

EL PROBLEMA DEL DERECHO Y LA ETICA (1)

Uno de los problemas centrales de la filosofía ha sido, desde siempre, el de cómo puede justificarse fundadamente el Derecho con sus exigencias y prohibiciones. En este terreno se hizo evidente siempre de nuevo que la pregunta por el obrar jurídico está encuadrada en la estructura más amplia de la pregunta por el obrar justo en general: *el Derecho remite a la ética* como fundamento de su carácter jurídico. Especialmente *Kant* ha acentuado de manera penetrante esta conexión. El que en general *deba* haber Derecho no se puede derivar, según su modo de ver la cuestión, del Derecho existente en cuanto tal; ello surge, más bien, de un postulado ético: «El hacerme una máxima del obrar justamente es una exigencia que me impone la ética» (2) (*).

También por parte de los juristas —en la teoría del Derecho, en la legislación y en la administración de justicia— se siente la necesidad de una fundamentación ética del Derecho. Testimonio de ello son las discusiones en torno del Derecho natural, actualmente encendidas de nuevo (3), y también algunas recientes *resoluciones del Tribunal Federal* (**), en la argumentación de las cuales desempeñan un papel

(1) El presente trabajo reproduce —en forma ampliada— una conferencia dada el 11 de noviembre de 1955 ante la Sociedad de Estudios Jurídicos de Carlsruhe. El autor debe ideas esenciales al diálogo con colegas de la rama jurídica de la Universidad Libre de Berlín, especialmente con los profesores ARWED BLOMEYER, MARTIN DRATH, ERNST HEINITZ y ERNST E. HIRSCH.

(2) KANT: *Die Metaphysik der Sitten* [La metafísica de las costumbres], 1797, edición de la Academia [de Berlín], tomo VI, pág. 231.

(*) Las traducciones de los textos citados en este trabajo nos pertenecen. Los títulos de las obras y escritos, en cambio, se citan en alemán, con el agregado de una traducción literal entre paréntesis cuadrados para facilitar su identificación. [N. del T.]

(3) Cfr. para esto HANS WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* [Derecho natural y justicia material], 2.^a ed., 1955, sección: «El presente».

(**) El autor se refiere al Tribunal Supremo de Carlsruhe que, junto con el Constitucional, es de última instancia y tiene jurisdicción sobre toda la República Federal Alemana. [N. del T.]

decisivo conceptos éticos tales como «ley moral», «orden de los valores», «dignidad personal», «responsabilidad» y otros por el estilo (4). En ocasiones se habla también expresamente de la fundamentación del Derecho en la ética; así, por ejemplo, en la resolución del 17 de febrero de 1954: «En la medida en que los actos de alcahuetería hablan de lascivia, remiten a un canon extrajurídico, a una norma que rebasa el terreno de lo meramente jurídico». Esta norma se caracteriza expresamente como norma ética, es decir, como «una tal de la moralidad, de la ley moral». En correspondencia con esto, en la misma resolución se encuentra el principio de que «la *obligatoriedad interna del Derecho* descansa... sobre la *coincidencia de éste con el mandamiento moral*».

Que el Derecho se funda en la ética se confirma cuando se observa que aquél debe configurarse diversamente, y que en la historia, en efecto, se ha configurado diversamente, según sea en cada caso la concepción fundamental imperante acerca del fin de la existencia del hombre y, en consecuencia, acerca de lo que se exige de éste éticamente. Si una ética filosófica afirma, por ejemplo, que lo decisivo para el hombre son sus obligaciones frente a los otros, se sigue de ello una regulación de las relaciones jurídicas diversas de la que se seguiría de una concepción ética opuesta en que el hombre esté referido predominantemente a su libertad individual. Así también la observación de las *teorías actuales del Derecho* muestra que éstas se han desarrollado en cada caso a partir de distintas concepciones éticas fundamentales. En parte, estas teorías apelan expresamente a una base filosófica de tal tipo, por ejemplo a Tomás de Aquino, a Kant, a Max Scheler o la filosofía existencial. Pero aun en la *administración de justicia*, en que no se da propiamente una tal fundamentación ético-filosófica, ésta se halla inexpressa en el fondo y sólo indirectamente se hace visible en las formulaciones de los principios de la sentencia. Así sucede cuando se dice que «las capas rectoras» o los «transeúntes de buena fe» o «los que piensan justa y razonablemente» deben dar la pauta de lo que es

(4) Resoluciones del Tribunal Federal del 18 de febrero de 1952 acerca de la *ignorantia juris*, *N[eue] J[uristische] W[ochenschrift]* [Nuevo semanario jurídico], 52-593; del 23 de diciembre de 1952 (acerca de la tensión de la conciencia moral, *NJW*, 53-431); del 17 de febrero de 1954 (acerca del favorecimiento del comercio sexual, *Juristenzeitung* [Diario de los juristas], 54-508); del 10 de marzo de 1954 (acerca de la tentativa de suicidio, *J[uristische] R[undschau]* [Panorama jurídico], 54-425), y del 14 de julio de 1955 (acerca de las historietas de aventuras, *NJW*, 55-1.287).

Derecho, pues lo que «rector», «de buena fe» y «justa y razonablemente» es y puede ser constituye a su vez una pregunta que sólo puede responderse mediante una decisión valorativa, es decir, desde la ética. Inclusive allí donde esto no tiene su expresión ni siquiera en las formulaciones del lenguaje del Derecho, en la base de las realidades jurídicas —y como una especie de «espíritu de las leyes» o como convicción moral-jurídica de la época o del pueblo— se encuentra pensamiento ético en el sentido de la proyección, predominante en cada caso, de lo que el hombre debe ser y de la conducta que debe observar en consecuencia.

El derecho —tanto en su esencia como en su forma concreta de cada caso— remite por consiguiente más allá de sí mismo y recae —expresa o inexpressamente— en una ética que le sirve de base. Ahora bien, si se pregunta por qué sucede esto, se descubre que el Derecho busca en una ética presupuesta la seguridad que cree no poder encontrar en sí mismo. Pero la remisión a la ética, ¿puede dar tal seguro fundamento? ¿No surge en este punto la pregunta más profundamente perentoria de si la *ética*, por su lado, está en condiciones de ofrecer *certidumbre incuestionable*?

Esto sería evidentemente posible si el Derecho—retrocediendo hasta su fundamento ético—tropezara con una ética, con *la* ética, y ésta fuera, en cuanto tal, indudablemente cierta o, por lo menos, conclusivamente demostrable. Sin embargo, no ocurre así de ningún modo. Al Derecho de cada ocasión le puede aparecer como absolutamente asegurado el fundamento ético en que tiene sus raíces; pero sólo en tanto su pretensión de ser *el* derecho no le sea disputada por otra concepción jurídica distinta. Pues cuando en tal situación el Derecho remite a su fundamento ético y busca justificarse desde él, su contrincante puede oponerle otra ética, capaz de fundar también un Derecho, con la misma exigencia de validez exclusiva. Con la referencia a la ética, en consecuencia, no se suprime la lucha entre distintas concepciones del Derecho, sino que estalla más bien de nuevo y de manera más radical en el terreno de las convicciones éticas fundamentales.

Algo similar se revela cuando se contempla esta situación desde el lado de la ética. La filosofía no dispone de una ética única, absolutamente válida, sino de una *variedad de proyectos éticos*, que reclaman por lo general—cada uno para sí—el derecho de validez absoluta. Están, además, en permanente discusión entre sí, como lo ilustran tanto la marcha de la historia de la filosofía como las discusiones actuales en torno de los principios éticos. Quien—para nombrar un ejemplo—par-

ticipe con Kant de la concepción de que hay sólo una ley moral formal e incondicionada, pero de que no existen mandamientos claramente cognoscibles, absolutos y al mismo tiempo con contenido concreto, deberá contradecir el punto de partida ético de Scheler, quien afirma, por el contrario, que los principios materiales del obrar moral—los «valores»—son evidentemente cognoscibles (5).

El conflicto entre las diferentes configuraciones y teorías del Derecho no se resuelve, por lo tanto, mediante el retroceso hasta el fundamento ético, sino que conduce por esa vía a un *conflicto más profundo en el campo de la ética* misma. Esto significa que el teórico del Derecho y el filósofo se encuentran en medio de la misma confusión, a saber, que se les quita el suelo bajo los pies cuando se ponen en busca seriamente de una fundamentación de sus afirmaciones.

Pero cuando el filósofo, en tanto su tarea es la de interrogar críticamente todas las seguridades provisorias, señala precisamentè de este modo la *problematicidad de una fundamentación ética del Derecho*, ¿no hace entonces para mal lo ya problemático todavía más problemático, y no fomenta aquellas tendencias escépticas y nihilistas que sacan de ahí la conclusión de que no vale la pena ocuparse seriamente de tales fundamentaciones éticas, necesariamente condenadas al fracaso? Pero ¿a dónde habría de conducir esto? Sin duda a que finalmente el Derecho—carente ya de base—se fundara sobre el azar de los puntos de vista subjetivos del legislador y de los exegetas de las leyes y, al fin y al cabo, inclusive sobre la arbitrariedad de los que detentan el poder en cada caso.

En efecto, la *pregunta filosófica* es un asunto peligroso. Filosofar es, por su esencia misma, un preguntar radical, que va a las raíces. A quien se aventure en él, le puede ocurrir que le sea quitado el suelo debajo de los pies y que todo caiga para él en el torbellino de la problematicidad. Pero esto no es todo, ni es lo último. El filosofar pone en movimiento su preguntar radical para obtener una respuesta, y precisamente una respuesta válida y fundada. Pero ¿cómo puede alcanzar esta meta si antes no ha puesto a prueba, en el fuego del preguntar radical, todas las respuestas con que se encuentra por delante para saber si resisten firmemente o si sólo llevan consigo un engañoso reflejo de certidumbre? El «escepticismo» del filósofo *no* es, en consecuencia, *pasión de la duda por la duda misma*. Surge más bien de la voluntad de alcanzar la verdad y las verdades últimas, y del cuidado de probar

(5) Cfr. el análisis más preciso de ambas posiciones éticas expuesto más abajo.

críticamente todas las verdades que se nos ofrecen, inclusive las encontradas por nosotros mismos. Cuando el que filosofa descubre, por éste su camino, la interna problematicidad de algunas respuestas, que reclaman para sí certeza e incuestionable evidencia y que acaso se hayan hecho entrañables y parecen imprescindibles para los contemporáneos, entonces no sucede esto para demoler lo existente y plantar, en el campo de la total destrucción, la fútil bandera del escepticismo radical, sino con la intención de descubrir, destruyendo el espejismo de las seguridades provisorias, la verdadera certeza capaz de servir de fundamento. Esto significa que el teórico del Derecho y el filósofo siguen ciertamente caminos distintos, pero que están unidos por la misma preocupación: *fundar el Derecho en una certidumbre ética que se mantenga firme* y esté protegida contra los embates del mero escepticismo.

LA NATURALEZA DE LA COSA

¿No se podrían esquivar las dificultades de una fundamentación filosófica del Derecho apelando a un principio completamente diverso, ajeno a la problematicidad de lo ético, por ejemplo, el principio de la «naturaleza de la cosa»? (*). Cada región del Derecho susceptible de regulación legal y cada caso juzgable jurídicamente se refiere a determinados hechos concretos, y de éstos se derivan puntos de vista más o menos unívocos para la decisión por tomar, la que con ello se sustrae evidentemente a la problematicidad de la ética.

Hay, efectivamente, amplios sectores del Derecho, especialmente del Derecho civil, en los que el principio de la naturaleza de la cosa en el sentido de los hechos dados y no interpretados es de gran importancia y en los que, en consecuencia, la necesidad de una fundamentación ética no tiene tanto peso como en otras ramas del Derecho, por ejemplo, en el Derecho penal. Sin embargo, en éste vale el principio

(*) La palabra alemana «*Sache*» es menos abstracta y, por tanto, menos general que la española «cosa»; en este sentido el alemán emplea más bien el neutro «*Ding*». Traducimos literalmente, puesto que en castellano no disponemos sino de un vocablo. La expresión «*natura rei*» sería tal vez un equivalente más justo del giro «*Natur der Sache*» tomado en sentido jurídico, puesto que «*res*» tuvo originariamente en latín significado exclusivamente jurídico; pero como ese mismo término ha tenido una evolución tan complicada en la historia de la filosofía, preferimos evitarlo. [N. del T.]

de que una sentencia no debe violentar los hechos. Así, desde este punto de vista, se restringe sin duda la cuestión del Derecho y la ética: no se puede hacer depender esquemáticamente todo Derecho de nada más que de principios éticos. Sin embargo, hasta dónde alcanza la naturaleza de la cosa como principio fundamentante y hasta dónde, a pesar de todo, es necesario echar mano a un fundamento ético, son preguntas que permanecen en pie.

Las citadas *sentencias del Tribunal Federal* ofrecen una vez más un punto de partida para tratar este problema. En la resolución del 17 de febrero de 1954 se exige «que el comercio sexual se lleve a cabo por principio en el matrimonio monogámico», precisamente «porque el sentido y el resultado de ese comercio es el niño», y porque «sólo en el orden del matrimonio y en la comunidad de la familia— puede el niño crecer y desarrollarse de acuerdo con su determinación humana». Si se hace abstracción por de pronto de que se dan además otros fundamentos más profundamente penetrantes y de naturaleza ética, y de que el concepto de «determinación humana» es demasiado extenso; si se hace cristalizar primeramente sólo uno de los momentos dejando de lado los demás, se verá que aquí, junto a las fundamentaciones éticas, también algo así como la «naturaleza de la cosa» permite postular en forma de principio el matrimonio monogámico y llegar, a partir de ello, a imposiciones jurídicas. Se presupone como dato natural que «la relación naturalmente íntima de los sexos... es rica en consecuencias», es decir, que a partir de esa relación puede originarse un niño, quien da, antes que nada, «sentido» al comercio carnal y plantea el problema de su propio crecimiento y desarrollo. Estos hechos que residen en la naturaleza de la cosa, exigen, como se concluye por fin, el matrimonio, y la comunidad de la familia o, más exactamente, el matrimonio monogámico, y conducen así, por último, a las consecuencias jurídicas citadas en la resolución.

Sin embargo, si se observa más detenidamente el razonamiento hecho de este modo, se ve que no es concluyente. Por de pronto, que la relación sexual reciba su «sentido» exclusivamente desde el niño es un supuesto que está todavía por demostrarse. Pero aun cuando se concediese esto, quedaría todavía por resolver si la perspectiva del crecimiento y desarrollo del niño basta para fundamentar la necesidad del matrimonio *monogámico*. Los matrimonios poligámicos no excluyen por principio la posibilidad de una adecuada crianza de los niños, como lo muestran ejemplos históricos, y todavía hoy el uso en algunos pueblos no europeos. *El postulado del matrimonio monogá-*

mico no se puede derivar, pues, de manera convincente de la naturaleza de la cosa. Si ese postulado debe ser válido, ha de tener muy otras raíces, y de hecho la resolución citada da otras fundamentaciones de más peso para aquél.

La auténtica *problemática en el concepto de «naturaleza de la cosa»* se muestra, por cierto, sólo cuando se entiende por tal no los meros hechos concretamente verificables que determinan el caso particular, sino —en sentido más amplio— la situación humana en general en sus caracteres esenciales y fundamentales. De acuerdo con esta significación habla Coing de la «naturaleza del hombre y del mundo en que aquél vive». Entiende por ello en particular «la naturaleza del hombre, sus facultades naturales, instintos, fines voluntarios, etc., tales como aparecen en las distintas edades»; luego la «estructura del medio ambiente del hombre» y, por último, «el peculiar conjunto de leyes objetivas que es propio, en cada caso particular, de las distintas esferas de actividad y de las comunidades del hombre», como, por ejemplo, «la esencia del matrimonio en el Derecho familiar» (6). En correspondencia con esto llama la atención Welzel sobre «determinados datos ontológicos fundamentales a los que está ligada toda valoración imaginable, y que, en consecuencia, pone límites fijos a toda valoración. Como ejemplos nombra «la estructura ontológica de la acción» y «la estructura lógico-material de la culpa» (7).

Estos son, sin duda, momentos determinantes para el establecimiento del Derecho y la administración de justicia. Ningún legislador, ningún juez querrá tomar decisiones que estén en contradicción con *la naturaleza del hombre y de su mundo, o con las leyes objetivas y los datos ontológicos fundamentales.* Ahora bien, cabe preguntar hasta dónde alcanzan tales comprobaciones generales cuando se trata, en la práctica, de dejar establecido y de administrar el *Derecho*. Pues para esto es necesario que se diga de antemano qué es la naturaleza del hombre, qué es la naturaleza del mundo en que éste vive y en qué ha de versé la esencia del matrimonio o la estructura de la culpa y de la acción. *Nada de todo esto está dado, sin embargo, con evidencia unívoca.* ¿Pertenece, por ejemplo, a la naturaleza del hombre —como opina Aristóteles— el que haya libres y esclavos, o sólo la libertad constituye un componente innegable de la esencia del hombre? ¿Re-

(6) HELMUT COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie* [Elementos de filosofía del Derecho], 1950, págs. 119-121.

(7) WELZEL: *Op. cit.*, pág. 197.

presenta la propiedad en el mundo humano un papel decisivo o tiene sólo carácter auxiliar? ¿Hay que considerar el obrar del hombre como libre y sólo responsable ante sí mismo, o se debe tener en cuenta más bien el otro momento: que la actividad humana es siempre motivada y, por ello, no libre? La culpa ¿es culpa sólo ante otro o hay también una culpa del hombre ante sí mismo y, finalmente, inclusive una culpa ante la Divinidad? ¿Y cuál es, en último término, de acuerdo con la naturaleza de la cosa, la verdadera esencia del matrimonio?

El planteamiento de estas preguntas muestra que lo que tiene que ver con el ser del hombre no está simplemente delante de los ojos ni—en cuanto tal—claramente verificado, como para que pueda ser puesto en la base de las decisiones jurídicas. Aquello que el hombre es en cada caso se decide—sobre la base de las estructuras senciales dadas— a partir de lo que él hace de sí mismo y según la manera como se entiende a sí mismo. De hecho, el hombre se ha comprendido en cada caso de modo diverso a lo largo de su existencia histórica, y en correspondencia con ello ha tenido cada vez un tipo de esencia diferente: el hombre bajo el señorío incondicional de Dios, tal como lo veían los judíos, es diverso del hombre griego con su ser abierto a la riqueza y profundidad del mundo. Además, y en conexión con esto, el mundo varía para el hombre en cada ocasión según la manera como éste se entiende en él y es de la manera como lo interpreta. Y, finalmente, lo que significan el matrimonio, la acción y la culpa depende también de la explicación que el hombre da de sí mismo y del mundo.

Ahora bien, aquí interviene decisivamente el *momento de lo ético*, pues explicación de sí mismo e interpretación del mundo no son producto de una teoría neutral y desinteresada. En ellas más bien se ha decidido, y se vuelve a decidir siempre de nuevo, lo que la existencia humana debe ser y hacia dónde debe apuntar en último término. Pero esto no es otra cosa que la cuestión fundamental de la ética, que forma, precisamente, el *horizonte de la explicación de sí mismo y de la interpretación del mundo*.

Con la mera referencia a la naturaleza del hombre y de su mundo, a leyes peculiares y datos fundamentales, todavía no se ha dado, en consecuencia, el paso decisivo. Todo eso puede desempeñar siempre un papel determinante en el establecimiento del Derecho y la administración de justicia, en el sentido de que ninguna determinación jurídica está autorizada a pasarlo por alto. Sin embargo, en cuanto se trata de decisiones acerca de circunstancias concretas de la existencia e, inclusive, como en el caso del Derecho, de decisiones de carácter

obligatorio, entra en juego nuevamente la ética con su pregunta fundamental acerca del por qué de la existencia.

Esto ha sido visto también por Coing y Welzel allí donde preguntan por el alcance de la idea de «naturaleza de la cosa». «El concepto de "naturaleza de la cosa" —dice Coing— parece extenderse hasta referirse a la representación de un orden total de las cosas», de manera que el «Derecho natural», fundado sobre él, podría convertirse en «... un reflejo del orden que reside en los hombres y en las cosas mismas». Pero este pensamiento se restringe esencialmente. «El conocimiento de las conexiones del ser, de la naturaleza humana, de las leyes de los procesos sociales, es, por cierto, imprescindible para la creación de un Derecho justo... Sin embargo, lo que no podemos obtener a partir de la observación de la "naturaleza de la cosa" misma es la intuición de un orden cerrado.» Hay, en verdad, «ciertas estructuras... a las que puede y debe ligarse el orden jurídico. Pero la comprobación de estas estructuras no nos dispensa de la tarea de intervenir nosotros mismos valorando y ordenando». En el fondo de las determinaciones jurídicas no está, por consiguiente, la «naturaleza de la cosa», sino una «decisión moral... que, por su parte, refiere a una determinada valoración» (8). Pero en qué ve Coing los principios de una valoración ética tal, y si éstos permanecen incólumes frente al preguntar filosófico, son cuestiones de las que habrá que hablar todavía.

De manera semejante, también Welzel ve que los datos ontológicos fundamentales por él aducidos, por más que su elaboración sea de esencial importancia para la teoría del Derecho, no son suficientes en cuanto tales para formar el fundamento de decisiones jurídicas. Hay, por cierto, «en este campo ontológico y lógico-material... "verdades eternas" que ningún legislador del mundo puede modificar»; pero éste está ligado a ellas sólo «cuando previamente las ha admitido como principio». Esto quiere decir que ellas pueden «ligarlo sólo relativamente», o sea en función de la que él haya escogido como principio fundamental, aunque, «por lo demás, lo fuerzan... a escoger una de ellas» (9). Pero la elección de tales perspectivas fundamentales sobre la existencia es precisamente la tarea central de la ética. Welzel no apela, en realidad, expresamente a ella. Sin embargo, su modo de tratar la cuestión muestra que él se ve remitido también, más allá del terreno de

(8) COING: Op. cit., págs. 122-128.

(9) WELZEL: Op. cit., pág. 198.

una «naturaleza de la cosa», a la dimensión en que la fundamentación del Derecho se convierte por primera vez auténticamente en problema.

LA IMAGEN HUMANÍSTICA DEL HOMBRE

En la *resolución del Tribunal Federal* del 17 de febrero de 1954 citada más arriba, si se observa más exactamente, no es tanto la naturaleza de la cosa la que fundamenta la exigencia del matrimonio monogámico, sino más bien *una imagen determinada del hombre, éticamente construída*. Conectando con la afirmación de que «el sentido y la consecuencia del comercio [carnal] es el niño», se agrega allí: «por causa de éste y por causa de la dignidad personal y de la responsabilidad de la pareja se impone al hombre el matrimonio monogámico como forma de vida». Además, se dice: «sólo en este orden y en esta comunidad se toman los esposos con la seriedad que se deben recíprocamente». En el mismo sentido se habla luego de la «comunidad matrimonial de dos compañeros que se respetan mutuamente...», única comunidad en que puede «cumplirse con pleno sentido... la relación natural e íntima de los sexos». Detrás de estas expresiones hay evidentemente una imagen del hombre determinada y directriz: según ella, pertenece a éste tanto una dignidad, fundada en su carácter de persona, como la responsabilidad ante otros, y, precisamente, por un lado ante el niño en su «determinación humana»; por otro, ante el compañero de la unión sexual, frente al cual la responsabilidad adquiere el carácter del respeto y del debido tomarse-en-serio. A partir de esta imagen esencial del hombre, se exige luego el matrimonio monogámico como forma necesaria de vida.

El fondo antropológico sobre el que argumenta el Tribunal Federal se hace todavía más claro si tomamos en cuenta la *resolución del 18 de marzo de 1952*. En efecto, la responsabilidad, que se atribuye al hombre como momento esencial, se determina aquí más exactamente: por un lado, en tanto se la relaciona por definición con una posible deuda (*) y se la pone con ello en conexión con la conciencia

(*) La palabra alemana «*Schuld*» significa tanto «deuda» como «culpa». Es imposible reproducir en castellano con un solo término esta paridad de conceptos, tan importante aquí como en la llamada filosofía existencial. Sólo si se tiene en cuenta este doble significado puede entenderse aquí el contexto: el hombre responsable se debe a sí mismo la conducta justa; si obra en contra, surge la conciencia de culpa, o sea, conciencia de que *lo debido* no fué realizado [N. del T.]

[moral] como el lugar más íntimo de la conciencia [sicológica] de deuda (*); por otro, en tanto se relaciona la deuda, por su naturaleza, con el poder obrar, con la decisión, con la libertad y con la autodeterminación moral. Esto quiere decir, sin duda, el párrafo siguiente: «Al atribuir al agente la culpa de haberse regido por un juicio de no-valor, se le reprocha que no se haya comportado de acuerdo con el Derecho, que se haya decidido por lo ilícito, aunque hubiese podido conducirse conforme a Derecho y decidirse por éste. El fundamento interno de la acusación de culpabilidad reside en que el hombre se constituye sobre la base de la autodeterminación libre, responsable y moral, estando por eso capacitado para decidirse por el Derecho y en contra de la injusticia.» De acuerdo con ello el hombre está «llamado en todo momento a tomar la decisión responsable de conducirse justamente y como componente de la comunidad jurídica.» «Para esto es necesaria la tensión de la conciencia [moral].»

De este modo ha recibido su contorno la *imagen del hombre* puesta en la base de las sentencias del Tribunal Federal. Los momentos decisivos son *libertad*, entendida como autodeterminación moral, y *responsabilidad*, en el sentido de respeto por el semejante. Ambas cosas conceden al hombre su carácter de *persona* y su peculiar *dignidad*.

Esta concepción del hombre tiene una larga historia. Recibió su configuración más extraordinaria en la época del clasicismo alemán y fué fundamentada entonces del modo más penetrante por Kant. Este toma como punto de partida en su ética el hecho de que el hombre que se preocupa por el obrar justo y se propone proyectar, en correspondencia con ello, «máximas» para su obrar, se encuentra frente a un mandamiento que lo obliga incondicionalmente, frente a una «ley práctica incondicionada». Kant pone el peso decisivo de la argumentación en que no se trata aquí de un principio meramente subjetivo, sino de un «factum» que «se nos impone por sí mismo» y que, en consecuencia, es «innegable». Lo que manda esta ley se expresa en la fórmula del «imperativo categórico»: «Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal» (10).

(*) El alemán posee dos vocablos para lo que las lenguas latinas nombran con uno: «*Gewissen*» es conciencia en sentido moral, como cuando hablamos de la «voz de la conciencia»; «*Bewusstsein*» es conciencia en sentido sicológico, como cuando hablamos de los fenómenos de la conciencia. [N. del T.]

(10) KANT: *Kritik der praktischen Vernunft* [Crítica de la razón práctica], 1788, edición de la Academia, tomo V, págs. 29-32.

A partir de este principio ético fundamental suyo, Kant es conducido a *dos consecuencias* que son características para su concepción del hombre. Por un lado, partiendo de la idea del mandamiento incondicionado, alcanza la certeza de que la *libertad* es una nota distintiva esencial del hombre; pues si el hombre se concibe a sí mismo como incondicionalmente obligado, debe aprehenderse también como libre: sin un poder, un deber (*), y sobre todo un deber incondicionado, sería absurdo (11). Con esto no quiere Kant ciertamente atribuir al hombre un señorío de sí mismo sin límites. Entiende, sin duda, la libertad como «autonomía»; pero ésta no es la «facultad de la elección de obrar en favor de la ley o en contra de ella». En verdad el hombre sólo es autónomo más bien cuando se dice libremente a la obediencia en contra de la ley moral (12). En esta libertad esencial, ligada a la captación del mandamiento incondicionado, ve también Kant el sentido de la «dignidad» (13) propia del hombre y de la «personalidad» (14) de éste.

Por otro lado, del pensamiento de ley moral surge también la exigencia de *responsabilidad*. Ya en el concepto de «legislación universal», según la citada formulación del imperativo categórico, se piensa a la vez en el semejante. Esto se revela todavía más claramente en una segunda formulación de la ley moral fundamental. La esencia de la libertad, que pertenece a la «humanidad» del hombre, se determina aquí con más precisión en el sentido de que éste no debe ser utilizado como medio para fines extraños, sino entendido como fin en sí mismo, exigencia válida también para la conducta ante el semejante. Por eso dice Kant: «Obra de modo tal que la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, sea siempre fin, nunca meramente un medio» (15).

Así se ve que detrás de las *sentencias del Tribunal Federal* y detrás de la *ética de Kant* se encuentra la *misma imagen del hombre*. Sus rasgos esenciales son: *libertad como autodeterminación moral, conciencia [moral], carácter de persona, dignidad humana, responsabilidad para con el semejante*. La cuestión es ahora la de si a partir de ello

(*) Ambos infinitivos tienen aquí sentido verbal, no nominal. [N del T.]

(11) Cfr. KANT: Op. cit., págs. 4 y 30.

(12) Cfr. KANT: *Metaphysik der Sitten*, ed. cit., págs. 226 y sigs.

(13) KANT: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [Fundamentación de la metafísica de las costumbres], 1785, ed. de la Academia, tomo IV, pág. 436.

(14) KANT: *Metaphysik der Sitten*, ed. cit., pág. 223.

(15) KANT: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, ed. cit., pág. 429.

será posible una fundamentación suficiente del Derecho. Este problema debe salir a la luz del día más claramente en Kant, quien se preocupa expresamente por una tal demostración, que en aquellas decisiones jurídicas de última instancia que se permiten asentar sin discusión en el fondo, desde la presentación del tema, una idea supuesta del hombre. Pero ¿cómo logra Kant el *tránsito del plano ético al jurídico*?

Ante todo, deriva el *concepto universal de Derecho* a partir de su pensamiento ético fundamental. Si desde el punto de vista ético lo decisivo es que el hombre ensamble en libertad con una legislación universal, esto no puede valer únicamente para la interioridad de decisiones morales, sino que debe influir también en el obrar fáctico. Ahora bien, en este punto el principio ético se convierte en mandamiento del Derecho, pues las «leyes de la libertad, en la medida en que se refieren a las meras acciones externas y a su legalidad, se llaman... jurídicas» (16). En consecuencia, Kant determina el Derecho como el «conjunto de las condiciones bajo las cuales *el arbitrio de uno puede ser acordado con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad*» (17).

También la filosofía del Derecho de Kant, por lo tanto, está concebida a partir de la personalidad libre, que se determina a sí misma y responsable a la vez de la libertad de los otros en función de una legislación universal. Sin embargo, con esta determinación general, la cuestión de la fundamentación del Derecho en la ética no ha llegado todavía a su término, puesto que con ello no se ha abierto todavía la puerta a formulaciones jurídicas materiales. Interesa ahora más bien descubrir qué pertenece *in concreto* a la libertad exigida y éticamente enraizada en el concepto de Derecho, y cómo puede repercutir su coincidencia con la libertad de los otros según una ley universal en la *práctica de la vida jurídica*.

Sin embargo, no puede aquí Kant continuar adelante valiéndose sólo del principio jurídico deducido *a priori* de la libertad moral del hombre. Más bien, «para mostrar... las consecuencias que surgen de los principios morales universales», tiene que introducir un nuevo *principio de determinación*, a saber, «la *peculiar naturaleza del hombre*, que sólo se conoce por la experiencia» (18). El interés se dirige ahora

(16) KANT: *Metaphysik der Sitten*, ed. cit., pág. 214.

(17) KANT: *Op. cit.*, págs. 229 y sigs.

(18) KANT: *Op. cit.*, pág. 217.

más que nada al hombre desde el punto de vista de su existencia en el espacio y el tiempo y, por tanto, no ya «desde el mero punto de vista de su humanidad como personalidad independiente de determinaciones físicas», sino precisamente como un «sujeto provisto de aquellas determinaciones» (19). Con ello se presenta imprevistamente lo empírico, la existencia del hombre corporal en la multiplicidad de sus relaciones mundanas, inclusive en la limitación de la situación histórica de la época, y se presenta de tal modo en el centro como segundo fundamento determinante esencial, que las formulaciones jurídicas concretas encuentran su fundamentación más bien a partir de ellas que a partir del principio ético-jurídico. En consecuencia, también Kant conoce así como la «fuerza normativa de lo fáctico».

Con la «doctrina del Derecho» de Kant sucede en este respecto lo mismo que con su «doctrina de la virtud», pues también en ésta tiene que apelar a la *empirie* para llegar a *formulaciones materiales sobre el obrar justo*. La persona moral, que debemos considerar sólo como fin en sí misma, no puede existir —por lo menos sobre la tierra— sino como hombre empírico. Por eso, dañar este hombre empírico —como sucede cuando se lo trata como mero medio— equivale al mismo tiempo a una violación de sí mismo, en tanto él es portador de la personalidad moral, y constituye así, indirectamente, también un ataque en contra de ésta (20).

Sólo con la ayuda de este pensamiento mediador son posibles las prohibiciones y los mandamientos morales concretos: todo consiste ahora en preguntar en cada caso particular si el hombre, precisamente como esencia corporal portadora en sí de la personalidad, es utilizado como medio o como fin en sí mismo. Por cierto, esto conduce en ocasiones a consecuencias en extremo sorprendentes. Así, por ejemplo, se deduce que no sólo el *suicidio* total está incondicionalmente prohibido, sino también todo lo que constituya «suicidio parcial», como lo es el «enajenar (destruir) una parte u órgano integrante del cuerpo, por ejemplo regalar o vender un diente para plantarlo en el máxilar de otro» (21). En efecto, en este caso utilizó una parte de mi existencia empírica, sobre la que se funda la personalidad, como mero medio. Más importancia tiene la pregunta «de casuística» que Kant hace en conexión con lo mismo: «¿Es suicidio el arrojarse a una muerte segura

(19) KANT: *Op. cit.*, pág. 239.

(20) Cfr. KANT: *Op. cit.*, pág. 423.

(21) *Ibidem*.

(como Curtius) para salvar la patria?» La respuesta, en el sentido de Kant, debe ser seguramente afirmativa, pues el hombre está «obligado a la conservación de su vida... por su cualidad de persona» (22). Pero con ello la idea de la vida —por supuesto, como portadora de la personalidad moral— se convierte en un principio más poderoso que la idea de la personalidad moral misma. Con todo, ésta podría exigir en ciertas circunstancias que se ofrezca la propia vida por una causa más grande y que, en consecuencia, se la utilice como medio, para decirlo kantianamente (23).

En ésta y en otras tentativas semejantes de Kant para dar indicaciones éticas concretas, se hace evidente que *no se puede derivar ninguna doctrina material de las virtudes a partir del mero imperativo categórico*. Ahora bien, la misma problemática surge cuando se trata de la *relación entre el principio universal del derecho y las determinaciones jurídicas materiales*. Esto se ve por lo demás con la mayor claridad en los ejemplos, por cierto escasos en su filosofía del Derecho, que Kant da. Así, a la pregunta: «¿hasta dónde se extiende el derecho a tomar posesión de un terreno?», se responde: «hasta donde alcanza la capacidad de mantenerlo bajo el propio dominio». Pero con esto se convierte un hecho histórico concreto, o sea, en cada caso el grado de desarrollo de los medios de dominio del hombre (la «distancia hasta donde alcanzan los cañones»), en el principio de determinación de una norma jurídica derivada, en cuanto a la intención, por las vías de la filosofía del Derecho (24).

La influencia de concepciones sociales contemporáneas sobre las determinaciones jurídicas sale a luz de manera todavía más expresa cuando Kant postula la «*previsión vitalicia*» de los funcionarios, por ejemplo (25), o cuando afirma que los oficiales, los peones, «toda sirvienta», los maestros privados, etc., son, por cierto, libres e iguales «en cuanto seres humanos»; pero que a causa de su fáctica «dependencia de la voluntad de otros» podrían ser en el Estado *ciudadanos* puramente pasivos, nunca activos (26). El ejemplo más sorprendente es, por último, la tesis de Kant de que «contra la autoridad legislatora del Estado» no hay «ninguna resistencia del pueblo que sea lícita». Esta afirmación no se fundamenta a partir del principio del Derecho en cuan-

(22) KANT: *Op. cit.*, págs. 422 y sigs.

(23) Cfr. para esto WELZEL: *Op. cit.*, págs. 169 y sigs.

(24) KANT: *Op. cit.*, págs. 265 y 269.

(25) KANT: *Op. cit.*, pág. 328.

(26) KANT: *Op. cit.*, págs. 314 y sig.

to tal, sino a partir de la idea, extraña en este orden de cosas, de que «el origen del poder supremo» es «ininvestigable... para el pueblo», por lo que éste no está autorizado «a juzgar de un modo distinto del querido... por la autoridad presente del Estado». El hecho de las relaciones de poder en cada caso se hace con ello norma obligatoria y esto a tal extremo que Kant añade: «si alguna vez triunfara una revolución», entonces no podrían «negarse los súbditos... a obedecer sinceramente a aquella autoridad que ha obtenido el poder». Si bien se mira, esto quiere decir: «El soberano del Estado tiene frente al ciudadano claros derechos pero ningún deber (coercitivo).» Sin embargo, con esto se abandona una idea que Kant mismo deriva de la ley jurídica universal y que coloca en la base del concepto de Estado: la obligación recíproca de todos los que están reunidos en él, de tal modo que el «ciudadano del Estado» no reconozca «ningún superior en el pueblo» que no sea uno respecto del cual posee la capacidad moral de ligarlo jurídicamente a sí, tanto como el pueblo puede ligarlo, a su vez, a él» (27).

Sea, finalmente, mostrada la inconsecuencia de la deducción de formulaciones jurídicas concretas —y en razón del paralelismo con el fallo del Tribunal Federal del 17 de febrero de 1954— en el ejemplo de la *deducción kantiana del derecho familiar* (28). Kant sostiene que si se presupone, sin más, el hecho del comercio carnal, el matrimonio, también en sentido jurídico, es necesario, precisamente en razón del principio del Derecho y, por ello, indirectamente en razón del mandamiento ético fundamental: «Cuando el hombre y la mujer quieren gozar recíprocamente el uno del otro de acuerdo con sus peculiaridades sexuales, entonces *deben* desposarse necesariamente, siendo esto necesario por leyes jurídicas de la razón pura.»

La demostración de una necesidad tal tropieza, sin embargo, con una dificultad en la medida en que *la base natural del matrimonio contradice el principio ético fundamental*. Pues «en este acto un ser humano se convierte a sí mismo en cosa, lo que va, en su propia persona, contra los derechos de la humanidad».

Kant nombra, sin embargo, una «condición» bajo la cual esto puede suceder legítimamente: «que cuando una persona es solicitada por otra directamente como cosa, solicite recíprocamente a ésta del mismo modo, pues de esta manera se vuelve a ganar a sí misma y restaura su

(27) KANT: Op cit., págs. 314-323.

(28) Cfr. para esto KANT: Op cit., págs. 277-279.

personalidad». Sin embargo, ni es por sí mismo evidente ni aparece verdaderamente fundado por Kant cómo se puede suprimir el hecho —desde la perspectiva de Kant éticamente censurable— de que el hombre se rebaje a la condición de medio sólo porque esa utilización como medio ocurra recíprocamente. En la deducción del matrimonio y del derecho familiar se introduce con ello una *afirmación indemostrada*. Además, inclusive si se quisiera admitir la coherencia del argumento kantiano, no se habría demostrado con él la necesidad del matrimonio, sino sólo la de una reciprocidad del comercio sexual, como es propio ya, de todos modos, de la naturaleza de la cosa.

Hay todavía *otro supuesto* en el fondo de la argumentación kantiana: «La sollicitación de un miembro del hombre es al mismo tiempo sollicitación de la persona total, porque ésta es una unidad absoluta». También aquí se hace evidente cómo parte Kant del plano de la ley moral y del mandamiento jurídico universal fundado en ella, lo que significa al mismo tiempo partir del concepto de personalidad ética, y cómo extrae sus argumentos del plano del hombre empírico, pues se trata claramente de éste cuando se habla de «la indestructible unidad de los miembros en una persona».

Partiendo de los dos supuestos citados, saca Kant la siguiente *conclusión*: «En consecuencia, la entrega y aceptación de un sexo para goce del otro no sólo están permitidas bajo la condición del matrimonio, sino que también *sólo* son posibles bajo la misma». Más adelante se postula inclusive el matrimonio expresamente como *monogamia*, y esto sobre la base de la misma dialéctica acerca del todo y la parte, del medio y del fin en sí mismo: «pues en la poligamia la persona que se da recibe sólo una parte de aquel a quien se entrega totalmente y se convierte en consecuencia en mera cosa».

Sin embargo, esta conclusión se viene abajo cuando los supuestos sobre los que se basa se revelan como infundados. En realidad, éstos ni se pueden derivar del mandamiento ético-jurídico fundamental, ni son por sí mismos inmediatamente evidentes. *La deducción kantiana de la necesidad de la monogamia* se muestra, por tanto, como *frágil*.

Ahora bien, en ella el punto de partida es el mismo que el de la citada resolución del Tribunal Federal: la concepción del hombre como personalidad libre y responsable. Pero si Kant fracasa en la expresa tentativa de fundamentación, sí se ve, por otra parte, que él no puede en absoluto pasar sin más de su concepto del hombre a formulaciones jurídicas concretas, en tal caso se torna *problemática la afirmación del Tribunal Federal* de que la dignidad personal y la responsabilidad

deben conducir con necesidad al postulado del matrimonio monogámico y al rechazo de todo comercio extramatrimonial de los sexos, y se torna tanto más problemática cuanto que se le enuncia sin fundamentación y como si fuese evidente de por sí.

Por último, esto se confirma también por la *experiencia*. Cuando se observan sin prejuicios las relaciones reales de la existencia humana, entonces la dignidad y la falta de dignidad no se encontrarán siempre claramente repartidas entre las relaciones matrimoniales y extramatrimoniales respectivamente: responsabilidad para con el compañero y respeto ante la libertad de la persona se pueden encontrar a veces en algunas relaciones extramatrimoniales antes que en muchos matrimonios. Esto significa que el matrimonio en cuanto tal no convierte la relación de los sexos en aquello que ésta debe ser cuando se tiene en cuenta la libertad y la responsabilidad del ser humano.

Pero aunque fuera posible derivar formulaciones jurídicas concretas a partir de este concepto del hombre sin agregar otros supuestos, quedaría todavía en pie el más hondo *problema de si esta imagen del hombre posee en absoluto la unívoca evidencia* que se le atribuye tácitamente en las sentencia del Tribunal Federal. La mirada puesta en *Kant* muestra una vez más que no es así, pues su concepto del hombre como personalidad libre y responsable no permanece de ningún modo indiscutido al frente de su pensamiento ético y jurídico. Más arriba (29) se señaló ya que *Kant* obtiene la certeza de la libertad ante todo de esto: el hombre se experimenta como incondicionalmente sometido a una exigencia, y esta experiencia está para él asegurada en razón de que en ella se da la ley moral como un «factum» que «se nos impone por sí mismo». Pero con esta alusión a lo fáctico no está todavía suficientemente demostrada la validez de la ley moral y de la libertad fundada en ella. Pues el que yo experimente la ley moral como un hecho descansa, a su vez, sobre un supuesto, es decir, ella se muestra sólo a aquél que se ha decidido seriamente a encontrar principios para el obrar justo. Pero ése no puede ser sino el hombre que se ha decidido por la existencia moral y que sabe que en ello está en juego su propio obrar y su decisión, o sea, precisamente, el hombre libre y responsable. Según esto, se oculta en el punto de partida de *Kant* —por lo menos en germen— lo mismo que se obtiene al final como resultado. Esto quiere decir que su *concepto ético del hombre* no es ninguna evidencia, sino *un supuesto*.

(29) Cfr. págs. 10 y sig.

Esto tiene su confirmación en que este concepto del hombre, tal como está en la base la ética y de la filosofía del derecho kantianas, y tal como se constituye al mismo tiempo en imagen directriz en la época del clasicismo, se ha formado sólo con el correr de la larga historia del proceso de autoconciencia del hombre. Descubierta originariamente por los griegos, este concepto se ha enriquecido luego con elementos romanos y cristianos, para obtener finalmente su forma plena de *imagen humanística del hombre como «personalidad»*. Sin embargo, nunca ha permanecido fuera de toda disputa. El hombre ha encontrado siempre otras posibilidades de entenderse a sí mismo: por ejemplo, a partir de los lazos con la comunidad, a la que el individuo tiene que ligarse con prescindencia de la voluntad; o desde el punto de vista de la afirmación de la existencia biológicamente entendida. Precisamente hoy aparecen con toda fuerza estas otras dos concepciones: la primera, en la imagen del hombre tal como se encuentra en la base de las concepciones totalitarias del Estado; la otra, en los fundamentos antropológicos de la filosofía de la vida con las repercusiones que alcanzan hasta la esfera de lo político.

El concepto del hombre como el de una personalidad libre y responsable no es por tanto una evidencia, tampoco una idea inmediatamente intuible o conclusivamente demostrable, sino un supuesto. Este, en cuanto tal, no ha sido por cierto arbitrariamente inventado, sino que nos ha sido transmitido por nuestra historia y ha crecido, con todo, de acuerdo con su origen, a partir de una decisión histórica del ser humano. La humanidad occidental, a lo largo de su historia, se ha dado, entre otras posibilidades, a la tarea de aclarar la esencia del hombre y también, predominantemente, a asumir la posibilidad humanística. Esto se puede afirmar o rechazar: sólo es importante ver con claridad que tanto la afirmación como el rechazo descansan sobre una *decisión en favor de una determinada forma de nuestra historia*.

En consecuencia, cuando Kant en la fundamentación filosófica y cuando el Tribunal Federal en su espíritu quieren fundar irreflexivamente el Derecho sobre esta imagen del hombre, entonces no han colocado en la base ningún hecho evidente por sí mismo, sino que han tomado, en la elección de este supuesto, una determinada decisión: la de *querer* al hombre como personalidad libre y responsable. Si han tomado precisamente esta decisión con razón o sin ella es una cuestión que deberá dilucidarse más tarde. Por ahora sólo interesa ver lo siguiente: *a partir de la imagen humanística del hombre no es posible sacar consecuencias jurídicas de validez indiscutible*, y esto por dos ra-

zonas: a causa de la evidencia insuficiente del supuesto y a causa del fracaso de la deducción de formulaciones jurídicas concretas a partir de éste. De hecho, en las citadas decisiones del Tribunal Federal, no es tampoco éste el principio último y decisivo; más bien se intenta todavía otra fundamentación, que es el caso de investigar ahora.

EL ORDEN INCONDICIONADO DE VALORES

Al principio, con motivo de la dilucidación de la relación fundamental entre ética y Derecho, se aludió ya a este tema (30). En la resolución del Tribunal Federal del 17 de febrero de 1954, en efecto, se dice: «En la medida en que los actos de alcahuetería hablan de lascivia, remiten a un canon extrajurídico, a una norma que rebasa el terreno de lo meramente jurídico». En consecuencia, si ha de aclararse completamente la concepción del Tribunal Federal acerca de la fundamentación del Derecho en la ética, deberá explicarse qué se entiende por aquel «canon» y qué por esta «norma».

El Tribunal Federal aduce para la explicación una diferencia corriente desde los griegos en su problemática de la «*physis*» y el «*nomos*». Aquella «norma» no consiste, en efecto, en un «mandamiento de la mera *costumbre*, de la mera convención», sino en «una tal [norma] de la *moralidad*, de la ley moral». La diferencia decisiva radicaría en el origen diferente de la respectiva obligatoriedad. «Los mandamientos de la mera costumbre, de la convención, poseen su (débil) obligatoriedad sólo a partir del reconocimiento de aquellos que los reconocen voluntariamente y los siguen; pierden su validez cuando dejar de ser reconocidos y seguidos; varían su contenido cuando varía la imagen de aquello que la costumbre exige.» Esos mandamientos son por tanto «meras reglas convencionales expuestas al arbitrio cambiante de grupos sociales cambiantes». En otras palabras: las *normas de la mera costumbre* son dependientes de las representaciones humanas acerca de aquello que «está bien» y, por tanto, también *del cambio histórico de tales representaciones*. De las «*normas de la ley moral*» se dice por el contrario: «tienen validez independiente, tanto si las siguen y reconocen realmente aquellos de quienes exigen seguimiento, como si no las siguen y reconocen; su contenido no puede variar porque cambien las concepciones acerca de lo que tiene validez». Pero si

(30) Cfr. págs. 2 y sig.

su validez no es dependiente del hombre ni del cambio histórico de las representaciones humanas, hay que decir que «*valen por sí mismas*», que tienen una «validez incondicionada»; su obligatoriedad deriva de algo que ha sido «entregado» al hombre, de algo que éste, en consecuencia, no produce por sí mismo, sino que sólo tiene que «aceptar», o sea de un «orden de valores» que, por estar sustraído a toda subjetividad, se caracteriza también como «orden de valores que vale y obliga objetivamente». Por eso se dice, en resumen, lo siguiente de las normas de la ley moral: «Su (fuerte) obligatoriedad reposa sobre un *orden de valores ya dado y que hay que admitir*, y sobre los principios del deber que rigen la vida en común de los hombres».

La insistencia con que acentúan estas conexiones pone en claro que el Tribunal Federal ve aquí el verdadero lugar en que el Derecho se funda en la ética. En efecto, si se da con evidencia un orden incondicionado de valores y normas de la ley moral que tienen sus raíces en él y validez por sí mismas, y si, además, éstas se pueden concretar respecto del contenido, en tal caso está suprimida la dificultad de hallar fundamento suficiente para decisiones jurídicas como las que el Tribunal Federal tenía que tomar en los casos citados. Lugar para la duda y el error sólo queda respecto del modo como se tienen que aplicar objetivamente las normas absolutas dadas. Evidentemente esta es la opinión del Tribunal Federal. Y así se deriva en la resolución del 17 de febrero de 1954 la *exigencia incondicionada del matrimonio monogámico* a partir de la ley moral y, con ello, en último término, a partir del orden absoluto de valores. Pues «no puede ser dudoso que los mandamientos que ordenan fundamentalmente la vida en común de los sexos y sus relaciones sexuales, y que por ello garantizan y consolidan al mismo tiempo el orden debido del matrimonio y de la familia (en un sentido más lato también del pueblo), son normas de la ley moral». «En tanto que la ley moral ha establecido para el hombre el matrimonio monogámico y la familia como formas obligatorias de vida, en tanto ella ha hecho de este orden también el fundamento de la vida de los pueblos y de los Estados, esa ley expresa al mismo tiempo que el comercio sexual se debe realizar por principio sólo en el matrimonio.» Esto es lo que «el orden moral quiere», en tal medida que se añade: «la validez incondicionada de la norma ética no admite ninguna excepción». La resolución del 10 de marzo de 1954 expone una exigencia concreta más, también derivada de la ley moral: «No se puede discutir que la *ayuda recíproca en casos de necesidad* responde a un mandamiento moral existente desde siempre». Finalmente, la mis-

ma resolución agrega todavía que «todo intento de *suicidio* —abstrayendo quizá de casos extremos excepcionales— está estrictamente desaprobado por la ley moral, puesto que nadie está autorizado a disponer autónomamente de su propia vida ni a darse la muerte». Si se deja de lado la pequeña inseguridad que se halla en la formulación citada en último término («abstrayendo quizá de casos extremos excepcionales»), las expresiones del Tribunal Federal permiten reconocer claramente su concepción fundamental: *un orden incondicionado de valores está dado con evidencia y a partir de él se pueden derivar reglas concretas, decisivas para la legislación y la administración de justicia.*

Esto, mirando con más exactitud, es por cierto sumamente cuestionable, y así remite la problemática más profunda de nuevo al terreno de la fundamentación filosófica. En efecto, el fondo de la concepción de un orden incondicionado de valores lo forman evidentemente los principios de la *ética material de los valores de Max Scheler y Nicolai Hartmann* (31). Ambos han revivificado una vez más, dándoles la forma correspondiente a la situación postkantiana del problema, viejos pensamientos desarrollados especialmente entre los griegos y en la escolástica medieval. En efecto, el echar mano a la ética material de los valores es un procedimiento que penetra hasta el centro de la discusión ética del presente; desde el proyecto de Kant de una ética de la personalidad libre no había sido emprendido ningún otro intento más, del mismo peso, para una fundamentación filosófica de la ética. La cuestión es, pues, ahora, si la ética material de los valores puede constituir un fundamento suficiente para decisiones jurídicas de principio. En este sentido, ella debe ser analizada predominantemente en la forma original que le ha dado Scheler, pues Hartmann, pese a todas las diferencias, depende en particular de Scheler en cuanto a los principios e, inclusive, como se verá, queda detrás de éste en puntos decisivos.

El punto de partida del pensamiento ético de Scheler es la misma preocupación que mueve también al Tribunal Federal en sus esfuerzos en pro de una fundamentación ética del Derecho: la de que en la devastación causada por un «relativismo sin sostén» (32) no parece ser posible ninguna proposición ética obligatoria más. En esta situación,

(31) MAX SCHELER: *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* [El formalismo en la ética y la ética material de los valores], 3.^a ed., 1927.

NICOLAI HARTMANN: *Ethik* [Ética], 1926.

(32) SCHELER: Op. cit., pág. XI.

una ley moral puramente formal en el sentido de Kant no puede remediar «el vacío de aquella fórmula terriblemente sublime» (33), pues a partir de ella no puede obtenerse indicación concreta alguna. Frente a ello, Scheler quiere fundar la ética sobre principios «materiales», con contenido, es decir, sobre los «valores», por ejemplo la valentía, la veracidad, el amor al prójimo, la santidad. Los valores son susceptibles de un conocimiento evidente, según opina Scheler, y esto no sólo en cuanto al contenido valioso, sino también en su «orden jerárquico, que está fundado en su esencia misma» (34), y según el cual «los valores espirituales», por ejemplo, constituyen una «jerarquía de valor más alta que los valores vitales, los valores de lo santo, una jerarquía de valor más alta que los valores espirituales» (35).

Los valores y su orden jerárquico pueden formar el fundamento de una ética válida porque —según la concepción de Scheler— no son subjetivos, es decir, no surgen de una creación valorativa por parte del hombre ni son en absoluto relativos a la existencia de éste. Los valores subsisten más bien «con independencia de la organización de determinadas esencias espirituales» (36). Scheler les atribuye en consecuencia «existencia objetiva» (37), en el sentido de «valores subsistentes por sí mismos», y habla en correspondencia con ello también de un «orden moral de valores subsistente por sí mismo» (38), de un «orden jerárquico» de valores absolutamente objetivo» (39). Este orden es «algo absolutamente invariable» (40), un «orden eterno» (41). Ahora bien, en la medida en que la ética filosófica descubre y expone estos «valores morales absolutos» (42), puede dominar el peligro del relativismo y hace posibles, en cuanto «ética... absoluta y a priori» —a diferencia de la ética de Kant—, «tanto una verdadera fundamentación de las decisiones morales como las leyes para éstas» (43).

El pensamiento fundamental de la ética de Scheler muestra claramente *el parentesco con la tesis del Tribunal Federal*. Si es posible

(33) SCHELER: Op. cit., pág. 2.

(34) SCHELER: Op. cit., pág. 20.

(35) SCHELER: Op. cit., pág. 109.

(36) SCHELER: Op. cit., pág. 268.

(37) SCHELER: Op. cit., pág. 96.

(38) SCHELER: Op. cit., pág. 513.

(39) SCHELER: Op. cit., pág. 94.

(40) SCHELER: Op. cit., pág. 86.

(41) SCHELER: Op. cit., pág. 262.

(42) SCHELER: Op. cit., pág. 331.

(43) SCHELER: Op. cit., págs. 261 y sig.

determinar con éxito e inequívocamente los valores y su orden jerárquico, como afirma Scheler y expone detenidamente Hartmann, en tal caso la legislación y la administración de justicia se sustraen a la preocupación por hallar una fundamentación válida para sus decisiones. Todo depende, pues, de que la afirmación acerca de la validez absoluta de los valores y de su orden jerárquico pueda hacerse evidente.

Pero, ¿cómo podrá tener certeza el ser humano de que los valores no son de hecho su propio producto, sino que poseen existencia objetiva, y de que hay entre ellos un orden jerárquico igualmente objetivo? Scheler responde: esto se experimenta en la inmediatez del «*conocimiento del valor*», que «se lleva a cabo esencial y necesariamente en el sentir, preferir, amar y odiar» y que está acompañado de una peculiar *evidencia*» (44). Es «una especie de experiencia cuyos objetos permanecen totalmente cerrados para el «entendimiento»..., una especie de experiencia que nos suministra, sin embargo, auténticos objetos y un orden eterno entre ellos: precisamente los valores y un orden jerárquico entre ellos. Y el orden y las leyes de esta experiencia son tan precisos, determinados y evidentes como los de la lógica y de las matemáticas» (45). Cuando en el *sentir de los valores* me es dado el amor al prójimo, por ejemplo, entonces no puedo —según Scheler— sino entenderlo como valor. De la misma manera el asesinato se me muestra con evidencia como no-valor en el sentir inmediato. Por último, en el «preferir» igualmente originario, en el que «se da... el ser-más-alto de un valor» y que por su parte está caracterizado por una «evidencia intuitiva de la primacía» (46), experimento con seguridad que el valor de la santidad, por ejemplo, rebasa los valores espirituales. La «evidencia y la validez objetiva del ser de nuestra aprehensión del valor» (47) nos asegura, pues, la objetividad de los valores y de su orden jerárquico absoluto.

Ahora bien, con el sentir y el preferir de valores sucede por cierto algo notable. No todos darán la misma referencia sobre lo que sienten como valor o no-valor, como valor más alto o más bajo. Así como Scheler considera «la santidad de la persona» como «el valor supremo» (48) y así como afirma que es una «ley de la primacía el que los valores vitales estén subordinados... a lo santo y a los valores espiritua-

(44) SCHELER: Op. cit., págs. 65 y sig.

(45) SCHELER: Op. cit., pág. 262.

(46) SCHELER: Op. cit., págs. 85 y 87.

(47) SCHELER: Op. cit., pág. 279.

(48) SCHELER: Op. cit., pág. 512.

les» (49), de la misma manera, en estricta contradicción con ello, *Nietzsche* llama a la «santidad... una serie de síntomas del cuerpo empobrecido, enervado e incurablemente corrompido» (50) y declara su «hostilidad contra todo y todos los que tratan de hacer sospechoso el valor de la vida» (51). Si se comparan además *diversas épocas y círculos culturales* entre sí, se muestran también allí inallanables oposiciones. Las representaciones de valor de Homero, por ejemplo, son visiblemente diversas de las de la era cristiana, el *ethos* de los chinos se diferencia del de los israelitas. Hay por tanto diferencias intersubjetivas e históricas, inclusive contradicciones, en la aprehensión inmediata de valores y de órdenes jerárquicos de valores. Y esto a todas luces no se puede conciliar con la tesis de la evidencia absoluta del conocimiento del valor. El «principio de la *subjetividad y de la relatividad de todos los valores*», esta «pétreo convicción de la filosofía de casi todo el mundo moderno» (52) parece, pues, tener razón contra la tesis de Scheler acerca de la objetividad de los valores y de su orden jerárquico.

Scheler no deja de lado esta amenaza para su concepción fundamental. En efecto, él mismo aduce ejemplos sobre la diferencia histórica y la oposición de las valoraciones. «¿A quién no le haría ver un análisis penetrante que el *ethos* viviente en la religión y en el sistema de castas de la India antigua es radicalmente... diferente de aquél del pueblo griego o del mundo cristiano? ¿Quién no verá, por ejemplo, que el hecho de que los romanos antes de Ennio encontraran la usura más censurable que el hurto o de que la vieja valoración moral y jurídica alemana considerase mejor el robo que el hurto, refiere a reglas de preferencia, fundamentalmente diversas, entre ciertas especies de valor vital (ánimo, virilidad) y del valor utilitario? De acuerdo con ello, Scheler llama la atención sobre «el cambio de los ideales morales» y sobre la esencial historicidad que posee el *ethos* como forma de vivencia de los valores y de su orden jerárquico». Sin embargo, afirma más adelante que «*tampoco* en esta «relatividad» —la más radical— de las valoraciones morales hay *base alguna para la admisión*

(49) SCHELER: Op. cit., pág. 324.

(50) NIETZSCHE: *Umwertung aller Werte* [Transmutación de todos los valores], libro 1.º, sección 51.

(51) NIETZSCHE, edición de bolsillo de Kröner, vol. II de Obras inéditas, pág. 477.

(52) SCHELER: Op. cit., pág. 272.

de un relativismo de los valores morales y de su orden jerárquico mismo» (53).

En la fundamentación de esta tesis no puede Scheler por cierto aferrarse más a una evidencia moral en sentido ingenuo, según la que cada cual podría estar autorizado a convertir sin más en valor objetivo absoluto aquello que en cada caso se le aparece como cierto en el sentimiento de valor. Scheler adopta aquí más bien *un punto de vista más amplio*, desde el que cree poder contemplar en su conjunto las variaciones individuales e históricas de las valoraciones. Así sostiene que cada hombre y cada época aprehenden en cada caso sólo un sector limitado del reino de los valores, el que como totalidad sólo puede ser captado por todos los hombres y todas las épocas en común. Hay por cierto una perspectiva griega de los valores y una cristiana, una india y una israelita; pero no están en lucha unas con otras, sino que son en cada caso sólo diversos aspectos de uno y el mismo reino de los valores, de tal modo «que la vivencia total y adecuada del cosmos de los valores y de su orden jerárquico... está ligada esencialmente a una cooperación de diversas formas del *ethos* que se desarrollan históricamente según sus propias leyes» (54).

Esta *acción conjunta de las edades* se desenvuelve en un «orden lleno de sentido» (55), precisamente el orden del sucederse histórico, pues para los valores morales es «esencial... la "historicidad" de su aprehensión» (56). Esto quiere decir que en cada ocasión el tiempo posterior puede descubrir un valor supremo desconocido para el anterior, para subordinar luego a él el sistema actual de valores sin modificarlo en particular. Así, por ejemplo, cuando el cristianismo entiende la santidad como valor supremo, no convierte el valor supremo de los griegos —la justicia— en un no-valor, sino sólo en un valor de segundo orden. Con el «descubrimiento y la apertura de valores "más altos"» no se invierte la escala de valores; «a medida que el *ethos* "crece", no se destruyen las leyes de preferencia del anterior»: con ello tan sólo «se relativiza el anterior reino de los valores en su conjunto» (57). Según la concepción de Scheler, desde este punto de vista *las diferencias en las perspectivas de valor y el cambio histórico de éstas no constituyen ninguna objeción contra la objetividad de los va-*

(53) SCHELER: Op. cit., págs. 312-315.

(54) SCHELER: Op. cit., pág. 314.

(55) SCHELER: Op. cit., pág. 306.

(56) SCHELER: Op. cit., pág. 514.

(57) SCHELER: Op. cit., pág. 316.

lores y de su orden jerárquico. El «reino de estas escalas de valores, que aparece a primera vista como una paleta sobre la que se han volcado los pomos de los colores», recibe ahora más bien «la conexión de sentido de un cuadro grandioso..., en el que se ve a la humanidad, en la policromía de su miembros, apoderarse, amando, sintiendo y obrando, tanto de un reino de valores objetivos, independientes de ella y de sus formas, como del orden jerárquico objetivo que les pertenece, e incorporarlos a su existencia» (58).

La refutación de la objeción relativista mediante la idea de una sucesión llena de sentido de descubrimiento de valores cada vez más altos, puede parecer concluyente sólo en tanto no se tome en consideración el hecho de las *revoluciones de los valores*, es decir, el hecho de que en la historia frecuentemente han vuelto a tener vigencia valores de épocas anteriores, que entretanto habían sido destronados. Cuando Scheler cree verificar, por ejemplo, que en el Cristianismo el valor de la santidad, descubierto por primera vez, había subordinado así definitivamente los valores del espíritu y de la vida, entonces pasa por alto que también en el Occidente cristiano ha habido tiempos en que estos valores inferiores fueron colocados de nuevo en el primer plano: la razón, en el *Iluminismo*; la vida, a principios de nuestro siglo. Tanto el *Iluminismo* como la filosofía de la vida y la actitud espiritual correspondiente afirman con tanta convicción como Scheler que el orden de valores visto por ellos es el verdadero y definitivamente válido, y que por su intermedio ha sido superado el orden cristiano de valores. Esto quiere decir que cuando Scheler opina que el orden jerárquico de valores postulado por él está asegurado por el hecho de que su posterior aparición en el proceso de la historia demuestra también su verdad más alta, piensa así sobre la base de una *valoración muy violenta de los fenómenos históricos*.

Luego caracteriza Scheler, también de hecho, todas aquellas inversiones de la valoración cristiana como «engaños respecto de los valores y de la preferencia», como «falsificaciones y sustituciones de juicios y cánones éticos que ya antes se adecuaban a los órdenes jerárquicos y objetivos de valores», como «engaños... que llevan al señorío de un falso *ethos* y de los valores "aparenciales" inherentes a éste». Sin embargo, ¿de dónde toma Scheler el canon para poder determinar qué es la verdadera intuición del orden jerárquico y absoluto de los valores y qué son «engaño», «falso *ethos*» y «valores aparencia-

(58) SCHELER: Op. cit., págs. 306 y sig.

les»? Su respuesta reza: de que «se sometan todavía a una crítica, al hilo del puro darse por sí mismo de los valores morales y de las relaciones de valor, la evidencias "aducidas" por el *ethos* de la época misma» (59). Pero con esto, Scheler es lanzado de nuevo a su punto de partida, pues los valores y su orden jerárquico deben aparecer precisamente, como ese «puro darse por sí mismo», en el sentimiento de valor y en el preferir, en tanto éstos son los modos del *conocimiento inmediato del valor*.

Si se vuelve la vista sobre la argumentación en su totalidad, se ve que Scheler quiere asegurar el conocimiento inmediato de los valores, que está amenazado por el relativismo en razón de las diferencias y oposiciones individuales e históricas de las valoraciones, llamando en su ayuda aquella tesis de la aparición histórica, en cada caso, del valor más alto. Pero esta afirmación no se puede derivar inmediatamente de la mera consideración, sin prejuicios, de los fenómenos históricos, sino que sólo tiene consistencia cuando se caracteriza como engaño respecto del valor todo aquello que la contradice. Y, sin embargo, decide qué cosa sea engaño respecto del valor, de nuevo aquel conocimiento inmediato de los valores con su cuestionable evidencia. Esto quiere decir que la *idea del conocimiento inmediato de los valores* no da ninguna fundamentación suficientemente asegurada a la afirmación de que en él se descubre un orden jerárquico y absoluto de los valores.

Al fin se ve así que el principio propio de la ética material de los valores no es ninguna intuición evidente por sí misma, sino, en cada caso, el conocimiento de los valores propio de un filósofo, conocimiento que se presenta como absoluto sin poder dar fundamento de esta pretensión. Esto se torna completamente claro allí donde Scheler y Hartmann se proponen proyectar *in concreto* una *tabla de los valores*. Esta tiene un aspecto completamente diverso en ambos y, sin embargo, ambos apelan a la evidencia del respectivo conocimiento de los valores. Para Scheler el valor de lo santo es de manera evidente «el último (y precisamente el supremo) valor cualitativo en el orden jerárquico de los valores» (60). Hartmann, por el contrario, no sabe nada acerca de un valor de la santidad, y afirma, inclusive, que no conocemos en absoluto «ningún valor supremo unitario» (61). Encuentra, por su parte, que el «amor al más alejado», es decir, un «amor

(59) SCHELER: Op. cit., págs. 317 y 320.

(60) SCHELER: Op. cit., pág. 302.

(61) HARTMANN: Op. cit., pág. 266.

que tenga por objeto al hombre futuro, tal como lo concibe el viviente actual», es, desde el punto de vista del valor, «más alto que el amor al más próximo» (*). En este sentido, Hartmann remite expresamente al «sentimiento de valor» como «la única instancia cognoscitiva que puede leer la proyección [del valor] en la escala de las alturas» (62). Por el contrario, Scheler dice que «poner valorativamente por encima del "amor al más próximo"... el utópico "amor al más lejano" es exclusivamente obra del... resentimiento (es decir, una transformación ideológica del odio... al "próximo")» (63). Esta *lucha declarada entre las valoraciones* hace en extremo problemática la afirmación de ambos pensadores de que ellos intuyen de manera evidente un orden jerárquico objetivo, subsistente por sí mismo. *La ética material de los valores no posee de ningún modo el seguro fundamento que le atribuyen sus descubridores.*

Lo mismo se hace visible allí donde la ética material de los valores se incorpora inmediatamente a una fundamentación filosófica del Derecho, como sucede en Coing, por ejemplo. Este considera «evidente que el orden de la paz debe ser valorado más alto que las meras reglas de juego para la lucha; la seguridad, por su parte, más alto que el mero no-luchar; la justicia, finalmente, más alto que todo eso» (64). Sin embargo, estas formulaciones tropiezan con la misma objeción fundamental con que tropieza la ética material de los valores misma. Welzel tiene por tanto razón cuando escribe: «Coing... no ha podido derivar sus principios supremos del Derecho a partir de la ética material de los valores de Scheler-Hartmann, sino que... los ha tomado de la situación histórica de los últimos ciento cincuenta años» (65).

Pero si la ética material de los valores fracasa así en su intento de fundamentar la evidencia de un orden jerárquico de valores subsistentes por sí mismo, la tesis del Tribunal Federal de que de un tal

(*) Aunque «prójimo» y «próximo» tienen en español la misma raíz, el primero de estos vocablos ha perdido en su uso corriente la referencia directa a la proximidad témpori-espacial. En alemán, en cambio, no ocurre lo mismo. Por eso la traducción es menos sutil y significativa que lo expresado en la oposición de HARTMANN, pues aquí el «más próximo» es a la vez el «prójimo», en el sentido ético de esta palabra. [N. del T.]

(62) HARTMANN: Op. cit., págs. 445 y 497.

(63) SCHELER: *Wesen und Formen des Sympathie* [Esencia y formas de la simpatía], 2.^a ed., 1923, pág. 117.

(64) COING: Op. cit., pág. 36.

(65) WELZEL: Op. cit., pág. 181, nota 23.

«orden de valores ya dado y que hay que admitir» se pueden tomar principios seguros para decisiones jurídicas, se torna en extremo dudosa. Sea lo que fuere del mandamiento del matrimonio monógamico y de la prohibición del suicidio, un punto está claro: la mera referencia a un orden jerárquico de valores supuestamente evidente no es suficiente para garantizar la validez de aquellas normas. Mientras no se halla realizado lo que Scheler y Hartmann no pudieron lograr, es decir, mientras no estén asegurados los principios éticos supuestos, *faltará toda base segura a las conclusiones jurídicas* extraídas de ellos.

Sin embargo, con esta comprobación crítica no ha llegado todavía a su término la cuestión de la fundación del Derecho en una ética absoluta de los valores. Ahora surge más bien el problema de cómo ha ocurrido que un pensador tan agudo como Scheler pudiese tener por seguro aquel frágil fundamento. Esto se debe a que en la base de su ética hay un *supuesto metafísico*, a diferencia de la ética de Hartmann, cuyo reino de los valores pende sin fundamento en el aire. El supuesto sale a luz claramente cuando Scheler llama, por ejemplo, al reino de los valores —en la medida en que rebasan el mero valor vital— «sobrehumano» y, en sentido positivo, «divino» (66), o cuando expone la idea de «un espíritu personal infinito y de un "mundo de los valores" que está ante él» (67). Si se tiene en cuenta estas expresiones, se ve que Scheler concibe los valores —en cuanto a su origen— como *pensamientos de Dios*, en el sentido «de la plenitud infinita de lo bueno que está diseminado ante la mirada del espíritu divino» (68). En consecuencia, Dios piensa en un principio las ideas de valentía, de amor al prójimo, de santidad, y las coloca como valores ante los ojos del hombre, a fin de que éste las realice en el proceso de su historia. En el fondo de la ética material de los valores de Scheler se encuentra según esto el *pensamiento agustiniano* de que la historia está dirigida por Dios en función de sus ideas, y, en último término, también el platonismo transformado por el cristianismo. Así puede hablar finalmente Scheler —en el curso de sus reflexiones éticas— de un *plan divino de salvación* (69), como que su concepción filosófica global posee su honda raíz metafísica en la idea de que «el reino de todas las esencialidades posibles» —y por eso también de las esencialidades de va-

(66) SCHELER: *Der Formalismus...*, pág. 283.

(67) SCHELER: *Op. cit.*, pág. 94.

(68) SCHELER: *Op. cit.*, pág. 511, nota 1.

(69) *Ibidem*.

lor— tiene «en Dios» su lugar originario, de tal modo que «la esencia de este mundo creado está prefigurada en su reino de ideas» (70); y en la idea de que «las esencialidades intuídas...» tienen el «sentido de un modelo ideal y eterno, según el cual Dios... ha creado y sostiene el mundo» (71).

Sólo desde el horizonte de este pensamiento cristiano resulta comprensible que Scheler pueda tener por evidente que la santidad sea el valor supremo. De manera todavía más amplia se funda en ese pensamiento la evidencia que Scheler atribuye al conocimiento de los valores: porque los valores surgen, simultáneamente, con el hombre y con el mundo, de la voluntad de Dios, por eso y sólo por eso están sustraídos al arbitrio humano, por eso y sólo por eso son absolutamente válidos. De este modo, la *ética material de los valores de Scheler* no es filosóficamente demostrable; pero constituye una formulación filosófica de la ética metafísica platónico-cristiana y *obtiene su validez a partir de la suposición de la verdad de la convicción fundamental cristiana.*

Esta es también la base profunda sobre la que se asientan las expresiones fundamentales de la resolución del *Tribunal Federal* del 17 de febrero de 1954. Cuando allí se habla de «un orden de valores ya dado y que hay que admitir», cuando como consecuencia de ello el matrimonio monogámico se considera absolutamente obligatorio, y cuando la resolución del 10 de marzo de 1954 reprueba incondicionalmente el suicidio, entonces sucede en último término todo eso por partirse de la convicción de la obligatoriedad absoluta de la ética cristiana. Esto se confirma todavía adicionalmente por el hecho de que a partir de otros supuestos religiosos y metafísicos no se manda el matrimonio monogámico ni se prohíbe el suicidio. El horizonte cristiano de estas decisiones jurídicas de última instancia se pone de manifiesto, además, por el hecho de que en la resolución sobre el suicidio, después de decirse que la «ayuda recíproca en caso de necesidad» corresponde a «un mandamiento moral existente desde antiguo», se agrega: «La ayuda al prójimo necesitado ha sido siempre, especialmente, un mandamiento central de la doctrina cristiana». También en la resolución del 23 de diciembre de 1952 se trasluce algo de ello cuando se hace la distinción entre las representaciones de valor de una esfera cultural extraña y

(70) SCHELER: *Wesen und Formen...*, pág. 152.

(71) SCHELER: *Vom Ewigen im Menschen* [De lo eterno en el hombre], tomo I, 2.ª mitad, 1923, pág. 343.

las de la propia comunidad jurídica, y cuando estas últimas se caracterizan como «intuiciones fundamentales, jurídicas y morales, del círculo europeo-occidental de cultura», lo que en verdad equivale a considerarlos intuiciones éticas de corte cristiano. Finalmente, la resolución del 14 de julio de 1955 expresa en el mismo sentido: «Un escrito o serie de escritos pone en peligro moralmente a los jóvenes cuando por causa de su probable orientación dificulta... en los hombres jóvenes la formación de las representaciones morales de valor... que corresponden a nuestra concepción cristiano-occidental del mundo.» De este modo, también las expresiones del Tribunal Federal mismo ponen de manifiesto que *la concepción de un «orden de valores» que debe valer «por sí mismo» no ha surgido de una intuición evidente, como se afirma, sino de un echar mano a la ética cristiana.*

Con la cuestión de un orden incondicionado de los valores no sucede, según ello, sino lo mismo de más arriba, con el problema de la imagen del hombre: en ambos casos se ve que en el fondo de las sentencias del Tribunal Federal hay supuestos metafísicos: en un caso, la idea humanística de personalidad libre y responsable; en el otro, las representaciones de valor propias del cristianismo. Ambos momentos constituyen juntos el fundamento ético de nuestro mundo occidental, moldeado por los griegos y el cristianismo. El análisis más penetrante ha hecho claro, sin embargo, que esta *idea humanístico-cristiana es un supuesto* en sus dos momentos fundamentales y *de ningún modo un principio ético válido por sí mismo*, evidente por sí mismo y comprensible de suyo.

EL ESCEPTICISMO ÉTICO-JURÍDICO Y SU SUPERACIÓN

Con esto se hace completamente clara la *situación del derecho frente a la ética*. Si la legislación y la administración de justicia esperan que la ética filosófica ponga a su disposición una imagen del hombre firme y obligatoria y un orden jerárquico de valores válido absolutamente, a fin de poder fundar con seguridad sobre una y otro sus decisiones, si esperan eso, les espera necesariamente una desilusión. Pues la filosofía debe conceder honradamente que ella misma no posee tal cosa con certeza incuestionable. En consecuencia, allí donde se ponen impensadamente en la base del Derecho tales supuestos, la *filosofía* debe asumir, valiéndose de la crítica, la función de un *guardia fronterizo*, y debe mostrar que lo que se presenta como evidente-

mente válido surge, en realidad, de determinadas afirmaciones metafísicas que de ningún modo son indiscutiblemente ciertas. La filosofía tiene que asumir esta tarea, sin perjuicio de que siga teniendo presente la intención de llegar nuevamente a una fundamentación firme del Derecho cuando haya pasado el tiempo de la inseguridad en ese campo. En efecto, en razón del objeto tratado, ella se ve obligada a plantearse la pregunta de si con meras afirmaciones apodícticas se ha erigido realmente una firme fortificación contra el escepticismo avasallador, sobre todo cuando estas afirmaciones, allí donde aparecen en conexión con decisiones jurídicas, renuncian a la fundamentación, y cuando una tal fundamentación, allí donde se intenta en el terreno filosófico, fracasa.

Pero ¿no fomenta la filosofía de este modo el *escepticismo ético y jurídico* y no es esto una cosa demasiado peligrosa, precisamente en la situación actual del Derecho? En efecto, la filosofía permanecería aferrada al escepticismo si quisiera reducirse sólo a la crítica y al descubrimiento de supuestos infundados. Su tarea va, sin embargo, más lejos. Cuando el Derecho la llama en su ayuda, no es lícito que desoiga este llamado, sino que debe convertir la crisis y la cuestión del Derecho en su propia crisis y su propia cuestión. Esto significa que *la filosofía debe decir por su parte en qué pueden fundar, en último término, sus decisiones el legislador y el juez.*

La filosofía debe considerar, en consecuencia, que acaso todo el problema resida en que los últimos principios del Derecho no pueden hacerse absolutamente evidentes; pero debe considerar también la posibilidad de que aquello que se presupone de hecho en las decisiones del Tribunal Federal, a saber, *la representación cristiano-occidental del hombre y de los valores morales*, pueda constituir a pesar de todo, *con razón, el punto de partida de formulaciones jurídicas.* Nuestras decisiones jurídicas se toman, efectivamente, en el ámbito histórico del mundo occidental. ¿No está, pues, de acuerdo con la situación fáctica el que se conviertan en base del Derecho de nuestro tiempo los pensamientos fundamentales de aquél? En este caso se debería renunciar por cierto a la afirmación de que se trata de principios absolutos con validez suprahistórica. Se debería expresar claramente que *de facto se presuponen las ideas particulares cristiano-occidentales acerca del hombre y de los valores morales*, lo cual —como se mostró— resuena ya de todos modos en algunos pasajes de las sentencias del Tribunal Federal, a pesar de otras manifestaciones en contrario. Pero si se confesara esto honradamente, estaría accidentalmente todo en orden.

Sin embargo, surge aquí una *duda*. La ética de la cultura occidental es una formación tan variada y equívoca que cabe preguntarse cuáles de sus principios pueden constituir los supuestos legítimos para la administración de justicia y la legislación. ¿Son los del humanismo de la libertad o los de la doctrina moral cristiana? Y en caso de que se tratare de la libertad, ¿cómo hay que entenderla: en el sentido de Kant, como obediencia ante un mandamiento incondicionado, o en el sentido de Nietzsche, como soberanía del espíritu libre? Pero tampoco la doctrina moral cristiana es unívoca. ¿Se reduce ella al Decálogo, completado, por así decirlo, por el mandamiento del amor al prójimo? ¿O es la ética cristiana —como quiere Scheler— una interpretación amplia del orden divino de la Creación? ¿O rige en esto aquella doctrina de teólogos protestantes acerca de la corrupción radical de la naturaleza humana, según la cual toda intuición moral originaria está también envuelta en tinieblas? En todo esto se revela que el apelar a la herencia occidental-cristiana no dispensa de una *decisión sobre el contenido obligatorio de esta tradición*.

El Tribunal Federal ha tomado de hecho una tal decisión en las resoluciones estudiadas. Por un lado ha hecho suya la idea de la personalidad libre y responsable; por otro —y esto es todavía más importante—, y en su tesis acerca del «orden de valores ya dado y que hay que admitir», ha tomado como base la ética cristiana sólo en una forma completamente determinada, o sea, en tanto ella cree dar expresión a la voluntad creadora de Dios tal como aparece ante los ojos del hombre en los valores y su orden. Lo que en las sentencias de la Corte Federal se supone como principio es, según esto, *sólo una rama particular del pensamiento ético cristiano-occidental*.

Luego, cuando el Tribunal Federal deriva normas concretas de los principios éticos fundamentales supuestos, se revela que la *unilateralidad* va todavía mucho más lejos. En el fallo del 17 de febrero de 1954, por ejemplo, el *matrimonio monogámico*, precisamente en su total exclusividad —en tanto «el comercio sexual debe realizarse fundamentalmente sólo en el matrimonio»—, se concibe como norma de la ley moral. Que este postulado no se puede derivar de la idea de personalidad libre y responsable sin el agregado de otros supuestos, se vió claramente más arriba en el ejemplo de Kant. Pero ese postulado tampoco se puede concluir sin incoherencia a partir de un orden absoluto de valores tomado como base; esto está confirmado, entre otras cosas, por el hecho de que ni Scheler ni Hartmann citan el matrimonio entre los valores éticos, ni lo derivan de éstos. Sin embargo, el Tribunal Fe-

deral afirma una conexión inmediata entre el orden de los valores y la exigencia incondicionada del matrimonio monogámico; éste cuenta, efectivamente, entre las «normas de la ley moral», y su obligatoriedad reposa sobre el «orden de los valores ya dado y que hay que admitir». No se dice, con todo, cómo de éste ha de surgir necesariamente la exigencia de que el comercio carnal se lleve a cabo con exclusividad en el matrimonio. Esto quiere decir que el Tribunal Federal ha tomado una vez más una *decisión previa*: entre las diversas formas de la ética cristiano-occidental ha escogido la que es *en extremo consecuente* en el rechazo de toda *laxitud*.

Pero con esto surge la *seria pregunta de si un tribunal supremo, si un legislador, están autorizados a poner en la base de sus decisiones normas éticas como incondicionalmente obligatorias, cuando estas normas ni son evidentes por sí mismas, ni encuentran justificación filosófica, y, cuando, además, representan sólo una selección, propiamente no fundamentada, hecha en el campo de la tradición ética cristiano-occidental.*

Sin embargo, ¿a qué deberán aferrarse el legislador y el juez si el filósofo les quita permanentemente de esta manera todo terreno firme bajo los pies? En efecto, ellos deben valorar y decidirse, y en cada caso precisamente en un instante inapelable. Por eso tienen que saber a partir de qué valoran y a partir de qué deben y pueden decidir y juzgar.

Ante la carencia de un canon absoluto, ¿deben tomar por ejemplo *la sensibilidad moral de la época como hilo conductor*? Pero también esto lleva a *dificultades* insuperables. Pues ¿quién podría atreverse a formular inequívocamente lo que con razón se tiene por justo en el presente? Una mera estadística acerca de lo que el término medio de los hombres de un tiempo ve como obligatorio no podría conducir por cierto a la meta: con ello la fuerza obligatoria del Derecho caería víctima de una laxa moral media del dejarse-estar. Pero en cuanto se trata de poner en la base no la media de las valoraciones de todos los hombres del presente, sino tan sólo el punto de vista de los «estratos que dan el tono» o de «los que piensan justa y razonablemente», uno está —como se mostró al principio— ante la tarea de tener que valorar y, con ello, de nuevo ante el problema de saber de dónde se debe tomar el principio de la valoración.

Parecería así que la reflexión filosófica terminara de todos modos en la pura *skepsis*, en vista del fracaso de la fundación del Derecho en una ética absoluta y en vista de la insuficiencia del recur-

so a una vaga conciencia moral general. Pero si es así, ¿queda para la legislación y la administración de justicia algo más que una solución violenta en el sentido en que la encuentra el Tribunal Federal, o sea, echar mano, por un acto del propio poder, a un trozo de tradición, convertirlo en absoluto y colocarlo así en la base de las decisiones jurídicas como único canon válido?

Puesto que se trata de un trozo de la tradición cristiana, el Tribunal Federal podría tal vez aducir que la obligatoriedad de sus principios se funda en *la fe*, pues para ésta la «Palabra» pronunciada en el pasado y transmitida desde él al presente posee el carácter de una exigencia incondicionada. En este sentido postula Erik Wolf «la radical orientación del conocimiento natural-racional del Derecho en función de la "palabra"...», según las indicaciones limitativas y orientadoras de las Sagradas Escrituras» (72). Pero con esto se llegaría a una obligatoriedad sólo para los hombres de la misma fe. En el terreno del Derecho profano, por el contrario, se exige que las formulaciones decisivas tengan fundamentalmente también la aprobación de aquellos que no poseen la misma especie de fe. Y esto quiere decir que fuera de la fe queda sin respuesta la pregunta por la legitimidad de un encumbramiento absoluto de aquel trozo de tradición cristiano-occidental.

Esa pregunta lleva por necesidad interna a una *red de problemas más amplia*, pues sólo se puede responder cuando se ha aclarado cómo tiene que conducirse el hombre en general, en razón de su esencia, con respecto a su tradición, lo cual equivale a explicar cómo está constituido desde el punto de vista de su historicidad. El legislador y el juez no se encuentran aquí en ninguna situación diferente de aquella en que está, en principio, todo ser humano. Por consiguiente, tal vez puedan surgir de la acuciante *pregunta por la esencia del hombre desde el punto de vista de su relación con la tradición*, si no normas absolutas en el sentido de un Derecho natural estático, por lo menos directivas para el proceder justo en la esfera de la administración de justicia y de la legislación.

Ahora bien, ocurre con el hombre que, como esencia histórica, sólo en mínima parte es por sí mismo lo que es y lo que puede ser; en parte ampliamente predominante lo es por la herencia que ha recibido y que le pone por delante los contenidos de sus posibilidades existencia-

(72) ERIK WOLF: *Rechtsgedanke und biblische Weisungen* [La concepción del Derecho y las indicaciones de la Biblia], 1948, pág. 28; citado según WELZEL: *Op. cit.*, pág. 183.

les. Esto significa que él *tiene deberes ante su tradición* y que está obligado a oírla. Si por un acto de su propio poder pudiese interrumpir la continuidad con su historia —lo cual es por cierto fácticamente imposible—, se precipitaría en el vacío y no sería ya un hombre.

Pero hay que agregar un segundo punto. El hombre llegaría a perder también su ser propio si se dejase determinar sola y exclusivamente por su historia. A la esencia del hombre pertenece también esto: tener que proyectarse en la dimensión del futuro. Esto quiere decir que él debe *dar forma* a lo que todavía no ha sido *hic et nunc*, a *lo futuro*. Si el hombre renunciara a ello, entendería su futuro sólo como mera repetición de lo pasado, la historia se detendría y el hombre cristalizaría en la figura perteneciente al pasado.

El hombre está así situado justamente entre el pasado determinante y el futuro por proyectar; pero de tal manera que corresponde ampliamente al mismo determinar en qué medida quiere asumir en su presente la herencia de la historia y en qué dirección quiere modelar el futuro. Al margen del problema de la demostrabilidad objetiva de la libertad humana, experimentamos permanentemente en el instante concreto que *tenemos que tomar sobre nosotros mismos la responsabilidad* por el paso desde el pasado hacia el futuro.

Pero con ello el hombre, en razón de su propia esencia histórica, es colocado ante el *problema de la ética*, pues ésta tiene sus raíces en la pregunta por lo que el hombre debe ser. En consecuencia, también aquí debe tornarse operante la doble orientación de la existencia humana hacia lo pasado y hacia lo futuro. Si el hombre se sintiese obligado sólo ante las normas transmitidas, se orientaría exclusivamente hacia el pasado, y el futuro se convertiría para él en una mera repetición de lo que ya ha sido. Esto significaría al mismo tiempo que él traiciona el segundo momento de la misión que le está encomendada por su esencia misma: *proyectar lo futuro que todavía no ha sido «hic et nunc»*. Pero entonces la historia llegaría a detenerse.

De hecho no se habría llegado jamás a una historia del hombre si éste hubiese mirado continuamente sólo hacia atrás y si no hubiese preguntado siempre de nuevo cuáles eran las nuevas obligaciones que tenía que tomar sobre sí. Por eso también *las grandes transformaciones históricas del hombre* han sido acompañadas y *guiadas* siempre *por nuevos proyectos éticos*. En efecto, en los momentos históricos decisivos el hombre se ha preguntado siempre de nuevo qué debe ser de él y cuál puede ser su ley futura.

Si no engañan todos los síntomas, estamos justamente *hoy* bajo el signo de un tal *cambio revolucionario del hombre*. Precisamente la crisis en que ha desembocado nuestra conciencia ética y jurídica, y en medio de la cual no podemos decir todavía qué debe ser del hombre, es testimonio de ello. Pero también lo es el apasionamiento con que se busca el justo camino, por más que se lo quiere acallar antes de tiempo, como en las sentencias estudiadas del Tribunal Federal, recurriendo a un supuesto saber acerca de valores absolutos.

En una tal situación histórica, la tarea de todos aquellos que se saben responsables del hombre y de su futuro es la de estar a la expectativa de la nueva especie de obligatoriedad. Y esto quiere decir que tampoco al legislador y al juez les está permitido aferrarse rígidamente a lo recibido por transmisión, sino que tienen que cooperar en la *búsqueda de los nuevos cánones*.

Sin embargo, surge otra vez una duda. Si primeramente hay que buscar las nuevas normas, si todavía no se han concretado ni se puede echar mano a ellas, ¿no caerá todo en la inseguridad? ¿Pueden fundarse en lo incierto la legislación y la administración de justicia? ¿No debe el juez administrar un Derecho unívoco, válido y obligatorio? Seguramente. Pero aquí puede hacerse una diferencia entre el juriscónsulto y el filósofo. Lo que a éste incumbe es, ante todo, la pregunta por lo que ha de venir. El juriscónsulto, por el contrario, en razón de la esencia de su función, debe antes que nada descubrir qué elementos, por así decir, de lo que se ha recibido por transmisión, se pueden incorporar al futuro como todavía válidos y poner, por lo tanto, como base de la práctica jurídica actual. Pero a ninguno de los dos, por haber acentuado uno de los momentos, le está permitido olvidar el otro. El filósofo no debe pasar por alto que a pesar de toda su dedicación a las nuevas especies de obligatoriedad, permanece siempre prisionero del pasado y que debe, en consecuencia, tomar posición respecto de éste. A pesar de la necesaria atadura a la tradición, al legislador y al juez no les está permitido convertirla en un absoluto, sino que deben prestar atención al cambio histórico del hombre y mantenerse, en consecuencia, abiertos ante lo que quiere salir a luz como nueva ética y, fundado sobre ella, como nuevo Derecho. Por eso, llegado el momento, deben también tener la *osadía de nuevas decisiones*, con la conciencia de que se trata de una osadía, pero también con la esperanza de estar con ello a la altura de la tarea que nuestra hora histórica impone. Si sucede esto, podría ser que *en la lucha fructífera*

del filósofo y del jurista se hicieran poco a poco visibles los contornos del Derecho futuro.

Sin embargo, ¿dónde está la garantía de que un proyecto tal, que se pierde en lo incierto, no cae en la arbitrariedad y en la mera subjetividad? ¿No es la búsqueda de lo nuevo y desconocido una cosa demasiado vaga como para abandonar por su causa la hermosa seguridad del que está en la supuesta posesión de normas absolutas? En efecto, el plano de la certeza incuestionable se abandona allí donde se toma en consideración la historicidad del hombre y la relación de éste con el futuro del que es responsable. Lo que nos fuerza a este abandono es la buena fe del pensamiento que se ha percatado de los límites del saber humano. Y sin embargo, *el hombre no está privado por ello de todas las posibilidades de certeza.* Así como en la vida del individuo puede ocurrir que éste se torne consciente del justo camino, cuando bajo el influjo de la máxima tensión de su responsabilidad obedece a la propia interioridad y atiende, al mismo tiempo, a los signos de su época, así también se da el mismo caso cuando toda una época se pone en camino para buscar una nueva ética y un nuevo Derecho. Sólo cuando los responsables dan de una vez riendas sueltas en sí mismos a la preocupación por lo futuro, cuando se deciden a liberar la vista de todo aquello que les perturba la mirada y que acaso se les haya convertido en una amada costumbre, y cuando tienen, por fin, la osadía de dar el paso que se les impone como correcto, sólo entonces es lícito tener la seguridad de que el futuro así proyectado no surge de la mera arbitrariedad, sino de una muy profunda *necesidad radicada en el destino del hombre.*

Esta seguridad no tiene, por cierto, el carácter de una certeza demostrable. Sin embargo, las grandes decisiones del hombre no nacen jamás de comprobaciones puramente neutrales, sino de la *certeza incierta de la conciencia* [moral] (*). Y a quien se confía a ella con el temor permanente de no dar con lo justo, quizás le sea lícito tener también la certeza de que en este punto no está abandonado a sus solas fuerzas, sino que es guiado por aquello que se puede sentir inmediatamente en las horas de reflexión y que el filósofo llama con veneración *lo Absoluto.*

(*) Juego de palabras y de conceptos intraducibles («... aus der ungewissen Gewissheit des Gewissens»), basada en la idéntica raíz de los vocablos alemanes con que se designa respectivamente a la conciencia moral y a la certeza. Cfr. también la nota ² del T. en la pág. [N. del T.]

¿Se ha superado con ello el escepticismo ético y jurídico? No, si se opina que sólo se lo puede vencer oponiéndole una verdad absoluta. Sí, si se tiene en cuenta la situación esencial del hombre y se ve que *la búsqueda permanente y responsable de lo valedero es la única manera como el hombre, en cuanto esencia finita, puede conducirse respecto de la verdad.*

WILHELM WEISCHEDEL