

# Universalidad e historicidad de las normas prácticas

Karl-Heinz Ilting

Si se observan los enormes esfuerzos que se realizaron en los últimos cinco siglos —primeramente en Europa, luego también fuera de Europa— para ampliar los límites del conocimiento y de la libertad de acción del hombre, entonces resulta claro que los esfuerzos en el campo del conocimiento de la naturaleza y del conocimiento técnico-práctico han sido mucho más exitosos que todos los intentos de obtener una intelección de las bases normativas de la convivencia humana. Ya Thomas Hobbes, el primero que intentó poner a la par de la Nueva Ciencia de la Naturaleza tal como la había esbozado Galileo, una Nueva Ciencia del Hombre, tenía conciencia de que a una empresa tal se opondrían los intereses de individuos y grupos privilegiados y poderosos. Ciertamente, en vastas partes del mundo habitado las condiciones de la convivencia humana han sido en el curso de los últimos siglos transformadas por medio de la reflexión acerca de sus fundamentos no menos que a través del conocimiento científico-natural y el progreso técnico; sin embargo, aún a fines de este siglo veinte hay que constatar que sobre derecho y justicia se habla muchas veces de tal manera como si esencialmente no hubiésemos superado la comprensión que tenían los filósofos griegos el siglo cuarto antes de Cristo.

Si bien los intereses de los poderosos pueden obstaculizar la difusión y la puesta en práctica del conocimiento sobre los fundamentos de la convivencia humana, no pueden hacer imposible este conocimiento mismo, ni impedir su difusión si éste estuviese disponible.

Si no hay un consenso universal acerca de los fundamentos normativos de una convivencia satisfactoria entre los hombres, tal como existe un consenso universal acerca de la aplicación técnica de conocimientos científico-naturales, entonces este hecho sólo puede explicarse debido a que nuestra intelección en este ámbito es aún insuficiente.

Puede ser que en una observación superficial la motivación para realizar esfuerzos en este campo sea menor —*Omnia praeclara tam difficilia quam rara sunt* (Espinosa)—; pero la deficiencia de este saber específicamente humano, que al mismo tiempo es también una deficiencia de nuestra humanidad, si se admite que el autoconocimiento pertenece a la esencia del hombre, permanecería incomprendible, si no tuviera su fundamento en una dificultad inmanente de la cosa misma de la que aquí se trata. Efectivamente, se puede llegar a concluir que todos los esfuerzos por una fundamentación de la idea del derecho y de la justicia, así como todos los intentos de lograr una intelección de las bases normativas de la convivencia humana tiene que desembocar en una aporía fundamental:

Normas prácticas son obligatorias solamente si se basan en principios que son universalmente válidos; a la idea de una obligatoriedad universal de normas prácticas parece oponerse, sin embargo, el hecho de que los sistemas normativos vigentes y eficientes en las diversas sociedades humanas no solamente son muchas veces incompatibles entre sí, sino, ante todo, deben considerarse también como el resultado de diferentes desarrollos sociales y económicos.

Especialmente en la filosofía del derecho y de la historia alemana —desde comienzos del siglo XIX— la oposición entre derecho natural, presuntamente anti-histórico, y la idea de la historicidad ha sido colocada en el centro de las discusiones.

Así se ha planteado continuamente en los dos últimos siglos —a pesar de los esfuerzos por lograr una fundamentación de la idea del derecho y de la justicia— la alternativa de otorgar la prioridad o a la idea de la universalidad o a la de la historicidad de las normas prácticas. Como, por otra parte, la idea de una obligatoriedad universal de normas prácticas parece estar sujeta a dificultades específicas de principio ha predominado en nuestro siglo finalmente la convicción de que todas las normas prácticas humanas en último término dependen de intereses cambiantes y están condicionadas históricamente, pese a que precisamente las catástrofes históricas de este siglo deberían haber sido motivo suficiente para examinar siempre de nuevo la consistencia de esta convicción.

Es mi propósito, esbozar aquí —en la medida que la brevedad lo permite— la fundamentación de una teoría sobre normas prácticas universalmente obligatorias, lo cual no solamente es compatible con la experiencia de que los sistemas normativos vigentes son orientados por intereses y condicionados históricamente, sino que muestra el lugar sistemático desde el cual puede comprenderse dicha experiencia.

Con este fin desarrollaré primeramente el problema que dicha teoría ha de resolver. En la segunda parte de mi exposición esbozaré esta teoría misma. Y en la tercera y última parte tratare de mostrar los que esta teoría es capaz de ofrecer para la interpretación normativa de las relaciones históricas.

I.

Si no hay normas universalmente obligatorias y, por consiguiente, racionalmente fundamentables en el orden de la convivencia humana, entonces todo está permitido. Esta no es una tesis que se podría negar razonablemente, sino un juicio analítico. Exhortaciones a abstenerse de determinadas acciones o a actuar de un determinado modo, o sea prohibiciones y preceptos, que pretenden, naturalmente, limitar el campo de las acciones posibles y crear de esta manera una esfera, son meramente pretensiones, no importa cuál sea su origen o en nombre de quién sean formuladas, mientras no sean legitimadas por medio de normas universalmente obligatorias y racionalmente fundamentadas. De acuerdo con las circunstancias uno se verá motivado a seguirlas o a no observarlas, según lo que a uno le parece conveniente. Esto de ninguna manera significa que el fundamento de legitimación de una exhortación, que no considera justificada, tenga que serlo racionalmente sino sólomente que se está convencido de su legitimidad.

Para la posibilidad de que una exhortación imponga obediencia es naturalmente suficiente que pueda presuponerse una tal fe en la legitimidad, la legitimidad de la exhortación misma, en cambio, no se asegura de ninguna manera por la mera fe en la legitimidad.

Estas relaciones son tan evidentes que uno no puede menos que asombrarse cuando científicos no las reconocen. Y ciertamente no es exagerado afirmar que hoy en día muchos sociólogos e incluso juristas parecen considerar la pregunta por las bases de legitimidad de los sistemas normativos vigentes como prescindible e incluso improcedente. Es significativo que Max Weber todavía destacara que habría que observar "muy estrictamente la distinción entre la forma de consideración jurídica y la sociología" y, por consiguiente, distinguir claramente si la pregunta es "qué rige idealmente como derecho" o si se pregunta "qué es lo que acontece fácticamente en una comunidad por el hecho de que existe la posibilidad de que los hombres que participan de las acciones comunitarias consideran como subjetivamente válidos determinados órdenes y actúan en la práctica según ellos, es decir, orientan su propio proceder según ellos" (*Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, Köln/Berlín 1964, p. 234). Pero ya Max Weber se inclina, no obstante, a dejar de lado la diferencia entre legitimidad y fe en la legitimidad. Así, por ejemplo, habla de su teoría de los tres tipos de dominio legítimo de legitimidad, en realidad, solamente en el sentido de "vigencia de legitimidad" y "fe en la legitimidad" (cfr. ib. id. 159 ss). Y Niklas Luhmann considera la concepción de que la legitimidad de un sistema jurídico no es otra cosa que "la convicción meramente difundida de modo fáctico de la vigencia del derecho" como la teoría generalmente reconocida (*Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied 1975 2, 27).

En la Sociología del Derecho y la Ciencia Política más reciente aquello que Max Weber aún denominaba "la forma de consideración sociológica" del dere-

cho, se ha convertido aparentemente en la única posición que desde el punto de vista científico se puede tomar en serio. Niklas Luhmann en su *Sociología del Derecho* va mucho más lejos al denominar la "habitual oposición entre lo fáctico y lo normativo" una "construcción conceptual fallida" que debería ser abandonada. Para él normas son nada más que "expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente" cuya pretensión de "vigencia incondicional" se reduce para él a que "la vigencia es experimentada como independiente del cumplimiento fáctico o del no-cumplimiento de la norma y así también es institucionalizada". (ib. id. Hamburgo 1972, I 54).

Ahora bien, es sin duda correcto que alguien que considera una norma incondicionalmente obligatoria no desistirá de esta convicción si otra persona transgrede esta norma; pero esta implicación naturalmente no revela lo más mínimo acerca de si la norma en cuestión debe ser considerada como universalmente obligatoria o no. Pero como para Luhmann legitimidad y vigencia normativa se han reducido a su función como factores estabilizadores del sistema, ya no es capaz de percibir la diferencia entre vigencia/validez normativa (obligatoriedad) y función estabilizadora del sistema.

Por lo tanto, su *Sociología del Derecho* obtiene —paradójicamente— "su propio acceso a la esfera normativa solamente mediante una ruptura con la forma de consideración ética de la vieja tradición europea" (ib. id. 119). De ahí que la violación de una norma significativa sea para él meramente un "comportamiento irregular"; la vigencia de legitimidad que se traduce en que existen normas obligatorias es que para él una "concepción presociológica". Tomando partido de un modo casi afectuoso por aquello que él llama neutralizándolo "comportamiento irregular", reprocha a la "forma de consideración ética de la vieja tradición europea" haber "negado al mal... en una parcialidad unilateral su propia normativa" (ib. id. 121), en tanto que "en principio no resulta difícil relacionar todo comportamiento con causas sociales o psíquicas sobre las que el que actúa no puede disponer" (id. 58).

La opción de Max Weber por una ciencia de la sociedad libre de juicios de valor que ya estaba impregnada de la no-creencia en la obligatoriedad de normas, se ha convertido de esta manera en una sociología reduccionista que precisamente eleva esta no-creencia al resultado de un conocimiento científico.

Que esto es un error es fácil de reconocer y demostrar.

Luhmann apoya su afirmación de que "el sentido del deber no es menos fáctico que el sentido del ser" con la indicación: "Fáctico es toda expectativa, su cumplimiento tanto como su no-cumplimiento" (id. 43). Ahora bien, aquél que está convencido de la vigencia o de la obligatoriedad de una norma, en situaciones a las cuales se refiere esta norma, dirige a los coparticipantes de la situación expectativas de comportamiento y el hecho de estas expectativas puede ser constatado por los no-participantes. También es cierto que el cumplimiento o no-cumplimiento de una tal expectativa de comportamiento es un hecho igualmente constatable por terceros. Pero es un error creer que la facticidad de una expectativa así constatable y su cumplimiento o no-cumplimiento, según el caso,

sea el "sentido del deber"; pues el sentido normativo de tal expectativa de comportamiento no radica precisamente en su facticidad, es decir en la facticidad de su manifestación, sino en la pretensión —justificada o no— de valorar un comportamiento fáctico según si ese comportamiento satisface esta expectativa o no.

Lo que Luhmann, en su reducción del deber a la facticidad de la expectativa y de su cumplimiento o no-cumplimiento, pasa por alto es justamente este deber mismo, a saber, el sentido intencional de un acto de expectativa.

Una teoría de la vigencia normativa debería partir de este sentido de actos intencionales si no quiere ignorar su objeto de un modo reduccionista, desde el comienzo.

Sólo entonces se harán visibles las dificultades que tiene que superar una tal teoría. Esto lo vio claramente Hans Kelsen desde la posición del positivismo jurídico en su, ya no sociológica, sino genuinamente jurídica apreciación.

En su crítica a Alf Ross y su teoría jurídica realista insistió, con razón, en "que la validez del derecho" no "es idéntica a su eficacia", porque "el fundamento de la validez de una norma sólo puede ser otra norma" (*Reine Rechtslehre*, Wien 1960 2, 215, 203). Pero esta convicción lo lleva meramente a reconocer que la validez objetiva de un orden jurídico positivo debe basarse en una norma básica "cuya validez objetiva ya no puede ser cuestionada" (id. 205). Por eso Kelsen considera el reconocimiento incuestionable de una tal norma básica en su ámbito de validez respectivo como el "presupuesto lógico-transcendental" del positivismo jurídico, —una expresión cuyo empleo aquí no tiene mayores pretensiones; porque quiere decir solamente que en una consideración jurídica la obligatoriedad de un orden jurídico-positivo debe presuponerse y que este presupuesto conduce en una reconstrucción racional al postulado de la validez de una norma básica, sin que esta validez tenga que ser fundamentada de nuevo racionalmente. El presupuesto de Kelsen de una norma básica es, desde el punto de vista del positivismo jurídico, puramente analítico; éste reza: "Hay que comportarse conforme a la constitución efectivamente vigente", por consiguiente, "ningún orden jurídico positivo puede ser considerado como no adecuado a su norma básica y, por ende, como no válido" (id. 219.224); tal presupuesto es por eso tautológico. Por eso la pureza de su "teoría pura del Derecho", se apoya en esta tautología. Su recurso de una norma básica habría sido lógico-transcendental, únicamente, si él hubiera podido fundamentar la obligatoriedad de una o de más normas en lugar de suponer absolutamente y desde el comienzo el positivismo jurídico; es decir si él hubiera podido mostrar bajo qué condiciones un orden jurídico ha de valer como obligatorio. Porque en este caso la norma básica sería, para hablar en términos de Kant, un juicio, no analítico, sino sintético a priori.

El meollo de la dificultad, ante la cual Kelsen capituló con su teoría de la norma básica, radica en lo siguiente: si todo deber ser es, en última instancia, objeto de una voluntad, entonces la norma básica también debe estar basada en una voluntad; pero si la validez de esta norma básica debe ser supuesta, entonces

lo que se supone es más que este "sentido subjetivo" de los actos humanos de volición, a saber: que estos actos tienen un "sentido objetivo" que garantiza la "validez objetiva" de la norma básica. La pregunta ante la cual se encuentra Kelsen es pues: cómo actos de volición subjetivos pueden tener un sentido "objetivo" que garantiza la validez. De ahí que la norma básica, según la formulación de Kelsen, a diferencia de las otras normas derivadas de ella, no es una norma sino más bien el enunciado de una norma (ib. id. 205). Como no se comprende cómo actos volitivos subjetivos pueden alcanzar el rango de validez objetiva, entonces Kelsen cree que tiene que basar la validez en un acto cognitivo que se articula como enunciado de una norma: "una ciencia positiva del derecho sólo puede constatar que esta norma es presupuesta" (ib. id. 206).

A pesar de no llegar a ningún resultado, este razonamiento encierra un importante planteamiento. Para verlo hay que librarlo de sus presupuestos jurídicos positivistas y reactualizarlo, replantearlo nuevamente: que hay interacciones normadas dentro y fuera del orden específicamente jurídico, cuya obligatoriedad no puede ser cuestionada razonablemente por los afectados. En el caso de un convenio, por ej, hay que suponer que ha tenido lugar una estipulación obligatoria para las partes, a la cual se deben atener si posteriormente cambia su sentido. Ciertamente, hasta qué punto se puede esperar de alguien que cumpla lo pactado, varía en cada caso y no es claro desde el comienzo; pero que un convenio (estipulación, acuerdo) limita la libertad de acción de las partes no puede ser puesto en duda por el hecho de que un convenio que no condujera obligatoriamente a nada podría no considerarse como un convenio. Puede darse una situación en la cual se llega a un convenio sólo aparentemente o en la cual se es víctima de un falso convenio.

En función de aquellos que se obligan por medio de un convenio se pueden distinguir claramente dos aspectos diferentes: cada uno de ellos tratará de realizar fines propios y comunes (intereses propios y comunes); la misma institución del convenio que ambos reconocen como presupuesto, es, con respecto a sus fines objetivos e intenciones, algo "objetivo", (para emplear aquí esta expresión de Kelsen) que pretende validez y cuya validez debe ser reconocida sucesivamente si se llega a un convenio.

En este caso el acto de voluntad subjetivo presupone, con ello, la validez "objetiva" de derechos y deberes estatuidos por él mismo anteriormente a todos los otros. Que se deben cumplir tales deberes es, en este caso, algo pretendido por ambas partes desde el comienzo; es, por consiguiente (para usar una vez más la terminología de Kelsen) un "presupuesto lógico-trascendental" de aquellos que llegan a un convenio mutuo: ellos, como seres con voluntad que persiguen sus fines e intenciones subjetivas, han querido, desde el comienzo, que lo convenido los obligue mutuamente y los autorice. Puesto que la validez "objetiva" del convenio no puede ser derivado de la voluntad subjetiva de los individuos que persiguen sus fines e intenciones propios y comunes, la constatación de que un acuerdo es obligatorio para la voluntad subjetiva de las partes encierra un juicio sintético a priori. Por lo tanto, la misma no se basa de modo

alguno en una tautología a diferencia del postulado de Kelsen de una norma básica del positivismo jurídico.

La pregunta por las condiciones trascendentales de la posibilidad de un convenio, en tanto pregunta por las condiciones de su validez "objetiva", conduce al concepto de un deber que no es objeto de un querer subjetivo o arbitrario, sino que más bien tiene que estar presupuesto y ser pretendido a priori. De ahí que un convenio no está analizado exhaustivamente si se lo describe meramente como lo común por dos individuos. En este sentido no sería más que una voluntad fáctica común mediante la cual no se origina ningún tipo de derechos y obligaciones, y no tendría carácter obligatorio. Sólo cuando las partes dan por supuesto de antemano y reconocen que su voluntad declarada origina derechos, que se pueden hacer valer en lo sucesivo, independientemente de su querer variable, subjetivo y arbitrario, es posible un convenio. Generalizando se puede decir que sólo mediante el reconocimiento de las condiciones del actuar responsable o imputable pueden originarse derechos y obligaciones. Ahora bien, si se denomina "persona" a aquél que reconoce estas condiciones y, por consiguiente, quiere ser considerado como alguien que actúa de modo responsable e imputable, entonces se puede tomar como la norma básica de todas las relaciones humanas ordenadas normativamente la frase de Hegel: "Sé una persona y respeta a los otros como personas" (Fil. del Derecho 36). Que esta norma básica es reconocida, puede y debe darse por supuesto allí donde existen relaciones normativamente ordenadas entre hombres.

## II.

Con este análisis de las condiciones trascendentales de la convivencia normativamente ordenada hemos logrado, a mi parecer, un punto de partida para la fundamentación de normas universalmente obligatorias que, por un lado, no cae en el error categorial de una reducción sociológico-jurídica a lo fáctico o en la tautología de una simplificación del problema del positivismo del derecho, y que, por el otro lado, es capaz de tomar en consideración la diversidad e historicidad de sistemas normativos vigentes. Porque a partir de este planteamiento se vuelve comprensible que, y bajo qué condiciones, p. ej., un convenio es obligatorio para las partes intervinientes; pero nada está decidido de antemano, o sea a priori, acerca de en qué circunstancias y en qué medida un convenio es obligatorio o su ejecución puede y debe ser impuesta. Por el contrario, es metódicamente ilícito presuponer, en un teoría general de normas universalmente obligatorias, que están dadas determinadas condiciones sociales en las que el cumplimiento de un convenio es razonable y por lo tanto debe ser exigido y forzado y que además puede ser forzado. Muchas menos indicaciones contiene una teoría de normas universalmente obligatorias en cuanto a qué grado de obligatoriedad podía y debería suponerse en un determinado convenio de acuerdo con las circunstancias. Conocimientos históricos, sociológicos y jurídi-

co-positivos son, a veces, insoslayables para responder a estas o similares preguntas; pero sin una teoría de normas universalmente obligatorias no hay forma alguna de fundamentar o criticar pretensiones normativas.

Sin embargo, con ello no se ha logrado hasta aquí más que el punto de partida. Pues la norma básica de esta teoría dice únicamente que los individuos deben actuar de modo responsable e imputable, es decir, concederse mutuamente derechos y asumir las obligaciones correspondientes; pero no dice nada en absoluto acerca de cómo deberían estar distribuidos los derechos y obligaciones. En un convenio, una promesa o un contrato se constituyen derechos y obligaciones específicas por el mutuo acuerdo mismo, pero sólo para las partes intervinientes en cada caso. La condición de posibilidad de una distribución general de derechos y obligaciones es, por lo tanto, una norma básica en la que la obligatoriedad puede ser reclamada, no sólo debido a un convenio explícitamente establecido o implícitamente reconocido. Esta condición la cumple evidentemente sólo una norma que adjudica a todos los individuos que actúan de modo responsable e imputable iguales derechos y obligaciones. Porque toda norma que privilegia a uno, obliga a los demás destinatarios de la norma en mayor medida; pero no se entiende por qué éstos deberían asumir, por principio, deberes que no correspondan a derechos respectivos suyos, es decir que les corresponden a ellos mismos.

Como toda restricción normativa de la libertad de acción exige de los afectados una renuncia a la libertad, es generalmente aceptable sólo una norma básica que otorga a todos los destinatarios de la norma iguales derechos y obligaciones. Naturalmente, que esta norma básica sea reconocida por todos los que desean convivir en relaciones ordenadas normativamente no puede darse por supuesto.

Pero como ella es la condición de posibilidad de normas universalmente obligatorias para la convivencia humana, el postulado de que debiera ser reconocido universalmente tiene un fundamento racional. Por lo tanto, toda norma vigente y considerada o presentada como obligatoria que es incompatible con esta pretensión de igualdad de derechos, en principio, de todos los que actúan de modo responsable e imputable, puede ser rechazada como, en última instancia, no obligatoria.

Naturalmente, derechos y obligaciones concretas se constituyen mediante esta segunda norma básica tan poco como por aquella primera; su función normativa reside más bien en que permite, por un lado, criticar pretensiones normativas y en que, por otro lado, ha de ser presupuesta en la normación de derechos y obligaciones concretas. Un indicio de cómo podría fundamentarse una distribución universalmente válida de derechos y obligaciones concretas, no se desprende de modo directo del mandato de actuar responsablemente y del postulado de la igualdad de derechos, por principio, para todos. Por el contrario, se podría incluso dudar —basándose en estas dos normas básicas y en los presupuestos encerrados en ella— de que una tal norma básica —material— pueda realmente fundamentarse racionalmente. En esta dirección apuntan

como es sabido, las reflexiones de Hans Welzel.

Porque el actuar responsable y la igualdad de derechos se apoyan en la suposición de que todos los individuos humanos capaces de ello son, en principio, libres, es decir, que tienen el derecho de ocuparse de sus intereses arbitrarios a su gusto en la medida que su libertad de acción no es restringida por normas universalmente obligatorias; pero esta meta-norma sería contradictoria, si para que una norma sea obligatoria no fuera necesario su libre reconocimiento por todo destinatario potencial de la norma.

Por este motivo ya hubo que formular el precepto de actuar responsablemente y el postulado de la igualdad de derechos como proposiciones de deber que requieren una aceptación o aprobación. De ahí que una norma básica material que sea universalmente válida solo es posible si se puede suponer un consenso general acerca de los derechos que cada uno de los que actúan responsablemente reclama para sí y, por consiguiente, debe estar dispuesto a conceder a todos los demás. Es dudoso que esta condición se pueda cumplir, ya que la variabilidad de intereses arbitrarios y de supuestas necesidades es aparentemente ilimitada. Teorías de las ciencias empíricas del comportamiento son, a mi entender, poco apropiadas para llenar este vacío en la construcción de un sistema normativo. Pero se puede suponer ciertamente que el mismo interés que guía el reconocimiento de las condiciones de una convivencia ordenada normativamente, puede ser utilizado también para la limitación de derechos y obligaciones materiales. Este interés incluye manifiestamente el interés por la autoconservación y por la aseguración de las condiciones de vida: Si ni siquiera pudiésemos suponer que otros están interesados en la autoconservación y en asegurar la subsistencia así como en todo lo necesario para ello, entonces tampoco tendríamos un fundamento para suponer que están dispuestos a o en condiciones de actuar, responsablemente bajo las condiciones de igualdad de derechos. Es por eso por lo que, como norma básica material universalmente válida, que debe ser reconocida por todos los que están interesados en relaciones humanas ordenadas normativamente, ha de considerarse la prohibición de afectar el derecho de otros a la autoconservación y la aseguración de la subsistencia.

Naturalmente, esta norma básica material es en sumo grado susceptible y necesitada de una interpretación: No es de ninguna manera evidente "en-sí" hasta dónde alcanza el derecho de autoconservación y aseguración de la subsistencia. Relativamente poco problemático se presenta el derecho a la autoconservación por cuanto no puede ser limitado a la conservación de la existencia física, sino debe y puede ser extendido a la preservación de la integridad corporal; pero ello puede darse sin que se lesionen por ello derechos elementales de otros. Más problemático es, en cambio, el derecho a la aseguración de la subsistencia, porque el mismo abarca también los cuidados de la existencia y se convierte de esta manera en el fundamento del derecho a la propiedad; porque por la pretensión de disponer con exclusividad sobre una cosa todos los demás indivi-

duos o grupos se ven obligados a abstenerse de cualquier intento de tomar posesión de esta cosa.

Como no se puede suponer una disposición general a ello y que un individuo puede obligar a otros unilateralmente, verdad es que del derecho a asegurar la subsistencia se puede deducir un derecho general de propiedad, pero no un derecho de propiedad concreto. Quizá sea ésta la razón por la cual Kant, que vió este problema muy claramente, sostiene que derechos de propiedad son en el estado pre- o para- estatal, solamente derechos provisorios; pero aparentemente no vio con la misma claridad como p. ej. Hobbes y Rousseau que también en la organización estatal los derechos de propiedad pueden ser no-intocables.

Incluso la apropiación de una cosa sin dueño o el derecho de la primera posesión no son, en el marco de una teoría de normas universalmente obligatorias, títulos de derecho impugnables, puesto que privilegian a los primeramente llegados y perjudican a los que nacieron más tarde; por lo tanto, pueden ser considerados sólo como reglas pragmáticas para establecer seguridad jurídica. Es verdad que un cierto período de posesión no impugnan y, en especial, un trabajo realizado en algún campo puede apoyar y reforzar la pretensión de disposición exclusiva sobre una cosa, por cuanto sólo así se pueden lograr realizaciones culturales; pero no pueden eliminar completamente el carácter pragmático del principio "beati possidentes".

Con lo dicho habrán quedado manifiestos los límites de una teoría de normas universalmente obligatorias, pero con ello también las funciones que corresponden a convenios y contratos para establecer relaciones satisfactorias, ordenadas normativamente entre hombres que actúan responsablemente.

Ya que convenios y contratos sólo obligan a las partes intervinientes en cada caso y no afectan de modo inmediato derechos de terceros, pueden y deben asumir, en el marco de una teoría de normas universalmente obligatorias, la función de reglar las relaciones normativas entre individuos y grupos así como entre individuos dentro de grupos. De esta manera no sólo son limitados los derechos y obligaciones concretos entre las partes respectivas, sino que se define también los grados de obligatoriedad de convenios y su aplicabilidad a situaciones normales presupuestas en cada caso. Naturalmente, esto no se realiza, por lo general, en la forma de convenios explícitos o aún de contratos, sino en un entendimiento no verbalizado o mediante el establecimiento de un consenso tácitamente presupuesto, de modo que la interpretación siempre se vuelve controvertida cuando el consenso original se pierde; pero ello no invalida en absoluto la obligatoriedad de tales convenios. Por el contrario la disposición al establecimiento de relaciones normativas ordenadas de modo satisfactorio debe ser reclamada universalmente; este postulado es, por ello, otra norma básica — formal — universalmente obligatoria.

La configuración normativa de las relaciones entre hombres es ciertamente un elemento importante en el proceso evolutivo de la socialización humana, pero no es, naturalmente, ni el único motivo ni mucho menos el decisivo. Como este proceso es generado y determinado por una multiplicidad de necesidades e

intereses, incluso por aquellos que el mismo proceso despierta y origina, encontramos en la observación histórica o etnológica siempre formas de convivencia humana ya ordenadas en gran parte por normas concretas; formas que representan por un lado el marco para la ampliación de tales normas en situaciones típicas y que, por otro lado, distan de poder pretender un reconocimiento general y, con ello, obligatoriedad o validez.

Sólo sobre el fundamento de un tal consenso tácitamente presupuesto y de las condiciones de vida correspondientes son posibles formas de interacción y cooperación, sin la cual una convivencia ordenada satisfactoriamente no es imaginable.

Una forma típica de interacción y cooperación es, p. ej., la información mutua en tanto que permite utilizar experiencias de otros u obtener ventajas mediante el engaño de otros. De ahí que se puede considerar una norma universalmente válida la prohibición de perjudicar al otro por medio de información falsa, aún cuando no es posible determinar de modo general en qué situaciones típicas debe aplicarse esta prohibición *prima facie*.

Pero sí se puede considerar el precepto de cooperar en una medida razonable para lograr condiciones en las que tales formas de cooperación, como la recíproca información verídica, sean inofensivas, como una norma básica —formal— universalmente válida.

El establecimiento de relaciones normativas ordenadas satisfactoriamente, por medio de la formación de un consenso y de convenios y el establecimiento de condiciones en las cuales la observancia de normas universalmente obligatorias es razonable y su aplicación por terceros es justificada, no son lo mismo.

En un caso se trata de la configuración y concreción de relaciones normativas; y en el otro, por el contrario, de las condiciones de vida en su totalidad. Pero en ambos casos se trata primeramente de preceptos y esto significa que, quien no obedece estos preceptos no lesiona, con ello, de forma inmediata los derechos de otros; más bien se cierra a sí mismo posibilidades de cooperación generalmente deseadas.

De aquí que estos dos preceptos universalmente obligatorios obligan, solamente en una medida razonable, a una disposición básica, pero no a abstenerse de determinadas acciones o formas de actuar en una situación dada.

Muy claramente se ve en el caso de una cooperación especialmente pretenciosa, como la de asistencia directa: para lograr relaciones y condiciones de vida normativa y ordenadas satisfactoriamente puede, ciertamente, en general, exigirse ayuda a otros, por lo menos en la realización de derechos generalmente concedidos, o sea, derecho de autoconservación y aseguración de la subsistencia.

Pero si se pretendiese considerar esta exigencia como universalmente obligatoria, sin reserva, entonces se anulará el derecho fundamental de autoconservación y aseguración de la subsistencia de cada uno.

Con ello surge una segunda forma de configuración normativa de las relaciones humanas: mientras que primero se trataba sólo de asegurar el orden

normativo de la convivencia sobre la base de la libertad y la igualdad, con el precepto de la disposición para la cooperación y la asistencia mutua se exige una autolimitación de la libertad allí donde el rehusarla no lesiona derechos de los demás.

Por eso la base de fundamentación para un precepto tal ya no puede ser el derecho de alguien a una esfera de libertad; más bien radica en el presupuesto de que individuos libres deberían asistir a la creación de relaciones humanas ordenadas satisfactoriamente, por lo menos, en la efectivización de sus derechos de libertad elementales. Mientras que las normas fundamentales universalmente obligatorias se apoyan en el postulado de la libertad, el precepto de cooperación — que va mucho más allá — presupone el postulado de la solidaridad humana.

Como ningún ser humano puede existir sin la solidaridad de sus semejantes, el reconocimiento de este segundo postulado también puede ser, en principio, presupuesto como universalmente válido en una reconstrucción teórica de relaciones normativas. Pero como ya lo indica la aplicación de la expresión "en principio", con ello no se determina en lo más mínimo el ámbito ni la aplicación de esta obligatoriedad; puesto que en este caso sólo se puede reclamar la disposición a actos de solidaridad humana y como la de decisión acerca de la actualización de esta disposición en una situación dada debe quedar librada a cada uno, con respecto a las deducciones concretas que se derivan del postulado de la solidaridad, hay de antemano mucho menos de determinado que en el postulado de la libertad. Esto no significa de ningún modo, que este postulado deba permanecer sin contenido. Al igual que en el postulado de la libertad, su fuerza normativa se manifiesta aquí más claramente que nunca cuando es lesionada. Así se pone de manifiesto que no se trata aquí de un ideal o de un "valor", que, simplemente se pueda poner junto al "valor" higiene, por ej, (cfr. Luhmann).

Libertad y solidaridad son dos postulados que se complementan mutuamente y pueden ser tomados como base de sistemas normativos, pero de ningún modo como los únicos.

Lamentablemente en el marco de esta exposición no es posible mostrar en detalle cómo el derecho a la propia dignidad se convierte, en el trato con los demás, en la base de la formación de otro sistema normativo que, básicamente, ha de considerarse, al igual que los dos hasta aquí desarrollados, como universalmente obligatorio, al menos, con sus normas fundamentales.

Se lo puede designar como el sistema de la cortesía y del respeto mutuo. En qué formas externas uno manifiesta al otro estima y respeto y reconoce el derecho de otro a la propia dignidad, esto varía, por supuesto enormemente de una cultura a otra y de una sociedad a otra. Pero ya las formas fundamentales muestran una constancia e invariabilidad a veces sorprendentes. Probablemente ninguna sociedad humana puede subsistir sin ninguna norma de trato respetuoso. Diferentes, pero no por eso dejan de estar relacionadas con esto, son las normas de urbanidad. Ya sean normas relativas a lo que corresponde al respectivo status de cada uno, ya sea, también respecto de aquello que se considera

como indebido.

Se puede basar este sistema normativo en el postulado de la dignidad colectiva y de la representación o autorepresentación sociales y, luego, delimitarlo, nuevamente, del sistema del tacto y de la consideración respetuosa, como intentó hacerlo Rudolf von Ihering (aunque en mi opinión, insuficientemente).

A otro ámbito de las relaciones humanas nos llevan, por ej., sistemas normativos religiosos y preceptos —tabús y otros sistemas—.

Todos estos sistemas diferentes en una reconstrucción racional no son, de ningún modo, claramente diferenciables en una sociedad y su diferenciación es un indicador importante del grado de desarrollo de una sociedad. Así, por ej., se forma el sistema de normas específicamente jurídicas también, sólo paulatinamente, como un complejo claramente distinguible a diferencia de lo que por ej., en una teoría de la Ética aparece como el sistema de normas de la moral. En estrecha relación con ello ha de considerarse el surgimiento de una organización de la sociedad estatal o cuasiestatal. Aquí habría que mostrar en detalle cómo los problemas de un derecho público que aquí aparecen podrían ser solucionados, esencialmente, con ayuda de los mismos principios que fueron desarrollados, por lo menos indicativamente, sobre la base del postulado de la libertad.

### III.

Si se examina retrospectivamente este intento de una reconstrucción genética de sistemas normativos que pretenden y pueden pretender obligatoriedad universal, entonces se ve que este intento deja un amplio espacio a la multiplicidad de normaciones concretas de vida social, en diferentes culturas y épocas, sin cuestionar para nada la idea de obligatoriedad universal. Más bien se ha puesto de manifiesto que, al realizar un cuidadoso análisis de los fenómenos y de los problemas de que ellos surgen, siempre se llega a un punto en el cual la configuración normativa de relaciones humanas, en función del estado de desarrollo respectivo, necesita de concreciones que, de ninguna manera, pueden ser deducidas apriorísticamente. Las condiciones fácticas en una sociedad deben además, ser de tal manera que, en casos particulares, las normas reconocidas en sí deben ser aplicables, y su observancia, por parte de cada uno de los miembros de la sociedad, debe poder ser exigible.

Hablar de una oposición entre la pretensión de obligatoriedad universal de sistemas normativos y la historicidad de la vida social, tal como era casi la regla en el historicismo alemán de las ciencias del espíritu desde comienzos del siglo XIX es, ya por esta razón, desatinado.

Sin embargo, frente a este planteamiento, tal como ha sido expuesto aquí, se podría oponer una objeción que se apoya en un argumento fundamental de este mismo intento de reconstrucción.

La validez de una norma presupone, por principio, el reconocimiento de la misma por los respectivos destinatarios de esa norma.

Ahora bien, se ha insistido más de una vez, en que un sistema diferenciado de sistemas de normas específicas y una conciencia de su obligatoriedad respectiva se ha desarrollado sólo paulatinamente en el curso de la socialización humana. De lo cual parece derivarse que, normas universalmente obligatorias sólo pueden pretender validez frente a los destinatarios de dichas normas que han alcanzado la conciencia de su obligatoriedad universal, pero no frente a aquellos que aún no han alcanzado ese grado de desarrollo. Vista así las cosas, normas universalmente obligatorias no serían universales.

Por lo demás, esta constatación parece corresponder, también, a suposiciones generales de nuestro pensamiento histórico: sacrificios humanos o esclavitud parecen ser incompatibles con la idea de la libertad humana y, con ello, condenables; pero parece desatinado hacer reproches de este tipo a los coetáneos de otra época cultural.

Esta objeción es, en mi opinión, totalmente justificada y, la protesta historicista contra el pensamiento ahistórico de la época de la Ilustración partió exactamente de esta reflexión. De ahí que yo esté lejos de oponerme a éste; pero quiero hacer notar que con ello no caduca la concepción de normas universalmente válidas; y no haber visto esto es un reproche que hay que hacerle al relativismo histórico. Se puede aclarar esto mediante el ejemplo que Benjamín Constant adujo contra Kant: de la exigencia de entregar a un inocente a un tirano.

Me parece claro que en una determinada situación tal, existe el derecho de mentir por amor al hombre y no porque no estuviese prohibido mentir a otros, sino porque esta prohibición no puede ser aplicada razonablemente a una situación tal.

O sea, normas universalmente obligatorias no son aplicables en cualquier situación, sin que esto no anule su obligatoriedad. Y análogamente, aunque no del mismo modo, hay que insistir que, sacrificios humanos o esclavitud —para permanecer en estos ejemplos— son, de hecho, condenables, porque lesionan el postulado de libertad humana. Pero esto no significa que esta posición pudiese ser igualmente relativista tal como son superadas las representaciones normativas de una época cultural pasada. Más bien estamos autorizados a hacer de nuestros más diferenciados conocimientos de las condiciones normativas de una convivencia satisfactoriamente ordenada, el parámetro de nuestro juicio acerca de culturas y épocas, sin olvidar que estos conocimientos no estaban a disposición de los miembros de culturas extrañas. Se trata, en definitiva, de nuestra propia autocomprensión histórica cuando nos aseguramos de la universalidad de la idea de libertad humana. La comprensión de los fundamentos de la obligatoriedad universal de sistemas normativos abre la perspectiva y el logro de condiciones satisfactoriamente ordenadas y se manifiesta aún como una gran tarea por hacer.