

ETICA JURIDICA SIN METAFISICA

NORBERT HOERSTER
Universidad de Maguncia

SUMARIO: I. ¿Son las normas racionalmente fundamentables? II. La concepción de fundamentación de Larenz y Fikentscher. III. Esbozo de una ética jurídica intersubjetivamente fundamentable.

¿Existen principios de un comportamiento social recto que sean fundamentables con la razón? De la respuesta a esta cuestión fundamental de la filosofía *moral* depende, en última instancia, todo lo que se refiere a los componentes éticos de la filosofía *jurídica* es decir, la ética jurídica: ¿Existen argumentos racionales que hablan en favor del orden jurídico y en contra de la anarquía? Y en caso afirmativo, ¿es posible mostrar cuáles han de ser las características de las instituciones y normas fundamentales de un orden jurídico tal? ¿Existe, al menos en sus rasgos esenciales, un derecho "recto" que esté dado de antemano al derecho positivo?

En los últimos años, dos importantes juristas alemanes, Karl Larenz y Wolfgang Fikentscher, han presentado profundas investigaciones sobre esta problemática⁽¹⁾. Como considero que estas investigaciones son sumamente discutibles en sus respectivos presupuestos filosóficos, quisiera, en lo que sigue, presentar mi propia concepción, que se aparta radicalmente de aquellas. Pero antes algunas observaciones acerca del objetivo y tipo de esta exposición: Con la bibliografía existente sobre el problema filosófico-moral de la fundamentación de las normas (desde la Antigüedad hasta el presente) podría llenarse bibliotecas enteras. Por razones de espacio, ni siquiera haré el intento de mencionar lo más im-

(1) K. Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979; W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, tomo IV. 1977, especialmente capítulo 34 ("Obtención de los valores").

portante de esta bibliografía sino que habré de limitarme a mencionar algunos autores cuya obra creo que en Alemania es injustamente descuidada. Colocaré además el acento de mi análisis en los *fundamentos filosóficos* de una ética jurídica, sin tratar en detalle las consecuencias que de aquí resultan para la conformación concreta de un orden jurídico “recto”. Me preocuparé por utilizar un lenguaje claro que también sea comprensible para el lego en cuestiones filosóficas. Y, finalmente, ofreceré mi concepción ético-jurídica en una forma —en realidad indebida— dogmática sin entrar a discutir con mucho detalle las concepciones que se apartan de la mía (como las de por ejemplo, Larenz y Fikentscher o sus guardaespaldas filosóficos). El objetivo principal de este breve (teniendo en cuenta la temática que aquí se trata) trabajo no es desarrollar una teoría ampliamente fundamentada, sino más bien dar algunas incitaciones al público interesado en cuestiones de ética jurídica acerca de cómo puede darse una respuesta satisfactoria a estas cuestiones de una manera distinta a la que es usual en el pensamiento jurídico alemán.

I. ¿SON LAS NORMAS RACIONALMENTE FUNDAMENTABLES?

No hay duda que las normas y los valores serían racionalmente fundamentables si pudiéramos admitir que son elemento constitutivo de la realidad. Pues en este caso el sujeto hombre podría, al menos en principio, conocerlas y en este sentido formular acerca de ellos enunciados fundados, verdaderos. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los objetos de la percepción sensible: Son parte de un mundo dado de antemano al sujeto, independientes en su existencia del sujeto que los percibe. Consecuentemente existe un método racional para adquirir conocimientos sobre ellos. Hay criterios intersubjetivamente obligatorios que permiten distinguir entre enunciados verdaderos y falsos acerca de ellos. Y cuando un determinado individuo —siempre o en una situación concreta— no percibe un objeto objetivamente existente o lo percibe incorrectamente nos encontramos frente a algo que en principio, puede ser explicado: O bien el individuo correspondiente o bien la correspondiente situación presenta datos anormales que son los responsables de esta percepción falsa. Así, por ejemplo, el defecto físico de la ceguera puede impedir a alguien percibir ópticamente los objetos. Y, además, también es, en principio, posible el hecho de que aquí se trate de un defecto que limite la capacidad de percepción y que se pueda lograr que así lo comprenda quien lo padece.

¿Qué sucede, en cambio con las normas y los valores? ¿Son parte de una realidad objetiva? Manifiestamente no pertenecen a aquella clase de objetos que podemos percibir con nuestros cinco sentidos; no caen dentro del ámbito de la experiencia empírica. Pero con esta constatación —por cierto bien trivial— no queda respondida nuestra pregunta inicial. Pues de ninguna manera puede admitirse sin más que lo único que interesa es una realidad objetiva, reconocible sólo como objeto de la experiencia empírica. La afirmación contraria no es más que una *petitio principii* arbitraria. Quien desprejuiciadamente desee investigar nuestra cuestión tiene que estar dispuesto a tomar en serio la posibilidad de que existan realidades objetivas que el sujeto cognoscente aprehende de manera distinta a la puramente empírica. Ejemplos de estas realidades extraempíricas, “metafísicas”, serían la existencia de Dios, la inmortalidad del alma humana, determinados objetivos o metas inmanente del acontecer histórico o, precisamente, un reino de valores y normas objetivamente existentes.

Sin embargo, tomar en serio la posibilidad de una cosa no puede significar aceptarla sin más como real. El que la correspondiente realidad objetiva efectivamente se dé como objeto del conocimiento humano puede sólo resultar de *un examen detallado crítico, de todos los argumentos relevantes en pro y en contra*. Por las razones que habré de dar a continuación, estoy convencido de que en el caso del tema que aquí nos ocupa, es decir, el de la realidad objetiva de valores y normas, un examen de este tipo conduce a un resultado negativo.

Los enunciados sobre valores y normas tienen como contenido el que *debe* aspirarse a determinados objetos, es decir, deben realizarse determinadas acciones. Quien, por ejemplo, dice que la propiedad es buena (valor propiedad) o que es correcto cumplir las promesas (normativamente) dice con ello que debe aspirarse a mantener la propiedad o que las promesas deben ser cumplidas. De aquí se sigue: Los correspondientes enunciados pueden ser enunciados de conocimiento, enunciados acerca de una realidad efectivamente existente si el *deber* de aspirar a algo o el *deber* de hacer algo son elementos de una realidad efectivamente existente. Además, estos elementos del deber ser de la realidad tienen que ser aprehendibles por el sujeto cognoscente a través de una especie de intuición interna ya que, como se expusiera más arriba, en todo caso no son accesibles empíricamente. ¿Cómo deben juzgarse críticamente estos presupuestos de un objetivismo de las normas?

Es una verdad trivial que los juicios de valor (valoraciones) al igual que los juicios sobre normas (normaciones) juegan un papel enorme-

mente importante en la realización de la vida de cada individuo. No se ha descubierto ningún individuo (más o menos intacto) y mucho menos ninguna sociedad en la que en sus orientaciones con respecto al mundo y en sus formas de enfrentarse con la vida no aparezca ninguna actitud de deber ser y ningún juicio de deber ser. Y, además, no puede negarse que al menos *muchos* individuos y *muchas* sociedades, de acuerdo con su propia comprensión, consideran que sus actitudes y juicios de deber ser están *fundamentados objetivamente* y ven precisamente en esta fundamentación objetiva su justificación y legitimación propiamente dicha. (En este sentido, no existe ninguna diferencia decisiva entre filósofos y no filósofos: La misma fe en la objetividad del deber ser que por lo general el lego alienta de manera implícita e irreflexiva, ha sido a menudo formulada explícitamente por los filósofos quienes, a través de equilibradas teorías han tratado de darle una forma intelectualmente aceptable). Sin embargo, del hecho que una concepción sea compartida por la mayoría no se infiere su corrección. Y en realidad hay mucho que habla a favor de que, tanto la irrenunciabilidad práctica de convicciones de deber ser como así también su difundida interpretación objetivista, pueden explicarse de una manera convincente y no impuesta, sin que para ello se haga uso de la hipótesis de un deber ser objetivo (no sólo aparente sino real). Habrá que fundamentar ahora más esta aseveración.

Todo deber se contiene necesariamente una directiva de acción. Pero, una directiva de acción, considerada realísticamente, es siempre la expresión de una *voluntad*, de la voluntad de algún individuo, de un grupo o de la sociedad que expresa el deber ser y, de esta manera, o bien dicta la correspondiente directiva de acción o bien, en todo caso, la hace suya. Sin embargo, lo que alguien quiere está condicionado por sus deseos, necesidades, intereses e ideales. (Para los fines que aquí persigo, y por razones de simplificación, he de resumir estos cuatro conceptos, que desde luego podrían ser distinguidos individualmente, bajo el concepto de “interés” en un sentido amplio). Y como por experiencia sabemos que el hombre es un ser con intereses, no parece de modo alguno sorprendente que trate de realizar estos intereses (también) a través de directivas de acción, es decir, mandamientos de deber ser dirigidos a sus congéneres. Por lo tanto, el hecho mencionado más arriba, en el sentido de que cada persona y cada sociedad en general tienden a formular mandamientos de deber ser o normas, puede así explicarse fácilmente sin tener que recurrir a la hipótesis de valores o normas objetivamente dadas de antemano y que pudieran ser descubiertas a través del conocimiento. ¿No es acaso obvio que, por ejemplo, un ser que desea sobrevivir procure evitar que otros seres lo maten, formulando una prohibición de matar?

Más complicada es la explicación con respecto al hecho mencionado más arriba en el sentido de que, a su vez, muchas personas tienden manifiestamente de manera instintiva a concebir sus convicciones de deber ser en un sentido objetivista. Aquí pueden actuar conjuntamente varias causas. Por una parte, detrás de no pocas normas que los hombres sostienen se encuentran intereses de *enorme importancia*. (Piénsese, por ejemplo, en el interés en sobrevivir). Por lo tanto, para quien formula la norma es muy importante el cumplimiento de la misma por parte de sus destinatarios. Pero este cumplimiento de la norma parece ser facilitado en no poca medida cuando su destinatario la concibe como algo objetivamente dado de antemano: ¿por qué ha de dejarse influenciar en su conducta el destinatario de la norma a raíz de la mera manifestación de la voluntad de algún otro (el dador de la norma) ¿No le da acaso el mero conocimiento de que determinadas acciones son objetivamente debidas una razón suficiente, independientemente de toda voluntad (ajena o propia), para conducirse conforme a lo debido? (En III argumentaré que, en todo caso con respecto a algunas normas, también desde el punto de vista del propio interés, pueden haber buenas razones para obedecer la norma). Por lo tanto, una concepción objetivista de la norma parece ser un medio adecuado para otorgar a la voluntad del dador de la norma algo así como una legitimación inatacable y, con ello, la deseada presión. Esto no significa que el dador de la norma recurra a este medio conscientemente o en contra de una mejor convicción. Tan sólo el hecho de que la perspectiva objetivista tiene de facto esta función es suficiente para, al menos, dar *una* razón que explica su aparición.

Pero también desde la perspectiva de los destinatarios de la norma hay factores psicológicos que influyen en dirección de una concepción objetivista de la norma. Numerosas normas con las cuales el individuo se ve confrontado como destinatario no son creaciones de un individuo, que de esta manera pretenda imponer sus intereses exclusivamente privados. Lo que sucede más bien es que son sostenidas y hechas valer por grupos o por toda la sociedad que las asume como propias. (Puede pensarse, por ejemplo, en la muy difundida prohibición de la mentira o de la violación de las promesas). Por lo tanto, en estas normas, el destinatario no se ve confrontado con el “yo lo quiero” de un individuo cualquiera, sino con un “nosotros queremos” de toda la sociedad, muy difuso en lo que respecta a su autoría, o hasta con una tradición. Y se tiende a concebir las normas detrás de las cuales no se encuentra una voluntad que pueda ser fácilmente aprehensible o identificable, como si no fueran la expresión de ninguna voluntad empírica sino simplemente de una realidad objetiva, que le está dada de antemano *a cada* sujeto.

Tercero, hay que pensar, por último que, al menos dentro de nuestro ámbito cultural, durante largo tiempo fue usual que, al menos las normas más importantes, fueran concebidas como mandamientos de un creador divino del universo. Mientras tanto, la moral de conciencia de la mayoría de las personas (aún en el caso de numerosos creyentes) de nuestro círculo cultural ha abandonado la concepción de un legislador divino. Sin embargo, la concepción objetivista de las normas vinculada a aquélla parece haber sobrevivido, en un sentido vago, a la concepción específica.

Así pues, existen razones que permiten explicar el surgimiento de una concepción objetivista de la norma, aún cuando esta concepción pueda basarse en una ilusión. El que los tres factores mencionados, u otros similares, son efectivamente plausibles como causas del surgimiento de esta concepción resulta también de la siguiente reflexión: Quienes formulan la pretensión de objetividad que aquí se analiza lo hacen, por lo general, no con respecto a *todas* las normas que sostienen individualmente o de acuerdo con la sociedad a la que pertenecen. Así por ejemplo, las normas de la costumbre, de la convención, de la etiqueta, de la moda, de la estética, del gusto, quedan en gran medida excluidas de esta pretensión; en el caso de estas normas se está perfectamente satisfecho con que se las considere simplemente como manifestaciones de preferencias personales o de determinaciones específicas de ciertos grupos. Pero, si existe un deber ser objetivo dado de antemano a los hombres, ¿por qué no también en estos ámbitos? ¿Por qué sólo en el caso de las normas que —a diferencia de aquéllas— se las suele designar como normas de la *moral*? Por cierto que no puede excluirse a priori el que, en última instancia, dentro del marco de una teoría metafísica de la fundamentación de la moral, exista una respuesta satisfactoria. Sin embargo, una respuesta de este tipo no es obvia. Pero, dentro del marco de mi explicación más arriba esbozada acerca de la *concepción* objetivista de la norma, puede obtenerse, sin mayor problema, una razón que explica por qué esta concepción queda por lo general, limitada a las normas de la *moral*: A diferencia, por ejemplo, de las normas de la convención, de la estética, etc., como normas de la moral se consideran sobre todo aquellas normas detrás de las cuales se encuentran intereses y exigencias humanas concretas e importantes. Pero, de acuerdo con la hipótesis de explicación presentada más arriba, estos últimos constituyen precisamente el punto de vista decisivo que subyace a la pretensión de objetividad y a su difusión.

Si el comportamiento humano de normación y también su pretensión de objetividad pueden ser explicados de esta manera o de alguna

otra forma similar, sin que por ello uno tenga que depender de una objetividad efectivamente existente, ello efectivamente existente quede *refutada*. Siempre sería concebible que hubiera normas objetivamente, dadas de antemano, cognoscibles en principio y que efectivamente, en todo caso, ellas fueran conocidas por algunas personas (quizás por los filósofos) y utilizados como fundamento de los propios juicios de deber ser (normaciones). Esto es *concebible*, pero quien sostenga que ello es realmente así tiene que correr con la carga de la argumentación debido a la prescindibilidad de su aseveración o suposición para la explicación de los fenómenos que aquí se discuten (ver supra). En realidad, algunos de los más grandes pensadores de la historia de la filosofía occidental (tales como Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino y Kant) han intentado asumir esta carga de argumentación a través de la formulación y fundamentación de teorías éticas metafísico-objetivas. Naturalmente, estas teorías merecen ser tomadas seriamente en cuenta y analizadas detalladamente. Mientras tanto, ello se ha llevado a cabo en innumerables investigaciones; el resultado es, como suele suceder en la filosofía, controvertido. Aquí tan sólo puedo expresar mi convencimiento de que las teorías éticas objetivistas que conozco (especialmente la de los mencionados clásicos) —teorías que se contradicen fuertemente entre sí!— no están en condiciones de resistir un análisis crítico: Los problemas que provocan son más numerosos y difíciles que los que pueden solucionar. La suposición de valores y normas objetivas, independientes del sujeto valorante y accesibles a través de un acto del conocimiento, son difícilmente conciliables con una imagen científico-racional del mundo. La manifiesta falta de un *método* universalmente aceptado del (supuesto) conocimiento en este ámbito es sólo uno de los problemas que aquí se presentan. En cambio, la concepción de valores y normas como expresión exclusiva de valoraciones y normaciones humanas, es decir, en última instancia, de intereses humanos, puede prescindir de todo postulado metafísico e incorporarse sin fisuras en una teoría empírica del hombre y de la vida humana en sociedad.

¿Qué se infiere a partir de esta perspectiva no metafísica, empirista, con respecto a nuestra pregunta inicial acerca de la posibilidad de una fundamentación racional de las normas? Se infiere que las normas tan sólo son fundamentables racionalmente en un sentido limitado, *hasta un cierto grado*. Esta respuesta requiere una explicación más detallada.

Es un fenómeno regular el que las normas, tal como son sostenidas en la vida práctica y política, son sostenidas por quienes las propician en una estrecha conexión con determinadas suposiciones fácticas. Esta conexión puede tener diferentes dimensiones. Por lo pronto, está la di-

mencción de que la norma x es sólo sostenida porque es considerada como un medio adecuado para la obtención del fin y . En la medida en que de facto no lo sea, es infundada: Quien la sostiene, en la medida en que se comporte racionalmente, habrá de abandonarla. Pero el contexto de fundamentación entre norma y factum no necesita consistir en una relación directa de medio-fin como ésta. También puede pensarse el caso en el que la norma puede por cierto producir el objetivo deseado, pero tener efectos secundarios que podrían perjudicar otros objetivos que son evaluados como más importantes. También en este caso la correspondiente norma es, desde su propio punto de vista, infundada. Y, finalmente, independientemente de toda relación medio-fin, pueden figurar como presupuestos para sostener una norma determinadas suposiciones de existencia fáctica. Quien, por ejemplo, exige que uno debe comportarse de acuerdo con la voluntad de Dios o conforme a leyes inmanentes del transcurso de la historia, exige algo infundado en caso de que Dios o las mencionadas leyes en verdad no existan. Bajo este presupuesto, quien sostiene la norma es comparable al niño que reflexiona acerca de cómo puede lograr que lo quiera la liebre de Pascua.

De todo esto resultan para el problema de la fundamentación de las normas las siguientes consecuencias: 1. La ratio tiene una función importante en el ámbito de las normas. Puede demostrar que una norma es fundada o infundada en la medida en que puede demostrar que los diversos presupuestos fácticos de esta norma son correctos o falsos. 2. Cada norma, fundamentada o no en este sentido, tiene un elemento —el elemento del deber hacer— que, en principio, es inaccesible al conocimiento y a la fundamentación racional. Sin embargo, precisamente por ello puede inducir a error en grado considerable el estigmatizar a este elemento (tal como a menudo sucede, especialmente cuando se polemiza en contra de una concepción no metafísica de la norma) como irracional. Es tan poco irracional (*antirracional*) como, por ejemplo, el sentimiento de amor por una persona es, en tanto tal, irracional. Más correcto sería designarlo como *arracional* es decir, no racional, extra racional. 3. Una norma no puede estar fundada o infundada en un sentido objetivo, sino siempre desde el punto de vista de un sujeto que sostiene esta norma. Por ello, la misma norma puede estar fundamentada para A y ser infundada según B, cuando A la vincula con suposiciones fácticas correctas y B con suposiciones fácticas incorrectas. Naturalmente, esto presupone que A y B consideran hechos diferentes como normativamente relevantes; esto significa: sostienen diferentes premisas normativas y, por lo tanto, desean cosas diferentes.

Pero esta posibilidad está siempre dada a causa del elemento arra-

cional irreducible de toda norma. Por lo tanto, el que entre las normaciones fundamentadas de diferentes individuos pueda producirse un consenso intersubjetivo es, en principio, una cuestión abierta cuya respuesta en algunos casos puede ser positiva y en otros negativa.

II. LA CONCEPCION DE FUNDAMENTACION DE LARENZ Y FIKENTSCHER

Con respecto al problema de la fundamentación de las normas, Larenz y Fikentscher no comparten manifiestamente la concepción que acabo de esbozar. En sus consideraciones, ambos parten de posiciones esencialmente objetivistas. ¿Cuáles son sus argumentos para estas posiciones? Por lo pronto, Larenz polemiza fuertemente en contra del “concepto positivista de la ciencia” según el cual no es posible un conocimiento de las pautas éticas del derecho recto. De esta manera “se arroja a la basura una tradición filosófica milenaria”(2). Sin embargo, él mismo admite que “no hay una vía segura para el conocimiento de lo ‘absolutamente’ válido, correcto”(3). Más aún, escribe: “Tan sólo podemos sostener que nuestras aseveraciones son aceptables para aquellos cuya comprensión del mundo y del derecho estén integradas en el círculo cultural de Occidente. Quien sale de él, por convertirse, por ejemplo, en budista, o pertenece a otro círculo cultural, acepta como válidas posiblemente otras categorías y valores fundamentales”(4). Con todo, dentro del desarrollo jurídico de nuestro círculo cultural occidental podemos confiar en que el derecho positivo respectivo se encuentra “en el camino hacia el derecho recto”(5) (hacia la “idea del derecho”(6) y nos otorga el “descubrimiento progresivo de los criterios de lo recto”(7).

En Larenz no he logrado descubrir argumentos para esta perspectiva histórico-filosófica, inspirada manifiestamente en Georg Wihhelm Friedrich Hegel.

En cambio, la mayor parte de su escrito está llena de aseveraciones detalladas según las cuales las ideas rectoras de nuestro actual ordena-

(2) Op. cit. pág. 16. Larenz ignora totalmente que con respecto a esta cuestión también existe una “milenaria tradición filosófica” (cfr. mis breves referencias con respecto al texto al que corresponde la nota 15).

(3) Op. cit. pág. 182.

(4) Op. cit. pág. 32.

(5) Op. cit. pág. 25.

(6) Cfr. op. cit. pág. 29.

(7) Op. cit. pág. 184.

miento estatal republicano federal tienen que ser consideradas como las correctas. Pero, ¿qué sucede con estas ideas rectoras cuando se las compara con las que regían en nuestro país durante los años 1933-1945 y a las cuales el mismo autor revistió con la plástica fórmula “La sangre tiene que convertirse en espíritu y el espíritu en sangre”⁽⁸⁾? No cualquiera habrá de poseer la ilustrada sabiduría como para considerar a esta última simplemente como uno de aquellos estadios en los cuales la “idea del derecho” —en este caso en su camino desde Weimar hasta la República de Bonn— se da a conocer manifiestamente al agradecido observador. Manifiestamente es el privilegio del filósofo educado por Hegel el saber no sólo interpretar los valores obligatorios para el Occidente sino que también, con esta interpretación, cualquiera que sea lo que pueda suceder políticamente, se encuentra siempre a la altura de la época⁽⁹⁾. Aquel para quien la verdad de la filosofía de Hegel no sea nada evidente en absoluto por diversos motivos (tanto intelectuales como morales) habrá de encontrar poco atractiva esta perspectiva. Quizás frente al hegeliano Larenz habrá de preferir como interlocutor para analizar el “derecho recto” que conjuntamente desean descubrir, el diálogo con un budista, extraño por cierto a su círculo cultural.

Fikentscher recorre una vía algo diferente a la de Larenz. Según él, el ético del derecho se convierte de manera *totalmente expresa* en metafísico del derecho, en teólogo del derecho. Considera que la decisión de cuestiones valorativas jurídicas, aún las de naturaleza verdaderamente banal, necesariamente está enraizada en una “imagen del hombre” y “desde la ‘imagen del hombre’ el paso a la condicionalidad religiosa de esta imagen del hombre es sólo una cuestión de honestidad intelectual”. “Quien valora”, continúa Fikentscher, “necesita una ‘religio’, un punto arquimédico en el que pueda colocar la palanca de su valoración”⁽¹⁰⁾. Con aprobación cita la frase atribuida a Felix Kaufmann: “*Toda* cuestión jurídica es, cuando se baja dos escalones más en su fundamentación, una cuestión religiosa”⁽¹¹⁾.

Fikentscher lo fundamenta así: “Pues la valoración es sólo posible cuando uno se liga a algo”. El círculo de la argumentación lo cierra la correspondiente nota al pie de página: “Religio = ligar, de ligar, doblar hacia abajo y atar (por ejemplo, un pámpano)”.

(8) Karl Larenz, “Volksgeist und Recht” en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* 1. (1954), 42.

(9) Con respecto a este contexto ver E. Topitsch, *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie*, 1967.

(10) Op. cit. pág. 405.

(11) Esta y las dos siguientes citas en op. cit. pág. 653.

Uno conoce este tipo de estrategia argumentativa en la moderna teología popular: Hasta los actos humanos más cotidianos conducen al hombre pensante inevitablemente hacia Dios. Quien vea las cosas de otra manera o bien es superficial o bien es deshonesto.

Pero, en verdad, las cosas no suceden en absoluto de la manera como lo afirma aquí Fikentscher; precisamente quien haya conservado solidez y honestidad de pensamiento percibirá fácilmente lo dudoso de esta "argumentación": 1. Por cierto, se podría decir con razón que, por lo general, una concepción religiosa trae consigo también actitudes valorativas. Pero de aquí no se sigue, de ninguna manera, lo inverso, es decir, que por lo general las actitudes valorativas traigan consigo una concepción religiosa. Aún cuando las valoraciones de las personas religiosas en su mayor parte hayan de estar determinadas por su fe religiosa, con esto no se dice que también las valoraciones de las personas no religiosas tengan que estar de alguna manera religiosamente determinadas. 2. Por cierto que a nadie le está vedado (sin que para demostrarlo haya que recurrir a eruditas consideraciones etimológicas totalmente irrelevantes para el caso) *usar* "religioso" de manera tal que sea *equivalente* a "valorante". Cuando alguien así lo hace, no hay *para él* (de acuerdo con su uso del lenguaje) ninguna valoración sin religión. Pero esta maniobra lingüística no lo autoriza sin embargo de ninguna manera a suponer que, *en el sentido habitual de la palabra "religión"* —que, en todo caso, *va mucho más allá* de lo que es entendido por "valoración" o hasta por "vinculación"—, no haya ninguna valoración sin religión.

¿Con respecto a cuál de los mensajes religiosos recíprocamente opuestos desearía obligarnos del teólogo del derecho Fikentscher ligarnos en nuestras valoraciones (jurídicas o de otro tipo)? A aquel mensaje del hombre como pecador, que sólo puede encontrar justificación en la fe tal como se da en la interpretación paulista-protestante del Cristianismo: "No hay ningún valor que ate a los hombres en los detalles... Pero en algo está ligado: En su peculiaridad como hombre y como súbdito del Dios personal, frente al cual, en este mundo, se encuentra siempre en lo falso⁽¹²⁾. Además Fikentscher considera que los valores esenciales, los "valores fundamentales", que están unívocamente determinados a través de esta concepción teológica son *fundamentales únicamente con su ayuda*: "No hay nada que hacer: si no se quiere ser deshonesto, hay que reconocer la condicionalidad judeo-cristiana de la democracia de los derechos fundamentales"⁽¹³⁾. Aun cuando no deseo ser deshonesto, no

(12) Op. cit. pág. 653.

(13) Op. cit. págs. 610 y s.

logro reconocer una conexión lógica de este tipo entre el carácter pecaminoso del hombre y la exigencia de derechos fundamentales estatales —por suerte, según pienso, para estos últimos. Pues la imagen del hombre teológico-cristiana, que aquí es sostenida como base necesaria, está ligada a una serie de presupuestos que, desde el punto de vista de una imagen científico-racional del mundo no me parecen realizables en modo alguno⁽¹⁴⁾. En ambos puntos (conexión entre carácter pecaminoso y exigencia de derechos fundamentales como así también fundamentabilidad de la primera) el lector puede, desde luego, tratar de obtener un mejor conocimiento a través de la lectura de la argumentación de Fickentscher que se extiende a lo largo de cientos de páginas.

III. ESBOZO DE UNA ETICA JURIDICA INTERSUBJETIVAMENTE FUNDAMENTABLE.

¿Existen algunas normas que sean intersubjetivamente fundamentales, normas que de esta manera pudieran servir a la fundamentación intersubjetiva, por lo menos de algunos elementos de un orden jurídico? De acuerdo con la concepción que he sostenido en I, una fundamentación intersubjetiva de una determinada norma *x* es posible en la medida en que *x*, de acuerdo con la situación de las cosas, sea adecuada para promover los intereses o los objetivos de *diferentes sujetos* (personas). Básicamente, es posible distinguir tres tipos de casos en los cuales esta condición se cumple. El primer grupo de casos, el más simple, se da cuando diferentes personas persiguen fines idénticos en todo sentido: Si tanto A como B desean un aire más limpio en la Zona del Ruhr, para ellos estará intersubjetivamente fundamentada una norma que prohíba la contaminación del aire en la Zona del Ruhr. (En todo caso, esta norma, *en la medida* en que persigan este objetivo, estará *primera facie* fundamentada. La complicación que suele presentarse en este tipo de casos, es decir, que presumiblemente A y B persiguen también otros fines que al menos en cierta medida tienen como consecuencia secundaria inevitable la contaminación del aire, no será aquí considerada).

El segundo grupo de casos se da cuando los objetivos de diferentes personas si bien no son idénticos, sin embargo están creados de manera tal que, de facto, la misma norma sirve para su realización: Así por

(14) Con respecto a los argumentos filosóficos más importantes en pro y en contra de los presupuestos básicos de la fe cristiana, ver N. Hoerster (comp.), *Glaube und Vernunft. Texte zur Religionsphilosophie*, 1979.

ejemplo, una norma que prohíbe la caza libre sin sujeción a condición alguna sirve tanto el objetivo del amigo de los animales A que no quisiera que se diseminase la fauna cuanto el objetivo del amigo del hombre B a quien le importa que la gente pueda pasear por el bosque sin peligro alguno. Con el tercer grupo de casos nos encontramos finalmente cuando los objetivos de diferentes personas, si bien son idénticos por lo que respecta *al asunto* no lo son en lo que respecta *para quien* ha de obtenerse este asunto: Si, por ejemplo, A aspira a su propia supervivencia —la supervivencia de A— y B a la suya propia —la supervivencia de B— a estos dos objetivos (idénticos en su valor abstracto pero no en su concreción) sirve en igual medida una norma que prohíba matar.

Estos tres casos de grupos se refieren a casos en los cuales, en principio, existe la posibilidad de fundamentar *intersubjetivamente las normas*. Pero aquí, en virtud del enfoque de fundamentación que he sostenido, resulta la siguiente limitación: La intersubjetividad de la respectiva fundamentación abarca exactamente a aquellas personas que tienen el objetivo correspondiente y a nadie más. En los tres ejemplos que he mencionado más arriba las normas están intersubjetivamente fundamentadas *para A y B*. El que además lo estén para C y D o para todos los miembros de la respectiva sociedad es una cuestión que queda pendiente. Su respuesta depende de que C y D o todos los miembros de la respectiva sociedad, o todos los hombres, tengan de facto los mismos objetivos.

Como lo han mostrado, o al menos insinuado, los tres tipos de fundamentación intersubjetiva de normas tienen relevancia también en contextos especiales de fundamentación jurídico de normas. Sin embargo, es el tercer tipo el que resulta ser especialmente útil con respecto a *los elementos fundamentales de un orden jurídico* cuya fundamentación tiene que estar en el punto central de todos los esfuerzos ético-jurídico. En el resto de este trabajo quisiera mostrar hasta qué punto esta aseveración es correcta y cómo podría darse en detalle una fundamentación ético-jurídica bien lograda. Para presentar de la manera más clara posible la figura de la fundamentación que aquí interesa, he de recurrir a un ejemplo concreto, es decir, el de la ya mencionada prohibición general del homicidio.

A fin de poder ver las razones que hablan a favor de una imposición jurídica de la prohibición general de matar desde el punto de vista intersubjetivo, habremos de imaginarnos brevemente una situación de convivencia humana totalmente desprovista de normas. Se trata aquí de la realización de un experimento puramente mental cuya función es total-

mente independiente del hecho de que una situación de este tipo haya alguna vez existido en la realidad histórico-social o pueda alguna vez existir. (De acuerdo con mis consideraciones presentadas en I, parto aquí también de que al hombre no le están dadas normas objetivas en sentido ontológico, es decir, independientes de la voluntad de otros hombres o de la sociedad). En una tal situación sin normas sucedería manifiestamente, entre otras cosas, lo siguiente: A veces muchas personas tendrían el deseo de matar a algún congénere, por ejemplo, por razones de rivalidad. La probabilidad de que deseos de este tipo se llevaran efectivamente a la práctica sería bien grande. Pues los hombres —en tanto víctimas y actores potenciales— están creados por la naturaleza de manera tal que, de una manera relativamente fácil, pueden quitarse recíprocamente la vida.

Esto vale también para el caso en que la víctima sea muy superior al actor en capacidades y posibilidades (en “poder”). Pues las diferencias entre los hombres no son ni siquiera *tan grandes* que impidan que prácticamente *cualquiera* (aún el más débil) en un caso favorable (por ejemplo, en colaboración con otras personas débiles) pueda matar *a cualquier otro*. Esto significa: Cada uno tiene una buena oportunidad (aún cuando no igualmente grande) de matar y —a la larga o la corta— de ser muerto.

Esta situación sería considerada por todos como desagradable. Pues cada cual tiene un fuerte interés en su propia supervivencia, al igual que en la supervivencia de los miembros de su familia y de sus amigos. Más aún, para no pocas personas este interés y su realización habrá de ser considerado como presupuesto para la realización de todos los demás intereses futuros y por lo tanto habrá de ocupar una posición de especial primacía. Bajo estas circunstancias, cada cual tiene una buena razón para desear, con el objeto de proteger la propia vida, que se establezca normativamente la prohibición general de matar. Y en verdad este deseo se basa en la siguiente evaluación de intereses: Renuncio a la imposición de mi ocasional interés en matar y, a través de esta renuncia, adquiero la seguridad de un interés que es para mí más importante, es decir, el de no ser muerto. Naturalmente, una estrategia de este tipo puede conducir a la meta sólo en la medida en que yo no esté sólo con esta evaluación de intereses. Pues la efectiva seguridad de mi interés de no ser muerto está ligado a la renuncia a matar por parte de los demás. Con otras palabras: para cada individuo vale la pena renunciar a matar sólo bajo el presupuesto de que la renuncia *general* a matar sea el contenido de una norma aceptada por todos y que, al menos en términos generales, sea eficaz.

Así pues una norma que prohíba el matar (arbitrariamente) está en todo caso para la gran mayoría de los hombres, fundamentada intersubjetivamente. Más exactamente: Esta fundamentada intersubjetivamente para todas aquellas personas cuyos intereses están expresados efectivamente por la evaluación mencionada más arriba, es decir que consideran que a la larga el no ser matados (la supervivencia) es más importante que la permisión indiscriminada del matar. Algunas observaciones adicionales pueden arrojar más luz acerca de esta forma de fundamentar la prohibición de matar. Por cierto que no es el caso en absoluto de que este argumento presuponga que la vida humana es un valor objetivo dado de antemano (al individuo o a la sociedad). Se basa más bien en el hecho de que (la gran mayoría de) las personas, en la escala de sus valoraciones otorgan de facto a su vida una jerarquía muy alta. Sin embargo, esta fundamentación no debe ser entendida en el sentido de que aquí se estaría presuponiendo el principio rector "lo que sirve al interés de todos (o de la mayoría) es correcto". El papel que la mayoría (los otros) juegan en mi fundamentación subjetivista es más bien el siguiente: Como no hay criterios objetivos de lo normativamente correcto, todo enunciado que diga que una determinada acción es "correcta" o que una determinada norma está "fundamentada" debe ser entendido como expresión del interés de quien formula este enunciado. De aquí se infiere que en todo momento cualquiera puede declarar que es "falsa" o "infundada" una norma *x* que, desde el punto de vista de todos los demás está fundamentada. Cuando alguien así lo declara expresa precisamente que sus intereses no coinciden con los intereses de todos los demás. Naturalmente, en una constelación de este tipo, no puede realísticamente contar ni con la aprobación de sus congéneres ni esperar que en la realidad social habrá de poder imponer su norma divergente y o impedir la imposición de la norma *x* que responde a los intereses de todos los demás. Precisamente por esto el hecho de que el interés de supervivencia es un interés que el individuo comparte con prácticamente todos los demás es un presupuesto de que para la protección de este interés de cada cual en la sociedad no sólo se postule (por algunos) una prohibición general del matar sino que pueda ser puesta efectivamente en vigencia (por todos).

Pero, ¿qué pasa con la minoría de personas que puede aún existir por más que ciertamente haya de ser insignificante y que prefieren la posibilidad del matar indiscriminado a la seguridad (amplia) del no ser matado? (Bajo esta categoría podrían caer quizás algunos terroristas o, dicho en general, gentes —en caso de que las haya— para quienes un ilimitado vivir en el hoy sea más importante que todo pensamiento previsor del mañana). Para estas personas manifiestamente nuestra prohibi-

ción general del matar no sería fundamentable, se encontrarían fuera de su alcance intersubjetivo. Sin embargo, la mayoría exige también con respecto a ellas que respeten la prohibición de matar y en caso de que violen esta prohibición se las castiga de la misma manera que a las que están interesadas en el mantenimiento de esta prohibición. ¿De dónde toma la mayoría, podría preguntarse alguien, aún cuando se trate de una mayoría del 99,9%, el derecho para imponerla? ¿No se ve acaso claramente en este punto que no es posible prescindir de una legitimación objetiva de las normas?

Estas preguntas son obvias y afectan el centro de mi enfoque subjetivistas de la fundamentación. Por ello no pueden ser dejadas de lado sino que tienen que ser respondidas abiertas y claramente. Primero: No hay duda que sería bello que fuera posible una fundamentación objetiva, una legitimación *trans*subjetiva de las normas. Pues entonces cualquiera que tuviera intactos sus órganos de conocimiento tendría que reconocer como fundamentadas y legítimas las normas que le están impuestas de antemano a él como a cualquier otro. No importarían sus deseos e intereses lo mismo que tampoco sería relevante la comunicación de la voluntad de alguna mayoría. Sin embargo, el que esta posibilidad esté dada efectivamente es una cuestión epistemológica-ontológica que tendríamos que decidir independientemente de nuestras necesidades prácticas. En I he argumentado que esta cuestión, en el ámbito epistemológico-ontológico que le corresponde, merece más bien una respuesta negativa. Esta respuesta no puede ser ahora dejada de lado con el argumento de que puede conducirnos a una situación problemática en el intento de fundamentación intersubjetiva de las normas que consideramos deseables.

Segundo: Si se toma en serio mi enfoque de fundamentación subjetivista y se piensa coherentemente hasta el final, en realidad no existe esta situación problemática. Volviendo a nuestro ejemplo de la prohibición general de matar: Por cierto que no podemos dejar de reconocer que para el "outsider" que hemos caracterizado más arriba esta prohibición no está fundamentada, es decir, no es posible fundamentarla con respecto a él. Pero esto no significa que no esté fundamentada con respecto al representante de la mayoría interesada en la supervivencia; lo está y *por cierto en toda su extensión*, es decir, como norma general que no admite excepciones y cuya exigencia de comportamiento también está dirigida al "outsider". No se comprende por qué precisamente los miembros de la mayoría deban renunciar a sus intereses (que sólo pueden realizarse plenamente mediante una prohibición *general* de ma-

tar) porque estos intereses puedan no ser compartidos por absolutamente todos. La pregunta planteada más arriba en el sentido de si alguien (aún cuando represente a la mayoría) tiene el *derecho* de imponer sus normas a otro, fue formulada de manera poco clara. Si “derecho” ha de ser entendido aquí en el sentido técnico del llamado “derecho subjetivo” (un derecho a algo, al que corresponde un deber por el otro lado), la respuesta reza “no” ya que desde mi punto de vista subjetivista no puede existir un derecho de este tipo en *un sentido pre o suprapositivo* (en el que necesariamente tendría que ser entendido el derecho en cuestión). Pero si con “derecho” se quiere tan sólo significar que alguien puede hacer algo determinado, de que a este hacer no se le oponen normas de ningún tipo, entonces naturalmente la respuesta reza “sí”; pues no hay normas suprapositivas que estuvieran dadas de antemano a este sujeto y en la situación en cuestión *todavía* no existen normas positivas.

Así entendido, A tiene perfectamente el derecho de abogar *por* y B el derecho de abogar *contra* la vigencia de una prohibición general de matar y hasta luchar por sus respectivas posiciones. Quien haya de imponerse aquí es en realidad una *cuestión de poder*. En esta constelación no se modifica esencialmente nada después que los en ella interesados logran la vigencia social (institucionalización) de la prohibición de matar. Desde su punto de vista, B sigue teniendo buenas razones para combatir en su validez la prohibición —que ahora está normada positivamente, es decir, existe realmente— y en la medida en que no le atemorizan sus sanciones, violarla cuando así lo desee. Todo esto puede parecer algo extraño a quien no haya puesto nunca en duda la usual concepción de una fundamentación objetivista de las normas. Sin embargo, desde el punto de vista práctico-político no tiene por qué preocuparse: Tal como ha sido creada la naturaleza humana, la inmensa mayoría de nuestros congéneres seguirá teniendo un interés primordial en la supervivencia y sabrá evitar la permisión del matar. Por otra parte, no es posible combatir a los pocos terroristas con una forma objetivista de fundamentación de las normas. Deberíamos dejar de contraponer a un orden jurídico basado en el poder otro orden jurídico que supuestamente estaría legitimado por un derecho superior. Si se entienden las cosas correctamente, todo orden jurídico se basa en el poder o, dicho más exactamente, en una voluntad que está vinculada con el poder de su realización. En este sentido, el poder puede ser idéntico con la opresión por parte de unos pocos, pero no tiene que serlo necesariamente. Un orden jurídico que en sus fundamentos sirva prácticamente los intereses de cada cual y que por lo tanto base su validez en el poder de cada cual, está tan bien fundamentado como puede estarlo algo en el ámbito de la praxis y de lo normativo.

Por último, algunas observaciones generales: En lo anterior, había que presentar proyectos y métodos de una ética jurídica intersubjetivamente aceptable sobre la base de una concepción subjetivista de fundamentación de las normas. Estas ideas no son nuevas. Se encuentran ya en sus comienzos en algunos sofistas de la Antigüedad y en la filosofía epicureísta del Estado como así también en la Edad Moderna, sobre todo en los filósofos ingleses Thomas Hobbes y David Hume. (Naturalmente, precisamente la ética jurídica hobbesiana contiene algunas teorías *adicionales* —como la del egoísmo psicológico o la de la irrenunciabilidad práctica de una monarquía absoluta que manifiestamente son falsas. Sin embargo, ésta no es ninguna razón para declarar como superado a *todo el sistema hobbesiano* de la fundamentación del derecho). También en este siglo han sido dos pensadores ingleses quienes han retomado esta perspectiva y la han expuesto convincente y detalladamente al lector moderno: H.L.A. Hart (* 1907) y John L. Mackie (1917-1981) (15).

Estoy convencido que de manera totalmente análoga a la de la prohibición de matar puede fundamentarse intersubjetivamente toda una serie de requerimientos fundamentales de un orden jurídico en el sentido más amplio de la palabra. Pienso, por ejemplo, en normas con los siguientes contenidos: garantía del mínimo de existencia económica; protección de la integridad física; protección de por lo menos, una cierta medida de libertad de movimiento y de acción; garantía del cumplimiento de los contratos. Naturalmente, esta suposición debería ser examinada cuidadosamente con respecto a cada una de estas normas como así también con respecto a todo otro posible candidato. Con todo, ya a primera vista debería dar que pensar el hecho de que manifiestamente ninguna forma de sociedad en la historia ha demostrado ser estable a largo plazo cuando al menos en sus rasgos básicos y en beneficio de una gran parte de la población estas normas no han tenido validez.

En todo estos casos, un presupuesto esencial de la estrategia de fundamentación que he defendido es el hecho de que el hombre, en tanto ser natural, está sometido a límites bastante estrechos en su preocupa-

(15) Ver sobre todo, H.L.A. Hart, "Eine empirische Version der Naturrechtslehre" en N. Hoerster (comp.), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*, 2ª edición 1980, págs. 94 y ss. como así también John L. Mackie, *Ethics*, 1977 y del mismo autor, *Hume's Moral Theory*, 1980. Esta última obra, en virtud de su aguda exposición y desarrollo ulterior de la sorprendentemente actual teoría de Hume, tiene enorme importancia para los problemas filosóficos básicos de una ética jurídica libre de consideraciones metafísicas.

ción por los intereses de sus congéneres. Esto no significa de manera alguna, tal como por ejemplo suponía Hobbes, que el hombre no pueda seguir más que motivaciones egoistas. Pero significa que aquellas motivaciones altruistas de las que en principio es capaz por lo general sólo serán eficaces en el campo próximo a aquellas y que usualmente no alcanzarán la intensidad de las motivaciones egoistas. Sin este presupuesto realista, en realidad, normas como las más arriba mencionadas serían superfluas: En un acuerdo entre todas las partes, los hombres respetarían sin más y sin distinción alguna los intereses respectivamente más importantes de sus congéneres.

Pero, podría preguntar alguien en este contexto. ¿son efectivamente tan frecuentes y tan graves los conflictos interhumanos en los respectivos ámbitos que es necesario contar para su solución con normas firmemente institucionalistas? ¿No respetaríamos por lo general la vida y la integridad física de personas que no nos son próximas, también en el caso de que se eliminara la prohibición de matar? A primera vista puede parecer que tal es el caso. Pero no debemos olvidar lo siguiente. Una estricta prohibición moral y jurídica de matar (en el sentido de una prohibición de matar arbitrariamente) ha estado siempre firmemente arraigada en nuestra tradición. Ha pertenecido siempre a los elementos básicos de las normas sociales, que toda nueva generación aprende a internalizar de la manera más natural a través de la educación y la socialización. Por lo tanto, para poder describir realísticamente la hipótesis de una desaparición de la prohibición de matar institucionalizada con todas sus consecuencias, tenemos no sólo que imaginar como eliminada la correspondiente prohibición jurídica de matar que vale en nuestra sociedad, sino también la prohibición moral que también vale en nuestra sociedad y en verdad, ambas como eliminadas en *un largo período de tiempo*. ¿Podríamos bajo este presupuesto seguir estando seguros de que el experimento de eliminar las normas correspondientes habrá de llevarse a cabo inofensivamente?

En este caso hipotético podemos ver algo fundamental: Las normas jurídicas fundamentables intersubjetivamente van acompañadas —funcionalmente y también en gran medida en la realidad— por las correspondientes normas de un moral social generalmente aceptada que refuerzan aquéllas. Así pues, de acuerdo con la concepción aquí sostenida, el derecho y la moral social están al servicio del mismo fin, es decir, la protección general de intereses individuales. Desde luego, este enunciado formulado tan generalmente requiere una limitación con respecto ambos tipos de normas. En las consideraciones que aquí he presentado se ha podido percibir en más de un pasaje que la presente concepción

ético-jurídica pretende solucionar de una manera intersubjetivamente aceptable en general el problema de la fundamentación de los *fundamentos esenciales* de un orden jurídico. Aquí quisiera señalar muy claramente que esta pretensión vale *únicamente* para las normas jurídicas fundamentales y —consecuentemente— también *únicamente* para las normas fundamentales de la moral social. Se refiere exclusivamente a las *mínimas condiciones* normativas de una convivencia aceptable para cada cual y, naturalmente, los órdenes jurídicos y morales válidos van mucho más allá de estas condiciones mínimas en sus pretensiones de regulación. Por lo tanto, *in toto* no han de poder ser fundamentados en el mencionado sentido intersubjetivo amplio.

¿Qué pasa con la posibilidad de fundamentación de las innumerables cuestiones de la ética jurídica que de esta manera quedan pendientes (o mejor: en la medida en que se trate de cuestiones fundamentales: de la política jurídica)? Desde mi punto de vista, esta cuestión puede, a grandes rasgos, ser respondida de la siguiente manera: Con respecto a determinadas normas jurídicas se podrá indicar el medio adecuado, al menos *bajo determinadas condiciones histórico-sociales*, para una mejor garantía institucional de las normas fundamentales a las que se ha hecho referencia más arriba. Entonces las respectivas normas jurídicas, en la medida en que estén dadas estas condiciones, participan en la fundamentabilidad intersubjetiva de las normas fundamentales. (Posiblemente de esta forma podría argumentarse con respecto a la forma de gobierno democrático-parlamentaria en nuestra sociedad). Para otras normas jurídicas —probablemente la gran mayoría— no podrá mostrarse esto. Ellas son muy controvertidas en sus premisas mismas y son sólo fundamentables desde el punto de vista de determinadas personas o grupos. La consecuencia natural de ello es que quedan libradas a la lucha política por el poder que llevan a cabo las diferentes ideales, intereses y concepciones del mundo. Que, desde luego, los *medios* de esta lucha tienen que ser limitados a través de las normas fundamentales de una Constitución jurídica es una de las consecuencias de la posición básica ético-jurídica sostenida en este trabajo.

(Traducción de Ernesto Garzón Valdés).