

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO EN KANT

María Cristina URZAIZ DE GARCÍA NARANJO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho en el mundo antiguo*. III. *El cambio de perspectiva*. IV. *Un nuevo derecho para el mundo moderno*. V. *El deber jurídico en la doctrina de la justicia kantiana*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La filosofía de Emmanuel Kant mucho ha influido en la conformación del pensamiento contemporáneo y, por supuesto de las modernas concepciones jurídicas.

Cuando se observa y conoce la evolución histórica del derecho occidental, se pueden ver con claridad los cambios que el concepto de derecho ha sufrido en todo el trayecto.

De una concepción que mira al derecho como formando parte de la moral, en una perspectiva de justicia objetiva y material, se transforma en un conjunto de leyes, cuya validez puede o no tener que ver con la justicia, que en todo caso es simplemente formal.

Me parece importante analizar el desarrollo de esas transformaciones del concepto de derecho, para así poder estar en la posibilidad de evaluar el nuevo planteamiento de la filosofía del derecho kantiana, su significado y sus consecuencias.

La filosofía práctica kantiana vino, por un lado, a concluir toda una época en la que los cambios importantes del pensamiento se fueron gestando; pero, al mismo tiempo, inaugura otra en la que se parte de perspectivas totalmente diferentes.

Por supuesto que la llamada “revolución copernicana” kantiana afectó al mundo jurídico, pues al hacerse énfasis en el sujeto, se dio un necesario alejamiento de la realidad de los objetos, lo que provocó sustanciales cambios en la conformación de las reglas sociales, que desde entonces, serán vistas como un producto del consenso de individuos libres e iguales, y cuya objetividad se funda en una “razón” inmanente y omnipotente, que sería imposible limitar reconociendo la preexistencia de un ordenamiento objetivo y trascendente, a la manera como se había venido haciendo.

Resulta fundamental, entonces, el determinar si el derecho, en los términos en que lo plantea y analiza Kant, resulta obligatorio o no; y si, lo fuera, ¿cuál sería el fundamento de dicha obligatoriedad?

El problema del cuestionamiento radica en que si la ley moral abarca al derecho, éste tiene una garantía de corrección, en cambio, si el derecho queda separado de la moral, podría ser arbitrario o servir a cualquier tipo de intereses.

Además, por las razones de la importancia de la determinación del verdadero significado de los cambios que ha sufrido la concepción del derecho, estoy partiendo de una breve exposición histórica, que me permitirá exponer ordenada y claramente, una serie de elementos y estructuras que en mi opinión conforman las ideas y tesis kantianas.

II. EL DERECHO EN EL MUNDO ANTIGUO

Haciendo un rápido análisis de lo que el derecho ha sido para la humanidad, puedo afirmar que fue hasta el año de 1804, cuando se promulga el Código Napoleónico, cuando podemos hablar de propiamente de un derecho legal a la manera como lo conocemos ahora.

De tal forma, que durante todos los siglos anteriores al XIX la concepción que se tenía del derecho era muy diferente, pues, ni la norma jurídica era producto de una voluntad política legitimada, ni la ley era, siquiera, la principal fuente del derecho.

Tanto para el derecho clásico romano como para el *Ius Commune* bajomedieval la ley (*lex*) era sólo una forma del derecho, que entonces fue entendido como *Ius*; como “lo justo”, es decir, aquello que por “debido” es justo dar. De ahí la definición clásica de justicia

mencionada por Ulpiano en el *Corpus Iuris Civile* como la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que se le debe.

Así, el problema era relativamente sencillo de solucionar, pues lo que se tenía que determinar primero que era eso que se debía a alguien, y esto se hacía a partir de la realidad misma y desde la naturaleza de las cosas.

Al mismo tiempo, el mundo jurídico ordenó las relaciones sociales reconociendo la existencia de dos órdenes normativos distintos, que entrelazándose, se diferenciaron y tuvieron un origen común: la moral y el derecho, en cuya conjunción se establecían los contenidos específicos de esa justicia material, reclamada para esa determinación de “lo debido” en cada uno de los casos concretos que se planteaban para resolución.

Esos hombres de tiempos anteriores, con sencillez reconocían la existencia de un ordenamiento más allá del arbitrio individual y aun del colectivo, que de alguna manera, representó una justificación de la obligatoriedad de los deberes establecidos por cada una de las normatividades positivas.

Dicho de otra manera, ese orden considerado como indiscutiblemente justo, era la ley natural, y constituyó para el mundo de los juristas, un claro criterio de justicia, a partir del cual se podía establecer objetivamente, lo debido a cada uno, y a partir de ahí lo justo de las situaciones concretas.

Además, ya hacia el Medioevo, el fundamento último de esa justicia, aunque trascendente, era precisamente un Dios creador del mundo, del hombre y, por ende, de las leyes bajo las cuales se desenvolvería su creación, lo que resultaba incuestionable.

Hace falta también hacer la mención de que esa “ley natural” que justifica a las normas específicas de las sociedades históricas, fue vista por ellas desde dos diferentes perspectivas:

- a) Para los juristas romanos, según dice Ulpiano, consiste en “aquello que la naturaleza enseñó a todos los hombres”. Así, por un lado, lo ve como “*libertad natural*” por la cual se reconoce “la igual libertad de todos los hombres” (*omnium una libertas*); y, por el otro, se le mira como “la común posesión de todos los bienes” (*communis omnium possessio*).

b) En cambio, para los cristianos, según lo declara San Pablo, el derecho natural es “aquella ley escrita en el corazón de los hombres, que hace que los gentiles, sin necesidad de una revelación sobrenatural, las reconozcan como leyes para sí mismos”.

Aquí es preciso observar con cuidado, que mientras que la jurisprudencia romana mira al derecho natural como una libertad natural, el Cristianismo lo considera como un precepto o norma, es decir, como una ley dirigida a regular la conducta de todos los hombres.

Es fácil pensar que un mundo inmerso en la cotidianidad y la contingencia, encontró parámetros reales para la medición o el cálculo de aquello que se le debe a alguien. Los deberes, pues, no derivaban de las leyes, ni de normas que eran producto de voluntades superiores o legítimas, sino de un ordenamiento más allá de ellas, pero que partía de las realidades mismas y de la naturaleza de las cosas para la determinación de lo justo. Así, por ejemplo, a nadie se le confundía el hecho de que cualquier padre tenía la obligación de cuidar y dar alimentos a sus hijos pequeños, y aunque esos deberes no estaban consagrados en las leyes, pues el fundamento simple de su obligatoriedad era el hecho de que ser el padre o la madre de la criatura y la necesidad de ella, de ser cuidada por alguien.

Al respecto dice Carpintero: “... ‘lo justo’ constituye, desde el punto de vista de su medición o cálculo, un *medium rei* (un ‘medio de la cosa’), porque aquello que hay que dar a otro ha de ser calculado al filo de alguna ‘cosa’ o relación que anda en juego y que es relevante para la vida humana. Esta instancia real (el adjetivo real proviene de ‘res’, cosa) que juzga lo exigible en derecho suele ser, en última instancia, el bien común...”¹

De manera diferente, el cálculo que la moral hace de lo que hay que darse a sí mismo no es una cosa externa al sujeto que actúa, sino el mismo sujeto y sus necesidades (*medium rationis*).²

Concluyendo diré que el mundo antiguo considera al derecho como lo objetivamente debido a otro, lo cual era determinado partiendo de aquellos principios que conforman esa “ley natural”. Además, el de-

¹ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 65.

² CARPINTERO, *op. cit.*, p. 65.

recho no es, de ninguna forma, concebido en relación con el bien propio, sino con el del otro, como un orden que se ubica por encima de los hombres, ordenándolos hacia el logro de un bien que podía ser común.

III. EL CAMBIO DE PERSPECTIVA

Frente a un mundo que se descubre nuevo y provoca serios cuestionamientos e incertidumbre, el hombre reflexiona en busca de otras perspectivas que le den seguridad.

El rápido desarrollo de las ciencias y las tecnologías, así como el surgimiento de un comercio más en forma y, en consecuencia, de una clase burguesa que empieza a exigir cambios sociales; las luchas hacia adentro de la Iglesia que finalmente desembocan en el cisma del protestantismo, etc., son, entre otros muchos factores que aquí me resulta imposible mencionar, elementos de un total rompimiento de la mentalidad de un hombre que, imposibilitado para seguir estando atrapado entre unos límites tan estrechos y definidos, se mira a sí mismo, y, aunque en un primer momento se siente a la deriva, se lanza a buscar su lugar en ese universo, que por ilimitado, lo angustia.

Por supuesto que entonces fue necesario encontrar nuevamente el horizonte y un punto de referencia a partir del cual ubicarse. Así es que se voltea hacia el hombre mismo, que ahora es considerado en una posición destacada dentro de una creación divina, que empieza poco a poco a descifrar y que finalmente va a querer dominar. Antropocentrismo, humanismo y desarrollo científico, confluyen para la elaboración de todo un nuevo pensamiento que evoluciona, si se le analiza rápidamente, hasta llegar al llamado “giro copernicano” kantiano, por el que el mundo se subvierte y se coloca desde la perspectiva de unos sujetos que conocen, frente a un mundo que, enfatizando aquéllos, se transforma.

Hasta aquí me ha faltado mencionar el factor más importante del cambio: el surgimiento del Estado moderno, con el que se crea la necesidad de encontrar nuevas formas de organización social, que ordene y pacifique a los grupos humanos.

Muy específicamente, y de manera muy importante para el desarrollo de posteriores teorías políticas y jurídicas, se deben mencionar las tesis de dos teólogos juristas españoles de la Segunda Escolástica.

Fernando Vázquez de Menchaca, quien va a rescatar la mencionada concepción de Ulpiano sobre el derecho natural, que visto como "libertad natural", va a dar la pauta para observar al hombre de una manera aislada e independiente de las asociaciones a las que pertenece; colocado en un "estado de naturaleza" primigenio, en el cual lo único que se le puede reconocer es su libertad e igualdad, respecto de los demás seres humanos, con los que puede pactar a fin de sobrevivir.

Francisco Suárez, quien desde otra perspectiva, va a considerar al derecho como un término equívoco, y que la acepción principal será la que lo considera como una *facultas* y no necesariamente como un precepto. Además, en una visión claramente voluntarista, y distinguiendo entre *lex indicans* y *lex imperans*, va a establecer la importancia de que, con independencia de que la norma moral, por la primera, defina lo que es bueno y lo que es malo, se requiere de una voluntad eficiente que, además, la haga obligatoria (en última instancia, la de Dios).

Mucho se ha hablado acerca del conocimiento que Grocio y Hobbes tuvieron de estas y otras tesis de esa época, pero el hecho es que parecen ser un claro antecedente para las doctrinas contractualistas y iusnaturalistas posteriores, todas ellas compartiendo los siguientes elementos fundamentales:

1. La visión del hombre aislado, libre e independiente, exento de sujeciones de cualquier tipo y, por tanto, igual a todos los demás.
2. Un reconocimiento de la sociabilidad del hombre, pero con una clara idea de las diferencias entre simples asociaciones humanas y un estado civil, pues al observar al hombre en su individualidad, se le está viendo en lo que ellos llaman el "estado de naturaleza", del cual deberá salir (aquí sí por diversas razones) para formar lo que se denomina el "estado civil".
3. A diferencia de la tesis aristotélica de la sociabilidad natural del hombre que se reúne progresivamente en sociedades cada vez más complejas, el nuevo planteamiento está hecho sobre la base de que la conformación en un estado civil, es producto, ya no de una evolución natural, sino de un "pacto social", por el cual, esos individuos libres e iguales, van a someter parte de

su libertad, a fin de alcanzar los diversos propósitos que los llevan a asociarse.

4. Por lo que hace al derecho, entendido como *Ius*, es visto muy claramente por Hobbes, como aquella libertad natural que hace a todos los hombres independientes e iguales. En cambio, el concepto de ley es replanteado y se convierte en el instrumento idóneo, capaz de limitar esas libertades, estableciendo reglas claras para asegurar no sólo la supervivencia, sino la paz social.
5. Sin embargo, aun contando con una legislación que limitara las libertades de cada uno de los individuos, resultaba evidente que se requería de un elemento adicional que garantizara el cumplimiento, aun por la fuerza, de lo dispuesto en esas leyes y es así como se justifica la necesidad del establecimiento de un Estado político, encargado de hacer cumplir las normas, que de esta manera se convierten en necesariamente coercibles.
6. Hasta aquí se está en el presupuesto de la existencia de los dos ordenamientos que constituyen una "ley natural", frente a la que se valoran las reglas establecidas por los "derechos positivos" de las sociedades concretas. La primera de naturaleza universal, inmutable y eterna, frente a los segundos, contingentes e históricos.
7. Finalmente es importante destacar que el fundamento último sobre el que se establece de manera incondicionada la obligatoriedad de las conductas prescritas por las normas positivas, estaba en esa ley natural, que derivando de la ley divina, era objetiva e incuestionable, y sus principios evidentes.

Hasta aquí, lo más importante es destacar el hecho de que los conceptos de ley y de derecho se especifican claramente, pues mientras que la primera es un límite o constricción de las conductas de los hombres; el segundo es visto, más bien, como aquellas facultades que asisten a los individuos, reconocidos éstos como totalmente libres e iguales. Entonces, el derecho ya no es visto desde la perspectiva del deber, sino que es considerado como libertad o facultad.

Ahora bien, todavía faltaba un paso más, pues esa ley o norma de conducta era mirada como limitante de la libertad de los hombres, y es con Rousseau, en su *Contrato Social*, que se presenta a la norma,

además de constrictiva de las conductas humanas, como un efectivo e idóneo instrumento para garantizar y proteger las libertades y los derechos propios de esos hombres, cuya dignidad se destaca.

Para tal efecto, es que el filósofo suizo establece que cuando la ley es elaborada por una "voluntad general" y establecida en preceptos también generales, ella se constituye en una auténtica garantía para la protección y efectividad de esas libertades y derechos reconocidos a todos los individuos; produciéndose además, una adecuada y bien establecida articulación de las relaciones sociales, a las que se da certeza, y con lo que se asegura una mejor convivencia.

Resumiendo de alguna manera lo dicho hasta ahora, podemos destacar los siguientes elementos del discurso.

La ley es el vínculo que constriñe la libertad reconocida como natural en todos los hombres; pero, al mismo tiempo es vista como su mejor garantía de efectividad (en última instancia mediante la legitimación que se hará de la coacción).

El derecho es considerado como aquellas facultades o cualidades morales propias de las personas indeterminadas heterónomamente, que se traducen en una amplia libertad de hacer.

La persona es un ser inconmensurable y desvinculado del mundo, dotado de un arbitrio indeterminado y que, al no reconocer una voluntad superior a la suya, es visto en términos de igualdad o simetría respecto de los demás.

La justicia se convierte en una cualidad que ya no se mide a partir de la realidad misma, ni de las cosas, sino que, dada la imposibilidad de ser calculada de una manera objetiva, se le toma desde un plano estrictamente personal. Como una de las principales consecuencias de esta variación es que el pacto surge como una manera de justificar las conductas.

En una época más tardía del iusnaturalismo, algunos autores como el propio Thomasius consideran esta clasificación:

- i. *Ius perfectum*, que otorga la facultad y el poder de exigir por la fuerza su cumplimiento.
- ii. *Ius imperfectum*, que impone al sujeto un cierto deber, pero éste no puede ser exigido coercitivamente (p.e. limosna).

Y la última diferencia, que considero importante destacar, es la relativa al hecho de que, mientras que en el estado de naturaleza le es lícito al individuo recurrir directamente a la fuerza para obtener el pago de lo que se le debe; en el estado civil, lo que procede es recurrir a la autoridad legitimada para que sea ella la que emplee la fuerza a fin de que se cumpla con la obligación, mediante una coacción legitimada.

Finalmente, puedo afirmar que en el mundo moderno el derecho es entendido como ley, misma que, establecida a partir de la consideración de individuos libres e iguales, no se coloca sobre ellos, sino que lo único que hace es garantizar el bien propio de cada uno de los sujetos titulares de las facultades respectivas, y reconoce que su interés primordial está dirigido tan sólo a ese bien personal e individual, en lo que tiene de particular. Entonces, me parece que, para ser efectivo en la regulación de las acciones humanas, requiere de la coacción.

IV. UN NUEVO DERECHO PARA EL MUNDO MODERNO

Con el iusnaturalismo la mentalidad cambió, y aunque los primeros filósofos de esta corriente todavía hacen referencia a un fundamento de obligatoriedad a partir de una ley natural divina, con Pufendorf este recurso trascendente empieza a resultar superfluo y, en su lugar, la *ratio* va siendo la instancia última fundamentadora de los comportamientos humanos, cuya obligatoriedad no podía ser alegada con base, únicamente, en los pactos concertados libremente por los individuos. Poco a poco, además, se dará la consideración de que el derecho natural constituía un *ius imperfectum* (incoercible), mientras que los diferentes derechos positivos eran reconocidos como *ius perfectum* (coercible).

Por otro lado, se van a ir desarrollando las éticas llamadas "eudemonistas", por las que el concepto de "obligación" se convierte en el de simple "necesidad" de obrar de cierta manera, con el afán de lograr cierta ventaja o provecho. Tendrá que venir Kant, quien destacará nuevamente las diferencias, distinguiendo este tipo de reglas, a las que llama "técnicas", de las normas morales, ya que en realidad sólo producen, al decir de Carpintero, "una simple necesi-

dad (y no una obligación) de realizar una conducta siempre y cuando queramos alcanzar un fin".³

Tanto la eliminación de una ley natural fundada en la existencia y voluntad divinas, como el eudemonismo que suprimen el concepto de "obligación", provocan el rompimiento y la desaparición de todo fundamento de obligatoriedad del derecho y de la moral, con lo que ambas normatividades quedaron a la deriva, pues sólo quedan, entonces, individuos plenamente libres y capaces de crear sus propias regulaciones.

Durante siglos, el derecho y la moral, aunque distintos, habían tenido un origen y fundamento común: la ley natural, que era a la vez ética y jurídica. Es precisamente Christian Thomasius, quien por primera vez establece una distinción entre la moral y el derecho, en un afán de mantener límites claros frente al poder estatal y eclesiástico de su tiempo, y en defensa de las libertades de pensamiento, religión y conciencia. Por otro lado, Thomasius reconoce la distinción entre *ius perfectum e imperfectum* a que me he referido, y concluye, que dado que el *honestum* (deber moral), regula las acciones internas que afectan únicamente al individuo, su cumplimiento no puede estar sujeto a coacción por parte del poder político ni de la Iglesia; en cambio, el *iustum* (deber jurídico), regula acciones intersubjetivas, que al ser externas, son relevantes para los fines de paz social y, por lo tanto, pueden ser objeto de coacción legítima. Aquí el criterio de distinción adoptado es el de la interioridad o la exterioridad de la conducta, mismo que es claramente aceptado por Kant.

V. EL DEBER JURÍDICO EN LA DOCTRINA DE LA JUSTICIA KANTIANA

La ética kantiana, insertada en todos estos supuestos y circunstancias, de alguna manera va a significar una conclusión para todo lo anterior. Al mismo tiempo, sus nuevos planteamientos van a producir una verdadera y definitiva transformación.

En primer lugar y como elemento fundante y fundamental de toda la estructura está el individuo aislado, que es considerado como dig-

³ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *La Cabeza de Jano*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1999, p. 73.

no de ser total y absolutamente autónomo; es decir, que no se encuentra, de manera natural, subordinado a ningún otro individuo. Por el contrario, se le reconoce como un ser racional y, por ende, libre e igual a los demás. En este sentido, "la autonomía es por eso justamente el fundamento de la dignidad del hombre y del respeto que merece".⁴

A partir de este postulado básico de todo el constructo es que se elabora el sistema de la filosofía práctica kantiana, la cual en su parte ética reconoce la libertad de los hombres, a la que considera como un *factum* y a partir de la cual es posible hablar de "ley moral", pues una no se entiende sin la otra; y dado que el hombre no está constreñido ni determinado de manera absoluta en su actuar, es que podemos concluir la existencia de ambas. Dicho en otras palabras "la idea de libertad implica actuar por un deber como imperativo absoluto... a partir del deber llegamos a conocer la idea de libertad".⁵

Por otro lado, al hablar de "ley moral" Kant va a realizar un cambio radical en cuanto a que, si su planteamiento ha partido, como se dijo, de individuos absolutamente autónomos, éstos no podrían, como hasta entonces, seguir sujetos a la normatividad de una ley natural creada heterónomamente, desde un plano trascendente y divino. Más bien, los supuestos se modifican y sustituye esa ley natural por su propia ley moral, que representada en el imperativo categórico, constituye el criterio para juzgar acerca de la moralidad de las conductas de los hombres.

En consecuencia, la moralidad de los actos humanos dependerá, primero de su adecuación a esa "ley moral" que es la que establece la forma de los deberes; pero, además, que exige (en contra de los eudemonismos de la época) que el motivo por el cual se cumpla con esos deberes derivados de la norma, sea únicamente el deber mismo. Entonces se realiza "la acción porque es racional actuar así y ese es el único bien: el respeto a la ley moral... Si fuese de otra manera, se actuaría según la ley, pero no por la ley. Se obedecería la letra de la ley, pero no su espíritu. Se obraría de forma externamente racional, pero no por el bien de la razón".⁶

⁴ VILLACAÑAS, José Luis, "Kant", en Victoria Camps (ed.), *Historia de la ética*, Barcelona, Crítica, 1999, vol. 2, p. 343.

⁵ VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 344.

⁶ VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 356.

Visto desde esta perspectiva, al ser el Imperativo un mandato, la acción se hace necesaria y, por tanto obligatoria, y dicho en las propias palabras de Kant:

“El imperativo es una regla práctica, por medio de la cual se hace necesaria una acción en sí contingente... es una regla, cuya representación hace necesaria la acción subjetivamente contingente; así pues, representa al sujeto como uno que tiene que ser obligado (necesitado) a concordar con esta regla”.⁷

Ahora bien, el imperativo categórico, a diferencia de las llamadas “reglas técnicas” o “imperativo hipotético”, establece un mandato, además, “incondicionado” y entonces el filósofo agrega:

“El imperativo categórico (incondicionado) es el que piensa una acción como objetivamente necesaria y la hace necesaria, no de un modo mediato, a través de la representación de un fin, que pueda alcanzarse con la acción, sino a través de la mera representación de esa acción misma (de su forma), es decir, inmediatamente...”.⁸

Ahora bien, cuando se plantea una separación entre moral y derecho de la manera como se hizo, sólo será aquélla la que en realidad establezca obligaciones en el sentido estricto e incondicionado del término, y con justificación última y fundante reconocida en la razón. Sin embargo, esta diferenciación, para el derecho tendrá otras consecuencias.

En mi opinión, desde el momento en que Kant hace su planteamiento a partir de la consideración absoluta de los individuos libres e independientes, racionales y, por ende, autónomos, la separación entre los dos órdenes es inevitable, puesto que, visto así el hombre, sería completamente contradictorio el seguir reconociendo la existencia de una “ley natural”, tradicional y heterónoma. Además, si el derecho (*Ius*) es considerado como libertad o facultad natural, y perteneciente al hombre por el solo hecho de serlo, nada tendría que ver con un ordenamiento que lo que establece, contrariamente, son de-

⁷ KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 28.

⁸ KANT, *op. cit.*, p. 28.

beres. Únicamente en la acepción preceptiva del derecho como ley positiva, podría encontrar una relación con la norma moral, pero con la enorme diferencia de que ésta no necesariamente es la razón la que la determina, sino el consentimiento de los individuos mediante los mencionados pactos.

Así, no quedaría justificada entonces, la obligatoriedad de las normas jurídicas, aunque las morales sí la encontrarían, según la propuesta kantiana, en la objetividad de la propia razón, por ser igual para todos y entonces, “la objetividad de la razón es la que garantiza la objetividad de las normas que ella produce”.⁹ De tal manera que, todos los individuos podrían coincidir en las mismas normas universalmente; entonces, el deber sería “un querer que puede ser querido por todos los seres racionales”.¹⁰

Hasta aquí queda claro que las leyes morales se conforman en deberes que limitan, aunque de manera racional, la libertad de los individuos autónomos y le determinan lo que “debe hacer”, pero no el que la moral sea fundamento del derecho.

En cambio, por lo que hace al derecho, que aunque también parte del presupuesto de libertad de los individuos, tiene como finalidad el aseguramiento de la realización efectiva de la libertad de los hombres en el mundo externo. Es decir, aquí me estoy refiriendo a esa doble acepción de la palabra derecho, que bien puede ser entendida como un precepto que nos ordena el que cada persona sea respetada como un fin en sí misma, en el ejercicio de su conducta externa; o que también se le reconoce como una potestad o licencia, es decir que nos establece la posibilidad lícita de hacer.

Entonces, mi conclusión es que el derecho, teniendo por finalidad la coordinación de las libertades externas de los hombres, debiera ser una regla supra-subjetiva, lo que le permitiría colocarse por encima de todos ellos, y así lograr la efectiva regulación de las conductas humanas. Sin embargo, a partir de las tesis contractualistas, prevalece el principio por el que “nadie puede quedar obligado sino por su propia voluntad”, con lo que las únicas obligaciones legítimas son las que proceden del propio consentimiento, por lo que lo dicho sería imposible.

⁹ CARPINTERO BENÍTEZ, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰ VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 338.

Me parece que la postura kantiana al establecer su definición de derecho, confirma la adopción de la tesis contractualista, pues definiéndolo como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”,¹¹ no da cabida a ninguna clase de regla superior en los términos mencionados, sino que más bien está viendo a los sujetos a partir de su autonomía y libertad, y entonces, la única forma de establecer reglas para la convivencia pacífica sería la celebración de los pactos, como se ha dicho, lo que no nos llevaría a concluir, ni remotamente la moralidad de las normas jurídicas.

Aun si fuéramos más allá en el afán de encontrar un fundamento común de obligatoriedad entre la moral y el derecho, deberíamos ver que, ni la ética kantiana impone obligaciones que trasciendan al individuo, ni tampoco sería posible pensarlas en relación con la norma jurídica, sino que el derecho más bien sólo podría ser entendido a partir de lo consentido en los pactos y en el contexto de un “estado civil”, dentro del cual cumpliera efectivamente su función. En apoyo de lo anterior, dice Höffe: “para la teoría kantiana del contrato, tiene importancia central la distinción entre derecho y virtud. Mientras la virtud se refiere a las máximas vinculadas con la actitud personal básica, es decir, el tipo de convicción del acto —las leyes deben ser ellas mismas razones de la acción— el derecho se refiere a las acciones externas de las diferentes personas y a su orden legal, independientemente del tipo de convicción de los actores. De acuerdo con estas distinciones, la teoría del contrato pertenece al ámbito del derecho y no de la virtud...”¹²

Si insistimos en preguntar si el derecho queda amparado por la moral, podríamos buscar la respuesta quizás en el análisis de los conceptos de “moralidad” y de “legalidad” establecidos por el filósofo, pero también tendríamos que concluir que, la moralidad implica una “obligación”, que por derivar del cumplimiento de un Imperativo Categórico, por el deber mismo, resulta “incondicionada”. En cambio, cualquier conducta estará de acuerdo con la “legalidad”, simple-

¹¹ KANT, *op. cit.*, p. 39.

¹² HÖFFE, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 20.

mente si se adecua a la norma, con independencia de los motivos que se tuvieran, con lo que nos colocaríamos en el supuesto, más bien, de un imperativo hipotético, para el cual los motivos que inducen la acción son indiferentes y lo que importa es la realización de la misma. Inclusive, ante el incumplimiento de las normas jurídicas se podría llegar a la coacción de la voluntad de infractor de la norma, lo cual, en el planteamiento kantiano, no podría estar referido a una cuestión de moralidad, por lo antes dicho, sino que sería todo lo contrario. En conclusión, tampoco desde este ángulo, tampoco podríamos hablar de la obligatoriedad incondicionada de un derecho que sólo exige la legalidad de las conductas.

VI. CONCLUSIONES

Del breve análisis de la Doctrina de la Justicia expuesta por Kant, no se puede concluir que la moral abarque al derecho, sino que cuando el filósofo alemán hace su propuesta, la hace tomando en consideración una concepción del derecho que ya corría separadamente de aquélla.

Por otro lado, el hecho de haber planteado su doctrina tanto ética como de justicia, a partir de la consideración del individuo aislado y autónomo, lleva a la conclusión de que las normas jurídicas establecidas por lo que él llama derecho público y que son las realmente eficaces para su cumplimiento, obligan por haber sido consentidas por todos los individuos, de esta manera son vistos como colegisladores.

Tampoco, desde el punto de vista de lo que Kant entiende por moralidad y legalidad, es posible encontrar puntos reales de contacto entre ambos ordenamientos, toda vez que los presupuestos del imperativo categórico (quizás en un muy legítimo afán de rescatar el concepto de “obligación” frente a los eudemonismos imperantes), en mi opinión, son totalmente contrapuestos con los de los imperativos hipotéticos, dentro de los cuales el derecho estaría incluido.

Finalmente, si concluimos que la moral y el derecho no comparten un mismo fundamento de obligatoriedad, entonces, podemos pensar que, siempre y cuando estén debidamente establecidas, las normas jurídicas pueden cobijar cualquier contenido e, incluso, arbitrariedad.