



Revista de
Estudios
Kantianos





Revista de
Estudios
Kantianos

Revista de Estudios Kantianos

Publicación internacional de la Sociedad de Estudios Kantianos en Lengua Española
Internationale Zeitschrift der Gesellschaft für Kant-Studien in Spanischer Sprache
International Journal of the Society of Kantian Studies in the Spanish Language

Número 5.1, año 2020

Dirección

Fernando Moledo, FernUniversität in Hagen
fernando.moledo@fernuni-hagen.de

Hernán Pringe, CONICET-Universidad de Buenos Aires/
Universidad Diego Portales, Santiago de Chile
hpringe@gmail.com

Secretario de edición

Óscar Cubo Ugarte, Universitat de València
oscar.cubo@uv.es

Secretario de calidad

Rafael Reyna Fortes, Universidad de Málaga
rafaelreynafortes@gmail.com

Editores científicos

Jacinto Rivera de Rosales, UNED, Madrid
Claudia Jáuregui, Universidad de Buenos Aires
Vicente Durán, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá
Julio del Valle, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima
Jesús Conill, Universitat de València
Gustavo Leyva, Universidad Autónoma de México, México D. F.
María Xesús Vázquez Lobeiras, Universidade de Santiago de Compostela
Wilson Herrera, Universidad del Rosario, Bogotá
Pablo Oyarzun, Universidad de Chile, Santiago de Chile
Paula Órdenes Azúa, Universität Heidelberg

Comité científico

Juan Arana, Universidad de Sevilla
Reinhardt Brandt, Philipps-Universität Marburg
Mario Caimi, Universidad de Buenos Aires
Monique Castillo, Université de Paris-Est
Adela Cortina, Universitat de València
Bernd Dörflinger, Universität Trier
Norbert Fischer, Universität Eichstätt-Ingolstadt
Miguel Giusti, Pontificia Universidad Católica del Perú
Dulce María Granja, Universidad Nacional Autónoma de México
Christian Hamm, Universidad Federal de Santa María, Brasil
Dietmar Heidemann, Université du Luxembourg
Otfried Höffe, Universität Tübingen
Claudio La Rocca, Università degli Studi di Genova
Juan Manuel Navarro Cordón, Universidad Complutense, Madrid
Carlos Pereda, Universidad Nacional Autónoma de México
Gustavo Pereira, Universidad de la República, Uruguay
Ubirajara Rancan de Azevedo, Universidade Estadual Paulista, Brasil
Margit Ruffing, Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Gustavo Sarmiento, Universidad Simón Bolívar, Venezuela
Sergio Sevilla, Universitat de València
Roberto Torretti, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile
Violetta Waibel, Universität Wien
Howard Williams, University of Aberystwyth
Allen W. Wood, Indiana University

Editor de contenido y editor técnico. Diseño y maqueta

Josefa Ros Velasco, Universidad Complutense de Madrid

Entidades colaboradoras

Sociedad de Estudios Kantianos en Lengua Española (SEKLE)
Departament de Filosofia de la Universitat de València
Instituto de Humanidades, Universidad Diego Portales





Artículos

- 1 Technische Kultur als Pflicht in Kants *Tugendlehre*
Stefan Klingner
DOI 10.7203/REK.5.1.13773
- 27 Jean-Luc Marion y Kant. ¿Es trascendental el argumento de Anselmo?
Hardy Alberto Neumann Soto
DOI 10.7203/REK.5.1.13995

La actualidad de la *Crítica de la razón pura*: Parte Teórica

- 44 Presentación del editor al número monográfico. La actualidad de la *Crítica de la razón pura*:
Parte Práctica
David Hereza
DOI 10.7203/REK.5.1.16825
- 48 ‘What Ought We Do?’ And Other Questions
Onora O’Neill
DOI 10.7203/REK.5.1.13785
- 65 Determinismus und Freiheit in Kants *Nova dilucidatio* (1755)
Paolo Grillenzoni
DOI 10.7203/REK.5.1.15262
- 89 La relación entre razón y desacuerdo en la filosofía kantiana
Julia Muñoz Velasco
DOI 10.7203/REK.5.1.13712
- 107 La limitación práctica de la filosofía trascendental en la primera recepción de la *KrV*
Francisco Javier Iracheta Fernández
DOI 10.7203/REK.5.1.13993

- 140 ¿Epistemología moral kantiana? Una interpretación no-epistémica
Luis Moisés López Flores
DOI 10.7203/REK.5.1.14006
- 166 Ist der Wille allein ausreichend für Moralität?
Yasutaka Akimoto
DOI 10.7203/REK.5.1.14012
- 174 El sentimiento de respeto y la estructura del vínculo moral
José M. Torralba
DOI 10.7203/REK.5.1.14013
- 192 La legitimación iusnaturalista del derecho positivo en I. Kant
Óscar Cubo
DOI 10.7203/REK.5.1.15582
- 210 Amistad, Sumo Bien y sociedad ética en Kant
Almudena Rivadulla Durán
DOI 10.7203/REK.5.1.13745
- 232 Kant y la religión racional. Acerca de la defensa ilustrada del principio de tolerancia
Ileana P. Beade
DOI 10.7203/REK.5.1.14014

Recensiones

- 246 Dieter Hüning y Stefan Klingner (Eds.): *...jenen süßen Traum träumen. Kants Friedensschrift zwischen objektiver Geltung und Utopie*. Baden Baden, Nomos, 2018, 320 pp. ISBN: 978-3848751518
Miguel Ángel Ramírez Cordón
DOI 10.7203/REK.5.1.16804
- 253 Leonardo Rodríguez Duplá: *El mal y la gracia. La religión natural de Kant*. Barcelona, Herder Editorial, 2019, 261 pp. ISBN: 978-84-254-4170-7
Jorge Mariano Burruezo Arcadio
DOI 10.7203/REK.5.1.15857

Eventos y normas para autores

- 260 Normas para autores
DOI 10.7203/REK.5.1.15906



La actualidad de la
Crítica de la razón pura:
Parte Práctica

La legitimación iusnaturalista del derecho positivo en I. Kant

ÓSCAR CUBO¹

Resumen

En el presente trabajo vamos a presentar tres modos distintos de abordar el derecho positivo con vistas a ilustrar la legitimación kantiana del estado civil por medio del abandono del estado de naturaleza. El primero de ellos remite a la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y a su positivismo jurídico puramente descriptivo. El segundo modo que vamos a considerar es el positivismo ético o normativo de J. Waldron y su defensa prescriptiva del derecho positivo. Por último, y fundamentalmente a partir de los trabajos de J. Waldron sobre el positivismo jurídico de Kant extraeremos las razones de fondo de la defensa iusnaturalista del derecho positivo presente en la “Doctrina del derecho” de la *Metafísica de las Costumbres*.

Palabras clave: derecho, justicia, estado de naturaleza, autoridad

The Iusnaturalist Legitimation of Positive Law in I. Kant

Abstract

In this paper, we will present three different methods of approaching positive law with a view to illustrating Kantian legitimation of civil status through the abandonment of the state of nature. The first one refers to Hans Kelsen’s *Pure Theory of Law* and his purely descriptive legal positivism. The second method we will consider is the ethical or normative positivism of J. Waldron and his prescriptive defense of positive law. Finally, based on J. Waldron’s works on Kant’s legal positivism, we will extract the fundamental reasons of Kantian defense of the positive law present in the “Doctrine of Right” of the *Metaphysics of Morals*.

Keywords: Law, Justice, State of Nature and Authority

¹ Universitat de València. Contacto: Oscar.Cubo@uv.es.

1. Introducción

Presentar la filosofía del derecho de Kant como una legitimación del derecho positivo no implica necesariamente descuidar al Kant iusnaturalista, ni su constatación de la existencia de un criterio general “para reconocer tanto lo justo como lo injusto” (*RL*, AA 06: 229) más allá de lo establecido por cualquier ordenamiento jurídico positivo, ni desvirtuar su idea de una norma eterna para cualquier tipo de constitución civil (*SF*, AA 07: 90). El valor normativo del derecho positivo, entendido como aquel derecho establecido por una autoridad pública, reside para Kant en que solo gracias a él los seres humanos están en condiciones de abandonar el estado de naturaleza. La instauración de un estado civil lleva a su cumplimiento el deber jurídico incondicional de superar el estado de naturaleza (no jurídico) (*RL*, AA 06: 207).

Para calibrar la peculiar legitimación kantiana del derecho positivo nos vamos a servir de otras dos maneras de entender el derecho positivo. La primera de ellas, remite a la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y a su explicación formal e hipotética de la validez del derecho positivo. La segunda, al positivismo ético o normativo de Jeremy Waldron y a su defensa del valor intrínseco del derecho positivo. En este segundo caso, nos detendremos especialmente en algunos pasajes de *Derecho y desacuerdos* y en el posicionamiento que adopta Waldron en el clásico debate entre H. L. A. Hart y Lon L. Fuller en su trabajo: “Hart y los principios de legalidad”. Finalmente, y a la luz de ambas teorías, retomaremos el argumento kantiano a favor de abandonar el estado de naturaleza tal y como Kant lo presenta en la “Doctrina del derecho” de la *Metafísica de las Costumbres*.

2. El positivismo jurídico descriptivo de Hans Kelsen

En las diferentes versiones de su *Teoría pura del derecho* H. Kelsen analiza el derecho positivo de una manera puramente descriptiva. Este proceder es el resultado de una metodología positivista que solo busca conocer el derecho tal y como es y no tal y como debería ser. El derecho positivo de los ordenamientos jurídicos centralizados no lo entiende Kelsen como el resultado del abandono de un estado de naturaleza previo, sino como el resultado de un proceso histórico de centralización jurídica, que parte de las

costumbres y de su progresiva cristalización en ordenamientos jurídicos positivos.²

La diversidad de costumbres y de ordenamientos jurídicos saca a la luz un pluralismo normativo que remite a las distintas acepciones que las comunidades humanas tienen sobre la justicia. Esta diversidad constituye un *factum* insuperable ya que, según Kelsen, al ser humano le está vedado alcanzar una acepción única y absoluta de justicia. De hecho, este pluralismo normativo está a la base de su no cognitivismo ético y de su audaz crítica a la entera tradición del derecho natural en la que incluye a la “Doctrina del derecho” de Kant.³ Para Kelsen este pluralismo no se restringe, como en Kant, a las distintas concepciones del bien y de la felicidad, sino que afecta de lleno a la noción misma de la justicia sobre la que disputan las distintas teorías iusnaturalistas. No obstante, y a diferencia del positivismo ético de Jeremy Waldron, Kelsen no extrae de dicho pluralismo normativo la justificación del derecho positivo ni tampoco una legitimación de su validez jurídica.

Con arreglo a la *Teoría pura del derecho*, la existencia del derecho es siempre un dato inicial empírico, cuyo contenido se puede describir sin recurrir a ningún principio normativo ni valorativo. Se trata, por tanto, de describir el derecho que es y de evitar la tentación iusnaturalista de considerar el derecho positivo bajo un prisma valorativo meta-jurídico y, por tanto, de no enjuiciarlo ni valorarlo con arreglo patrones de medida externos al mismo. Dicho de otro modo, la investigación acerca de qué sea y cómo funciona el derecho positivo ha de dejar de lado metodológicamente cualquier consideración normativa suprapositiva sobre la justicia.

No es casualidad, por tanto, que el lugar sistemático del problema de la justicia para el autor de la *Teoría pura del derecho* sea un anexo adyacente al cuerpo de la misma. De hecho, Kelsen en el apéndice de 1960 a su *Teoría pura del derecho*, titulado “El problema de la justicia” no hace sino mostrar la inconsistencia de la entera tradición iusnaturalista y sus incongruencias normativas. Tal y como acertadamente señala N. Bobbio, frente a toda esta tradición iusnaturalista, el positivismo jurídico de Kelsen “no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la

² Véase la crítica kelseniana a las doctrinas iusnaturalistas del contrato social en Kelsen 2002: 417ss.

³ Kelsen hace referencia a la “Doctrina del Derecho” especialmente en su apéndice a la *Teoría pura del derecho* de 1960, titulado „Das Problem de Gerechtigkeit“ (1960: 420–425).

exclusividad del derecho positivo” (2007: 74) como objeto teórico de la *Teoría pura del derecho*.

La tarea fundamental de la empresa kelseniana es, pues, investigar y analizar en términos puramente descriptivos la estructura del derecho positivo más allá de cualquier presupuesto iusnaturalista. Este análisis descriptivo pone de relieve, según Kelsen, dos rasgos fundamentales de todo ordenamiento jurídico centralizado: en primer lugar, su carácter escalonado y jerárquico (siendo la fuente normativa última la constitución) y, en segundo lugar, que la validez del derecho positivo siempre está restringida espacial y temporalmente. Frente a las pretensiones atemporales de validez absoluta de las teorías iusnaturalistas, la validez del derecho positivo siempre es limitada geográfica y temporalmente e hipotética desde un punto de vista teórico.

Este carácter hipotético se debe a lo siguiente: para explicar la validez última del orden constitucional hay que retrotraerse a la validez de la primera constitución histórica, cuyo acto constituyente solo puede interpretarse como un acto fundante del derecho si se presupone la siguiente norma fundamental (*Grundnorm*), a saber, que los destinatarios de la primera constitución histórica “deben comportarse tal y como está establecido en dicha constitución” (Kelsen 2011: 237). En 1960, en la última versión de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen aclara que

al presuponer la norma fundamental no se afirma ningún valor que trascienda al derecho [...]. La función de esta norma fundamental es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas establecidas por actos de voluntad humanos, de un orden coactivo eficaz en términos generales (2011: 237).

Lo único que prescribe la norma fundamental es obedecer las normas establecidas por la primera constitución histórica, de modo que la norma fundamental expresa un deber formal de obediencia con independencia del contenido sustantivo de las constituciones históricas. Este deber formal de obediencia es además un deber de obediencia supra-positivo, ya que lógicamente este deber no puede estar fundamentado en la propia constitución. Ahora bien, y como señala en repetidas ocasiones Kelsen, la

norma fundamental solo es una norma hipotética para quien quiera estudiar el derecho como un fenómeno normativo (Kelsen 2008: 190).

En el mencionado apéndice a la *Teoría pura del derecho* de 1960 Kelsen remarca que a la pregunta sobre el fundamento de la validez (*Geltungsgrund*) del derecho positivo solo cabe dar una respuesta hipotética: en efecto,

si se considera el derecho positivo como válido, entonces se presupone la norma [fundamental] de que uno debe comportarse (*verhalten soll*), como prescribe la primera constitución histórica, con arreglo a la cual fue producido el ordenamiento jurídico positivo. Esta norma es caracterizada por la *Teoría pura del derecho* como una norma fundamental. No es una norma puesta por un acto de voluntad de una autoridad jurídica, esto es, no es ninguna norma positiva, sino una norma presupuesta en el pensamiento jurídico. [...] La norma fundamental solamente determina el fundamento de validez y no la validez del contenido del derecho positivo. Este fundamento de validez es completamente independiente de la validez del contenido. Determinar el contenido del derecho positivo es algo que la norma fundamental cede al proceso de producción del derecho positivo determinado por la constitución. [...] Si el contenido del derecho positivo determinado por dicho proceso es justo o injusto, es algo que no pone en cuestión su validez. La norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo no es ninguna norma de justicia. Motivo por el cual, el derecho positivo [...] nunca puede entrar en contradicción con ella (1960: 443–444, a. trad.).

En este sentido, el carácter “lógico-trascendental” de la norma fundamental la priva de cualquier contenido normativo sustantivo. La norma fundamental no funciona como un principio iusnaturalista de legitimación del derecho positivo, ni lo justifica a partir de un hipotético estado de naturaleza, sino que solo saca a la luz el único presupuesto lógico con el que se puede postular la validez normativa de la primera constitución histórica. De su carácter formal como presupuesto hipotético de la juridicidad de la primera constitución histórica resulta, pues, que nunca puede entrar en conflicto con el derecho positivo vigente, porque carece de contenido normativo específico. Del mismo modo, tampoco se puede determinar a través de ella cómo debe estar constituido el derecho positivo, ni tampoco legitimar (o deslegitimar) un ordenamiento jurídico positivo. La norma fundamental no fija ningún límite sustancial al contenido del derecho positivo, porque no da ninguna prescripción normativa al mismo.

Para Kelsen, la función ideológica y claramente política de las teorías iusnaturalistas se hace patente en su distinción entre la legalidad y la legitimidad de los ordenamientos jurídicos. Las teorías naturalistas no solo manejan un concepto extrajurídico de justicia, sino que a través de él proporcionan una legitimación (o deslegitimación) añadida a un determinado sistema legal. En caso de ser legitimado suprapositivamente, el derecho positivo gana un plus en legitimidad y en caso de ser deslegitimado se pone de relieve, como mínimo, su necesidad de ser reformado e incluso suprimido. Por el contrario, y en virtud de su carácter enteramente descriptivo, la *Teoría pura del derecho* permanece neutral frente al contenido sustantivo de los ordenamientos jurídicos y no les suministra ninguna legitimación externa.

Para la *Teoría pura del derecho* el derecho solo es aquello que el legislador político, elegido conforme a los criterios establecidos, establece como derecho y el único criterio de legitimidad es el principio de legalidad, “en virtud del cual todo poder público-legislativo, judicial y administrativo está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes” (Ferrajoli 1995: 856). En definitiva, y como acertadamente señala L. Ferrajoli en *Principia iuris*: lo que separa al positivismo jurídico de las teorías iusnaturalistas es su separación definitiva de la validez del derecho positivo de cualquier pauta moral de carácter extrajurídico, puesto que “la (supuesta justicia) de una norma no implica su juridicidad (o validez) [...] y la juridicidad (o validez, entendida como pertenencia a un sistema jurídico) tampoco implica su justicia” (2011: 16).

3. El positivismo jurídico normativo de Jeremy Waldron

En su obra *Derechos y desacuerdos*, Jeremy Waldron extrae relevantes consecuencias normativas del relativismo axiológico acerca de lo justo y lo correcto que le sirven para formular un positivismo jurídico de carácter prescriptivo. El punto de partida del positivismo normativo de Waldron puede caracterizarse a través del siguiente pasaje kelseniano formulado en el apéndice a la *Teoría pura del derecho* de 1960 que dice:

una teoría positivista —es decir, realista— del derecho no afirma que no exista una justicia, sino que de hecho se presuponen muchas normas de justicia, distintas y posiblemente contradictorias entre sí. No niega que la configuración de un orden jurídico positivo pueda estar determinado por la representación de alguna de las muchas normas de justicia, y que de hecho por regla general lo esté. En particular no niega que todo orden jurídico positivo [...] pueda ser valorado como justo o injusto de acuerdo con una de esas muchas normas de justicia. Insiste en que esas pautas de valoración solo tienen un carácter relativo y que, en consecuencia, los actos por los que se estableció el orden jurídico positivo pueden ser legitimados como justos si se miden con una determinada pauta, y condenados [como injustos] si se miden con otra (Kelsen 1960: 403–404).

Al igual que Kelsen, Waldron mantiene un escepticismo radical frente a las teorías de la justicia. El desacuerdo humano afecta a sus distintas concepciones del bien y también a sus diferentes acepciones de justicia. De este modo, Waldron se distancia no solo de la teoría de la justicia de John Rawls, sino también de la defensa kantiana de que existe un criterio general para conocer lo justo y lo injusto más allá de “aquello que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un determinado tiempo” (*RL*, AA 06: 229). Es decir, para Waldron

las mismas incertidumbres que nos hacen muy difícil alcanzar acuerdos sobre nuestras concepciones acerca del bien están presentes cuando tenemos que discutir en torno a la idea de justicia. Dado el hecho profundo y persistente del pluralismo [normativo], no hay ningún motivo para esperar un mayor acuerdo en este segundo terreno que en el primero (Gargarella; Martí 2005: XIX).

Este desacuerdo normativo es una pieza clave en la argumentación de Waldron a favor del positivismo ético o normativo. El positivismo normativo considera que la identificación y la determinación de lo que sea el derecho no debe depender de consideraciones morales y pone el acento en dicho ‘no deber depender’. O formulado positivamente: el derecho, esto es, el derecho positivo ‘debe’ poder ser identificado sin recurrir a valoraciones morales, de modo que sus reglas ‘deben’ ser claras y precisas a la hora de determinar cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos y cuando permitidos, todo lo cual no debe depender de ninguna argumentación moral complementaria a lo que establecen las leyes. Con acierto señala Jiménez Cano, que lo que defiende

el positivismo ético es un positivismo jurídico prescriptivo y no meramente descriptivo (2008: 86). Para confirmar esta tesis, se pueden traer a colación el capítulo de *Derechos y desacuerdos* titulado: “El positivismo jurídico y los juicios morales” y el mencionado artículo de Waldron dedicado a “Hart y los principios de legalidad”.

En este capítulo de *Derechos y desacuerdos* Waldron distingue el positivismo jurídico descriptivo (como, por ejemplo, el positivismo jurídico de Kelsen) del positivismo normativo precisamente en virtud del carácter prescriptivo de este último. En efecto, el positivismo normativo defiende en términos prescriptivos la separación del derecho positivo de toda consideración meta-jurídica acerca de la justicia, puesto que precisamente en estas consideraciones anida el disenso y el desacuerdo. El derecho positivo ‘debe’ estar configurado de tal modo que impida la apelación a argumentos morales para su seguimiento y aplicación. De modo que un sistema jurídico será mejor que otro cuando permita identificar y aplicar las leyes sin recurrir a consideraciones morales. Es más, los sistemas jurídicos deben reformarse, en el caso de que sea preciso, para que la determinación de las leyes y de las decisiones judiciales no estén expuestas a los argumentos morales. Así pues,

el sentido del positivismo jurídico así entendido, es recomendar que los sistemas jurídicos se desarrollen de modo tal que maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema fácilmente identificable de reglas obligatorias de tal claridad, precisión y alcance que ellas puedan ser aplicadas rutinariamente sin recurrir a opiniones morales y políticas controvertidas (Campbell; Goldsworthy 2000: 24).

Como en repetidas ocasiones ha manifestado Waldron, tras el positivismo normativo se encuentra la tesis de “que las decisiones jurídicas puedan ser tomadas sin la intervención de juicios morales” (Waldron 2005: 198) y, por tanto, una defensa normativa del imperio de la ley (Campbell 2004: 32). Las leyes ‘deben’ ser públicas, claras, precisas e inteligibles “pues de otra forma los individuos no podrían conocer los límites de su propia conducta o conformarla a la de las normas” (Jiménez Cano 2008: 89). Todo ello es necesario también para que los destinatarios del derecho no tengan que realizar reflexiones morales sobre cómo deben comportarse (Jiménez Cano

2008: 89). El ideal último del derecho público sería, pues, “identificar el derecho sin emitir juicios morales o juicios evaluativos de ningún tipo” (Waldron 2005: 197). Una buena norma jurídica no lo es por su contenido sustantivo, sino por hacer innecesario cualquier “juicio moral para su identificación, interpretación o aplicación” (Waldron 2005: 198).⁴ De modo que

un buen sistema jurídico es, entre otras cosas, uno en el que los adjudicadores usan solamente criterios empíricos o, más genéricamente, criterios moralmente neutros para identificar e interpretar las leyes, y uno en el que los legisladores dictan leyes que pueden ser identificadas e interpretadas de ese modo (Campbell 1996: 85).

Todas estas consideraciones explican también el posicionamiento filosófico de Waldron en el debate que mantuvieron H. L. A. Hart y Lon F. Fuller a finales de los años cincuenta sobre la relevancia normativa de los principios de legalidad en su trabajo “Hart y los principios de legalidad”. Lon F. Fuller se refirió a estos principios (en total ocho) como la moral interna del derecho (positivo). La relevancia normativa de estos principios se obtiene claramente por vía negativa, esto es, si atendemos a las ocho maneras como un sistema de normas jurídicas podría frustrarse y fracasar. Según Lon F. Fuller hay ocho caminos que pueden conducir al desastre a un sistema de normas legales:

el primero y más obvio: a) consiste en dejar del todo de crear leyes, de manera que cada causa deba fallarse sobre bases *ad hoc*. Los otros caminos son: b) la falta de publicar, o al menos de poner a disposición de la parte afectada, las leyes que se espera que observe; c) el abuso de legislación retroactiva, la cual no solo es incapaz de guiar la acción, sino que socava la integridad de las leyes de efecto presunto, puesto que las coloca bajo la amenaza de cambio retroactivo; d) el no hacer las leyes comprensivas; e) la promulgación de leyes contradictorias; o f) leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada; g) la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que el súbdito no pueda orientar sus actos por medio de las

⁴ Como señala F. Atria a este respecto (2016: 78): “Waldron distingue entre el uso «al por mayor» [*wholesale*] y «al por menor» [*retail*] de argumentos morales: el positivismo ético usa el argumento moral al por mayor, para justificar la dignidad de la legislación y la sujeción de los jueces al derecho legislado, pero excluye el argumento moral al por menor, al momento de identificar reglas particulares de derecho o de establecer el contenido preciso del deber jurídico del juez de decidir casos particulares de acuerdo a la ley” (Waldron 2001: 415–418).

mismas, y, finalmente, h) la falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración. Un fracaso total en cualquiera de estos sentidos no produce simplemente un mal sistema de derecho; sino que produce algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico (1967: 49).

Bajo este presupuesto, continúa diciendo Lon F. Fuller

realmente, no puede haber una base racional para aseverar que un hombre puede tener obligación moral de obedecer una norma legal que no existe, o que se mantiene en secreto para él, o que se creó después de que él hubo actuado, o que era ininteligible, o estaba en contradicción con otra ley del mismo sistema, u ordenaba lo imposible, o cambiaba a cada minuto (1967: 49).

Bix reformula estos ocho principios en términos positivos y los presenta como los elementos constitutivos del principio de legalidad, de modo que

las normas deben ser generales; las normas deben ser promulgadas; la creación y aplicación retroactiva de las normas debe ser minimizada; las normas deben ser comprensibles; las normas no deberían ser contradictorias; las normas no deberían ser imposibles de obedecer; las normas deberían ser relativamente constantes a través del tiempo; y debería haber una congruencia entre la promulgación de las normas y su aplicación (2009: 107–108).

La posición de Waldron al respecto es clara: “un sistema que comúnmente viole los principios de legalidad puede minar su [pretensión] de ser llamado un sistema jurídico” (2012: 120) y si ello lo consideramos bajo la óptica del derecho público de Kant, tal y como lo hace Waldron en su artículo “Kant’s Legal Positivism”, un sistema jurídico que viole sistemáticamente los elementos constitutivos del principio de legalidad no logra *de iure* abandonar ni superar el estado de naturaleza prejurídico.

4. La justificación iusnaturalista del derecho positivo en I. Kant

En la “Doctrina del derecho” de la *Metafísica de las Costumbres* de Kant, la justificación del derecho positivo resulta indisociable del abandono del mencionado estado de naturaleza prejurídico. En la “División de la Doctrina

del derecho” Kant presenta en términos imperativos el deber jurídico de “entrar [...] en un estado, en el que pueda asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás (*Lex iustitiae*)” (*RL*, AA 06: 237). Igualmente el postulado del derecho público establece que “en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar del estado de naturaleza a un estado jurídico” (*RL*, AA 06: 207). La razón última de ello es la inseguridad jurídica que caracteriza al estado de naturaleza. No es que en el estado de naturaleza no haya deberes ni obligaciones de los seres humanos entre sí, sino que bajo sus condiciones no pueden determinarse con claridad ni, por tanto, asegurarse ninguno de ellos. La instauración de un ordenamiento jurídico es un deber incondicional para Kant, porque el derecho “entendido como *lex*, solo puede guiar la conducta de los ciudadanos si ellos pueden averiguar qué es lo que dice el derecho que deben hacer sin tener que considerar sus méritos” (Ripstein 2015: 1736), esto es, sin tener que recurrir a reflexiones morales para ello.

En sus trabajos sobre el positivismo jurídico de Kant J. Waldron remite al §44 de la “Doctrina del derecho” para ilustrar el valor normativo que Kant otorga al derecho positivo Allí Kant afirma lo siguiente:

no es la experiencia quien nos ha enseñado la máxima de la violencia y la maldad humanas de hacerse mutuamente la guerra antes de que aparezca una legislación exterior poderosa; por tanto, no es un *factum* el que hace necesaria la coacción legal pública, sino que, por buenos y amantes del derecho que quiera pensarse a los hombres, se encuentra ya *a priori* en la idea racional de semejante estado (no jurídico) que, antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno lo que le parece justo y bueno por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro. Por tanto, lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, debe entrar ante todo en un estado civil (*RL*, AA 06: 312).⁵

⁵ Resultan muy ilustrativas las reflexiones que hace Waldron sobre la aclaración que introduce Kant entre paréntesis, “con quienes no puede evitar entrar en interacción”, cuando afirma que “now, although Kant acknowledges that in principle all humans share the earth, clearly those with whom I come into

La idea de un estado no jurídico contiene, pues, una contradicción interna insalvable incluso bajo el presupuesto contrafáctico de la bondad y moralidad de los habitantes del estado de naturaleza. Incluso si los participantes de este estado quisieran obrar con arreglo a lo que consideran bueno y justo, el desacuerdo entre ellos sería inevitable y no se podrían zanjar jurídicamente dichas disputas. Esto es así, porque en el estado de naturaleza (no jurídico) no existe un sistema de leyes válido ni tampoco órganos judiciales competentes para aplicar e interpretar el derecho vigente (Cubo 2018: 181–185). Este aspecto de la argumentación kantiana es resaltado precisamente por J. Waldron cuando enfatiza que el desacuerdo sobre lo bueno y lo correcto (incluso entre los hombres de buena voluntad) constituye el déficit normativo más importantes del estado de naturaleza. Podemos decir que se trata del “problema para el que la ley positiva (es decir, aceptando la ley como autoridad sin tener en cuenta la justicia de su contenido) es la solución” (1996: 1536).

Para Waldron, lo que está en juego en el §44 de la “Doctrina del derecho” es la distinción entre los juicios privados acerca de la justicia, que en el mejor de los casos se realizará invocando los principios del derecho racional, y los juicios expresados por una autoridad competente pública acerca de lo que es conforme a la ley en un determinado ordenamiento jurídico. Lo que se gana con la instauración de un estado civil es que aquello a lo que cada uno tiene derecho ya no depende de sus consideraciones privadas acerca de lo justo y lo correcto, sino de una instancia supraindividual y con competencias públicas para aplicar e interpretar el sistema jurídico vigente. La única manera de superar la inseguridad jurídica del estado de naturaleza es que exista un sistema de leyes claro y preciso en el que se

conflict will in the first instance be my near neighbors. Since no one can afford to wait until all possible conflicts arise so that all can be definitively settled at once, the Kantian approach implies that I should enter quickly into a form of society with those immediately adjacent to me, those with whose interests my resource use is likely to pose the most frequent and dangerous conflicts” [“ahora, aunque Kant reconoce que, en principio, todos los seres humanos comparten la Tierra, claramente aquellos con quienes entraré en conflicto serán en primera instancia mis vecinos cercanos. Dado que nadie puede darse el lujo de esperar hasta que surjan todos los posibles conflictos para que todos puedan resolverse definitivamente de una vez, el enfoque kantiano implica que debería entrar rápidamente en una forma de sociedad con aquellos que están inmediatamente adyacentes a mí, con aquellos con [quienes] es más probable que se presenten conflictos con mayor peligrosidad y frecuencia debido a sus intereses”] (a. trad.) (1993: 15). También resulta de interés a este respecto el trabajo de S. Duncan y sus comentarios a la interpretación que hace Waldron del papel que juega la cercanía espacial en el deber jurídico de abandonar el estado de naturaleza (2007: 39–42).

establezcan los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, así como una autoridad pública reconocida y vinculante para todos.

Ante semejante sistema de leyes, ya no es preciso reflexionar sobre qué sea lo justo y lo correcto en cada momento. El cumplimiento del derecho positivo es obligatorio para todos sus destinatarios, con independencia de sus reflexiones sustantivas acerca de la justicia, ya que la autoridad competente establecida por el propio derecho positivo deviene la única instancia con potestad para decidir y dirimir definitivamente los conflictos entre los ciudadanos. Dicho de otro modo, la superación de estado de naturaleza significa al mismo tiempo el reconocimiento “como fuente exclusiva del derecho a las normas dictadas voluntariamente por un legislador humano y el rechazo a apelar a otros criterios como la naturaleza, la justicia o la utilidad” (Colomer 1994: 719) en caso de disputas jurídicas.

Hay un pasaje muy ilustrativo en el *Conflicto de las Facultades* en el que Kant analiza una situación hipotética en la que un jurisconsulto se ve en la disyuntiva de fundamentar su sentencia apelando al derecho positivo o al derecho natural. La situación es la siguiente:

el jurisconsulto letrado busca las leyes que garanticen lo mío y lo tuyo (cuando actúa como debe, en tanto que funcionario del Estado), no en la razón, sino en el código oficialmente promulgado y sancionado por la autoridad suprema. No sería justo pedirle que compruebe la verdad y la justicia de estas leyes y que las defienda contra las objeciones de la razón. [...] Sería ridículo oponerse a la obediencia de una voluntad exterior y suprema, so pretexto de que no concuerda con la razón. Pues la autoridad del gobierno consiste justamente en que este no deja a los súbditos la libertad de juzgar lo que es justo y lo que es injusto, según sus propias ideas, sino que debe guiarse por los preceptos del poder legislativo (*SF*, AA 07: 24–25).

En este sentido, “el jurisconsulto no extrae sus doctrinas del derecho natural sino del derecho civil” (*SF*, AA 07: 23), es decir, solo puede extraer sus doctrinas del derecho positivo en tanto que funcionario del Estado.

Un ordenamiento jurídico positivo solo queda realmente instaurado si los funcionarios y los ciudadanos aplican y cumplen la ley. De hecho, es un deber de los funcionarios y de los ciudadanos atenerse al derecho positivo, incluso si la ley resulta, en su sincera opinión, injusta, inmoral, o equivocada. Es más, si un funcionario no aplicara la ley porque la considera injusta, o

hiciera algo distinto de lo que la ley requiere, por ser algo más justo, o si los ciudadanos también actuarán con arreglo a sus consideraciones privadas sobre lo justo, entonces se retrocedería normativamente al estado de naturaleza donde cada uno actúa y apela (en el mejor de los casos) a lo que él considera correcto. Pero es precisamente esta aptitud la que queda incondicionalmente prohibida en el deber jurídico de abandonar el estado de naturaleza, puesto que todo ordenamiento jurídico sería imposible si cada ciudadano insistiese en que su propia apreciación de lo justo y lo correcto debe prevalecer sobre lo que establece el derecho vigente.

La gran contribución del derecho positivo es, pues, que los miembros del estado civil pueden saber e identificar sus derechos con “independencia de sus puntos de vista morales particulares” (Waldron 1996: 1541). Frente a ello, la ausencia de toda autoridad legal vinculada a la ausencia del derecho positivo, es una situación prejurídica en la no hay una clara línea divisoria de los derechos y deberes que corresponden a cada uno de los individuos. La función principal del derecho positivo es, por tanto, poner fin a esta indeterminación normativa y a los desacuerdos asociados a la misma mediante la sustitución de los juicios individuales acerca de lo justo por las determinaciones autoritativas de los jueces. De todo ello resulta claro, que el desacuerdo moral frente a las leyes no justifica su resistencia o desobediencia, ya que quien se propone resistir a las leyes apelando a argumentos de justicia no hace sino retroceder a un escenario en el que cada persona recurre a su propio juicio particular para establecer y determinar lo que es justo y correcto.

En definitiva, los pasajes que hemos analizado de Kant ponen de relieve que la situación de tener que averiguar lo que en cada caso es conforme a la justicia es el gran déficit del estado de naturaleza y que este déficit solo puede ser solventado con la entrada en vigor de un ordenamiento jurídico positivo. El problema esencial del estado de naturaleza es que remite a un “estado sin derecho (*status iustitia vacuus*) en el cual, cuando el derecho es controvertido (*ius controversum*), no se encuentra juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal” (RL, AA 06: 312). Con ello se hace patente todo lo que se gana al vivir bajo un ordenamiento jurídico y lo que se pierde si los ciudadanos abandonan su lealtad a las leyes anteponiendo sus apreciaciones particulares sobre lo justo y lo correcto. De manera que la aportación fundamental del derecho positivo consiste en establecer una autoridad jurídica con capacidad para dirimir los conflictos con arreglo a las

leyes en vigor y, por tanto, en generar seguridad jurídica entre sus destinatarios.

A partir de lo dicho y siguiendo algunas valiosas indicaciones de J. Weinrib podemos enumerar aquello que comporta el abandono del estado de naturaleza, a saber, la instauración de un sistema de leyes, el establecimiento de tribunales de justicia, siendo una función primordial del derecho público “proporcionar una interpretación externa oficial de la relación entre las partes [en conflicto]” (2017: 136), la reglamentación del razonamiento jurídico con arreglo al código de leyes oficialmente promulgado y sancionado por la autoridad suprema, así como el establecimiento jurídico de dicha autoridad. Solo así se puede superar el déficit normativo del estado de naturaleza y establecer un sistema claro de los derechos y deberes.

5. Reflexiones finales

A lo largo de nuestra exposición hemos presentado tres modos de entender el valor normativo del derecho positivo. Por lo que respecta a Kelsen, hemos comprobado que para interpretar el acto constituyente generador de la primera constitución histórica como un acto jurídico es necesario poner en juego el supuesto lógico-trascendental de la norma fundamental. Kelsen no recurre al escenario iusnaturalista del estado de naturaleza, ni tampoco a los desacuerdos sustantivos sobre lo bueno y lo correcto para justificar el derecho positivo. En realidad, el autor de la *Teoría pura del derecho* no ofrece legitimación alguna del derecho positivo, más bien se limita a describirlo, dándolo, por tanto, siempre por supuesto. Solo el derecho que es, puede ser descrito, de modo que la mirada iuspositivista de Kelsen hacia el derecho positivo lo supone siempre como derecho ya constituido.

Por su parte, J. Waldron sí que recurre a los desacuerdos sustantivos sobre lo bueno y lo correcto para establecer su ideal iuspositivista de derecho positivo. El derecho positivo se acerca o se aleja de dicho ideal según el grado en que permita (o impida) hacer uso de consideraciones meta-jurídicas en la administración de justicia. De modo que, identificar el derecho sin emitir juicios morales, emitir sentencias judiciales sin recurrir a juicios valorativos meta-jurídicos o utilizar como argumentos jurídicos solo lo que está sancionado en el código de leyes, todo ello constituye el contenido prescriptivo del positivismo ético.

Por último, la razón de fondo de la defensa kantiana del derecho positivo se encuentra en el deber incondicional de abandonar el estado de naturaleza. Ahora bien, esto último solo es posible instaurando un ordenamiento jurídico concreto, esto es, creando instituciones judiciales con arreglo a un cuerpo de leyes oficialmente promulgado y sancionado por una autoridad suprema. La ausencia de esta autoridad constituye el déficit fundamental del estado de naturaleza tal y dicha autoridad solo puede ser suprema si todos los ciudadanos y funcionarios del Estado cumplen su deber incondicional de obedecer las leyes incluso cuando las desaprueben sustantivamente.

Bibliografía

- ATRIA, F.: *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- BIX, B.: *Diccionario de teoría jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007.
- CAMPBELL, T.: *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
- _____: “El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano”, *DOXA* 27 (2004) 27–44.
- CAMPBELL, T.; GOLDSWORTHY, J.: *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 2000.
- COLOMER, J. L.: *Principios de libertad y derecho de la humanidad. La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Universidad Autónoma de Madrid, 1994, Tesis Doctoral.
- CORTINA, A.; CONILL, J.: *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 2002.
- CUBO, O.: “La doble naturaleza del derecho en Kant”, en LEYVA, G.; PELÁEZ, A.; STEPANENKO, P. (Eds.): *Los rostros de la razón: Immanuel Kant desde Hispanoamérica*, Barcelona, Anthropos, 2018, 173–192.

DUNCAN, S.: “The Borders of Justice: Kant and Waldron on Political Obligation and Range Limitation”, *Social Theory and Practice* 33 (2007) 27–46.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

_____: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.

FULLER, L. F.: *La moral del derecho*, México, DF, Trillas, 1967.

GARGARELLA, R.; MARTÍ, J. L.: “Estudio Preliminar: la filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdo”, en WALDRON, J.: *Derechos y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, XIII–XLIV.

HART, H. L. A.; FULLER, L. F.: *El debate Hart-Fuller*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

JIMÉNEZ CANO, R.: *La metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

KANT, I.: *Kants gesammelte Schriften*, Berlín, Deutschen Akademie der Wissenschaften, 1902ss.

KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Viena, Franz Deuticke, 1960.

_____: *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002.

_____: *¿Qué es la Justicia?*, Barcelona, Ariel, 2008.

_____: *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2011.

RIPSTEIN, A.: “Fuerza y libertad: la filosofía kantiana del derecho”, en FABRA ZAMORA, J. L.; SPECTOR, E. (Eds.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*, 3, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 1736.

WALDRON, J.: “Special Ties and Natural Duties”, *Philosophy and Public Affairs* 22, 1 (1993) 3–30.

_____: “Kant’s Legal Positivism”, *Harvard Law Review* 109 (1996) 1535–1566.

_____: “Normative (or ethical) legal positivism”, en COLEMAN, J. (Ed.): *Hart’s Postscript. Essays on the postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 410–433.

_____: *Derechos y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

_____: “Hart y los principios de legalidad”, en KRAMER, M. H. (Comp.): *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 105–126.

WEINRIB, E. J.: *La idea de derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2017.