

LA CONCEPCION DE UNA “JUSTICIA POLITICA” DE OTFRIED HÖFFE*

David Sobrevilla**

Poco a poco Otfried Höffe (nacido en 1943), Profesor de filosofía actualmente de la Universidad de Tübingen, se ha ido convirtiendo en uno de los filósofos alemanes más conocidos y estudiados del presente¹. Lamentablemente en español sólo se han traducido parte de sus obras iniciales y otras de carácter más bien secundario² y no existen trabajos de una cierta amplitud sobre sus obras mayores. De allí que en este artículo hayamos querido (I) presentar *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat* [Justicia política. Fundamentación de una filosofía crítica del derecho y del Estado] (Francfort del Meno: Suhrkamp, 1987; citamos por la reimpresión en edición de bolsillo de 1994: 512 pp.), uno de sus libros principales. En la parte final (II) nos referiremos a la repercusión y continuación de los planteamientos de Höffe en otras de sus obras posteriores.

I

Justicia política consta de una introducción y de tres partes. En aquella explica el autor que una crítica del derecho y del Estado emprendi-

* Agradecemos al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y a la Fundación Alexander von Humboldt de la República Federal de Alemania el apoyo que nos han prestado para redactar este trabajo

** Universidad de Lima, Perú.

¹ Lo prueban así numerosos reconocimientos en Alemania y fuera de ella. Por ej. las encuestas periódicas de la revista *Information Philosophie* que lo colocan en uno de los primeros lugares entre los filósofos alemanes con mayor número de menciones en los trabajos de sus colegas extranjeros. Asimismo la cantidad de traducciones de sus obras a otros idiomas. Y por último en nuestra América la circunstancia de que en agosto del año 2000 su obra *Politische Gerechtigkeit* [Justicia política] haya sido objeto de un Simposio Internacional en la Universidad de Río Grande do Sul —el año anterior se había estudiado allí la obra de John Rawls.

² Se han traducido hasta donde llega nuestra información: *Estrategias de lo humano* [1975] (Buenos Aires: Alfa, 1979), *Immanuel Kant* [1983] (Barcelona: Herder, 1986), *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Barcelona: Alfa, 1988), la primera edición de su *Lexikon der Ethik y Derecho intercultural* [1999] (Barcelona: Gedisa, 2000).

da bajo el título de “justicia política” tiene el sentido de una crítica ética de la dominación, que investiga las condiciones y criterios de una dominación justa, separa las formas injustas de las justas, y emplea argumentos éticos para señalar los límites de un Estado que tendencialmente ha llegado a ser demasiado poderoso: el Leviatán. Explica que la idea de una justicia política se halla frente a una doble amenaza: la procedente del positivismo estatal y jurídico, que niega a la justicia dentro del Estado, y la del anarquismo, que rechaza cualquier tipo de dominación y de orden estatal y jurídico. De allí que contra el primero haya que mostrar la legitimidad de la idea de justicia dentro del Estado y los límites de éste, y contra el segundo haya que justificar el orden estatal y jurídico. A cumplir estas tareas están dedicadas las dos primeras partes del libro. En la tercera expone Höffe su propia posición: que el Estado se legitima desde el punto de vista de la justicia, es decir cuando deja de aparecer como el Leviatán descrito por Hobbes para poder hacerlo más bien en la forma de la justicia que para garantizar el orden está armada de una espada. Dicho de una manera más explícita y en forma de tesis de filosofía política: (1) el Estado tiene una obligación para con la justicia, (2) la justicia política constituye la medida normativo-crítica del derecho, y (3) el derecho justo constituye la forma legítima de la coexistencia humana.

1

La primera parte lleva por título: “El punto de vista de la justicia política. Sobre la crítica del positivismo jurídico y estatal”. Por justicia política entiende el autor el punto de vista moral frente al derecho y el Estado, idea que requiere de una mayor determinación y justificación contra los ataques positivistas. Una mayor precisión se la logra hasta un cierto punto con los principios de la imparcialidad y de la no arbitrariedad, que han sido criticados como puramente negativos y, por tanto, como incapaces de decir cuál sea el contenido de la justicia política. Como principios políticos han sido presentados el escuchar a la otra parte en los juicios y el conceder el mismo valor ambas partes a lo intercambiado. Pero estos principios no permiten dejar totalmente de lado el relativismo ético. En el caso de una teoría de la justicia como la de John Rawls encuentra Höffe que, por recurrir ella tácitamente al prin-

cipio de la imparcialidad, comete una *petitio principii*. Estas dificultades llevan al autor a investigar cuáles sean los elementos de una semiótica descriptiva del concepto de “justicia”.

“Justo” o “injusto” son predicados de valoración objetiva con los que designamos algo como legítimo, bueno o correcto; o como ilegítimo, malo o incorrecto. Uno sirve para elogiar lo considerado y el otro para rechazarlo. El objeto evaluado como justo o injusto es la praxis humana en sus distintos aspectos: la acción, sus sujetos, las reglas y sistemas de reglas, y hasta las instituciones en cuyo marco se desarrollan el actuar y omitir humanos. Una determinación más precisa muestra que se trata de acciones socialmente relevantes o de relaciones sociales. En el marco de la praxis social son sobre todo situaciones conflictivas aquellas en que la justicia juega un rol, como dar y tomar, exigir y denegar, distribuir y repartir bienes y cargas. Y hace un tiempo que también se usan estos predicados no sólo para designar la praxis humana frente a los semejantes sino también frente a la naturaleza, en especial frente a los animales. Estos elementos mencionados del concepto de la justicia desembocan en una *obligatoriedad social* —aunque no toda obligatoriedad social involucre la justicia. Para determinar con mayor precisión a qué clase de obligatoriedad pertenece la justicia hay que distinguir entre obligaciones *positivas*, o sea válidas efectivamente dentro de un grupo, y *convencionales*, es decir aquellas que preguntan por la razón de ser de la validez de una obligación efectiva: si es ella correcta o incorrecta. La justicia pertenece al segundo dominio: su concepto requiere de una *legitimación* no positiva sino *crítica*.

Por otra parte, la obligatoriedad puede ser de tres grados: *técnica* o *instrumental*, *pragmática*, y moral o *ética*, y es que algo puede ser bueno para algo, bueno para alguien o simplemente bueno. La justicia es algo que es bueno *en un sentido ético y moral*. A lo que se agrega que la justicia no pertenece a las *obligaciones virtuosas*, como la caridad o la solidaridad, es decir que es algo que no cabe meramente *esperar*, sino que constituye una *obligación jurídica*, o sea algo que se puede *exigir*, por ej. los derechos humanos. Finalmente, hay una justicia *a nivel personal* y otra *a nivel político* ejercida frente al derecho y al Estado.

Lo anterior constituye una mera *descripción* de la justicia política, pero no su *justificación* o *legitimación*. Aunque lo político haya variado con la historia, Höffe cree que permanecen dentro de él estos tres elementos: la unión de personas, la comunidad de generaciones y el que se

trate de una institución social con un carácter coercitivo (*Zwangsscharakter*). El género de lo político está constituido por estos tres elementos. La comunidad política es una institución social de segundo orden, que abarca instituciones primarias como comunidades familiares, pueblerinas o ciudadanas. Lo político comprende diversos aspectos como el religioso, está al servicio –según Aristóteles– de la vida buena, y sus medios son las normas, los usos y las costumbres. La conducta se regula mediante obligaciones jurídicas que constituyen el orden jurídico. De su parte el Estado está formado por el territorio, la soberanía y la división de poderes. En el terreno de la política encontramos relaciones de cooperación y otras donde interviene la coerción limitando la libertad y que se hace presente no sólo en este campo sino en el de muchas otras instituciones. ¿Cómo legitimar la coerción? Encontramos aquí tres gradas. Una separa la coerción legítima (por ej. la de un Estado democrático) de la ilegítima (por ej. la de una tiranía). La segunda pregunta por la coerción característica del derecho y del Estado. Y la tercera inquiere sobre si los elementos coercitivos pertenecen a toda institución social. Según Höffe una crítica del derecho y del Estado con una intención fundamental-filosófica llega hasta la tercera grada y pregunta si puede haber, si está justificada, la coerción social.

Legitimar algo es para el autor acreditarlo o probar su corrección o que está autorizado. “Dentro de un sistema social dado, la legitimación se produce recurriendo a las normas correspondientes, y dentro de un orden jurídico a las leyes respectivas” (70). Podemos llamar a esta legitimación *positiva* o convencional, pero no se puede acudir a ella en el caso de la coerción general, ya que ésta es la que da fuerza a las leyes. Aquí es preciso recurrir a una legitimación normativo-valorativa o *crítica*, que se produce mediante razones pre- o suprapositivas. En este sentido, Höffe sostiene que la coerción social se legitima cuando se muestra que es mejor vivir con ella que sin ella; y se deslegitima en caso contrario: cuando el balance de las razones a favor de la coerción arroja un resultado negativo. Lo que aquí importa es pues hacer un balance de ventajas y desventajas. Pero como hemos visto que hay tres gradas de obligatoriedad –la técnica, la (social)pragmática y la moral– no basta con las dos primeras sino con la última: una institución se legitima o deslegitima por las ventajas o las desventajas morales que trae a las personas a quienes afecta, y esto no en un sentido *colectivo*, como quiere el utilitarismo, sino en uno *distributivo*. Según Höffe se puede conside-

rar una obligatoriedad social como moralmente legítima cuando “ella trae consigo para cada uno de los afectados más ventajas que desventajas. El criterio es una *ventaja distributiva* y no *colectiva*” (76). “Con el criterio de la ventaja distributiva se relativiza la obligatoriedad (social) en favor de aquella tercera grada valorativa, que conocimos como valoración moral, cercana al punto de vista de la justicia. Al legitimar la autorización para ejercer la coerción social la perspectiva de la justicia no se muestra por ello como un lujo superfluo, sino como una necesidad” (76).

Para Höffe una valoración normativa que no entra en compromiso con otras valoraciones y que frente a ellas representa la condición de su obligatoriedad normativa tiene –conforme a Kant– una validez categórica. De allí que se pueda denominar a la justicia como un imperativo categórico para las relaciones sociales en las que se autoriza la coerción; y a la justicia política un imperativo categórico de los órdenes jurídicos y estatales, es decir, un imperativo categórico del derecho y del Estado (77).

En cuanto se entiende la justicia como una ventaja distributiva se debe probarla en un procedimiento de dos fases. Primero, hay que mostrar que la institución de un orden social con una autorización coercitiva o la de una entidad jurídica y estatal constituye una ventaja para los grupos involucrados; y luego que la ventaja que obtiene el grupo aprovecha a cada uno de sus miembros. En el primer paso la legitimación política es (social)pragmática, y en el segundo adquiere su significado específico de justicia. En cualquier caso, la justicia no ignora los intereses de los afectados, sino que vela porque las ventajas no recaigan sólo sobre los menos y las desventajas sobre los demás.

Como la justicia política apunta, al igual que el derecho natural, a una instancia jurídica suprapositiva, hay que preguntar si el fracaso del pensamiento jusnaturalista, no afecte también a la teoría de la justicia. Höffe reconoce que muchas de las críticas objetivas y metodológicas contra el pensamiento jusnaturalista se justifican, pero sostiene que otras son en cambio excesivas y hasta interesadas. En este sentido, pide renovar el jusnaturalismo mediante la idea de un *derecho natural crítico* que evite los problemas del jusnaturalismo tradicional. Menciona que, por ejemplo, el derecho natural no sólo ha apoyado los privilegios de las clases más favorecidas, sino que también los ha combatido, actitud ésta que habría que salvaguardar y recuperar en un jusnaturalismo crí-

tico. Este derecho natural crítico no es que esté próximo al planteamiento de la justicia política, sino que se identifica con él (109). Para recuperar la idea del derecho natural crítico Höffe recomienda distinguir dentro del concepto de la naturaleza entre un sentido puramente descriptivo, otro teleológico y finalmente uno tercero moral. En este contexto, si por naturaleza se entiende dentro del derecho natural el sentido descriptivo de naturaleza, es evidente que al pasar de ella al plano del deber-ser se estaría cometiendo la falacia naturalista. Pero la verdad es que en la filosofía del derecho de Kant la palabra naturaleza no tiene un sentido descriptivo sino moral, por lo que si se la toma con este significado y se pasa de ella al plano del deber-ser no se estaría incurriendo entonces en la falacia mencionada. En suma, el discurso de la justicia política constituye el fundamento normativo o el heredero legítimo de la tradición del derecho natural.

Höffe discute básicamente tres variantes del positivismo jurídico: las de Kelsen y Hart, las de Hobbes y Austin y la de Niklas Luhmann. La primera sostiene la posición separatista entre derecho y moral, en contra de la que el autor opone la tesis vincucionista del último Radbruch posterior al nazismo, quien afirmaba por esa época un *moralismo jurídico*. Por su parte, Höffe se declara partidario de esta posición, pero con la precisión de que la vinculación entre derecho y moral no es esencial a toda relación jurídica, pero sí para el orden jurídico en su conjunto: sin un mínimo de justicia, no puede denominarse –tampoco en un sentido positivista– “derecho” a las obligaciones coercitivas (128). Según Hobbes no es la verdad sino la autoridad lo que hace la ley. El autor observa que en la concepción hobbesiana del derecho como algo hecho se olvida al derecho consuetudinario tradicional; y de otro lado advierte que la palabra *auctoritas* que Hobbes usa es ambigua: apunta a la autoría, pero también al poder que hace la ley que debe ser “autorizado”, es decir que la *potestas* no es la *violentia* sino el hecho de que un orden jurídico se ciña a la legalidad. Finalmente se debe tener en cuenta que la autoridad que hace la ley es reconocida por los ciudadanos. A lo que hay que agregar, según Höffe, que en contra de una difundida opinión Hobbes no era un partidario incondicional de un absolutismo ilimitado, ya que el poder del soberano se halla para él limitado por los principios de justicia que aceptaba y por cierto por el poder de Dios. No obstante, es claro que el autor tampoco está de acuerdo con la posición positivista de Hobbes, aunque reconozca que es más elaborada que

la de Austin. Höffe distingue en el concepto de justicia un aspecto definitorio del derecho y otro normativo del mismo, concede al positivismo que en el concepto del derecho no hay lugar para la justicia normativa del derecho, pero niega que no lo haya para la definitoria. En este sentido, trata de poner en claro que no es posible una definición puramente formal del derecho que no haga referencia a la justicia (166-168).

Por último Höffe discute la variante del positivismo representada por el planteamiento de Niklas Luhmann según quien se puede alcanzar la legitimación (o sea el carácter “justo” de un sistema jurídico) mediante el mero procedimiento: en su opinión aquí no se discute en verdad la legitimación del orden jurídico, sino su carácter meramente técnico y estratégico. Crítica a la que Höffe añade lo problemático que es el primado que Luhmann concede al sistema económico sobre los otros sistemas sociales, posición que descuida o ignora el papel que ha jugado la transformación de la autoconciencia del hombre occidental que cada vez más ha reconocido el valor de la moral, por ejemplo, en el caso de los derechos humanos.

2

La segunda parte del libro de Höffe, “¿Libertad de dominación o dominación justa?”, contiene su crítica al anarquismo. En cierta manera ella ya se inició en la parte anterior, pues la justicia definitoria del derecho significa *eo ipso* la legitimación de éste: corresponde a la mera *forma* del derecho que no se aplique cualquier tipo de violencia a los ciudadanos, sino una que esté al servicio de los intereses distributivamente comunes. No obstante, ésta es una legitimación provisoria, ya que además es necesario delimitar la coacción social de otras formas de coerción y mostrar que la forma jurídica de coacción está justificada por ser justa.

¿Es posible una sociedad libre de dominación? A menudo se ha elevado contra el anarquismo el reproche de carecer de sentido de la realidad, pero Höffe cree que este reparo sólo es en parte correcto, pues cuando el anarquismo sostiene que toda dominación es ilegítima hay que entender su pretensión en forma normativa y no empírica.

El autor afirma que se puede distinguir entre una dominación *prepolítica*, otra *política* y una tercera *pospolítica* o personal. La primera corresponde a un supraordenamiento meramente social, que no

tiene un carácter jurídico y estatal y que podría dominarse *dominación natural*. La dominación por ejemplo, de los padres sobre los hijos durante el tiempo en que éstos necesitan su ayuda. La *dominación política* surge cuando se reparten ciertas atribuciones durante un cierto tiempo o en definitiva, generándose el poder político. Y finalmente hay una *dominación pospolítica* o *personal* cuando las medidas coercitivas no proceden de los cargos sino de ciertas personas, como sucede en la dictadura o en el despotismo. El anarquismo defiende una destrucción paulatina de la dominación que vaya desde la dominación pospolítica a la prepolítica o natural. Para conocer la medida en que se pueda desmontar la dominación, encuentra el autor que hay que recurrir a los datos de la antropología, con lo que se escapará a la objeción de apoyarse la filosofía en un deber-ser, a lo que se deberá sumar la perspectiva ética, con lo que se evitaría la crítica de derivar del ser el deber-ser. En consecuencia, el intento de legitimar la dominación acude a la “antropología política” y a la “ética” a la vez.

¿Es el hombre un ser cooperativo o conflictivo? Podemos encontrar una *via antiqua* en la antigüedad en Aristóteles que concebía al hombre como un ser fundamentalmente cooperativo, y una *via moderna* en Hobbes que lo veía como un ser básicamente conflictivo. En Platón cree Höffe que se encuentra una visión ambigua del ser humano considerándolo como un ser a la vez conflictivo y cooperativo. En síntesis, hallamos en Platón y Aristóteles una serie de razones para afirmar que la cooperación es provechosa cuando es justa. Ambos muestran que una medida relativamente alta de diferenciación económica y social posee sentido. Pero las razones para la cooperación no ponen en evidencia por qué la vida en común tendría que adoptar un carácter coercitivo y la coerción en forma jurídica y estatal.

En este momento Höffe propone hacer un experimento intelectual que no puede ni quiere sustituir a la experiencia, pero sí dar un primer paso argumentativo con la menor cantidad posible de presuposiciones. El experimento consiste en imaginar el estado de naturaleza del hombre y tratar de concebirlo como totalmente libre de dominación. En este estado de naturaleza ni siquiera existirían derechos subjetivos en el sentido de Hobbes y de Nozick, sino que tendríamos un estado sin comunidad jurídica, y con limitaciones a la libertad, pero sin instituciones coercitivas. El resultado de este experimento intelectual es que la coexistencia de personas libres debe tener siempre en cuenta el surgimiento

de conflictos, ya que la libertad de un ser humano se encuentra limitada por la del otro. En consecuencia, el hombre no tiene una existencia sólo cooperativa sino también conflictiva, concepto que no debe entenderse de manera psicológica sino social. No es pues la introducción de la propiedad lo que genera los conflictos, tampoco el hecho de que el hombre desee siempre más o el carácter pulsional de la vida humana. Es la coerción social fundamental la que se encuentra a la base de la vida humana, la que lleva al orden jurídico y social, el cual debe organizarse mediante regulaciones o reglas.

La libertad del hombre va de la mano con su fragilidad y el hecho de estar expuesto él a la violencia. De joven el ser humano debe recurrir a la ayuda de sus padres y de los demás y requiere de la educación; y de viejo también necesita del apoyo de los otros por su carácter quebrantado. Mientras los animales poseen instintos, tienen los seres humanos instituciones según A. Gehlen, recuerda Höffe. Mas las instituciones no poseen un carácter tan sólo positivo sino también negativo para el hombre, ya que limitan su libertad y se imponen mediante la coerción. Por lo demás, el autor sostiene que la afirmación de la acción humana no ocurre sólo desde afuera mediante las instituciones sino también desde adentro a través de las disposiciones del carácter. “Ambas formas, la analogía instintiva social y personal, se complementan recíprocamente” (367). Las instituciones y el carácter constituyen así la “segunda naturaleza del hombre”. Las instituciones operan de manera estabilizadora, pero no de una forma meramente utilitaria sino obedeciendo también al principio de la justicia. En este sentido si el apoyo que los padres prestan a sus hijos tiene lugar inicialmente de manera asimétrica, con el tiempo son los hijos los que apoyan a sus padres, con lo que se restablece la simetría mostrándose la importancia del principio de la justicia para el entramado social.

3

La tercera parte del libro se titula “La justicia política como principio de una comunidad de libertad”. Según Höffe en la primera parte de su libro defendió el punto de vista ético como un principio normativo de tercer grado (simplemente bueno) y como una ventaja distributiva, y en la segunda parte ha mostrado las condiciones de aplicación de la

justicia política. Ahora hay que intermediar ambas partes aplicando lo normativo a lo descriptivo. Esto se logra mostrando que hay un *estado secundario de la naturaleza* que es superior al *primario*; luego que la *institucionalización* de las reglas —es decir la superación del estado secundario de la naturaleza— es más ventajoso para todos los involucrados; y, asimismo, la *institucionalización* del derecho y del Estado.

Aplicamos lo normativo a lo descriptivo según Höffe mostrando que las limitaciones de las libertades y su coerción recíproca tienen que ser estructuradas en forma distributivamente ventajosa: el principio fundamental es la coexistencia de las libertades de un modo distributivamente ventajoso. En el estado primario de naturaleza, cada uno tiene la posibilidad de causar daños a los otros, pero al precio de sufrírselos: en esto consiste la simetría de poder ser un victimario mas a la vez una víctima. En el estado secundario de naturaleza se renuncia a la libertad de causar daños al otro, y la ventaja es que también el otro hace lo mismo: se trata de un intercambio *negativo*: no se da algo, sino que más bien se renuncia a algo. No obstante, esta renuncia tiene un significado positivo. De allí que si se quiere ver este intercambio como una cooperación se deba hablar más bien de una *cooperación* negativa y no positiva. Con ello se reduce el área de los conflictos sociales o se regula la forma de los conflictos. La renuncia recíproca a la libertad consiste en el reconocimiento mutuo de una prohibición. La renuncia negativa a dañar al otro (a matarlo, a enjuiciarlo, a perturbar los cultos religiosos) tiene un significado *positivo*: si renuncio a dañar al otro, el otro también renunciará a causarme daños, de modo que así se asegurará la integridad del cuerpo y de la acción, de la propiedad, del honor y de la libertad de religión. Esta limitación de la libertad se la cambia con un semejante asegurando la propia libertad, la renuncia a la libertad se la retribuye con una pretensión de libertad.

¿Qué es más ventajoso: ser una víctima o un victimario? Por la simetría aquí existente entre el ser víctima y el ser victimario, sostiene Höffe que la alternativa se da entre el elegir una cosa (ser víctima) y a la vez la otra (ser victimario), y el no preferir ni una cosa ni la otra (no ser víctima ni victimario). En Hobbes existiría a este respecto una prioridad clara: elegir entre el derecho a la vida y la libertad de matar, prioridad que es la misma para todo ser humano sin excepción. Esta prioridad la apoya Hobbes en una premisa antropológica que a Höffe le parece

discutible: en el temor a una muerte violenta que domina todas las necesidades y los intereses. Esta premisa le parece al autor discutible, porque piensa que a Hobbes le pudo ser claro que hay muchos seres humanos para los que existen cosas mucho más importantes que la mera supervivencia: la fe, el honor, el cumplimiento del deber, la libertad etc.

El propio Höffe afirma que en el estado secundario de naturaleza lo más ventajoso es no elegir ni una cosa ni la otra (no ser víctima ni victimario) y no, como en el estado primario de naturaleza, el elegir una cosa o la otra (ser o víctima o victimario). Para él la aporía desaparece cuando se retiene al criterio de la ventaja distributiva debilitándose entretanto las premisas antropológicas hasta evaluar la ventaja no a partir de los rezagos de las asunciones del concepto objetivo de felicidad, sino que se la determina como una condición general de la acción. Es decir que aquí se presenta un interés universalizable (lo que es bueno para todos) como un precepto moral y no como un precepto de sagacidad (*Klugheit*) (lo que es bueno para mí).

Lo que esto significa en concreto es que como a la gente le importa más no ser muerta que tener la libertad de matar, acepta gustosa el trato de la renuncia mutua a la posibilidad de causar daños, sin que esto signifique que coloque a la subsistencia por encima de todas las cosas. Es decir que determinamos que hay una *prioridad relativa* de lo primero (preferir no ser muerto a tener la posibilidad de matar al otro) en la mayor parte de las personas, frente a la *prioridad absoluta* de lo segundo (el poner a la subsistencia por sobre todas las cosas). La solución está pues en colocar el intercambio de libertad a un nivel tan general que cada persona prefiera no ser un posible victimario ni tampoco una víctima posible; y donde además tenga un costo tan elevado ser una víctima, que cada persona se incline por la alternativa “ni víctima, ni victimario” a la alternativa “tanto víctima como victimario”. El primer criterio se lo satisface cuando se mencionan fundamentos antropológicos de la acción independientes de su relación a fenómenos históricos y sociales; y el segundo cuando lo que está en juego son las condiciones básicas y el marco, sin los que no es posible la libertad de acción del ser humano.

Una de estas condiciones irrenunciables de la libertad es el interés en el cuerpo y la vida, que en este sentido constituye una condición trascendental de la libertad de la acción. Para reconocerlo no necesitamos redactar una filosofía del cuerpo (y de la vida) ni tampoco establecer si

el cuerpo es un organismo, un sistema, lo opuesto al alma o simplemente un conjunto de estímulos y reacciones. Cuando manifestamos que el interés en el cuerpo y en la vida constituye una condición trascendental de la libertad de acción, lo que queremos decir es que, pese a que alguien pueda no tener mucho apego a la vida, debe tener –conciente o inconcientemente– un interés en el cuerpo y la vida, porque de otra manera no podría desear nada ni cumplir sus deseos. “Con independencia de aquello a lo que se aspire o se evite desde el punto de vista del contenido, el cuerpo y la vida son las condiciones que en general hacen posible un deseo orientado a la acción. En este sentido, el martir religioso o político querrá decidir él mismo en favor de qué sacrifica su vida: no para ser atropellado o asaltado, sino a fin de permanecer fiel a su convicción religiosa o política” (391).

Otra de las condiciones trascendentales de la libertad de la acción es la libertad de pensamiento. Según Höffe los otros derechos de la libertad caen dentro de estos dos: “la condición física para la capacidad de la acción reside en la integridad del cuerpo y de la vida, la condición cognitiva y a la vez social en el derecho al libre uso de la capacidad de expresarse y comunicarse” (*Gerechtigkeit als Tausch? Zum politischen Projekt der Moderne*. Baden-Baden: Nomos, 1991: 27).

El autor agrega que el interés trascendental no basta por sí solo para justificar que la sociedad se declare competente para regular el intercambio y que intervenga introduciendo medidas coactivas. Otro elemento que hay que tener en cuenta es que la protección de la vida y de la libertad de opinión reposan en la reciprocidad, y otro más es que lo intercambiado debe ser de igual valor, con lo que el intercambio pasa a ser justo.

Como la renuncia a hacer daño y la limitación de las libertades llevan a una coacción para ambas partes, pero se cumple en forma totalmente libre, podemos hablar en este caso de una *coacción sin coacción*, lo que representa –visto hegelianamente– el momento de verdad del anarquismo. Este es el plano de la justicia natural.

La noción de justicia natural nos lleva a la de los derechos humanos. Muchas veces se ha manifestado que ellos sólo constituyen un descubrimiento moderno y que en verdad son por ello *relativos*. No obstante, Höffe sostiene que en este caso se confunde el “contexto del descubrimiento” y “el de justificación”: los derechos humanos han sido en efecto descubiertos en fecha relativamente reciente, pero ellos tienen una

validez general. Por lo demás, algunas prohibiciones han sido conocidas por casi todas las culturas como la prohibición de matar. Otros derechos humanos fueron reconocidos en una época y después desconocidos, por ej. la libertad de religión que fue intolerantemente erradicada por el Cristianismo. A lo que se agrega que los derechos humanos hay que concebirlos como una ventaja *distributiva*, es decir, para cada ser humano, y no como una ventaja *colectiva*, o sea para la mayoría –como quiere el utilitarismo.

Al arribar al plano de la justicia natural hemos llegado a encontrar los *principios intermedios de justicia*: la renuncia recíproca a la libertad ilimitada funda verdaderos derechos humanos, o sea reivindicaciones subjetivas con una pretensión por ambos lados y universales. En el caso de los derechos humanos las prestaciones no son *positivas*: proveer ciertos bienes o servicios, sino como ya dijimos más bien *negativas*: no matar, no injuriar, no robar etc. Y ya que una reivindicación negativa se sigue desde afuera, ella tiene el carácter de una coacción; y tratándose de un derecho moral no representa ninguna violencia sino una reivindicación coactiva o sea un derecho *moral*.

Höffe cree que la justicia natural adolece de un déficit de realidad. El déficit inicial consiste en su *falta de determinación común*. Frente al principio más alto de la justicia, las libertades fundamentales representan una ventaja enorme: especifican el derecho al propio cuerpo, a la opinión, a la religión etc; pero los principios intermedios de justicia son bastante generales y tienen que ser traducidos a reglas aplicables para que adquieran determinación. Así por ej. hay que precisar cuándo resulta transgredido el derecho al propio cuerpo; o si el concebido tiene un derecho a la vida; o el enfermo incurable un derecho a la muerte. Además se presentan aquí conflictos de interpretación: ¿qué debe valer más: la libertad de opinión o el derecho al honor?. En consecuencia, las libertades fundamentales tienen que ser exactamente delimitadas y claramente distinguibles unas de otras.

Otro de los déficits de realidad de la justicia natural es su falta de capacidad para poder imponerse jurídicamente, y es que a la pretensión coactiva de la justicia natural le falta *capacidad coactiva*.

Para superar estos problemas es necesario pasar del nivel de la justicia natural al de la *institucionalización* de la justicia. Que la institucionalización de la justicia es necesaria se observa del dilema del *free-rider*, del gorrón (y además del dilema del prisionero). El gorrón es quien, en

una sociedad que cuenta con la colaboración de todos sus miembros, aprovecha de todas las oportunidades para sacar una ventaja: si se moviliza en metro –por ejemplo– no paga boleto aprovechando de que hay pocos controladores. Si la sociedad estuviera constituida sólo por dos miembros, la mejor opción sería que ambos pagaran y la peor que ninguno pague. Sería tonto que sólo uno pague. De allí que lo racional sea que cada uno renuncie a obtener una ventaja máxima. Pero esto no se puede alcanzar presentando las ventajas a lograrse, sino sólo institucionalizando la justicia. “El dilema muestra que la justicia, sin una autorización común para que se ejerza la coacción, no se convertirá en realidad; en una situación libre de una coacción común, la justicia no llega a alcanzar realidad” (419). Este dilema *sincrónico* se repite en la perspectiva *diacrónica* en el dilema que se plantea a las generaciones: cuando los jóvenes se comportan de una manera ventajista frente a los mayores.

En primer lugar hay que seleccionar los conflictos de interpretación en torno a las libertades fundamentales.

La solución, el *principio* de determinación de la justicia, consiste de dos principios parciales; pues las renunciaciones recíprocas a la libertad ilimitada tienen que ser delimitadas exactamente y en forma común. La delimitación exacta radica en una *positivización*, la comunidad de la delimitación con ayuda de un poder ni individual ni particular sino más bien general; él es ejercido –en el lenguaje jurídico– por un poder no privado sino *público*. (429)

Veamos primero el principio de la *positivización*. Cómo haya de verse la delimitación general y “pública”, es algo que depende de las experiencias históricas y de las condiciones sociales marginales, por lo que no tiene la misma forma en todas partes. En las sociedades modernas adopta la de la pirámide jurídica descrita por Hans Kelsen con una norma básica, leyes y normas reglamentarias, y además con una división de poderes. El criterio general que Höffe establece es que a fin de que las renunciaciones recíprocas a la libertad ilimitada se concreten en la realidad, se requiere de poderes públicos con la tarea y facultad de definir exactamente la renuncia recíproca a la libertad ilimitada, y en lugar de una sociedad jurídica natural se hace necesario un orden jurídico positivo y público.

Con ayuda del principio de la determinación se legitima una suerte de coacción jurídica: la coacción formal. A fin de que las acciones privadas y públicas satisfagan la primera condición de la justicia, es necesario que se sometan a ciertas prescripciones formales sin cuyo reconocimiento no se producen actos jurídicos válidos. Las prescripciones formales puede establecérselas de muy diferente manera.

Con el objeto de solucionar el dilema del gorrón y de eliminar el peligro de que el orden positivo de la libertad quede reducido a una “fórmula vacía” (Hobbes, *Leviatán*, capt. 17) hay que solucionar el segundo déficit de realidad de la justicia natural y hay que hacer que la deshonestidad o el engaño no sean rentables. Para que las renunciaciones (positivo-jurídicas) a la libertad ilimitada no sean aprovechadas parasitariamente, es preciso que el orden jurídico tenga la capacidad de imponerse; y que sea armado con la “espada de la justicia” (Hobbes, *De cive*, VI, 5). La capacidad de imposición tiene un carácter jurídico y no es algo privado sino público; de allí que el segundo principio destinado a satisfacer el déficit de realidad de la justicia natural sea el *poder jurídico público*. Este impone penas que desaniman al gorrón de utilizar el sistema jurídico y público en su beneficio.

Finalmente y para solucionar el problema de la justicia entre las generaciones y que algunas de ellas no vengan a utilizar unilateralmente el orden jurídico es preciso orientarlas en este sentido e *institucionalizar* la equidad entre las generaciones.

Con lo anterior Höffe sostiene que ha legitimado el orden jurídico y estatal y que ha terminado de mostrar la insubsistencia de lo que pueda quedar de anarquismo, pues “Una comunidad que fija obligatoriamente las renunciaciones a la libertad [ilimitada, D.S.] que son ventajosas a todos, y que, de ser necesario, las impone mediante la coacción, no es un poder ilegítimo, sino que, por el contrario, es una condición de realidad para la coexistencia legítima” (433-434). Es decir que se ha justificado que la renuncia negativa a la libertad es justa.

Según el autor, su teoría de la legitimación política puede entenderse como una teoría contractual, si despojamos a ésta de su pretensión de referirse al origen histórico del Estado y la entendemos sólo como un concepto metodológico. Höffe encuentra que en la teoría del contrato social hallamos tres elementos: el del acuerdo libre de los contratantes, el de la transmisión de ciertos derechos y obligaciones y el de la obliga-

ción de los contratantes de cumplir lo ofrecido. Todos estos planteamientos se hallarían en la teoría de Höffe:

El libre acuerdo corresponde a la ventaja distributiva o a la libertad de dominación como premisa legitimatoria, la transmisión de derechos y obligaciones a las renunciaciones recíprocas de las libertades o a la justicia natural como intercambio (negativo), y la validez con fuerza jurídica a las condiciones que dan realidad a las renunciaciones a la libertad. En todos estos tres puntos de vista está en juego la justicia: en la ventaja distributiva está en juego el principio general, el punto de vista de la justicia; en las renunciaciones a la libertad están en juego la justicia natural y sus principios intermedios; y en la justicia con fuerza jurídica está en juego la realidad de la justicia. (447)

Como en el contrato social se acuerdan libertades fundamentales y éstas tienen un significado trascendental, Höffe sostiene que aquí se trata de un *contrato trascendental sobre la libertad y el derecho*.

En la parte final del libro el autor considera algunas estrategias de la justicia política, entendiendo por tales los numerosos “métodos” –vías, fuerzas y procedimientos– para vincular todo lo que se pueda los poderes públicos a la justicia. Estas estrategias son de una parte *estrategias de positivización*, con las que los principios de la justicia encuentran su reconocimiento históricamente correcto; y *estrategias de enjuiciamiento*, con las que son redeterminadas las figuras jurídicas a ser reconocidas.

Entre las estrategias de positivización de la justicia política Höffe se refiere a cómo se ha juzgado que la democracia es la mejor forma de llegar a garantizar la justicia concreta y los derechos humanos, ya que ella es una forma de organizar el Estado sobre la base de la justicia; pero cómo hay que ser cautelosos a este respecto, porque en la democracia hay deformaciones superficiales y de fondo y daños colaterales que operan en contra de la justicia. Por sí sola la democracia no puede invalidar aquella “regla fundamental de la gramática política” según la cual quien tiene el suficiente poder para conceder la justicia también lo tiene para denegarla.

Otra estrategia es el Estado constitucional con su división de poderes que ha permitido establecer contrapesos a fin de evitar el abuso del poder. En este sentido, aunque los derechos humanos no sean una crea-

ción de Occidente, cree Höffe que la época moderna de la historia tiene una enorme importancia para su positivización.

Finalmente otra ventaja a la que se refiere es a si el Estado debe ser mínimo o social –entendiendo por tal no sólo un Estado de bienestar que ponga el acento en la felicidad de los ciudadanos. Höffe piensa que hay que desmitologizar esta última versión del Estado social, ya que no es realista asignarle la meta de lograr la felicidad de sus ciudadanos; pero que también hay que criticar la tesis del Estado mínimo, pues el Estado no es sólo una organización con funciones de coordinación sino que en nombre de la justicia debe ayudar a cumplir aquellas funciones que instituciones primarias como la familia no pueden realizar.

No obstante, Höffe cree que hay que depotenciar al Estado en razón de dos argumentos precisos: el primero se refiere al fundamento de su legitimación:

El Estado no es legítimo ni en gracia de sí mismo ni tampoco en razón de un otorgamiento de poder (civil) [por una fuente, D.S.] trascendente. La legitimación del Estado se sigue de la capacidad de adhesión distributivamente universal. Según el segundo argumento el Estado no es de una ventaja inmediata sino más bien secundaria y subsidiaria, algo que sirve a la imposición de los derechos de la libertad (1991: 32)

Que la legitimación del Estado se siga de la noción del intercambio trascendental otorga una preeminencia a la justicia conmutativa sobre la distributiva. En efecto, porque, excepto la naturaleza, todo lo que es objeto de la justicia procede de la elaboración humana, es aquí pertinente la justicia conmutativa. La justicia distributiva supone que se hace un reparto desde arriba: por parte de Dios, la naturaleza o el Estado, por lo que, si lo que es materia de justicia es algo que no procede del esfuerzo humano, la justicia correspondiente será la distributiva.

En cuanto a las estrategias de enjuiciamiento, Höffe propone rehabilitar la facultad del juicio, lo que permite superar el modelo utilitarista del cálculo de utilidades gracias a la aplicación –mediante el juicio– de los principios de la justicia en forma comunicativa a los casos concretos que se presenten; sugiere “discursos “ético-políticos” en los procesos comunicativos en que se busca un consejo en favor de una justicia concreta, y se refiere también al papel que debe jugar una consejería multidisciplinar de carácter científico en lo tocante a los asuntos políticos.

II

Justicia política tuvo una gran repercusión en Alemania. Entre sus reseñas más representativas se encuentra la que le hizo Jürgen Habermas el año 1989³, que es en parte muy elogiosa y en parte muy crítica. Aquí nos referiremos primero a la reseña habermasiana (1) y luego a la respuesta de Höffe a Habermas (2). Mencionaremos después algunos desarrollos posteriores de su planteamiento y otras reacciones al mismo (3). Y, finalmente, ofreceremos un juicio personal sobre algunos aspectos básicos de *Justicia política* (4).

1

Luego de hacer una reseña del libro de Höffe, Habermas elogia sus aspectos positivos en la discusión con el positivismo, pero a la vez sostiene que el libro comparte las mismas debilidades de los trabajos de los precursores del liberalismo clásico: 1) partir de un planteamiento individualista, 2) descuidar el principio democrático, y 3) oponer en forma abstracta el derecho natural al proceso histórico.

1) Según Habermas Höffe lleva a cabo una discusión con un anarquismo circunscrito en forma vaga, no siendo plausible traer a colación a este respecto a Platón y a Aristóteles. La razón sería que el autor desea oponer a las utopías de la libertad de dominación y a sus perspectivas comunitaristas un modelo de conflicto basado en presupuestos individualistas. También el concepto de derecho desarrollado por Höffe, cree Habermas, que es de cuño individualista en el sentido de la teoría kantiana del derecho.

Los problemas del *individualismo posesivo* los querría solucionar el autor recurriendo a la teoría de las instituciones de A. Gehlen. Mas los conflictos surgidos entre los individuos no pueden pensarse tan sólo desde una perspectiva individualista sino que debe vérselos también

³ Lleva el título de “Límites del normativismo del derecho natural racional” y fue publicada originalmente en la revista *Politische Vierteljahresschrift*, 30, 1989: 320-327. Fue recogida por Habermas en su libro *Die nachholende Revolution* (Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1990: 71-81). Se la puede leer en español en la traducción del libro aparecida con el título de *La necesidad de revisión de la izquierda* (Madrid: Tecnos, 1996: 101-106).

desde una perspectiva interindividual, como la propuesta por G.H. Mead, ya que hay que respetar el peso que tiene lo que Hegel denominaba “espíritu objetivo” sobre el individuo. “Antes de que la coacción social refluya sobre los individuos, tienen que haber sido ellos constituidos socialmente. Si se concibe la sociedad –conforme al modelo de la limitación recíproca de “personas libres en el mismo mundo externo”– meramente como coacción social, desaparecen tras de las *constraining conditions* las *enabling conditions*” (1990: 78).

2) Para Habermas Höffe, no ha tenido en cuenta al anarquismo societario en su discusión, por lo que no ha podido aprender de él. En efecto, el anarquismo societario parte del concepto de una asociación libre, por lo que no desemboca en la concepción de una sociedad organizada contractualistamente –en el sentido de un orden organizado sobre una base instrumental y estratégica. “Una sociedad integrada a base de asociaciones y no de mercados –por ejemplo el mercado del intercambio negativo de libertades– constituiría un orden político y a la vez espontáneo fundado sobre la razón. El modelo de miembros de la sociedad que se asocian libremente es un equivalente al estado que lleva al contrato social según la forma liberal de lectura. El modelo de la asociación libre que sustituye al contrato pone en lugar del mecanismo de intercambio el entendimiento coordinador de la acción acerca de problemas a ser solucionados en forma común” (79).

Según Habermas el experimento intelectual llevado a cabo por Höffe sólo permite fundamentar la idea de las libertades básicas o derechos humanos, pero no muestra cómo se llega –bajo la presión de demandas históricas cambiantes- a derechos fundamentales *específicos*, ni tampoco provee un procedimiento según el cual una demanda concreta de regulación pueda ser satisfecha con ayuda del derecho positivo en forma tal que las leyes que se promulguen tengan la pretensión de ser legítimas. Su detallado comentario de la *Política* aristotélica cegaría a Höffe para la concepción de la democracia que se halla en Rousseau en la que se unen la razón práctica y la voluntad soberana. Lo que no significa que el planteamiento de Rousseau sea hoy satisfactorio, ya que es demasiado sustancialista y debe ser procedualizado más.

3) Finalmente, el procedimiento de Höffe se encontraría demasiado en deuda con una tradición del derecho natural que hoy es incapaz de dar cuenta de los problemas que presenta la realidad social. Frente a esta posición la ética del discurso (del propio Habermas) no prejuzgaría sobre la posición afirmativa/negativa de los participantes.

2

Höffe publicó su respuesta de inmediato en la misma revista en que Habermas había hecho aparecer su reseña (*Politische Vierteljahresschrift*, 30, 1989: 531-535; ha recogido después su texto en su libro *Kategorische Rechtsprinzipien*. Francfort del Meno: Suhrkamp, 1994: 378-390) con el título de “Präjudizien des Diskurses: eine Erwiderung” (Prejuicios del discurso: una réplica). En su opinión: 1) su libro *Justicia política* sí contiene una intersubjetividad de alto grado, pero desarrollada de una manera ajena tanto a la teoría tradicional como a la de la pragmática comunicativa; 2) la nueva estrategia legitimadora –la intersubjetividad como intercambio trascendental– está motivada por un tema especial: el de la ética jurídica y estatal. Dicha estrategia arroja una luz distinta sobre sus presupuestos pretendidamente individualistas: no hay que entenderlos de una manera sustancial sino sólo desde el punto de vista de la teoría de la legitimación; y 3) los principios de la justicia de la teoría del intercambio tienen para un discurso práctico (sobre el derecho) el rango de presupuestos inevitables.

1) Höffe sostiene que tanto la teoría rawlsiana de la justicia como la teoría habermasiana de la ética comunicativa y la suya propia de la justicia política, proceden de Kant, pero que se diferencian por la forma de argumentación que eligen a fin de llegar a una praxis correcta. En el caso de Habermas ha asumido la idea de G.H. Mead de que cada persona debe ponerse en el lugar del otro y tratar de complementar la perspectiva individual con la social. En el caso de su propia teoría sostiene Höffe que su planteamiento recurre a los intereses de los participantes en la praxis, pero no a cualesquiera intereses sino a los más altos, a los que por ello hay que considerar como trascendentales. Por sí solos estos intereses no justifican la intervención de la sociedad, sino recién cuando se produce un intercambio que está caracterizado por la reciprocidad. El paradigma de este toma y daca recíproco es el *intercambio* al que denominamos –por referirse a los más altos intereses huma-

nos— *transcendental*. En este proceso se constituye la subjetividad práctica como una reciprocidad trascendental que está unida a una intersubjetividad trascendental. “Para que esta constitución intersubjetiva del sujeto práctico no resulte imposible o sea dañada, la creación social asume la tarea de brindar seguridad. Porque este aseguramiento beneficia a cada sujeto y se refiere a intereses que son irrenunciables para la constitución del sujeto práctico, es justo por ello y sólo por ello que la coacción es social” (1994: 384). En consecuencia, Höffe sostiene que su planteamiento no es de cuño individual sino interindividual, y agrega que ha denominado “justicia natural” a lo que Habermas tiene en mente como *enabling conditions*, pero que a ellas se añaden luego las *constraining conditions*: la coacción social que es el precio que hay que pagar por la ventaja de asegurar los propios intereses. El nombre más preciso de estas *constraining conditions* es el de “Estado de justicia”. A la vez el autor recuerda que él está en favor de una depotenciación del Estado.

2) Höffe sostiene que su planteamiento no fundamenta tanto una teoría liberal del Estado como un modo de pensamiento liberal: el de un legítimo individualismo teórico. En verdad, el autor cree que con el concepto del *intercambio trascendental* va más allá no sólo del “individualismo posesivo” sino de la misma idea kantiana del derecho. Según Kant el derecho posibilitaría que el sujeto se hiciera capaz de actuar en el campo de los conflictos sociales. En cambio, la *Justicia política* concibe la capa elemental del derecho a partir de aquellas condiciones de la subjetividad práctica que son en sí mismas intersubjetivas. Por otra parte, mientras Kant tenía reparos frente a un Estado social, la *Justicia política* se mantiene abierta frente a esta tarea. Asume en cambio de Kant la idea de los imperativos categóricos del derecho que apuntan a lo que constituye la tarea fundamental de cualquier ética del derecho.

3) Según Höffe el intercambio trascendental designa las condiciones mínimas de todo derecho legítimo. Los principios desarrollados bajo el título de justicia natural tendrían el significado de presupuestos inevitables del derecho, y para todo el orden jurídico el rango de decisiones morales previas. En cierto modo corresponden a los presupuestos del discurso práctico planteados por J. Habermas apoyándose en ideas de Robert Alexy.

Höffe considera que en todo discurso práctico-jurídico se debe diferenciar dos gradas. Mientras la primera se refiere a las condiciones ele-

mentales y mínimas de legitimación del derecho y del Estado, la segunda lo hace a las condiciones reales de la democracia. La *Justicia política* sólo ha concentrado su atención en la primera grada, por lo que no puede pedírsele –como sucede con Habermas– que se explaye sobre la forma cómo –a partir de las libertades básicas– se han desarrollado los derechos fundamentales específicos; o que se refiera a algún tipo de procedimientos que permitan confirmar si una ley determinada es legítima o no. Estos son temas que no pueden esperarse de un trabajo que tiene un carácter fundamentante, pero sí de “discursos ético-políticos” que habrán de desarrollarse en trabajos posteriores.

3

Luego de *Justicia política* la producción de Otfried Höffe ha proseguido a un ritmo incesante: el año 1988 publicó *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatstheorie* [Hasta un pueblo de demonios necesita del Estado. Ensayos filosóficos acerca de teoría jurídica y estatal], colección de artículos en que aplicó su planteamiento en estos campos –el título varía una frase muy conocida de Kant en *La paz perpetua*. En 1994 hizo aparecer *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne* [Principios jurídicos categóricos. Un contrapunto de la modernidad] en que trató de aclarar el concepto y la fundamentación de estos principios mediante “una conversación con Kant”, ponerlos a prueba confrontándolos con el utilitarismo y examinando algunos ejemplos kantianos, y cotejándolos con algunas propuestas contemporáneas de cepa kantiana: básicamente con las de John Rawls y la ética del discurso de Apel y Habermas. En 1995 Höffe dió a la imprenta *Moral als Preis der Moderne. Ein Versuch über Wissenschaft, Technik und Umwelt* [Moral como precio de la modernidad. Un ensayo sobre ciencia, técnica y medio ambiente], otra colección de textos sobre esta trilogía temática que le preocupa de una manera especial. En 1996 publicó *Vernunft und Recht. Bausteine für einen interkulturellen Diskurs* [Razón y derecho. Elementos constructivos para un discurso intercultural], libro en que trató de legitimar el Estado en general y el Estado constitucional democrático en particular por medio de la razón (“social”) en el derecho. A este res-

pecto Höffe emplea dos variedades de razón: la “razón definitoria jurídica” que presenta la mera forma jurídica, y la “razón normadora jurídica” que prescribe ciertas configuraciones de la forma jurídica. En la segunda parte del libro, el autor se dedicó a responder a algunas preguntas de actualidad. El año 1999 apareció su libro *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?. Ein philosophischer Versuch* [¿Hay un derecho penal intercultural? Un ensayo filosófico] (La traducción española –por lo general muy fiel– cambia el título con una considerable licencia a *Derecho Intercultural*), que contiene las reflexiones interculturales del autor acerca de los fundamentos de la comprensión del crimen y de las consecuencias penales, así como el tratamiento racional de esta materia. En esta obra se anuncian muchos de los temas de la siguiente publicada el mismo año: *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* [Democracia en la época de la globalización]. Según Höffe la globalización es el gran reto de nuestra época y por democracia entiende una democracia cualificada que obedece a principios de justicia y que es el modelo de una sociedad responsable. La propuesta del autor para enfrentar el fenómeno de la globalización es una república mundial subsidiaria y federal, a la que le asigna una serie de tareas. El año 2001 Höffe lanzó *Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung* [Justicia. Una introducción filosófica]. No son éstos todos los libros publicados entretanto por Höffe, sino los principales, además de muchos artículos, ediciones y comentarios. De toda esta amplia producción nos atreveríamos a sostener que sus obras más importantes son: *Justicia política*, *Principios jurídicos categóricos*, *Razón y derecho* y *Democracia en la época de la globalización*,

Un significativo testimonio de la gran acogida brindada a *Justicia política* es el volumen editado por Wolfgang Kersting *Gerechtigkeit als Tausch? Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes* [¿Justicia como intercambio? Discusiones con la filosofía política de Otfried Höffe] (Francfort del Meno: Suhrkamp, 1997; 375 p.). El volumen compilaba artículos en parte ya publicados en revistas especializadas como una reacción a *Justicia política* y a *Principios jurídicos categóricos* y en parte textos especialmente escritos para este libro. Según el editor:

Los artículos aquí reunidos colocan a la fundamentación del Estado y a la filosofía de los derechos humanos de Höffe en su contexto sistemático e histórico. Exploran las relaciones del pensamiento de Höffe con sus grandes predecesores Hobbes y Kant, y comparan el carácter de sus concepciones de justicia y conceptos de racionalidad y lógica de la argumentación con la elaboración de los textos didácticos y de los modos argumentativos en la filosofía contemporánea de Rawls, Nozick, Buchanan y otros (8).

Pero la mayoría de los artículos no sólo celebraban al libro o a los libros del autor, sino que además les formulaban una serie de críticas muy agudas. Al final el autor les dedicaba una réplica. Allí comenzaba explicando el trasfondo y las pretensiones de su libro: ir más a fondo en su intento de fundamentar la legitimidad del derecho y del Estado que otros enfoques como el de Rawls en *Una teoría de la justicia* o el de Habermas en *Facticidad y validez*; y asimismo atender más a las oportunidades de aplicación de su propio planteamiento. Posteriormente se concentraba en responder a las objeciones que se le habían hecho. Una de ellas es que en *Justicia política* hay una supervaloración del Estado que contrasta con la tesis ahora dominante de que estamos asistiendo más bien a la “muerte del Estado”. En contra sostiene Höffe que en efecto el Estado ha perdido poder; pero que, a la vez, se le han impuesto muchas más funciones –a las de fomentar la educación y el mercado de trabajo se han agregado otras como las de promover la cultura y la técnica y velar por el medio ambiente, etc.-, de modo que difícilmente puede hablarse hoy de la “muerte del Estado”. El autor reconoce que tiene en efecto una enorme confianza en la facultad del juicio, como se ha dicho por alguno de los críticos; y manifiesta que ella y discursos ético-políticos sobre el estudio de casos podrán ayudarnos a solucionar las difíciles y complejas situaciones que se presentan en el aborto y la eutanasia. Sostiene además que con *Justicia política* se ha dado un primer paso en el largo camino que todavía falta por recorrer para poder definir lo que significa la expresión “justicia social” que no se encuentra en la teoría clásica (en Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Hobbes, Kant, etc.) y que se emplea habitualmente sin rendir cuenta de ella. Al advertir que se le critica por tomar partido por una dominación legitimada o por el conflicto, en lugar de decidirse por una crítica radical de la dominación o por desprenderse de la dicotomía

“conflicto/cooperación”, responde Höffe que lo que hay en su libro en lugar de una utopía inalcanzable es el afán de tomar en serio la pregunta formulada por Karl Marx en sus *Escritos de juventud* de cuáles sean las condiciones de una libre asociación de los individuos, aunque reconoce a la vez que las respuestas que ofrece no concuerdan con las del mismo Marx. En su opinión es imprescindible escribir una antropología de los derechos humanos, pues en contra de lo que afirman algunos de sus críticos –que el derecho es “un resultado altamente improbable y tardío de la evolución social”–, encuentra Höffe que casi se halla ligado a la *conditio humana* –de hecho el autor ha hecho importantes aportes a este respecto en un artículo de 1994 y en sus libros de 1999 *¿Hay un derecho penal intercultural?* y *Democracia en la época de la globalización*. Finalmente se refiere a la metafísica que se hallaría subyacente en las obras prácticas de Kant.

Otro testimonio de la repercusión hallada por los planteamientos de Höffe –aunque constreñido al tema de la ética normativo-crítica del autor– es el capítulo al respecto del libro de Walter Reese-Schäfer *Grenzgänge der Moral. Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politischen Ethik* [Corredores limítrofes de la moral. El nuevo discurso europeo-americano sobre la ética política] (Fracfort del Meno: Suhrkamp, 1997: 173-204).

4

Justicia política constituye uno de los libros más importantes de filosofía política aparecido en Alemania hacia fines del siglo XX –el otro gran libro es *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas que es posterior (1992). Antes había introducido Höffe allí mismo mucha de la filosofía política norteamericana última con trabajos en especial sobre John Rawls. Pero más allá de estos hechos, limitados sin duda por una circunstancia nacional, *Justicia política* es un gran libro por sus méritos intrínsecos: una obra con una arquitectura bien proyectada, informada y que se aplica a una tarea que no ha sido muy a menudo encarada: justificar la coerción del Estado y del derecho. Posteriormente, en libros posteriores como en *Razón y derecho* y en *Democracia en la época de la globalización*, Höffe ha ido bastante más lejos en sus esfuerzos tratando de procurar una base intercultural a su fundamentación del Esta-

do y del derecho y de acreditar que la democracia es la forma política que mejor satisface las exigencias de la justicia y razón humanas. En este sentido, en tanto que Rawls y Habermas sólo habrían llevado a cabo una “hermenéutica de la democracia”, Höffe eleva la pretensión de haber mostrado la validez intercultural de esta forma política ante el tribunal de la razón y de la justicia⁴.

En este lugar sólo quisiera referirme a algunos problemas que considero claves en *Justicia política*: 1. a algunas dificultades metodológicas, 2. a su concepción del intercambio trascendental, 3. a su fundamentación de los derechos humanos, y 4. a su fundamentación del derecho y del Estado.

1. Problemas metodológicos

Pese a que *Justicia política* es una obra bien construida, presenta problemas metodológicos insoslayables. La primera parte del libro contiene la crítica de Höffe al positivismo jurídico, la segunda al anarquismo y la tercera su legitimación del Estado y del derecho. Una de las preguntas que aquí surgen es por qué concede el autor la misma atención a criticar el positivismo jurídico y el anarquismo si, mientras el primero ha mantenido una gran vigencia –como lo acreditan los nombres de Kelsen, Hart o Luhmann–, el segundo apenas conserva hoy alguna importancia en la filosofía política contemporánea. Otra pregunta es la ausencia en cambio en *Justicia política* de una discusión equivalente con otras corrientes de más presencia actual, como el utilitarismo, con el que recién debatió Höffe en *Principios jurídicos categóricos*. Estas preguntas muestran que la organización del libro debe más a una arquitectura abstracta y atemporal que a un reconocimiento de la importancia intrínseca de las corrientes a las que critica.

Otra dificultad ha sido señalada por Jürgen Habermas con respecto a la discusión con el anarquismo: que tiene lugar en forma muy vaga –como expusimos. En forma parecida señala Norbert Hoerster que la crítica de Höffe al positivismo jurídico tiene más que ver con la imagen que de él se hace el autor que con lo que efectivamente sostienen

⁴ Cf. su texto “Nur Hermeneutik der Demokratie?”, en: *Vernunft und Recht*. Francfort del Meno: Suhrkamp, 1996: 137-159.

los representantes de este movimiento (*Cfr.* su artículo “¿Una victoria filosófica sobre el positivismo jurídico?”, en: W. Kersting (Ed.), *Gerechtigkeit als Tausch?:* 321-330). (No obstante lo cual, pensamos que también Höffe tiene razón cuando responde que él plantea críticas puntuales a Kelsen y Hart, a Hobbes y Austin y a Niklas Luhmann, a las que a su vez Hoerster no se esfuerza en responder).

La otra cara de la crítica del autor al positivismo jurídico es su poco convincente reivindicación del iusnaturalismo en la variante que llama de un “iusnaturalismo crítico”. En efecto, en lugar de tratar de responder a las numerosísimas y fundadas objeciones que se han dirigido contra el iusnaturalismo, por ejemplo, por Kelsen, se limita a manifestar que dichas críticas son excesivas e interesadas, que el iusnaturalismo no fue sólo retardatario sino también progresista (lo que ya había sido sostenido antes pero más pormenorizadamente por Ernst Bloch en *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961 [Derecho natural y dignidad humana]), y que en la expresión “derecho natural” el adjetivo “natural” no posee un sentido descriptivo ni teleológico sino moral, por lo que al emplearlo en el campo del derecho no está cometiendo la falacia naturalista. Por otra parte, Höffe no aclara nunca por qué la variante del iusnaturalismo que propone sea precisamente “crítica”.

Finalmente, el autor no explica en forma satisfactoria muchos de los conceptos que utiliza. Así por ejemplo emplea de una manera dispendiosa el adjetivo *trascendental* hablando de “intereses *trascendentales*”, de un “intercambio *trascendental*”, de un “contrato *trascendental*” –veremos después si en el caso del “intercambio *trascendental*” este uso se justifica. Höffe multiplica además categorías tradicionales que aparecen entonces en inusitadas nuevas variantes, como por ejemplo “estado primario de naturaleza” y “estado secundario de naturaleza”. O asume la teoría de las instituciones de Arnold Gehlen sin hacer las precisiones indispensables. Con razón comprueba a este respecto Volker Gerhardt lapidariamente: “Sobre *la función del* sentido y sobre el rol de las *instituciones* se encuentran en Höffe meras indicaciones” (*Gerechtigkeit als Tausch?:* 78). En este sentido muchos de los conceptos que emplea el autor permanecen bastante brumosos.

2. La idea de un intercambio trascendental

La idea clave sobre la que todo el libro de Höffe gira es la del intercambio trascendental. El autor sugiere que su origen se halla en el es-

tudio de Marcel Maus “Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades primitivas” (1923/24) (Höffe, “Réplica”, en: W. Kersting (Ed.), *Gerechtigkeit als Tausch?*: 346). Según Maus las civilizaciones primitivas con un cierto grado de desarrollo estaban dominadas por el principio del *potlacht*: por las obligaciones de dar, recibir y devolver –Maus se refería a civilizaciones con un cierto grado de desarrollo que deberían haber superado la fase de la “prestación total” (de clase a clase, de familia a familia) y que sin embargo no habían llegado al contrato individual puro, al mercado en que circula el dinero, a la venta propiamente dicha y, sobre todo, a la noción de precio estimado en moneda legal. Höffe ha reemplazado la idea de *prestaciones positivas* (la del don y contradón), por las de *prestaciones negativas*: por la renuncia recíproca a amenazar al otro con ejercer violencia sobre el cuerpo y la vida, con respecto a la práctica de la religión o a la libertad de expresión y conciencia o sobre las propiedades. Es a partir de esta renuncia que se generaría la subjetividad (“Réplica”: 347).

Para el planteamiento del intercambio trascendental es decisiva la idea de la ventaja distributiva: la idea de que el intercambio se lleva a cabo en razón de una ventaja que ha de beneficiar a cada una de las personas intervinientes y a la vez a todos en conjunto. Esta idea permitiría superar tanto al utilitarismo, con su propuesta de una ventaja colectiva sobre el individuo, como a Rousseau, con su planteamiento de un interés general en que el individuo no pueda reconocer el suyo propio.

El intercambio es trascendental según Höffe porque aquí no se intercambian cualesquiera bienes sino que el intercambio tiene lugar sobre las condiciones de la capacidad de acción o de la subjetividad práctica (la vida y la muerte ante todo etc.). El autor escribe en *Democracia en la época de la globalización*:

En tanto *conditions of agency* consisten estas condiciones no en hechos empíricos generales, sino en intereses lógicamente superiores. Surgen de una teoría de la acción, que se orienta a las condiciones de la capacidad de la acción, a partir de una teoría de la acción en cuanto tal trascendental y pueden denominarse intereses trascendentales –relativamente (*Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. Munich: Beck, 1999: 55)

¿Es sostenible la idea del intercambio trascendental tal como la plantea Otfried Höffe? Examinemos en primer lugar la reelaboración a la

que somete a la propuesta de Marcel Maus sobre el *potlacht*, después si al intercambio en que piensa el autor se le puede llamar *trascendental* y veamos, finalmente, la coherencia de su propuesta sobre la fundamentación de los derechos humanos

En principio, tenemos la impresión de que la elaboración a la que somete Höffe la idea del *potlacht* de Marcel Maus va a contracorriente de lo que pensaba el antropólogo francés. En efecto, como Georges Bataille ha explicado en “La noción de gasto” (1933) y *La parte maldita* (1949) en la visión de Maus la noción del intercambio era tratada como una pérdida suntuaria de los objetos cedidos. En este sentido, el intercambio no se originaba en la necesidad de adquirir sino, por el contrario, en la necesidad contraria de destrucción y de pérdida —es decir que se encontraba en el extremo opuesto de la noción de *trueque*. Es así como podía dar lugar al lujo, al derroche, a la construcción de monumentos suntuarios, a la guerra, a las actividades sexuales perversas etc., en suma: a la destrucción y a la muerte. En cambio, la noción de intercambio tal como la piensa Höffe parece ser sólo la de un *trueque negativo* y conduce más bien a la preservación del cuerpo y la salud, al derecho de hablar y practicar una religión, a la conservación de la propiedad etc., esto es, a lo que hoy se conoce como derechos humanos.

No podemos dejar de observar que mientras Maus y Bataille acreditaron con numerosísimos ejemplos que la práctica del *potlacht* fue ampliamente conocida y por así decirlo natural a las sociedades primitivas con un cierto grado de desarrollo, el intercambio negativo que propone Höffe da la impresión de ser un experimento meramente intelectual: el de intercambiar la renuncia a la violencia en nombre de una ventaja distributiva. Lo anterior no implica sin duda que este intercambio sea imposible; pero, de darse, ¿merece ser llamado *trascendental*? Kant denominaba “trascendental” al conocimiento de la posibilidad de aplicación de lo apriórico a la experiencia. Las categorías son así trascendentales porque posibilitan la experiencia, por ej. la categoría de la causalidad: sin ella no podemos enlazar la causa con el efecto, es decir, “pensar” ambas cosas conjuntamente. ¿Se da algo así en el caso de las prestaciones negativas? Tenemos la impresión de que no, pues ya el hecho de que se pueda preferir la oposición “ni víctima ni victimario” a la de “o víctima o victimario” muestra que aquí no estamos en relación a algo apriori en la experiencia práctica sino a una oposición de un ca-

rácter más bien empírico que elegimos en nombre de la ventaja distributiva.

3. La fundamentación de los derechos humanos

En *Justicia política* y en los libros posteriores –sobre todo en *Democracia en la época de la globalización*– ha tratado Höffe de fundamentar las tres generaciones conocidas de derechos humanos. Según el autor la realización de los intereses trascendentales tiene como condición de posibilidad su intercambio recíproco –y como aquí estamos hablando de intereses trascendentales se trata como hemos dicho de un intercambio trascendental. Este intercambio tiene lugar en tres formas distintas naciendo de ellas los distintos grupos de derechos humanos. Existe en primer lugar una *reciprocidad negativa* en el intercambio: se intercambian renunciaciones a dañar al otro, lo que conduce a los derechos de libertad negativa (se conviene en que se es libre para no dañar al otro). Hay en segundo lugar una *reciprocidad positiva* en el intercambio: el intercambio de prestaciones positivas, lo que fundamenta los derechos de libertad positiva o derechos sociales. Y existe, por último, una *reciprocidad de la autorización política*, que se concreta en derechos de cogestión democrática. Los derechos de libertad negativa y positiva se acuerdan según un *protocontrato jurídico*, y los derechos de cogestión democrática mediante un *protocontrato político*. Mediante aquel protocontrato se supera el estado de naturaleza primario en que no hay derecho ni Estado, pero subsistiendo un estado de naturaleza secundario que se deja atrás mediante el protocontrato político.

Por no haber lugar a exponer aquí el pensamiento de Höffe en los libros posteriores a *Justicia política* sólo podemos mencionar aquí este planteamiento. Únicamente quisiéramos agregar que su fundamentación de los derechos humanos de la primera generación depende de su idea de un intercambio trascendental; y que como se observa en cuanto a los derechos de segunda y tercera generación varía considerablemente el carácter y el alcance de su propuesta, por lo que ésta no parece ser por lo tanto muy unitaria.

4. La legitimación del derecho y del Estado

En consonancia con una tradición del pensamiento político afirma Höffe la hipótesis de un *estado de naturaleza* al que designa como un

estado presocial y prepolítico de coexistencia humana sin derecho y sin Estado. En verdad él lo denomina *estado de naturaleza primario*, del que sostiene que hay que diferenciar un *estado de naturaleza secundario*. En éste sigue ausente un orden jurídico y estatal, pero en cambio ya hay derechos naturales o normas morales que limitan el comportamiento humano. Peter Koller ha comparado con pertinencia el primer estado de naturaleza a la concepción hobbesiana del estado de naturaleza y el segundo a la concepción lockeana del mismo (*Gerechtigkeit als Tausch?*: 293).

Vimos que según Höffe la renuncia a hacer daño y la limitación de las libertades nos llevan al plano de la *justicia natural*, en el que se descubren los derechos humanos. Y mencionamos también que para el autor el plano de la justicia natural adolece de un déficit de realidad consistente en su *falta de determinación común* y en su *falta de capacidad para imponerse coactivamente*. A lo que se agrega el dilema de la *justicia entre las generaciones*. Son de este déficit y de este dilema de los que surgen el derecho y el Estado. De la necesidad de una determinación común nace la *positivización* de los derechos humanos y las libertades humanas, lo que posibilita delimitar exactamente las renunciaciones recíprocas a la libertad. De la falta de capacidad de la justicia natural se genera *el poder jurídico público provisto de una capacidad coactiva*. Y como respuesta al dilema de las generaciones se presenta la necesidad de *institucionalizar* la equidad entre ellas.

Peter Koller ha realizado una crítica a estas ideas de Höffe⁵ que nos parece correcta y que quisiéramos frasear a nuestra manera. En verdad, mucho de lo anterior nos parece –como a Koller– acertado, pero que se refiere tan sólo al derecho y al Estado modernos. En efecto, Höffe parece tener a la vista una formación moderna en que se da de una parte una vinculación esencial entre derecho y Estado, y sostiene que para evitar el dilema del gorrón (y del prisionero) es preciso recurrir al poder jurídico público armado de la coacción. Estos supuestos nos parecen tener vigencia sólo en sociedades evolucionadas pero no en las poco desarrolladas: en ellas –así en las llamadas *sociedades segmentadas*– aparece el derecho cuando aún no existe el Estado, y en muchas sociedades del Tercer Mundo la cooperación no parece requerir del poder de

⁵ Cfr. su artículo “La fundamentación de Otfried Höffe der los derechos humanos y del Estado”, en: *Gerechtigkeit als Tausch?*: 284-305; esp.: 298-305.

la coacción estatal –un sociólogo peruano, Aníbal Quijano, ha subrayado por ello aquí la presencia de lo que denomina “lo público no-estatal”⁶.

Pero las observaciones anteriores en nada disminuyen la importancia de este seminal libro de Otfried Höffe sino que sólo muestran lo estimulantes que son las cuestiones que afronta y lo agudas que son las respuestas que ofrece.

⁶ Cfr. su artículo “Lo público y lo privado. Un enfoque latinoamericano”, en: A. Quijano, *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*. Lima: Sociedad y Política, 1988: 8-44.