

SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA*

Günther Jakobs
Universidad de Bonn

I. Concepto de obligación

Siguiendo la costumbre de los juristas, comenzaré con un ejemplo imaginario¹: dos seres humanos, que no han tenido contacto con anterioridad de manera directa o de un modo mediato determinable, se encuentran casualmente en un lugar solitario, no sometido al dominio de nadie, por ejemplo, en alta mar. Constatan que disponen de objetos susceptibles de intercambio y acuerdan una permuta, por ejemplo, de oro a cambio de instrumentos náuticos. Una vez ejecutado el negocio, *uno* de los seres humanos comprueba que el otro no dispone de armas. Inmediatamente, le quita al otro lo entregado con un gesto mostrando su armamento, y se aleja con el oro y los instrumentos náuticos. ¿Sucede esto en contra de una obligación existente, o, como también se dirá en lo que sigue, en contra de un deber existente?

Para poder contestar esta pregunta, aquí se comenzará con algunas consideraciones acerca de qué es lo que ha de entenderse por obligación o deber. La obligación aquí no es entendida como la coacción a la que está expuesto un individuo que en una determinada situación debe hacer algo para maximizar su satisfacción o minimizar su insatisfacción. Diciéndolo con ejemplos, ni la tormenta crea la obligación de abrir el paraguas, ni —en uno de los casos más famosos de la filosofía social²— ni la pistola del ladrón la

* Traducción del texto «Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit» (manuscrito) de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ De modo similar G. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925, p. 39; sobre ello RÖHL, en: KAULBACH *et al.* (ed.), *Recht und Gesellschaft* (Festschrift für Schelsky), 1968, pp. 435 y ss., 459 con nota 60, con ulteriores referencias.

² AUGUSTINUS, *De Civitate Dei*, libro IV, 4; HUME, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, traducción de LIPPS, libro III, *Über Moral*, 1906 (reimpresión 1978 con el libro II), pp. 273 y s.; ROUSSEAU, *Vom Gesellschaftsvertrag*, en: FONTIUS (ed.), *Kulturkritische und politische Schriften in zwei Bänden*, tomo 1, s.f., pp. 381 y ss., libro I, 3; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, 1960, pp. 45 y ss.; también SPINOZA, *Tractatus Theologicus-Politicus*, ed. a cargo de GAWLICK, 1979, p. 475.

obligación de entregar cosas de valor. En correspondencia, por mencionar otro ejemplo, la amenaza de los gobernantes de la antigua República Democrática Alemana de disparar sobre quienes huyesen del país no creó *per se* una obligación de permanecer en su territorio. Obtener una conducta por *coacción* y poder vincular mediante *obligación* a realizar un comportamiento son dos cosas distintas.

Por el contrario, aquí se hablará de obligación cuando se espera de una persona un determinado comportamiento sin que se tenga en cuenta la constitución del individuo, dicho de otro modo, cuando la ordenación de la conducta no es descrita en función del esquema satisfacción/insatisfacción (o conforme a un esquema subordinado a éste, como estímulo muscular/inacción), sino de acuerdo con un esquema distinto, un esquema de deber, que si bien no contradice necesariamente en todo caso el esquema satisfacción/insatisfacción, sí lo hace ciertamente en supuestos individuales. Desde la perspectiva del esquema de deber, la pregunta que entonces se impone, acerca de cómo siquiera podrá producirse un comportamiento de determinada configuración sin encontrar una condición suficiente en el esquema satisfacción/insatisfacción, es contestada afirmando que es asunto de la persona misma procurarse las condiciones de esa configuración; cuando la persona no logra una acción debida o ejecuta una acción no debida, ello le es imputado como defecto. Dicho con un ejemplo: cuando se discute si resulta aconsejable que un científico, después de un experimento fracasado, opte sencillamente por falsear los datos, por un lado, puede analizarse la situación de motivación del científico, en particular, determinar si no sucede que el daño que se produciría en caso de descubrirse el falseamiento resultaría tan masivo que en términos de balance no puede alcanzarse una ventaja. Por otro lado, sin embargo, también se puede argumentar que aunque todo parezca ser propicio para el falseamiento, un científico debe omitirlo; pues éste queda definido por el intento de comunicar algo cierto, o al menos plausible, en todo caso, por no mentir, mientras que no forma parte de su figura la maximización de bienes de fortuna. Esta segunda valoración de la situación, que parte del rol de un científico, se fundamenta en una obligación del científico, precisamente, en la configuración de su rol, que no tiene en cuenta los intereses individuales.

También ha de limitarse este ámbito restante de orden normativo en sentido estricto: en lo que sigue, quedan aquí excluidos todos los deberes religiosos. Por ejemplo, que los dos permutantes en el ejemplo mencionado al principio puedan estar obligados a la fraternidad en cuanto criaturas de *un* creador queda fuera de consideración. Además, tampoco se tendrán en cuenta las configuraciones secularizadas de tales deberes religiosos, es decir, los deberes contra uno mismo; en lugar de ofrecer una fundamentación,

queda hecha una remisión, en esta medida, a *Schopenhauer*³. Por lo tanto, en lo que sigue únicamente se tratarán los deberes de una persona frente a otra, debiéndose representar los intervinientes como no constituidos religiosamente; a efectos de delimitación, puede hablarse de deberes sociales.

II. El contrato como fuente

Deber social es la denominación para la relación entre un obligado y un derechohabiente. En esta relación, no es necesario que el titular sea el favorecido; así, puede suceder que alguien tenga frente a otro el deber de favorecer a un tercero, por ejemplo, un súbdito frente a un señor el deber de favorecer a otro súbdito. Sin embargo, en el ejemplo mencionado al principio no hay ningún tercero, de modo que cabe concretar la cuestión a resolver en los siguientes términos: ¿tiene *uno* un deber específico frente al *otro* de dejarle la cosa que le ha dado en permuta, es decir, de respetarle como propietario? Dicho de otro modo, ha de poder mostrarse un orden en cuanto orden determinante mediante el cual el *otro* sea definido como propietario y *uno* como sujeto que respeta esto. Parece sencillo mostrar tal orden: tanto el *uno* como el *otro* han querido la permuta y la han ejecutado, es decir, han elegido un orden en el que cada uno de ellos ha de quedar como propietario de la cosa obtenida en la permuta y perder la propiedad de la cosa entregada.

Esta constatación, que a primera vista parece clara como la luz del día, sin embargo, entra en penumbra –al principio, leve, y, después, más intensa– en cuanto se formula claramente que la *voluntad* de los permutantes es un hecho psíquico, que, precisamente, al ser un hecho, viene y va, y que una vez que se ha ido, como sucede en el caso de *uno* de los seres humanos, después de que descubriera que el *otro* estaba desarmado, ya no puede tener efecto alguno.

Sin embargo, el argumento de que lo que sucede es que la voluntad de permutar habría finalizado podría quedar neutralizado precisamente por la conclusión de la permuta: pues la permuta consistía precisamente en sustituir la indeterminación de la voluntad futura por la determinación de una atribución de los objetos, dicho de otro modo, se pretendía que únicamente fuera determinante la distribución de los bienes acordada en la permuta, y no lo que se quisiera en el futuro. Pero tan indudable como resulta que éste es el contenido de la permuta, tan dudoso es por qué vincula ese contenido en una permuta llevada a cabo bajo las condiciones descritas.

³ *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, en: VON LÖHNEYSSEN (ed.), *Sämtliche Werke*, tomo III, 1962, pp. 483 y ss., 652 y ss., 783; sobre la filosofía moral como moral «teológica disfrazada» en los deberes contra uno mismo: p. 691.

Si se busca una razón de la obligación, el deber, parece ofrecerse en primer lugar como criterio determinante la autorrepresentación de los intervinientes, especialmente de *uno* de ellos, que no quiere ser coherente: él mismo se ha comportado como permutante, y por lo tanto debe quedar vinculado a ello. Este camino, sin embargo, no conduce a la meta; pues ese *uno* de ningún modo negará haberse comportado de ese modo, pero sí que ese episodio del pasado le ataña en algo. «... la voluntad vinculante es la voluntad de ayer»⁴. El resultado de esta perspectiva del individuo hacia la sociedad (formulado con claridad por primera vez por *Hume*⁵) se corresponde con el de una perspectiva de la sociedad hacia el individuo: *Durkheim* fue el primero en elaborar con toda claridad los presupuestos no contractuales, sino institucionales del contrato, llegando a la conclusión de que «el contrato no se basta por sí mismo; tan sólo es posible gracias a una reglamentación del contrato que es de origen social. El contrato presupone tal reglamentación, puesto que tiene mucho más la función de aplicar reglas generales, fijadas con anterioridad, a casos individuales, que la de crear reglas nuevas.»⁶

Si existiera un deber *a priori* de procurarse un *curriculum vitae* coherente, el *uno* estaría vinculado, pero ¿de dónde ha de tomarse ese deber? ¿Que ninguna sociedad puede vivir sin él?⁷ Bien, pero el sujeto despojado, aislado, no constituye una sociedad. Ciertamente, el *uno* ha afirmado con la permuta antes realizada una institución social, una institución que no ordena nada, es decir, que no es tal institución si puede verse seguida inmediatamente del robo; por lo tanto, la permuta y el robo se encuentran en dos mundos distintos, la primera en un mundo social, el segundo en el mundo del individuo aislado que roba. Quien lleva a cabo una permuta, afirma un mundo social. Pero en el ejemplo, este mundo social sólo existe porque ambos intervinientes en la permuta lo esbozan mediante el acto de permuta. Que este mundo permanezca como real o sólo sea capricho de un momento no queda determinado sólo con ese esbozo; pues el *otro* se encuentra so-

⁴ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª edición, a cargo de E. WOLF, 1956, p. 245. – Exhaustivamente sobre la diferencia entre voluntad individual de vincularse y vinculación JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 14 y ss., 20 y s. y *passim*.

⁵ Cfr. al respecto *infra* texto correspondiente a la nota 8.

⁶ *Über soziale Arbeitsteilung*, 1988, pp. 256 y ss., 272; vid. también p. 450 y *passim*; IDEM, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1991, pp. 237 y ss., 245: “El contrato es ... una fuente de variaciones que presupone un fondo jurídico básico que tiene un origen distinto”. Exhaustivamente al respecto RÖHL (nota 1), pp. 45 y ss.; además KÖNIG, en: KÄSLER (ed.), *Klassiker des soziologischen Denkens*, tomo 1, *Von Comte bis Durkheim*, 1976, pp. 312 y ss., 323; GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, pp. 329 y ss.; KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 39 y ss.

⁷ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, tomo I, 1972, pp. 74 y s.

lo con la defraudación que le produce el *uno* mediante el robo: esta defraudación ni siquiera es ya un suceso social, sino tan sólo sufrimiento individual. Dicho de otro modo: ninguna socialidad se compone de sólo dos personas; pues entonces, la desvinculación de una de las personas ya no puede ser concebida comunicativamente como defecto.

Sin embargo, también en un caso menos drástico que el configurado al principio, es decir, también en caso de intervenir más de dos individuos, la promesa de permuta en el plano de los individuos es tan sólo un hecho que debe tenerse en cuenta por inteligencia práctica, y no genera una vinculación, puesto que el individuo no conoce la vinculación, sino sólo el esquema de satisfacción e insatisfacción. Correspondientemente, dice *Hume* que nos resulta «tan imposible modificar por nosotros mismos nuestros sentimientos como los movimientos del cielo». Y resume: «una promesa *por naturaleza* es un completo sinsentido»⁸. Y del mismo modo argumentó ya *Spinoza*⁹: «...cualquier contrato sólo es válido en virtud de su utilidad ... Si ésta desaparece, también decae el contrato y pierde su validez. Por ello, es estúpido exigir de otro fidelidad eterna si no se procura al mismo tiempo que el quebrantamiento del contrato a concluir le produzca más daño que beneficio».

Partiendo de esta situación, tampoco los argumentos utilitaristas sirven de ayuda. Por ejemplo: ¿que ese *uno* en algún momento deberá confiar en la constancia de otro? De acuerdo, pero este caso futuro no lo puede dirigir mediante su conducta actual. – ¿Quizás el *otro* descubre pronto una debilidad de ese *uno* y le devuelve el ataque? Igualmente de acuerdo, pero una cosa es producir de modo poco inteligente su propio daño y otra lesionar un deber social. El utilitarismo enseña qué acción es inteligente o estúpida, pero no lo que se debe y lo que no se debe.

Resumiendo, esto significa: los permutantes pueden desear la constancia del otro, también es posible que de ser lo suficientemente fuertes puedan obtener esa constancia coactivamente. Si les falta la fuerza o si su cálculo es erróneo, su deseo puede no realizarse. De ello podrán aprender para comportarse de modo más inteligente en la siguiente ocasión. No hay nada más que decir en el plano de los individuos.

⁸ Op. cit. (nota 2), p. 264; sobre ello LAHNO, *Versprechen. Überlegungen zu einer künstlichen Tugend*, 1995, pp. 39 y ss., 49 y ss.; IDEM, en: HEGSELMANN *et al.* (ed.), *Moral und Interesse*, 1997, pp. 47 y ss., 49 y ss.

⁹ Op. cit. (nota 2), p. 475; IDEM, *Politische und ökonomische Essays*, introducción y edición de BERMBACH, 1988, volumen 2, pp. 301 y ss., 316 y ss. - Respecto de la ausencia de normas en la existencia individual con más detalle JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 9 y ss., 14 y ss., 24 y ss.

III. Formulación de lo general por el individuo: el imperativo categórico de *Kant*

El *uno* cuya conducta aquí sirve de ejemplo resulta en todo caso inatacable si puede retirarse a su posición de un individuo que determina su propio ser, es decir, a su pura facticidad. Pero ¿por qué se le ha de permitir que lo haga? ¿No puede ser tomado como ser racional que no resulta definido por la invocación de satisfacción o insatisfacción, sino, precisamente, por su racionalidad? Dicho de otro modo, en vez de discutir la asocialidad *real* del *uno*, podría hablarse de su vinculación *virtual* en una socialidad. Se trata, como es evidente, del punto de partida de *Kant*, del que *Verdroß* ha dicho con razón que en él «todos los seres racionales» son imaginados como «unidos en un vínculo espiritual»¹⁰. Sin embargo, para *Kant*, al menos en lo que se refiere a los deberes *jurídicos*, nunca se trata *sólo* de la ordenación de un «reino espiritual»; por el contrario, los seres racionales actúan a través de los cuerpos de seres sensuales, de modo que han de ordenarse racionalmente estos objetos. Más aún: puesto que los seres racionales en la *praxis* sólo pueden entrar en colisión con sus cuerpos, para que una conducta sea adecuada a Derecho en el pensamiento de *Kant* basta su legalidad, es decir, que la configuración del cuerpo sea adecuada al plan de la parte externa de un orden racional, pero no es necesario que sea emprendida precisamente por la racionalidad, en virtud de un deber. La moralidad, el motivo del deber, lo atribuye *Kant* a la ética: «El convertir el actuar conforme a Derecho en mi máxima es una exigencia que me plantea la ética»¹¹.

Pero esta renuncia del Derecho a aparecer en la cadena de motivación, mientras la configuración externa sea adecuada al plan, no significa que los principios, las máximas del orden puedan obtenerse sólo con base en las condiciones de la configuración externa; por el contrario, se trata de máximas de seres racionales, y ello aun en el caso de que estas se destruyan externamente, como es conocido, por ejemplo, respecto de la prohibición categórica de la mentira de *Kant*¹². Para *Kant* la obligación precisamente no se genera de un cálculo inteligente de la fortuna, dicho en términos modernos, de la calidad de vida, sino que, por el contrario, «obligación es la necesidad

¹⁰ *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2ª edición, 1963, p. 146; WITTMANN, en: HAFT *et al.* (ed.), *Strafgerechtigkeit (Festschrift für Arthur Kaufmann)*, 1993, pp. 363 y ss., 370: «La ley general en el imperativo categórico de *Kant* es ... una generalización dentro de una comunidad presupuesta por *Kant*, compuesta de todos los seres racionales».

¹¹ *Metaphysik der Sitten*, en: *Werke in 6 Bänden*. ed. a cargo de WEISCHDEL, tomo 4, pp. 301 y ss., 338.

¹² *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, en: op. cit. (nota 10), pp. 635 y ss.

de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón»¹³. Es este imperativo categórico el que vincula entre ellos a los seres racionales, es decir, el que media entre lo general y lo individual. Citaré brevemente el camino de tal mediación:

Los seres sensuales actúan en función de su situación de satisfacción/insatisfacción en cada momento, lo que significa que actúan en virtud de condiciones contingentes: depende de qué sea aquello a lo que se dirija en cada caso la satisfacción y qué sea rechazado por insatisfacción. Por ello, según *Kant* no cabe formular más que imperativos hipotéticos para los seres sensuales, es decir, proposiciones si-entonces¹⁴; dicho a modo de ejemplo: «si alguien desea emborracharse, ha de procurarse alcohol» – pero de este modo no cabe determinar nada acerca de la justificación del deseo, ésta se establece con carácter hipotético. Frente a ello, la conducta moral en cuanto conducta de seres racionales precisamente no se rige con base en la situación de satisfacción/insatisfacción en cada momento, y por la independencia frente a esa contingencia *Kant* llama a los imperativos morales categóricos. Más aún, puesto que la racionalidad es la misma racionalidad en todos los seres humanos, la actuación racional debe ser susceptible de ser formulada como ley general sin más. «Por lo tanto, el imperativo categórico es uno solo, que es éste: actúa sólo conforme a aquella máxima a través de la cual al mismo tiempo puedas desear que se convierta en ley general»¹⁵.

En el ejemplo mencionado al principio, la máxima al realizar el despojo es la siguiente: ha de tomarse aquello que se tiene poder para tomar. La existencia de propiedad sería incompatible con esta máxima, lo que, sin embargo, *per se* no conduce a una conclusión válida, pues la famosa cuestión planteada por *Hegel* frente a *Kant* puede formularse -con una modificación marginal- también aquí: que no hubiera propiedad (en *Hegel*: depósito), ¿qué contradicción supondría¹⁶? *Hegel* prosigue¹⁷: «si se parte de la deter-

¹³ Op. cit. (nota 11), p. 327.

¹⁴ *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, en: op. cit. (nota 11), pp. 7 y ss., 43 y ss., 57 y s., 51.

¹⁵ Op. cit. (nota 14), p. 51. - Una exposición que afirma la posición de *Kant*, muy clara, es la ofrecida por SCHMUCKER, en: OBERER (ed.), *Kant. Analysen - Probleme - Kritik*, tomo 3, 1997, pp. 99 y ss.

¹⁶ *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts etc.*, en: GLOCKNER (ed.), *Sämtliche Werke*, tomo 1, 1958, pp. 435 y ss., 466. - En una discusión, P. BAUMANN me indicó acertadamente que la crítica que sigue se construye sobre una interpretación de la filosofía práctica de *Kant* tomada aisladamente, sin intentar una comprensión desde la perspectiva del fundamento de su sistema en su conjunto (desde su metafísica); sobre ello IDEM, *Kants Philosophie der Erkenntnis. Durchgehender Kommentar zu den Hauptkapiteln der «Kritik der reinen Vernunft»*, 1997, pp. 20 y ss., 382 y ss.

¹⁷ Op. cit. (nota 16), p. 467; sobre ello BOHNERT, *ZphilF* 35 (1981), pp. 531 y ss., 537 y s.

minación general de la propiedad, puede formularse con ello la siguiente proposición tautológica: la propiedad es propiedad y nada distinto; y esta producción tautológica es el legislar de esa razón práctica: la propiedad, si hay propiedad, debe ser propiedad. Pero si se parte de la determinación opuesta, negación de la propiedad, se obtiene mediante la legislación de esa misma razón práctica la siguiente tautología: la no-propiedad es no-propiedad; si no hay propiedad, aquello que quiere ser propiedad debe ser eliminado. Pero precisamente el interés está en demostrar que debe haber propiedad; se trata únicamente de aquello que queda fuera de la capacidad de esa legislación práctica de la razón pura: de decidir cuál de las determinaciones opuestas es de la que hay que partir. Pero que esto haya sucedido ya antes y que una de las determinaciones opuestas haya sido tomada *a priori* es lo que exige la razón pura; y sólo después puede ejecutar su legislación, ahora superflua.» Por consiguiente, es necesaria una suposición adicional, precisamente, la de que debe haber propiedad, si se quiere que la máxima produzca un resultado – pero ésta ya no es necesaria en absoluto una vez que se ha asumido la suposición.

Ahora bien, sólo con esta crítica aún no se ha demostrado la inidoneidad del intento de *Kant*; pues el primero de los seres humanos en el ejemplo inicial ha fijado él mismo con la entrega de las cosas la máxima de que debe haber propiedad. Su identidad como persona que reconoce la propiedad, sin embargo, se diluye en su posterior comportamiento bajo la máxima opuesta, y sin vinculación a la autorrepresentación la sociedad como tal es imposible, al menos como sociedad de personas libres – aunque puedan seguir siendo posibles las organizaciones coactivas. Ciertamente, la pregunta de *Hegel* a *Kant* es válida también aquí: que no hubiera sociedad de libres, ¿qué contradicción supondría? Que la pérdida no resulta deseable es aún mucho más evidente que en el caso de la propiedad, pero en términos puramente formales ambas posibilidades –sociedad de personas libres; ausencia de tal sociedad– son correctas. Por consiguiente, es necesario de nuevo llevar a cabo una suposición adicional –debe haber una sociedad de personas libres– para llegar a un resultado, y con la introducción de esa suposición queda establecida la necesidad del carácter vinculante de una autorrepresentación.

Kant clarifica a qué se refiere con la ley general con una segunda versión del imperativo categórico, en la que se habla de la idoneidad de la máxima para ser generalizada en cuanto ley natural¹⁸. Por lo tanto, la máxima

¹⁸ Op. cit. (nota 14), p. 51.

es acorde a la razón cuando la acción que de ella deriva, si se la¹⁹ imagina como motivada conforme a la naturaleza, no dejaría nada que hacer a la moralidad, puesto que ya por naturaleza se habría alcanzado «una armonía sistemática de los fines»²⁰. Aquí se dejarán de lado algunos puntos poco claros de esta fórmula²¹; su aplicación al caso descrito al principio en todo caso conduce a la conclusión de que la máxima que es tomada como base en el robo, de que la propiedad no es posible en términos de ley natural, contradice la de la permuta, de que la propiedad es un resultado de la voluntad de la ley natural: la naturaleza sería contradictoria si se llegara a la transformación en leyes naturales; la ley natural quedaría colapsada. Ahora bien, una vez más, no supondría contradicción alguna que la naturaleza, en lo que se refiere a la propiedad, estuviera sencillamente organizada caóticamente. Por lo tanto, de nuevo es necesaria una suposición adicional, precisamente, que la propiedad debe poder existir conforme a las leyes naturales, para que el imperativo categórico pueda conducir a un resultado, y de nuevo precisamente esa suposición adicional conduciría ya a esta conclusión, de que no debe ser el caos, sino la posibilidad de propiedad.

¹⁹ Debe tratarse de motivación de acción (del deseo de hacer algo), y no de leyes naturales que desplieguen sus efectos al margen del ser humano o a través de él con *vis absoluta*: de lo contrario, no habría ningún obstáculo para seguir cualquier máxima que recompense a alguien merecedor de fortuna y castigue a un indigno - una judicialización general del mundo que como constelación de la naturaleza supondría un ideal, pero como comportamiento social implicaría una catástrofe.

²⁰ PATON, *Der kategorische Imperativ*, 1962, p. 180.

²¹ Se trata de si la formulación conduce a un falseamiento de las condiciones reales de acción, ya que el sujeto que actúa vive en un mundo irremediadamente imperfecto, en el que, como enseña la experiencia, los seres humanos se comportan con frecuencia de modo irracional: así WITTMANN, *op. cit.* (nota 10), p. 369. Dicho con un ejemplo: a un deudor, para satisfacer su deuda puntualmente, no le queda otra solución que llamar a un lacayo desconocido de la calle y entregarle la suma con el correspondiente encargo. Naturalmente, esto es, como ser sensual, el lacayo desaparece sin dejar rastro con la suma, y el deudor ahora carece del dinero para al menos pagar la deuda con algo de retraso. Mediante la entrega al lacayo, el deudor ha establecido la máxima de que los deberes deben cumplirse bajo toda circunstancia puntualmente. Si esta máxima se transformara mediante la acción en ley natural, todo estaría en orden, pues el lacayo, naturalmente, es decir, sometido a la nueva ley natural, entregaría lo recibido. Puesto que el asunto fácticamente no quedó en orden y ello también era previsible, la máxima siempre muestra una actitud interna correcta, pero sólo produce en pocas ocasiones la ordenación correcta de las relaciones externas. - Frente a ello habrá de objetarse, sin embargo, que la máxima se ha configurado de modo incorrecto: pues el deudor ha de elegir una máxima que a su vez sería *idónea* para ser ley natural, pero no tiene que partir de que de hecho aquella se *establezca* como tal. La formulación, por lo tanto, debería entenderse en el sentido de que debe hacerse posible una «armonía de los fines», pero no tomarla como ya existente. Sólo esta interpretación casa con las consideraciones de *Kant* de que en el estado natural una desconfianza mutua no es «en absoluto injusta», ya que de otro modo se aprendería mediante «triste experiencia» (*op. cit.* [nota 11], pp. 424 y s.).

Las cosas no cambian si se añaden las consideraciones de *Kant* sobre el «principio práctico supremo»²². «La naturaleza racional existe como fin en sí mismo»²³, éste es su «principio objetivo»²⁴, su ineludible condición de existencia, de modo que cualquier sujeto racional queda constituido por esta característica de *toda* naturaleza racional de ser un fin en sí mismo como una piedra queda constituida por la fuerza de la gravedad. Esta es la antes mencionada vinculación de todos los seres racionales. Por consiguiente, una naturaleza racional, a causa de su racionalidad, debe comportarse de acuerdo con el siguiente imperativo: «Comportate de tal modo que en todo momento uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, al mismo tiempo como fin, nunca sólo como medio»²⁵. Si se examina la conducta del ladrón del ejemplo inicial con base en el criterio del imperativo categórico en esta formulación, parece evidente que no trata al *otro* como fin en sí mismo, como ser con el que hay que relacionarse de manera racional, sino como objeto que debe tratarse según el capricho del momento, es decir, como medio. Esto, sin embargo, sólo es evidente si la suposición adicional se encuentra en el concepto de fin: el otro debe autodeterminarse y quiere mantener su propiedad.

Pero si dejamos de lado todas estas objeciones -que, por lo demás, no son nada nuevo-, y suponemos que se trata de una conducta contraria a deber de quien toma lo que ha prometido entregar definitivamente, de acuerdo con la posición de *Kant* no se trataría tan sólo de la infracción de un deber de la virtud, sino, también, de un deber jurídico; pues quedaría lesionado «el derecho que le asiste a cualquier ser humano por su humanidad», es decir, «la libertad (independencia del arbitrio coactivo de otro) en la medida en que pueda coexistir con la libertad de todos los demás conforme a una ley general»²⁶.

Sin embargo -con independencia del problema de la necesaria suposición adicional- dudo de que un deber jurídico fundamentado del modo expuesto conduzca a algo más que una interpretación *posible* del mundo, pero no fundamentada en lo que se refiere a su validez. En primer lugar, resulta poco satisfactorio que *Kant* encuentre en la teoría de la felicidad sólo imperativos hipotéticos, reservando lo categórico para el orden racional. Ciertamente, una teoría de la felicidad ha de tener en cuenta las múltiples y continuamente cambiantes condiciones de la naturaleza física y psíquica,

²² Op. cit. (nota 11), p. 60.

²³ Op. cit. (nota 11), p. 61.

²⁴ Op. cit. (nota 11), p. 61.

²⁵ Op. cit. (nota 11), p. 61.

²⁶ KANT, op. cit. (nota 11), p. 345.

pero ello de acuerdo con la *ley*²⁷ constituida en la naturaleza de los individuos de perseguir lo que produce satisfacción y evitar la insatisfacción. El hecho de arrastrarse es para el gusano tan ley como es categórico el imperativo para el ser racional. Puesto que la ley existe en virtud de la naturaleza, no tiene que ser formulada como máxima de comportamiento, como imperativo. Pero constituye el *daimon* del individuo, como la característica de ser un fin en sí mismo es *–sit venia verbo–* el *daimon* del ser racional. – Además, no se entiende por qué ha de ser el ser racional un fin en sí mismo, pero no el ser natural, el ser sensual. La persecución de la satisfacción no es menos fin en sí mismo que la razón. Ciertamente, la razón –a diferencia de la naturaleza– hace posible la autonomía; pero sólo con esta demostración aún no se ha demostrado que la autonomía sea el verdadero objetivo final.

Si se unen ambos elementos, es decir, que, en primer lugar, *Kant* no formula lo categórico, sino las condiciones de constitución de los seres racionales junto a las de los individuos naturales, y que, en segundo lugar, no denomina *el fin* en sí mismo sino el sistema de la razón en cuanto fin en sí mismo *junto* al sistema de satisfacción e insatisfacción en cuanto fin en sí mismo, queda claro qué es lo decisivo en la contraposición entre moralidad y fortuna: *Kant* coloca junto al esquema de interpretación del mundo satisfacción/insatisfacción con sus consecuencias individualizantes el esquema de interpretación del mundo razón/sinrazón, entendiéndose la razón como nexo de unión, como vínculo espiritual. Aun teniendo en cuenta todos los avances que ello comporta, en particular, que ahora cabe formular normas *sociales* junto a las reglas de una administración vital inteligente de carácter *individual*, queda completamente abierto, como se ha expuesto, por qué razón ha de ser determinante el esquema de interpretación de la razón y no el de la satisfacción, dicho de otro modo, *Kant* fundamenta la posibilidad de un esquema, pero no su carácter vinculante, sino que, por el contrario, se queda, en esa medida, en un plano completamente abstracto.

En este sentido, el sujeto ávido de propiedades del ejemplo mencionado al principio contestará a la deducción de *Kant* del imperativo categórico que la generalidad de la razón en un encuentro único fuera de cualquier dominio establecido es una hipótesis intelectual como pueden imaginarse otras muchas, pero no un esquema de interpretación de necesaria aplicación.

IV. Establecimiento de un poder mediante contrato (*Hobbes*)

La respuesta clásica a la cuestión de cómo una interpretación posible del mundo se convierte en una interpretación necesaria, válida, es la siguiente:

²⁷ SPINOZA, op. cit. (nota 2), p. 471; HUME, op. cit. (nota 2), pp. 263 y s.

imponiéndola. Esta respuesta ha sido ofrecida especialmente por *Hobbes*; aquí, de momento, interesa menos su punto de partida en las reglas de inteligencia –y no, como en el caso de *Kant*, en la (capacidad de) autonomía– y sí su camino, a través del poder del Estado. De acuerdo con *Hobbes*, en la situación previa al Estado todos tienen derecho a todo. Puesto que los demás también tienen derecho a todo, también podría decirse, por lo tanto, que nadie tiene un derecho subjetivo a nada, pero que tampoco nadie está obligado a nada; dicho de otro modo, todos son libres, también en aquellos casos en los que su libertad va a costa de los demás. Para *Hobbes*, la salida de ese vacío normativo total sólo está en el sometimiento a un poder, que regula autoritariamente las relaciones entre los seres humanos; tal poder se genera –así parece a primera vista– mediante un contrato de los que se someten entre ellos, no con el futuro señor. Por lo demás, *Hobbes* pone distintos puntos de gravedad en el contenido del contrato a lo largo de la evolución de su filosofía social²⁸. En un primer momento, en *De Cive* (1642), el contrato se dirige principalmente a una renuncia a derechos de los contratantes²⁹, lo que significa que en lugar de la libertad natural total aparece una igualmente total falta de libertad conforme al contrato, de la que puede dispensar el señor, mediante otorgamiento de libertad, hacia una libertad estatal. Más adelante, en el *Leviathan* (1651), *Hobbes* modifica el contenido del contrato, pasando de la renuncia recíproca de derechos a la autorización recíproca del señor para hablar en nombre de los contratantes³⁰, lo que significa –a diferencia del modelo de la renuncia– que la libertad de los sometidos puede ser tomada por el señor a su antojo; a causa de la autorización, ello debe entenderse en todo caso como autolimitación, pero en la medida en que (aún) no la haya tomado, la libertad persiste³¹.

Dejemos de momento de lado los distintos contenidos del contrato, es decir, que la obligación se genere como limitación de la libertad –así sucede conforme al modelo de la autorización– o que la obligación sea el supuesto base de las relaciones en el Estado –así de acuerdo con el modelo de la renuncia-. Sea como fuere, ¿cuál es la razón de la obligación? Después de lo expuesto, es evidente que la respuesta de que es el contrato la razón

²⁸ KERSTING, op. cit. (nota 6), pp. 83 y ss.; IDEM, en: IDEM (ed.), *Leviathan*, 1996, pp. 211 y ss., 216 y ss.; DIX, *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes*, 1994, pp. 27 y ss.

²⁹ *Vom Menschen. Vom Bürger (Elemente der Philosophie II/III)*, ed. a cargo de GAWLICK, reimpresión de la 2ª edición de 1966, 1977, p. 128: cada uno cede al señor «el derecho a su fuerza y a sus capacidades», pero ya aparece la fórmula de que «la voluntad de éste (del señor) vale por la voluntad de todos los individuos».

³⁰ *Leviathan oder Stoff. Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, 1984, p. 136.

³¹ GAUTHIER, *The Logic of Leviathan*, 1969, pp. 125 y s., 149 y s.

no puede resultar satisfactoria; pues de las condiciones de existencia de un individuo no deriva una vinculación a las declaraciones. Tampoco es que *Hobbes* trate el contrato como una magnitud normativa, que obligaría al sometimiento en el futuro; por el contrario, el contrato es el esquema de interpretación dentro de un dominio que se está gestando o ya existente; por lo tanto, el contrato carece de relevancia sin el hecho de aquel dominio, es mera palabrería. Ciertamente, *Hobbes* dice que la autorización recíproca, el contrato, es «la génesis de aquel gran Leviatán»³², pero como fundamentación no se aduce que ahora existiría un *deber* de sometimiento, sino que a través del sometimiento no sólo prometido, sino realmente llevado a cabo el Leviatán «dispone tanto poder y fuerza que le han sido transmitidos que mediante el terror que ello genera está en disposición de... dirigir la voluntad de todos hacia la paz dentro del Estado y hacia la ayuda recíproca frente a enemigos exteriores»³³. Dicho de otro modo, no es el contrato el que fundamenta las obligaciones, sino el hecho a él vinculado o previo a él del sometimiento, que es irreversible.

Siendo esto así, ¿qué significa, entonces, el contrato? Nada esencial, como se puede apreciar, por ejemplo, en que *Hobbes* coloque junto al «Estado político», es decir, el «Estado mediante nombramiento», como igualmente válido aquel Estado que se genera «mediante apropiación», lo que significa, entre otras cosas, que ello sucede «cuando alguien somete a sus enemigos a su voluntad dejándoles la vida bajo esa condición»³⁴. Por lo tanto, no es un contrato fundacional la fuente del orden estatal. Por el contrario, el contrato es una metáfora de que un individuo realiza un cálculo inteligente si no se opone a un orden efectivamente establecido que le garantiza su vida³⁵. Este orden establecido *per se* no es más que un aparato coactivo. Puede que este aparato sirva a los individuos como limitación de sus propias posibilidades que por inteligencia conviene aceptar – esto, sin más, no modifica en nada su carácter coactivo. Por ello, respecto de las normas

³² Op. cit. (nota 30), p. 134.

³³ Op. cit. (nota 30), p. 134.

³⁴ Op. cit. (nota 30), pp. 135, 155 y ss.

³⁵ Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones se le atribuye más relevancia al contrato; así, por ejemplo, SIEP, en: BERMBACH *et al.* (ed.), *Furcht und Freiheit. Leviathan - Diskussion nach Thomas Hobbes*, 1982, pp. 129 y ss., 131: «fundamento de la comunidad verdaderamente política, no de carácter natural, sino basada en actos de voluntad racionales». KERSTING, *Leviathan* (nota 26), p. 221: «Hobbes vió... que en una época secularizada las competencias de dominio sólo pueden fundamentarse en el plano de la filosofía básica sobre una autovinculación contractual de los individuos». - Frente a ello, aquí se asume que *Hobbes* quería colocar bajo un común denominador la inteligencia individual y la *autoorganización* del Estado; JAKOBS, op. cit. (nota 4), p. 26.

³⁶ Op. cit. (nota 30), pp. 264 y s.

promulgadas por el Estado no cabe hablar de una obligación en el sentido en el que *Kant* hablaba de los deberes del ser racional. *Hobbes* no se ocupa de un ser racional, sino de seres sensuales que se arreglan de modo inteligente, y eso es lo que siguen siendo los seres humanos como ciudadanos del Estado. Las normas estatales –en una hermosa imagen de *Hobbes*³⁶– son líneas de arbustos que no pretenden obstaculizar a los ciudadanos, sino conducirlos a una configuración vital lo más efectiva posible: los individuos, libres en términos *máximos* antes de la fundación del Estado, y que se obstaculizaban mutuamente, se convierten mediante la fundación del Estado en individuos libres en una medida *óptima* que viven unos al lado de los otros; pero siguen siendo individuos; no hay vínculo espiritual que los una a los seres humanos a su lado.

Aunque el Estado determine lo que es justo e injusto, no crea una unión de los ciudadanos, sino tan sólo un presupuesto de la vida agradable de los individuos. No exige de seres racionales la aceptación de la corrección de lo determinado, sino de seres sensuales la aceptación de la necesidad de una determinación. *Ludwig Feuerbach* formuló la crítica de que en *Hobbes* no existe la unidad del Estado como unidad de la razón organizadora de todos, sino como unidad «arrogante», que se coloca en forma del arbitrio del señor en el lugar de aquello que ha de unirse. «Frente a tal *unio*, los *cives* siguen siendo... una mera multitud, una *multitudo dissoluta*... El fin del Estado, cuyo principio fue hecho mediante la negación del estado de naturaleza, al ser precisamente el bienestar físico de la multitud, esto es, la existencia empíricamente agradable de los seres humanos, en cuanto individuos solos, sensuales, lo que está determinado como tal fin, es en lo esencial de nuevo un estado de naturaleza, aunque ahora agradable, liberado de las molestias y los daños de una guerra general, y de acuerdo con su concepto esencial, en esta medida vuelve a eliminarse la diferencia entre Estado y estado de naturaleza»³⁷.

Por muy correcta que sea esta interpretación de *Hobbes* por parte de *Feuerbach* en sí misma, es incompleta; pues deja de lado que el contrato de autorización en el *Leviatán* al menos comporta *nominalmente* una transformación de los individuos en ciudadanos: el actuar del Estado vale como voluntad de los ciudadanos. Al reunir la renuncia a la autorregulación la voluntad de todos los individuos en la voluntad del señor, los individuos al mismo tiempo pasan a ser en lugar de administradores de intereses individuales administradores del cometido político. *Kersting* afirma acertadamente que la proposición «*rex est populus*» de *Hobbes* ya contiene todo el

³⁷ *Geschichte der neueren Philosophie*, en: *Sämmtliche Werke*, tomo 4, 1847, p. 110.

³⁸ Op. cit. (nota 6), p. 93.

material del que *Rousseau* pudo componer la proposición «populus est rex»³⁸; el nexo de unión entre el absolutista *Hobbes* y el demócrata absoluto *Rousseau* es la condición, aceptada por ambos, de una unidad del Estado. De este modo, en el *Leviatán* de *Hobbes*, aunque la posibilidad de una obligación en sentido estricto no se encuentra realizada, sí se halla implícita. Si los ciudadanos en el Estado no sólo son concebidos como individuos que administran sus intereses, sino como personas que –aunque sea mediante la administración de intereses individuales– aportan a algo común, es decir, si los ciudadanos no sólo son concebidos como personas mediante una construcción normativa, sino también en su idiosincrasia y en la concepción del señor, como personas que encuentran en la voluntad política del señor su propia voluntad, entonces se genera obligación, una vinculación a un rol que no sólo es una reproducción de lo individual, precisamente, al rol de *citoyen*, y ello especialmente cuando el señor es constituido como sujeto colectivo en el que participan los sometidos, es decir, de modo democrático, lo que *Hobbes* no excluye³⁹.

V. Unión en lo general (*Rousseau*)

El Estado de *Rousseau* exige materialmente lo que en el Estado de *Hobbes* sólo es nominal: la definición del ciudadano como *citoyen*: la coacción en el Estado es coacción «de ser libre»⁴⁰. Esta realización de normas como libertad abarca también, a diferencia de lo que sucede en *Hobbes*⁴¹, la vida, puesto que el fin del Estado no es un cálculo individual de beneficios, sino, precisamente, la libertad: «Si el gobernante le ha dicho: es urgente para el Estado que mueras, ha de morir, porque sólo bajo esa condición vivió hasta ese momento en seguridad y su vida ya no es sólo un bien de la naturaleza, sino un regalo condicionado del Estado»⁴². Por lo tanto, ha de descartarse por completo el cálculo individual de beneficios. «Quien dentro del orden civil quiere mantener su originalidad natural no sabe lo que quiere»⁴³, pero la renuncia es ricamente recompensada: «...qué felicidad puede ser más dulce que la de sentirse incardinado en un sistema en el que todo es bueno»⁴⁴.

³⁹ «...autorizo... esta asamblea de personas», op. cit. (nota 30), p. 134; con más detalle IDEM, op. cit. (nota 29), pp. 148 y ss.

⁴⁰ Op. cit. (nota 2), I, 7 *in fine*.

⁴¹ Op. cit. (nota 30), p. 171.

⁴² Op. cit. (nota 2), II, 5.

⁴³ *Emil, oder: Über die Erziehung*, ed. a cargo de L. SCHMIDTS, 7ª edición, 1985, p. 13; sobre ello FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie*, 3ª edición, 1968, reimpresión 1975, pp. 111 y s.

⁴⁴ Op. cit. (nota 43), p. 308, aunque allí con referencia a la incardinación en el cosmos.

El Estado de *Rousseau* sin duda está en condiciones de generar obligación, puesto que en el Estado se espera la conducta de un *citoyen* y ya no se habla del individuo. Al afirmar *Hegel* respecto de *Rousseau* que éste toma como punto de partida la voluntad individual⁴⁵, ello es en sí mismo correcto, pero deja de tener en cuenta que la voluntad individual ha de crear algo que sencillamente la engulle. El contrato no genera la obligación *per se*, sino al eliminar su base, el albedrío contratante, y hacer posible la formación de una *volonté générale*. Si se logra esta formación, y ello, además, no como coacción, sino como orden aceptado, concurren completamente las condiciones para la existencia de deberes: quien es entendido por la opinión pública como *citoyen* es *citoyen*, lo quiera o no. Nadie ha resaltado nunca con mayor claridad la contraposición entre el mercadeo individual, en particular, en forma de una conspiración de los ricos contra los pobres⁴⁶, y el rol público, lo que significa libertad pública y obligación pública, que *Rousseau*.

Sin embargo, la construcción de *Rousseau* es con mucho demasiado abstracta para que quepa esperar que su realización se producirá en forma de un orden aceptado, y lo contrario del orden aceptado es la fuerza, que degrada una obligación a coacción. Por ello, *Hegel* grava a *Rousseau* con todos los terrores de la Revolución francesa⁴⁷: «Por ello, desarrolladas en violencia, estas abstracciones, por un lado, han producido el primer espectáculo inmenso desde que sabemos de la humanidad, la constitución de un gran y real Estado con revolución de todo lo existente y dado, para empezar desde el principio y desde la *idea*, queriendo darle como base sólo lo *aparentemente racional*, y, por otro lado, porque sólo son abstracciones sin idea, han convertido la tentativa en el suceso más terrible y llamativo.»

VI. Insuficiencia de cualquier contractualismo

No es coincidencia que todos los modelos presentados hasta el momento no pueden fundamentar un deber social, sino, en todo caso, construirlo abstractamente; pues en la medida en que siquiera se ocupan de relaciones sociales (el modelo tratado en primer lugar, de un sujeto aislado y ansioso de propiedades, renuncia a ello), intentan desarrollar estas relaciones con

⁴⁵ *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder: Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en: op. cit. (nota 16), tomo 7, 1952, § 258, anotación.

⁴⁶ Como tal entiende ROUSSEAU el Estado de LOCKE: ROUSSEAU, *Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit zwischen den Menschen*, en: op. cit. (nota 2), pp. 185 y ss., 255 y s.; IDEM, *Abhandlung über politische Ökonomie*, en: op. cit. (nota 2), pp. 335 y ss.; pp. 370 y s.; sobre ello KERSTING, op. cit. (nota 6), p. 143; CASSIRER, *Das Problem des Jean Jacques Rousseau*, reimpresión 1970, p. 21.

⁴⁷ Op. cit. (nota 45), § 258, anotación.

base en la racionalidad (*Kant*) o las necesidades (*Hobbes*) o la representación de la libertad (*Rousseau*) de *individualidades*. Con ello ya se yerra el primer ojal: se pretende construir lo general con individualidades, y de sus propias leyes, de su objetividad no se habla, o sólo en el sentido de que ello debe ponerse en marcha por las individualidades – en el imperativo categórico (*Kant*), en el reconocimiento del albedrío del señor como propio (*Hobbes*) o en la construcción de un Estado que elimina a sus fundadores definiéndolos como *citoyens* (*Rousseau*). Todo ello son intentos de modificar el punto de vista de uno mismo levantándose, como el Barón de Münchhausen, tirando de la propia coleta. – Ahora puede valorarse concluyentemente el ejemplo mencionado al principio: no se genera una obligación, puesto que en la permuta no concurre nada más que el albedrío congruente de individuos.

La obligación social no se genera por los emprendimientos de individuos, sino o aparece genuinamente como esquema de interpretación *social* o no existe. La respuesta a la pregunta que ahora se impone, acerca de cómo se genera entonces el contenido determinante, es la misma que a las preguntas de cómo se genera la conciencia o la orientación a la satisfacción de necesidades o la coordinación de las funciones vitales del ser humano: al autoorganizarse el correspondiente sistema. Esto casi coincide con la conclusión de *Hume* de que «las promesas son inventos humanos que se fundamentan en los intereses o necesidades de la sociedad»⁴⁸, sólo que –por ello «casi»– precisamente no se trata de inventos *humanos*, sino de la *sociedad* misma. Ciertamente, tal autoorganización sólo podrá llevarse a cabo en un entorno –visto desde el correspondiente sistema– favorable, y en cuanto entorno favorable para un sistema social las construcciones mencionadas de los individuos muy posiblemente resulten idóneas. En particular, el establecimiento de un dominio efectivo puede configurar un entorno favorable para un entendimiento comunicativo acerca de ese dominio en cuanto esquema de ordenación, especialmente, si el dominio se abstiene de excesos.

Las construcciones mencionadas constituyen un entorno favorable aún más en la medida en que a pesar de su formulación individualizante están acompañadas a lo que socialmente va esbozándose; aún más: sólo ante tal horizonte resulta posible concebir tales construcciones. Esto se demuestra si se plantea la cuestión acerca de en qué situación escriben los autores mencionados: la fuerza generadora de unidad de la religión se perdió por el cisma de las confesiones, dicho más exactamente, la posibilidad de tal cisma es un indicio de tal pérdida; mientras se siguió buscando el vínculo de

⁴⁸ Op. cit. (nota 2), p. 266; sobre ello LAHNO, op. cit. (nota 8), pp. 18 y ss.

unión en la religión, las guerras de religión fueron la consecuencia necesaria; pero como estas guerras no condujeron a la renovación de la unidad, hubo que sustituir a dios, y *Hobbes* lo sustituye por el «dios mortal», el Leviatán. Sin embargo, en la contraposición absolutista que con ello se legitima entre señor y súbdito, al súbdito le queda más espacio para la posibilidad de un existencia burguesa⁴⁹. *Rousseau* le da una existencia pública al representar lo político, la *volonté générale* como algo que le incluye. *Kant* se dirige igualmente contra el cálculo utilitarista de una existencia burguesa, pero atribuye aquello que en *Rousseau* sólo puede ser llevado a cabo por el colectivo, la determinación del contenido de la libertad (ésta entendida no como albedrío, sino como libertad racional), a todo ser humano. Todo ello es en cada caso una parte de «tiempo aprehendido en ideas», pero, precisamente, sólo una parte, ya que falta el marco que es el que garantiza la plausibilidad para el paso de evolución; en lugar de ello, lo dependiente del marco es representado como si fuera algo absoluto.

De este modo, es decir, quedándose corto, procede el contractualismo moderno⁵⁰: que se ha entrado en un contrato justo y que el resultado es vinculante no es de ningún modo una afirmación universal, sino una afirmación vinculada al espíritu de un determinado tiempo. Este espíritu del tiempo presenta a los sujetos como sujetos que se autoadministran, es decir, libres, además, como vinculados a su autorrepresentación, es decir, capaces de entrar en sociedad. Contra la primera tipificación habla una tradición que se remonta a *Aristóteles*, conforme a la cual la subjetividad sólo es posible dentro de una comunidad, y contra la segunda la necesidad, ineludible incluso para contractualistas, de un poder central ordenador. Y si el contractualismo a pesar de ello goza de cierta plausibilidad, es porque el espíritu del tiempo deja de lado lo opuesto. Pero esta necesidad de dejar de lado, de excluir, debe a su vez ser objeto de reflexión, si no se quiere que aparezca como algo absoluto lo que es un paso en un proceso.

VII. La obligación como relación entre personas

Después de estas consideraciones sobre cómo no se genera la obligación, se intentará esbozar lo que, cuando se genera, tiene como contenido, las relaciones sociales entre *personas*, y sobre cuándo estas relaciones son *reales* teórica y prácticamente. Para ello, no se destacará de modo especial

⁴⁹ MACPHERSON, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus von Hobbes bis Locke*, trad. de WITTEKIND, 2ª edición, 1980, pp. 15, 21 y ss.

⁵⁰ La crítica que sigue asume el esquema de argumentación que utiliza BAUMGARTNER contra la teoría del consenso de la verdad; en: OELMUELLER (ed.), *Transzendentalphilosophische Normbegründungen*, 1978, pp. 149 y s.

lo jurídico de la obligación, sino que se partirá de ello, al hablar de la obligación en el marco de un orden estatal.

Tanto *Rousseau* como *Kant* vieron que entre el individuo con su esquema de satisfacción e insatisfacción (en *Rousseau* el ser humano originario-natural, en *Kant* el *homo phaenomenon*) y el ser que es titular de una obligación existe una diferencia categorial; pero mientras *Rousseau* parte probablemente de que esta diferencia es superada psíquicamente por la transformación del ser humano originario-natural en un ciudadano⁵¹, en *Kant* aparece ya prácticamente completamente desarrollado el entendimiento de que se trata de la diferencia de dos esquemas de interpretación para un mismo suceso: «...todas las acciones del ser humano en su manifestación están determinadas con base en su carácter empírico y las demás causas coeficientes conforme al orden de la naturaleza, y si pudiéramos investigar todas las manifestaciones de su albedrío hasta el fondo, no existiría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con seguridad y reconocer como necesaria con base en sus condiciones preexistentes... Pero si valoramos la misma acción con relación a la razón, y concretamente... en la medida en que la razón es ella misma la causa de generarla; dicho brevemente, si la comparamos con intención práctica, encontraremos unas reglas y un orden completamente diversos del orden natural. Pues en este ámbito quizás no debería haber ocurrido todo aquello que, sin embargo, conforme al curso natural ha sucedido, y que conforme a sus razones empíricas debía suceder de modo ineludible»⁵². Sólo (¡pero al menos!) en la descripción de la razón como capacidad de «generar ella misma» la acción existe aún un puente entre el mundo sensual y el mundo racional, y este puente debe permanecer, en la medida en que se trate de ordenar racionalmente el mundo *exterior*; por lo demás, ambos mundos están separados: en un mundo, rige el principio de causalidad, realizado psíquicamente como esquema de satisfacción/insatisfacción, en el otro, el deber ser.

Una ordenación del mundo con base en el deber ser, es decir, con base en normas, significa que no se espera que el mundo se desarrollará como esté condicionado en cuanto mundo empírico, sino que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber, y, en caso de que ello no suceda, no se tratará de un defecto de quien tiene la expectativa, sino de un defecto de otra persona, precisamente, de la persona a la que le compete el desarrollo conforme a deber⁵³. El otro queda ahora abarcado por el concep-

⁵¹ FETSCHER, op. cit. (nota 43), pp. 110 y ss.

⁵² *Kritik der reinen Vernunft*, en: op. cit. (nota 11), tomo 2, p. 500.

⁵³ LUHMANN, op. cit. (nota 7), pp. 40 y ss.

to de persona, porque le incumbe al menos el cumplimiento de *una* de tales expectativas normativas. Tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona. En lugar del acecho recíproco se coloca la confianza en la constancia del rol, y los contactos anónimos pasan a ser posibles, con tal de que se conozca el rol del otro, y el rol mínimo de un ciudadano decente siempre se conoce en tiempos normales. Esto no significa que sea *necesario* dejar de lado el entramado cognitivo del mundo –no resulta posible demostrar la personalidad como necesaria, y su elección es poco prometedora en términos de éxito en algunos contextos (por ejemplo, será más seguro desarrollar un gran negocio internacional poco a poco en tracto sucesivo que a través de una amplia confianza en la constancia personal)-, pero un mundo personal también ofrece posibilidades de las que carece un mundo cognitivo.

Dicho con una imagen: cabe imaginar en la «relación de dominio y sujeción» que de acuerdo con *Hegel* constituye el principio «externo o aparente de los Estados»⁵⁴ que el señor asigna a los siervos determinados cometidos, como herrero armero o campesino; esta asignación, especialmente si permite a los siervos la supervivencia, puede llegar a ser con el paso del tiempo tan natural que los afectados quedan definidos por las tareas; su actuar aparece entonces como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo, y, con ello, ellos mismos aparecen como personas.

Todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes: el herrero armero debe poder tener una fragua, el campesino trabajar la tierra y el artesano recibir materias primas. En todo caso, hay que excluir que la personalidad comience con un derecho frente al grupo: ¿por qué éste habría de producir una constitución que *a él* nada le aporta? La norma originaria, por lo tanto, es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. HEGEL enuncia la siguiente norma originaria: «...sé una persona y respeta a los demás como personas»⁵⁵. Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través del trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de HEGEL de que el contenido mínimo de la norma originaria se

⁵⁴ *System der Philosophie, Teil 3, Die Philosophie des Geistes*, en: op. cit. (nota 45), tomo 10, 1958, § 433.

⁵⁵ Op. cit. (nota 45), § 36.

dirige a no lesionar al otro⁵⁶. Ello está referido a un Estado saturado, seguro de su existencia, liberal, pero incluso aquí es demasiado poco: quien se limita a no lesionar puede quedar fuera sin daño para el grupo, lo que significa que sólo quien aporta algo positivo contribuye a la existencia del grupo. En este sentido, es evidente que hasta el momento actual el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple o de los cometidos que ha cumplido más allá de sus obligaciones, es decir, sacrificando sus derechos. Y, por ejemplo, en la insatisfacción de la persona desempleada –aunque con su situación material asegurada– se percibe que el *status* de una persona sin contribución conforme a deber al todo empieza a ser inseguro. El hoy común discurso de los derechos de la persona sólo acierta a designar algo mediado; una mano invisible hace que el saldo del ejercicio de derechos sea positivo para el grupo; en esta medida, incluso puede hablarse del deber de hacer uso de sus derechos.

¿Cómo llega la persona al cumplimiento del deber? Como se expuso al principio, esto es asunto suyo, y puede considerarse que la gracia del orden normativo está en que lo convierte en asunto suyo. Pero puesto que el ser persona no elimina el ser individuo, los ciudadanos abandonarán al Estado si no otorga a los individuos una supervivencia suficiente. Podría evitar ese abandono por la fuerza, pero entonces se convierte de un orden normativo en un orden cognitivo basado en la fuerza. Para ello, lo que es una supervivencia suficiente es relativo. *Hobbes* exigía como prestación segura sólo la garantía de la vida⁵⁷, y teniendo en cuenta catástrofes acabadas de superar ello puede ser suficiente. Sin embargo, un Estado a cuyo alrededor florezcan otros Estados tendrá que ofrecer más. Por ello, en un orden normativo desarrollado que se mantenga, a grandes rasgos la conducta personal al mismo tiempo satisfará las necesidades de un individuo. Pero ello no puede garantizarse respecto de todos los casos individuales, piénsese en deberes como, por ejemplo, el servicio de armas o el deber de responder de su conducta errónea, es decir, de deber soportar una pena, para ver hasta qué medida pueden estar alejados el deber personal y el cálculo individual⁵⁸.

Puede que en los sucesos cotidianos un orden de normas externamente no se diferencie de una dirección de los individuos impuesta de modo puramente cognitivo. ¿Cómo puede determinarse, partiendo de esta situación, que un orden normativo es real? Esto se decide en función de qué es lo que

⁵⁶ Op. cit. (nota 45), § 38.

⁵⁷ Op. cit. (nota 30), p. 171 y *passim*.

⁵⁸ De hecho, los servicios con riesgo para la vida y la pena de muerte constituyen para *Hobbes* un problema en la medida en que los intereses individuales reservados entran en colisión con la razón de Estado; sobre ello DIX, op. cit. (nota 28).

es tratado comunicativamente como esquema de interpretación. Ahora bien, cualquier conducta puede ser interpretada en función de cualquier orden de deber ser. Especialmente, se puede superponer el orden propio a otros grupos, para entonces constatar el pecado y la desviación de la verdad. Sin embargo, en la comunicación de los otros grupos esta superposición es irrelevante o es rechazada; en todo caso, el orden superpuesto no dirige el desarrollo, es decir, que no se convierte en real sólo por la mera superposición.

Sin embargo, de tener suficiente poder, el sujeto que superpone su propio orden a otros podría sancionar las infracciones. De este modo, conseguirá que algunos individuos respeten el orden, y los infractores serán castigados. Pero si no sucede nada más, con ello no se ha establecido un orden normativo, sino se ha instalado un aparato coactivo que dirige a los individuos; quien detenta el poder puede tratar sus normas como normas, y una camarilla a su lado puede que lo apruebe, de modo que en la comunicación de esas personas las normas puedan estar vigentes⁵⁹ – para los sujetos sometidos a coacción no son más que coacción, precisamente porque sólo son entendidas como coacción.

Kelsen tomó otra decisión: de acuerdo con su posición, cualquier sistema de reglas sociales que a grandes rasgos sea efectivo es un orden normativo válido, ya que entonces habría que suponer la existencia de una norma fundamental correspondiente⁶⁰, lo que fundamentaría el «sentido» específicamente «jurídico» del sistema de reglas, la normatividad del «esquema de interpretación»⁶¹. Sin embargo, para *Kelsen* es efectivo también aquel sistema con base en el cual tan sólo se orientan los juristas. Más aún, puede que la gran mayoría de los juristas sólo imponga la ley de modo obligado, y el grupo director puede que viva su arbitrariedad en sus instrucciones – una imagen que al menos en la fase final del nacionalsocialismo tuvo su ejemplo. De acuerdo con esto, quien puede coaccionar crea Derecho⁶². Sin embargo, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, no es cierto que una secuencia regular a grandes rasgos de conducta y sanción sea indicio de un orden normativo; por el contrario, puede que se trate de una organización coactiva plenamente cognitiva, explicable con base en las preferencias individuales. La norma misma –y no la sanción– ha de convertirse en el esquema determinante de interpretación del mundo, y ello además no para una

⁵⁹ Así JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edición, 7ª reimpresión, 1960, p. 334, nota 1.

⁶⁰ Op. cit. (nota 2), pp. 196 y ss., 200 y ss., 204 y ss.; respecto de esto más bien con una perspectiva positiva PAWLIK, *Rechtstheorie* 25 (1994), pp. 451 y ss.; más bien crítico JAKOBS, op. cit. (nota 4), p. 57.

⁶¹ Op. cit. (nota 2), p. 3.

⁶² Con detalle sobre las teorías coactivas SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966, pp. 70 y ss., 133 y ss. (sobre *Kelsen*).

clase jurídica, sino dentro del grupo en su conjunto. Una norma que ya nadie considera legítima menos la policía, aunque ésta de modo determinado, fuera de la policía no es una norma válida, sino una fórmula de las condiciones de la aplicación de la coacción.

Por lo tanto, un orden normativo sólo es real cuando y en la medida en que dirija la comunicación⁶³, pudiéndose hablar de tal dirección sólo si determina el proceso de fundamentación, y no sólo el resultado de la comunicación. Dicho con un ejemplo: el cálculo expresado abiertamente, y que encuentra aprobación, de que no merece la pena el hurto, porque el riesgo de sufrir una pena es demasiado alto, de modo que por ello nadie debería temer un hurto, no tiene nada que ver con un entendimiento normativo, sino es la comunicación de una orientación puramente cognitiva de un individuo. Pero si el entendimiento es que el hurto es erróneo porque a todos compete reprimir los correspondientes deseos, es la norma la que dirige el contenido de la comunicación.

En lo anterior, «comunicación» se usa como sinónimo del entendimiento general sobre el sistema de reglas aplicado. La interpretación directora de ese sistema es lo determinante, y no el tenor literal de declaraciones. Por ejemplo, si en un orden basado sólo en la coacción el coaccionado es además obligado a negar la coacción y a ensalzar el orden como óptimo con independencia de todas las sanciones, es decir, cuando un ladrón callejero obliga a los asaltados a ensalzarlo como libertador de cargas materiales de la posesión, tales declaraciones son parte del sistema de violencia, pero no un entendimiento acerca de ese sistema. Sin embargo, si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas. En este sentido, es posible que algunos Estados de orientación fundamentalista sean representados en la comunicación de súbditos laicos como órdenes coactivos, pero como órdenes normativos en la comunicación de los fundamentalistas. Dicho brevemente: no decide lo que se dice, sino el espíritu.

Una norma puede dirigir la comunicación también cuando es quebrantada. Mientras el hecho sea tratado como quebrantamiento de la norma y no como normativamente indiferente, este tratamiento demuestra la vigencia de la norma. Por consiguiente, la realidad de la norma no se confunde con su seguimiento; si la norma no fuera real también en su infracción, no se trataría de una infracción. La realidad tampoco depende de que el infractor la reconozca: no es su conciencia, sino la comunicación acerca de su hecho lo que determina la realidad. Si, por ejemplo, la comunicación determinante, la que se impone, es dirigida por la norma de que –como sucede en el caso de Guillermo Tell– hay que hacer una reverencia frente al sombrero colocado

⁶³ JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 51 y ss.

en el palo, la norma rige, por muy anticuada y necesitada de revisión que parezca a los extraños.

Una cuestión completamente distinta es cómo se establece el carácter determinante de una comunicación – el capricho del momento, desaparecido mañana, no dibuja líneas permanentes, y muchas líneas de una constitución que fue normativa puede que con el tiempo deban ser entendidas sólo cognitivamente, aunque ello no se haya articulado aún con claridad. Peor aún, hay mucho que en cuanto arreglo de los poderes no ha sido nunca otra cosa que coacción camuflada. ¿Cuándo estamos, entonces, ante fantasmas de normas más o menos maquillados y cuándo ante verdaderas normas? La respuesta debe consistir en la descripción del espíritu del tiempo sólido, con fuerza histórica: las normas que sean conformes a él son reales. Así se corresponde con la teoría de *Hegel* del Derecho como espíritu objetivo, así como con su versión psicologizante, que llega –parcialmente (¡no más!)– a los mismos resultados en la teoría general del reconocimiento, conforme a la cual lo decisivo para la validez del Derecho es la convicción jurídica «de la media de un pueblo»⁶⁴. Respecto de esto se intentará finalmente un esbozo, que, sin embargo, en este lugar⁶⁵ sólo puede hacerse a grandes rasgos.

Una persona se realizará tanto más en sus deberes y se definirá como parte del todo en cuanto se deshaga así de preocupaciones individuales: la existencia personal es querida por dios y promete recompensa en el más allá, o ya en este mundo no sólo es acorde al deber, sino también individualmente agradable. El Estado moderno elige el camino enunciado en segundo lugar; apoya a las personas anunciándoles que quien cumpla con su deber, podrá vivir también en el plano individual de modo cómodo. Mientras que este anuncio, por ejemplo, en *Locke*, consiste en una referencia a leyes naturales, o al menos a reglas de la experiencia, conforme a las cuales se producirá el resultado apetecido, tratándose, por lo tanto, de una información sobre la valoración cognitiva de la situación, el Estado de prestaciones ha asumido el aseguramiento normativo de la previsión vital necesaria para una vida cómoda. Si no llega a producirse esa vida cómoda, la razón de ello no está en circunstancias excepcionalmente adversas, sino en que el Estado ha cometido un error; el Estado debe procurar –en sentido normativo– la previsión vital.

Puesto que el Estado no genera él mismo valores, sino, por lo tanto, sólo puede repartir lo que previamente ha quitado a alguien, mediante su definición como Estado de prestaciones es colocado en dependencia de la economía; sólo puede cumplir su promesa si la economía funciona. Ahora bien, la economía moderna no es una actividad nacional que esté expuesta a la intervención segura del Estado por quedar limitada al interior del mismo; su

⁶⁴ JELLINEK, op. cit. (nota 59), p. 334, nota 1; sobre ello SCHREIBER, op. cit. (nota 62), pp. 109 y ss.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 112 y ss.

ámbito de acción es el mercado internacional, y ello tanto en lo que se refiere a la producción como a la distribución. Por ello, necesariamente ha de convertirse en objetivo del Estado que promete previsión vital la creación en su territorio de un mercado adecuado, y ello se logrará en mayor medida en cuanto deje decidir a la economía cómo han de ser las condiciones marginales, lo que significa, especialmente, qué precio puede tener la previsión vital, pero que va mucho más allá: también la educación, el apoyo a la investigación, la seguridad interior y otros elementos hasta llegar al Derecho penal («criminalidad económica») entran en este torbellino. Dicho de otro modo, el Estado se convierte en el departamento de infraestructuras de la economía, a la que no puede defraudar si no quiere perder su razón de legitimación «previsión vital».

Hegel dice respecto de la relación entre economía y Estado lo siguiente: «Frente a la esfera del Derecho privado y del bienestar privado, de la familia y de la sociedad civil, el Estado es, por un lado, una necesidad externa y su poder superior, a cuya naturaleza están subordinados tanto sus leyes como sus intereses y de quien dependen.»⁶⁶ En lugar de esta segura superioridad del Estado se ha colocado un movimiento pendular entre una defensa de la ubicación de elementos económicos en el territorio y una defensa de la legitimación del Estado como proveedor de previsión vital, de cuyas oscilaciones en una u otra dirección se informa en los medios de comunicación diariamente como así llamada política.

Esto debería ser suficiente para poder mostrar que al Estado se le ha presentado en la economía un competidor en la determinación de lo que debe hacerse conforme a deber, es decir, de lo que es la configuración de la persona. La lucha por la ocupación de los mercados ha ocupado el lugar de las guerras de conquista, con la consecuencia de que el fracaso de las empresas ubicadas en el territorio del Estado significa una catástrofe nacional, a saber, una provincialización económica, comparable a la provincialización política después de una guerra perdida según la antigua usanza.

Que hoy en día la economía genere de modo determinante deberes, es decir, que defina personas, conduce al problema de cómo ha de procederse con aquellos que no pueden cooperar en la economía, bien porque son incapaces de ello, bien porque la economía no los necesita. Cuando los desempleados se quejan de que se les ubica en una segunda clase, ello no sucede por una actitud quejumbrosa, sino porque han comprendido que una persona es alguien que es necesitado para cumplir un cometido. Que los quiebras que se producen hasta ahora hayan podido resolverse con pagos en dinero y postulados de igualdad no podrá suponer un modelo de solución cuando exista una crisis que se agrave.

⁶⁶ Op. cit. (nota 45), § 261.

El carácter dominante de la economía queda demostrado de modo especial en el caso de jóvenes desempleados, que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión: a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona tampoco se comportan como si lo fueran, sino se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales; lo que no les aporta un beneficio individual les es indiferente, o, si cuesta esfuerzos, lo ven de modo negativo – evidentemente, el fin de lo general. Y no cabe esperar otras reacciones de no-personas, más aún, si tuvieran lugar estarían sencillamente inmersas en la mentira. Aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad. En tal situación, puede que el individuo aún perciba que el ordenamiento jurídico es una organización que aún para él mismo es a grandes rasgos útil, pero permanecerá la reserva secreta de que habrá que quebrantarlo siempre que tal comportamiento prometa mayores beneficios. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma. Por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas.

Sin embargo, el carácter dominante de la economía no sólo trae nuevos problemas, sino que resuelve algunos problemas antiguos⁶⁷. En este sentido, la competencia dentro de la economía sustituye la competencia antes existente, pero hoy adormecida, entre los Estados. Una empresa que se hunde si no se perfecciona continuamente necesita trabajo, de modo que generará personas. Frente a ello, en el clima tranquilizador de Estados seguros de su recíproco reconocimiento, nada hay que exigir del ciudadano, y todo se le puede otorgar. Por lo tanto, la sociedad protege de obligación en una comodidad generalizada.

VIII. Resumen

Resumo: la obligación jurídica no es un concepto del espíritu subjetivo, sino del espíritu objetivo. Por ello, no puede deducirse de un contrato de individuos, sino que sólo se genera cuando a una persona –que precisamente por ello es persona– se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción. En la actualidad puede decirse que la economía es el generador de obligación.

(Trad. de Manuel Cancio Meliá)

⁶⁷ Vid. JAKOBS, op. cit. (nota 4), pp. 120 y ss.

