

El concepto no-positivista de derecho de Kant

ROBERT ALEXY¹

Resumen

La tesis principal de este artículo es que el concepto de derecho de Kant es no-positivista, a pesar de que su filosofía jurídica incluye elementos positivistas muy fuertes. Mi argumento toma como punto de partida la distinción de tres elementos en torno a los cuales gira el debate entre el positivismo jurídico y el no-positivismo jurídico: primero, la expedición autoritativa, segundo, la eficacia social y, tercero, la corrección moral. Todas las teorías positivistas se limitan a los dos primeros elementos. Tan pronto en cuanto se establece una conexión *necesaria* entre estos dos primeros elementos y el tercero, a saber, la corrección moral, el panorama cambia radicalmente. El positivismo se convierte en no-positivismo. Existen dos tipos de conexiones entre el derecho y la moral: las conexiones clasificantes y las conexiones cualificantes. Esta distinción proviene de los diferentes tipos de efectos que producen los defectos morales. Una conexión clasificante lleva a la pérdida de la validez jurídica, mientras que una conexión cualificante sólo lleva a un defecto jurídico. En la teoría del derecho de Kant se dan ambas conexiones. La conexión cualificante es evidente en toda la teoría del derecho de Kant, mientras que la conexión clasificante, por el contrario, es rara y bien oculta. Esto bastará para considerar a Kant como un representante del no-positivismo incluyente.

Palabras clave: derecho, moral, positivismo y no-positivismo, la conexión clasificante y cualificante entre derecho y moral, Kant como no-positivista incluyente.

Kant's Non-Positivist Concept of Law

Abstract

The main thesis of this article is that Kant's concept of law is a nonpositivistic one, notwithstanding the fact that his legal philosophy includes very strong positivistic

¹ Universidad de Kiel: Contacto: alexy@law.uni-kiel.de.

El título original del ensayo es "Kant's Non-Positivist Concept of Law" y fue publicado en *Kantian Review* (2019). Traducción del inglés de Alejandro Nava Tovar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5770-5998>). Agradezco a Stanley L. Paulson por sus sugerencias y consejos en cuestiones de estilo del idioma inglés. Para las referencias en español de la *Doctrina del derecho* de Kant, usé la traducción de *La metafísica de las costumbres* de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (2005); para la referencia en español de la *Crítica de la razón pura*, usé la traducción de Pedro Ribas (2013a); finalmente, para la referencia en español de "Una respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?", usé la traducción de Roberto R. Aramayo (2013b).

elements. My argument takes as its point of departure the distinction of three elements, around which the debate between positivism and non-positivism turns: first, authoritative issuance, second, social efficacy, and, third, moral correctness. All positivistic theories are confined to the first two elements. As soon as a necessary connection between these first two elements and the third element, moral correctness, is established, the picture changes fundamentally. Positivism becomes non-positivism. There exist two kinds of connections between law and morality: classifying and qualifying connections. This distinction stems from different sorts of effects that moral defects give rise to. A classifying connection leads to the loss of legal validity, whereas a qualifying connection leads only to legal defectiveness. In Kant's theory of law both connections are found. The qualifying connection is conspicuous throughout Kant's theory of law, whereas the classifying connection, by contrast, is rare and well hidden. This will suffice to consider Kant as a representative of inclusive non-positivism.

Keywords: law, morality, positivism and non-positivism, classifying and qualifying connections between law and morality, Kant's qualifying and classifying connections, Kant as an inclusive non-positivist.

1. Introducción

Jeremy Waldron en su artículo "El positivismo jurídico de Kant" sostiene que Kant debe ser considerado como un positivista jurídico. Cito a Waldron (1996, p. 1566):

Por tanto, debemos dejar a Kant en el clásico, pero honesto, predicamento del verdadero positivista jurídico. Ha expuesto las ventajas del derecho positivo y ha indicado lo que podemos perder si lo abandonamos. No niega que su contenido pueda juzgarse desde el punto de vista trascendental de la justicia y el derecho.

Cito más adelante (1996, p. 1566):

Pero en la transición de la filosofía moral a la filosofía política, Kant insiste en que debemos ver a los demás no sólo como objetos de preocupación moral y respeto, sino también como agentes del pensamiento moral que se coordina y compite con el nuestro. Cuando uno piensa en la justicia, debe reconocerse que los otros piensan en la justicia, y que la confianza en la calidad objetiva de nuestras propias

conclusiones se corresponde con la confianza de los otros en la calidad objetiva de las suyas.

Finalmente (1996, p. 1566):

Sin embargo, si hay razones para pensar que la sociedad necesita un único punto de vista sobre un asunto particular al que todos sus miembros, entonces tiene que haber una forma de identificar un punto de vista de la comunidad y los motivos de lealtad a ella que no estén predichos en ningún juicio sobre la rectitud moral del punto de vista. Esta es la postura positivista.

Martin Stone ha objetado que “esta clasificación parece unilateral” (2017, p. 178). Cito:

Ciertamente, Kant comparte la tesis positivista de que el derecho no cumplirá su propósito (de determinar autoritativamente a la moral) si el contenido jurídico fuera sensible a la verdad moral. Pero, a diferencia del positivista, Kant no sugiere que esto sea lo principal que debe decirse sobre la relación del derecho con la moral; lo principal, para Kant, ocurre en las etapas antecedentes, que presentan los principios a priori de los derechos Innatos y privados (2017, p. 178).

Sin embargo, Stone continúa y afirma que “esta misma secuencia argumentativa también hace difícil considerar a Kant como no positivista, al menos si esto significa que las verdades morales independientes determinan el contenido del derecho” (2017, p. 178). Esto suena como si Kant tuviera que ser considerado como si estuviera entre el positivismo y el no-positivismo o como positivista y no-positivista. La tesis de Waldron sobre Kant y el positivismo puede llamarse la tesis positivista, la tesis de Stone, la tesis positivista y tesis no-positivista. Yo defenderé una tercera tesis: la tesis no-positivista. La tesis no-positivista sostiene que Kant es un no-positivista, a pesar de que su filosofía jurídica incluye elementos positivistas muy fuertes.

2. Un marco conceptual

La verdad de la tesis de que Kant es un no-positivista depende de los conceptos de positivismo y no-positivismo que se utilicen; dicho de otra manera, depende del marco conceptual que se presuponga. Por esta razón, presentaré mi marco conceptual antes de abordar el análisis textual.

2.1. ¿Dos o tres elementos de la definición del Derecho?

El debate sobre positivismo y no-positivismo gira en torno a las relaciones entre tres elementos: primero, la expedición autoritativa, segundo, la eficacia social y, tercero, la corrección moral. Al determinar el concepto o la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas se limitan a los dos primeros elementos, es decir, se limitan a la expedición autoritativa y a la eficacia social. Kant se refiere a estos dos elementos cuando dice, en el parágrafo 44 de la *Doctrina del Derecho*, que el individuo tiene que

Someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, entrar a 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, que debe entrar ante todo en un estado civil (DD, 6, p. 312).²

La determinación por el derecho de Kant corresponde a la expedición autoritativa y su asignación por el poder adecuado a la eficacia social. No es de extrañar que Waldron (1966) haya colocado esta referencia a los dos elementos de la positividad en el párrafo al comienzo de su artículo.

El tercer elemento, la corrección moral, abre la puerta al no-positivismo. Sin embargo, para poder atravesar esta puerta, hay que conectarla con los dos elementos positivistas de un modo concreto: la conexión debe ser necesaria. Esto quiere decir que el no positivismo afirma

² Las referencias entre paréntesis a los escritos de Kant están referidas al número de volumen y página(s) de la edición de la Real Academia Prusiana (*Kants gesammelte Schriften*), que se incluyen en los márgenes de las traducciones. Utilizo las siguientes abreviaturas DD = *La doctrina del derecho*; TP = “Sobre el dicho común común: Esto puede ser correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”; *Refl.*: *Reflexionen zur Rechtsphilosophie*; *Anth.*: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*; WIE = “Una respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?”; IUH = “Idea para una historia universal en clave cosmopolita”. Las traducciones al inglés proceden de la *Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant*. Las traducciones al inglés de DD, TP, WIE proceden de Kant (1996). Las traducciones al inglés de IUH proceden de Kant (1991). Las traducciones al inglés de la *Crítica de la razón pura* son de Kant (1997). Además, *BVerfGE* = decisiones del Tribunal Constitucional Alemán.

que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral (Alexy, 2008b). El positivismo puede rechazar esto al sostener, como hace Joseph Raz, que la moral está necesariamente excluida de las fuentes del “contenido y la existencia” del derecho (2009, p. 47), o bien argumentando, como hace Jules Coleman (2001), que la moralidad no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida, es decir, que la inclusión como la exclusión es meramente contingente, es decir, en otras palabras, dependiente del derecho positivo. La primera es una versión de positivismo excluyente, el segundo de positivismo incluyente. Pero esta cuestión no será profundizada aquí.

2.2. Moral

En nuestro contexto es de vital importancia cómo debe entenderse el tercer elemento del concepto no-positivista del derecho, a saber, la moral. Podría suponerse que el término ‘moral’ se refiere a la ética en el sentido kantiano. Sin embargo, esto no encajaría en el sistema de la filosofía del derecho de Kant. En la *Introducción a la metafísica de la moral*, Kant contrapone las “leyes de la naturaleza” a las “leyes de la libertad”, a las que denomina “leyes morales” (DD, 6, p. 214). Además, Kant distingue dos tipos de leyes morales: las leyes jurídicas y las leyes éticas.

Estas leyes de la libertad, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman *morales*. Si afectan sólo a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman *jurídicas*; pero si exigen también que ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son *éticas*, y se dice, por tanto: que la coincidencia con las primeras es la *legalidad*, la coincidencia con las segundas, la *moralidad* de la acción (DD, 6, p. 214).

Kant sólo se ocupa aquí de la distinción entre leyes internas y externas. Para completar la imagen hay que añadir la distinción de Kant entre dos tipos de ‘legislación’ [*Gesetzgebung*]. La legislación, independientemente de que se refiera a “acciones internas o externas”, puede prescribir estas acciones bien “por la sola razón o por elección de otro” (DD, 6, p. 218). La prescripción por elección de otro es caracterizada por Kant como “legislación externa” (DD, 6, p. 219). La prescripción por la razón puede calificarse de legislación interna.³ Ocasionalmente, Kant utiliza los

³ Para un análisis más detallado de las distinciones de Kant entre lo interno y lo externo, véase Alexy (2005).

términos derecho natural y positivo para describir esta diferencia: “Los derechos se dividen en *derecho natural*, que sólo se basa en principios *a priori*, y derecho *positivo* (legal), que procede de la voluntad del legislador” (DD, 6, p. 237).

Cuando el no-positivismo se refiere a la moral, se refiere a las leyes externas que emanan de la ley interna, es decir, en el caso de Kant, a la ley que se basa en principios *a priori* o en la razón, pero que sólo se refiere a acciones externas. Esto no quiere decir que el imperativo categórico esté completamente fuera de juego. Pero si puede entrar en juego, sólo puede hacerlo desde una posición detrás del el Principio Universal del Derecho. Sin embargo, el análisis de lo que esto significa no es nuestro tema (Alexy, 2005).

2.3 Dos tipos de conexiones entre derecho y moral: conexiones clasificantes y cualificantes

Raz ha argumentado en contra de la tesis no-positivista de una conexión necesaria entre el derecho y la moral que se trata de una “tesis relativamente trivial”, la cual es de “poco interés” (2003, p. 3). Uno de sus ejemplos es que “la ley no puede estar enamorada y, por tanto, no puede tener las virtudes del amor verdadero” (Raz, 2003, p. 3; más ejemplos en Alexy, 2008b). Sin embargo, es fácil rechazar esta objeción al darle a la tesis de la conexión una forma más precisa. Esta versión más precisa de la tesis de la conexión no-positivista según la cual existe una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y méritos y deméritos morales de corrección o incorrección moral, por el otro lado. Esto quiere decir que la tesis de la conexión se refiere a los efectos jurídicos de los defectos morales.

Según esta versión de la tesis de la conexión hay que distinguir entre dos efectos diferentes de los defectos morales: en primer lugar, la pérdida de validez jurídica y, en segundo lugar, la incorrección o defectuosidad jurídica. El primer efecto es largamente reconocido como una diferencia distintiva entre positivismo jurídico y no-positivismo jurídico. John Gardner, por ejemplo, considera la siguiente proposición como la marca distintiva del positivismo jurídico: “(PJ) En cualquier ordenamiento jurídico, si una determinada norma es jurídicamente válida y por lo tanto si forma parte del derecho de ese sistema, depende de sus fuentes, no de sus méritos” (2001, p. 199). La pérdida de la validez jurídica, o incluso de la naturaleza jurídica, constituye una conexión *clasificante* entre el derecho y la moral. Esta conexión clasificante debe distinguirse de una conexión meramente

cualificante. El efecto de una conexión *cualificante* es una deficiencia o incorrección jurídica que, sin embargo, no socava la validez jurídica (Alexy, 2002). Lo decisivo es que el efecto de la deficiencia o incorrección moral es la deficiencia o incorrección *jurídica*. Que las leyes moralmente defectuosas son moralmente defectuosas es una verdad trivial. Un positivista no tiene ningún problema en estar de acuerdo con esto. Pero que estas leyes sean, además, jurídicamente defectuosas no sólo no es trivial, sino que, de hecho, es de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real o positiva del derecho y su dimensión ideal o no-positiva, y ello no sólo por razones teóricas, sino también por razones de naturaleza práctica. Si el defecto fuera meramente moral, sería difícil explicar por qué un tribunal superior—independientemente de lo que diga el derecho positivo— tiene poder *legal* para anular la decisión injusta de un tribunal inferior en un caso en el que esta decisión injusta es tan compatible con el derecho positivo (Alexy, 2017).

Mi tesis es que el concepto de derecho de Kant incluye una conexión tanto clasificante como cualificante entre el derecho y la moral. La conexión clasificante es bastante rara y oculta. Pero existe. La conexión cualificante está presente casi permanentemente, pero se expresa de formas tan diversas que a menudo no es fácil identificarla. Detrás de estas dos conexiones se encuentra en lo que podríamos llamar una “línea justificatoria”, que comienza con el imperativo categórico, procede al Principio Universal del Derecho (DD, 6, p. 230), o, lo que es lo mismo, a la Definición del Derecho (DD, 6, p. 230) o a la Ley Universal del Derecho (DD, 6, p. 231), da un paso más hacia el Derecho Innato a la Libertad (DD, 6, p. 237), y de ahí al postulado de la razón práctica con relación al derecho privado (DD, 6, p. 246), para llegar finalmente al Postulado del Derecho Público (DD, 6, p. 307), que también podría llamarse el postulado de la positividad.

A primera vista, se trata de un viaje desde la forma más elevada de no-positividad a la forma más elevada de positividad o, dicho de otro modo, un viaje en el que los pasos anteriores pierden toda su importancia al llegar al último paso. Pero esto sería una imagen completamente falsa. Algunos aspectos de la supervivencia de los aspectos ideales no-positivistas durante este viaje serán analizados a partir de la distinción entre conexiones clasificantes y cualificantes.

3. Las dos conexiones de Kant sobre el derecho y la moral

3.1. Tres formas de no-positivismo

La distinción entre la conexión clasificante y cualificante implica que deben distinguirse tres tipos de no-positivismo: no-positivismo excluyente, super-incluyente e incluyente.⁴

No-positivismo excluyente. El no-positivismo excluyente es la versión más radical de no-positivismo. Esta forma de no-positivismo afirma que toda injusticia, todo defecto moral de una norma, impide que sea jurídicamente válida, que sea ley. Una versión clásica de este punto de vista se expresa en la afirmación de San Agustín de que “una ley que no es justa no me parecería una ley” [“Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit”] (I.II [2006, p. 86]). Un ejemplo reciente es la tesis de Beyleveld y Brownsword según la cual “las normas inmorales no son jurídicamente válidas” (2001, p. 76). No cabe duda de que Kant no es un no-positivista excluyente.

No-positivismo super-incluyente. El no-positivismo super-incluyente es la contrapartida radical del no-positivismo excluyente. El no-positivismo superincluyente va hacia el otro extremo. Esta forma de no-positivismo sostiene que la validez jurídica no se ve afectada en modo alguno por defectos morales. A primera vista parece una versión del positivismo jurídico, no del no-positivismo jurídico. Sin embargo, esta primera impresión es errónea. La principal razón de ello se deriva de la distinción entre clasificar y calificar las conexiones. Aunque la validez jurídica no se ve afectada por la incorrección moral, es decir, no se presupone un efecto clasificatorio en ningún caso de incorrección moral, puede suponerse un efecto en todos los casos de incorrección moral, a saber, la deficiencia jurídica. Pueden encontrarse fuertes tendencias en esta dirección, por ejemplo, en la de Tomás de Aquino y John Finnis (Alexy, 2010, 2012) y también en Kant se encuentran fuertes indicios textuales en este sentido. Pero el análisis textual no puede comenzar hasta que se haya presentado el no-positivismo incluyente como una alternativa.

No-positivismo incluyente. El no-positivismo incluyente afirma que los defectos morales no siempre socavan la validez jurídica ni que nunca lo hagan. Al seguir la fórmula de Radbruch (Alexy, 2002, 2008a), el no-

⁴ Las relaciones lógicas entre estas tres formas de no-positivismo pueden describirse mediante la tríada cuantificadora. Véase al respecto Alexy (2012).

positivismo incluyente sostiene que los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si se transgrede el umbral de injusticia extrema. La injusticia por debajo de este umbral se incluye en el concepto de derecho defectuoso pero válido.⁵

3.2 Conexión clasificante

En un artículo de 2008, caractericé a Kant como un no-positivista superincluyente, es decir, como un no-positivista que sostiene que ningún defecto moral puede tener nunca un efecto sobre la validez jurídica (Alexy, 2005, 2008b). Esta clasificación se basaba en la exigencia del Postulado del Derecho Público (DD, 6, p. 307), a saber, a pasar del estado de naturaleza a “una condición legítima” [*rechtlichen*] (DD, 6, p. 307) o “civil” [*bürgerlichen Zustand*] (DD, 6, p. 312), es decir, entrar en una condición regida por la positividad. El rigor de la positividad en la condición de derecho es destacado por Kant una y otra vez, por ejemplo, cuando argumenta en contra de cualquier derecho a la “resistencia al jefe legislativo de un Estado” (DD, 6, p. 320), o cuando dice que la prohibición de cualquier insurrección y rebelión es “incondicional” (TP, 8, p. 299), incluso en los casos en los que el legislador “ha facultado al gobierno para proceder con bastante violencia (tiránica)” (TP, 8, p. 299), o cuando habla de la “sumisión incondicional de la voluntad del pueblo a una voluntad *soberana*” (DD, 6, p. 372).

En todo esto Kant concede un valor muy alto a la dimensión real o positiva del derecho. Pero —y ésta es mi tesis acerca de si Kant ha incluido una conexión clasificante en su concepto de derecho— este alto valor no es un valor absoluto. Mi tesis se apoya en dos argumentos: el argumento de la cláusula de exención y el argumento de la nulidad. Estos dos argumentos son las razones que sirven para desbancar mi antigua tesis de que Kant es un no-positivista super-incluyente, ahora suplantada por la tesis de que es un no-positivista incluyente.

El argumento de la cláusula de exención. En el apéndice de la segunda edición a la Doctrina del Derecho de 1798 encontramos dos versiones de una oración. Una versión suena muy positivista: “Obedece a la autoridad que tiene

⁵ Las tres formas de no-positivismo pueden reconstruirse como soluciones a la competencia entre dos principios: el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia. El no-positivismo excluyente da preferencia incondicional a la justicia, el no-positivismo superincluyente a la seguridad jurídica. Se pueden plantear serias objeciones a ambas afirmaciones; véase Alexy (2010). La situación es diferente en el caso del no-positivismo incluyente; éste establece una precedencia condicional de la justicia en casos de injusticia extrema; véase Alexy (2015).

poder sobre ti” (DD, 6, p. 372). Sólo una página antes encontramos la siguiente versión: “Obedece a la autoridad que tiene poder sobre ti” (en todo aquello que no entre en conflicto con la moral interna) (DD, 6, p. 371). El énfasis de esta frase bien puede indicar que esta versión es la decisiva. Las palabras entre paréntesis son, sin duda, la formulación de una cláusula de exención. Pero no está muy claro a qué se refiere la cláusula de exención. ¿Qué es la ‘moral interna’? La frase citada sólo nos da un dato: el conflicto con la moral interna es el criterio para la revocación del deber de obediencia. Si se sigue esta línea se encuentran en las “Reflexiones sobre la filosofía del derecho” de Kant, que forman parte de sus ‘manuscritos inéditos’, dos ejemplos de revocación del deber de obediencia. En primer lugar, escribe allí lo que escribe siempre: la fuerza sin una decisión jurídicamente vinculante precedente, es decir, antes del ejercicio del poder por el derecho positivo, es “ilícita” [*unrechtmäßig*] (*Refl.*, 19, p. 594, n8051). Pero luego continúa, y esto es inusual, y afirma que la resistencia es excepcionalmente posible “en aquellos casos que no pueden surgir en absoluto en la *unionem civilem*, por ejemplo, la coerción religiosa. La coerción dirigida a pecados contra natura: asesinato a traición, etc. Etc” [“in den[en] fällen, welche gar nicht in die unionem civilem kommen können, e.g. religionszwang. Zwang zu unnatürlichen Sünden: Meuchelmord etc. Etc”] (*Refl.*, 19, pp. 594–595).

Esto tiene una cierta analogía con la Fórmula de Radbruch. La Fórmula de Radbruch consta de dos partes, a saber, la fórmula de la intolerabilidad [*Unerträglichkeitsformel*] y la fórmula de la negación [*Verleugnungsformel*] (Alexy, 2008a.). Aquí, solamente la fórmula de la intolerabilidad será de interés. Esta afirma lo siguiente:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo., hasta que la contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto “derecho injusto”, deba ceder a la justicia (Radbruch, 2006, p. 7).

Esta fórmula construye en el derecho una frontera exterior. Su expresión más concisa es la siguiente: “La injusticia extrema no es derecho” (Alexy, 2008a, p. 428). La justificación de la cláusula de exención de Kant en el sistema de su filosofía jurídica y de la fórmula de Radbruch en el sistema

de Radbruch, son, sin duda, muy diferentes. Pero la estructura de la cláusula de Kant y de la fórmula de Radbruch son muy similares. La validez jurídica o la obligación de obedecer la ley no queda anulada en ambos casos por todas y cada una de las injusticias o casos de inmoralidad. Ni siquiera se anula por defectos morales graves. El defecto moral debe ser extremo, lo que Kant ilustra con sus ejemplos. El asesinato no es suficiente. Debe ser un ‘asesinato a traición’. Se puede suponer que el ‘conflicto con la moral interna’ de Kant es un umbral más fuerte que la ‘intolerabilidad’ de Radbruch. Sin embargo, la estructura es la misma. Este hace posible captar las similitudes y las diferencias con una fórmula de frontera exterior atribuida a Kant que dice así: ‘La injusticia extrema no es derecho’. Si esta es una reconstrucción adecuada, entonces Kant pertenece al campo del no-positivismo incluyente. Pero las objeciones son posibles. Dos serán consideradas ahora.

Moral humanitaria y condición bárbara. Radbruch inventó su fórmula como una reacción al derecho nazi. La primera parte de esta, la fórmula de la intolerabilidad, se refiere directo al criterio sustantivo moral que Radbruch resume bajo el concepto de un grado intolerable de injusticia. En un breve artículo, publicado en 1945, Radbruch introduce los “derechos humanos y civiles” (2006, p. 15) como principales criterios para ello. Arthur Ripstein sostiene que un criterio según el cual “toda la «moral humanitaria» es una condición previa de la legalidad en cada caso concreto” implica que “una ley que *de cualquier modo* es defectuosa desde el punto de vista moral no es una ley en absoluto” (2009, p. 348). Estoy de acuerdo con Ripstein en que en “tal situación, se pierde el valor de la legalidad” (2009, p. 348). Pero la fórmula de Radbruch tiene poco que ver con este criterio. Este no se refiere a leyes que sean “*de cualquier modo*” defectuosas sino a leyes *extremadamente* defectuosas. Si el primer criterio fuera correcto, Radbruch sería un no-positivista excluyente, no un no-positivista incluyente. Sin duda, el problema que Kant trata de resolver, en el §44 de la Doctrina del Derecho, el problema de que en el estado de naturaleza “cada uno tiene su propio derecho a hacer lo que le parece justo y bueno” (DD, 6, p. 312), permanece hasta cierto punto. Pero se reduce en dos puntos importantes. El primer punto es epistémico. El consenso puede alcanzarse más fácilmente en cuestiones de defectuosidad extrema, o incluso muy extrema, que en casos de mera defectuosidad. El segundo punto es institucional. Desde un punto de vista práctico, la principal aplicación de la fórmula de Radbruch es una aplicación tras el colapso de un régimen injusto por parte de funcionarios, en primer

lugar, jueces, en un estado de cosas jurídico [*in einem rechtlichen Zustand*]. Si los funcionarios de una condición legítima pueden decidir qué es el derecho en casos controvertidos sobre cuestiones normales de justicia, ¿por qué no deberían tener el poder para decidir sobre cuestiones fundamentales de justicia?

Ripstein sugiere una solución sistémica. Ripstein califica el sistema nazi de sistema bárbaro, siguiendo la distinción de Kant entre despotismo y barbarie, como expone en su *Antropología en sentido pragmático* (*Anth.*, 7, pp. 330–331). El despotismo es definido en esta obra como “ley y fuerza sin libertad”, y la barbarie como “fuerza sin libertad ni ley” (*Anth.*, 7, pp. 330–331), es decir, como sistema de poder desnudo, una versión del estado de naturaleza, o, como dice Ripstein, “los actos «oficiales» de una condición bárbara carecen de fuerza legal” (2009, p. 343).

Por supuesto, podemos construir en teoría sistemas bárbaros que no son sistemas jurídicos en absoluto (Alexy, 2002) y observarlos en la realidad, por ejemplo, cuando vemos organizaciones criminales. Pero los Estados criminales como la Alemania son un problema más complejo. Me limitaré a un ejemplo. Este concierne a una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 23 de enero de 1968 concerniente a la constitucionalidad del estatuto sobre el tiempo de trabajo en panaderías y confiterías del 29 de junio de 1936 en la versión del 30 de abril de 1938. Este estatuto, que modifica la regulación anterior, prohíbe trabajar como ayudante de panadero durante la noche, desde las 9 de la noche hasta las 4 de la mañana, con el fin de proteger a los trabajadores. El estatuto sigue siendo válido en la República Federal de Alemania. El Tribunal Constitucional Federal lo declaró constitucional (*BVerfGE*, 23, 50). Esto parece tan correcto como la famosa decisión, posterior sólo unas semanas más tarde, del 14 de febrero de 1968, que declaró el artículo de la Undécima Ordenanza, del 25 de noviembre de 1941, promulgada en virtud del Estatuto sobre la Ciudadanía del Reich del 15 de septiembre de 1935, que despojaba a los judíos emigrantes de la ciudadanía alemana por motivos de raza, como “nulo y sin valor, es decir, inválido desde el principio”, porque el conflicto con la justicia había alcanzado “un grado intolerable” (*BVerfGE*, 23, 98 (106)). Esta es una clara aplicación de la fórmula de la intolerabilidad de Radbruch. Las dos decisiones ilustran que hay que hacer distinciones. La fórmula de Radbruch parece ser una herramienta adecuada para ello. Esto no quiere decir que el argumento de

Ripstein sobre el barbarismo se vuelve obsoleto. Este tiene más bien una función en la determinación del grado de injusticia.

El concepto moral de derecho y el concepto estricto o puro de derecho. Aquí queda una duda. En el caso de la fórmula Radbruch no cabe duda de que se trata de la pérdida de validez jurídica o, cuando se aplica la fórmula de la negación, incluso la pérdida del carácter jurídico. La cláusula de exención de Kant se refiere a conflictos con la “moral interna” (DD, 6, p. 371). Cabe preguntarse si esto significa que el efecto de un conflicto con la moral interna es sólo una pérdida de validez moral y no también una pérdida de validez jurídica. Si es posible dar una respuesta a esta pregunta, entonces sólo se puede hacer sobre la base de la distinción de Kant entre un concepto moral de derecho (DD, 6, p. 230) y un concepto estricto (o puro o estrecho) (DD, 6, p. 232) de derecho, por un lado, y entre “deberes *directamente éticos*” y deberes “indirectamente éticos”, por otro (DD, 6, p. 221). El concepto moral de derecho “está relacionado con la obligación que le corresponde” (DD, 6, p. 230). Esta obligación [*Verbindlichkeit*] es una obligación moral: “La *obligación* es la necesidad de una acción libre en virtud de un imperativo categórico de la razón” (DD, 6, p. 222). Hay pocas dudas de que la cláusula de exención de Kant se refiere a esta obligación moral en tanto deber indirectamente ético. Precisamente en este punto se plantea el principal problema. Esta es la cuestión de si la destrucción del deber ético indirecto destruye también el derecho estricto, puro o restringido. El derecho estricto es algo “que no está mezclado con nada ético” (DD, 6, p. 232). Pero esto se refiere al hecho de que “sólo requiere motivos externos para determinar la elección” (DD, 6, p. 232). La exterioridad de los motivos es, en efecto, en la filosofía jurídica de Kant, un elemento crucial para la distinción entre el derecho y la ética. Pero en su frase: “[D]erecho y autorización para usar la coacción significan, por tanto, una y la misma cosa” (DD, 6, p. 232), Kant está utilizando el concepto de autorización, que es un concepto normativo. La cuestión que se plantea es si, en caso de conflicto con la moral interna o de injusticia extrema, se destruye la autorización, lo que quiere decir que el uso de la coacción ya no es un uso en estado de derecho, sino un uso de la fuerza desnuda en un estado de naturaleza. Esto presupone que una oposición excluyente entre las situaciones sociales en su conjunto como un estado de naturaleza o legítimo no agota el abanico de posibilidades. Puede haber sistemas mixtos. Los sistemas mixtos son condiciones sociales que se dan cuando una sociedad no se encuentra plenamente ni en un estado de

naturaleza ni en un estado legítimo.⁶ En un sistema mixto, la cancelación de la obligación moral en el concepto moral de derecho en casos de injusticia extrema implica la cancelación de la autorización para usar la coerción en el concepto estricto de derecho. En un sistema mixto de este tipo, la cláusula de exención de Kant lo califica como un no-positivista incluyente, el cual no sólo se refiere a la validez moral, sino también a la validez jurídica.

El argumento de la nulidad. El argumento de la nulidad se refiere, en primer lugar, a los contratos nulos. En su artículo “Qué es la ilustración” Kant aborda la cuestión de un contrato que prohíbe la ilustración. Su respuesta es clara:

Semejante contrato, que daría por cancelada para siempre cualquier ilustración ulterior del género humano, es absolutamente nulo e inválido; y seguiría siendo así, aun cuando quedase ratificado por el poder supremo, la dieta imperial y los más solemnes tratados de paz (WIE, 8: 39).

La cláusula de nulidad también se encuentra cuando Kant habla de los contratos de siervos y esclavos:

sin embargo, en lo que concierne a la materia, es decir, al uso que puede hacer de estos cohabitantes de su casa, nunca puede comportarse como su propietario (*dominus servi*): porque sólo están en su poder por contrato, pero es en sí mismo contradictorio —es decir, nulo e inválido— un contrato por el que una parte renuncia a su entera libertad en beneficio del otro, por tanto, deja de ser persona, y consecuentemente tampoco tiene el deber de cumplir un contrato, sino que sólo reconoce la violencia (DD, 6, p. 283).

Esto se corresponde con la regla general de Kant: “Nadie puede obligarse mediante un contrato a tal tipo de dependencia, por la que deja de ser persona” (DD, 6, p. 330, trad. modificada). Todo esto se condensa en el *Vacat* de Kant con respecto a la “relación en términos de derechos de los seres humanos hacia seres que sólo tienen deberes pero no derechos” (DD, 6, p. 241).

⁶ Agradezco a Howard Williams por haber propuesto esta definición, que adopto con pequeñas modificaciones.

Sería interesante examinar más detenidamente la relación entre la cláusula de exención de Kant y su argumento de la nulidad. Pero esto no puede hacerse aquí. Para nuestro propósito basta con que estos dos argumentos ofrezcan suficiente apoyo para establecer que el concepto de derecho de Kant incluye una conexión clasificante entre derecho y moral.

Conexión cualificante

La evidencia textual de una conexión clasificante entre derecho y moral en la obra de Kant es bastante limitada. Distinto es el caso de la conexión cualificante. En este caso, la evidencia está casi siempre presente. La conexión cualificante existe cuando el efecto de una deficiencia o incorrección moral es una deficiencia o incorrección jurídica que, sin embargo, no anula la validez jurídica.

La dimensión ideal del derecho. La transición de la condición natural a la condición jurídica, como exige el Postulado del Derecho Público (DD, 6, p. 307), es un intento de conectar la razón práctica con la realidad. Esta conexión de una dimensión ideal con una dimensión real es el punto central de la conexión cualificante. Esta conexión entre idea y realidad se encuentra ya en la *Crítica de la razón pura* (A316/B373):

Una constitución que promueva la *mayor libertad humana* de acuerdo con leyes *que hagan que la libertad de cada uno sea compatible con la de los demás* (no una constitución que promueva la mayor felicidad, pues ésta se seguirá por sí sola), es, como mínimo, una idea necesaria, que ha de servir de base, no sólo al proyecto de una constitución política, sino a todas las leyes.

Esto se aproxima mucho a la definición del derecho y al correspondiente Principio de derechos y la Ley Universal del Derecho (DD, 6, pp. 230–231), los puntos de partida del sistema del derecho de Kant. Aquí, sólo dos puntos son de interés. El primero es que la idea es una “idea necesaria”. Esto es importante en nuestro contexto, porque la conexión del no-positivismo entre derecho y moral debe ser una conexión necesaria. El segundo punto es que la idea no es sólo una idea presente al elaborar una constitución, sino una idea permanentemente presente en todos los niveles del

derecho. Con esto, el derecho y la moral están necesaria y completamente conectados.

Defectuosidad o incorrección jurídica. Los principales criterios de defectuosidad o incorrección jurídica en el Derecho positivo son el Derecho Innato a la Libertad (DD, 6, p. 237) conectado con el Derecho Privado (DD, 6, pp. 246–247), por un lado, y la Voluntad Unitaria del Pueblo, por otro. Los primeros son criterios sustantivos, el segundo es un criterio formal. Se requiere: “De ahí que sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora” (DD, 6, pp. 313–314). Las conexiones entre estos criterios no se analizarán aquí. En nuestro contexto sólo interesa un punto, a saber, que Kant los trata como criterios de defectos jurídicos. Lo hace cuando dice que no está permitido oponerse activamente a una constitución, aunque esté afectada de “defectos grandes y errores crasos” (DD, 6, p. 372; trad. modificada), o cuando califica de “error” los “privilegios hereditarios contrarios al derecho”, en referencia directa a los criterios de la voluntad unida (DD, 6, p. 329). En ambos casos el derecho positivo es jurídicamente defectuoso, pues en este sentido viola un criterio moral de corrección jurídica necesario no-positivo.

Aproximación y pretensión de corrección. La conexión necesaria entre positividad y corrección moral o entre el lado real y el lado ideal del derecho conduce a un postulado que podríamos llamar el “postulado de la aproximación”. En su “Ideas para una historia universal en clave cosmopolita”, Kant habla de una “*constitución civil* perfectamente justa” “en la que la libertad bajo leyes externas se encuentre vinculada en el mayor grado posible con un poder irresistible” (1991, pp. 45–46). Luego dice que tal “solución perfecta es poco menos que imposible”, y conecta esto con la famosa frase: “a partir de una madera tan retorcida como de la que está hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto” (1991, p. 46). Después viene el paso decisivo: “La Naturaleza sólo nos ha impuesto la aproximación a esa idea” (1991, pp. 46–47). Este es el postulado de la aproximación. El postulado de aproximación aparece en formas muy diferentes en los escritos de Kant. En la *Crítica de la razón pura* dice que “sin embargo, es muy exacta la idea que establece como prototipo ese maximum, para acercar cada vez más, según ella, la constitución jurídica de los hombres a la mayor posible

perfección” (A317/B373–374). En otro punto Kant habla de la forma de un Estado en general, “es decir, el Estado *en la idea*, tal como debe ser según los principios jurídicos puros, Estado que sirve de norma (*norma*) a toda unificación efectiva dirigida a formar una comunidad” (DD, 6, p. 313; trad. modificada). Y, por poner un tercer ejemplo, a veces Kant simplemente requiere que “la máxima autoridad sea justa” (1991, p. 46).

Todo esto parece ser prueba textual más que suficiente para el postulado de la aproximación. Aun así, sigue pendiente la cuestión de cómo entender este postulado. Mi tesis final es que debe entenderse como una expresión de la pretensión de corrección que necesariamente erige el derecho (Alexy, 2002). Ripstein sostiene “que una condición legítima no pierde su pretensión de ser legítima simplemente porque se aprueben leyes injustas o incluso opresivas” (2009, p. 335). Creo que la pretensión de ser legítima puede entenderse aquí como una pretensión de corrección, la cual comprende tanto la dimensión real como la dimensión ideal.

Ahora podemos completar el argumento. Si es correcto, entonces Kant es un no-positivista incluyente.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Clarendon Press.
- Alexy, R. (2005). Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition. En R. Alexy (Ed.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers* (pp. 95–109). Mohr Siebeck.
- Alexy, R. (2006). Kants Begriff des praktischen Gesetzes. In O. Behrends (Ed.), *Der biblische Gesetzesbegriff (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-Historische Klasse)* (pp. 197–216). Vandenhoeck & Ruprecht.
- Alexy, R. (2008a). A Defence of Radbruch’s Formula. In M. D. A. Freeman (Ed.), *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence* (pp. 426–443). Sweet & Maxwell and Thomson Reuters.
- Alexy, R. (2008b). On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, 21(3), 281–299.

- Alexy, R. (2010). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23(2), 167–182.
- Alexy, R. (2012). Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*, 25(1), 2–14.
- Alexy, R. (2015). Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*, 28(4), 441–451.
- Alexy, R. (2017). The Ideal Dimension of Law. In G. Duke and R. P. George (Eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (pp. 314–341). Cambridge University Press.
- Alexy, R. (2019). Kant's Non-Positivist Concept of Law. *Kantian Review*, 24(4), 497–512.
- Beylerveld, D. y Brownsword, R. (2001.) *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford University Press.
- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford University Press.
- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, 46(1), 199–227.
- Kant, I. (1991). *Political Writings*. Cambridge University Press.
- Kant, I. (1996). *Practical Philosophy*. Cambridge University Press.
- Kant, I. (1997). *Critique of Pure Reason*. Cambridge University Press.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Kant, I. (2013a). *Crítica de la razón pura*. Taurus.
- Kant, I. (2013b). *Una respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?* Alianza.
- Radbruch, G. (2006). Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(1), 1–15.
- Raz, J. (2003). About Morality and the Nature of Law. *American Journal of Jurisprudence*, 48(1), 1–15.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.
- Ripstein, A. (2009) *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*. Harvard University Press.

San Agustín (2006). *De libero arbitrio. Der freie Wille*. Schöningh.

Stone, M. J. (2017). Kant's Apparent Positivism. In S. Kisilevsky and M. J. Stone (Eds.), *Freedom and Force: Essays on Kant's Legal Philosophy* (pp. 165–180). Hart Publishing.

Waldron, J. (1996). Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review*, 109(7), 1535–1566.

Recibido: 09/01/2024

Aceptado: 19/05/2024