

DERECHO NATURAL Y SOCIEDAD PLURALISTA *

ANDRES OLLERO **

“El que olvida la historia se condena a repetirla”. Un rótulo azul, que atribuía esta frase a Jorge Santayana, llamó poderosamente mi atención. Finalizaba mi visita al Campo de Concentración de Dachau. Fotografías macabras, relaciones de prisioneros, estadísticas increíbles, los cercanos hornos crematorios... todo parecía cobrar un especial sentido al conjuro de esta frase.

La crisis de la postguerra.

Si tratamos de bucear en las experiencias europeas, será fácil ponerse de acuerdo sobre cuál es la que ha marcado de modo más rotundo a los especialistas en filosofía jurídica y social: lo que se ha llamado, con frase gráfica, “la perversión del orden jurídico” (1). Comprobar cómo —en el pretendido centro del mundo civilizado— la ley, símbolo de la defensa de la justicia y de la seguridad humana, había podido convertirse en el instrumento técnico utilizado para la consumación de un genocidio.

La constatación produjo un profundo sentimiento de culpabilidad colectiva; con él vino la búsqueda de nuevas instancias capaces de defender al hombre. En ese ambiente pudo hablarse de la existencia de un “eterno retorno del derecho natural” (2). Se produ-

* Texto de la intervención en el Simposio sobre “la experiencia europea”, celebrado en Guadalajara, México, enero, 1982.

** Profesor en la Universidad de Granada.

1. Cfn. F. V. Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

2. Cfr. H. Rommen: *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Munich, 1947.

jo, en efecto, en la postguerra un relativo “renacimiento” de la literatura iusnaturalista. Treinta y cinco años después no queda, sin embargo, mucho de ella; lo que sí ha perdurado es una profunda revisión del positivismo jurídico.

El arraigo de la *teoría positivista* se explica porque es la expresión paradigmática de la mentalidad moderna:

1. Considerar como única *realidad jurídica* al *derecho positivo*, a la *ley puesta* por el hombre, era una prueba de racionalidad y de *rigor científico*. Seguir invocando al “derecho” natural equivalía a empeñarse en mantener al saber jurídico preso de la mitología o de la alquimia.

2. Estimar que el único *horizonte ético* que podía presidir la convivencia era el propuesto por la *ley —expresión de la voluntad colectiva—* parecía el máximo homenaje a la *dignidad humana*. Insistir en la existencia de un *orden racional* presente en la *naturaleza misma de las cosas*— suponía empeñarse en tratar al hombre como a un menor de edad necesitado de *tutelas trascendentes*.

3. *Respetar la ley*, fuese cual fuese su contenido, era el lógico resultado del *valor positivo* más excelso: *la tolerancia* de la opinión ajena por encima de prejuicios personales. Pretender *discernir* entre *leyes “justas”* e *“injustas”* tenía el sabor de lo dogmático, inevitablemente acompañado en su proyección práctica por secuelas de *autoritarismo político*.

La experiencia, sin embargo, resultó demasiado cruel. Mientras Kelsen sufría la dureza del exilio, el máximo teorizador del relativismo jurídico publicó una patética rectificación reconociendo la existencia de un “derecho supralegal” (3). De algún modo se reconocía así el hueco dejado por la concepción clásica del derecho natural, cuyos perfiles recordaremos esquemáticamente:

1. Se abandonan las *explicaciones mitológicas*, que atribuían a los dioses las fórmulas de convivencia humana, y se reconoce la existencia de un *orden real*, cognoscible por nuestra razón, que habría de ser respetado.

3. G. Rabruch: “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”, *Sddeutsche Juristenzeitung*, 1946 (1), pp. 105-108.

2. Ese orden presenta a todos los seres componiendo un *universo* jerarquizado: sus fines respectivos se escalonan. El *fin* de cada ser marca la vía para su planificación. A este *programa dinámico de perfección* se le denomina "*naturaleza*".

3. El *hombre*, por "*naturaleza*", está llamado a la *coexistencia* (4). Para ser realmente "*humano*" ha de existir —con sus semejantes—. Esto le limita, porque no puede llevar a la práctica todas sus pretensiones, pero —a la vez— le potencia, porque existiendo —con los otros— supera su propia limitación.

4. La *co-existencia* —es decir, el no perder la propia *individualidad* pese a integrarnos en la colectividad— es la clave de la *realidad jurídica*. Las normas tradicionales ofrecerán una vía de humanización en la medida en que se hagan propias; Sócrates, dando su vida por respeto a ellas, es toda una muestra de autoafirmación ética. Pero, cuando falta esta *dimensión ética personal* y la ley se convierte en fin, el hombre sólo encuentra sentido abismándose en un *todo impersonal*; así en la república de Platón el ciudadano no existe —con sus iguales— sino que existe para el todo político, anticipando modelos colectivistas hoy bien conocidos.

5. El *cristianismo* presenta la "*naturaleza*" del hombre como expresión de una ley que lo trasciende. Esta ley fluye de la razón y voluntad personal de un Dios sobrehumano; pero nunca es el hombre más "*humano*" que cuando aprende a *existir-con el único Otro* capaz de plenificarlo. La fidelidad a la propia "*naturaleza*" se convierte, transcendentemente, en la dimensión más enriquecedora de su co-existencia.

6. Este *orden natural* —que guarda el secreto de toda co-existencia humanizadora—, ha de interpretarse de cara a cada circunstancia concreta. Las leyes han de reflejar el marco general de la relación entre el yo y los otros en circunstancias sociales concretas. Se anticipa así una solución que sólo se hace real cuando la *actividad jurídica* la ajusta prudencialmente en una tarea racional y práctica. El derecho no consiste en *imponer una decisión* sino en "*hacer*

4. La fundamentación del derecho en la co-existencia humana es una constante de la obra de S. Cotta; como ejemplo. "La coesistenza come fondamento ontologico del diritto", "RIFD", 1981 (2), pp. 256-267.

justicia': conocer las exigencias del orden del ser y proyectarlas prácticamente sobre relaciones concretas.

El contexto jurídico en que se mueve hoy la convivencia social está marcado por el positivismo jurídico. Someterlo a crítica es mucho más que falsear una determinada teoría del derecho; supone invitar a una revisión en profundidad de la herencia jurídico-política de la Modernidad.

¿Cuáles son sus elementos?

El legado de la modernidad: La ley es la ley.

El monopolio de la homologación de lo "jurídico", extendido a favor de unas leyes creadas por el hombre, expresa fielmente el *antropocentrismo* moderno.

La creatividad humana no era compatible con límite previo alguno. El hombre deja de considerarse administrador de una realidad que le viene dada, cuya legalidad intrínseca habría de desarrollar con sensata fidelidad. Su función sería por el contrario, convertirse en auténtico creador; desmontar la gran maquinaria del universo, y recomponerla de modo que solucionara más plenamente sus necesidades. La contemplación de la naturaleza sería algo propio de la ingenua filosofía mítica; ahora hay que dar paso a una mentalidad rigurosamente racional y científica, que convierta al *saber* en la eficaz antesala del *poder*. Es preciso re-crear provocadoramente la naturaleza.

Por otra parte, en el *ambiente* progresivamente *secularizado* de la Modernidad, el Dios providente, que velaba y tutelaba el hacer del hombre, se verá decididamente distanciado del escenario humano. No se profesa una *actitud* radicalmente *atea*, porque no se concibe aún que pueda haber vida humana si Dios muere; pero se defiende un alejamiento *deísta*. Es como si se engrandeciera aún más a Dios, al convertirlo en mero espectador de esa asombrosa capacidad creadora de su más preciada creatura.

Como consecuencia, va a cambiar radicalmente la imagen del *universo*. Deja de ser un todo perfectamente organizado, jerarquizado, apuntado a una distancia única (*versum-unum*). Se convierte en un almacén de piezas notablemente intercambiables; a través

de un calculado proceso de descomposición analítica y de recomposición *mecanicista*, se nos ofrece un sinnúmero de modelos alternativos. De un entramado de fines (*orden teleológico*) que era preciso respetar, hemos pasado a un haz de posibilidades a explotar buscando su rentabilidad máxima.

En resumen; no tiene ya sentido que la *razón* se mantenga reverentemente sometida a un *orden natural*, impreso por Dios, capaz de preservarnos de la autodestrucción.

Un nuevo proceso de "desmitificación" había quedado abierto, al atribuirse relevancia cuasi-mitológica a la metafísica medieval, hasta convertirla en el símbolo de un interesado oscurantismo. Había que proceder a un nuevo paso del "mito" al "logos". La razón no contaría ya con un previo orden "lógico", presente en la misma urdimbre de las cosas. Su función ahora sería proceder a un *cálculo*; hay que obtener el máximo aprovechamiento de las posibilidades que ofrece una naturaleza meramente pasiva. La fidelidad *ética* al permanente orden del ser se ve así sustituida por la elaboración técnica de esquemas sucesivos, cada vez más productivos.

No es difícil imaginar los resultados, cuando se proyecta este cuadro sobre el mundo del derecho. Un hombre civilizado y adulto no puede abandonar las bases de su actividad social a la benevolencia *ética* de los otros, ni a su posible respeto a un *orden natural* de perfiles etéreos. Debe disponerse audazmente a ejercitar en los problemas de la convivencia esa misma capacidad de *cálculo racional* y de manipulación técnica que tan útiles resultados le habría brindado en su enfrentamiento a la realidad física.

El *derecho* ha dejado de consistir en la *sabiduría* que permite descubrir en cada circunstancia la *cosa justa*: no será el resultado de la captación prudencial de exigencias de la *naturaleza* del hombre o de sus relaciones. Para eso, tendría que ser fruto de un "ajustamiento", a la vez racional (porque respetaría fielmente la configuración del ser de las cosas) y práctico (porque buscaría la solución a conflictos concretos). Lo obligado será elaborar una *ciencia* del derecho con una misión precisa: localizar empíricamente qué fuerzas mueven la vida social, y fabricar calculadamente un mecanismo capaz de obtener de ellas el máximo rendimiento. Si abandonamos los caprichos metafísicos y auscultamos la realidad social, en-

contraremos los datos del problema: unos impulsos individuales, un afán de afirmación personal, unas “libertades” a las que hay que hacer confluír artificiosamente. Contempladas como piezas del mecano jurídico, se convierten en *derechos* y así contamos ya con un punto de arranque para el nuevo *orden jurídico-positivo*.

Se ha optado por una visión individualista del hombre; como si fuera un átomo aislado, al que hay que brindar una órbita exclusiva, a cubierto de condicionamientos ajenos. Se ignora así la auténtica naturaleza del hombre como ser llamado a la *co-existencia* doblemente: porque si pretende existir —sin los otros se ve obligado a exterminarlos o condenado a desaparecer; y porque sólo —existiendo— con ellos puede desarrollar la clave de su humanidad; la capacidad de trascender su propia limitación. A este entramado *natural* lo suplanta una *sociabilidad artificial*, una urdimbre destinada a entrelazar ocasionalmente esos átomos jurídicos. Son los *derechos* los que van tejiendo un *contrato*, como único punto de apoyo de lo *social*.

Ha desaparecido de la escena el *derecho*: la realidad jurídica como expresión de la co-existencia natural del ser humano. Su lugar lo ocupa la *ley*, reflejo de ese orden jurídico artificialmente construido. La teoría jurídica se ha hecho legalista, porque la ley personifica la beneficiosa proyección de lo moderno sobre la convivencia social:

1. La Ley es instrumento de *racionalidad técnica*, y como tal ofrece un marco *seguro* en el que la existencia del individuo no depende de las virtudes ajenas.

2. La Ley garantiza unas libertades, en cuyo desarrollo incondicionado estribaría la *perfección ética* individual. Su función es coordinar organizadamente la libre espontaneidad de unos hombres radicalmente buenos.

3. La Ley —creada por un Parlamento que es el contrato social viviente— como expresión máxima de la *legitimidad política*, es el único vehículo para ejercitar la autoridad respetando la dignidad humana.

4. Seguir pensando en un Dios providente —curioseando a hurtadillas el hacer de unos hombres menores de edad— sería mantener una estampa sacrílega y humillante; la ley será el instrumento

del Estado, esa máquina perfecta construida por el hombre para que sea el único custodio de su existencia terrena.

“La ley es la ley”. Este parece el único mandamiento a obedecer por el buen ciudadano; bastaría con él para dar paso a una sociedad productivamente humana. Los frutos éticos de este positivismo legalista provocaron su profunda revisión en la postguerra.

Sin embargo, desde otra perspectiva, que cobra creciente actualidad en la Europa de hoy, surge una nueva crítica. No se trata ahora de que el legalismo pueda producir ocasionales frutos inhumanos; la denuncia es más radical: se trata de que el funcionamiento del legalismo es radicalmente falso. No es verdad que el ciudadano se vea condicionado sólo por la ley; esa expresión simultánea del rigor técnico, la ética socialmente admitida y el poder político democráticamente legitimado.

El positivismo pretendía que la ley se “aplicaba” a los ciudadanos por cauces estrictamente técnicos. Quedaba así excluida toda intervención adicional, que podía ser sospechosa de arbitrariedad irracional, de prejuicio ético o de distorsión política. Pero este intento se ve hoy desmentido. No es preciso, para ello, evocar la posible corrupción del poder ejecutivo; basta con analizar cómo actúa cotidianamente el juez justo, para comprobar que la ley es radicalmente insuficiente para dar respuesta a los problemas humanos.

“Aplicar” una ley correctamente exige con frecuencia al juez sortear mecanismos técnicos, que, ante el caos concreto, se convierten en obstáculos. La experiencia no es sólo judicial; la “huelga de celo” —todo un ejemplo de respeto a la ley— se ha convertido hoy en la peor amenaza a la convivencia social. El juez no puede ser fiel a la ley sin añadirle valoraciones éticas propias, aunque las atribuya pudorosamente a la supuesta voluntad del legislador. El juez —ese funcionario sin directa legitimación democrática— se ve así obligado día a día a buscar un *derecho* que la *ley* permite apenas entrever.

Seguimos, pues, en manos de la benevolencia ética de los otros; la máquina estatal no la ha hecho innecesaria. Si acaso, contribuye a simularla, justificando inevitablemente una posible “politiza-

ción" ilegítima⁽⁵⁾. La inocencia del juez, última pieza clave del legalismo, agoniza hoy en Europa. En Nüremberg se condenaron a jueces por aplicar fielmente un orden jurídico; hoy todos los jueces se ven condenados a constatar que esa fidelidad es problemática. El Estado no sustituye el dominio del hombre sobre el hombre; por el contrario —en la medida en que su actuación no sea transparente y sometida a continua crítica— puede potenciarla.

Justicia, derecho natural y derechos humanos.

No es posible, pues, que funcione la máquina legal del Estado —ese orden jurídico artificialmente diseñado por el hombre— sin remitirse a unos principios y valores que le desbordan. Su fijación puede abandonarse a la arbitrariedad ideológica o confiarse a un intento de captar el ajustamiento real de las relaciones sociales. Pero, ¿es posible esta captación? Podemos formular la cuestión de otro modo, preguntándonos si tiene sentido buscar la justicia o en qué consistiría su contenido.

La *justicia* no es una *programación* mecánica que permita multiplicar órbitas individualistas sin que lleguen a interferirse. Esto, aparte de imposible (por la angostura del espacio social) es indeseable (porque todo hombre aislado se empobrece). La justicia supone, por el contrario, el *ajustamiento* de una doble dimensión implícita en la coexistencia humana. En primer lugar, la *libertad*, sin la que nada es humano; en ella radica la clave de la capacidad creativa que distingue al hombre del animal. Cuando el hombre se ve coactivamente encajado en un todo, aunque se lo haya programado para que no entre en conflictos con otros, ha dejado de ser hombre; como es sabido, los rebaños son comunidades nada conflictivas. No hay, pues, justicia donde no se garantiza la libertad; no hay verdadero humanismo cuando se ha perdido la confianza en su capacidad creadora.

5. La crisis del papel del juez en el Estado moderno la hemos comentado en "Politización" del juez y crisis del Estado. "Sistema", 1980, (38-39), pp. 209-217.

Pero tampoco pueden unos hombres ser libres a costa de otros; se rompería el lazo de co-existencia que los hace humanos. La justicia exige una dosis de *igualdad*, con una inevitable secuela de limitación del arbitrio individual. Sin libertad la persona no tiene existencia real, pero sin existir con sus iguales el hombre degenera en individuo y se empobrece.

La adecuada dosificación de este doble ingrediente —la libertad e igualdad— da paso a una dimensión auténticamente “social” de la persona. No es la coincidencia bajo el poder del Estado lo que nos hace ser “sociedad”; el tejido co-existencial, que surge de una libertad solidaria, es el único generador de una auténtica vida social; respetándola ahorraremos al Estado el vano esfuerzo de tener que simularla.

Este “ajustamiento” real, en que consiste la justicia, exige una determinada *antropología*; una concepción del hombre, que nos marque el juego óptimo de libertad e igualdad, individualidad y colectividad. Intentar diseñarla en abstracto, de una vez por todas, es empresa estéril, dada la historicidad de lo humano. Son imprescindibles esas líneas generales, pero hay que luchar por realizarlas en el caso concreto; esa es la tarea del *derecho*, entendido como búsqueda de la cosa justa. Cuando esta búsqueda remite al orden expresivo de la naturaleza del hombre, la denominaremos *derecho “natural”*. Se trata de un ingrediente imprescindible de todo orden jurídico; porque el ajustamiento social no puede quedar abandonado al altruismo benévolo de los demás, ni a la fuerza incontrolada del Estado. El *derecho* ha de permitir al hombre ejercer su radical *co-existencia*, sin esperar la fortuna de poder saborear un ocasional *idilio*, y sin verse obligado a obedecer cotidianamente la férrea disciplina de un *desfile*.

Sin embargo, el mecanismo jurídico de la Modernidad parecía contar también con ingredientes éticos capaces de evitar que la máquina legal acabe aplastando al ciudadano: los derechos. Ya vimos que ellos constituían el punto de partida de toda la arquitectura jurídica moderna. La ley surge como expresión democrática de tales derechos; el Estado sólo se legitima en la medida en que, al respetarlos, se convierte en “Estado de derecho”. No sería, pues, necesario apelar a un *derecho natural*, de corte metafísico, sospecho-

samente vinculado a instancias clericales, y con pretensiones ahistóricas de eternidad; bastaría con apoyarse en esos *derechos humanos* que cada sociedad, en un momento histórico determinado, considera como fundamentales.

¿Se da, dentro del mundo jurídico, realmente una sustitución del derecho natural por los derechos humanos? Pienso, por el contrario, que los derechos humanos, en la medida en que cobran realidad, no son sino un intento —nada despreciable— para formular las exigencias del derecho natural; cuando no ocurre así, quedan reducidos a apelaciones retóricas, o llegan incluso a legitimar actitudes crasamente anti “jurídicas”.

La doctrina iusnaturalista orienta hacia el núcleo *natural* de ese *ajustamiento* objetivo de relaciones sociales en cuya búsqueda consiste la actividad jurídica. Se trata de desvelar esa justicia objetiva, que dosifica libertad e igualdad, individualidad y colectividad; el resultado será la co-existencia, que se plasma en una relación simétrica de derechos y de deberes. La Ley enmarca previamente esta anhelada *simetría*; el juez tendrá que afinar su reajuste definitivo en cada caso concreto.

Los *derechos humanos*, tanto en su versión revolucionaria francesa como en la pre-constitucional norteamericana, se apoyaron en una peculiar doctrina iusnaturalista: la del *individualismo racionalista*. Se conciben, como *libertades ilimitadas* e intangibles, llamadas a confluír armónicamente de modo misterioso. No hay simetría alguna, sino *derechos sin deber*. Se defienden unos *cotos* individuales en los que no podrán interferir los otros; el Estado se limita a rondar sus cercas cuidando de que no se produzcan invasiones ilegítimas.

Para el individualista —como vimos— *libertad y justicia* se identifican automáticamente. La verdad es que estos campos acotados de arbitrariedad no tienen nada de propiamente “jurídico”; no dan paso a co-existencia alguna. Sólo cabe considerarlos como jurídicos partiendo de la ingenuidad optimista del que piensa que “el que usa de una prerrogativa legal a nadie daña”.

Rousseau critica este planteamiento individualista. No tiene sentido pretender compatibilizar particularismos, sumándolos en una “*voluntad de todos*”. Hay que perseguir, por el contrario, la elimi-

nación de lo "particular" que desnaturaliza a un hombre naturalmente bueno. Se rechaza, por tanto, lo "privado" (fruto de la propiedad) y se pretende potenciar una solidaridad originaria, concretada en una tendencia a lo general (o lo "público"). La coincidencia de solidaridades individuales concluirá en una auténtica "*voluntad general*".

De la sociedad como entramado de libertades no queda ni rastro. Se ignora lo "social" como fruto de una libertad creativa. Rousseau ofrece su solución en clave moralizante y pedagógica. El particularismo sería fruto de una perversión artificial y eliminable. No hay pecado original alguno; la limitación humana no es personal sino social, y no es original sino histórica y subsanable. Bastaría con actuar sobre el contorno en que actúa el individuo eliminando los obstáculos que lo desnaturalizan.

Marx sustituye con su materialismo economicista los rasgos moralizantes y pedagógicos de Rousseau. La *crítica marxista* a la pretendida universalidad de estos "derechos" burgueses (6), de los que realmente pocos podrían disfrutar es contundente. La *propiedad* le sirvió de ejemplo significativo: una ilimitada libertad de apropiación sólo podría llevarse a cabo excluyendo de su ejercicio a buena parte de la población. Con la propiedad, así concebida, entra en profundo descrédito todo lo "privado"; la libertad misma se convierte en sospechas de servir de tapadera ornamental a un latrocinio práctico.

Surge así una *visión expropiatoria de la justicia*, que la identifica simplistamente con la igualdad. Lo decisivo será crear una situación real *igualitaria*, que brinde a todos los ciudadanos idénticas cotas de satisfacción. El Estado-providencia será su gestor. El complejo de culpabilidad de los que ignoran la dimensión propiamente "jurídica" de la libertad alimentará un fervor intervencionista. Ha surgido lo que se ha llamado acertadamente el "liberalismo colecti-

6. Paradigmático de la crítica de K. Marx a la concepción burguesa de los derechos humanos es su comentario sobre *La cuestión judía*, escrito a finales de 1843 y publicado en 1844.

vista'' (7) una actitud que aúna los elementos más negativos de la teoría liberal y de la socialista: individualismo y estatismo.

Lo que está a punto hoy de arruinar a la libertad es su planteamiento falso y anti "jurídico". Una libertad sin límite no es un *derecho*; es sólo una *pretensión* arbitraria, sin deber alguno que la contrapesa. Como consecuencia, la libertad está dejando de ser el símbolo de la dignidad humana y el tope obligado de la intervención estatal. Se está transformando en un mal tolerado; en una enojosa excepción, soportable sólo en la medida en que el Estado no se encuentra aún en condiciones de asumir exhaustivamente la gestión de los problemas sociales. La libertad deja de concebirse como *derecho humano* y pasa a entenderse como *concesión administrativa*, como una ocasional licencia de caza en los cotos estatales. Paradójicamente la *sociedad* se está convirtiendo en *subsidiaria* de la *gestión del Estado*.

Va así extendiéndose una nueva versión —esta vez colectivista— de los "derechos humanos". Es tan poco "jurídica" como la anterior. Su afán de igualdad lo transforma todo en deberes y cortapisas burocráticas; de la libertad va quedando poco rastro. Se considera que el Estado es gestor obligado de todo problema de interés "público", porque no se concibe que haya un solo ciudadano dispuesto a invertir "socialmente" su libertad.

En el fondo quizá no estemos asistiendo a una *sustitución* del viejo individualismo burgués, sino a su simple *degeneración*. El burgués emprendedor ha dado paso a un burgués consumista; no aspira ya a crear riqueza sino a ver resueltas sus crecientes necesidades con el menor esfuerzo posible. El Estado-providencia se convierte en la garantía de sus mezquinos y limitados "derechos".

La co-existencia "social", auténtica fuente de la realidad jurídica, no aparece tampoco debajo de esta versión estatista de los "derechos humanos". Lo que sigue presente es el individualismo; pero ahora reclama una creciente intervención del Estado, para que lo libere, no de la intromisión de los otros, sino del riesgo de tener

7. Cfr. al respecto E. Shills, *Privacy, Ideology and Civility in Le public et le privé. La crise du modèle occidental de l'Etat* (ed. por Mathieu), Roma, 1979, p. 232.

que invertir emprendedoramente la propia libertad. A cambio, el individualista pagará con gusto el “peaje” necesario para que la máquina estatal asuma sus riesgos; para el burgués consumista resulta mucho más rentable disfrutar de *concesiones* que ejercer *libertades*.

En la medida, pues, en que los “derechos humanos” se desconectan de la justicia objetiva, acaban teniendo poco de “jurídicos” y poco de “humanos”. Las dos versiones aludidas los convierten en mera tapadera de una oligarquía social o de una “nomenclatura” estatal. Plantear ambas posibilidades como alternativas es radicalmente falso.

Pese a todo, una de las grandes verdades del pensamiento de la Modernidad es que sin “derechos humanos” no hay vida digna de ser vivida. El problema radica en darles un contenido propiamente “jurídico”; resaltar que, por definición, todo derecho implica potenciamiento y limitación, libertad e igualdad. Los teóricos del liberalismo clásico sabían que no era lo mismo una pretensión arbitraria que un derecho. Su fallo consistió en creer que una armonía social preestablecida podría acompañar los derechos, sin que entraran en juego deberes; pensaron que el individualismo ilimitado podría engendrar frutos “sociales”. Hoy esto es insostenible.

Democracia y derecho natural.

La Modernidad supuso una irrenunciable aportación histórica. Su error fue presentarse como sustitución del mundo clásico. En la historia el borrón y cuenta nueva —la descalificación de la experiencia— es siempre regresiva. La defensa de la dignidad humana contra todo autoritarismo, el rechazo del clericalismo abusivo, la crítica como instrumento de cultura, son valores a los que ningún hombre civilizado puede hoy renunciar. Si el intento de establecer sobre ellos un nuevo orden jurídico fracasa, es porque se ignora la dimensión co-existencial del hombre, aportada por el mundo clásico y profundizada trascendentalmente por el cristianismo. Este déficit incluyó en lo moderno un fermento de autodestrucción del que hoy tenemos tristes ejemplos.

Tampoco sería lógico plantear ahora un nuevo borrón y cuenta nueva. Intentar encerrar entre paréntesis la “experiencia” moder-

na, nos llevaría a repetir su error. El gran reto del mundo actual es asumir esa doble herencia —la dimensión co-existencial humana y su radical dignidad— y proyectarla emprendedora y creativamente hacia el futuro. Esta tarea es la que merece ser identificada replanteando el viejo rótulo “derecho natural”.

Defender el derecho natural es recordar que, si el orden jurídico positivo no contiene las exigencias jurídicas que brotan de la dimensión co-existencial del hombre —si se convierte en mero instrumento de individualismos, de estatalismos asfixiantes, o de ambas cosas a la vez— las leyes acabarán teniendo frutos inhumanos.

Defender el derecho natural supone admitir que la co-existencia humana tiene unos perfiles objetivos, y que son racionalmente captados. Esto excluye dos posturas: el relativismo ético (nada sería justo ni injusto por naturaleza) y el escepticismo metafísico (sería preciso “ignorar” todo lo que no sea fruto de un conocimiento empírico) Es preciso romper, de una vez por todas, la falsa identificación entre el binomio relativismo-escepticismo y la tolerancia liberal. Cuando se lleva a las últimas consecuencias la afirmación de que “todo es relativo”, esa afirmación se convierte en relativa y da paso a actitudes dogmáticas que eliminan toda tolerancia. Como se ha señalado agudamente, si el positivismo jurídico puede considerarse culpable de los horrores nazis, no es tanto por haberles servido de instrumento directo, como —sobre todo— por haber vaciado con su relativismo de toda riqueza ética a la Constitución liberal de Weimar, dejándola indefensa⁽⁸⁾. El relativismo a ultranza lleva al totalitarismo.

Dicho de otro modo: *no hay democracia posible sin derecho natural*. No sólo porque, históricamente, fueron doctrinas iusnaturalistas las que le sirvieron de fundamento, sino porque *la democracia es un medio* para realizar fines. De la calidad de éstos dependerá su propia valía. Esto es especialmente necesario para recordarlo en un momento como el actual, en el que las instituciones democráticas sufren una notable crisis.

8. M. Kriele: *Recht und praktische Vernunft*, Goettingen, 1979, p. 124.

Con frecuencia se denuncia la incapacidad de la *democracia*, para dar paso a la efectiva voluntad popular, y se propone versiones *alternativas* más “*directas*”, que bordean la demagogia. Por otra parte, no faltan quienes reduzcan “funcionalmente” la democracia a una técnica de domesticación social: no tendría como finalidad servir de vehículo a las opiniones y deseos sociales, sino —por el contrario— manipular al pueblo; crear artificialmente unas expectativas sociales, programadas de tal modo que coincidan armónicamente y se eviten frustraciones conflictivas. La democracia no sería ya la expresión *política* del consenso social, sino una maquinaria para la manufactura *técnica* de ese consenso (9).

Sin derecho natural sólo nos quedaría, pues, optar entre el totalitarismo de una “voluntad general” impuesta desde arriba por los profetas de la democracia “directa”, y el totalitarismo tecnocrático de una democracia concebida como aprendizaje domesticador. Pero el *derecho natural* no puede entenderse como un conjuro que nos pueda ofrecer, por su mera invocación, solución a todos los problemas: es, más bien, una llamada al sentido de *responsabilidad política*; un motivo para el ejercicio exhaustivo de los derechos civiles; y un requerimiento para luchar denodadamente con el lenguaje, hasta encontrar esquemas argumentales que sean capaces de dar nueva incidencia social a viejos contenidos.

Si el presunto “renacimiento” del *derecho natural* en la postguerra europea resultó efímero, fue quizá por su escasa capacidad para encontrar las *vías argumentales* adecuadas. El *pensamiento contemporáneo* aparece marcado por unos caracteres predominantes muy definidos:

1. *empirismo*, con su secuela de rechazo de toda metafísica y de reivindicación de lo histórico y lo concreto;
2. *secularización*, con una notable alergia a fundamentaciones trascendentes;

9. Una crítica a la visión funcionalista de la democracia en la obra colectiva *¿Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretischen Neutralisierung der Politik* (ed. por V. Ronge y U. Wehler), Munich, 1976, que incluye nuestro trabajo *Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie von Niklas Luhmann*.

3. *relativismo*, con una arraigada desconfianza ante toda evidencia.

Intentar fundar sobre ese triple elemento un planteamiento iusnaturalista sería disparatado; pero intentar darle vida, ignorando ese contexto, llevaría a un voluntarismo desesperanzado. No basta con afirmar la existencia de la verdad; es preciso argumentarla, teniendo en cuenta los elementos señalados.

1. El derecho natural hunde sus raíces en la base esencial de la naturaleza humana; pero aflora diariamente en su realización, *co-existencial* y es en ella donde habrá que encontrar una argumentación persuasiva.

2. Ese orden esencial ha sido, sin duda, creado por Dios, pero *no* es lógico “*enclaustrar*” al *derecho natural*, presentándolo en un ambiente secularizado como si se tratara de un credo religioso. Curioso derecho “natural” el que, para convencer, haya de recurrir forzosamente a instancias “sobrenaturales”.

3. Por último, en un ambiente relativizado, no hay mejor dogma que una *opinión convincente*; el que —quizá por pereza mental— apela a una evidencia de la que se considera depositario sólo puede conseguir con éxito ser tratado como un “vidente”.

El *derecho natural* hay que entenderlo como un *empeño emprendedor* de replanteamiento de la sociedad. Es válido porque permite un ajustamiento objetivo de las relaciones sociales; porque expresa la radical dimensión co-existencial del hombre. Su verdad no le viene del consenso social, pero privado de su apoyo quedaría reducido a “naturaleza muerta”, si llegara a perder su fuerza configuradora de la vida social.

Esto nos lleva a una segunda consecuencia. En un mundo que no puede, ni debe, dejar de ser moderno —en el sentido históricamente positivo de la expresión— *no cabe derecho natural sin democracia* (10). Ya vimos que los medios democráticos no sirven de mucho si se ponen al servicio de fines inhumanos; debemos añadir —como un imperativo indeclinable de esa dignidad humana que el

10. La crítica de un iusnaturalismo que no respete el pluralismo democrático es constante en N. M. López Calera, por ejemplo, su reciente *Introducción al estudio del derecho*, Granada, 1981, pp. 81 y 121.

derecho natural defiende— que nunca el fin puede justificar los medios. Niegan, pues, el derecho natural los que sueñan con realizarlo políticamente a través de medios autoritarios, incompatibles con el respeto al hombre. La verdad no es más verdadera por contar con un consenso, pero se falsea —práctica y éticamente— cuando se intenta imponerla políticamente por encima de él.

Si se admite que la democracia sólo produce frutos humanos cuando sirve de cauce al derecho natural, y que la tolerancia y el respeto a la opinión ajena —el renunciar a vencer sin convencer— es un imperativo básico del derecho natural, éste cobra un perfil peculiar. No será el anuncio profético de calamidades sin cuento, sino lo que se ha calificado con acierto como la “lucha por el *mejor* derecho *posible*” (11). “Mejor, porque no se renuncia a que el orden jurídico positivo refleje las exigencias de nuestra naturaleza, sino que se lucha por evitar leyes “desnaturalizadas”; “posible”, porque no cabe ignorar que la ley positiva —y el consenso social de que debe ser expresión— son el vehículo indispensable para lograr de forma efectiva una sociedad más humana.

11. L. Lombardi-Vallauri, *Corso di filosofia di diritto*, Padua, 1981, pp. 179 y ss.

CONTENIDO DE LA REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

N.os 34 - 35

ESTUDIOS:

Nicolás María López Calera: *Derecho y Democracia*; Enrique Barros: *Poder y Derecho en la Democracia Representativa*; Antonio Enrique Pérez Luño: *Estado de Derecho y Soberanía Popular*; Enrique Zuleta Puceiro: *Para una teoría de la opción Democrática*; Andrés Ollero: *Derecho Natural y Sociedad Pluralista*; Carlos S. Nino: *La justificación de la Democracia y la obligación de obedecer el Derecho*; Alfonso Ruiz Miguel: *La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson*; Elías Díaz: *Socialismo Democrático: Instituciones Políticas y Movimientos Sociales*; Genaro Carrió: *Democracia y Poder Judicial*; Jorge Correa Sutil: *Formación de Jueces para la Democracia*; Agustín Squella Narducci: *Democracia e Igualdad en Iberoamérica*; Ernesto Garzón Valdés: *La Democracia Argentina actual: problemas ético-políticos de la transición*; Hermann Petzold Pernia: *El modelo ideológico de la Constitución Venezolana de 1961 en vigor*; Celso Lafer: *Brasil: Tendência y perspectivas*; Nelson Saldanha: *Sobre la teoría de la Democracia*; José Eduardo Faria: *Democracia e Ideología*; Tercio Sampaio Ferraz Jr.: *Democracia y Gobierno Constitucional*.

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
(C H I L E)

S E P A R A T A

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACION DE LA
FACULTAD
DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES



Valparaíso
N.os 34 - 35
Primer y Segundo Semestre
de 1989 - 1990