

UN GOBIERNO DE PRINCIPIOS

POR

ESTANISLAO CANTERO (1)

*A mis amigos Álvaro Lafita
y Alfredo de la Figuera*

Ante la evidencia de que la Unión Europea en construcción no constituye un Estado propiamente dicho, pero todavía mediatizados por el Estado de derecho —a pesar de que el fulgor de su oropel ya no debería ocultar la auténtica luz de la verdad social y jurídica (2)— y en parangón con él, se ha escrito que

(1) Comunicación al 39 Congreso Internacional del *Institut International d'Études Européennes "Antonio Rosmini"*, celebrado en Bolzano los días 5, 6 y 7 de octubre de 2000, sobre el tema *Quale governo per l'Europa?*

(2) Sobre esta visión del Estado de derecho, cfr. *El Estado de derecho en la España de hoy*, con artículos de Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE ("¿Cómo entendía Aristóteles lo que ahora decimos 'Estado de derecho'?", págs. 13-46); Juan VALLET DE GOYISOLO ("El Estado de derecho. Su realidad en la España medieval: el pacto y las libertades concretas", págs. 47-64); María del Carmen FERNÁNDEZ DE LA CIGÜERA ("La aparición del Estado de derecho. Su filosofía jurídica y política", págs. 65-80); Enrico PASQUCCI ("La aparición del Estado de derecho: limitaciones del poder y separación de poderes", págs. 81-96); Evaristo PALOMAR ("La construcción del Estado de derecho en España", págs. 97-137); Juan CAYÓN PEÑA ("El régimen de Franco y la falta de un Estado de derecho", págs. 139-166); María José FALCÓN Y TELLA ("Constitución española de 1978 y Estado social y democrático de derecho", págs. 169-235); Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚVEDA ("La conculcación del Estado de derecho. Legalidad versus legitimidad", págs. 237-262); Miguel AYUSO ("La quiebra de la función judicial y del control legislativo como órdenes de justicia", págs. 263-293); Jose Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN ("Consideraciones sobre la ley y el Estado de derecho. La manipulación de la ley", págs. 295-315); José de la Torre MARTÍNEZ ("El positivismo jurídico formalista y la justicia", págs. 317-347); Juan Adonio MARTÍNEZ MUÑOZ ("Derechos y libertades fundamentales: garantías y participación", págs. 349-386), y Estanislao CANTERO ("La quiebra de la tradición jurídica española", págs. 387-454).

Europa posee un cierto grado de "imperio del Derecho" con controles de legalidad y de constitucionalidad (3).

Nadie podrá negar tal cosa, siempre que las palabras no nos engañen. El moderno "imperio del Derecho", no es en realidad más que el "imperio de la ley" que el Estado de derecho ha asegurado, como proclama, por ejemplo, el preámbulo de la constitución española (4) siguiendo el constitucionalismo revolucionario francés, que en la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, sometía no sólo el ejercicio de los derechos naturales, sino su propio concepto, a la ley positiva (5), con evidente contradicción lógica y conceptual (6).

Ese imperio de la ley no es otra cosa que "imperio del Estado", porque, como es bien sabido, identificado el derecho (7) con la ley (o con los actos dictados en su ejecución o aplicación), para el Estado de derecho no hay más derecho que el emanado de sí mismo (directa o indirectamente), tanto porque se ha constituido en monopolizador del derecho así entendido (la ley), como, sobre todo, porque no hay más derecho que el derecho positivo al haber expulsado al derecho natural (8), al que se ha acusado, injustamente, de ser el disfraz ideológico del orden legal existente (9), cuando, en realidad, esa es la consecuencia, se

(3) ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, "Por una Constitución europea pluralista", *Nueva revista de política, cultura y arte*, núm. 71, septiembre-octubre 2000 (págs. 68-83), pág. 70.

(4) El preámbulo, entre otras manifestaciones, expresa la voluntad de "consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular".

(5) Así lo indicaban los artículos 4 y 6.

(6) Cfr. E. CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990, págs. 21-42.

(7) Sobre el concepto del derecho en España en el siglo XX véase, E. CANTERO, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Fundación Mairitense del Notariado, Madrid, 2000.

(8) Sobre el derecho natural véase la obra de síntesis, J. VALLET DE GOYTISOLO, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997.

(9) La expresión atribuida a Kelsen (Carl Joachim FRIEDRICH, *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1.ª reimpresión, 1969, pág. 249); Cfr. H. KELSEN, "L'idea del diritto naturale", en *Dottrina dello Stato* (a cura di Agostino CARRINO), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994, pág. 152.

quiera o no, del formalismo y del positivismo (10). Pero, para evitar confusiones —en el fondo queridas pues, pese a todo, el legislador pretende evocar una legitimación superior (eso sí, que se ha hecho inmanente)— se debería desterrar el vocablo derecho.

Si como afirmaba Kelsen, el Estado es el ordenamiento jurídico, si el Estado es el derecho —porque el dualismo que los diferencia es inadmisibles, pues otra cosa supondría una reduplicación del objeto del conocimiento (11)—, si el poder se transmuta en derecho (12), si no hay más derecho que el establecido por la norma (13); o si, de otro modo, el derecho es creación del Estado al que luego se somete, el resultado es el mismo y todas las garantías jurídicas valen tanto como el papel que las soporta: las modificaciones continuas y permanentes, tanto del ordenamiento como de esa autolimitación —no hay norma que, con las formalidades correspondientes, no se pueda revocar—, manifiestan la absoluta relatividad de su valor —es decir, de su inconsistencia—, a consecuencia del rechazo de un absoluto trascenden-

(10) Cfr. C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Del poder y la justicia*, vol. 1: *El sentimiento de la justicia*, Editorial Actas, Madrid, 1997, págs. 113-120 y *passim*.

En realidad, como observa Martínez-Sicluna, "la descripción que del dualismo iusnaturalista pretende llevar a cabo el relativismo positivista, no es más que que la máscara que encubre una total inversión de la realidad, una deformación mediante la cual el Derecho Natural deja de ser Derecho y pasa a ser una -idea-", (*Del poder...*, pág. 73).

(11) Para una crítica a la falsedad del planteamiento de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo como una dualidad inaceptable, dado que ese dualismo no es más que una visión distorsionada por todos los matices del derecho natural, cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Qué es el derecho natural*, cit., págs. 52-54; C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Del poder y la justicia*, cit., págs. 299-329 y *passim*; J. A. MARTÍNEZ MUÑOZ, "Sobre el sentido del derecho natural", *Anuario Jurídico y Económico Escurtalense*, época II, núm. XXXI, 1998, págs. 155-198.

(12) El poder, eso sí, "democrático", como legitimador del derecho —en realidad de la ley— es la tesis que ha permitido la despenalización del aborto en España, y la base de la concepción jurídica, en realidad ideológica, de algún autor español, como Peces-Barba; cfr. E. CANTERO, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytiso*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, págs. 199-235.

(13) Cfr. Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941, págs. 154-169 y 79; H. Kelsen, "Lineamenti di teoria generale dello Stato", en *Dottrina dello...*, cit., pág. 58.

te (14). Esa debilidad, también se quiera o no, se expresa con los conceptos de validez (15) y legalidad con los que se ha querido sustituir al de legitimidad (16).

(14) Cfr. sobre los presupuestos de la concepción filosófica relativista en que se basa la unión entre Estado de Derecho y democracia (moderna), H. Kelsen, "Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Madrid, 1934, págs. 153-159; H. Kelsen, "Difesa della democrazia", en *Sociologia della democrazia* (a cura di A. Carrino), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1991, págs. 48-49.

En el relativismo —que es la razón de ser la democracia, pues al ser accesibles a la razón humana tan sólo valores relativos, solo se puede justificar la coerción necesaria para su realización mediante el consentimiento de la mayoría— se encuentra, como es sabido, una de la aporías del pensamiento kelseniano en relación a la democracia que aquél establece como científico-racional.

En efecto, la respuesta de Kelsen a la posibilidad de que la democracia perezca porque la mayoría del pueblo así lo quiera, es que aquella no se puede defender mediante la dictadura en contra del pueblo, en la esperanza de que el ideal de la libertad podrá renacer ("Difesa...", pág. 50). Tal respuesta, no es más que una respuesta democrática a medias, y, desde luego no es una respuesta científico-racional según sus parámetros, puesto que Kelsen incorpora el lamento por aquella pérdida, que atribuye a que se ha engañado al pueblo ("Difesa...", pág. 50). Pero de ese modo se desvanece todo relativismo y todo rechazo de lo absoluto, de un valor absoluto.

La respuesta democrática ante aquella posibilidad no admite lamento alguno, sino más bien reconocimiento de que sería expresión de ella misma, que implica su propia destrucción si así lo quiere la mayoría; mayoría que no expresa otra cosa distinta de la propia libertad —no sólo de sus integrantes, sino también de las minorías—, la cual es, para Kelsen, de un lado, el criterio o razón de la democracia, y, de otro, limitación de la autodeterminación, por el necesario sometimiento a la regla de la mayoría.

El relativismo no puede afirmar que el mejor sistema es la democracia —cuando se dice que ésta se caracteriza por el principio de mayoría—, sino aquel que quiera la mayoría del pueblo, sea la democracia u otro. Y si el pueblo se engañó es porque hay un valor, que no puede ser relativo sino absoluto, que permite advertir tal engaño. La respuesta kelseniana tan sólo respeta formalmente la decisión popular, e introduce en su discurso científico-racional, un presupuesto que, de acuerdo con sus explicaciones, es metafísico: la democracia resulta ser un valor absoluto. Incluso ante la objeción de que de ese modo se romperían las reglas formales del juego democrático, éstos constituirían el valor absoluto, en contra de su fundamento relativista.

(15) Cfr. María José FALCÓN Y TELA, *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*, Civitas, Madrid, 1994, especialmente para los fundamentos positivista y sociológico, págs. 127-292.

(16) Cfr. C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Editorial Actas, Madrid, 2.ª ed., 1991.

Por eso no puede extrañar su corolario de que tal sistema "es compatible aún con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la «libertad individual» (17), por lo demás, consecuencia nada sorprendente para quien considera, como Kelsen, al derecho (en realidad, la ley, el ordenamiento jurídico) como técnica social del control humano (18). Es una buena muestra del resultado final de lo que Gentile describe como "processo di divinizzazione dello Stato" (19). No podía ser de otro modo para quienes consideran que "cualquier contenido puede ser Derecho" (20).

De ese proceso, cuya formulación más depurada, más descarnada y aberrante, se ha verificado en el siglo que acaba de concluir, han sido expresión sucesiva los triunfos del positivismo a nivel político, legislativo y gubernamental, plasmados en funestas consecuencias cruentas, especialmente, con la Revolución francesa (21), el imperio comunista (22) y la Alemania nazi, que salvo para la última, muchos se esforzaron por ocultarlo durante mucho tiempo, creando una versión "oficial", "profesoral" y "letrada" absolutamente irreal. Hoy, la barbarie del aborto va camino de superar en millones de víctimas "legales" a todas aquellas iniquidades juntas.

Consecuencias que sufrimos hoy, como ha advertido Galvão de Sousa, en una elaboración legislativa efectuada al margen o contra la historia, la naturaleza y la tradición, con la pretensión

(17) H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Madrid, 1934, pág. 24.

(18) H. KELSEN, *La teoría pura...*, pág. 56.

(19) Francesco GENTILE, "Esperienza giuridica e secolarizzazione" (págs. 17-32), pág. 25, en Danilo CASTELLANO, y Giovanni CORDINI (a cura di) *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milán, 1994.

(20) H. KELSEN, *La teoría pura...*, pág. 96.

Para un crítica al formalismo, al voluntarismo y al positivismo jurídicos en Kelsen, cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Voluntarismo y formalismo en el derecho*. Joaquín Costa, antípoda de Kelsen, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1986, págs. 47-70; C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Del poder...*, *passim*.

(21) E. CANTERO, "La Revolución Francesa. Recapitulación historiográfica", *Aportes*, núm. 12, 1990, págs. 20-29.

(22) Luis María SANDOVAL, *Cuando se rasga el telón. Ascenso y caída del socialismo real*, Speiro, Madrid, 1992.

de "crear" un derecho —una legislación— en abstracto, al margen de la realidad viva en que consiste (23); o, como advierte Gentile, en un puro convencionalismo irreal de la *geometria legale*, que muestra la "virtualità dell'intero castello dell'ordinamento giuridico sulla sua base costruito" (24).

Tras la segunda guerra mundial pareció que, abrumados por el espanto de la barbarie y con la "conversión" de juristas considerados grandes, se impondría, finalmente, una mentalidad iusnaturalista, más aquello no duró mas que un instante. Lo impidieron los llamados principios de la democracia (25), tan positivista y dogmática como el totalitarismo que presumía rechazar, lo que ya había sido advertido por Tocqueville, tanto en Francia tras la Revolución —donde un poder central inmenso cngulló a los demás poderes sociales diseminados por todo el cuerpo social (26)—, como en América —donde captó la especie de opresión que amenazaba a los pueblos democráticos en forma de poder inmenso y tutelar (27)—, y del constitucionalismo moderno (28).

(23) Cfr. José Pedro GALVÃO DE SOUSA, *La historicidad del derecho y la elaboración legislativa*, Escelicer, Madrid, 1972, págs. 85-113.

(24) F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, CEDAM, Padua, 2000, pág. 31 (con apéndice de Ugo Pagallo, "Note d'appunti su Teoria e prassi alle radici della filosofia del diritto in Francesco Gentile", págs. 67-201).

(25) Cfr. Eugenio VEGAS LATAPIE, *Consideraciones sobre la democracia*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1965; AA.VV., *¿Crisis en la democracia?*, Speiro, Madrid, 1984, con contribuciones de Enrique ZULETA PUCEIRO ("Las condiciones sociales de la democracia", págs. 37-61); J. VALLET DE GOYTISOLO ("Ideología o participación", págs. 63-91); Francisco CANALS VIDAL ("El ateísmo como soporte ideológico de la democracia", págs. 93-100); Gonzalo IBÁÑEZ SANTAMARÍA ("La utopía democrática: libertad e igualdad", págs. 101-119); Emilio SERRANO VILLAFANÉ ("La democracia, legitimadora del derecho", págs. 155-174); Javier URCELAY ALONSO ("Democracia o dictadura: un falso dilema", págs. 175-190); Federico CANTERO NÚÑEZ ("La democracia y la doctrina pontificia", págs. 191-224); Rafael GAMBRA ("La democracia como religión", págs. 225-232) y, especialmente, M. AYUSO ("El totalitarismo democrático", págs. 121-154) y E. CANTERO ("Evolución del concepto de democracia", págs. 5-55; trad. ital., "Evoluzione del concetto de democrazia", *Quaderni di Cristianità*, núm. 3, invierno 1985, págs. 14-33).

(26) Alexis de TOCQUEVILLE, *L'ancien Régime et la Révolution*, 1, 2 en la edición de Robbert Laffont (col. Bouquins), París, 1986, págs. 957-958.

(27) A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 2, 4, 6, en la edición de Robbert Laffont (col. Bouquins), París, 1986, págs. 647-648.

(28) Sobre la crisis del Estado moderno y una propuesta de solución, cfr. M. AYUSO, *¿Después del Levathan? Sobre el estado y su signo*, Dykinson, Madrid,

Hoy, la Europa en construcción se rige por la primacía de la ley respecto al derecho; esa ley, querámoslo o no, no está sometida al derecho, sino que, en clara inversión, el derecho se define en función de la ley: no hay más derecho que la ley. Por ello Europa, con leyes inicuas —*monstra legum*, en expresión de Juan Pablo II (29)—, está camino de desaparecer como comunidad civilizada y humana, al haber introducido el *deslegislar*, es decir, un modo perverso (30) de actuación normativa. En ella nada se respeta como se ve con la acepción moderna de los derechos humanos (31) y la institucionalización de los falsos derechos (32). La posibilidad de la permisión de la clonación de embriones humanos abre otra perspectiva espantosa (33). Puestos a

2.ª ed., 1998; sobre la crisis de la justicia penal y de la administración de justicia en Italia, Alfredo MANTOVANO, *La giustizia negata*, Cristianità, Piacenza 1992; *Giustizia a una svolta*, Cristianità, Piacenza, 1993.

(29) JUAN PABLO II, "Alocución a la Unión de Juristas Católicos Italianos", 6 de diciembre 1980, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XIII, núm. 5, domingo 1 de febrero de 1981.

(30) Cfr. Ramón MACÍA MANSO, "Perversión y conversión", *Verbo*, núm. 265-266, mayo-junio-julio 1988, págs. 651-696, especialmente, págs. 265-266.

(31) Cfr. Michel VALLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, París, 1983; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, págs. 463-475; Gian Pietro CALABRÒ, *La galassia dei diritti*, Ceim, Salerno, 1993; D. CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996; Dalmacio NEGRO, "El problema de los derechos humanos", *Verbo*, núm. 389-390, noviembre-diciembre 2000, págs. 711-726; Alberto CATURELLI, "Los derechos del hombre y el futuro de la humanidad", *Verbo*, núm. 383-384, marzo-abril 2000, págs. 237-253.

(32) Cfr. F. CANTERO, "El fracaso de los derechos humanos y su protección en el ordenamiento jurídico español: el paradigma del aborto", en Danilo CASTELLANO (a cura di) *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996, págs. 123-132; E. CANTERO, "Moralidad, pluralismo y bien común", en D. CASTELLANO (a cura di), *Europa e bene comune*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, págs. 115-123; E. CANTERO, "De derechos nada. Los derechos humanos y la Unión Europea: ¿aparición o realidad?", *Verbo*, núm. 383-384, marzo-abril 2000, págs. 277-282.

(33) Sobre las manipulaciones genéticas y la bioética, cfr. Jérôme LEBJUNE, "Las manipulaciones genéticas: los aprendices de brujo", *Verbo*, núm. 189-190, noviembre-diciembre 1980, págs. 1201-1222; José Miguel SERRANO-RUIZ CALDERÓN, *Cuestiones de bioética*, Speiro, Madrid, 2.ª ed. 1992; María del Carmen FERNÁNDEZ DE LA OGOÑA, "Bioética y tecnocracia", *Verbo*, núm. 315-316, junio-julio-agosto 1993, págs. 505-526.

mejorar la especie y en aras de la salud humana, ¿por qué no permitir la clonación de seres humanos —eso sí, “algo” menos humanos (34)— cuya única función sea asegurar la sustitución de órganos para los hombres superiores?

Esa gama de falsos derechos —aborto, divorcio, suicidio, eutanasia (35), homosexualidad, madres de alquiler, FIV, “el derecho a la libertad de procreación” y a la diversidad de “formas alternativas de formato de familia” (36), manipulación genética, clonación, etc.— fruto de una mentalidad individualista, subjetivista, de un “yo divinizado (37) —que identifica y confunde la ética con el acto de decisión libre (38), lo que imposibilita la responsabilidad personal y, verdaderamente, instituye un nihilismo ético (39)—, es prueba concluyente de que el derecho —que es lo justo, lo recto, lo adecuado o proporcionado a otro en una situación real concreta— va camino de ser tolerado tan solo cuando no “moleste” a los otros (40), que son, por supuesto, los

(34) Como en la obra de ORWELL, *Rebelión en la granja*, establecido el reino de la igualdad animal, unos privilegiados eran menos iguales que el resto, ficción que fue superada por la realidad en el mundo comunista y va camino, en algunas cuestiones, de ser superada, también, en el mundo liberal-democrático.

(35) Cfr. la reciente obra de J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Eutanasia y vida dependiente*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2001.

(36) Max CHARLESWORTH, *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, 1996, págs. 125 y 126.

(37) Charles MAURRAS, *Dictionnaire politique et critique*, La Cité des Livres, París, 1933, tomo I, pág. 136, 1.ª col.

(38) Así, por ejemplo, se rechaza la ley natural como “una teoría más” (M. CHARLESWORTH, *op. cit.*, pág. 3), aunque se afirma, dándolo por probado, no sólo que “en una sociedad liberal, el valor supremo es la autonomía personal, es decir, el derecho de uno mismo a elegir su estilo de vida propio” (*op. cit.*, pág. 1), sino que ese es el valor supremo en cualquier caso, pues de otro modo no cabría exigir que todos deben someterse a él.

(39) Cfr. Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993, págs. 190-196.

(40) En efecto, con toda crudeza lo expresa el liberal CHARLESWORTH: puesto que “el derecho a la autonomía o autodeterminación es de hecho el fundamento de todos los demás derechos humanos” (*op. cit.*, pág. 43), y “un valor absoluto” (*op. cit.*, pág. 8) y “la tolerancia del pluralismo ético” (*op. cit.*, pág. 197) es el principio operativo, “en una sociedad liberal no hay bien común de un modo sustantivo” (*op. cit.*, pág. 27); sin embargo, “cuando una sociedad liberal contiene gru-

que establecen la medida o el criterio de tolerancia (41), lo que prueba que se prescinde de que el derecho es un *bien* (42). Aunque tal tipo de sociedad exige, eso sí, un acto de fé en que su virtualidad pueda ser realidad, es decir, que pueda subsistir sin destruirse (43).

Y los controles de legalidad y de constitucionalidad son insuficientes para evitarlo, porque parten de las mismas premisas de ese Estado de derecho y son fiscalizaciones que se establecen para asegurarlos. Así, el examen de las leyes en cuanto a su cons-

pos minoritarios que rechazan la noción fundamental de autonomía y todo lo que ésta supone (...) muerden la mano de quien les tolera mediante el rechazo de las bases de la libertad que se extiende hasta ellos y que les permite existir. (...) Una sociedad liberal no tiene que ser de una forma absoluta, ni neutral respecto a los valores ni permisiva con cada uno de los grupos. (...) la sociedad liberal establece compromisos con el valor de la autonomía, y no tiene que tolerar grupos que contradigan este valor y todo aquello que se derive de ello" (*op. cit.*, pág. 29).

(41) Al rechazar la verdad y degradarla a verdades relativas ("la razón humana puede concebir sólo valores relativos", H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1981, pág. 109) —con lo que se convierten en meras opiniones—, se rechaza también el bien, y la tolerancia —equiparación igualitaria entre todas las opiniones— resulta ser "el principio ético fundamental" del relativismo (H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, cit, pág. 112). Por eso, en su defensa de la democracia sostiene Friedrich, que "el sentido de la Democracia constitucional es hacer posible un *disagreement on fundamentals*", por lo que, en tal democracia, "la tolerancia es, en el fondo, una condición de vida" (Carl J. FRIEDRICH, *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1966, págs. 100 y 101).

(42) En efecto, no se tolera el bien sino el mal para evitar mayores males. Predicar la tolerancia como un bien en sí —"principio ético fundamental"— supone un desprecio del bien, en cuanto que se equipara en plano de igualdad al mal. En realidad, hoy ni siquiera se toma en cuenta la distinción, cualquier cosa es igualmente admisible y paradójicamente, termina por ser asimilable a igualmente buena. Cfr. Michel CREUZET, *Libertad, liberalismo y tolerancia*, Speiro, Madrid, 1980; también, la crítica al libro de Michael WALZER (*Tratado sobre la tolerancia*) de Antonio SEGURA FERNS, "Tolerancia y momento cultural", *Verbo*, núm. 373-374, marzo-abril 1999, págs. 265-293; Victorino RODRÍGUEZ, O.P., "Qué es tolerancia", *Verbo*, núm. 343-344, marzo-abril 1996, págs. 235-238.

(43) Así lo expresa el autor liberal que estoy citando, cuando, de forma nada empírica, indica que es necesario, y exhorta a ello, suscribirse al "acto liberal de fe según el cual es posible una sociedad sin que exista ningún consenso sobre un conjunto sustantivo de valores morales" (M. CHARLESWORTH, *op. cit.*, pág. 203).

titucionalidad, adolece de un vicio originario, pues la constitución (44) no escapa a los defectos de la concepción moderna de la ley —expresión de la voluntad del pueblo, sin límite alguno a su poder de decisión—, pues aunque se trata de la ley de leyes, en su gestación, elaboración, promulgación e interpretación, tampoco se ha reconocido —y se niega que se pueda reconocer (45)—, una superioridad jurídica fuera del ámbito de decisión humana, respecto a la cual, el poder —la soberanía, la voluntad popular, el gobierno, el parlamento o el órgano que interpreta la constitución—, carezca de jurisdicción (46).

Así, resulta imposible que el auténtico derecho esté por encima del Estado y de la ley, y por eso no puede predicarse de él

(44) Un análisis crítico de la Constitución española, pero que la rebasa en cuanto se refiere a algunos de sus principios, en M. AVUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Criterio Libros, Madrid, 2000.

Para la Constitución italiana, AA.VV., *La decadenza della Repubblica e l'ascesa del politico* (Monduzzi Editore, Bolonia, 1995), con contribuciones de D. CASTELLANO ("Introduzione", págs. 1-8 e "Il «concetto» di persona umana negli atti dell'Assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico", págs. 37-71); Luigi BAGOLINI ("Giustizia e cristianesimo", págs. 8-36); Michele GASLINI ("Spunti critici per un lineamento analitico dell'orientamento legislativo della prima Repubblica italiana, in tema di diritto dell'economia", págs. 73-124); P. GENTILE ("Le condizioni de la Res publica", págs. 125-128); Giancarlo GIUROVICH ("Postille al dibattito sulla crisi istituzionale", págs. 129-152), y Giuseppe GOISIS ("L'eclissi della famiglia: un fattore decisivo di decadenza della Repubblica", págs. 153-175). Aunque centrado en la democracia cristiana, por su importancia, el volumen colectivo, *Questione cattolica e questione democristiana*, CEDAM, Padua, 1987. También, Francesco GENTILE y Pietro Giuseppe GRASSO (a cura di), *Costituzione criticata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

(45) En otra ocasión me he ocupado de algunas paradojas de la constitución española (ambigüedad, aconfesionalidad, immanencia, voluntarismo de la ley, soberanía popular y Estado de derecho) y he procurado solventar algunas objeciones que pudieran oponerse a la tesis sostenida de la arbitrariedad del poder y de la ausencia de garantías reales (legalidad democrática, consentimiento, respeto de las minorías, derechos humanos, valores, apertura a la justicia, principios generales constitucionalizados e instituciones), E. CANTERO, "La quiebra...", en *El Estado de...*, cit. (págs. 387-454), págs. 411-454). Naturalmente, pesc a todo, existe la obligación, aún a su costa, de interpretarla conforme a la realidad expresada por la naturaleza de las cosas.

(46) Cfr. A. M. PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, 3.ª ed. española, Madrid, 1997, pág. 110.

que "imperca"; no, hay, pues, verdadero "imperio del derecho". Y es que se quiera o no, no cabe verdadero Estado de derecho sin derecho natural (47), por lo que la soberanía de la constitución como expresión de un auténtico Estado de derecho (entendido como sometimiento del Estado al derecho verdadero) no es más que otra ficción jurídica, pues las modernas constituciones no reconocen el derecho natural.

Como escribe Mauro Ronco, "gli ordinamenti moderni non sono, propriamente parlando, ordinamenti giuridici" no lo son "formaliter perché privi della nota della normatività, in quanto non sono incardinati nella legge naturale, che è la stessa legge eterna di Dio, insita negli esseri dotati di ragione". Tampoco lo son "materialiter" porque "intronizzano positivisticamente il principio del primato assoluto della legge dello Stato indipendentemente dal suo contenuto e, prima ancora e soprattutto, indipendentemente dal suo fondamento nella legge eterna di Dio" (48).

Y es que, como observa Castellano en armonía con el realismo aristotélico tomista, "il fine della Res publica, non è quello di garantire la sopravvivenza fisica o la convivenza degli arbitri, ma quello di aiutare l'uomo a vivere bene, cioè razionalmente", lo que exige "considerare l'essenza dell'uomo e aiutarlo a diventare quello che egli è per natura" (49).

La única forma de evitar que Europa destruya la civilización que surgió en su interior, y, por ende, se destruya a sí misma, es

(47) J. VALLET DE GOYTISOLO, "El Estado de derecho", *Verbo*, núm. 168, septiembre-octubre 1978, págs. 1035-1059 (trad. italiana "Il moderno Stato di diritto" en *Cristianità*, año XX, núm. 201-202, enero-febrero 1992, págs. 5-10, y "Una vecchia concezione dello Stato di diritto", *Cristianità*, núm. 203, marzo 1992, págs. 5-9); FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, "El Estado de derecho en el pensamiento germánico y en la tradición de las Españas", *Verbo*, núm. 211-212, enero-febrero 1983, págs. 23-39; JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA (Coordinador), *O Estado de Direito*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1980, y, específicamente, su estudio "O Estado de direito e o direito natural", págs. 11-35.

(48) MAURO RONCO, "Diritto naturale e diritto positivo nell'enciclica *Veritatis splendor*", *Cristianità*, año XXII, núm. 230-231, junio-julio 1994 (págs. 5-15), págs. 9 y 10.

(49) D. CASTELLANO, *L'Ordine della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, pág. 39.

por la vía del sometimiento al derecho, donde la ley no puede ser más que un instrumento a su servicio, porque, como recuerda Giurovich, el ordenamiento jurídico (50), "esiste non tanto per instaurare un ordine qualsiasi ma quello fondato sulla verità e sulla giustizia" (51).

Cualquiera que sea la forma de gobierno que se vaya elaborando y termine por imponerse, cualquiera que sean sus órganos y cualquiera que sea la distribución de sus poderes y de sus controles, lo imprescindible es que se trate de un gobierno de principios. Esto es, de un gobierno que reconozca aquello que es fundamento de todo lo demás; lo que es constitutivo del ser humano, del ser social y del ser del derecho. Para éste último, los principios genuinos del derecho, especialmente los de derecho natural (52), pues como observó en esta misma sede Composta, "el diritto naturale tomistico è il diritto della civiltà umana per essenza" (53).

(50) Entre la ingente bibliografía sobre este concepto, cfr. F. GENTILE (*Ordinamento...*, pág. 15), que advierte: "È inconfutabilmente vero che l'ordinamento giuridico è puramente virtuale, stante il postulato della geometria legale che lo stato naturale dei rapporti interindividuali sia quello e solo quello della conflittualità, senza tregua e senza quartiere, e quindi che il disordine, como non-ordine oggettivo, costituisca lo stato naturale degli individui"; también, Ugo PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, CEDAM, Padua, 1998.

(51) Giancarlo GIUROVICH, "Postille al dibattito sulla crisi istituzionale", en D. CASTELLANO, *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, Monduzzi Editore, Bologna, 1995 (págs. 129-152), pág. 131.

(52) Véase sobre la cuestión, *Los principios generales del derecho* (Editorial Actas, Madrid, 1993), con contribuciones de A. SÁNCHEZ DE LA LATORRE ("Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica", págs. 13-24); C. MARTÍNEZ-SICUANA Y SEPÚLVEDA ("Concepto y contenido de los principios generales del derecho", págs. 25-58); E. CANTERO ("Lugar de los principios generales del derecho en la jerarquía de fuentes", págs. 59-88); J. A. MARTÍNEZ MUÑOZ ("Principios del derecho y normas jurídicas", págs. 89-108); M. AYUSO ("Principios generales del derecho, derecho natural y constitución", págs. 109-124); M. J. FALCÓN Y TELLA ("Los principios generales del derecho y la argumentación jurídica", págs. 125-143); J. CAYÓN PEÑA ("La equidad y los principios generales del derecho", págs. 145-159); y J. de la TORRE MARTÍNEZ ("Los principios del derecho natural y los principios tradicionales del derecho", págs. 161-188).

(53) Dario COMPOSTA, "L'avvenire del diritto naturale" en AA.VV., *Spirito e tecnica nel presente en el futuro*, Tipografía La Litografica, Bolzano, 1984 (págs. 113-132), pág. 130.

Pero ese gobierno de principios exige, para serlo, que se reconozcan los principios con su fundamento filosófico. El mero acuerdo práctico, como ha ocurrido con los derechos humanos en la Declaración de la ONU (54), no ha posibilitado, realmente, la convergencia de conclusiones prácticas que pretendía, precisamente por la diversidad de interpretaciones que el pluralismo (55) permitía por la falta de fundamentación (56). Tampoco lo ha conseguido el pacto o consenso, también práctico, entre partidos, como manifiestan, por ejemplo, las constituciones italiana (57) y española (58), que han permitido, entre otras cosas, que la liberalización del aborto fuera tan solo cuestión de mayorías a favor o en contra (59).

Como árbitro para tal empeño debería recurrirse a quien fue artífice de las libertades y fundadora de Europa, a la Iglesia católica —que continuamente recuerda, ahora a través de Juan Pablo II, que “el primero, más radical y también embrionario,

(54) Cfr. Jacques MARTAIN, “Introducción” en el volumen *Los derechos del hambre*, Laia, Barcelona, 1976, págs. 21 y 23-24.

(55) Sobre una correcta concepción del pluralismo, véase *Pluralidad y pluralismo*, número monográfico de *Verbo*, núm. 357-358, agosto-septiembre-octubre 1997, con estudios de M. AYUSO (“Pluralidad y unidad”, págs. 617-632); Budaldo FORMENT (“Verdad y pluralismo”, págs. 633-670); C. MARTÍNEZ-SIGLUNA Y SEPÚLVEDA (“Pluralismo y orden natural”, págs. 671-695); J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN (“El pluralismo moral: consenso y pluralismo”, págs. 697-713); Federico J. CANTERO NÚÑEZ (“El pluralismo social”, págs. 715-728); D. CASTELLANO (“Pluralismo y bien común”, págs. 729-740); J. VALLET DE GOYTISOLO (“Pluralidad, pluralismo y derecho”, págs. 741-757); J. CAYÓN PEÑA (“La tentación democrática”, págs. 759-783) y José María PETIT SULLÁ (“El sentido cristiano de la historia”, págs. 785-801).

(56) E. CANTERO, *La concepción de...*, págs. 30-42.

(57) Cfr. P. G. GRASSO, “Compagine istituzionale e trasformazioni della Repubblica”, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 108, 2.º trimestre 1995, págs. 13-35; P. G. GRASSO, “Stato moderno e diritto costituzionale prodotti della secolarizzazione”, en D. CASTELLANO y G. CORDINI (a cura di), *Esperienza...*, págs. 321-336.

(58) Cfr. M. Ayuso, *El ágora y la pirámide*, Criterio Libros, Madrid, 2000.

(59) Alfredo MANTOVANO, “La Democracia Cristiana italiana y el aborto: una verdadera traición”, *Verbo*, núm. 331-332, enero-febrero 1995, págs. 71-78; E. CANTERO, “El fracaso...”, cit.

orden de justicia entre los hombres, es el derecho natural" (60)—, y proceder, así, a una refundación europea que entronque, tanto con sus orígenes como con el periodo más largo de su historia. Para ello no hace falta acudir a fundamentos teológicos (61) ni se exige profesar la religión católica, basta con acudir a la experiencia. Un agnóstico como Maurras lo percibió con claridad al insistir en que la civilización se identificaba con el catolicismo y la Iglesia católica (62).

Para quien lo anterior le pueda parecer muy duro, existe ya un precedente —se quiera o no— en la Unión Europea en el Tratado de Maastricht con el principio de subsidiariedad, cuya enunciación evoca, necesariamente, a la doctrina social de la Iglesia, cualquiera que sea la interpretación que se le dé, si bien, es preciso que no se desnaturalice ni se invierta su significado (63).

(60) JUAN PABLO II, "Alocución a la Unión de Juristas Católicos Italianos", 6 de diciembre 1980, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XIII, núm. 5, domingo 1 de febrero de 1981; cfr., sus encíclicas *Evangelium vitae* y *Veritatis splendor*, y últimamente, "Discorso ai partecipanti all'Incontro promosso dall'Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici", *L'Osservatore Romano*, 25 de noviembre de 2000, pág. 5.

(61) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, vol. II, págs. 257-271.

(62) Cfr. Charles MAURRAS, *Le Pape, la guerre et la paix*, Nouvelle Librairie Nationale, París, 1917, págs. 240-241 y *passim*; "La politique religieuse", en *La démocratie religieuse*, Nouvelles Editions Latines (prólogo de Jean Madiran), París, 1978, págs. 258-259 y *passim*; *Devant l'Allemagne éternelle*, Editions à l'Etoile, París, 1937, cap. VIII.

(63) Así, Juan Manuel ROZÁS VALDÉS ("El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y la doctrina social de la Iglesia", *Verbo*, núm. 313-314, marzo-abril-mayo 1993, págs. 255-281) estima que solo es un principio para establecer los criterios para el ejercicio de las competencias compartidas por la Unión y los Estados miembros, y, por tanto, que nada tiene que ver con las libertades y competencias de los hombres y los cuerpos intermedios de la sociedad, que es su genuino significado (págs. 279-280).

En opinión de GENTILE en sentido, no solo de criterio de competencias, sino también como ocasión para ser criterio sustancial de la idoneidad de los instrumentos para alcanzar los objetivos y de la adecuación de estos a la naturaleza (F. GENTILE, *Ordinamento...*, pág. 62), incluso aunque no haya sido esa la intención de sus autores, pues al introducir con ella "il principio della pluralità delle fonti normative" en el sentido antes enunciado, y debido a "una sorte di eterogenesi

Para ello es preciso abandonar la opción anteriormente elegida por la modernidad en contra de la verdad, de la naturaleza, en una palabra de la realidad, y querer otra cosa, acorde con la naturaleza de las cosas; es pues una cuestión, ante todo, de voluntad (64). Y que la "intelligenza politica" sustituya a la "ragion di stato"; es decir, "intelligenza della giusta misura", "di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana" (65).

dei fini" permitirá modificar o incluso fracturar el "sistema domestico costruito sulla assoluta sovranità statale" (P. GENTILE, "Introduzione al convegno", en D. CASTELLANO, *L'Europa dopo le sovranità* (trabajos del 37 congreso internacional del "Institut International d'Études Européennes Antonio Rosmini"), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, págs. 11-21, cit. págs. 20 y 21).

(64) Cfr. E. CANTERO, "La crisis contemporánea: crisis moral y religiosa", *Verbo*, núm. 363-364, marzo-abril 1998, págs. 289-298; trad. italiana, "La crisi contemporanea: crisi morale e religiosa", *Cristianità*, año XXVI, núm. 281, septiembre 1998, págs. 8-12.

(65) F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato* (7.ª reimpresión de la 2.ª ed. de 1984), Giuffrè, Milán, 1993, pág. 38.