

VERDAD Y LÍMITES DEL DERECHO NATURAL

En la obra póstuma de *Kant* se encuentra el siguiente fragmento: “Todo pasa ante nosotros como en un río, y el gusto cambiante y las diferentes formas del hombre transforman todo el juego en incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza, que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo fijar indicaciones que señalen la ribera en que ha de detenerse?”¹

Esta frase podría ser colocada como lema en la portada de toda teoría del derecho natural. Lo notable aquí es la manera como se formula la cuestión eterna del derecho natural, y la época en que esto se realiza. Al final del siglo XVIII quedaron satisfechos los afanes de una lucha dos veces secular por los derechos inalienables del hombre y del ciudadano. Ninguna época anterior estuvo tan intensamente penetrada, como la época del llamado derecho natural “profano”, por las ideas del poder *determinante* del derecho, tanto en la vida del individuo como en la de los pueblos. Reconozcámoslo o no, hayámoslo olvidado o silenciado, de aquella época provienen los elementos esenciales de lo que aún hoy consideramos en nuestra vida como vitalmente valioso: las ideas de la dignidad humana, de la humanidad, de la libertad personal, de la igualdad civil, de la tolerancia recíproca, del derecho a la felicidad individual; además, sus consecuencias en el orden estatal: los principios de la división de poderes, de la intervención de los ciudadanos en la formación de la voluntad del estado, del estado de derecho, del bienestar general, de la publicidad de la justicia penal, de la humanidad en la ejecución de las penas y, no en menor medida, de la eliminación de las torturas, de la quema de brujas, etc. Cualesquiera que sean las objeciones que puedan presentarse en contra de los fundamentos teológicos y filosóficos de este estadio del derecho natural, queda siempre en pie —según las palabras de *Franz Wieacker*²— “su fama imperecedera” de haber “creado la época dorada de la cultura jurídica europea”.

Y sin embargo, provienen de esta época las recién citadas frases de *Kant*, que por su talante vital parecerían pertenecer a un tiempo totalmente diferente. Podrían ser situadas por lo menos cuatro generaciones después: en la cumbre del historicismo, en donde todo lo firme y seguro pareció haber sido arrastrado por la corriente de lo meramente histórico. A partir de esta época, cuyos temores siguen siendo los nuestros, la pregunta de *Kant* se

¹ Kant, *Sämliche Werke*, publicadas por K. Rosenkranz y F. W. Schubert, 1834-1842, tomo 11, pág. 241.

² Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, pág. 152.

transforma en la pregunta acerca de qué es lo que queda de la *teoría* del derecho natural: ¿qué queda de los esfuerzos del derecho natural —tantas veces borrados y otras tantas retomados— a lo largo de 2 500 años por lograr una visión de la justicia material? ¿Se trata sólo de un fenómeno histórico que unas veces invoca revolucionariamente los ideales ético-sociales de una época, y otras los conserva defendiéndolos? ¿O contiene un elemento atemporal que tendrá que ser tenido en cuenta siempre que se hable del derecho?

Si se recurre a *estas* preguntas para considerar la cambiante historia del derecho natural, habrá que buscar lo permanente no en la segunda, sino en la primera parte de su nombre. "Naturaleza" ha demostrado ser título común de los más diversos contenidos. Bajo la igualdad engañosa de esta designación se esconde lo diferente, lo opuesto y lo cambiante. Lo único que es común y permanente es la idea de derecho que se manifiesta en la primera parte de la expresión "derecho natural": ésta es la cuestión *jurídica* sobre el *derecho*, es decir sobre un orden social fácticamente existente. Cualquiera que sea la definición que se dé del derecho natural, siempre está presente la idea de que el derecho no es idéntico sin más con el mandato de un poder existente.

En el enfrentamiento de derecho natural y derecho positivo se expresa de la manera más clara y permanente que registra la historia del espíritu humano, la convicción de que en las relaciones sociales no sólo existe algo que por su poder superior coacciona o que como consecuencia de una costumbre enraizada en nosotros es ejercitado efectivamente, sino más bien algo que no posee únicamente una mera realidad fáctica, algo que —independientemente de un mandato o de una costumbre— nos *obliga* en nuestro ser más íntimo a un determinado actuar. La idea del *estar-obligado* absolutamente es el núcleo y el contenido de verdad del derecho natural. Esta idea se refiere a un momento que sobrepasa toda realidad simplemente entitativa, toda facticidad, y que pertenece a otra esfera. Frente a este momento, el mandato real se presenta —por más *efectivo* que sea— como simple *pretensión* de deber ser, pero no como *deber ser* obligatorio.

Las teorías del derecho natural parten de este deber ser obligatorio que trasciende al ente, como desde un axioma. No son en el fondo otra cosa que el lugar histórico en donde el hombre adquiere conciencia de este deber ser. No puede sorprender que actúen axiomáticamente; pues en realidad, existe sólo un dato último, desde el cual puede demostrarse algo, pero que en sí mismo no puede ser demostrado. Con todo, pueden señalarse fenómenos no muy distantes que dan carácter de verosimilitud a su existencia objetiva. Entre estos fenómenos se cuenta en primera línea la voz de la conciencia.³ Ciertamente se ha tratado de explicarla como algo puramente

³ Cf. mi ensayo "Gesetz und Gewissen", en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1960, I, pág. 383

fáctico, por medio de la psicología profunda o de la sociología. Pero en este caso se ha confundido la mayoría de las veces su contenido con ella misma y con su llamado obligatorio. Tampoco la interpretación *originaria* y analítica del *ser-ahí* (*Dasein*) de *Heidegger*, en el sentido de que el ser-ahí se llama a sí mismo en la conciencia, acierta el dato fenoménico: "No es mi existencia la que me llama, sino que me llama el ser que no es mi yo" (*Martin Buber*). El llamado de la conciencia es la interiorización de la trascendencia en la inmanencia. Esto también podría ser un engaño, ya que lo trascendente sólo puede interiorizarse en lo inmanente. Pero que lo trascendente no es mera apariencia, está corroborado por el hecho de que el hombre sólo puede ser entendido como un ser vertido hacia la trascendencia: sus reglas de conducta no son biológicamente innatas, sino que le son impuestas obligatoriamente.

*En la cuestión jurídica el hombre es colocado frente a la alternativa entre inmanencia y trascendencia de una manera tan inmediata e insoslayable que para resolverla tiene que poner en juego toda su existencia corporal y espiritual: si no existiese ninguna trascendencia, es decir si el estar obligado y el deber ser que trasciende la existencia fueran sólo la proyección ilusoria de hechos psicológicos o sociológicos, el hombre quedaría librado totalmente, en cuerpo y alma, a los poderes superiores. En este caso podrían existir limitaciones a su caída de la misma manera en que varios bloques de poder se mantienen recíprocamente en equilibrio; pero cuando el poder se vuelve ilimitado, el hombre queda librado a aquél íntegramente, no sólo física sino también espiritualmente. El derecho natural en todos los tiempos ha mantenido la conciencia de esta significación "existencial", en el verdadero sentido de la palabra, de la cuestión del derecho; ha revelado que la presencia de un deber ser obligatorio trascendente a la existencia, es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana con *sentido pleno*.*

Con esto no sólo se encontró el polo supremo del que pende toda teoría jurídica, sino también, *implicite*, se descubrió el correlato del deber ser obligatorio, la *persona responsable*. Pues mientras la coacción transforma al hombre en mero objeto de la influencia causal del poder, en una cosa entre otras cosas, la *obligación* le impone la *responsabilidad* por el orden pleno de sentido de su vida y lo convierte en sujeto de la conformación de su existencia. Por esta razón, en el momento en que frente a la coacción del poder superior se descubrió el carácter obligatorio del derecho, quedó también descubierta la *personalidad* del sujeto obligado —al menos en su núcleo. Evidentemente, la amplitud y la significación de este aspecto personal de la verdad iusnaturalista han sido reconocidas poco a poco (por ejemplo en

sigs. (Existe traducción española de este trabajo publicado en: Hans Welzel, "Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico", Córdoba (R. A.), 1962, trad. de Ernesto Garzón Valdés, págs. 67 sigs. N. del T.).

la antigua *syneidesis* y *conscientia*, en la *synderesis* medieval y sobre todo, en la autonomía kantiana); sin embargo, aquél es ya claramente visible en la primera época del derecho natural, sobre todo en la figura de Antígona. *Obligación y persona responsable* se corresponden indisolublemente. En cada obligación es concebida también la *persona responsable*, a la que aquélla afecta.

Por esta razón, todo mandato que en tanto norma jurídica quiera obligar al hombre, tiene que reconocerlo como persona. *El reconocimiento del hombre como persona responsable es un presupuesto mínimo que debe cumplir un orden social si no quiere simplemente coaccionar como poder sino obligar como derecho*. Este contenido material está necesariamente coimpuesto en el axioma supremo del derecho natural que afirma que hay obligación o deber ser trascendente a la existencia.

Otro conocimiento permanente de las teorías del derecho natural es la idea de la legalidad o mejor dicho de la ordenabilidad del actuar ético social. La conformación planificada del futuro no sería posible si las circunstancias en las que debe influir fueran incomparables, irrepetibles, únicas o simplemente individuales. Por consiguiente, una ética absoluta de la situación es una idea irrealizable. Pero no sólo las circunstancias del actuar no pueden ser únicas, sino que también sus reglas directivas, sus ordenamientos y normas tienen que estar en conexión recíproca para que sea posible una vida unitaria y plena de sentido. Tiene que existir una "concordancia" de los órdenes ético-sociales; en caso contrario, se vuelve imposible toda vida ordenada.

Todos estos elementos —el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, la ordenabilidad del actuar ético-social y la concordancia de los ordenamientos ético-sociales— constituyen los conocimientos supratemporales de la teoría del derecho natural, porque representan los presupuestos de posibilidad de todo ordenamiento ético-social y son, por consiguiente, independientes de los contenidos de estos ordenamientos.

La teoría del derecho natural creyó poder obtener de la "naturaleza" estos contenidos de deber ser —y aquí comienza a actuar la segunda parte de su nombre. *Aristóteles* ha descrito para siempre los métodos a seguir en la deducción de los contenidos de deber ser partiendo de la naturaleza: lo natural tiene que ser deducido de las cosas que se encuentran en su situación óptima ("natural"), no de aquellas que están corrompidas. El círculo vicioso de este procedimiento es evidente: tenemos ante todo que saber cuál es la situación óptima de una cosa y cuál es la corrupta, antes de poder verificar qué es lo "natural" y lo "antinatural"; por esta razón no podemos obtener lo "bueno" o lo "malo" partiendo de lo "natural" o de lo "antinatural". La verdad es lo contrario: aquello que el iusnaturalismo ha introducido en las cosas como valores es lo que después saca de ellas como "natu-

ral" o "antinatural". Ninguna teoría del derecho natural ha podido hasta ahora romper este círculo; tampoco mediante la invocación —preferida hoy en día— de la naturaleza "racional" del hombre. Pues lo único que puede ser considerado como "naturaleza racional del hombre" es el correlato personal del deber ser incondicionado, es decir, el sujeto responsable. Pero ya este paso desde el *sujeto* responsable hacia el *hombre* va más allá de la "naturaleza racional" y entra en la existencia empírica. Por esto *Kant* habla siempre en conexión con el correlato personal del deber ser de "ser racional en general", y según los tomistas, la posibilidad de pensar seres racionales no humanos constituiría una prueba de que la "diferencia ontológica" del hombre con el "ser racional en general" reside en elementos que sólo son aprehendibles empíricamente.

Toda invocación de lo "natural" y todo rechazo de lo "antinatural" presupone una decisión valorativa originaria e indeducible. Datos sobre el contenido del deber ser están enraizados en los "*proyectos de sentido*" originarios con los que el hombre intenta interpretar el sentido de su existencia y que analiza en los objetivos obligatorios del actuar. Estos proyectos de sentido son intentos de interpretación del deber ser trascendente en el aquí y el ahora de la situación histórica que le está impuesta al hombre para la conformación de su vida —intentos de interpretación que en mayor o menor medida pueden fracasar o tener éxito. El hombre no puede estar nunca absolutamente seguro de que el proyecto de sentido que él mismo ha elaborado o al que se ha adherido, es el único correcto en una situación histórica. El hombre puede apropiarse de lo trascendente sólo en la inmanencia de su conciencia y de su razón. Ningún mortal ha estado sentado en el consejo de los dioses cuando se sancionaba la Tabla de lo recto y de lo justo. También las declaraciones iusnaturalistas acerca de lo recto y obligatorio en lo ético-social, son proyectos de sentido originarios e interpretativos situados en el tiempo, lo mismo que otros proyectos de sentido de la historia humana que no se apoyan en la "naturaleza" como fuente originaria. La invocación de la "naturaleza" es más bien sólo el medio para liberar de toda duda a los juicios de valor proclamados: la "naturaleza" —es o bien el claro clarín con el que se impone un proyecto de sentido revolucionario frente a un orden de vida anacrónico o es la señal crepuscular que llama al campamento a los combatientes diseminados a fin de reunirlos para hacer frente a los peligros de la noche (tal es el caso de la invocación actual del derecho natural). Las grandes épocas del derecho natural han sido siempre las de las teorías revolucionarias del derecho natural, que proyectaron e impusieron los fundamentos de un nuevo orden frente a formas de vida anquilosadas.

La invocación de la naturaleza no agrega fundamentación objetiva alguna al proyecto de existencia ético-social, sino que quiere tan sólo, como lema de lucha, reforzar la confianza en la victoria dentro de las propias filas y

conmover la voluntad de resistencia del adversario. En este sentido, todas las teorías del derecho natural son "ideológicas". Esto no significa en ningún caso que por esta razón sus contenidos hayan de ser también falsos, pero sí en cambio que su fundamentación ha sido exagerada, es decir que se le atribuye una fuerza de validez que no posee. Las teorías del derecho natural, en tanto teorías del derecho de la naturaleza, pertenecen a la línea de aquellas teorías de fe que sobrepasan la inmanencia y que creen poder atreverse a concebir inmediatamente lo trascendente, tales como la creencia en la revelación de reglas de conducta social o la fe en una instancia terrenal infalible, como en la visión esencial de los reyes filósofos de *Platón*, o —en la actualidad— en la dirección partidaria comunista que pretende interpretar infaliblemente el proceso histórico científicamente cognoscible.

Definir los contenidos de deber ser como intentos de interpretación de sentido de la existencia humana no significa dejarlos librados al libre arbitrio del individuo o entregarlos a la "arbitrariedad" de grupos humanos; tampoco significa —como afirma el existencialismo— que estos contenidos sean "inventados" o "elaborados" por los hombres. A esto se opone, en primer lugar, el hecho de que son intentos de interpretación del deber ser trascendente, o sea que el deber ser es el que exige al hombre el proyecto de sentido de su existencia, es decir que el hombre no puede liberarse de aquél. Este llamado del deber ser del que se tiene conocimiento en la conciencia excluye de antemano toda idea de arbitrariedad en la interpretación del sentido de la existencia.

Pero no sólo por el carácter del llamado del deber ser sino también en virtud de las estructuras del ser que hay que interpretar, los proyectos de sentido están sometidos a limitaciones inmanentes. Pues a las interpretaciones de sentido le están ya dadas los contenidos de ser; por eso están vinculadas a ellas. Sobre la relación interna entre interpretación de sentido y contenido del ser a interpretar se basa una gran parte de los conocimientos válidos y permanentes de la teoría del derecho natural. Aun los nominalistas extremos de la Edad Media ligaron la voluntad de Dios al principio de no contradicción: Dios podría haber hecho de Judas un santo, pero nunca santificar una piedra: la santidad o la desesperación puede ser sólo participada por un ser capaz de sensibilidad. Aquí aparece también la limitación del deber ser a través de lo físicamente imposible. Ninguna norma ética o jurídica puede ordenar que las mujeres den a luz niños en seis meses en vez de nueve o prohibir a los pilotos de avión, en caso de accidente aéreo, sobrepasar una velocidad de 30 km. Esta y otras frases similares son la consecuencia trivial del conocimiento no trivial de que todas las normas éticas y jurídicas pueden sólo referirse a acciones que son algo más que simples procesos naturales causales, y que, por el contrario, se diferencian de estos últimos por el momento de la conducción con conciencia de fines, es decir por el mo-

mento de finalidad. La estructura de la acción humana es el presupuesto de posibilidad de las valoraciones, que pueden ser únicamente —para que tengan sentido— valoraciones de la acción. Por esto, en el ámbito de las llamadas teorías de la acción o de la imputación, el derecho natural, desde *Aristóteles* y los escolásticos, ha realizado los progresos más seguros.

Pero tampoco es posible hablar de “arbitrariedad” en el ámbito de los proyectos de sentido propiamente dichos. Por lo pronto, también aquí los contenidos del ser no sólo fijan los marcos de los posibles proyectos de sentido, sino que también, en cierta manera, fijan el contorno de su contenido. De esta manera, entramos ahora en el ámbito de la naturaleza empírica del hombre y encontramos los tres aspectos elementales del ser, sin cuya interpretación no es concebible ningún proyecto social: la necesidad física del hombre, la diferencia de sexos y su “socialidad”, es decir su estar remitido a otros hombres y su dependencia de ellos. Así aparecen en el comienzo mismo de todo proyecto social humano, las “instituciones” de la propiedad, del matrimonio y del estado. Desde luego, aquí no ha de engañarnos la igualdad del título, ya que su conformación concreta depende de una serie de condiciones empírica e históricamente cambiantes.

Esto se ha visto claramente hoy, para dar un ejemplo actual, sobre todo en el tránsito de la organización patriarcal del matrimonio a la concepción de la igualdad de derechos de ambas partes y de la sociedad conyugal. La posición dominante que poseía antiguamente el *pater familias* como director de una economía independiente de producción, comenzó a ser puesta en duda en el momento en que se convirtió en cuidador de una familia transformada en comunidad de consumo. Lo que la familia perdió entonces en tareas materiales externas, lo ganó en funciones internas gracias a las cuales se ha transformado —en un mundo de excesivo poder de lo colectivo— en el último refugio de la organización privada de la existencia y de la convivencia personal. La familia es “la última contraparte institucional de las tendencias modernas de colectivización” (*Mackenrodt*). Pero en esta transformación de funciones, la relación de los cónyuges entre sí no puede ya estar determinada por el antiguo patriarcado sino que debe orientarse hacia un nuevo modelo de “compañerismo”.

Lo que aquí se ha indicado en pocas palabras con respecto a la discusión moderna acerca de la igualdad de derechos de ambos sexos —sin pretender contar con el apoyo general— debe marcar simplemente el camino metódico sobre el que se han producido siempre proyectos sociales de interpretación y sentido: son intentos para comprender los datos empíricos de un mundo cambiante, como elementos de constitución de una conexión de sentido que los abarca, e incorporarlos en éste. Para esto el hombre cuenta exclusivamente con la ayuda de su razón y su conciencia.

Sin embargo, la peculiaridad de nuestro tiempo desde mediados del si-

glo XIX, es decir, desde la decadencia del derecho natural profano y desde la caída del idealismo, consiste en que la confianza en ambas fuerzas espirituales del hombre para la comprensión del sentido de su existencia ha sido conmovida sobre todo por el positivismo y la teoría de las ideologías.

El positivismo ha degradado la razón —según Kant la “facultad de las ideas”— a entendimiento técnico e instrumental. “No hay en el ambiente jurídico —así escribía el teórico del positivismo jurídico, *Karl Bergbohm*— ninguna verdad objetiva que sea resultado del pensamiento filosófico, sino sólo una representación insegura como resultado de sentimientos éticos subjetivos, de consideraciones racionales, de afanes políticos, etc. Cuando más representa formas de percepción y de concepciones temporales de grandes grupos humanos con referencia a un orden ideal de la vida comunitaria, alguna opinión pública, pero nada más.”⁴ “Sólo lo que funciona como derecho, es derecho. Fuera de esto nada más; y *todo esto es derecho, sin excepción.*”⁵

Un positivismo jurídico de este tipo significa, a última hora, la entrega del derecho al poder existente. Según las palabras de *Felix Somló* es “incommovible la verdad de que el poder jurídico (el legislador o el estado) puede imponer cualquier contenido jurídico”⁶ —también aquel que es absolutamente inmoral. Y *Hans Kelsen* ha repetido esta tesis hace poco tiempo, en la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho*: no hay ninguna conducta humana que en tanto tal, en virtud de su contenido, sea excluida como contenido de una norma jurídica.^{7 8}

El segundo ataque —no menos peligroso— en contra de la razón fue lanzado en la segunda mitad del siglo XIX por las teorías de la ideología, es decir por aquellas teorías de dilucidación y de procedimiento de reducción que “descubren” todos los contenidos espirituales como “expresión”, “manifestaciones”, “sublimaciones” o de “derivados” de fuerzas elementales no espirituales, es decir de conductas económicas (*Karl Marx*), de la voluntad de poder (*Friedrich Nietzsche*), de estructuras instintivas (*Vilfredo Pareto*), etc. La verdadera realidad, la substancia del desarrollo histórico se ocultaría en aquellas fuerzas elementales de las cuales los contenidos espirituales serían sólo meras supraestructuras, subrogaciones ideológicas o pseudo-racionalizaciones. Las consecuencias de tales teorías son evidentes y pueden ser descritas con las palabras de *Hans Barth*:⁹ si las creaciones espirituales son en última

⁴ Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, pág. 479.

⁵ Karl Bergbohm, *op. cit.*, pág. 80 (los subrayados son míos).

⁶ Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, 1917, pág. 309.

⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pág. 201.

⁸ Cf. sobre este punto la 4ª ed. de mi libro *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962. (La 3ª ed. de esta obra fue traducida al español por Felipe González Vicén, bajo el título *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1952. N. del T.).

⁹ Hans Barth, *Wahrheit und Ideologie*, 2ª ed., 1961, pág. 289. (Existe traducción es-

instancia ideológicas, es decir si detrás de su sentido aparente, exterior, verdadero o justo, se esconde el sentido auténtico, real, que consiste en ser una manifestación de la voluntad de poder o de las relaciones económicas o de las estructuras instintivas, en este caso la polémica espiritual queda librada a la decisión de la lucha por el poder político económico.

De esta manera, las teorías ideológicas —como el positivismo— conducen a la misma descomposición del hombre en ser vital y del derecho en pura relación de poder. Ambos, positivismo y teoría de la ideología, remiten a la alternativa fundamental —presentada al comienzo— entre simple facticidad y deber ser obligatorio, entre existencia biológica y existencia dotada de sentido, entre poder y derecho, y optan por la facticidad, por la existencia biológica y por el poder.

Desde luego, como ya vimos, no puede aducirse en contra de ellos ninguna prueba obligatoria. Sin embargo, hasta ahora ningún orden político real se ha presentado a sí mismo como mera relación de poder y jamás una teoría política se ha definido a sí misma como ideológica. Siempre presuponen una instancia objetiva que los trasciende, según la cual el uno se autocomprende como orden obligatorio, justo, y la otra como declaración verdadera, de validez universal. Positivismo y teoría de la ideología absolutizan elementos parciales tanto del *derecho* como del *conocimiento*: el positivismo transforma el momento de la facticidad que pertenece a todo derecho, en su *único* elemento constitutivo; la teoría de la ideología deduce del hecho de que el hombre pensante en tanto existente pensante también está interesado en el contenido de su pensar, una *dependencia* de su pensar con respecto a sus intereses. Pero el hombre es aquel ser que no sólo tiene intereses sino que los conoce y trata de incorporarlos dentro de un orden pleno de sentido.

Por consiguiente, si la razón —a pesar de todos los ataques del positivismo y de la teoría de la ideología— sigue siendo una facultad de comprensión del sentido de la existencia humana, que no puede ser reducida a fuerzas más elementales, es verdaderamente urgente mantenerla libre de las influencias ideológicas que se esconden en las teorías del derecho natural: todas las argumentaciones iusnaturalistas tienen sólo poder de demostración en la medida en que poseen razones objetivas; la invocación de la naturaleza no aumenta en lo más mínimo esta fuerza demostrativa, sino que, por el contrario, puede contribuir a colocarla bajo la sospecha de ideología. Un ejemplo moderno, en este sentido, nos lo ofrece la discusión con respecto al llamado derecho de los padres, que, más que una suma de derechos, es más bien un conjunto de deberes, sobre todo, de deberes de educación. Sin embargo, los deberes de educación de las futuras generaciones no afectan única-

mente a los padres sino también y en creciente medida, a la sociedad y al estado, a los que interesa cómo el joven sale de la familia y se incorpora a la asociación política en la sociedad. Como los intereses objetivos que subyacen a estos deberes no constituyen ninguna armonía preestablecida, tienen que ser distinguidos entre sí, en la medida en que interfieren recíprocamente, y en caso necesario ser subordinados los unos a los otros. Mientras que en el siglo XVIII se otorgaba al niño un derecho natural a una educación general liberada de los prejuicios de los padres, con el objeto de reforzar iusnaturalísticamente la preeminencia del estado y la sociedad frente a los padres, en la actualidad se deduce, por el contrario, la preeminencia de los padres, también en virtud del derecho natural, sin que en este caso las razones que subyacen realmente a una u otra decisión hayan sido reforzadas por consideraciones objetivas mediante la invocación de la naturaleza. Por esta razón, *Hans Peters* considera que la discusión acerca de si los derechos naturales de los padres a que hace referencia el artículo 6, inciso 2º de la Ley Fundamental de Bonn constituyen o no un derecho natural, es discusión ociosa; quien no quiera reconocer ningún derecho natural no considerará el derecho de los padres como derecho natural, "sin que por esto objetivamente se produzca ninguna modificación en el problema pendiente".¹⁰ Por esta razón, habría que renunciar completamente a argumentar con el derecho natural.

En la solución de la tarea planteada siempre al hombre de expresar el deber ser trascendental bajo los presupuestos y las condiciones cambiantes de su existencia histórica, en proyectos sociales de interpretación de sentido, no existe garantía alguna en contra del error y del fracaso. La corrección de errores no es posible ni anticipándose a lo absoluto ni retrocediendo al poder, sino sólo únicamente mediante una polémica espiritual.

Esta concepción no tiene sólo importancia teórica, sino también y, sobre todo, eminentemente práctica. Afirma por lo pronto y en primer lugar que toda constitución social de verdadero dominio tiene que estar creada de tal manera que lleve en sí misma la permanente posibilidad de su corrección. Esta autocorrección es fácticamente posible en las más diferentes formas estatales, pero está sólo asegurada allí donde está jurídicamente *institucionalizada*, es decir en los estados en los que el cambio entre gobierno y oposición está garantizado constitucionalmente, y en los que se asegura jurídicamente de esta manera que la lucha por el proyecto social adecuado seguirá siendo una polémica *espiritual*. Tradicionalmente las constituciones estatales de este tipo son llamadas "democracias". Sin embargo, este concepto no sólo está seriamente afectado porque en el ámbito oriental ha sido invertido en su opuesto bajo el nombre de "democracia popular", es decir en la constitución sin oposición, sino también porque en el campo occidental la idea

10. Hans Peters en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, "Die Grundrechte", IV, pág. 373.

que en ella subyace es siempre desconocida. Si, como hemos visto, la institucionalización del cambio entre gobierno y oposición resulta de la concepción de que todos los proyectos sociales son sólo *intentos* de expresar el deber ser trascendental bajo las condiciones cambiantes de la situación histórica, esta idea está situada igualmente por encima del gobierno y de la oposición. Por esto, la idea fundamental de la democracia es la seguridad de la disposición de todos los grupos que luchan por el poder gubernamental de realizar la lucha por el orden social recto como lucha *espiritual* y no destrozar como enemigos a quienes piensan diferentemente, tan pronto como se tiene la mayoría y el poder. En la democracia cada uno tiene la libertad de expresar su convicción, en la medida en que uno mismo está dispuesto a escuchar la convicción opuesta. La democracia se basa en el principio de la tolerancia recíproca y no unilateral, y también el principio de la mayoría está subordinado a esta idea fundamental. La democracia es en este sentido una *société ouverte*. A ella pertenece la seguridad de la libertad frente a aquellos grupos que quieren utilizar la tolerancia con el fin de eliminarla.

En oposición a esto, desde los días de *Protágoras* se ha intentado siempre justificar la democracia con la idea del relativismo. En nuestro tiempo sobre todo Kelsen¹¹ y Radbruch lo han hecho: “el relativismo —escribía Radbruch en el prólogo de su *Filosofía del Derecho*, aparecida en 1932— es el presupuesto mental de la democracia, la cual niega identificarse con una determinada concepción política; está más bien dispuesta a entregar la dirección del estado a cualquier concepción política que pueda lograr la mayoría, porque no conoce un criterio unívoco con respecto a la corrección de las concepciones políticas, y no reconoce la posibilidad de un punto de vista por encima de los partidos”.

Así como el relativismo se anula cuando se aplica a sí mismo, así se anula también la democracia cuando se comprende a sí misma relativizándose como tolerancia de todo punto de vista, es decir, cuando está dispuesta “a confiar la dirección del estado a *cualquier* concepción política que pueda lograr para, sí la mayoría”. El destino de la República de Weimar es un buen ejemplo. Y así como la duda acerca de si cada frase singular es verdadera, no puede ni tiene que conducir nunca a poner en duda la verdad misma porque ésta es el presupuesto que permite formular una proposición como declaración plena de sentido, tampoco la duda acerca de si el proyecto social singular es o no justo, no puede ni tiene que conducir nunca a la duda acerca de la justicia misma, porque ésta es el presupuesto que hace posible la conformación plena de sentido de la vida social. El relativismo, que actúa

¹¹ Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, págs. 100 sigs. (Existe traducción española de este libro, bajo el título *Esencia y valor de la democracia*, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, 1935. N. del T.).

de esta manera, significa la entrega, al poder, de la lucha espiritual por la verdad y la justicia.¹²

Un orden social es sólo derecho cuando es algo más que la manifestación de la posición de poder del momento, cuando contiene más bien el intento de realizar lo socialmente correcto y justo dentro de los presupuestos y condiciones de su época. Sólo entonces logra enfrentarse con el individuo, no sólo con la coacción sino con la pretensión de *obligarlo* en su conciencia. Aquí tiene que conformarse con ser un *mínimum ético* —según una expresión de *Georg Jellinek*. Ciertamente, el derecho no puede limitarse a regulaciones sólo técnicas y neutrales al valor (como por ejemplo las reglas de tráfico) —y aun estas mismas reglas son siempre algo más que puramente técnicas. Los principios de un orden de la propiedad, del matrimonio o de la familia, presuponen determinadas decisiones de concepciones del mundo. Pero la limitación de los rasgos fundamentales de las instituciones sociales hace posible que aquellos que tienen una convicción diferente hagan valer su propia convicción en la elaboración de detalle. El orden jurídico del matrimonio basado en el principio de la igualdad de derechos no impide que los cónyuges vivan según principios patriarcales. El matrimonio civil obligatorio no excluye la ceremonia religiosa, lo mismo que el hecho del divorcio civil permitido en ciertos casos no impide mantener el principio de la insolubilidad del matrimonio. Por el contrario, cuanto más intente el derecho, con ayuda de su sistema de sanciones, imponer una determinada concepción del mundo, tanto más entrará en conflicto con la conciencia individual. Y viceversa, cuanto más se limite a los elementos fundamentales de las instituciones sociales, tanto más podrá esperar la obediencia de aquellos que tienen una convicción diferente, porque ninguna vida social es posible sin una determinada conformación institucional. Pero cuando el derecho —también dentro de estos marcos de amplias concepciones del mundo— entra en conflicto con la conciencia individual, no puede allí reconocer la *rectitud*, pero sí debe al menos reconocer el carácter de conciencia de la auténtica decisión de conciencia contraria. La conservación de un orden supraindividual y la protección de los otros miembros de la comunidad jurídica que confía en este orden, requiere que su validez no dependa de la aprobación de conciencia de cada individuo. En cambio, en la conformación de las consecuencias jurídicas deberá respetarse el carácter de conciencia de decisiones

¹² Radbruch retrocedió finalmente ante esta consecuencia. En su conferencia de Lyon sobre "El relativismo en la filosofía del derecho" (1934) liga el poder del estado —en dos pasajes— al presupuesto de que la lucha por las diferentes convicciones jurídicas ha de ser una lucha ideal: "El derecho de legislar le está confiado (al legislador) bajo la condición de que no afecte la lucha ideal entre las distintas convicciones jurídicas"; además: hay que "neutralizar" los poderes irracionales (el capital y la masa) "para que pueda realizarse el propio poder de las ideas". Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht*, 1957, págs. 82 y 87.

diferentes. Aquí precisamente tiene que mostrarse como *derecho*, y no imponerse simplemente como *poder*.

Bajo estas condiciones se puede esperar hacer justicia al contenido permanente de verdad del derecho natural y acuñarlo en los órdenes fácticos de dominio. Lo que del mundo conceptual del derecho natural queda no es un sistema de principios jurídicos materiales o de proposiciones jurídicas, sino la tarea que siempre ha de realizarse bajo nuevas circunstancias, para que la lucha por la conformación recta de las relaciones sociales siga siendo una polémica espiritual y no termine con la violación y la destrucción del hombre por el hombre.

HANS WELZEL

(traducción de Ernesto Garzón Valdés)

Universidad de Bonn