págs. 95 y ss., que entiende dicha separación esencialmente como proyección de la libertad individual que lo abre a la perspectiva pluralista.

(10) Como, por ejemplo, aquellas reconstrucciones que en el plano de la teoría general han entendido el derecho natural como la expresión de una racionalidad immanente a las mismas opciones del ordenamiento estatal, y que, exactamente, en Hegel acababa por coincidir a menudo con este último. Recuérdese, en efecto, que al derecho natural se dedicaban las obras de I. KANT: *Fondazione della metafisica del costumi*, V. MATHIEU (trad. y ed.): Milán, 1982, págs. 69 y ss.; ID.: *La metafisica dei costumi*, Bari, 1991; J. G. FICHTE: *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, Bari, 1994; y la misma *Filosofia del diritto* de G. W. F. HEGEL: no por casualidad subtitulada *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Milán 1996.

taura de vez en cuando entre hechos, realidad económica o política, y elaboración intelectual.

Todavía, esto permite acercar conceptos utilizados en las diversas épocas históricas y situar juntas, en un plano sincrónico, ideas elaboradas en contextos muy remotos, según una metodología bastante difundida en las ciencias humanas, al menos en los filones no influidos por el historicismo. En efecto, puede acogerse de modo convincente la opinión de que, si por una parte los mismos conceptos algunas veces son idénticos sólo nominalmente, porque —en realidad— su contenido varía en las diferentes épocas (11); por otro lado, cada generación redescubre y trabaja con los materiales culturales de la precedente, repropuestos y reelaborados. No sorprende que la ciencia iuspublicística se interrogue aún acerca del concepto de Constitución o de forma de Estado en Aristóteles, y trace desde ahí una línea cultural que llega hasta nuestros días (12). En realidad, aparte el redescubrimiento de los autores clásicos en el Renacimiento, los teorizadores del Estado moderno (13), fundado sobre las monarquías nacionales, disponían precisamente de aquellos «ladrillitos de trabajo», que les llegaban desde el pensamiento griego y romano, el cual era reutilizado con nuevos fines. Por lo demás, pasando de la historia de las ideas a la de las instituciones conformadas por las primeras, ya hace algunos años Norberto Bobbio aclaró que las llamadas libertades burguesas no son exclusivas de la clase social que las conquistó y utilizó, sino que son instrumento esencial de democracia válido para cualquier época y para todas las clases (14).

Esta premisa sirve para justificar algunas reconstrucciones basadas en ciertas simplificaciones históricas, pero sirve también para mostrar que algunas categorías conceptuales son acogidas de vez en cuando en contextos totalmente diferentes de los que las han visto surgir, hasta casi marcar culturalmente épocas históricas alejadas de las primeras. La «historia» de la idea de derecho natural parece ser uno de estos casos.

Probablemente, es fácil convenir acerca de la valoración de síntesis de que la elevación a sistema y la profusa utilización del derecho natural, no se produjeron durante la época griega y romana, aunque Platón (15), Aristóteles (16) y Cice-

(11) Hasta llegar a marcar alguna vez, sin embargo, verdaderas y propias rupturas con los paradigmas científicos utilizados con anterioridad, como en T. S. KUHN: *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1962, Turín (1995).

(12) Véase la semblanza histórico-ideológica trazada por M. DOGLIANI: *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, 1994.

(13) Comenzando por la teorización de Marsilio de Padua, acerca de la cual, por todos, J. J. CHEVALIER: *Storia del pensiero politico*, vol. I, Bolonia, 1981, págs. 331 y ss.

(14) Cfr. N. BOBBIO: *Politica e cultura*, en particular págs. 160 y ss., pero *passim*.

(15) PLATÓN: «La Repubblica», en *Opere*, vol. VI, Roma-Bari, 1991.

(16) ARISTÓTELES: *Etica Nicomachea*, Roma-Bari, 1991, libro quinto, 7, 1134 b: «respecto del justo civil una parte es de origen natural y otra se funda en la ley. Natural es aquel justo que mantiene por doquiera el mismo efecto y no depende del hecho de que a uno le parezca bueno o no; fundado sobre la ley es aquel, en cambio, del que no importa nada si sus orígenes son tales o tales otros, sino que importa cómo sea dicho justo civil, una vez que ha sido sancionado», pág. 125.

rón (17) sean considerados entre los más importantes teorizadores del concepto; sino en el medievo cristiano (18) por obra, sobre todo, de la elaboración escolástica.

La adopción por parte de la Iglesia Católica de una estructura organizativa dominada por la dimensión jurídica (19) y la aspiración de colocarse como el punto de referencia y de valoración de todo momento y experiencia del actuar humano, sobre todo en el ámbito político, inducían, en efecto, a hacer de un desarrollado instrumento normativo, el eficaz medio de afirmación de la concepción reconducible a las posiciones religiosas presentes en la confrontación-colisión con las otras visiones, particularmente con las de los poderes laicos, ya fueran éstos el Imperio o, ulteriormente, los Estados nacionales.

Antes que nada, en esta concepción la ley es no tanto o no sólo manifestación de un acto de voluntad, sino esencialmente expresión de *rationabilitas*, una razón que está por encima del sujeto-hombre, en la que éste participa pero que no domina, puesto que la misma razón es un aspecto de la sabiduría de Dios. La famosa definición de Santo Tomás, según la cual la ley «nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata» (20), compendiando el pensamiento católico sobre la cuestión, ofrece el ejemplo de una definición *abierta* a la aportación de otros referentes conceptuales, en cuanto que al menos sobre dos de sus términos, el correcto ejercicio de la razón y la concreción del bien común, la propia Iglesia Católica pretende(ía) ejercitar (y de hecho en aquel período tenía) un *dominio* cultural casi absoluto. En efecto, la noción referida se completaba con la elaboración de una teoría de la ley injusta (21), a la que no se podría reconocer naturaleza jurídica (22), y que por tanto no obligaría a la obediencia (23).

(17) Sobre el pensamiento jurídico de Cicerón véase, recientemente, H. ARKES: «That "Nature Has Placed in Our Ears a Power of Judging": Some Reflections on the "Naturalism" of Cicero», en R. P. GEORGE (ed.): *Natural Law Theory*, Oxford, 1994, págs. 245 y ss.; pero ya H. Kelsen: «Justice et droit naturel», en *Annales de philosophie politique. III. Le droit naturel*, París, 1959, págs. 47, 70 y ss.

(18) Retomando la feliz expresión de R. MORGHEN: *Medioevo cristiano*, 4, Bari, 1965.

(19) Según la ilustración de C. SCHMITT: *Cattolicesimo romano e forma politica*, 1925, Milán (1986), págs. 31 y ss.

(20) La ley «no es otra cosa que un mandato de la razón ordenado al bien común, promulgado por quien tiene el encargo de una colectividad», *Summa teologica*, I-II, q. 90, a. 4, Florencia, 1955, XII, 40-41.

(21) Expresión de una instancia de legitimidad de la propia ley, que tendrá completa afirmación en la época moderna, por todos, H. STEINBERGER: *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, Berlín, 1974, págs. 28 y ss., el cual recuerda, justamente, la tradición cultural griega y medieval como fundamento del pensamiento político moderno.

(22) «En efecto, la razón manda cuanto concierne a los medios, por el hecho de que se quiere el fin. Pero para que la volición de cuanto viene mandado tenga naturaleza de ley, es necesario que sea regulada por la razón. Y en tal sentido es verdad que la voluntad del príncipe tiene vigor de ley: de otro modo la voluntad del príncipe más que una ley, sería una iniquidad», *Summa teologica*, I-II, q. 90, a. 1.

(23) Tal concepción no ha impedido a muchos canonistas privilegiar el aspecto de la ley como mandato, en relación, por ejemplo, con la interpretación, donde la subjetiva sería la más correcta. Cfr. en di-

La contraposición entre derecho natural y positivo reflejaba y manifestaba, así, el contraste entre el poder religioso y el político, y se revelaba fecundísima a la hora de dotar de contenido a una dialéctica que ha atravesado la historia del pensamiento, además de la de las instituciones.

En un pasaje bastante conocido, Kelsen ha aclarado que «por orden “natural” se entiende el que no descansa sobre la voluntad humana, y por ello insuficiente, el que no ha sido creado “arbitrariamente”; sino el que nace por así decirlo “de sí”, de un hecho cualquiera en algún modo efectivamente dado, es decir, independientemente de la voluntad subjetiva del hombre y, sin embargo, ya en cierta medida accesible al ser humano y reconocible por el ser humano»; y que «este hecho objetivo, este principio fundamental es la “naturaleza”, o sea, en su expresión religioso-personificativa, “Dios”». «Para la doctrina de la justicia, como entendemos nosotros la teoría del derecho natural, no hay ninguna diferencia esencial si ese orden “justo” o “natural” que buscamos se deriva de la “naturaleza” o de “Dios”; sólo que el concepto de Dios —al haber sido desarrollado sistemáticamente por la teología a tal fin— pretende más claramente aún encerrar en sí, junto a la idea de la suprema legalidad causal, la de la suprema justicia» (24).

La observación kelseniana es importante no sólo en sí misma, sino también porque permite ser desarrollada aún con la precisión —si se quiere descontada— de que la apelación a Dios en la referencia al derecho natural, se traducía concretamente en

cho sentido M. CABREOS DE ANTA: *Estudios canónicos*, Madrid, 1956, pág. 39, que se remite a la autoridad de F. SUÁREZ: *De legibus*, VI, caps. 1, 12-14, comentando que «la exposición de opiniones que antecede, demuestra que la interpretación subjetiva de la ley se apoya en una base inmovible cual es el concepto esencial de ley y de interpretación. En efecto, el argumento clave y decisivo para demostrar que la interpretación de la ley debe ser *subjetiva*, en el sentido ya declarado, fluye con lógica irrefragable de la naturaleza de la interpretación y de la naturaleza misma de la ley. La interpretación busca y expone el sentido de la ley, su fuerza y potestad —*vim ac potestatem*—, como decían los romanos; porque la ley no es sino eso, un mandato racional, común, perpetuo, impuesto por quien tiene autoridad sobre la comunidad. La ley es el ordenamiento o disposición de las acciones al bien común, y este ordenamiento de las acciones como medios al bien común, que es el fin de la sociedad, no puede ser realizado sino bajo la guía de la razón. Mas no todo a lo que la razón del legislador se ofrece como conducente y necesario a la consecución del fin social, se convierte automáticamente en precepto vinculatorio, aunque el motivo de la ley sea públicamente manifestado por el legislador. Para que exista un verdadero precepto, o sea un precepto obligatorio, es condición indispensable que el legislador quiera imponer a los súbditos el dictamen justo de la razón; la ley —según la concepción canónica— es aquello que la voluntad del legislador razonablemente quiere e impone a la comunidad».

(24) H. KELSEN: «L'idea del diritto naturale», en *Dottrina dello Stato*, A. Carrino (ed.), Nápoles, 1994, págs. 120 y ss. Al derecho natural ha dedicado el propio Kelsen constante atención, además de los trabajos ya citados *infra* en las notas 2 y 4, véanse también «Naturanrecht und positives Recht», 1927-28, después en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, 1968, págs. 215 y ss.; «Naturrechtslehre und Rechtspositivismus», 1961, *ibidem*, págs. 817 y ss.; «Die Grundlagen der Naturrechtslehre», 1963, *ibidem*, págs. 869 y ss.; «Was ist Juristischer Positivismus», 1965, *ibidem*, págs. 941 y ss.; *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, 1920, Milán (1989, trad. it.), págs. 125 y ss.; *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, Viena, 1985, págs. 377 y ss.; *Staat und Naturrecht. Ufsätze zur Ideologiekritik* (2), E. Topitsch (ed.), Munich, 1989.

la atribución a la Iglesia —que acerca de los mandatos de Dios se proponía como la única intérprete— del poder de valoración y de decisión acerca de lo que era reconducible justamente a la expresión divina. En efecto, como en otras ocasiones, el criterio de juicio se reduce al criterio del juez y a la pretensión de éste de situarse como exclusivo *dominus* de los valores presentes en un determinado contexto social.

Podría decirse que la juridificación de la norma religiosa fue completa y aparecía como instrumental a la afirmación de la misma como valor universal, para que se propusiera su respeto a los diversos ordenamientos. Desde este punto de vista, el derecho natural desarrollaba una función unificadora, porque aportaba las valoraciones de carácter moral (25) o religioso en el seno de la experiencia jurídica; y tenía, además, una función universalizadora, por el hecho de especificar un contenido común a cualquier sistema normativo. De esta pretensión universalizadora de la experiencia jurídica ofrece un ejemplo la propia doctrina católica, que llega a definir la existencia de un derecho divino (26), expresión, exactamente, de la razón de Dios, por cuanto, incluso más allá de las afirmaciones teológicas acerca de la esencia de Dios y de la posibilidad del hombre de definirla, la propia doctrina admite que la justicia divina no es la humana, ni es reconducible a esta última (27), y que, en otros términos el llamado derecho divino es algo completamente diverso de toda experiencia humana (28).

El carácter universalizador del derecho natural explica de qué manera encontró éste un fértil terreno de desarrollo en el campo del derecho internacional, continuando una cierta superposición de conceptos entre *jus naturale* y *jus gentium*, por obra de los juristas católicos, como Suárez y Vitoria (29), y laicos, como Grocio. Tal circunstancia explica una vez más por qué las teorías *iusnaturalistas* han continuado celebrando sus fastos no sólo en la edad del derecho común, sino también en la de los Estados nacionales, respecto de cuyos derechos positivos dichas teorías desarrollaban, justamente, la función de dirección y de unificación que se ha referido.

(25) S. COTTA: «Diritto Naturale», *cit.*, pág. 652.

(26) *Summa Theologica*, I-II, c. 91, a. 1; c. 93. Para las exposiciones más recientes, V. DEL GIUDICE: *Nozioni di diritto canonico* (12), Milán, 1970, págs. 23 y ss.; F. BOLOGNINI: *Lineamenti di diritto canonico* (4), Turín, 1993, págs. 45 y ss.; E. CORECCO y L. GEROSA: *Il diritto della Chiesa*, Milán, 1995, págs. 2 y ss. y *passim*. Sobre la cuestión, también para observaciones de carácter más general acerca de la relación entre fenómeno religioso y juridificación, G. LO CASTRO: «Scienza giuridica e diritto canonico», en R. BERTOLINO (ed.): *Scienza giuridica e diritto canonico*, Turín, 1991, págs. 207 y ss.

(27) Cfr. Isaías, 55, 8-9.

(28) En la concepción escolástica quizás pueda entrecerse una cierta contradicción, allí donde, con el fin de incluir en el único concepto de ley divina y eterna el dato de la revelación bíblica, se esfuerza por explicar la novedad del anuncio de Cristo, admitiendo la existencia de dos leyes divinas (*Summa theologica*, I-II, q. 91, a. 5). Pero en este punto, se concilia mal la pluralidad de la ley divina con la unidad de la ley natural (*ibidem*), definida como participación de la ley eterna. Sobre la cuestión, recientemente y por todos, S. BERLINGO: «Diritto divino e diritto umano nella Chiesa», en *Diritto ecclesiastico*, 1995, págs. 35 y ss.

(29) Sobre cuya contribución a la teorización del derecho internacional, recientemente, L. FERRAJOLI: *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, 1995, págs. 11 y ss.

3. LA CRISIS DE LA LEGITIMACIÓN RELIGIOSA DEL DERECHO NATURAL

La referencia a Dios a propósito del derecho natural, está presente también en las lecturas contemporáneas más conscientes y sensibles, que lo vinculan a la esencia del derecho como regulación de la coexistencia humana y que, incluso, no pueden dejar de admitir que «la trascendencia aparece como sentido último de la existencia. Trascendencia significa... que la búsqueda de medida y orden acerca siempre al hombre a Dios» (30). Ahora bien, eso demuestra, al mismo tiempo, la grandeza del fundamento de cualquier justificación del derecho natural, que conduce siempre al presupuesto de naturaleza religiosa, pero también a su límite, puesto que, al final, es preciso elaborar reglas de conducta —además de valores capaces de fundar la coexistencia— para todos los hombres, incluidos aquéllos que no admiten ningún credo religioso. En realidad, o la referencia a Dios se disuelve, por así decirlo, en la consideración del patrimonio axiológico de cada individuo, como se intentará aclarar a continuación (con la consecuencia, no obstante, de que desde el llamado derecho natural se origina para el ordenamiento no una guía y una orientación, según las configuraciones tradicionales, sino la neta imposición de un límite en sentido negativo); o si no, ¡tal referencia resulta inadecuada para... hablar a todos! (31).

(30) Así S. AMATO: *Dal diritto al diritto naturale*, en curso de publicación.

(31) Éste parece el límite de las reconstrucciones que intentan unir juntos fundamentos teológicos y doctrinas jurídicas [cfr., por ejemplo, A. SPADARO: *Contributo per una teoria della Costituzione. I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milán, 1994; ID.: «Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" storico. Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità», en *Quaderni costituzionali*, 1998, págs. 343 y ss.]. Porque dichas reconstrucciones, en tanto que se concentran sólo en la experiencia religiosa occidental, marcada por el cristianismo, se arriesgan en último extremo a no adquirir significado para todos los que no aceptan las premisas religiosas, que forman parte también del ordenamiento (entendido en sentido *romaniano*) y están sujetos a las mismas normas jurídicas, incluidas las constitucionales, cuando no contribuyen a elaborarlas y darlas sentido. Referir a Dios, en cierto modo, el fundamento del fenómeno jurídico, especial (y necesariamente) en los escalones más altos del ordenamiento, corre el riesgo de parecer un instrumento de la inexistente integración de una buena parte del cuerpo social; y de ser, por lo demás, estéril, en cuanto que en los ordenamientos pluralistas contemporáneos, no se pueden extraer consecuencias específicas de dicha referencia (excepto, obviamente, abandonando esta última premisa y configurando la realización de un ordenamiento confesional). En cambio, el fenómeno jurídico se muestra como una experiencia típicamente humana, unida sí a la necesidad de la convivencia, pero generalizable para los creyentes y los no creyentes. Esto es, en otros términos, la referencia a fundamentos teológicos o a particulares y contestados presupuestos culturales, hace correr el riesgo de entender la misma Constitución como acto o decisión de unos contra otros (en el sentido *schmittiano*, justamente), mientras los ordenamientos democráticos parecen privilegiar la perspectiva (*smendiana*) de la integración de todos.

Aún más, la tradición hebraica transmite una anécdota, que narra que dos rabinos discutían acerca de la interpretación de la ley, y uno de ellos invoca a la propia voz celestial para confirmar la interpretación propuesta y resolver así la disputa. Dios se hace sentir y confirma, justamente, una de las dos tesis. En ese momento, sin embargo, el segundo rabino se opone: «¿Qué tiene que ver Dios con los asuntos de los hombres? ¿No está escrito, quizás, que la ley ha sido dada a los hombres y será interpretada según las opiniones de la mayoría?» El Señor mismo debe tomarlo en consideración y, sonriendo, dice: «Mis hijos me

Concretamente, además, como se ha señalado, evocar el fundamento religioso del derecho natural ha significado atribuir a las Iglesias, o simplemente a la Iglesia (Católica), la legitimación para intervenir en las opciones jurídicas adoptadas por el Estado (32).

En efecto, en la perspectiva histórica aquí adoptada, la contraposición entre derecho positivo y derecho natural se originaba en la comparación entre dos ordenamientos totalmente diversos y a menudo en contraste, como eran el religioso (en el que se compendia también el moral) y el político estatal.

Desde este punto de vista, la referencia a los ordenamientos capta menos el aspecto normativo, al que el positivismo *kelseniano* ha querido reducir la experiencia jurídica, con la ulterior identificación entre derecho y Estado, y valoriza más la estructura organizativa y personal, o la institución en sentido *romaniano*. Este aspecto debe subrayarse, puesto que el elemento personal común al Estado y a la Iglesia (33), ha ofrecido a esta última el instrumento para introducir sus criterios de juicio en el seno del primero y dotarlos de particular eficacia, sobre la base de la consideración de que los sujetos del ordenamiento estatal, comenzando por el propio soberano, eran en todo caso fieles cristianos, obligados en conciencia a respetar las indicaciones de la Iglesia.

El signo visible de tal *entrelazamiento* de posiciones personales estaba constituido por el vínculo del juramento, que saldaba las relaciones políticas de la época. Por una circunstancia que hoy se definiría sin duda como paradójica, el sacramento del poder (34) fundaba su validez en valores de un ordenamiento diverso del estatal y, al final, hacía *descansar* su efectividad sobre la conciencia individual, sustentada, en primer lugar, en el respeto de las prescripciones religiosas.

Exactamente, el derecho natural y el positivo se encontraban en el terreno de la conciencia personal, *dominada* por las indicaciones y por las reglas religiosas de una Iglesia fuertemente diferenciada y a menudo contrapuesta al poder político, la cual, dirigiendo las conciencias, podía eximir las de la obligación dimanante del ju-

han vencido». Dicha anécdota está extendida en el mundo hebraico; quien escribe, por ejemplo, la ha oído referir a A. Barak, actual Presidente de la Corte Suprema de Israel. En el contexto cultural italiano la aporta T. ASCARELLI: «Antigona e Porzia», 1955, ahora en *Problemi giuridici*, I, Milán, 1959, pág. 14. Una versión en parte diversa en G. TEUBNER: *Il diritto come sistema autopoiético*, Milán, 1996, pág. 1. Cfr. también A. COHEN: *Il Talmud*, 1931, Roma-Bari, 1999 (traducción italiana), págs. 75 y ss., y S. QUINZIO: *Radici ebraiche del moderno*, Milán, 1990, pág. 106.

(32) Es decir, legitimando la pretensión de la Iglesia de hablar en nombre de Dios. Parafraseando el *Evangelio de Juan*, 1, 18, podría decirse que a Dios nadie lo ha visto, y que la Iglesia nos lo ha revelado. Cfr. también la *Primera carta de Juan*, 4, 12.

(33) Sobre la cuestión, por todos, V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pág. 58.

(34) Según la terminología de P. PRODI: *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Ottocento*, Bologna, 1992. Sobre la cuestión, también recientemente, U. ALLEGRETTI: «Il giuramento come problema costituzionale», y P. PRODI: «Il giuramento e il tribunale della coscienza: dal pluralismo degli ordinamenti giuridici al dualismo tra coscienza e diritto positivo», ambos en *Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza*, N. Pirillo (ed.), Bologna, 1997, págs. 15 y ss. y págs. 475 y ss., respectivamente.

ramento y no reconocer la validez de las reglas declaradas contrarias a los principios de los que se hacía intérprete. Desde este punto de vista, no parece que la crisis del derecho natural o, mejor, del reconocimiento otorgado al mismo en el ámbito de los ordenamientos estatales, se haya verificado a causa de la consciencia de su frágil fundamento teórico, o por la sobrevenida *traducción* de sus preceptos en normas estatales, sino por el transformado horizonte histórico en las relaciones entre ordenamiento estatal y ordenamiento religioso-moral.

En definitiva, efectivamente, la crítica acerca de la llamada falacia naturalista, la subsunción del ser en el campo del deber ser (35), no incide en el fundamento del derecho natural, el cual no ha pretendido nunca situarse en concurrencia con el derecho positivo en la disciplina minuciosa de los tipos normativos (36), ni ha utilizado la referencia a la naturaleza de forma indistinta y desvalorativa. Por el contrario, en comparación con el derecho positivo el derecho natural pretende ejercitar una función de valoración y de dirección (37) tal, que le permita definir según el caso cuál sea el derecho justo y negar obligatoriedad a los mandatos injustos.

Del mismo modo, no se ve por qué el derecho natural no habría podido continuar desarrollando dicha función valorativa también después de las grandes codificaciones de fines del siglo XVIII y principios del XIX (38), especialmente después de que la extensión del papel de la legislación exigiría aún más la existencia de criterios de orientación. De por sí, tal circunstancia no comportaba necesariamente la desaparición del derecho natural del horizonte del jurista (39) y la negación de todo fundamento de carácter moral y valorativo al sistema normativo, si dicha circunstancia no se hubiese inscrito en el complejo mosaico preparado por una larga sucesión de acontecimientos culturales, que hunde sus propias raíces en la Reforma protestante y en la sustitución de la única Iglesia por tantas y tan diferentes Iglesias (en último extremo, también pequeños grupos unidos en su seno solamente por la «lectura» del texto bíblico), todas igualmente legitimadas para hablar en nombre de Dios y poseedoras de un patrimonio moral que ya no tenía pretensiones de exclusividad y de universalidad, al menos en parte del pensamiento protestante y particularmente después

(35) Como es sabido, dicha crítica se debe a D. HUME: *Trattato sulla natura umana*, y después se retoma de forma variada por los opositores a las teorías iusnaturalistas, por ejemplo N. BOBBIO: *Giusnaturalismo*, cit., págs. 172 y ss.; sobre la cuestión, además, el amplio tratamiento de G. CARCATERRA: *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milán, 1969.

(36) Según cuanto observaba H. KELSEN: «La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico», como apéndice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., págs. 398 y ss.

(37) Cfr., por todos, una vez más, S. COTTA: «Diritto naturale», cit., pág. 652; y del mismo autor, «Nuove prospettive sul diritto naturale», en *Iustitia*, 1979, págs. 183 y ss.; «Diritto naturale: ideale o vigente?», en *Diritto naturale. Verso nuove prospettive*, cit., págs. 5 y ss.

(38) Acerca de la instancia racionalista subyacente a las grandes codificaciones, entre tantos, S. COTTA: *Prospettive di filosofia del diritto* (3), Turín, 1979, pág. 57; y G. TARELLO: *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, págs. 18 y ss.

(39) Cfr. sobre el argumento categórico de H. KELSEN: «La dottrina del diritto naturale...», cit., págs. 417 y ss.

de la paz de Westfalia, en la que se sanciona un relativismo político preparado para transferirse al plano religioso y moral.

La época de la codificación (y de la consiguiente afirmación del derecho positivo), se prepara a partir de la liberación del ordenamiento estatal de los vínculos religiosos externos al mismo. Lo cual encontró una variada manifestación en las modalidades de Iglesias nacionales, marcadas por la atribución al monarca del papel de jefe religioso; en las formas del jurisdiccionalismo, corolario «natural» del absolutismo político; en las modalidades de reconducción, en general, de toda clase de valoración, comprendidas las de carácter moral, a las prescripciones del Estado (40), que se afirma como el poder capaz de excluir a todos los demás (41). El conflicto entre ordenamiento político y religioso se inclina ahora de parte del primero, reflejo de la cultura secularizada expresada por la sociedad burguesa, en la que ya no es (sólo) la Iglesia (Católica) la depositaria de algunos valores frente al Estado.

Todo ello explica el rechazo del derecho natural en la experiencia del Estado moderno. Las funciones de equilibrio y de dirección que las teorías del derecho natural pretendían ejercitar respecto del ordenamiento jurídico estatal, presuponian una sociedad con roles fijos, en la que se asignaban a la ley tareas —en definitiva— bastante residuales y limitadas, visto que otras dimensiones u otros poderes contribuían a asegurar y mantener la integración social. No por casualidad, la cualidad de la ley positiva de ser desarrollo de la ley natural (esta última, a su vez, participación de la eterna), alcanzaba a su duración, induciendo a mirar con recelo las innovaciones legislativas, perturbadoras de un orden que, descansando sobre la naturaleza misma, no debería ser modificado si no para la obtención (descubrimiento) de un orden social más justo (42). Al contrario, en el Estado moderno la ley recupera un as-

(40) Como inciso, se recuerda que la multiplicación de las creencias religiosas viene acompañada por la multiplicación de las morales, comenzando por el terreno político, con la aceptación de la diversidad de los comportamientos morales de los gobernantes respecto de los de los súbditos; y con la aparición de las teorías sobre la razón de Estado, de las que se ocupa el clásico estudio de F. MEINECKE: *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, 1924, Florencia, 1977 (trad. it.). La razón de Estado parece haber sido un instrumento muy útil, para sustraer al actuar del Estado de la aplicación y del ámbito de operatividad del derecho común. Contra éste se afirmó un derecho propio del Estado, que diferenciaba a este último de todos los otros sujetos. El derecho aplicable al Estado era también una cosa diferente del derecho divino de la tradición iusnaturalista, en cuanto que éste constituía una suerte de zócalo duro en su referencia a los valores universalizadores, que encontraba desarrollo y aplicación en el ordenamiento positivo según una lógica de continuidad; mientras que, por el contrario, la razón de Estado construía un derecho especial para el actuar de los sujetos políticos. En este sentido, en ese derecho quizás se puedan entrever algunas premisas del Estado administrativo.

(41) Oportunamente G. TARELLO: *Storia della cultura giurida moderna...*, cit., ha mostrado el estrecho vínculo entre las ideologías de la codificación y la experiencia jurídica de la codificación.

(42) Una vez más la doctrina tomista es revcladora a este respecto, por la *resistencia* opuesta al cambio de la ley: «en tanto es justo mudar una ley, en cuanto con su mutación se contribuye al bien común. Ahora, la misma mutación de la ley implica de por sí una mengua del bien común. Puesto que la costumbre es muy útil para el respeto de la ley; de modo que las cosas que se cumplen contra la costumbre, aún si son en sí mismas más ligeras, parecen más graves. Por eso cuando se muda una ley se tiene una disminución de la fuerza coactiva de la ley, al quitarse el sustento de la costumbre. He ahí porque la ley humana no se debe

pecto de absolutidad, que lo convierte ya no en la *ordinatio rationis* de la tradición escolástica, sino en el acto de voluntad de un poder soberano que no admite transgresiones o *desobediencias fundadas en la pertenencia a otros ordenamientos*, ni ser puesto en cuestión en razón de instancias éticas o religiosas.

La diferente concepción de la ley es el resultado de las transformaciones políticas y sociales profundas llevadas a cabo. Además de ser proyección del poder absoluto del Príncipe, la ley se convierte en el instrumento para realizar la igualdad y abatir el precedente Estado estamental (43), y el recurso a la regulación jurídica se presta a facilitar las transacciones de la naciente sociedad burguesa, reclamándose entonces continuas adaptaciones y modificaciones que relegan a espacios marginales a las viejas costumbres, y exaltan, en cambio, el papel de la ley como factor de cambio y de verdadero y propio *dominio* sobre la realidad social. En cualquier caso, la ley no sólo no invoca ya para su justificación una *rationabilitas* externa a la propia ley, sino que rechaza expresamente ser medida en comparación con parámetros no reconducibles a la voluntad (personificada) del poder soberano (44). En una pers-

cambiar nunca, si por otra vía no hay una compensación proporcionada para el bien común, igual a su mengua. Y esto puede ser, o por el hecho de que existe una utilidad máxima y evidentísima en el nuevo estatuto; o bien porque una necesidad estrecha lo exige, o por el hecho de que la ley en vigor contiene una manifiesta iniquidad, o porque su respeto es muy dañoso», *Summa theologica*, I-II, q. 97, a. 2. Ciertamente, sería anacrónico hallar en Sto. Tomás la atención por un criterio utilitarista, aún alejado de la concepción teológica; y sin embargo, la explicación referida presta realce a la consideración de los costos y de los beneficios debidos a las innovaciones legislativas, según un orden conceptual muy moderno.

(43) Del que podía encontrarse una justificación en el hecho de que la ley, expresión de la razón práctica dirigida a regular las particularidades, oportunamente considera de modo diferente las diversas categorías, *Summa theologica*, I-II, q. 96, a. 4; q. 97, a. 1.

La fallida consideración del principio de igualdad en la doctrina tomista de la ley, merecería recibir mayor profundización. En efecto, lo que llama la atención no es tanto la circunstancia de que Sto. Tomás tiene presente las condiciones de su tiempo y —en cierta manera— permanece ligado a las mismas, como el hecho de que la doctrina política católica no se haya apartado posteriormente de esos presupuestos culturales. Probablemente, por otra parte, más que a la exaltación del pensamiento tomista, tal descuido se debe también a la escasa atención prestada en la cultura católica al historicismo, por el contenido relativista que el mismo ha tenido a menudo.

(44) Que el derecho positivo es manifestación de voluntad del hombre, es una afirmación repetida para sostener las posiciones iuspositivistas, por ejemplo y de forma autorizada por H. Kelsen: «La dottrina del diritto naturale...», *cit.*, pág. 398, pero *passim*; cuyo pensamiento era retomado por T. ASCARELLI: «Processo e democrazia», en *Rivista di diritto procesuale civile*, 1958, págs. 844 y ss.: «La afirmación de la democracia es la de la dignidad de la acción, acción creadora en la que el hombre, colaborador de Dios, hace su historia, libre creación de su responsabilidad. Es ésta una premisa lejana, que supera cualquier idea de una justicia material preordenada que se deba descubrir intelectualmente, y que hace de la ley un hecho de voluntad y de voluntad humana; ley que, por tanto, debe encontrar en sí misma un criterio de justificación, en contraste —como señalaba Kelsen— con la asunción de un sistema definitivo derivante ya de la naturaleza humana en sus atributos necesarios dados por el Creador, sistema —por esa razón— objeto de descubrimiento intelectual», pág. 848. Sobre estos desarrollos teóricos, *cf.* también S. AMATO: *Il soggetto ed il soggetto di diritto*, Turín, 1990, *passim*, pero en particular pág. 55, para la observación de que la propia codificación napoleónica es el fruto de «una voluntad que quiere el derecho, pero sólo en cuanto se afirma históricamente como una «voluntad que quiere voluntad»» (*cursiva textual*).

pectiva histórica de las ideas de amplio período, quizás podría llegarse a decir que el propio positivismo jurídico, conscientemente teorizado y practicado, ha sido facilitado por el «descubrimiento» del sujeto autor del conocimiento en la filosofía idealista y por la «transposición» a la persona Estado de una serie de atributos propios, según el caso, de Dios (45) o del hombre (46).

Pero que el rechazo del derecho natural se derivaba como consecuencia lógica del abandono de las premisas metafísicas, fue subrayado con vigor por Kelsen, el cual, comentando la teoría de Kant, pudo apercibirse de que el filósofo de Königsberg sólo llevó hasta la mitad la obra de eliminación de las raíces *iusnaturalistas* de su concepción del derecho (47), a través de la búsqueda de un fundamento ideal del sistema normativo.

A este respecto, el horizonte de Kelsen perdió toda ilusión metafísica y el autor tiene presente de manera lúcida el potente «deseo de un fundamento absoluto del ordenamiento social establecido» (48), que mina también a las teorías *iuspositivistas* con la introducción, a menudo inadvertida, de motivos *iusnaturalistas*.

El modelo *kelseniano* podría definirse como frío: la reconducción de cualquier problema de validez del ordenamiento a la legalidad de las formas de producción normativa, expurga lejos de sí cualquier cuestión acerca de la justificación moral de las propias normas. Debería destacarse también que Kelsen está mucho más desencantado que cualquier otro positivista y que se carga a las espaldas, incluso, la «sacralización» del ordenamiento estatal, a través de la cual se refieren a éste una serie de características tradicionalmente propias de la divinidad. En el mundo completamente secularizado del jurista vienés ya no hay Iglesias, pero tampoco existe el

(45) Sobre la cuestión H. KELSEN: *Dio e Stato*, 1923, Nápoles, 1988 (trad. it.), págs. 137 y ss., «no sorprende que la doctrina del Estado, siendo éste el más perfecto entre todas las estructuras sociales, siendo aquélla la más desarrollada entre todas las ideologías, muestre concordancias tan destacadas con la doctrina de Dios, la teología», págs. 147 y ss.; y C. SCHMITT: «Teología política», en *Le categorie del politico*. Bolonia, 1972, pág. 61, «todos los conceptos más ricos de significados de la moderna doctrina del Estado son conceptos teológicos secularizados».

(46) Sobre dicho acontecimiento conceptual, que ha visto reconstruir el Estado como persona jurídica, cfr. por todos A. BALDASSARRE: «Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà», en *Democrazia e diritto*, 1976, pág. 273; Id., «Diritti pubblici soggettivi», en *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, pág. 3, que refiere la elaboración de C. F. VON GERBER: «Lineamenti di diritto pubblico tedesco», en *Diritto pubblico*. Milán, 1971 (trad. it.), págs. 95 y ss.

(47) «La lucha que este genio filosófico, apoyado por la ciencia, sostuvo contra la metafísica, lucha que le valió el apelativo de “destructor de todo”, no fue llevada en realidad hasta sus conclusiones extremas. Por carácter él no era un verdadero luchador, sino que estaba dispuesto más bien a resolver los conflictos mediante el compromiso. La función que la “cosa en sí” revistió en su sistema, revela una buena dosis de trascendencia metafísica. Por esta razón, no encontramos en él una franca e inequívoca confesión de relativismo, que constituye la consecuencia inevitable de toda eliminación real de la metafísica. Una emancipación completa de la metafísica probablemente era imposible para una personalidad aún tan profundamente enraizada en el cristianismo como la de Kant», H. KELSEN: «La dottrina del diritto naturale...», *cit.*, pág. 452.

(48) H. KELSEN: «La dottrina del diritto naturale...», *cit.*, pág. 453.

Estado sujeto de imputación de valores absolutos, en cuanto que el relativismo ha destruido la pretensión de aquél de situarse como el único ordenamiento válido en las relaciones con los otros Estados, mientras que, desde el punto de vista interno, el politeísmo axiológico asegura la coexistencia de todas las creencias y el mantenimiento de las libertades (49).

El conflicto sin fin entre derecho natural y derecho positivo encontraba así, en la relativización de (todos los) valores, la regla de la convivencia de los grupos y de los individuos, si bien los desarrollos sucesivos hayan visto a las democracias contemporáneas «colmarse» de referencias a los valores (50).

Bajo una última perspectiva, en fin, la contraposición entre derecho positivo y derecho natural oculta algunas veces, y se sobrepone a, la contraposición entre orden legal y orden social, o entre Estado y sociedad civil. La reivindicación del derecho natural, ha formado a menudo un todo único con la pretensión de la Iglesia de representar a algunas instancias de la sociedad civil contra el Estado, en el «corazón» mismo de la regulación adoptada por este último; y una vez más, avanzando la demanda de dirigirla y limitarla. En la historia italiana más reciente, por ejemplo, dicha posición se ha manifestado con ocasión de la introducción del divorcio y del aborto y de las posteriores solicitudes de referendos derogadores, si bien la puesta en práctica de estos últimos significara un duro golpe para aquella pretensión, una vez que la misma se «midió» en una consulta electoral.

4. LA REFERENCIA AL DERECHO NATURAL EN EL MUNDO AMERICANO

Observar que la contraposición entre derecho positivo y derecho natural es expresión del conflicto entre Estado e Iglesia, no excluye el reconocimiento del *iusnaturalismo* de inspiración laica. A este respecto, sin embargo, se puede estar de acuerdo con las indicaciones de Kelsen acerca del hecho de que cualquier forma de *iusnaturalismo* acaba por referirse a Dios y a algún fundamento metafísico (51), y que, en particular, la de derivación laica puede definirse una posición o una fase de compromiso, probablemente necesaria en la historia de las ideas, pero instrumental

(49) Sobre la cuestión, sobre todo, «Essenza e valore della democrazia», en *La democrazia*, Bologna, 1984, págs. 137 y ss.

(50) Recuérdese la indicación de L. ELIA: «La Corte nel quadro dei poteri costituzionali», en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, P. BARILE, E. CHELI y S. GRASSI (eds.): Bologna, 1982, pág. 524, sobre el hecho de que la Constitución italiana, por su referencia a los valores y sobre todo a los derechos sociales, sería una Constitución no *kelseniana*.

(51) Entre las obras de H. KELSEN al respecto puede verse «Justice et droit naturel...», *cit.*, págs. 70 y ss., que recuerda el fundamento divino del derecho natural desde Cicerón hasta San Agustín, desde Sto. Tomás hasta Grocio y su célebre afirmación contenida en el *De Jure Belli ac Pacis*: «et haec quidem quae jam diximus locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequet, non essere Deum, aut non curari ab eo negotia humana».

a la afirmación de nuevos sujetos de decisión (y a la eliminación del conflicto entre ordenamientos diversos).

Como el *iusnaturalismo* de la tradición escolástica, también el llamado laico aporta valoraciones de carácter moral en el seno del sistema jurídico, siempre conenido en modo tal que hace a este último autosuficiente. La distancia respecto de la concepción de directa derivación religiosa, viene dada por el hecho de que ahora ya no la Iglesia, sino el propio ordenamiento jurídico estatal o bien la sociedad, son depositarios de los valores de referencia; son los nuevos sujetos que deciden acerca del bien y del mal, es decir, que realizan valoraciones morales en comparación con las que (no tanto juzgar las prescripciones jurídicas y eventualmente negar su respeto, cuanto) dirigir el desarrollo normativo.

En una «primera» versión, el llamado *iusnaturalismo* laico se inscribe en la historia de las relaciones entre poder político y religioso, tomando partido por el primero y «desposeyendo» al segundo del dominio, hasta ese momento exclusivo, del campo de los valores. Lo que no es un cambio de poco alcance, puesto que se adelanta a afirmar la plena autonomía del Estado y de su ordenamiento, respecto de referencias de orden externo.

En la versión más «social», el *iusnaturalismo* exalta la capacidad de la sociedad burguesa de realizar valoraciones autónomas; sociedad sostenida por el protestantismo que ha multiplicado las creencias y la cual, en poco tiempo, convirtiéndose en opinión pública en el sentido *habermasiano*, extenderá su presencia en el ámbito político. En esta «lectura», la unificación de los criterios ordenadores de la realidad proviene del lado de una sociedad adulta y que no acepta imposiciones o límites ni de Iglesias oficiales ni del Estado.

Estas versiones del *iusnaturalismo* tienen en común el hecho de colocarse a las espaldas la perspectiva del conflicto entre ordenamientos diversos, en cuanto dichas versiones abandonan las pretensiones unificadoras y universalizadoras del *iusnaturalismo* de inspiración cristiano-católica y concentran la atención sobre un determinado ordenamiento, cuya legitimidad no se contesta y del que se afirma, en cambio, la necesaria «limitación» por el respeto debido a las libertades de los individuos y de los grupos. Por una parte, en efecto, dichas teorías son versiones débiles de la referencia a los valores, típica del *iusnaturalismo*: El propio Kelsen indicaba que dichas doctrinas se acercan a una concepción positivista del derecho y del Estado, en la parte en la que no admiten la validez de ordenamientos jurídicos diversos del positivo (52). Por otro, sin embargo, esas doctrinas han tenido el mérito de introducir en el debate político la atención hacia las posiciones individuales, que reclaman la abstención del Estado de la intrusión en la esfera personal de los ciudadanos. Se exalta la referencia a la conciencia individual y la relación se instituye directamente entre el Estado y el hombre concreto, cuya libertad se convierte en el punto de referencia de las valoraciones sobre la justicia del ordenamiento mismo. Desaparece el conflic-

(52) H. KELSEN: «La dottrina del diritto naturale...», *cit.*, pág. 453.

to entre instituciones jurídicamente organizadas y contrapuestas, y en su lugar aparece en escena el eventual conflicto entre Estado y conciencia individual, que es, además, uno de los aspectos en los que se manifiesta el problema de la relación entre mayoría y minorías o el de las posibilidades y los límites del poder de la primera.

Sustituida la única Iglesia por muchas Iglesias particulares, a veces muy pequeñas, y desvanecido por tanto uno de los sujetos de la confrontación ideológica, el empeño cultural se dirigía a la transformación del sujeto que resta de aquella relación entre poderes, el Estado, cuyas pretensiones de absolutismo cultural serían tan absorbentes y exclusivistas como las religiosas.

Dichos desarrollos contribuyen, quizás, a explicar por qué las teorías *iusnaturalistas* han encontrado mayor acogida y mejor «fortuna» en el mundo anglosajón, y particularmente en el americano, y no en la Europa continental, donde la idea del derecho natural despierta la imagen de un sujeto depositario en manera exclusiva del patrimonio moral (y, en el fondo, la experiencia de las guerras de religión). En efecto, la ausencia de la Iglesia católica entre los protagonistas «históricos» de la cultura americana, ha impedido asignar a las doctrinas *iusnaturalistas* la caracterización como instrumento ideológico dirigido claramente a sostener las posiciones de un intérprete cualificado por encima de los otros. La caracterización religiosa de buena parte del pensamiento americano (53), ha favorecido una consideración unitaria —a su manera— de la dimensión jurídica y de la moral, exaltando por otra parte la tradición de *common law*, que siempre ha visto en el juez el depositario de una cultura fuertemente anclada en los presupuestos ideológicos de una concreta sociedad. Aunque esté bastante difundida, tal precisión es particularmente importante, puesto que, por el hecho de poner en primer plano la función normativa del juez, la tradición de *common law* parece rechazar tanto la idea de un conflicto institucionalizado entre (Estado e Iglesia o, más genéricamente, entre) poder político y dimensión moral, como la distinción neta de la norma positiva —establecida por el ordenamiento estatal— de cualquier otra prescripción de orden religioso o moral, como ocurre, en cambio, en las premisas de buena parte del pensamiento *iuspositivista* (54).

Obviamente, la difusión del *iusnaturalismo* en el contexto cultural americano tiene también otras explicaciones de signo diverso, pero convergentes en favorecer la atención por la valoración jurídica en comparación con las instancias morales. Ante todo, destaca la «fundación intelectual» de los Estados Unidos en el período en el que las teorías *iusnaturalistas* celebran su afirmación como instrumento para la

(53) Desde esta perspectiva, objeto de una amplia literatura, entre otros, por todos, cfr. la observación de R. DWORKIN: *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milán, 1994, pág. 7, según la cual los Estados Unidos estarían entre los países más religiosos del mundo; y la literatura desencantada de S. CARTER: *The culture of Disbelief. How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion*, Nueva York, 1993.

(54) Desde estas perspectivas, objeto de una vasta literatura, por todos, J. M. KELLY: *Storia del pensiero giuridico occidentale*, 1992, Bolonia, 1996 (trad. it.), págs. 277 y ss., 280 y ss., también por el recuerdo del famoso *Bohnam's Case*, en el que el *Chief Justice* E. Coke afirmó la supremacía del *common law* sobre la ley aprobada por el Parlamento, caso impregnado de referencias a la justicia natural.

tutela de los derechos del hombre, y como límite al poder absoluto del Estado. La idea de los derechos innatos del pueblo, que sostuvo el constitucionalismo americano (55), ha representado un modelo teórico que ha sido un factor de cambio en el campo institucional y que se convirtió rápidamente en «fuente» para el reconocimiento a los individuos de nuevos derechos (56).

La idea de un conflicto de fidelidades por la pertenencia a ordenamientos diversos no se ha desarrollado mucho en la experiencia americana, donde la circunstancia de no haber conocido el absolutismo regio, ha hecho más difícil la atribución a la ley de esa particular eficacia que en otros ordenamientos ha obstaculizado su enjuiciabilidad por obra del juez; y donde, a la par, la falta de luchas nacionales y de religión, ha comportado como consecuencia dar poca relevancia al carácter exclusivo de una creencia (sobre la que se han fundado en el continente europeo dichas luchas), capaz de excluir a todas las demás (57). Como mucho, junto a la voluntad de tomar distancias respecto del contexto europeo y del modelo negativo que el mismo expresaba, el reconocimiento de los vínculos que unen al individuo con algunas convicciones o con un determinado grupo, incitó a situar en primer plano las exigencias de la libertad de conciencia individual más que aquéllas reconducibles a la pretensión del Estado de dominar sobre cualquier aspecto de la vida; y, por tanto, a «limitar» el ordenamiento estatal, en vez de las posibilidades de expansión de la esfera individual (58).

De esta forma, el constitucionalismo americano se presenta ya desde el inicio «abierto» a las influencias culturales y a los valores presentes en el tejido social. En efecto, la misma conformación federal del primer sistema constitucional de los Estados Unidos [en el que la Constitución federal tenía un carácter meramente organizativo (59), mientras que eran las Constituciones de los concretos Estados las que con-

(55) Véase recientemente, sobre la cuestión, el perfil histórico-institucional trazado por B. ACKERMAN: *We The People. Foundations*, Cambridge, Massachusetts, 1991; pero sobre el argumento, también, C. MCILWAIN: *La rivoluzione americana. Una interpretazione costituzionale*, 1923, Bolonia, 1965 (trad. it.); y N. MATTEUCCI: *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bolonia, 1987.

(56) Sobre la cuestión relativa al reconocimiento de *enumerated rights* en el debate americano, por todos, L. TRIBE y M. DORF: «Levels of Generality in the Definition of Rights», en *57 University of Chicago Law Review*, 1990, págs. 1057 y ss.

(57) La concepción jurídica presenta también un aspecto relevante en el plano del lenguaje común y de la publicística; mientras la contestación a la regulación positiva se funda a menudo en la apelación al sentido de justicia, y no se expone a la acusación de poner en duda la validez o la eficacia de las «leyes del Estado», como acontece alguna vez en el debate cultural italiano.

(58) Sobre estos aspectos, véanse por todos los estudios de carácter histórico de D. RICHARDS: *Tolerance and the Constitution*, Nueva York, Oxford, 1986; *Conscience and the Constitution*, Princeton, 1993.

(59) Sobre la importancia de la adopción del *Bill of Rights* en la construcción del nuevo Estado y sobre el vínculo del *Bill* con los postulados de la soberanía popular y del respeto de las libertades fundamentales, por todos, A. R. AMAR: «The Bill of Rights as a Constitution», en *100 Yale New Journal*, págs. 1131 y ss. (1991). Véase también *The Bill of Rights in the Modern State*, G. Stone, R. Epstein, C. Sunstein, Chicago, 1992, que recoge las actas del convenio dedicado al aniversario del *Bill*.

tenían los catálogos de derechos para la tutela de las pequeñas y homogéneas *élites* que eran la clase políticamente activa de los mismos], facilitaba la consideración de los derechos naturales de las comunidades, contribuyendo a mantener constante la atención respecto de la primacía a atribuir —según la terminología de Dworkin— a los derechos.

La última indicación permite mostrar, probablemente, una valoración de orden general. En efecto, a pesar de sus variadas caracterizaciones, el *iusnaturalismo* ha ofrecido un modelo completo de una teoría de los derechos, particularmente «útil» en la experiencia americana de *common law*, puesto que dicho modelo permitía disponer de una rica serie de indicaciones para dirigir al legislador (particularmente para mantener las posiciones de los individuos contra la mayoría), e incluso al juez, que en aquel ordenamiento, mucho más que en la Europa continental, es el verdadero «protagonista» de la vida jurídica (60).

Todo esto inducía a la elaboración de una cultura unitaria que, también como consecuencia del papel de la *equity* en el sistema, no ha dejado nunca de interrogarse acerca del sentido de la justicia (61) y sobre sus aplicaciones en la definición de las relaciones intersubjetivas: Una cultura jurídica que, en un cierto sentido, reconduce a su interior las valoraciones de carácter moral (62), o mejor, se deja emparar por las mismas en un cambio continuo. Lo que es mucho más y diferente de su asunción a criterio de valoración del punto de vista interno del ordenamiento considerado, como ocurre en el planteamiento *iuspositivista* (63), en cuanto que, a diferencia de dicha teorización, el criterio no jurídico es utilizado como instrumento primario de la intervención judicial. En el derecho americano de *common law*, el papel predominante atribuido al juez contribuye a explicar la persistente atención al derecho natural, en cuanto que el legislador interviene en la trama delineada por el juez y la misma ley parece ser no el acto de voluntad, cuanto el descubrimiento de principios propios del derecho común. No sólo falta la tradición voluntarista-idealista, referida a un legislador expresión de mera voluntad o de *iussa*, entendido que sólo en parte el tejido normativo es obra de este último, sino que el propio juez es inducido a buscar también, a través de la motivación de sus sentencias, un consenso social que justifique su decisión y refuerce su legitimación.

(60) Sobre la cuestión, para explicar la recuperación de los temas *iusnaturalistas* en el debate cultural americano, véase G. REBUFFA: «Introduzione» a R. DWORKIN: *I diritti presi sul serio*, Bolonia, 1982, pág. 41.

(61) Recuérdense, entre todos, los tratados de J. RAWLS: *Una teoría della giustizia*, 1971, Milán, 1991 (trad. it.); B. BARRY: *Theories of justice*, Berkeley, Los Ángeles, 1991.

(62) Pero inmediatamente se debería añadir que el debate de los juristas, se produce también con las otras disciplinas, comenzando por las consideraciones relativas a la eficiencia económica de una solución determinada, y también en el análisis económico del derecho.

(63) Cfr. sobre la cuestión, por ejemplo, la indicación de P. PIOVANI: *Iusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961, pág. 143, según el cual la invocación del derecho natural superior resulta enemiga del Estado moderno, también por la desconfianza que alimenta a este último frente a cualquier realidad jurídica que no haya nacido en el seno del ordenamiento.

En efecto, en el trasfondo y junto a la contraposición entre derecho positivo y derecho natural, se mueve una distinción ulterior relativa a la consideración de las mutaciones del ordenamiento; mientras el primero exalta la función normativa de la ley y la obra de modificación del legislador, el segundo, por el contrario, exalta el valor de transformación del juez y de su lectura de los hechos sociales. Recurriendo a una conocida tipología *schmittiana*, podría sostenerse que *iusnaturalismo* e *iuspositivismo* presuponen dos formas diversas de Estado, el definido como legislativo y el definido como judicial.

Desde este punto de vista se comprende mejor, quizás, por qué el mismo Kelsen, que acusaba de *iusnaturalismo* a la introducción de elementos no jurídicos en la consideración del jurista (64), dedicó una atención constante a poner en discusión los fundamentos teóricos del *iusnaturalismo*. En verdad, este último terminaba por minar no sólo las premisas de la doctrina pura, sino también la construcción en escalones del ordenamiento, por el hecho de situar en el mismo plano, y a veces invertir, las capacidades innovadoras de las diferentes fuentes, y restar parcialmente relieve al criterio de validez en su sistematización.

Sin embargo, esto demuestra sobre todo que la distinción entre derecho positivo y derecho natural no es exclusivamente teórica y no cobra relieve sólo en el plano de la contraposición, si se quiere ideológica, entre concepciones diferentes de la filosofía del derecho. Dicha distinción condensa sintéticamente, y describe también, un sistema particular de las relaciones existentes históricamente entre las fuentes y los intérpretes, o sea, la clase de vínculo que se deriva para los segundos de las prescripciones del legislador, así como —más en general— los modos de situarse del poder y las relaciones entre los distintos sujetos que componen el ordenamiento.

5. LAS EXIGENCIAS EXPRESADAS POR LA APELACIÓN AL DERECHO NATURAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

En efecto, la apelación al derecho natural desarrolla la función de aludir y compendiar un conjunto de valores que, bajo una perspectiva, se pretenden asumir como parámetro de valoración de la disciplina normativa de fuente legislativa; o bien, por otro lado, en cuanto traducidos en la realidad normativa o de todos modos eficaces de hecho, cualifican un determinado sistema político.

Se trata de dos direcciones que la cultura jurídica contemporánea no hace un gran esfuerzo por acoger; ya sea allí donde se reconoce que la propia democracia se llena de contenido con referencia a algunos valores, los cuales no son compartidos simplemente por la mayoría, según la lógica de los números, sino que se proponen para el respeto de todos y que, más bien, representan un límite para el poder de la mayoría; ya lo sea por el hecho de dar realce al modo efectivo de funcionar de un

(64) H. KELSEN: «La dottrina del diritto naturale...», cit., pág. 425, págs. 453 y ss.

sistema institucional, prestando atención a la llamada Constitución material, la cual, justamente según la inspiración originaria del propio Mortati, expresa (no sólo el tipo de relaciones existentes en concreto entre los órganos de gobierno, sino sobre todo) los valores caracterizadores del ordenamiento, a los que se reconoce eficacia normativa y que son, así, vinculantes para los propios jueces (65) (con cuanto se tendrá ocasión de señalar a continuación, en relación con la labor de los jueces constitucionales).

Lo que se rechaza, en cambio, es la derivación de dichos valores de un ordenamiento externo al estatal, y en última instancia de la Iglesia, puesto que eso volvería a proponer de nuevo una subordinación del Estado a las razones de la fe y, sobre todo, haría del credo religioso una causa de discriminación entre los ciudadanos y de su igual derecho a participar en la vida pública.

Desde este punto de vista, la apelación a una de las diversas formas en las que puede hablarse de derecho natural, se muestra irreductible a cualquier intento de positivización que pueda ensayarse, y no parece posible llevar a cabo ningún tipo de transposición o asimilación de los valores *iusnaturalistas* en los constitucionales (66).

En efecto, en primer término dicha posición parece ser sólo una etapa del proceso de secularización de conceptos originariamente teológicos. La sustitución de estos últimos por los valores constitucionales, parece representar nada menos que una deificación del Estado y de los presupuestos ideológicos acogidos por el mismo. Lo cual no garantiza de por sí el mantenimiento de condiciones de libertad y de pluralismo; es más, supone el riesgo de reducir a la «medida» del Estado cualquier experiencia social diferente (67), incluida la religiosa, cuyo conflicto con el Estado —en cambio— ha contribuido fuertemente a la afirmación de las libertades fundamenta-

(65) C. MORTATI: *La Costituzione in senso materiale*, Milán, 1940; pero, sobre cuanto se afirma en el texto acerca del vínculo representado por los principios para la actividad del intérprete y de los jueces, véase también del ilustre autor *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935.

(66) Cfr. al respecto también R. BIFULCO: «Il contributo di Ernst Fraenkel alla teoria pluralistica», en *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, V. Atripaldi (ed.), Turín, 1996, págs. 49 y ss., el cual considera, sin embargo, que «el estrechísimo vínculo entre código de valores y norma constitucional permite liberar —así— a la teoría pluralista del derecho natural (como quiera que se entienda éste), para anclarlo en la positividad de la norma constitucional», pág. 80. Una posición diferente parece hallarse en L. MENGONI: «L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica», en *Jus*, 1997, pág. 7, para el que la Constitución habría positivizado sólo algunos principios morales del derecho natural, que no son despojados claramente de su estatuto ontológico y lógico originario, sino que, más bien, son provistos de «un tipo de vigencia representada por la validez formal propia del derecho positivo, de guisa que esos principios tienen una doble cualidad, la pertenencia necesaria a la moral y al derecho». El mismo autor reconoce, por otra parte, que para la doctrina tradicional del derecho natural el cuadro podría parecer poco satisfactorio.

(67) Sobre dicha tendencia del pensamiento iuspublicístico italiano (a imitación de la doctrina alemana de la última parte del siglo pasado), de presentarse como «ciencia del Estado», que retoma esquemas conceptuales teológicos, véanse las agudas observaciones de A. BALDASSARRE: «Costituzione e teoria dei valori», en *Politica del diritto*, 1991, págs. 642 y ss.

les y al propio surgimiento de la cultura occidental. En verdad, si por secularización se entendiera sólo la traducción de conceptos teológicos (68) y su referencia al Estado, eso indicaría solamente la prevalencia de uno de los sujetos —el Estado—, en el conflicto histórico con la Iglesia; pero no representaría de por sí ningún apoyo para el reconocimiento y para la tutela de los derechos de libertad de los individuos y de los grupos, si no se especifica que dichas condiciones de libertad son los presupuestos de todo orden político.

Pero esto significa, a su vez, que la garantía de tales libertades, los verdaderos y propios valores del ordenamiento democrático, puede prescindir de la proclamación constitucional, que podría incluso no existir (69). En efecto, la diversidad de estructura entre la norma constitucional y las otras normas jurídicas (70), permite detraer de las proclamaciones de la primera contenidos siempre nuevos que permitan continuar las transformaciones sociales y disponer, por otra parte, de un criterio para su regulación, asegurando así vitalidad a las propias previsiones constitucionales.

Ciertamente, la atención hacia los valores aporta una gran innovación al método adoptado por los juristas, cuando menos porque les exige mirar con atención a los otros «saberes» y el esfuerzo de alcanzar una formación cultural unitaria que les permita ser, por así decirlo, intelectuales completos. Sobre todo, se trata de comprender que tales valores son la expresión de diferentes grupos en conflicto entre sí. No parece casualidad que las llamadas Constituciones por valores aparezcan contemporáneamente al Estado social, que se califica como pluriclasista. En dicho ordenamiento, la democracia es una connotación absolutamente esencial para la misma posibilidad de existencia de distintos grupos: La democracia es el nuevo valor universalizador, que sustituye a toda referencia divina. Es la democracia, por definición, instrumento de integración de los individuos y de los grupos; y es limitada, ya que la minoría debe conservar la posibilidad de convertirse en mayoría, lo cual transforma la propia regla de la mayoría en el límite de la mayoría misma. Se explica así que las normas constitucionales más recientes privilegien la regulación de los criterios y de los perfiles procedimentales (también respecto de los modos de formación de las normas y de los derechos fundamentales), más que los catálogos de los propios derechos, cuya concreción se deja a los tribunales y también a los procesos de integración supranacional.

(68) Sobre el tema, cfr. los dos volúmenes dedicados a *Cristianesimo, secularizzazione e diritto moderno*, L. Lombardi Vallauri y G. Dilcher (eds.), Baden-Baden, Milán, 1981.

(69) Piénsese en la experiencia americana, en la que —por ejemplo— la necesidad de asegurar el «libre mercado de las ideas» (por decirlo con el Juez Holmes), fundamento de cualquier pluralismo, se ha afirmado por obra de la jurisprudencia americana en tiempos muy distantes a los de la redacción de la Primera Enmienda. O bien, considérese la jurisprudencia constitucional italiana en materia radiotelevisiva y la consiguiente importancia dada a la exigencia de asegurar el pluralismo de los medios de información, exigencia reconducida siempre al art. 21 de la Constitución italiana, aunque dicha disposición no afirme explícitamente nada al respecto, a diferencia de las previsiones contenidas en Constituciones más recientes.

(70) Acerca de lo cual véase A. BALDASSARRE: «Il metodo nel diritto costituzionale», en *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Mesina, 23 de febrero de 1996, Padua, 1997, pág. 100.

Desde otra perspectiva, en el ordenamiento pluralista los valores que garantizan la tutela de los derechos fundamentales y la coexistencia de todas las creencias, no aparecen fundados o legitimados en pretensiones que trascienden en cierto modo el consenso social. Esto indica la gran diferencia de todos los planteamientos *iusnaturalistas* con las visiones que podrían denominarse historicistas, considerado que en estas visiones no puede predicarse nada con carácter absoluto a propósito de los valores legitimados desde abajo o desde el consenso social.

En fin, la asimilación de los valores *iusnaturalistas* y de los valores constitucionales está destinada a ser insuficiente para los planteamientos rigurosamente *iusnaturalistas*, y sobre todo a parecer cuando menos reductora, ya que la inspiración *iusnaturalista* pretende valorar y «medir» las disposiciones constitucionales mismas. Considérese a este respecto, entre otras cosas, que la doctrina política de inspiración católica, a pesar de haber desarrollado un rico pensamiento político desde hace tiempo, no contiene una teoría sólida de la Constitución, como acto normativo distinto de cualquier otra ley (71).

El hecho es que cada vez que se opera la referencia a los valores, parece prescindirse de las formulaciones positivas, incluso si están contenidas en el texto constitucional, para dar una relevancia inmediata a los componentes políticos, ideológicos, o culturales en sentido lato (72), los cuales expresan siempre algo más respecto de

(71) Desde una perspectiva cercana, una vez más, a A. BALDASSARRE: «Costituzione e teoria dei valori», cit., pág. 651, para la observación de que fue precisamente Kelsen quien señaló que en el horizonte político de la democracia pluralista, la teoría del Estado deviene antes que nada teoría de la Constitución.

(72) La perspectiva implica problemas de método de gran importancia, acerca de los cuales véase G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite*, Turín, 1992; y ahora S. BARTOLE: «L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori», en *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., págs. 13 y ss.; A. RUGGERI: «Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)», *ibidem*, págs. 28 y ss.; A. BALDASSARRE: «Il metodo nel diritto costituzionale», *ibidem*, págs. 90 y ss.; y las demás contribuciones allí contenidas. L. PALADIN: «La questione del metodo nella storia costituzionale», en *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, L. Carlassare (ed.), Padua, 1998, págs. 31 y ss.

Que el principio de positividad sea una categoría constitutiva de la noción de derecho, se ha sostenido recientemente con vigor por L. MENGONI: «L'insegnamento del diritto...», cit., pág. 6, el cual continúa afirmando que «el derecho es esencialmente un fenómeno del lenguaje y, por tanto, no es reconocible como jurídica una doctrina que admite la existencia de normas y principios jurídicos independientemente de un enunciado lingüístico que los exprese, se entiende un enunciado cualificado como fuente de cognición del derecho». Por otra parte, en este orden de cosas pueden avanzarse algunas observaciones. En primer lugar, respecto de los fenómenos de juridificación sería preciso distinguir entre positividad del derecho y enunciación lingüística del mismo, ya que no todo el derecho positivo es reconducible al derecho escrito: eso representaría una simplificación que se muestra lejana de las propias teorías analíticas del lenguaje jurídico. En la cultura jurídica italiana, recuérdense a este propósito las enseñanzas de V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*, 5, Padua, 1984, págs. 34 y ss., acerca de la distinción entre derecho escrito y derecho de fuente-acto, ambos mediados por las disposiciones, y sin embargo no perfectamente coincidentes. Como ejemplo de derecho no escrito que se deduce de fuentes-acto, Crisafulli citaba —exactamente— el caso de los principios generales del ordenamiento jurídico y de los principios constitucionales, no sin señalar que en la individuación de los principios institucionales que son inherentes a la estructura del ordenamiento en su totalidad, se opera no tanto por vía de abstracción de las normas

cualquiera de sus eventuales positivizaciones (73). Si las disposiciones constitucionales se emplean en atención a su capacidad para encubrir valores, y para ampliarse a la tutela de nuevas situaciones ignoradas con anterioridad y de nuevos valores que reclaman consideración (74); recurriendo a la terminología utilizada a menudo a propósito de los derechos fundamentales, podría decirse que los valores constitucionales están por definición «abiertos» al reconocimiento de nuevas exigencias y dispuestos para un equilibrio recíproco. Por lo demás, esto se produce también en virtud de la función de integración en horizontal, entre diversos ordenamientos estatales, que desarrollan los propios valores (75).

La distinción entre posturas *iusnaturalistas* y positivistas parece residir, desde este punto de vista, en el modo en el que se lleva a efecto la reconstrucción de los nuevos valores: Si éstos se han de considerar fundados en el consenso social (76), y entonces, por así decir, «confiados» a la historia; o bien si son «prestados» por un

concretas, como más bien con base en la consideración histórica del ordenamiento en su modo de ser y de operar efectivo.

Tal advertencia, pasando a una segunda perspectiva, y bajo la guía siempre de las lecciones de Crisafulli, permite incluir en la noción de derecho positivo los hechos normativos, ya sean la costumbre de los ordenamientos jurídicos europeos o el *common law* de la experiencia angloamericana, de los que sólo puede realizarse la traducción lingüística con posterioridad a su formación y aparición. En fin, incluso definiendo el derecho como lenguaje o bien como instrumento de comunicación, no puede dejar de reconocerse que el mismo expresa un fragmento, aunque sea importantísimo, del sistema de comunicación que, sin embargo, resulta también de otras componentes, so pena —en caso contrario— de la pérdida de la capacidad misma de comunicación.

En este sentido, como se afirma en el texto, la propia regulación constitucional está «plegada», por así decirlo, a su idoneidad para expresar nuevos conceptos, aún más cuanto mayor es el distanciamiento de la época de redacción de la norma, y la nueva norma es según como resulta de la intervención de la jurisprudencia constitucional.

Efectivamente, el propio MENGONI en otro escrito, «Il diritto costituzionale come diritto per principi», en *Ars interpretandi. I. Ermeneutica e applicazione*, 1996, págs. 102 y ss., parece compartir el planteamiento de G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite*, cit., págs. 148 y ss., según el cual las formulaciones constitucionales de principio han de entenderse en su *ethos*, más que interpretarse a través del análisis del lenguaje.

(73) Excepto acoger, obviamente, hipótesis de *original understanding*, que vinculen la interpretación de la Constitución a una situación histórica fija. Véase sobre el tema, dentro de una amplia literatura, L. LEVY: *Original Intent and the Framers' Constitution*, Nueva York, 1988.

(74) Sobre el argumento, por todos, F. MODUGNO: *I «nuovi» diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Turin, 1995.

(75) La indicación acerca del carácter abierto de los llamados valores constitucionales, se expresaba ya en nuestro «Le ordinanze cautelari del Ministro dell'ambiente e l'autonomia regionale», en *Regioni*, 1988, págs. 1220 y ss., en crítica a la jurisprudencia constitucional que ha justificado la sustitución estatal en el ejercicio de competencias regionales, en nombre de la tutela de los valores constitucionales primarios. En efecto, en aquella ocasión se señaló que la exigencia de protección puede afectar a valores constitucionales originariamente reconocidos no primarios, o bien a valores totalmente nuevos, sin que la calificación introducida pueda ofrecer, en último extremo, ninguna resistencia.

(76) Como podría entenderse la Constitución material, al menos en algunas teorizaciones; véase sobre el argumento A. BARBERA: en «Principi fondamentali», *Commentario della Costituzione*, G. Branca (ed.), Bologna-Roma, 1975, págs. 50 y ss.

ordenamiento diverso, en cuyo seno se vuelve a plantear el problema de cómo han de concretarse y de quién deba o pueda hacerlo.

6. SIGUE: LA DEMOCRACIA Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES

Como ya hacia notar Kelsen (77), la superación del derecho natural representa un desafío constante para el ordenamiento general, contra el absolutismo que puede comportar la idea de una justicia de los grupos, especialmente si estos últimos son de matriz religiosa y pretenden afirmar sus reglas sobre todos los demás (78).

Desde este punto de vista, el postulado de la autosuficiencia del derecho sólo se mantiene en pie, en esencia, como connotación típica del método utilizado por el jurista y de su hacer referencia a la calificación normativa; pero no comporta descuidar las implicaciones políticas e incluso éticas de una disciplina normativa, en especial, como es obvio, en la perspectiva de la creación de «nuevo» derecho (79).

El principio de autosuficiencia del derecho en el sentido, precisamente, de su independencia de valoraciones y criterios que no sean reconducibles a la calificación normativa positiva (80), es análogo al de la autonomía de la política respecto de la ética, sostenida y defendida desde Maquiavelo en adelante frente a cualquier pretensión religiosa, es decir de un poder particular, de definir las reglas de su actuar; política cuyo engarce con instancias éticas, sin embargo, no se duda en realizar (81), ya que de otro modo la propia dimensión política se reduciría a una mera relación de fuerza material. Lo cual, además, ni siquiera puede consolidarse, puesto que, incluso para la concepción más realista y desencantada de la política, entre los sujetos o las «fuerzas» en presencia se han de tener en cuenta también las motivaciones y los

(77) *Teoria generale del diritto...*, cit., pág. 454.

(78) En esto, la posición *kelseniana* parece vincularse a la justificación del sistema electoral proporcional como típico de la democracia.

(79) Con U. SCARPELLI: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, 1965, págs. 130 y ss., puede decirse que al derecho positivo es inherente una opción política de carácter general en favor de la aceptación de ciertos procedimientos de formación y de ciertas condiciones de reconocimiento de la voluntad política, según los cuales la propia voluntad política se forma a través de procedimientos regulados por normas jurídicas; mientras se renuncia a valorar los contenidos particulares que contiene o puede contener el derecho positivo, según parámetros que no sean internos, establecidos, es decir, del propio derecho.

(80) También el derecho que se ha definido de inspiración laica ha representado un pasaje, probablemente fundamental, para llegar a dicha autonomía, ya que llevar los valores también al interior del derecho, cfr. S. COTTA: «Diritto naturale», cit., págs. 650 y ss., impedía aún hacer referencia a su origen religioso. Por tanto, se ha de considerar que el iusnaturalismo laico se ha desarrollado a partir de las luchas religiosas que han seguido a la Reforma protestante, por lo cual relegar marginalmente a la dimensión religiosa de los valores contribuía, al final, a fundar el Estado laico en premisas de coexistencia entre las diferentes confesiones.

(81) Véase sobre la cuestión, recientemente, la vigorosa exposición de G. PASQUINO: *La democrazia esigente*, Bolonia, 1997.

principios ideales, las capacidades de movilización y de convicción, en una palabra las visiones o los poderes culturales y su respectiva «fuerza» social.

El problema es, en todo caso, definir hasta qué punto los componentes o los elementos morales o políticos forman parte del ordenamiento jurídico o, con otras palabras, desde donde comienzan a ser tomados en consideración por el derecho.

Pero, reflexionando un poco, en realidad es éste un falso problema, puesto que la solución no puede dejar de estar condicionada históricamente, ni variar de ordenamiento en ordenamiento: Algunas de tales premisas se juridifican en su totalidad, otras en menor medida, algunas de ellas son rechazadas, otras todavía no son tomadas en consideración. Desde el momento en que, por ejemplo, el artículo 11 de la Constitución italiana «normativiza» el valor de la paz (82), lo convierte en una característica esencial del ordenamiento hasta hacer posible, para su consecución, las limitaciones de soberanía que —de otro modo— serían impensables según el derecho público del siglo XIX, fundado en la idea de la soberanía absoluta del Estado nacional.

Y que el problema está mal planteado lo confirma la propia doctrina tomista, según la cual la ley no agota el campo moral, puesto que continúan siendo jurídicamente lícitos comportamientos que, sin embargo, son moralmente reprobables (83). Lo cual significa que, aun adoptando la perspectiva *iusnaturalista*, no se desvanece el problema de la relación entre ética y derecho, del alcance de una y de otro, y de las interferencias recíprocas.

Tampoco se comprende por qué, desde este punto de vista, la aceptación de las doctrinas *iusnaturalistas* pueda servir mejor a la tutela de los derechos de libertad. En efecto, no se olvide que la contraposición del derecho positivo a la ley natural fundamenta para muchos autores, y para el mismo Santo Tomás, la legitimidad de la resistencia pasiva y hasta del derecho de desobediencia. Pero incluso en relación con este punto, no se divisan las razones por las que pueda resultar más persuasivo rebelarse contra una ley injusta en nombre de un derecho superior, o simplemente con base en motivaciones ideales, religiosas o políticas, mostrando la contradicción de dicha ley, por ejemplo, con el principio de igualdad o con los otros principios democráticos. En cambio, el problema es definir el tratamiento que el ordenamiento, y en concreto un ordenamiento democrático, debe prestar a las razones ideales que motivan un determinado comportamiento; y si no nos halláramos en la hipótesis del ejercicio del derecho de manifestación del pensamiento (84), en las ocasiones en las que la conducta ilícita se encamina claramente a la modificación de leyes que se

(82) Cfr. sobre el argumento, por todos, L. CHIEFFI: *Il valore della pace*, Nápoles, 1990; M. CECCHETTI: «Il "ripudio della guerra" contenuto nella Carta costituzionale, alla luce del diritto e della prassi internazionale», en *La Comunità internazionale*, 1993, págs. 278 y ss.

(83) Cfr. TOMÁS DE AQUINO: *Summa...*, cit., q. 96, a. 2.

(84) La sugerencia proviene, en una perspectiva que asume tonos sugestivos y en algunos casos provocadores, de S. CARTER: «Does the First Amendment Protect More than Free Speech?», en *33 William and Mary Law Review*, 1992, págs. 871 y ss..

consideran injustas, sin lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes, con la consiguiente exclusión de su antijuricidad.

Si se abandona la premisa de la autosuficiencia del derecho, por otra parte nunca practicada plenamente ni siquiera por los *iuspositivistas* más coherentes, desaparece la exigencia de recurrir al derecho natural con el fin de comprender el desarrollo del propio ordenamiento. En otros términos, dar testimonio de *iusnaturalismo* no ayuda a comprender las dinámicas de juridificación, los procesos de creación y de desarrollo del derecho. También la apelación efectuada algunas veces al art. 2 de la Constitución italiana demuestra ser insuficiente; puesto que, o dicha apelación es entendida según la intención habida por el Constituyente (admitido que dicha intención se pueda reconstruir, en una suerte de *original understandig* que —paradójicamente— acabaría por convertir una de las normas fundamentales de la Constitución, de una guía para el futuro legislador, en no otra cosa que un límite para ser forzado acto seguido); o bien tal apelación permanece como una afirmación de principio, que no da ninguna solución a muchos de los problemas relativos a la extensión de los derechos, a su ponderación y a las técnicas de tutela.

Es más, el ámbito de los derechos humanos parece ofrecer una demostración ejemplar a este respecto. La afectación de este tema al derecho natural es, a pesar de todo, relativamente reciente. Y sin embargo, su consideración nos lleva a la circunstancia de que, en la normalidad de los ordenamientos democráticos avanzados, la referencia al derecho natural sirve para poco: En efecto, los derechos humanos se desarrollan según una dinámica progresiva, según una lógica de comparación (85), con el surgimiento de nuevos derechos desde el reconocimiento de los existentes; perspectivas todas por las que pueden reclamarse hoy equilibrios diversos y más ricos de los que ayer eran posibles.

La realización de un ordenamiento plenamente democrático podría constituir otro ejemplo. También la participación en la vida política debería ser un derecho humano fundamental y, sin embargo, afirmar que su fundamento se encuentra en el derecho natural no permite aún definir el alcance y los ámbitos de tal extensión, ni ofrece el sentido acerca de la llamada perfectibilidad de la democracia.

En verdad, en los ordenamientos democráticos contemporáneos la referencia al derecho natural parece ser poco utilizable, y no puede servir dicha referencia, en cuanto tal, de parámetro de legitimidad en el juicio de constitucionalidad.

No sirve referirse de modo bastante simple al derecho natural, puesto que éste no ofrece la clave de individuación de los valores que caracterizan al ordenamiento y desde los que ejercitar eventualmente el control de constitucionalidad.

En los ordenamientos democráticos contemporáneos, los valores constitucionales se configuran a menudo a lo largo de esa línea de horizonte que va desde el consenso de la mayoría hasta la creación de condiciones de garantía para todas las fuer-

(85) Para tal indicación, permítase el reenvío a A. CARIOLA: *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milán, 1994, págs. 392 y ss.

zas sociales y políticas, así como para los individuos, garantías que —en consecuencia— ni siquiera la mayoría puede vulnerar. La democracia nace —por definición— limitada por tales valores, los cuales permiten la coexistencia, aseguran a todos iguales posibilidades de participar en la vida colectiva, garantizan los derechos de las minorías, y atribuyen a éstas las *chances* de convertirse en mayoría y, en cualquier caso, de tutelar su propia identidad (86). Por eso, dichos derechos representan ese *mínimo* que asegura la coexistencia (87) pacífica, según las condiciones posibles (88) e históricamente dadas.

No sorprende tampoco que, además, dichos valores se concreten por el juez constitucional, incluso cada vez con mayor frecuencia, tratándose a menudo de la enucleación de nuevos derechos desde los ya reconocidos (89); bien porque dicho juez es, por definición, el «portador» de esa cultura particular que es el Derecho constitucional, bien porque la individuación de tales valores se sustrae con creciente intensidad del ámbito de decisión de la mayoría y se atribuye a una instancia independiente, la sede jurisdiccional exactamente, que revela mejor la caracterización social y el difundido consenso de tales valores (90).

(86) Piénsese en los derechos de las minorías étnicas, garantizados —exactamente— a través del mantenimiento de su identidad.

(87) «Das Recht ist nichts Anderes, als das *ethische Minimum*. Objectiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjectiv ist es das Minimum sittlicher Lebensbethätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsgliedern gefordert wird», así G. JELLINEK: «Die socioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe», 1878, incluido en *Begriff und Wesen des Rechts*, W. Maihofer (ed.), Darmstadt, 1973, pág. 208. El concepto es retomado ahora por L. MENGONI: «L'insegnamento del diritto...», cit., pág. 8, para el que la positivización en normas constitucionales de los principios morales atinentes al derecho natural, expresa un núcleo valorativo correspondiente al concepto de mínimo ético, si bien para el autor eso sería instrumental a la exigencia de trazar un umbral de extrema injusticia, más allá del cual el no-derecho es reconocible desde cualquier punto de vista.

La referencia a la conocida frase de Jellinek se presta, por otro lado, a lecturas muy diversas entre sí, en sentido —por así decirlo— extensivo o restrictivo; ya que partiendo de dicha frase puede negarse legitimidad a prescripciones normativas que vayan más allá del «mínimo» o, en cambio, valorizar el reconocimiento de un sustrato moral común a la organización social, haciendo derivar del mismo obligaciones para todos, por ejemplo en el controvertido sector de la educación pública. Probablemente, en efecto, la observación es axiológicamente neutral, tenido en cuenta que no da indicaciones sobre los confines de dicho «mínimo», cuya delimitación atiene, sin embargo, a los diferentes presupuestos acerca de la caracterización «liberal» o «autoritaria» del Estado.

(88) En efecto, no se olvida que la calificación como fundamentales corresponde también a los derechos sociales, y al valor de solidaridad que los informa, a pesar de que su satisfacción por parte del ordenamiento derive de la disponibilidad de los respectivos recursos.

(89) Por eso podría decirse que los nuevos derechos, también cuando se configuran por el legislador (F. MODUGNO: *I «nuovi diritti»...*, cit., págs. 101 y ss.), se elevan al rango de fundamentales cuando son declarados como tales por el juez constitucional, no resultando suficiente —de otro modo— ni siquiera la calificación introducida por el legislador.

(90) Para dicha indicación, véase también A. CARIOLA: «Discrezionalità, tecnica e imparzialità», en *Diritto amministrativo*, 1997, págs. 472 y ss.

Algunas veces la referencia del derecho a la realidad natural puede llenarse de contenido, y esta última puede servir para juzgar acerca de la legitimidad de las decisiones asumidas en el ámbito público, incluso si estas últimas hubieran adoptado la forma legislativa. Se trata de los casos en los que la contraposición con el dato científico (según es entendido el mismo actualmente por la elaboración científica y por las posibilidades de la técnica), comporta la irrazonabilidad de la solución adoptada (91), a pesar de que se contenga en una norma; y, por tanto, según los diferentes ordenamientos, comporta su ilegitimidad, la inaplicación, la caducidad, etc. Pero, por utilizar la terminología aristotélica, en este caso es la física, y desde luego la técnica y no ya la metafísica, la que adquiere realce (92) a causa de las limitaciones derivadas de los hechos para toda voluntad normadora (93).

Por eso, la irrupción de las problemáticas bioéticas presenta también este aspecto, opuesto al considerado normalmente en el sentido de una limitación y un control de las actividades (94); ya que, presumiblemente, están destinados a aumentar los casos en los que la regulación normativa no responda ya a las posibilidades alcanzadas por la técnica y se manifieste, por tanto, viciada a causa de este motivo (si no se sustenta, ciertamente, en una justificación adecuada en orden a la limitación establecida).

7. EL ESTADO DEMOCRÁTICO COMO ESTADO «MÍNIMO» DESDE EL PUNTO DE VISTA MORAL

En otros términos, detrás de la referencia al derecho parece haber una cierta confusión de lenguajes y de conceptos. Si es común la acepción que entiende por derecho natural un complejo de principios de carácter ético, las diferencias emergen cuando se pasa a tratar quién debe definir tales principios; puesto que si dicha tarea debiera corresponder a una autoridad externa al Estado (la Iglesia u otros sujetos),

(91) Sobre la cuestión F. LEDDA: «Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica», en *Diritto processuale amministrativo*, 1983, pág. 391.

(92) La hipótesis se puede ilustrar con un caso curioso (de derecho constitucional monárquico), difundido por la prensa en la primavera de 1996, refiriendo la existencia de una ley inglesa, que se remontaba al siglo XVIII, y según la cual sería condenado a la pena capital el hombre que tuviese relaciones sexuales con la consorte del monarca o de su heredero. En efecto, en aquel tiempo la norma tendría la *ratio* específica de asegurar la descendencia legítima en ausencia de otras pruebas de paternidad, mientras la introducción de la investigación genética ha hecho decaer cualquier justificación de la misma.

(93) Cfr. acerca de la importancia prestada a los hechos, J. WALDRON: «The Irrelevance of Moral Objectivity», en *Natural Law Theory*, pág. 183.

(94) Sobre el argumento existe ya una vasta literatura, véanse, entre muchos, S. RODOTA: *Tecnologie e diritti*, Bolonia, 1995, págs. 125 y ss.; y M. CHARLESWORTH: *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma, 1996; «Bioetica e costituzione», foro con intervenciones de L. CHIEFFI, F. D'AGOSTINO, F. MANTOVANI y S. RODOTA, coordinados por M. LUCIANI y R. ROMBOLI: en *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, págs. 295 y ss.; F. D'AGOSTINO: *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto* (2), Turin, 1997.

eso resultaría inaceptable para el ordenamiento laico y, sobre todo, estaría en contradicción con el fundamento democrático de este último. Mientras que si dichos valores son los que se afirman en virtud del consenso social, debería resultar evidente por qué no se siente la necesidad de definirlos a través del reclamo a una noción que, por definición, resulta extraña al propio ordenamiento. Una vez que éste los ha asumido, dichos valores no son otra cosa que derecho positivo y, por su probable colocación en el nivel más alto, parte fundamental del derecho constitucional del Estado (95). En consecuencia, no se ve porqué se puede contraponer una parte del ordenamiento, aquélla relativa a los valores expresados por la comunidad y que impregnan todo el entramado normativo, al todo, representado por el ordenamiento mismo.

La realidad es que la democracia llena al ordenamiento de contenidos de valor, que están totalmente secularizados en virtud de la necesidad de ser comunes a todos los ciudadanos y de no producir entre ellos diferenciaciones en razón de la creencia religiosa. Clave de dicha dimensión axiológica es, a fin de cuentas, la condición de reciprocidad, que es, por otra parte, un resultado del principio de igualdad, puesto que impide hacer de la condición personal (de religión, pero también de sexo, raza, etcétera) un factor de discriminación (96).

En verdad, la democracia parece transformar radicalmente el carácter del ordenamiento estatal, que de absoluto y cerrado deviene, en cambio, limitado desde mu-

(95) Recuérdese sobre la cuestión la indicación de G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite*, cit., pág. 196, para el que el modo de argumentar en el derecho constitucional se asemeja al usado en el derecho natural.

(96) En esta perspectiva se ha de considerar, quizás, la posibilidad de que los ordenamientos occidentales reconozcan en el futuro la poligamia, hoy presente en el mundo africano y en el islámico. En efecto, en la sociedad multicultural en la que nos encaminamos a vivir, podría proponerse la hipótesis de un ciudadano de creencia islámica que solicita dar reconocimiento legal a su relación con más mujeres, y eso parece plantear a nuestro ordenamiento problemas no indiferentes. En vía por ahora totalmente teórica, probablemente deberían resolverse algunas cuestiones preliminares. En primer lugar, sería preciso aclarar si la poligamia es de por sí una manifestación de violencia de un *partner* respecto de los otros, puesto que, si así fuera, siendo la violencia incluso moral un desvalor que el ordenamiento no puede reconocer, la solución al caso se deduciría de modo claro. En cambio, en el caso de que, en presencia del consenso verificado de todas las personas implicadas, la poligamia no exprese ninguna relación violenta, el reconocimiento legal debería prescindir tanto del presupuesto religioso (todos tendrían acceso a dicha posibilidad y no sólo los pertenecientes a una religión), como de la diferenciación sexual (esto es, hombres y mujeres tendrían igual derecho para hacer atribuir reconocimiento legal a sus respectivas relaciones).

Sobre estos problemas, de cómo conciliar la exigencia de unidad del ordenamiento con «tratamientos diferenciados, para ser entendidos, si fuera necesario, también en el sentido de la introducción de institutos que permitan conservar las culturas en las que han nacido y se han formado individuos pertenecientes a razas diversas», agudamente P. RESCIGNO: «Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico. I problemi di una società multirazziale», en *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, B. Perrone (ed.), Milán, 1992, págs. 223 y ss., 232. Ciertamente, es necesario recordar —en orden a dicha perspectiva— que el Estado moderno surge, por así decirlo, del abandono en la aplicación de la ley del criterio personalista en favor del territorial, expresión del principio de igualdad de las condiciones, cfr. E. CORTESE: «Sovranità (storia)», en *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milán, 1990, pág. 206.

chas vertientes y abierto a acoger las implicaciones que derivan de la recepción de los presupuestos democráticos y de la relación con los otros ordenamientos.

En este contexto, las exigencias expresadas por la apelación al derecho natural se hacen propias, por así decir, por el ordenamiento democrático, desde una dimensión particular. Pero no porque el primero se haya impuesto, cuanto porque el Estado moderno ha cambiado, y aquella relación que pretendía ser exclusiva con el ordenamiento religioso (que se proponía como el depositario del patrimonio ético), por una parte ahora se comprime y se reduce, y, por otra, se cultiva con cualquier otro ordenamiento, comenzando —por retomar la conocida imagen de Croce— por el presentado por cada concreto individuo (97). En otros términos, es como si el derecho natural hubiera sido vaciado desde el interior y no le hubiese quedado ya ningún significado utilizable; disolviéndose así, por la realización del ordenamiento democrático, una contraposición que, de otra forma, habría comportado «un conflicto sin fin» entre diferentes tendencias filosóficas y jurídicas (98).

En referencia al patrimonio de valores característico de la cultura religiosa, el derecho natural ha comportado a cargo de los individuos, ciudadanos al mismo tiempo de uno y otro ordenamiento, un conflicto de fidelidad que ha sido uno de los más lacerantes de la conciencia individual, y que ha marcado la cultura occidental (99). El conflicto entre *polis* terrena y Jerusalén celestial (100), es como si se hubiera prolongado entre los hombres; y, además, ha afectado realmente a personas concretas, pertenecientes a uno y otro orden, a las que se apeló para que fueran fieles a uno y a otro, hasta el punto de matar y ser matados por el predominio de uno de los dos (101).

No por casualidad, el mayor teórico de la democracia relativista, H. Kelsen, negaba eficacia jurídica a la obligación de fidelidad (102), reconducida al deber general de obediencia a las leyes, común tanto a los ciudadanos como a los extranjeros. Para Kelsen se trataba, probablemente, de una negación justificada, puesto que detrás de dicha obligación está(ba) una larga tradición de conflictos entre valores dife-

(97) La referencia a la teorización de B. CROCE: *Filosofia della pratica* (4), Bari, 1932, págs. 307 y ss., es obligada, por la circunstancia de que se debe precisamente a Croce la extensión del concepto de ley también a las decisiones asumidas por el individuo.

(98) H. KELSEN: *Teoria generale del diritto...*, cit., pág. 454.

(99) Por la atención prestada a los conflictos de lealtad que se establecen entre el individuo y el Estado en razón de la pertenencia del primero a más formaciones sociales, la doctrina italiana es deudora de los estudios de P. RESCIGNO: recogidos en *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, 1966, reimpr. Padua, 1987; y todavía «Pluralità di culture...», cit., págs. 223 y ss.

(100) Para retomar a AGUSTÍN DE HIPONA: *La città di Dio*, Milán, 1992, y su tratamiento de las dos ciudades, fruto, respectivamente, del amor de sí (propio) y del amor de Dios (XIV, 28), unidas sin embargo por la búsqueda de la paz (XIX, 26). Sobre el pensamiento político agustiniano, véase también S. COTTA: *La città politica di Sant'Agostino*, Milán, 1960.

(101) Piénsese, por referirnos a la escenificación teatral de un episodio histórico, en la representación del drama de Tomás BECKETT: *Assasino nella cattedrale* de T. S. Eliot, 1935, Turin, 1970 (trad. it.).

(102) H. KELSEN: *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pág. 240.

rentes, de compromisos en sentido fuerte a cargo de la conciencia individual; y se encontraban, por tanto, las premisas para la realización del ordenamiento más totalitario, el que llega a penetrar en el interior de las conciencias (103).

Ahora bien, el Estado democrático intenta evitar los conflictos, o al menos reducirlos considerablemente. Al mismo es coesencial el reconocimiento y la tutela de la libertad de conciencia individual, impulsado en esto también por su caracterización según el principio personalista (104), que induce a atribuir absoluta importancia a la personalidad del individuo y a su patrimonio de valores.

Las ocasiones de conflicto entre fidelidades diversas son relegados a los márgenes del ordenamiento. Es el caso típico de la guerra, cuya exclusión (incluso como instrumento de resolución de las controversias internacionales, como refiere exactamente el art. 11 de la Constitución italiana, pero como se expresa también en otros textos constitucionales), responde al modo de ser del Estado democrático, en cuanto que la decisión correspondiente haría prevalecer sólo uno de los valores, el expresado por la mayoría, sobre todos los demás valores, que —ante todo— correrían el riesgo de ser, al menos por largo tiempo, completamente sacrificados (105). Con la consecuencia de que, para el ordenamiento democrático, el uso de la fuerza resulta lícito sólo por la necesidad de preservar la tutela de los derechos humanos y el mantenimiento de condiciones sociales suficientes (106), y no ciertamente para la exten-

(103) Sobre la relevancia que la obligación de fidelidad, a veces asistida por el juramento, asumió en las Constituciones otorgadas decimonónicas, para garantizar su estabilidad frente a las decisiones del monarca, y de allí en las Constituciones modernas, incluida la italiana, cfr., si se permite, A. CARIOLA: *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milán, 1991, págs. 89 y ss.

Sobre el sentido del juramento previsto en la Constitución y la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión, últimamente, S. MANGIAMELI: «La "laicità" dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e "pluralismo confessionale e culturale" (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)», en *Diritto e società*, 1997, págs. 27 y ss.

(104) Cfr., por todos, V. ONIDA: «Costituzione italiana», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Turín, 1989, págs. 329 y ss.

(105) El recurso a la guerra, tal y como es entendida tradicionalmente, se concilia mal con los caracteres del ordenamiento democrático, en cuanto aquélla constituye el resultado de una decisión de la mayoría, a través de la que esta última decide —precisamente— por todos, y puede imponer al entero cuerpo social —incluidas las minorías— arriesgar la propia supervivencia. Detrás de la guerra se esconde, por tanto, un verdadero y propio problema de legitimación democrática; mostrándose distante de la cultura de los derechos humanos, para cuya tutela se ha instituido el mismo Estado, la idea de que una mayoría pueda decidir, a fin de cuentas, acerca de la pérdida del más elemental y fundamental de dichos derechos, y que pueda decidir también en contra de los diferentes grupos sociales y de las formaciones de la minoría que componen el Estado inspirado en el principio pluralista.

(106) Sobre el cambio de naturaleza de la intervención militar, ya no instrumento de políticas de potencia, sino para la tutela de los países y de las poblaciones golpeadas por desastres naturales o políticos, el debate cultural ha ofrecido amplias reflexiones, especialmente a partir de la invasión iraquí de Kuwait en 1991, que ha vuelto a llamar la atención sobre el tema de la llamada guerra justa. En la amplia literatura, M. WALZER: *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, 1977, Nápoles, 1990 (trad. it.); S. COTTA: *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Milán, 1989; N. BOBBIO: *Il problema della guerra e le vie della pace* (3), Bolonia, 1991; M. WALZER, G. WEIGEL,

sión de la soberanía estatal. Es decir, la guerra deviene lícita con la condición de la subsistencia del mismo ordenamiento y de su caracterización.

Pero los ejemplos podrían multiplicarse en referencia a muchos otros valores, de los que resultan portadores los individuos concretos o los grupos organizados. Aún más, por definición la sociedad pluralista se caracteriza por la riqueza y por la promoción de las diferentes formaciones sociales, cada una de ellas organizada alrededor de algunos valores de referencia.

Todo lo dicho no está exento de consecuencias en la construcción del Estado constitucional democrático, puesto que resulta que este Estado debe ser necesariamente un Estado laico, que no tiene un patrimonio ético propio que imponer; o, mejor, su patrimonio es muy reducido, tratándose de tutelar valores (de tolerancia, de concurrencia entre las diferentes ideas, etc.), instrumentales al desarrollo y a la realización de aquéllos de los que son portadores los individuos y los grupos, de forma autónoma y sin que eso pueda comportar la desaparición de los otros valores.

En segundo lugar, el propio Estado es movido a reconocer cuantas más formas posibles de objeción (107) y de prestación alternativa a los deberes impuestos. Dicha tendencia parece ser una consecuencia indispensable a causa de la aceptación de las premisas democráticas. En efecto, el Estado democrático moderno es un Estado limitado, en el sentido de que en cuanto Estado laico no puede imponer deberes a los propios ciudadanos, si no son los absolutamente necesarios para su mantenimiento (108). En el encuentro con los diferentes ordenamientos representados por las conciencias individuales (109), el Estado casi se retira, tratándose de tutelar el valor

J. BETHKE ELSHTAIN, S. NUSSEIBEH y S. HAUERWAS: *Giusta o ingiusta? Considerazioni sul carattere morale della guerra del golfo*, Milán, 1992; y L. BONANATE: «Universalismo e democrazia», en *Biblioteca della libertà*, núm. 138, enero-febrero, 1997, págs. 41 y ss., del que se ha sacado el inciso inicial.

(107) Sobre los casos de objeción de conciencia reconocidos por nuestro ordenamiento, y más en general sobre el fundamento de la misma, cfr., por todos, las *Voces* dedicadas a la «Obiezione di coscienza» de R. BERTOLINO, P. MONETA y G. BOGNETTI: *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990; y de A. PUGIOTTO: *Digesto delle discipline iuspubblicistiche*, X, Turín, 1995, págs. 240 y ss. La ampliación de la esfera de las libertades y de los comportamientos consentidos, con el fin de permitir al mayor número de individuos reconocerse y convivir en la misma colectividad, sin renunciar a las especificidades propias, es apreciado por V. ONIDA: «L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari», en *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza...*, cit., pág. 367.

(108) Recuérdese, sin embargo, que entre las tareas del Estado democrático se encuentra la de incentivar el pluralismo y la de mantener las condiciones de concurrencia entre los diversos poderes en presencia; exigencia que puede significar la promoción de servicios particulares en favor de las diferentes formaciones sociales, y la asunción, con cargo a los recursos públicos, de contribuciones y financiaciones en su favor, por títulos diversos. Para concretas profundizaciones, véase A. CARIOLA: «Appunti sull'uso dei messaggi di pubblica utilità», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, págs. 3347 y ss.

(109) Que el problema de la objeción de conciencia se refiere a una situación jurídica vinculada a las relaciones entre ordenamientos, se encuentra implícito en la literatura sobre el argumento: Cfr. P. RESCIGNO: «Pluralità di culture...», cit., pág. 224; V. TURCHI: «Obiezione di coscienza e Stato democratico», en *Iustitia*, 1992, pág. 94, para la indicación de que los casos de reconocimiento de la objeción de conciencia por parte del ordenamiento italiano tienen algo que ver, más o menos directamente, con valores típicos de la cultura de inspiración cristiana; del mismo autor, «Obiezione di coscienza», en *Digesto*

fundamental de la libertad de conciencia. Podría decirse que a esto —si bien no es poco— se reduce o se transforma la apelación al derecho natural. No por casualidad el que se refiere a este derecho (110), lo hace para insistir en el fundamento de la desobediencia civil ante las regulaciones normativas consideradas injustas por la conciencia individual. Sin embargo, se debe advertir de inmediato que dicha atención al patrimonio individual de los valores, tiene que ver bien poco con las tradicionales posturas acerca del derecho natural. Es el reconocimiento de la libertad de conciencia, consecuencia directa de la recepción de la democracia y de la primacía de la persona humana, el que limita al Estado y a las obligaciones que el mismo puede imponer a los ciudadanos.

En último extremo, los (verdaderos y propios) deberes fundamentales se reducen a los de carácter patrimonial, y en primer lugar al deber tributario, por el hecho de ser «externo» a la dimensión de la conciencia y por su carácter genérico, en el sentido de poderse referir a todas las tareas asumidas por el Estado, sin relaciones directas con las inversiones concretamente realizadas (y, ante todo, decididas legítimamente por la mayoría). En cambio, cuando el cumplimiento del deber atiene a la esfera personal y de la conciencia, las «precauciones» dispuestas por el ordenamiento, a fin de que la regulación atinente no se transforme en una fuerte pretensión de adhesión axiológica, devienen más intensas: Piénsese, además del ya recordado caso de la guerra, en el ejemplo de las prestaciones sanitarias, relativas precisamente a la esfera personal más íntima y de las que, por eso, la propia Constitución italiana se preocupa por asegurar que respeten la dignidad individual (111).

Resulta coherente con lo dicho, que la lógica extensiva de las libertades referibles al art. 2 de la Constitución italiana no se extienda a los deberes (112), incluso en presencia de una cláusula que podría parecer tan absorbente como la que requiere el cumplimiento de los deberes de solidaridad. No se trata de una simple desarmonía del cuadro constitucional, puesto que, al contrario, lo dicho capta la esencia del Estado democrático como Estado mínimo (113) desde el punto de vista ético, que se

delle discipline privatistiche, XII, Turin, 1995, págs. 26 y ss.; «Ragioni “laiche” e “religiose” dell’obiezione di coscienza», en *Archivio Giuridico F. Serafini*, 1996, págs. 367 y ss.; E. ROSSI: «Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale», en *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, R. Bin y C. Pinelli (eds.), Turin, 1995, págs. 257 y ss., pág. 269, el cual observa que la objeción de conciencia se funda en la pertenencia del sujeto que recurre a la misma a realidades agregadoras capaces de motivar su opción, de modo que dicha objeción parece expresar en muchos casos el contraste entre las diversas pertenencias del individuo, y a menudo entre la pertenencia al Estado y la pertenencia a una confesión religiosa.

(110) Y, por ejemplo, la teorización de R. DWORKIN: *I diritti presi sul serio...*, cit., págs. 265 y ss., recordada por G. REBUFFA: en la «Introduzione», cit., pág. 49. De R. DWORKIN: véase también «Disobbedienza civile e protesta nucleare», en *Questioni di principio*, 1985, Milán, 1990 (trad. it.), págs. 129 y ss.

(111) Para posteriores indicaciones al respecto, y por todos, E. CATELANI: «Profili costituzionali della cura e della riabilitazione dei tossicodipendenti», en *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Padua, 1990, págs. 253 y ss.

(112) Así, eficazmente, P. BARILE: *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pág. 65.

(113) La expresión utilizada por R. NORZICK: *Anarchia, stato e utopia*, Florencia, 1981 (trad. it.),

detiene ante la conciencia del individuo y, en consecuencia, no pretende imponerle deberes que empeñarían su contexto personal de los valores (114); y que no puede reclamar fundarse en un patrimonio axiológico, que acabaría necesariamente por excluir grupos consistentes de ciudadanos del proceso de integración social que expresa toda Constitución (115).

8. EL DRAMA DE ANTÍGONA COMO EXPRESIÓN DEL CONFLICTO AUTORIDAD-LIBERTAD

El conflicto entre derecho positivo y derecho natural se ha evocado a menudo a través de la referencia a la *Antígona* de Sófocles (116). En la conocida tragedia griega, en efecto, Antígona reclama la legitimidad de su comportamiento en cuanto conforme con las prescripciones de los dioses, mientras el tirano, su tío Creonte, personifica la voluntad normadora del derecho positivo y de la pretensión de este último de ser el único que reciba reconocimiento y aplicación (117).

referida por este autor esencialmente a la redistribución de los recursos por obra del Estado, como sustento de las tesis económicas librecambistas, parece captar plenamente y con mayor vigor la caracterización «ética» del Estado democrático, más que como lo hace su definición tradicional de laico, surgida en contraposición a la cultura religiosa y que no expresa, por ejemplo, la circunstancia de que la democracia reclama a menudo la intervención pública para mantener las condiciones de pluralismo social y cultural que la animan.

(114) Análogas consideraciones son desarrolladas por G. CALABRESI: *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, Siracusa, Nueva York, 1985, págs. 92. y ss., y en trad. it. *Il dono dello spirito maligno*, Milán, 1996, págs. 119 y ss., en su crítica a la sentencia *Roe vs. Wade* de la Corte Suprema americana del 1973, con la cual se introdujo la posibilidad de interrumpir el embarazo. Calabresi indica que la sentencia fue, por así decirlo, demasiado motivada, allí donde afirma con resolución que el feto no está protegido por la Constitución, con la consecuencia de excluir del marco constitucional a muchos grupos de ciudadanos, cuyos valores no se reconocen en aquella decisión, y con el resultado posterior de exasperar el conflicto entre partes incitadas a prevalecer de modo total la una sobre la otra.

(115) Por recurrir al plantamiento de R. SMEND: *Costituzione e diritto costituzionale*, 1928, Milán, 1988 (trad. it.), págs. 75 y ss., y a la observación de G. Calabresi, en otro contexto, en el escrito recordado en la nota precedente.

(116) Cfr. G. W. F. HEGEL: *Fenomenologia dello spirito* (1807), V. Cicero (ed.), Milán, 1995, págs. 615 y ss., 623 y ss.; ID., *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), G. Marini (ed.), Roma-Bari, 1991, págs. 144 y ss.; G. FASSO: *Il diritto naturale*, cit., págs. 5 y ss.; F. D'AGOSTINO: *Filosofia del diritto*, cit., pág. 69. Es significativo que la referencia a Antígona se hiciese por P. CALAMANDREI para justificar la sentencia de Nuremberg contra los criminales nazis, «Le leggi di Antigone», en *Il Ponte*, noviembre de 1946, ahora en *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Florencia, 1996, págs. 17 y ss. Para V. HÖSLE: *Il compimento della tragedia nell'opera tarda di Sofocle. Osservazioni storico-estetiche sulla struttura della tragedia attica*, Nápoles, 1983, págs. 133 y ss., la figura de Antígona es expresión de una subjetividad titánica, que se contrapone al «resto del mundo» y al «momento del derecho», aunque sea acabando por destruir la unidad del *genos*.

(117) Sobre Antígona véanse también las intensas páginas de T. ASCARELLI: «Antígona e Porzia», cit., pág. 3 y ss., que volvía a recorrer los contrastes entre derecho natural y derecho positivo, y ponía el acento en la apelación en Antígona a la conciencia individual.

Los versos en los que Antígona justifica, exactamente, su voluntad de dar sepultura a Polinices, el hermano muerto (aún cuando este último había caído en la batalla conducida contra el propio orden político de la *polis* y después de haber dado muerte, por su parte, al hermano Eteocles), expresan de manera admirable la apelación a una legitimidad superior a la política y que, por tanto, «debe» obtener necesaria aplicación: «Proclamado es por mí que Zeus no dio esta orden: la suma diosa que domina con los dioses de ultratumba, la Justicia, nunca dictó tales leyes para los hombres; nunca creí que tus órdenes pudiesen tanto que tú, hombre mortal, pudieses subvertir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses: que no son de ayer ni de hoy estas leyes, sino que viven sempiternas, y ninguno sabe cuándo aparecieron» (118).

El respeto que se ha de prestar al ordenamiento positivo se compendia en los versos de Creonte, también él protagonista de un conflicto entre sentimientos familiares y deberes de la política, en un largo fragmento donde se recuerdan simultáneamente la legitimación política derivada del consenso social, la necesidad de tratar a todos del mismo modo y, aún, el rechazo de la anarquía y la creencia exclusiva en el Estado reclamada a los ciudadanos: «Sólo quien es hombre de razón en la casa, en el estado será justo señor. Y quien las leyes viola con soberbia, y leyes quiere imponer a quien comanda, nunca se dará que se le tribute encomio. Aquel al que la ciudad elige como caudillo, a él se debe obediencia, incluso en las cosas más pequeñas, ya comande lo justo o el contrario... ¡No hay peste más horrible que la anarquía! Es ella quien destruye las ciudades, quien arroja la discordia entre consanguíneos; quien torna en fuga atropellada ejércitos aliados; sólo el buen gobierno salva a los pueblos, allí donde reine obediencia y fidelidad.»

Por otra parte, el drama de Antígona parece expresar más niveles o momentos de conflicto, en cuanto contrapone términos diversos entre sí (119). Lo cual realza la confrontación entre derecho positivo y derecho natural, pero también la contraposición entre derecho y normas morales, o para decirlo mejor, entre Estado y religión codificada, según lo que se ha tenido ocasión de observar hasta aquí. Y esto da idea ya de los términos reales del conflicto, porque tanto el uno como la otra aluden a verdaderas y propias estructuras sociales, comunidades organizadas, unidas en cierto modo por el hecho de tener en común el elemento personal.

Todavía, circunstancia acerca de la que no siempre se reflexiona, la tragedia de Antígona ofrece una representación de la contraposición entre régimen tiránico,

(118) «Antigone», trad. it. de E. Bignone, en SÓFOCLES: *Le tragedie*, Florencia, 1953, pág. 292.

(119) A parte la oposición entre feminidad y virilidad indicada por G. W. F. HEGEL: *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., pág. 145.

Permaneciendo siempre en el terreno de la tragedia griega, puede recordarse que una «contradicción» análoga entre valores diferentes (todos entendidos del mismo modo, de manera intensa y recíprocamente excluyente), se encuentra en el ciclo de la *Orestíada*, de Esquilo. La *Antígona* se prefiere con el fin de indicar el conflicto entre derecho natural y positivo, por la circunstancia de concentrarse toda ella sobre dicho conflicto.

donde se desconocen los valores de la persona humana, y democracia, fundada en cambio en el reconocimiento y la promoción de dichos valores (120). Para la sensibilidad contemporánea Antígona expresa, sobre todo, la relación, o el conflicto si así se quiere decir, entre autoridad y libertad. Según el ordenamiento democrático, dicho conflicto se decidiría hoy en su totalidad de la parte de Antígona, pero no por la primacía que se habría de reconocer al pretendido derecho natural, del que Antígona sería la voz, sino por la primacía que se ha de atribuir a la libertad de conciencia. Porque, en otros términos, el propio Estado ha cambiado, y este último, por tanto, jamás podría asumir los contenidos del orden impartido por Creonte, si bien eso se haya producido, precisamente, en virtud de la decisión asumida por el Estado y según valores desarrollados de manera autónoma por el mismo (121).

En fin, la conciencia individual de Antígona da vida a un completo ordenamiento de valores, no importa cuánto pueda ser compartido socialmente. El conflicto con Creonte deviene, así, la expresión de la relación que opone al individuo concreto y a su patrimonio ideal con el Estado y (en términos modernos podríamos decir) con la regla de la mayoría. Decidir dicha contraposición en favor de Antígona, significa que el Estado encuentra un fuerte límite a su acción en la exigencia de salvaguardar las decisiones de libertad de los individuos. Es como si el conflicto entre el poder político y el moral se hubiera multiplicado hasta el infinito, en las muchas creencias individuales de las que es portadora cada persona. Desde este punto de vista, parece no tener sentido ya referirse a un único derecho natural, porque éste puede considerarse disuelto en tantos, infinitos ordenamientos, cuantos son los hombres, cuyo patrimonio ideal ha de ocuparse en respetar el Estado democrático. Tal circunstancia hace desvanecerse la «tradicional» o «clásica» función de la perspectiva *iusnaturalista*, que pretendía dirigir y orientar la acción estatal y constituir siempre su parámetro de valoración.

(120) Y en efecto, algunos versos de Antígona expresan la consciencia de que el orden de Creonte puede configurarse sólo en contextos autoritarios: «Ciertamente la tiranía tiene, entre muchos, también este privilegio, de decir y hacer, según su entender, todo.»

(121) En un tal contexto, ¿cómo decir?, *kelseniano*, resulta superada también la «recriminación» hecha tradicionalmente a la democracia relativista de consentir la injusticia, comprendida la que se consumó contra Cristo según la narración evangélica recorrida de nuevo, entre tantos, por H. KELSEN: *La democrazia*, 1929, Bolonia, 1984 (trad. it.), págs. 143 y ss.; A. SPADARO: *Contributo per una teoria della costituzione...*, cit., págs. 187 y ss.; G. ZAGREBELSKY: *Il «crucifige» e la democrazia*, Turín, 1995; M. LUCIANI: «Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)», en *Politica del diritto*, 1998, págs. 375 y ss. En efecto, en el ordenamiento democrático el éxito de la crucifixión de Cristo deviene imposible, ya que dicho sistema político no puede acoger un valor tal que justifique, por razones de conciencia, la muerte de un hombre.

