

FUNCION DEL DERECHO Y PLURALISMO ETICO-POLITICO

1. Toda discusión actual sobre la función del derecho ha de tener presente que dicha función tiene que desarrollarse dentro de una «sociedad pluralista», esto es, dentro de una sociedad dividida moral y políticamente. Políticamente, también, porque cualquier opción moral que afecte a los problemas de la convivencia deviene política en cuanto adquiere dimensión e importancia suficientes como para intentar determinar el orden social por medio del poder. Nos proponemos considerar brevemente el problema de hasta qué punto el cumplimiento de la función del derecho, aún entendida ésta en su dimensión mínima, es compatible con un pluralismo no circunscrito a determinados límites.

2. Tanto para los clásicos griegos como para los maestros escolásticos el derecho cumplía una misión ética e, incluso, pedagógica: la de hacer buenos a los hombres en su carácter de miembros de la sociedad, de ciudadanos. Esto se explica únicamente bajo el supuesto de que la comunidad jurídico-política era también una comunidad ética. Esta manera de pensar resultaba hoy anacrónica en el contexto de nuestra sociedad pluralista; por eso son excepción los autores que la mantienen, contándose entre ellos, cosa significativa, algunos teóricos marxistas.

El pluralismo ético que divide la sociedad contemporánea es el resultado de un largo proceso histórico que se inicia en los albores mismos de la modernidad. No es posible en este momento, ni tampoco es necesario, referirse a las causas determinantes de tal proceso histórico. Bástenos con recordar algunas, en una enumeración que no pretende ser exhaustiva: la ruptura de la unidad religiosa y la creciente secularización del estado; la acentuación del subjetivismo moral, sobre todo a partir de una interpretación no totalmente correcta de la ética kantiana; la elevación al nivel de conciencia ética y política de la división económica de la sociedad; la pérdida de vigencia para amplios sectores de la población de la moral cristiana, no sustituida por ninguna otra moral con un ámbito de

vigencia parecido, dado que no hay siquiera una filosofía o una concepción del mundo dominante, etc.

En nuestros días el pluralismo no es sólo un hecho, sino también un derecho. Esto es, se sostiene, con razones que estimamos plenamente fundadas, que es algo justificado y legítimo. Se aduce que constituiría una aberración incompatible con la dignidad humana el hecho de que se impusiera imperativamente una uniformidad de convicciones éticas y políticas. El principio de la dignidad del hombre como persona implica, por el contrario, el respeto de su libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión sobre los problemas comunes, etc. Y se piensa que constituye precisamente un deber inexcusable del estado el garantizar por medios jurídicos el legítimo pluralismo de individuos y grupos.

En una sociedad como ésta, que determinados pensadores no dudan en calificar como sociedad secularizada, profana, ha de atribuírsele al derecho una función acorde con tales características. Buscando el denominador común a las diversas doctrinas podemos decir que el derecho es concebido como el instrumento preciso para garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de la sociedad como unidad de convivencia pacífica. Todas las demás funciones que pueden atribuírsele y que de hecho se le atribuyen desembocan y se reducen, en último término, a ésta de procurar y asegurar la paz social.

3. Aceptado lo que antecede podemos ya plantear abiertamente el problema aludido al comienzo. ¿Hasta qué punto es posible que el derecho cumpla la función antedicha en una sociedad pluralista? El problema es real porque, a nuestro entender, surge una contradicción innegable entre la unidad de la sociedad que el derecho pretende mantener y la división de esa misma sociedad por razones ético-políticas.

El problema no puede ignorarse afirmando como hacen algunos que al derecho sólo le compete una función estrictamente social, profana, por lo que se emplazaría fuera del campo de las disputas éticas. Tal punto de vista incurre en error por partida doble; por una parte, supone una visión estrecha e irreal de la ética al restringirla al ámbito de lo que sólo importa al individuo aislado como tal; por otra, entiende al derecho de una manera también irreal, por analítica y abstracta, en cuanto lo concibe como una instancia normativa de la vida humana que funcionaría desligada de otros factores normativos.

Frente a la postura aludida hay que recordar la constante interferencia de derecho y moral como regulaciones de la conducta humana. No hay ningún sector del actuar del hombre que pueda considerarse sus-

traído al pronunciamiento moral; tampoco, por tanto, aquel que en cada momento es objeto específico de la normación jurídica. Es más, el propio derecho posee en sí objetiva y formalmente una dimensión ética. Y ello al margen de que en concreto lo estimemos justo o injusto o, dicho mejor, precisamente por que lo estimamos justo o injusto. Pues, en efecto, toda regulación jurídica de una relación o situación social implica una opción entre varias soluciones posibles, opción que por su propia naturaleza puede ser objeto de una valoración positiva o negativa, en cuanto beneficiosa o perjudicial para la sociedad, es decir, para el hombre en último término.

Si lo que venimos afirmando es válido, queda en pie que la uniformidad de comportamiento que el derecho impone en el seno de una sociedad pluralista implica un potencial desgarramiento del sistema ético-normativo de dicha sociedad. Tal desgarramiento se manifestará de forma concreta y actual cuando la conducta impuesta por el derecho como deber incondicionado y general choque con las convicciones morales de uno o varios individuos o grupos sociales. ¿Como resolver tal problema?

4. Una primera solución consiste en negar relevancia jurídica al fenómeno señalado. Se concibe al derecho como una instancia neutral, al margen de las disputas éticas. No se ignora que lo que el derecho establece puede ser y de hecho es objeto de valoración moral. Pero, partiendo del punto de vista de que todas las concepciones morales son relativas por lo que ninguna de ellas puede demostrarse racionalmente mejor fundada que cualquier otra, se sostiene que el derecho como orden normativo general se impone sin apelar a una justificación de su contenido, que sería científicamente imposible; su validez se establece al margen de toda consideración relativa a dicho contenido, que puede ser cualquiera.

Consecuentemente se niega que el derecho determine para los súbditos una obligación, un deber en el sentido tradicional. Lo que le caracteriza esencialmente es su carácter coactivo, el disponer de la fuerza social, crecientemente organizada y monopolizada por los órganos representativos de la comunidad, para sancionar las conductas contrarias a aquéllas que se desea que ocurran. La conclusión final a que se llega es la de que, como organización de la fuerza social, el derecho no tiene un fin o función que le sea esencial; más bien constituye un instrumento caracterizado por su forma y utilizable para fines diversos.

Esta postura extrema sostenida por varios autores contemporáneos, H. Kelsen p. e., es el reflejo congruente de un relativismo ético que, en verdad, constituye un completo agnosticismo moral. A nuestro entender,

resulta insostenible, entre otras razones, porque el derecho reducido a fuerza, aún a fuerza organizada, nunca alcanzará la eficacia que estas mismas teorías, por otra parte, le exigen. Sus sostenedores son plenamente conscientes de ello; sólo que la fidelidad a un cientificismo purista, peculiarmente entendido, les empuja a una consideración anítico-abstracta del fenómeno jurídico que lo aísla de su conexión real con otros factores sociales normativos.

Hay también soluciones más moderadas. H. Welzel, contemplando el posible conflicto entre ley y conciencia, estima que hay que conceder prioridad al deber general que impone la ley, pero establece que deben darse algunas condiciones para que tal preferencia pueda considerarse justificada.

Una de ellas es la de que la propia ley debe respetar la honestidad moral de una decisión que la contrarie basada en motivos de conciencia, lo que se manifestará sobre todo en una matización de las posibles consecuencias penales de la infracción de la norma. Estimamos que se trata aquí de una salvedad aceptable pero de consecuencias prácticas limitadas, ya que no puede instrumentarse como una solución general del problema.

En segundo lugar, afirma que la ley debe limitarse a la regulación elemental de la vida comunitaria, conformarse con ser un «mínimo ético», para no significar la imposición forzosa de una determinada concepción del mundo. Esta exigencia, que revela un trasfondo claramente liberal, nos parece difícilmente compatible con el crecimiento incesante de la legislación consiguiente al crecimiento de la intervención del estado en la vida social.

Finalmente, sobre todo, la ley debe ser tal que pueda merecer la aprobación de la conciencia de los miembros de la comunidad jurídica, que represente un intento de realización de la justicia de manera que no se presente como un derecho lo que no es sino puro mandato del más fuerte o poderoso. Este requisito que establece Welzel toca precisamente el núcleo de la cuestión que venimos examinando. Pues, en efecto, ¿cómo puede ser satisfecho dentro de una sociedad pluralista?

La solución normal, o más generalizada, que ofrecen los defensores del pluralismo en este punto puede sintetizarse como sigue. El derecho debe ser el resultado del libre juego de las distintas fuerzas y opciones éticas vigentes dentro de la sociedad, las cuales, debidamente articuladas en una organización democrática, deben poder determinar las decisiones de los órganos creadores del orden jurídico. Este funcionará entonces como instancia crítica frente a todo intento de imposición generalizada de una ideología parcial; y la norma jurídica representará una

solución de equilibrio, de mediación, entre los diversos intereses e ideologías contrapuestos.

5. Esta solución presenta una serie de dificultades resumibles en la afirmación de que sólo es viable dentro de un pluralismo limitado. En efecto, presupone por de pronto la existencia dentro de la sociedad de unas corrientes de opinión que nacen y se desarrollan con más o menos libertad y que pueden llegar a determinar el derecho vigente a través de un proceso democrático. Pero, sobre todo, presupone que la pugna de intereses e ideologías no es irreductible, que cabe una composición o equilibrio de tales intereses y concepciones. En la práctica esto significará que al menos una fracción, cuantitativa o cualitativamente decisoria dentro del grupo, concuerda en aceptar como válidos los bienes, intereses o valores básicos sobre los que se asienta la propia vida social; entre ellos ha de contarse la misma autoridad común y su estructura en cuanto que condiciona la posibilidad del procedimiento a través del cual ha de lograrse la composición de los intereses y opiniones contrapuestos. La importancia de estos intereses y opiniones será en todo caso de segundo orden en el sentido de que, o bien corresponden a fracciones sociales no decisorias dentro del grupo, o bien no afectan a los bienes o valores básicos antes aludidos.

Ahora bien, cuando estos presupuestos esquemáticamente apuntados no se den, esto es, cuando estemos no ante un pluralismo limitado, sino ante un pluralismo radical, la viabilidad de la solución que nos ocupa ofrece muy serias dudas. La hipótesis que ahora contemplamos supone que la pugna entre grupos de importancia decisiva dentro de la sociedad versa sobre condiciones o valores básicos para la convivencia: sobre el mismo sentido de la persona humana, su dignidad, libertad y demás exigencias fundamentales dentro del grupo; sobre el fundamento y la estructura de la autoridad o poder común; sobre la propiedad de los bienes y el orden fundamental de la vida económica; etc. En este supuesto no acertamos a ver en base a que criterio puede encontrarse una normación jurídica que funcione como equilibrio o mediación entre los intereses e ideologías contrapuestos.

Por eso es más que dudoso que en el caso de un pluralismo no limitado el derecho pueda cumplir la función de integración social, de garantía de la convivencia pacífica, que los propios teóricos del pluralismo exigen de él. Pues, en dicho caso no podrá aparecer ante sectores decisivos del todo social sino como pura fuerza. Y tal fuerza nunca ha sido ni será medio adecuado para mantener duraderamente la convivencia pací-

fica. El derecho no puede prescindir de la fuerza, pero no se identifica con ella. Tampoco se identifica estrictamente con la moral. Conforme a su sentido específico se mantiene en un equilibrio tenso de oscilación y equidistancia entre ambos polos, desnaturalizándose cuando tal equilibrio se rompe.

En suma, una sociedad radicalmente dividida por razones ético-políticas camina naturalmente hacia su desintegración, si por algún medio no se reconstruyen unas bases fundamentales de convivencia generalmente aceptadas. Lo que no es posible es mantener duraderamente una unidad social de convivencia basada en el derecho, unidad jurídico-política, bajo la que una abierta e irreconciliable diversidad ética, potencialmente política, divide a la misma sociedad.

6. Nuestra sociedad contemporánea es una sociedad pluralista, pero creemos que en ella no se dan plenamente los supuestos que configuran lo que hemos llamado pluralismo radical. Sin embargo, es posible descubrir la presencia de algunos de dichos caracteres, presencia que constituye una de las causas de la actual crisis del derecho.

Es patente, en efecto, que en nuestras sociedades se está produciendo una creciente desintegración moral. El cambio social vertiginoso que vivimos ha puesto en crisis muchas valoraciones éticas tradicionales. Pero como dicho cambio viene impulsado y determinado fundamental y casi exclusivamente por motivos económicos, no han surgido nuevas convicciones morales sólidamente fundamentadas que sustituyan a aquéllas. En este sentido más de un pensador ha señalado el fenómeno de que en bastantes sectores de la sociedad se va difundiendo una moral superficial, determinada por la presión de las circunstancias económicas y por la avalancha incesante de estímulos e informaciones que no profundizan en las razones que avalan las nuevas formas de conducta que provocan. Sea como fuere, el hecho patente es la desintegración moral antes aludida. ¿Cómo ha reaccionado y reacciona el orden jurídico ante este fenómeno?

Dicha reacción es ambivalente, ambigua. En algunos sectores se atiene a la lógica del principio de que en materias respecto de las cuales la sociedad aparece éticamente dividida, el derecho no debe imponer una solución general para todos. Esto es lo que viene ocurriendo en la legislación de una serie de países respecto de cuestiones tales como el divorcio, el aborto, etc. Ante el contraste entre las concepciones éticas tradicionales sostenidas por algunos sectores, y la conducta efectiva seguida por otros sectores de la población bajo la presión de las nuevas formas de vida, dichas legislaciones optan por ir dejando progresivamente en manos

de los propios interesados la decisión a seguir respecto de tales asuntos. Esta actitud se basa consciente o inconscientemente en la tesis, enormemente discutible, de que las cuestiones aludidas no afectan a la sociedad como tal, sino a la moral privada de los individuos.

Por el contrario, el derecho no adopta una actitud igualmente permisiva en otros sectores, como por ejemplo el orden económico, en los que la división de la sociedad en concepciones opuestas es, sin embargo, innegable; esta diferente actitud representa una indicación significativa de cuales son los valores que en nuestra civilización funcionan como básicos. En el sector indicado y en otros muchos conexos con él la legislación no sólo no ha disminuido, sino que aumenta incesantemente. Pero sobre esta creciente normación jurídica inciden dos fenómenos que convergen como causas del desprestigio del derecho.

El primero se refiere a la actitud de los propios órganos públicos que lo crean y lo aplican. El derecho resulta hoy en gran medida un instrumento demasiado rígido para la planificación de la vida social y el flexible desarrollo de la misma que el poder pretende llevar a cabo. Por otro lado, sin embargo, el poder no quiere ni puede renunciar a la legitimación que el derecho proporciona a sus actuaciones. La tensión se resuelve en la práctica por una constante, aunque subrepticia, ignorancia e, incluso, desvirtuación del derecho vigente por los propios órganos del estado a través de técnicas bien conocidas por los juristas.

El segundo fenómeno consiste en que la creciente tecnificación y burocratización a que se ve sometido el derecho lo aleja y distancia cada vez más del individuo, del simple ciudadano, lo que le hace perder sentido y eficacia en cuanto a instancia normativa de la vida humana. Estos fenómenos y otros similares contribuyen a la creciente falta de fe en el derecho, en su aptitud y capacidad como pretendido instrumento básico para implantar una ordenación justa y pacífica de la convivencia.

Ahora bien, para que el vacío que produce la falta de eficacia del derecho no sea invadido por el dominio de la violencia, el poder utiliza otros instrumentos para conseguir la necesaria uniformidad de las conductas y mantener la cohesión social. Entre otros cabe recordar los incentivos de todo tipo, la propaganda masiva para estimular y encauzar el consumo, el control de los medios de comunicación de masas, etc. Es verdad que el derecho siempre ha necesitado de otros factores que coadyuvan con él para obtener una ordenación pacífica de la convivencia. Pero la peculiaridad de estos coadyuvantes o sustitutivos contemporáneos del derecho radica en que en gran medida buscan provocar la conducta de los individuos, no apelando a una reflexión consciente, sino estimulando

sus apetencias de manera que las decisiones se fraguan en el nivel de la infraconsciencia; en este sentido actúan como factores de deshumanización.

Digamos para terminar que las consideraciones que anteceden no significan una cerrada negativa ante la sociedad y la civilización actuales, ignorando las indudables ventajas que para el hombre comportan; tampoco un rechazo del pluralismo ético-político. Simplemente intentan llamar la atención sobre la necesidad de reimplantar el sentido de lo humano, de lo ético, como criterio decisivo del orden social. Y para ello es preciso superar la idea de que lo ético es algo que se confina en el ámbito de lo privado, como asunto que concierne a la conciencia de los particulares, separándolo del ámbito de lo público, de lo jurídico. Frente a dicha idea es necesario recordar la vieja enseñanza clásica de que ambos ámbitos son interdependientes, de que la ética sólo logra su plena realización cuando adquiere vigencia objetiva y general informando el orden de la sociedad.

JOSÉ DELGADO PINTO
Universidad de Salamanca