

NORMAS MORALES Y ORDEN JURÍDICO*

Robert Spaemann

Las normas morales no pueden ser garantizadas por el derecho. Se garantizan a sí mismas. Si tienen validez, esto es debido bien a la esencia misma de la razón, bien a la estructura de la realidad o bien a la voluntad de Dios. Lo que sea justo o injusto no se debe a ninguna legislación terrena, sino que toda legislación terrena puede ser justa o injusta. Y de ahí se sigue que pueda ser justo o injusto obedecer leyes terrenas. El fomento de la obediencia a la ley no se puede a su vez fundamentar en leyes, pues de lo contrario llegaríamos a un proceso al infinito. Todas las teorías del contrato jurídico presuponen el principio moral "*pacta sunt servanda*". Este principio no se debe a su vez a un contrato. En esta medida, todo derecho puesto por los hombres se basa en la validez de las normas morales que preceden al derecho. La cuestión que nos debe ocupar aquí es la siguiente: ¿cómo se ha de comportar el derecho del estado con esta medida por él presupuesta?

I. CUATRO TIPOS IDEALES POSIBLES

En primer lugar procuraremos representarnos las posibles alternativas de un modo totalmente abstracto, prescindiendo de

* Traducción de Ana Marta González.

cualquier tipo de desarrollo histórico. Me parece que se presentan las siguientes posibilidades conceptuales:

1. No hay en absoluto relación alguna entre derecho y moral. La normativización moral de la acción es cuestión de opción personal por determinados sistemas de valores. El derecho sirve a la coordinación de las acciones humanas. Prepara una cierta infraestructura institucional cuya meta es garantizar que todos o la mayor parte de los ciudadanos puedan perseguir sus metas personales, sin tomar él mismo postura con respecto a tales metas. En todo caso, serán eliminadas aquellas metas cuya persecución resulte incompatible con la posibilidad de que todos los demás hombres persigan las suyas. No hay tampoco ninguna norma moral general que solicite de cada uno el respeto hacia la persecución de metas de los demás, y con ello el respeto por las normas jurídicas. La validez del derecho reside en su efectiva imposición con la ayuda de sanciones, que hacen que el obedecer las leyes sea para la mayoría una cuestión de interés propio. Si algunos ciudadanos obedecen el derecho por convicción personal, por motivos morales o religiosos, también cuando va contra su propio interés, eso es asunto de su moral privada. Tal actitud es sin duda deseable para aquellos que están interesados en la validez del derecho, pues ahorra gastos en policía. Pero la validez del derecho no puede fundarse en tan azarosas convicciones. No hay sustituto alguno para una buena policía.

2. Querer algún tipo de coordinación de los fines de las acciones humanas es un mandato de la razón. Obedecer leyes que hacen posible una tal coordinación es una exigencia moral prejurídica. No es una cuestión de arbitraria moral privada, sino la condición de reconocimiento recíproco como seres racionales. Sin duda el derecho debe ser provisto con sanciones, pues no se puede contar con seguridad con un respeto moral anterior al derecho, y porque no sería adecuado abandonar a aquél que respeta el derecho a la gracia de aquél otro que no lo respeta. El respeto debe poder ser exigido en caso de necesidad. Pero la

fuerza coactiva que respalda el derecho no es el fundamento de la validez del derecho, sino que el fundamento de éste es una norma moral que nos manda limitar nuestra persecución de metas a la compatibilidad con las condiciones elementales de posibilidad de que todos los demás hombres persigan las suyas. Por ello consentir el poder de coacción que impone sanciones al comportamiento contrario a la ley es moralmente exigible. El derecho mismo no puede suscitar este respeto moral, y ni siquiera exigirlo. Sólo puede presuponerlo y tomar precauciones por su ausencia, pues para esta ausencia están previstas las sanciones. En este sentido, pensaba San Agustín que el Estado no ha sido hecho para los ciudadanos de la *civitas Dei*, porque éstos, aun sin sanciones, obedecen las leyes justas, y no obedecen las injustas aunque sufran sanciones. Aquí, no obstante, se introduce ya el concepto de ley justa, que conduce a una tercera variante. Pues para la segunda variante las leyes no pueden ser justas o injustas, morales o inmorales. Moral es únicamente la exigencia de obedecer las leyes, sean éstas las que sean. Entre tanto ésta sería únicamente una exigencia moral entre otras. Con las otras, sin embargo, no tiene que ver el derecho, por ejemplo si las leyes mandan algo que la moral prohíbe. Precisamente en ese caso se plantea el conflicto que aparece formulado en la frase del apóstol: “se debe obedecer a Dios antes que a los hombres”. El conflicto aparece sólo en este caso. A la ley no se le pide que imponga cualquier exigencia moral que no sirva a la coordinación de los fines del obrar humano. Tan sólo se le pide que, dentro de lo posible, no contradiga las exigencias morales que le exceden, porque en ese caso socavaría los fundamentos de su propia validez.

3. La coordinación de los fines del obrar humano sólo es posible si se da una cierta comunidad en la valoración de los fines humanos. Toda sociedad descansa en un cierto fondo de valoraciones comunes, de ciertos puntos de vista comunes acerca de lo que es tolerable y lo que no lo es. El derecho no se puede comportar de manera neutral con respecto a estas valoraciones. Hasta

cierto punto debe partir de tales valoraciones, a la hora de juzgar las acciones. Incluso debe garantizar el respeto de tales valores y su transmisión. Con ello debe, hasta donde sea posible, garantizar los presupuestos de su propia continuidad. Así pues, existe una parcial identidad de contenidos entre derecho y moral. En principio sólo se deben sustraer a la legislación estatal aquellas normas morales que o bien pertenecen esencialmente al fuero interno y cuyo cumplimiento, en razón de su propia naturaleza, no puede ser forzado, o bien aquellas cuya realización forzosa se encuentra ligada a desventajas tan considerables que la tolerancia de la infracción de tales normas es preferible a su puesta en práctica.

4. Una moral ilustrada no debe consistir en nada más que en reglas cuya imposición jurídica es la condición para la libre actuación de todos. Esto significa que la meta debe ser la reducción de la moral al derecho racional. Toda representación de condiciones de la vida buena que vaya más allá de esto debe ser encomendada a la esfera del arbitrio privado, y debe ser liberado de todo carácter imperativo.

Tal y como lo veo existen exactamente estos cuatro tipos ideales de concebir la relación entre moral y derecho. El primer tipo se corresponde en gran parte con el positivismo jurídico, pero también con una teoría del derecho como la de Luhmann, para la que el derecho es una estructura sistémica que se justifica a sí misma, totalmente desvinculada de la moral, y que se constituye a sí misma a través de procesos formadores del derecho. La segunda variante hace pensar en Hobbes y en Kant, si bien Kant representa un intermedio entre el modelo 2 y el 3. En realidad, para Hobbes es una exigencia moral la sola existencia del orden jurídico, con independencia de cuál sea dicho orden. Kant, en cambio, desarrolla criterios de un orden jurídico justo, criterios que se extraen de las condiciones de compatibilidad de la libre actuación de todos. El tercer tipo se corresponde con la comprensión clásica y pre-liberal del derecho, que se orientaba por la idea de garantizar un orden común de la vida buena. El cuarto tipo

podría calificarse de “emancipatorio”. El postulado de una identidad de derecho y moral concebida a partir del derecho y no de la moral es defendida, por ejemplo, por J. Habermas. Esta concepción se encuentra hoy en la vanguardia, y esconde en sí misma el peligro de un totalitarismo liberal. Existe una tendencia hacia la progresiva discriminación y marginación de todos aquellos grupos que se definen a través de representaciones comunes de aquello en lo que consiste una vida buena, en la medida en que tales representaciones van más allá de lo jurídicamente exigible.

En las siguientes reflexiones, y sin más fundamentación, pondré entre paréntesis el primer y el cuarto modelo. Como dijo Leibniz una vez, los argumentos son siempre argumentos *ad hominem*. Nosotros no podemos deducir el mundo *ab ovo*. Y, para los que nos encontramos aquí, la opción por el modelo de la completa separación de derecho y moral resulta tan lejana como el postulado de la identificación de moral y derecho a través de la reducción de lo moral a lo exigible jurídicamente. Por ello no voy a argumentar en contra. Doy por supuesto de antemano que existe un deber moral de someterse sin coacción a un orden jurídico respaldado con poder coactivo; en segundo lugar presupongo que los deberes morales del hombre no se reducen a este deber, y presupongo, en tercer lugar, que el contenido de este orden jurídico no es arbitrario, es decir, que un orden coactivo debe satisfacer determinadas condiciones morales a fin de valer como jurídico y a fin de poder dar razón de aquél sometimiento moralmente fundado del que hablaba.

II. COMUNITARISMO, LIBERALISMO Y LA NATURALEZA DEL HOMBRE

La cuestión es: ¿cuáles son esas condiciones? La controversia al respecto se ha encendido de nuevo en la actualidad, después del fin del marxismo. El propio marxismo se encontraba en cierto

modo al margen de esta controversia, porque para él todo orden jurídico era únicamente expresión de intereses de clase y la meta de la praxis revolucionaria era la promoción de un estado de superabundancia en el que la distribución y el cambio, y con ello las relaciones jurídicas, se volverían obsoletas.

Actualmente todos hemos asumido que el fenómeno de la escasez, por razones ecológicas y antropológicas, es insuperable por principio y que, en consecuencia, siempre habrá algo así como relaciones jurídicas entre los hombres. Sintomático de la situación presente es el debate americano entre liberales y comunitaristas. Los liberales ven la única función legítima del derecho en que limite la libertad de todos los camaradas jurídicos, cuando es necesario para garantizar la igual libertad de los demás en la persecución de sus fines. El liberalismo puede también asumir algunos rasgos de beneficencia estatal. Los liberales americanos, incluso, se orientan específicamente hacia esta beneficencia. Pero la meta de la beneficencia estatal no se orienta hacia una determinada representación moral de la vida buena, sino hacia la igualación de oportunidades para que todos puedan perseguir y realizar sus fines. Los comunitaristas parten de que el hombre no puede sentar preferencias individualmente *ab ovo*, sino que éstas pre-existen siempre en estructuras comunitarias que pre-estructuran determinadas preferencias valorativas de los individuos. Los individuos sólo pueden ser capaces de decisión y de acción si poseen de antemano una identidad. Esta identidad no eligen, sino que se encuentran ya en ella. Un orden jurídico que descansa en el pensamiento de preferencias libres y arbitrarias de los individuos, en lugar de proteger expresamente aquellas estructuras comunitarias creadoras de identidad, se orienta hacia un constructo ficticio y es tendencialmente autodestructivo, precisamente porque el pensamiento de la libertad y el interés en su realización, mantenimiento y defensa es, él mismo, una tradición cultural. Donde esta tradición no posee una obligación que también impregne el derecho, ahí resulta sacrificada la misma idea de liber-

tad, en favor de una tecnología social científicista “más allá de la libertad y la dignidad”. Con el comunitarismo retorna el viejo pensamiento de que el orden jurídico debería ordenarse a una idea previa de la vida buena, que no se deja reducir a la idea de libertad de todos los individuos. De la idea clásica de derecho natural se distinguen los comunitaristas por su relativismo. Los elementos de una semejante vida buena común difieren en razón del origen geográfico y la época histórica. Los liberales, en cambio, son los herederos del universalismo del derecho natural, si bien el único principio universalista es precisamente el desarrollo del yo y la libertad de acción. Esta es una norma absoluta, pero la única norma absoluta cuyo cumplimiento hace de un orden coactivo un orden jurídico. Los comunitaristas han heredado el elemento de contenido del derecho natural, los liberales el elemento formal.

Ahora bien, de hecho ocurre que la libertad humana no es un punto abstracto e indiferente, a partir del cual podamos sentar arbitrariamente valores y preferencias. Donde el hombre ve sustraídas sus raíces y arrebatada su identidad hasta el extremo de quedar reducido él mismo a un punto indiferente, ahí ya no puede decirse que sea libre, pues resulta ser, más bien, un juguete incapaz de oponer resistencia a cualquier manipulación. Queda enteramente disponible, capaz de cualquier cosa. La identidad que hace del hombre un ser libre y autodeterminado, es la misma que lo encierra en su espacio de arbitrio. Responsabilidad sólo puede confiarse a aquél para el que determinadas cosas son santas y que no es está dispuesto ni es capaz de todo, por tanto para aquél para quien existe un “*non possum*”. Esta identidad se construye en un espacio cultural. Es histórica. Pero en la base de esta identidad histórica se encuentra lo que llamamos la naturaleza del hombre. Se habla a menudo de que los hombres se ponen a sí mismos fines. En realidad los hombres e proponen únicamente fines, si encuentran en ellos ciertos fines elementales. Los fines elementales se encuentran prefigurados en la naturaleza tendencial del hombre. Seres personales que no se encontraran ligados entre sí

mediante una naturaleza común, no podrían en absoluto percibirse recíprocamente como libres. Y no podrían tampoco juzgar, interpretar y ponderar los fines de sus acciones recíprocamente. No podrían fundamentar la precedencia de unas determinadas metas de las acciones sobre otras. Los intereses en conflicto serían sencillamente inconmensurables. No podría tener lugar una comparación racional. Sólo la fuerza de imposición promovería decisiones. Con otras palabras: algo así como un orden jurídico no sería posible. Nosotros nos percibimos recíprocamente como personas, pero con una determinada naturaleza. Sabemos lo que es el hambre y la sed, helarse y sudar, lo que es la tendencia sexual, el dolor, el cansancio, el movimiento, la comodidad y el placer. Comprendemos que alguien ve, oye, siente y huele, porque nosotros mismos percibimos de este modo. Todas estas tendencias naturales no son para la libertad humana puros hechos neutrales a los que podamos reaccionar de un modo u otro según nuestro arbitrio. Son más bien hechos vectoriales que prejuzgan nuestras acciones. Quien tiene sed no necesita, como persona libre, un motivo ulterior para beber. Más bien necesitaría un fundamento para no hacerlo. Pues la sed es un fundamento *prima-facie* para beber. Sin tales fundamentos *prima-facie* no podríamos llegar a distribución alguna de deberes fundamentales. Y sin una tal distribución, los discursos jurídicos no llegarían jamás a decisiones.

Ciertamente la tendencia humana no es un mero impulso irracional. Más bien ella es humana en la medida en que resulta interpretada como tendencia cuyo *telos* natural se nos oculta. A diferencia de los animales sabemos para qué es bueno comer y por qué, en consecuencia, lo es también el tener hambre. Por eso, ante la falta crónica de apetito no reaccionamos sin más absteniéndonos de comer, sino que tomamos medidas para superar la falta de apetito. Y porque sabemos para qué es buena la tendencia sexual en el mundo de los vivientes, heterosexualidad y homosexualidad no se nos presentan, en una consideración racional de

las cosas, como dos orientaciones sexuales de igual rango, sino que una se nos presenta como lo normal y la otra como una desviación patológica.

Un orden jurídico que, en contra de la ley el arte médico, prohíbe al psiquiatra acoger la orientación hacia el mismo sexo de un paciente como síntoma relevante en una *anamnesis* escrita, es irracional. Dicho orden considera al hombre no como persona con la naturaleza específica del *homo sapiens*, sino como sujeto trascendental para el que todo se resuelve, de una manera muy abstracta, en maximizar el placer y evitar el dolor.

Quiero aclarar mediante algunos ejemplos por qué un orden jurídico cuyo sentido es la libertad recíproca entre los hombres, presupone necesariamente determinadas convicciones acerca de lo que resulta provechoso o perjudicial para el hombre, y por cierto, no sólo por lo que hace a su cuerpo, sino también por lo que hace a su alma. Lo último se pondrá de manifiesto especialmente al tratar la que es principal tarea de toda sociedad: la educación. Por fortuna, para formas extremas de daño al alma de los niños esto es reconocido en nuestro país, como lo muestran la penalización de la pornografía infantil y otros modos de protección sexual de los menores de edad, por mucho que contra esto se viene protestando desde hace tiempo desde el lado emancipatorio. Sin embargo, la creciente violencia de los jóvenes comienza a hacer tambalearse el dogma liberal según el cual las escuelas públicas no tienen encargo alguno de educar, porque todas las orientaciones morales son asunto privado de forma que, en todo caso, debería educarse para la tolerancia. Pero la tolerancia es, en sentido estricto, una virtud secundaria. El que yo deba respetar las orientaciones valorativas de otros, o bien se fundamenta en una convicción positiva acerca de lo que es bueno u malo, o bien carece de fundamento. Y es fácil advertir que precisamente la disposición a la violencia se extiende más entre los escolares cuyos maestros no tienen otra cosa que ofrecer más que tolerancia, y que, por lo demás, son relativistas en moral. Los escolares de

tales profesores caen muy fácilmente en el relativismo cínico. Para ser tolerante en situaciones críticas y también para serlo de forma permanente se requiere de una convicción positiva. Por eso, tal y como quisiera mostrar al final, la virtud de la tolerancia se encuentra hoy en retroceso.

Por fundamentales razones antropológicas, para llegar a ser humano, un hombre necesita educación: necesita aprender una lengua madre; necesita ejercitarse en determinados modos de trato consigo mismo; necesita autodisciplina, para convertirse en un ser capaz de actuar. Sin embargo, tanto la autodisciplina como el poder querer no se aprenden en ejercicios abstractos, sino sólo allí donde se tiene que ver con algo y con algo que es serio: por tanto sólo allí donde se transmiten metas que merecen ser queridas. Un orden jurídico que abandone todo esto al arbitrio privado se estaría organizando según el principio “después de nosotros, el diluvio”. Sería un orden que prescindiría de que una sociedad es esencialmente una unidad que trasciende varias generaciones. Desde esta perspectiva el liberalismo es esencialmente parasitario. Esto se muestra con especial claridad hoy, cuando los fundamentos de la supervivencia del hombre a largo plazo se encuentran amenazados. En este ámbito hemos llegado a saber por primera vez en mucho tiempo que lo acertado y lo equivocado no se identifican con la mayoría y los capaces de consenso. Pues las condiciones de supervivencia son las que son. Si el consenso que logramos acerca de lo que hay que hacer no corresponde a estas condiciones objetivas, entonces esto se mostrará cuando sea demasiado tarde. Si algo se mueve hoy en este sentido en una sociedad hedonista, ello tiene que ver con que los peligros se encuentran tan próximos que incluso los decisores actuales tienen razones para temer que pertenecerán ellos mismos a las víctimas. En este caso se deja oír también el reclamo de una dictadura ecológica, es decir, la propuesta de una separación del orden político del consenso de la mayoría para orientarlo según conocimientos objetivos y seguros sobre aquello que resulta necesario para la

supervivencia del género. Entre tanto se pasará por alto que, de hecho, dictaduras con una orientación semejante son todavía menos adecuadas que las democracias, pues las dictaduras deben organizar sus medidas bajo el aspecto de sistema y mantenimiento de poder en una medida mucho más alta que las democracias, abandonando de este modo las metas para la que fueron erigidas.

A los dogmas liberales pertenece el que cada hombre tenga derecho dañarse a sí mismo. Esto desempeña un papel muy grande en la discusión acerca de la liberalización o el castigo por el consumo de drogas. En este contexto, no obstante, se pone de manifiesto claramente la interna contradicción de esta postura, pues colisiona con el principio del estado del bienestar generalmente reconocido, según el cual el Estado no puede dejar hundirse a nadie sin ayudarlo. Esto, sin embargo, significa que los costes de un uso ruinoso de la libertad se socializan constantemente, es decir, que son descargados sobre otros. La liberalización del consumo de drogas únicamente sería una exigencia presentable si fuera acompañada de la consecuencia lógica de que los toxicómanos incapacitados para el trabajo libremente se murieran de hambre o se les dejara terminar sus días miserablemente en alguna parte. Pero ni siquiera esto privatizaría el problema de manera consecuente. Pues permanece el problema del aumento de criminalidad. Es una extraña consecuencia del individualismo liberal el que siempre tenga mayor interés en la protección del agresor que en la protección de la víctima. Pues, dado que el hombre es un animal social, no hay ningún orden humano de libertad que no contenga elementos normativos que se extraen de la naturaleza genérica y de la identidad histórica del hombre. El hecho de que tales elementos sean controvertidos no quiere decir que se puedan privatizar. Todas las verdades manifiestas son controvertidas. "Toda palabra manifiesta trae consigo a su contraria", escribe Goethe. Esto tiene que ver, de una parte, con la capacidad humana para una reflexión infinita; de otra, con el hecho de que,

en cualquiera de sus formulaciones, las verdades trascendentales sólo alcanzan a expresarse inadecuadamente. Esto ya lo había visto Platón, cuando escribía que los hombres sólo pueden *acercarse* a la justicia, y por eso siempre se deberían mezclar los principios de la justicia aritmética y proporcional. Un ejemplo actual es la discusión acerca de la subvención por hijo igual para todos (*Kindergeld*) o la contribución libre de impuestos, pero también (otro ejemplo) la mezcla del sueldo por trabajo realizado y el salario-base según tarifas estipuladas por convenio. Pero de ahí no se sigue que la justicia sea algo puramente subjetivo. La justicia entre los hombres sólo puede existir si se cuidan las normas que se extraen de ella, lo que yo he llamado carácter vectorial de la naturaleza humana. Que de las consecuencias jurídicas se sigan controversias depende del estatuto trascendental de conceptos como libertad y justicia. Esto nuevamente permite comprender por qué la configuración del derecho siempre es política, es decir, por qué conduce a la rivalidad y aún a la enemistad. Neutralizar esta rivalidad de tal manera que se conserve en el liberalismo es una ilusión. El liberalismo se comprende a sí mismo como una meta-posición universalista, que resulta del pluralismo de convicciones morales. Pero no existe tal meta-posición. Toda formulación de un principio universalista es ella misma una posición en la lucha política. Si el relativismo fuera la verdad, entonces toda lucha ideológica sería un malentendido, y sólo habría una alternativa entre la indiferente tolerancia recíproca o, lo que ya no es posible, la pura lucha de poder de intereses. Pero como la lucha es una lucha acerca de la justicia, una lucha en la que lo que está en juego para ambos lados es la justicia, es la lucha misma el lugar en el que, por así decirlo se realiza de manera negativa la unidad del género humano. No hay un tercer lugar neutral fuera de la lucha. Las normas morales más absolutas no se muestran como tales por el hecho de no ser discutidas por nadie, igual que el peligro del agujero de ozono tampoco es una cuestión de visión

subjetiva del mundo, por el hecho de que haya hombres que nieguen tal peligro.

III. NORMAS MORALES INCONDICIONADAS Y DERECHO

Supongamos que aceptamos que no se puede trazar una frontera estricta entre moral y derecho a la vista del contenido de las obligaciones. Los deberes jurídicos son deberes morales en la medida en que vinculan a la persona en conciencia, y no sólo en razón del castigo, como escribe San Pablo. Muchos deberes morales pueden convertirse en deberes jurídicos y hacerlo con algunos es incluso un deber moral. Precisamente desde esta perspectiva el ámbito de la educación es manifiestamente una *res mixta*. La frontera no se deja trazar claramente ni siquiera de modo que digamos que los deberes del hombre hacia sí mismo no podrían ser nunca deberes jurídicos. Pues, como hemos visto, la frontera entre deberes del hombre para consigo mismo y para con otros no es tampoco una frontera clara e inequívoca. La cuestión que ahora quisiera examinar es la de cómo se comportan con aquellas normas morales que no abren espacio alguno a la ponderación responsable de bienes, sino que más bien limitan este espacio de juego a través de prohibiciones que valen sin excepción siempre y en todo lugar, sin consideración de las circunstancias y del contexto. La ética occidental ha conocido desde siempre tales normas. La Iglesia católica defiende hoy su validez contra la mayoría de sus propios teólogos morales. Yo no me quiero dedicar aquí a la fundamentación de tales normas, sino —presuponiendo que las hay— preguntarme si ellas poseen asimismo en la esfera del derecho un estatuto privilegiado y, si ese es el caso, cuáles. Para responder a esta pregunta es importante tener claro que tales normas son exclusivamente normas de omisión, y por tanto prohibiciones, y esto por dos razones prudentes: la primera es que no es en absoluto posible corresponder a deter-

minadas normas positivas de actuación siempre y en todas partes. Pues las circunstancias pueden ser tales que la puesta en práctica de determinadas acciones resulte físicamente imposible. Por el contrario, no resulta físicamente imposible dejar de poner en práctica un *actus humanus*. La segunda razón es esta: una situación concreta se define y caracteriza por un gran número de momentos característicos. Lo que se debe hacer en una situación depende de la totalidad de esos factores. “*Bonum ex integra causa*”, esta frase de Boecio la cita Santo Tomás lo menos cincuenta veces. También el rezo del rosario puede ser malo, si de lo que se trata es de, en lugar de eso, de salvar a un herido. La omisión es ella misma sólo un elemento abstracto en una forma determinada de la praxis. Omitir algo quiere decir hacer otra cosa en lugar de lo omitido. Lo que sea esta “otra cosa” es una cuestión que no se puede decidir de una vez por todas. Algo es decidible de una vez por todas sólo cuando determinados modos de acción nunca pueden ser parte de una respuesta adecuada a una situación dada, pues son siempre equivocados. “*Malum ex quocumque defectu*”. De aquí se sigue ya la respuesta a la pregunta que nos hacíamos. Dice así: toda norma jurídica que prescribe una acción semejante, por tanto un *actus intrinsice malus*, y toda medida política que presta una ayuda a dicho acto en el sentido de una cooperación formal, es injusto, no obliga a obediencia y justifica la resistencia. A esta prohibición no le corresponde un mandato semejante, esto es, una obligación igualmente estricta por parte del legislador, de evitar o criminalizar tales acciones. Evitar tales acciones, en la medida en que infringen el derecho de terceros, debe tener alta prioridad en la política de ponderación de bienes. De lo contrario la política en su totalidad es inmoral. Pero el deber de *evitar* un delito, a diferencia del deber de *omitir* un delito, no tiene nunca el carácter absoluto que deja atrás toda ponderación de bienes. *Actus intrinsice mali* que no infringen inmediatamente el derecho de terceros pueden incluso ser tolerados y regulados legalmente, como por ejemplo, la pros-

titución, si bien una prohibición total de la prostitución no sería en sí misma injusta, en caso de que pudiera ser implantada sin mayores desventajas. La tierra de nadie jurídica en que se mueven esa actividad, se pone de relieve entre otras cosas en el hecho de que aquí el Estado no obliga a observar el acuerdo contractual acerca de prestación y contraprestación.

En lo que sigue, para concluir brevemente, quisiera aclarar el tema con tres círculos de problemas que se significan mediante las palabras clave “matrimonio homosexual”, “aborto” y “eutanasia”, así como a través de la palabra clave “culto divino”.

1. La exigencia del reconocimiento estatal de un matrimonio entre parejas del mismo sexo constituye la conclusión de una campaña para dejar de considerar la homosexualidad como una desviación de una normalidad natural y moral. Pero justamente esta última exigencia muestra lo desviado de esta campaña. Pues el matrimonio se define como institución a través de la diferencia de géneros. No obstante, esto nuevamente sólo resulta comprensible si la apertura en principio hacia la generación de niños pertenece a la definición de matrimonio y constituye el fundamento propio de su privilegio. Pues en otro caso la cuestión de las relaciones sexuales se traslada a la esfera privada, en la que el Estado no puede tener ningún interés legítimo. Pero el tremendo significado de las relaciones eróticas significado que, por ejemplo, deja entre sombras a todos los demás temas de la literatura, tiene sin duda su fundamento en que el género humano debe a este tipo de relación su existencia. Sobre este *finis primarius* se construyen todo lo humano y culturalmente significativo de esta relación. El fin basal puede por eso ser retirado al margen completamente, al igual que en un banquete el fin de la alimentación. Pero la eliminación del fin basal destruiría también el sentido humano y cultural, porque con esa medida la cosa misma sencillamente se convertiría en otra cosa. Ya la misma palabra “sexualidad” implica una relación no de un hombre con otro, sino de un género con otro.

En este contexto quisiera llamar la atención sobre un problema. La renuncia a algo así como un concepto de “normalidad” conduce a que se extravíe en nuestra civilización la idea misma de tolerancia. La tolerancia conduce inmediatamente a la promoción de la completa igualdad de derechos. Esto se advierte en distintos ámbitos. La contrapartida del asunto es que perdura la tendencia a no tolerar a aquél a quien, por cualquier razón, no gustaría incluir en la igualdad de derechos. Y esto vale especialmente para el trato con los que se desvían de lo normal. La sociedad que en la esfera pública hace más que cualquier otra generación precedente a favor de que todos los edificios públicos sean construidos a la medida de los disminuidos físicos, es la misma sociedad que, a través del diagnóstico prenatal, se preocupa de dar indicaciones eugenésicas y preparar la muerte de los niños pequeños disminuidos, a los que, como futuros disminuidos físicos no se les permite vivir en adelante. Es mejor que los diferentes no existan a que sean diferentes.

2. Con ello he llegado al segundo tema, el más agudo, del aborto y la eutanasia. Aquí se verá del modo más claro que el individualismo liberal, por así decirlo, destruye el mismo concepto de derecho desde dentro. Para esta concepción, sólo los individuos libres y auto-conscientes tienen derechos, por tanto sólo aquellos seres que pueden hacer valer sus derechos. Según dicha opinión, el ingreso en esta comunidad de camaradas jurídicos no ocurre *physei*, por naturaleza. Nosotros no somos miembros naturales de esta comunidad, que una vez están aquí, ocupan, por así decirlo, el lugar que les corresponde por herencia, sino que somos mutuamente miembros los unos para los otros (*Kooptierte Mitglieder*). Debemos nuestro derecho a existir a aquellos que nos lo han otorgado, una vez que ya existimos. Y es el estado el que define los criterios, las condiciones de ingreso. Quién sea hombre en el sentido de los derechos humanos, lo determina la ley. “Lo más próximo determina la ley”. Esta frase de la constitución, contra la que se vuelven los grupos poderosos

en el caso del derecho de asilo, se esconde calladamente en el caso del aborto. El derecho a nacer ya no es siquiera una garantía de la institución, por no decir un derecho individual. Que algo análogo se llegaría a exigir para el final de la vida era algo previsible desde hace tiempo. Lo que incrementa la petición de eutanasia es la muerte a deseo. Ya Goebbels había preparado la acción eutanásica del Tercer *Reich* mediante una película en la que se debería despertar la simpatía por una muerte a deseo. Los partidarios de la eutanasia aseguran siempre que la muerte a deseo y la muerte en el interés bien entendido del matado no son comparables con una muerte en interés de la sociedad. Detrás se encuentra nuevamente la idea liberal-individualista, según la cual los intereses individuales y colectivos son susceptibles de separación. La verdad, sin embargo, es que los nazis mataron también a los enfermos mentales con el argumento de que estos hombres no ganaban nada con vivir, y que por eso carecía de sentido que la sociedad hiciera gastos por ellos. Y por lo que respecta a la muerte a deseo, la imposibilidad de aislar el interés individual resulta todavía mucho más clara. Si está permitido pedir la propia muerte, y si está permitido dar cumplimiento a este deseo, entonces cae bajo la responsabilidad del enfermo y del anciano expresar este deseo o no expresarlo. En este caso él se hace automáticamente responsable de todas las cargas que los demás deben soportar por su causa. Pues en ese caso podría sin duda liberarles de ellas. En una sociedad de ancianos cabe imaginar fácilmente lo que eso significa. Del derecho a pedir la propia muerte se haría rápidamente un deber moral y social. Y entonces la vida de aquél que no expresara tal deseo de morir se haría verdaderamente insoportable. Esta consecuencia es manifiestamente tan inevitable que yo no comprendo cómo se puede cerrar los ojos ante ella. Si el derecho no sitúa la muerte de hombres, también la muerte a deseo, bajo castigo sensible, se sustrae realmente a los ancianos y a los enfermos incurables la protección de la vida. Donde se trata de la vida humana como el supuesto

trascendental de toda sociedad jurídica, la protección de la vida sólo puede ser incondicionada. Pues toda ponderación de bienes considera las cosas o las acciones bajo el aspecto de su valor para las personas. Cada valor, sin embargo, tiene un precio. Por eso escribe Kant que el hombre mismo –como supuesto trascendental de cada valor– no tiene precio alguno, sino dignidad. Las cuestiones que se plantean en este punto, cuando a pesar de todo se trata de ponderar vidas humanas (por ejemplo allí donde los medios para salvar vidas son escasos) no las puedo discutir aquí exhaustivamente. Al respecto permítaseme decir tan sólo una cosa: también en este caso la diferencia entre actuar y omitir reviste un significado decisivo. Peter Singer ha objetado que no hay diferencia entre que una madre deje morir a su bebé de hambre o que lo ahogue con un cojín. Sin duda. Pero la ausencia de diferencia no estriba en que toda omisión de una medida salvadora equivalga a matar, sino en que hay una diferencia entre aquello que debemos al hombre en razón de su naturaleza y aquellas medidas adicionales que no debemos a cualquiera en cualquier momento. Sin un concepto de normalidad y sin las diferencias que este permite hacer, no podemos mantener realmente la diferencia entre actuar y omitir. Ernst Tugendhat piensa que también ha matado a su hijo aquél que en ante un cáncer mortal renuncia a una radioterapia, que tal vez podría prolongar la vida del hijo unos tres meses. Precisamente esto es falso y sirve únicamente a que se trivialice la inyección letal, porque la sitúa a un paso de la omisión de la radioterapia. En mi opinión, a la vista de los nuevos métodos de prolongación artificial de la vida, los juristas deben desarrollar nuevos criterios de normalidad que abran a los médicos un espacio de juicio algo más amplio. Y esto para que, con la exigencia de hacer permanentemente lo máximo, no se sacrifique o diluya también el mínimo irrenunciable.

El último punto que quisiera tratar aquí sin poder profundizar lo debido es el deber incondicionado del culto a Dios. Según la comprensión católica, a partir de las obras creadas se puede co-

nocer la existencia de Dios y con ello también el deber de honrarle. Esto significaría que en una sociedad sana —en la medida en que la haya— el culto de Dios es la normalidad privilegiada por el derecho, mientras que el ateísmo sería la anormalidad tolerada, pero no equiparable jurídicamente. La constitución de la República federal alemana menciona en su preámbulo la responsabilidad ante Dios, la constitución de la región de *Nordrhein-Westfalia* hace que sus maestros tengan el deber de educar a los niños en el temor de Dios. La constitución valora el domingo cristiano. Este encargo constitucional no se puede cumplir cuando, por ejemplo, la mayoría de los maestros son ateos o agnósticos. La dificultad en Europa reside en que, entre nosotros, la fe en Dios, en lo esencial, entra en la forma históricamente determinada de la religión cristiana. El privilegio jurídico de esta religión o de una determinada confesión no se puede fundamentar en la verdad de esta religión, pues esa verdad sólo se hace consciente en la fe y la fe es una gracia. Este privilegio sólo puede fundamentarse al modo comunitarista, a partir de la tradición cultural y de la convicción de la mayoría. Rousseau quería por ello hacer obligatoria en el Estado una *religio civile* que estuviera reducida a la así llamada religión natural, por tanto a los elementos que son comprensibles a la razón en cuanto razón. Ahora bien, ocurre que una tal religión natural no existe en ninguna parte. Ella es sólo una abstracción a partir de las religiones históricas existentes, llamadas positivas. El estatuto privilegiado de la religión cristiana en nuestro país se basa en nuestra tradición cultural. El ataque liberal contra este estatuto anticipa la erosión de esta tradición, que pronto deja de ser la mayoritaria. Pero el ataque trata sobre todo de que las convicciones religiosas de la mayoría permanezcan como un asunto privado y no conduzcan a conceder un estatuto privilegiado a una iglesia determinada. Curiosamente, en esta discusión las iglesias nunca toman pie en la pretensión de verdad racional propia de elementos esenciales del cristianismo, y tampoco en el artículo de la constitución que

menciona expresamente a Dios como fundamento de legitimación de todo derecho. La Ilustración quiso reducir el cristianismo a religión natural. El rechazo de esta interpretación fallida, sin embargo, ha conducido a perder de vista que en el cristianismo de hecho se encuentran, contenidos y elevados, todos los elementos de una religión natural. En esta medida, privilegiar el culto divino es un asunto que no puede ser sometido a una decisión mayoritaria del pueblo, en la misma medida en que, según los liberales, no lo puede ser la abolición de la pena de muerte. Misas escolares con comunión generalizada deben ser suprimidas con la mayor rapidez, pero el servicio religioso escolar (*Schulgottesdienste*) y la oración escolar (*Schulgebet*) en modo alguno. Por lo demás afecta esto también a la protección constitucional del domingo. El domingo es en los países de tradición cristiana el día del cumplimiento comunitario del deber universal general a todos los hombres de la adoración a Dios. Que un día semejante –sea en los países islámicos el viernes o en Israel el sábado– sea protegido jurídicamente como día libre de trabajo y que los tiempos de servicio religioso sean liberados de reuniones que compitan con aquellos es una exigencia que los creyentes deben elevar al Estado, aunque resulte controvertida. Pues, como he tratado de mostrar, no es marca de la legitimidad de una pretensión universal el que esa pretensión sea incontrovertible.

CONCLUSIONES

1. Premisas:

- a) Existe el deber moral de someterse a un orden jurídico respaldado con poder coactivo.
- b) Los deberes humanos no se dejan reducir a este deber.
- c) Para poder valer como tales, los órdenes jurídicos deben satisfacer determinadas condiciones de contenido moral.

2. Los órdenes jurídicos modernos son órdenes de asegurar la libertad. La libertad sólo puede ser asegurada a través del derecho si se encuentra estructurada en su contenido a través de presupuestos históricos y morales que prejuzgan el enjuiciamiento de las acciones humanas.

3. El hecho de que estos presupuestos casi en su totalidad sean controvertidos no significa que puedan ser privatizados en su totalidad. En su validez colectiva y en su transmisión a través de la educación descansa de hecho todo desarrollo del ser comunitario.

4. Cualquier universalismo neutralizante de tales convicciones de contenido es ella misma controvertida. No existe camino alguno para evitar la lucha política.

5. La tolerancia frente a las desviaciones de la “normalidad” no puede y no debe significar igualdad de derechos. Ejemplo: homosexualidad.

6. Los criterios de normalidad deben ser adaptados a los nuevos desarrollos técnicos, a fin de que las normas prohibitivas no puedan ser llevadas *ad absurdum*. Ejemplo: prolongación artificial de la vida y eutanasia.

7. Del deber moral incondicionado de honrar a Dios se sigue el deber del Estado de privilegiar la adoración de Dios como normalidad al tiempo que se desarrolla tolerancia frente al ateísmo.

8. El estado no tiene derecho a prescribir, promover o financiar acciones que contradigan los mandamientos morales válidos e incondicionados. El mandato de impedir tales acciones, por el contrario, no goza del mismo carácter incondicional.

