

DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT¹

JOSÉ GUADALUPE GANDARILLA SALGADO²

Resúmen: En este artículo se plantea un breve acercamiento al curso histórico de la relación entre derecho, moral y política, al modo de la sucesión entre las alternativas iusnaturalista, positivista y racional, poniendo énfasis en la propia modalidad de la penalidad y la subjetividad que acompaña al establecimiento y desarrollo del capitalismo. Lo que se destaca es que la formulación del “imperativo categórico” kantiano si bien busca efectuar una síntesis racional entre la tradición contractualista y la liberal, lo hace al precio de formular una ética de obediencia de la ley y de las normas que, sin embargo, no consigue ampliar la problemática de la moralidad del sujeto (la cual constriñe a su condición individual), hacia un imperativo categórico del sujeto humano corporal, necesitado y vulnerable (como será el caso en la propuesta de Marx) que reivindica su soberanía, incluso frente a las leyes, cuando éstas lo convierten, socialmente, en un sujeto sojuzgado, humillado, abandonado.

Resumo: Neste artigo se coloca um breve acercamento ao curso histórico da relação entre direito, moral e política, ao modo da sucessão entre as alternativas [iusnaturalista], positivista e racional, pondo ênfase na própria modalidade da penalidade e a subjetividade que acompanha ao estabelecimento e desenvolvimento do capitalismo. O que se destaca é que a formulação do “imperativo categórico” [kantiano] se bem procura efetuar uma síntese racional entre a tradição [contractualista] e a liberal, o há ao preço de formular uma ética de obediência da lei e de as normas que, no entanto, não consegue ampliar a problemática da moralidade do sujeito (a qual [constriñe] a sua condição individual), para um imperativo categórico do sujeito humano corporal, necessitado e vulnerável (como será o caso na proposta de Marx) que reivindica sua soberania, inclusive frente às leis, quando estas o transformam, socialmente, em um sujeito subjuzgado, humilhado, abandonado.

Abstract: In this paper a brief approximation to the historic course of the relation between Law, Morality, and Politics is presented, taking as reference the succession between the Naturalist, Positivist and Rational alternatives, an emphasis is made on the modality of penalty and subjectivity that accompanies the appearance and development of capitalism. What is remarked in this paper is that the formulation of the kantian “categorical imperative”, even though it tries to carry out a rational synthesis between the contractualist and the liberal traditions, it does this at the price of formulating an ethic of obedience to law and the norms, which, nevertheless, does not amplify the

¹ Recibido el 24 de marzo de 2009. Aceptado el 13 de mayo de 2009.

² Investigador del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, y profesor de la Facultad de Economía de la UNAM. Actualmente estudia el Doctorado en Filosofía Política en la UAM – Iztapalapa. Autor de Globalización, totalidad e historia. Ensayos de interpretación crítica (Buenos Aires, CEIICH – UNAM – Ediciones Herramienta, diciembre de 2003), de América Latina en la conformación de la economía-mundo capitalista (México, CEIICH – UNAM, octubre de 2005, re-impresión enero de 2006), ensayo por el cual obtuvo Mención especial en el concurso internacional de ensayos organizado por CLACSO “Los legados teóricos de las ciencias sociales en América Latina”. Es compilador de Reestructuración de la universidad y del conocimiento (México, CEIICH – UNAM, enero de 2007). su más reciente libro se titula El presente como historia. Crisis capitalista, cultura socialista y expansión imperialista (México, CEIICH – UNAM, febrero de 2008).

92 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT

problematic of the subject's morality (which limits itself to its individual condition), towards a categorical imperative of the corporal, needy, and vulnerable human subject (which is the case in Marx's account) that vindicates its sovereignty, even against laws, when these turn him, socially, into a subjugated, abandoned and humiliated subject.

Palabras Clave: Teoría del Derecho, Obediencia, Teoría del sujeto, Libertad, Teoría Crítica.

Key Words: Theory of Law, Obedience, Theory of the subject, Liberty, Critical Theory.

“... el imperativo categórico de invertir todas las relaciones en que el hombre sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable”

Karl Marx

En la sección que compendia las preguntas del público asistente a las cinco conferencias que dictara Michel Foucault en la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, en 1973, y que figura como apéndice del libro *La verdad y las formas jurídicas*, el autor francés plantea en una de sus respuestas, de modo preciso, uno de los ejes que orienta su esfuerzo por destacar el vínculo entre Filosofía y Retórica, en parte, porque una pretensión fundamental en dicho texto será destacar la materialidad del discurso y la construcción histórica de los regímenes de verdad; “porque la práctica del discurso no está dissociada del ejercicio del poder”³. Foucault procura tal propósito a través de realizar una genealogía de las formas jurídicas y del propio desenvolvimiento histórico de la penalidad, desde las formas primigenias de la judicialidad, hasta su estatalización y su funcionamiento bajo el panoptismo social. Es posible, a nuestro juicio, desplazar el énfasis que propone el filósofo francés y encaminar la discusión del derecho hacia dos planos de intersección que lo colocan en el terreno propio de la filosofía política: estos cruces de campos son el del derecho y la moral, y el del derecho y la política. Para ello, sirve dar cuenta de lo que Foucault plantea al modo de un desencuentro. Dice el autor francés que:

“hubo siempre una cierta dificultad, una cierta ignorancia de la filosofía no respecto de la teoría del Derecho –toda la filosofía occidental ha estado ligada a ella– sino de la práctica del derecho, de la práctica judicial”⁴.

El estudio del derecho desde el ángulo o perspectiva de lo que los juristas hacen nos remite a algunos debates muy importantes que quizás hayan sido ya tratados, hasta en forma pormenorizada, por filósofos o teóricos del

³ Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991, 2ª. Edición, pág. 155.

⁴ *Ibid.* Pág. 157.

derecho, pero que ofrecen nuevas pistas si son analizados desde la práctica judicial misma. Es el caso, por mencionar un par de ejemplos, de las cuestiones referidas, en primer lugar, a la génesis y validez del derecho, que remite indefectiblemente al problema de la relación entre derecho y moral, o si se prefiere, al debate sobre la norma fundamental (Kelsen) o la norma de reconocimiento (Hart). En segundo lugar, un asunto de no menor interés en esta línea es aquel que nos conduce por vía del debate acerca de la decisión judicial hacia el problema de la relación entre derecho y política por vía de señalar, en el caso de los juicios de difícil solución, la tensión entre normas (para aquellos apegados o garantistas de la ley) y principios (en aquellos que dan un mayor margen a la decisión de los juzgados). Esta segunda polémica (esta vez entre Hart y Dworkin), que hemos señalado muy al paso conduce, en la discusión acerca de la no interpretación de la ley y el apego estricto a la norma (que es ya, de suyo, una interpretación), y el énfasis en aquellos que plantean la reivindicación de los principios como interpretación de la norma, hacia el tema no del relativismo sino de la existencia o no de un principio de justicia con pretensión de aceptación universal.

El derecho natural

Lo que Weber historiza, desde un punto de vista sociológico como las tres formas de dominación; tradicional, carismática y legal – racional, pueden ser enfocadas poniendo el énfasis en la propia sucesión histórica de las formas jurídicas, si en la primera la validez del derecho se remite a la cuestión de su génesis (y ésta se ubica en un poder trascendente), en el caso de la segunda ésta remite su validez a la condición del soberano (carismático), mientras que la última, propiamente moderna, corresponderá a una dominación que finca su vigencia en su carácter legal – racional. El recorrido histórico de la construcción del discurso jurídico y de las modalidades de la propia penalidad encuentra orígenes verdaderamente remotos, que podríamos ubicar en la propia distinción helénica entre *nomos* y *physis*. Sin necesidad de remontarnos tan lejos podemos acudir a la distinción que, en su momento, en el seno de las discusiones isunaturalistas conducirán a la distinción entre derecho natural y derecho positivo.

Toda discusión referida al problema del derecho remite de algún modo o de otro al problema de la normatividad y de la coacción así como toda discusión de la propiedad remite a la cuestión del mercado y del Estado. El derecho aparece como un eficiente sistema que en su dimensión técnica se constituye en una eficaz herramienta para la regulación (de la propiedad) en su marco general, que es el capitalismo. En su origen, el programa iusnaturalista clásico ubica al derecho natural, al modo de una estructura paralela que acompaña al poder/saber de la *physis* (en términos de la vigencia y conocimiento de las leyes naturales), como el poder/saber del *nomos* (y en esa medida coloca a las ciencias morales, como les nombra Kelsen, o de modo más

94 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT

generalizado a las ciencias nomológicas o nomotéticas, o con posterioridad las llamadas ciencias sociales como la otra cultura, que acompaña a la científica, en la construcción de lo moderno).

Este tipo de disyunción (entre un orden tradicional que es superado por uno moderno) no será ni definitiva, ni automática, tampoco plena a lo largo del Renacimiento; tomará un curso más gradual y accidentado. En su primer despliegue, la afirmación del sujeto (moderno y secularizado) todavía aparece oscurecida en un desdoblamiento que ubica, por un lado, el conocimiento racional de las leyes que gobiernan la naturaleza (creadas ellas mismas por una autoridad divina que, en la propia visión newtoniana, aparece como la conciencia cósmica que rige el universo macro y microscópico), y por el otro, al sujeto que obra en voluntad y libertad, pero en tanto estas dos dimensiones de su accionar son creación también de esa entidad suprema, que es Dios. En un plano subsiguiente, momento en el que se revela como precaria, insuficiente, la autonomía relativa que a *la lex naturalis* le otorga *la lex divina*, el sitio de privilegio corresponde ocuparlo a los integrantes del movimiento que enarbola el derecho natural como la alternativa que se ofrece, una vez que se ha visto como difícilmente sostenible la definición del bien, de lo bueno o de lo justo por un imperativo divino.⁵ A los padres fundadores del derecho natural no los unifica tanto su objeto (la naturaleza) como el modo de abordarlo (desde la razón), lo que aglutina a tal corriente es el esfuerzo por edificar una ética racional desprendida de modo definitivo del tutelaje teológico que asegure la universalidad de los principios de la conducta humana,⁶ de ahí que se hable con pertinencia de un “derecho natural racionalista”⁷.

En el seno de una Europa desgajada por los conflictos religiosos (1610 – 1640), en la primera “guerra de los treinta años”, el derecho natural aparece como una respuesta tranquilizadora, ordenada y ordenadora, ante la crisis del universalismo religioso, lo que subyace en tal pretensión es el aferrarse a la certeza que otorga el supuesto descubrimiento “de leyes de la conducta humana más allá de la historia, remontándose a la naturaleza del hombre abstraída de las condiciones históricas que determinan sus leyes cambiantes según los pueblos y las épocas”⁸. Ya el propio Montaigne descreía de tal seguridad en dichas leyes “firmes, perpetuas e inmutables, a las que llaman naturales y que se hallan grabadas en el género humano por la condición de su propia esencia”⁹, de las cuales difieren los autores en identificar un número preciso, Hobbes, por ejemplo, llega a enumerar 19 en el *Leviatán*. No se trata de un aspecto cuantitativo, sino cualitativo, como veremos más adelante, en el caso de la

⁵ Véase Touraine, Alan. *Crítica de la modernidad*. Buenos Aires, FCE, 1994, en especial capítulo 2. *El alma y el derecho natural*, págs. 39 – 64.

⁶ Bobbio, Norberto. *Estudios de historia de la filosofía*. De Hobbes a Gramsci, Madrid, Debate, 1985, pág. 75.

⁷ Santos, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Descleé, 2003.

⁸ Bobbio, Norberto. *Op. Cit.* Pág. 90.

⁹ Montaigne, Michel de. *Ensayos*. Tomo II, Barcelona, Altaya, 1998, pág. 312.

digresión de Kant. Más allá de estas objeciones (válidas por otra parte) lo que en este punto interesa subrayar es que el programa del isunaturalismo apunta, en su momento, a una clara bifurcación, producto de la destrucción de todo principio trascendental en la definición del bien. Por un lado, una primera corriente asegurará que la moral y la política deben regirse por la noción del bien común (alternativas contractualistas), y una segunda en la cual el principio del derecho será el legislar y proteger la libertad de obrar, de emprender y de poseer (alternativas utilitaristas). Por esta vía lo que se aprecia es una apertura en términos de dos cuestiones (la voluntad general y los derechos individuales) que articulan el problema del derecho, la moral y la política.

Y es que, en efecto, en el primer caso, la idea subyacente a esas posiciones será la del contrato y la obligación. El derecho aparece en este plano como obediencia a la ley. Con la propuesta contractualista lo que se está fundando es la posibilidad de la sociedad política, con ello el problema del bien común pasa a ser ubicado en el plano del poder del estado, lo que coloca al derecho positivo en posibilidad de obrar única y exclusivamente para el interés del que aparece como el representante del interés común y en detrimento del interés individual. En los términos del discurso contractualista esto es planteado en la formulación de los dos contratos, uno de asociación y otro de sumisión.

Del derecho natural al positivo

La posterior sustitución de la corriente iusnaturalista en el seno del gremio de los juristas no correrá por esa senda, sin embargo, sino por la que al amparo de los éxitos de la burguesía liberal y las ciencias experimentales conducen ya desde el siglo XIX al iuspositivismo. Esta posibilidad se avizora ya en el autor del *Leviatán*. Ya desde Hobbes, a través del conocimiento de las leyes de la naturaleza se procura extraer por vía de la razón conclusiones sobre lo que se debe hacer o evitar. Lo no permitido pasa a ser ilícito en relación no al directamente afectado sino en la forma de ilícito respecto del Estado, de afrenta a la ley. La separación del derecho respecto de la política, la estatización de la penalidad, no ocultan sino promueven la conversión del “control moral... en un instrumento de poder de las clases ricas sobre las clases pobres”.¹⁰

En el marco del positivismo jurídico (con su énfasis en lo que es el derecho, esto es, su visión descriptiva y no normativa del mismo), puede identificarse una suerte de separación entre lo que sería un programa positivista jurídico duro (ligado en este caso a Austin) y un positivismo jurídico blando (es el caso de Kelsen o Hart). La crítica del modelo imperativista del derecho efectuada por este último en su obra clásica *El concepto de derecho* apunta a señalar que el éxito de la primera (Austin) está asociado a su evidente

¹⁰ Foucault, Michel. Op. Cit. Pág. 106.

96 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT

base empírica y a su enorme simplicidad. Hasta en Hobbes se puede identificar una teoría imperativista del derecho más compleja que la de Austin. Para este último el derecho figura como mandato, como órdenes respaldadas por amenazas (la desobediencia hará efectiva la amenaza), dictadas por el soberano o por subordinados que le obedecen. La validez del derecho (su legitimidad) se ubica en el órgano desde el cual emana, las leyes no se obedecen por su carácter justo o injusto sino porque provienen del poder supremo, del soberano legislador, a diferencia de la perspectiva del derecho natural que las desprendería de un legislador trascendente. El derecho se ha desligado de la moral, la justicia de las normas no se ubica en un plano moral, lo que importa es que la ley se imponga. El derecho se reduce al esquema de mando / obediencia, a la lógica de gobernantes / gobernados, el soberano como poder supremo no puede ser revocado jurídicamente y la ley se legitima por que de él emana.

Límites del positivismo jurídico

La alternativa que Hart plantea en su crítica al imperativismo extremo propende a ampliar la legitimidad del derecho no sólo en términos de disciplina (del conocimiento) sino como estructura estatal. Es así que, para el autor inglés, el problema de las normas jurídicas difiere del esquema del mandato. El problema del derecho es una cuestión de reglas. Distingue entre reglas primarias y reglas secundarias, y de entre estas segundas la regla de reconocimiento. La obligatoriedad de las normas no reside en la posibilidad de punición (que un poder material hará efectiva) sino en que la colectividad reconozca autoridad a las reglas (les confiera legitimidad). La obediencia de las leyes puede derivar de un “hábito general de obediencia” o bien porque ha sido promulgada de conformidad con una norma secundaria que establece que las normas promulgadas de ese modo adquieren una condición vinculante, su validez deriva de su eficacia, empírica, por provenir de esa regla de reconocimiento. Lo que el modelo de Hart plantea es la institucionalización de la autoridad, y con ello su estructuración como sistema auto-referente, como orden jurídico jerarquizado. Si se nos permite, podríamos señalar que lo que esto manifiesta es el despliegue de la subordinación formal (en términos de mando-obediencia) y la real (órganos creadores de derecho) de lo normativo (y, con ello, su fetichización), a la lógica del capital, desplegado ya plenamente en fronteras territoriales bien delimitadas. El derecho moderno es un sistema jurídico del Estado/capital, con una estructura diferenciada.

Este recorrido nos ha colocado, sin embargo, en los terrenos de la disputa clásica acerca de la validez del derecho. En el modelo de Hart (cualquier norma está en coherencia con la regla de reconocimiento última), la validez se da por admitida, en el de Kelsen (la pirámide normativa coloca en el peldaño superior a la norma fundamental) la validez se sitúa en los bordes del deber ser y del ser. No hay, pues, tal rompimiento definitivo, como lo cree el positivismo, entre derecho y moral. En el problema de la validez no pue-

de prescindir por completo del aspecto de la génesis del derecho. Pero no sólo en ese plano nos volvemos a topar con el problema del deber ser. El orden jurídico con su cadena de validez (Kelsen y su pirámide del derecho), o su andamiaje jerarquizado (el derecho como un sistema de reglas, en Hart) presenta un problema prácticamente irresoluble en la propia práctica de los juristas.

La normatividad general, que plantea la obligatoriedad de la ley, se plasma irremediadamente a través de su vigencia en los casos particulares, y de su sanción por el Derecho penal. En este nivel, hasta los esfuerzos (positivistas) por concentrarse en la descripción del derecho no pueden prescindir de hacer referencia a valores, tampoco los involucrados en la “decisión judicial”. En este plano del debate, el de la práctica de los juristas, la diferencia entre normas y principios no es generalmente aceptada. Justo en ese punto reside la crítica de Dworkin a los positivistas jurídicos: en la argumentación, la autoridad judicial apela a principios en la interpretación de la norma. Desde ese punto de vista, hasta los garantistas, que creen prescindir de la interpretación de la norma (la ley no se discute), están, con ello, llevando a cabo una interpretación. En ambos casos, norma última y decisiones judiciales problemáticas, hemos vuelto a dar con la cuestión de los valores y el problema de la distinción entre derecho y moral. Pareciera que estuviéramos ante una polaridad irresoluble entre iusnaturalismo (lo que el derecho debe ser) y el positivismo (lo que el derecho es), sin embargo, es posible orientar la discusión en una dirección distinta. Para ello, tal vez convenga re-dirigir el esfuerzo iusnaturalista no hacia el derecho positivo sino hacia el derecho racional.

El derecho racional

Para señalar la propuesta kantiana del derecho será necesario volver al modelo hobbesiano, pues es en discusión con este que se formula la propuesta del filósofo de Königsberg. El otro interlocutor que no podemos hacer a un lado será Locke.

La pregunta fundamental en la que debemos insistir es ¿Por qué obedecer el derecho? En el caso de Hobbes tenemos, también, una teoría imperativista del derecho (“en los Estados... aquellos que tienen la suprema autoridad pueden hacer lo que les plazca”¹¹), pero que distingue dos planos que se plasman en lo que identifica como leyes de la naturaleza, que conducen del estado de naturaleza hacia la perspectiva de promesas y obligaciones que dan lugar al pacto o contrato que dará origen al Estado que se erige sobre ellos (instancia donde los hombres son conducidos a obedecer a un poder común, en demanda de protección). Hobbes distingue entre *ius* (poder, capacidad que ofrece la libertad) y *lex* (norma o mandato). No hay más

¹¹ Hobbes, Thomas, *Leviatán*. Madrid, Sarpe, Tomo I, pág. 103.

98 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO
HACIA KANT

medio para asegurar la libertad y la vida que la experiencia de la contingencia¹², al modo de temor a la opresión que dispone al ser humano a tratar de prevenirla. La no existencia de un poder común (“que los atemorice a todos”¹³) mantiene a los seres humanos en un estado de guerra “de todos contra todos”. En ese estado de naturaleza no puede haber distinción entre lo justo y lo injusto, entre derecho e ilegalidad. Todo parece estar permitido: “Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia”¹⁴. Mientras el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, la ley determina y obliga a una de esas dos opciones. Está en la condición humana la posibilidad de (actuando por el propio interés, por la inseguridad misma en que se mueve la existencia) renunciar o transferir el ejercicio de derechos o poderes (no así los que obran como *derechos naturales*), y será esta mutua transferencia de derechos lo que se concrete como pacto o contrato, en un modelo de promesas y obligaciones que, sin embargo, está garantizado *a fortiori* (por el promitente), pero que nada garantiza su cumplimiento (*a posteriori*), para ello será necesaria una entidad superior que obligue a cumplir el contrato. Sólo la existencia de un poder coercitivo puede otorgar la certeza de cumplimiento. El propio Hobbes efectúa en este punto la conexión necesaria con el otro gran tema: “la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos. Es entonces también cuando comienza la propiedad”¹⁵. La justicia en el modelo de Hobbes es una ley de naturaleza es la observancia del pacto, o dicho de manera más clara: “quien realiza la ley es justo”¹⁶. El pacto o contrato no es, entonces, natural, funciona al modo de un artificio que los hombres se han dado, que requiere la existencia de “un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo”¹⁷. Con ello su modelo se estructura como un modelo de dominación del soberano sobre el súbdito. Ello significa, sin embargo, que conjuga de algún modo la libertad (ausencia de obstáculo al actuar según el interés propio) y la igualdad (en la inseguridad y el miedo).

Por el lado de Locke, existe una distinción de sólo tres leyes de naturaleza fundamentales: Cada uno es propietario de sí mismo, hay propiedad común de los bienes que la tierra otorga y el ser humano sólo puede apropiarse de aquello que puede trabajar. Esta vertiente de análisis de la libertad está ya presente en Constant cuando distingue entre la libertad de los antiguos (participación activa en el poder colectivo) y de los modernos (gozo pacífico de la independencia privada). Si en Hobbes lo que rompe con el Estado de naturaleza es el pacto estatal, en Locke será el dinero, ese artificio económico, que manifiesta los acuerdos y rompe las barreras a la

¹² Serrano, Enrique. Filosofía del conflicto político. Necesidad y contingencia del orden social. México, UAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

¹³ Hobbes, Thomas, Leviatán. Ibid. Pág. 136.

¹⁴ Ibid. Pág. 138.

¹⁵ Ibid. Pág. 154.

¹⁶ Ibid. Pág. 167.

¹⁷ Ibid. Pág. 179.

apropiación (al permitir la posibilidad de la acumulación económica). Y con ello coloca como imprescindible la necesidad de un acuerdo civil. El contrato de asociación da prioridad a la relación simétrica entre ciudadanos (el principio es la ley, y nadie está por encima de ella, ni siquiera el soberano) y lo que garantiza la imposibilidad de sometimiento de la libertad, será el principio de la división de poderes. En Locke tal visión de la libertad se defiende en términos de los derechos individuales (libertad natural de todos los hombres “sin estar ninguno sometido a la voluntad o a la autoridad de otro hombre”), sin embargo, Locke extrae de ello la legitimación de la esclavitud, que aparece como resultado no de la violación de la igualdad sino de su aplicación fiel y efectiva. La propiedad privada se afianza a través de “la inversión de los derechos humanos”. Tal conclusión, como ha sostenido Hinkelammert¹⁸, se extrae justo en el momento en que Inglaterra vive el momento de fundación en su condición de Imperio, que la habrá de imponer definitivamente sobre Holanda y España. Si en Smith la oposición entre el interés privado y la consecución del interés moral o público se resuelve armónicamente a través del mercado; tal forma de regulación (de la propiedad en el capitalismo), sin embargo, no se limita a oferta y demanda, sino que éstas deciden sobre la persistencia de los productores mismos. El automatismo del mercado decide, de ese modo, sobre vida y muerte de los productores, así sea en el espacio abstracto del modo de producción o en el concreto del mercado mundial.

La teoría del derecho de Kant efectúa una síntesis racional de ambas perspectivas, por ello se coloca en la tradición contractualista, pero sin reprimir la libertad individual. Su propuesta se formula de modo más acabado en *La metafísica de las costumbres*¹⁹, pero figura en el conjunto de su obra, considerada en términos de su filosofía práctica²⁰, como doctrina de los deberes.

Kant expone, en primer lugar, la doctrina del derecho y, en segundo lugar, la doctrina de la virtud. Concuere con la tradición empirista al reconocer la diferencia entre derecho y moral (la despliega en términos del derecho en sentido estricto y en sentido amplio), la vigencia de la legislación no se sustenta en exigencias morales sino que puede incluir la amenaza coactiva. Sin embargo, a diferencia de dicha tradición no sustenta el poder coactivo del derecho en la exclusiva conformación asimétrica de la relación mando/obediencia. El acatamiento de la ley no se sustenta en la obligación del sujeto ante una autoridad suprema o un legislador situado por encima de los sujetos, sino en la obligación recíproca que tendería, en su ideal republicano, a acortar la separación entre ciudadanos y legisladores.

Su acercamiento al derecho no es en términos teóricos (para saber lo que es el derecho) sino en términos prácticos (no se participa del mun-

¹⁸ Hinkelammert, Franz, 2003. *El sujeto y la ley*, Heredia, EUNA.

¹⁹ Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, 3ª. Edición, 2002.

²⁰ Serrano, Enrique, *La insociable sociabilidad*. El lugar y la función del derecho y la política en la filosofía política de Kant. Barcelona, Anthropos, 2004.

100 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT

do como un espectador sino como un actor del mismo). El lenguaje prescriptivo-normativo del derecho plantea una participación (práctica) no sólo una actitud contemplativa (teórica) respecto del derecho.

De ahí que la exposición desde la propia introducción de *La metafísica de las costumbres* comience con el problema de la *voluntad* (“facultad de desear”, cuyo fundamento interno de determinación reside en la razón del sujeto). La voluntad es la razón pura práctica misma, en la medida que dentro del conjunto de apetencias es un principio de razón pura práctica el que determina el paso del arbitrio a la acción. El arbitrio humano es afectado por impulsos sensibles (como señalan los empiristas) pero no determinado por dichos impulsos: “la libertad del arbitrio es la independencia de su determinación por impulsos sensibles; este es el concepto negativo de la misma. El positivo es: la facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica”²¹. Así, Kant va a distinguir a diferencia de las leyes de la naturaleza, *las leyes morales* como leyes de la libertad. Se llamarán jurídicas, si su objeto de la acción es externo, y si corresponden al fundamento de su determinación, serán éticas. La coincidencia con las primeras será la legalidad y con las segundas la moralidad. En el caso de las primeras, la libertad corresponde al ejercicio externo del arbitrio (y legislan, regulan, *legitiman la propiedad* en la medida en que competen a la definición de lo mío y lo tuyo externo, no así en el estado de naturaleza donde, para Kant, sólo se alcanza una adquisición de algo externo como suyo de modo provisional), en el caso de las segundas, comprometen tanto al ejercicio externo como interno del arbitrio, en la medida en que éste es determinado por las leyes de la razón.

La actuación en correspondencia con la razón, en el caso del derecho, significa que se sigue un principio universal no sólo porque éste es coactivo sino porque se reconoce que es interés de todos respetar la libertad de los otros. La legislación convierte objetivamente la acción en deber y subjetivamente compromete con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de esa acción. Con ello se sustituye la obligatoriedad del derecho, como motivo de la acción, por la recíproca coacción.

Por ello, en el caso de Kant sólo se reconoce un derecho natural e innato, la libertad. Es este el punto en el que se distancia Kant del iusnaturalismo tradicional, pues la validez del derecho no la refiere a un principio de verdad que construya su orden, que lo ordene (sea cósmico, trascendente, divino, natural, o histórico-cultural), sino que “la validez racional del derecho se encuentra en el añejo principio republicano, interpretado como un principio *a priori* de la razón práctica: *Volenti non fit iniura...* No hay injusticia donde hay aceptación voluntaria”.²² El derecho figura como una condición para la construcción de un orden civil, al desplazarlo hacia una dimensión inter-subjetiva, y en esa medida lo vincula con la política, puesto que

²¹ Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Op. Cit. Pág. 17.

²² Serrano, Enrique, *La insociable sociabilidad*. Op. Cit. Pág. 82.

la actuación de los sujetos se orienta a la construcción de un Estado civil ético, a la institución de un acuerdo para regular sus relaciones a través de las leyes.

El problema de la justicia se desplaza hacia la cuestión de la aceptación voluntaria de las reglas, normas o leyes. Lo sujetos no actúan conforme al contenido de la ley sino por la “representación de la ley”, la validez de la norma, su eficacia, derivará de la aceptación por parte de la colectividad. Lo cual plantea la cuestión de la aceptación interna por parte de la persona, voluntaria, desde la auto-legislación, desde la autonomía del sujeto, desde el imperativo categórico, moral de la razón práctica: Obrar de tal modo que tu acción pueda convertirse en una ley universal. Nadie puede cometer injusticia en “aquello que decide sobre sí mismo”²³. Lo que sustituye al estado de naturaleza no es un estado social, para Kant, es un Estado civil, jurídico, de reconocimiento universal de las leyes.

“Los miembros de una sociedad semejante (societas civiles) —es decir, de un Estado—, unidos con vistas a la legislación, se llaman ciudadanos (cives) y sus atributos jurídicos, inseparables de su esencia (como tal) son los siguientes: la libertad legal de no obedecer a ninguna otra ley más que a aquella a la que ha dado su consentimiento; la igualdad civil, es decir, no reconocer ningún superior en el pueblo, sólo a aquel al que tiene la capacidad moral de obligar jurídicamente del mismo modo que éste puede obligarle a él; en tercer lugar, el atributo de la independencia civil, es decir, no agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro en el pueblo, sino a sus propios derechos y facultades como miembro de la comunidad”²⁴.

En conclusión, en el caso de Kant la construcción del Estado civil ético no indica una posición meramente jurídica sino un pronunciamiento político, un manifiesto para la actuación política de las personas, de las colectividades. En esa medida no hay un desdoblamiento dicotómico de los ámbitos de la libertad como creen algunos autores (Berlin²⁵ o Bobbio²⁶) sino una ampliación

“del concepto de deber más allá del concepto de libertad externa y de la limitación de tal libertad por lo meramente formal de su concordancia universal, ampliación por la que se introduce la libertad interna en lugar de la coacción externa, la facultad de autocoaccionarse, y no ciertamente mediante otras inclinaciones sino por la razón pura práctica... En el imperativo moral y en la libertad, que es su presupuesto necesario, la ley, la facultad (de

²³ Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Op. Cit. Pág. 143.

²⁴ Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Op. Cit. Pág. 143.

²⁵ Berlin, Isaiah, 1988. “Dos conceptos de la libertad” en *Cuatro conceptos sobre la libertad*, Madrid, Alianza.

²⁶ Bobbio, Norberto. “Kant y las dos libertades” en *Estudios de historia de la filosofía*. De Hobbes a Gramsci, Madrid, Debate, 1985, págs. 197 – 238.

102 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT

cumplirla) y la voluntad que determina la máxima constituyen todos los elementos que forman el concepto de deber jurídico”.²⁷

A propósito de libertad negativa, positiva y radical: Berlin y Castoriadis

Sin duda alguna, cuando se ha planteado una prolongación del discurso kantiano, en los términos del problema de la justicia se acude, preferentemente, a Rawls y a Habermas como dos exponentes de sus planteamientos, ampliamente difundidos y suficientemente calificados. Por nuestra parte, y ubicados en el señalamiento del problema de la doble dimensión de la libertad, que no es lo mismo que el sostenimiento de un carácter dicotómico de la misma, señalaremos sólo al paso los casos de Isaiah Berlin y de Cornelius Castoriadis.

Isaiah Berlin

El texto que da pie a esta breve anotación ha sido considerado, por no pocos, como uno de los más influyentes ensayos acerca del tema de la libertad en la segunda parte del siglo XX. El texto al que hacemos referencia correspondió a la Lectura Inaugural dictada por Isaiah Berlin el 31 de octubre de 1958 y que ese mismo año fuese publicada por Clarendon Press. La alocución se dicta en la Universidad de Oxford, en momentos en que en el mundo la bipolaridad se expresa en la alta intensidad de la Guerra Fría²⁸ y la persecución política en la forma del macartismo. Sus resonancias, sin embargo, no comprometen, en exclusiva, al momento político en el que ha sido escrito y difundido son, como intentaremos demostrar, mucho más amplias.

Isaiah Berlin examina su tema en términos de los dos sentidos políticos que la libertad parece asumir en la sociedad moderna: La noción de *libertad negativa* y la noción de *libertad positiva*. En cada una de las partes el problema de la politicidad se mueve en términos de su consideración como sujetos en tanto sujetados (noción negativa) y en tanto despliegue de la subjetividad (noción positiva). En el caso de su primera acepción la propuesta de Berlin apunta hacia uno de los cimientos del liberalismo, el problema de la libertad individual.

En este autor la libertad política, en su acepción negativa, se asume como la no obstrucción de mi actividad, de mi ser o de mi hacer, por parte de los otros. La libertad será mayor en cuanto más se amplíe el campo de no interferencia sobre los individuos sujetos propietarios privados atomizados. Este significado de la libertad política, como lo sostiene Berlin, caracteriza a la

²⁷ Ibid. Pág. 251.

²⁸ Uno de cuyos frentes de batalla será, justamente, el de las ideas o, en general, el cultural (Saunders, Frances Stonor, La CIA y la Guerra Fría cultural, Madrid, Debate.2003).

filosofía política inglesa clásica en tanto sus exponentes aunque están dispuestos a limitar la libertad en bien de otros valores, como será el caso de la ley, siempre procuran “mantener una zona mínima de libertad personal”. Su enfoque nos ubica ante tópicos clásicos para el análisis de la política, o incluso de la moral, tal es el caso cuando Berlin relaciona el análisis de la libertad al de la igualdad, la equidad y la justicia. Expuesto de este modo, el tema de la libertad nos coloca ante la ya clásica disposición dicotómica, presente en varias disciplinas de lo social, que opone a la estructura y al agente; al actor y al sistema.

Isaiah Berlin le pasa muy por encima a otra dimensión de importancia (pues en ningún sentido desplaza el problema del sujeto desde su dimensión ego-política, occidentalocéntrica, hacia su consideración geo-política no euro-céntrica), aunque lo intuye cuando detecta el peligro que para los liberales o neo-liberales representa el hecho de que la libertad de la minoría que la posee (o que posee) “la ha ganado explotando a la vasta mayoría que no la posee” (o que no posee). En su acepción negativa la libertad se entiende como *libertad de*, como ausencia de interferencia. Si en la segunda parte del texto se critica la visión de la libertad en tanto liberación, al final de la primera parte ésta se ostenta (realistamente) como *libertad para* (comercializar), como liberalización.

En términos de su perspectiva, al momento en que Isaiah Berlin pretende dar entrada a la significación de la libertad positiva, lo hace oponiendo una visión realista (que comparte) a una visión romántica (que critica). La noción de la libertad positiva es expuesta en términos del desdoblamiento del sujeto, ya no como agente sujetado (individuo que opera según su “elección racional”), sino como subjetividad, esto es, desplazamiento del problema del individuo al de la colectividad, que actúa razonablemente, no racionalmente²⁹. El problema de la libertad positiva nos coloca de frente al problema que caracteriza a la modernidad desde el propio programa renacentista, esto es, el problema del autodomínio, de la auto-realización, de la voluntad, de la consideración del sujeto como su propio Dios. En este terreno Berlin coloca la cuestión en términos de lo que significa una auténtica realización del yo, ya no en los términos de que otros no me interfieran, no me controlen, sino en términos de cual sea el significado real del libre albedrío. Ante la posibilidad de que la emancipación humana adquiera la forma de voluntad colectiva, esto es, de auto-gobierno de las personas que se erigen en sujetos, Berlin se mueve en el terreno de un debate muy contemporáneo que involucra a los propios estudios sobre la subalternidad. Esto es, en que medida la víctima habla sino es que se habla por la víctima. Es decir, si bien es cierto que el lugar del sujeto empírico (fetichizado) puede ser ocupado por el sujeto real (liberado), siempre está latente la posibilidad de que la obediencia al sujeto colectivo se pague al alto precio de subordinar,

²⁹ Toulmin, Stephen, 2003. Regreso a la razón, Barcelona, península.

104 DERECHO, JUSTICIA Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. UN CAMINO HACIA KANT

reprimir, la politicidad del sujeto, y que por ello reaparezca como sujeto dominado en aras de anular la dominación³⁰. La conclusión de Berlin no podrá ser más ilustrativa: “la esencia de la idea de libertad, tanto en su sentido positivo como negativo, es el frenar algo o a alguien, a otros que se meten en mi terreno o afirman su autoridad sobre mí, frenar obsesiones, miedos, neurosis o fuerzas irracionales: intrusos o déspotas de un tipo u otro”³¹ (Berlin, 1988, 229). Lo que expresa Isaiah Berlin puede ser leído en los términos del individualismo político, de la sociedad liberal, y también, hay que decirlo, en su calidad de defensor del “mundo libre”.

Cornelius Castoriadis

Será otro el camino que elija, para encarar el tema, el filósofo griego y en su momento co-fundador de *Socialisme ou Barbarie*. En el marco de la formulación de la democracia como auto-institución, Castoriadis le otorga algunas líneas al problema de la libertad y la sustantiva como *radical*. En la dimensión que este autor señala, se recupera el problema de la institución para apuntar a su doble dimensión. En cuanto a lo particular y lo universal, la democracia es proyecto de autonomía social y de autonomía individual. Para Castoriadis “es autónomo aquel que se otorga sus propias leyes. (No aquel que hace lo que se le ocurre, sino quien se proporciona leyes)”³². Si al nivel del individuo el otorgarse leyes aparece como enormemente difícil en la medida en que representa un enfrentamiento con la totalidad, para la sociedad en su conjunto otorgarse su ley significará “aceptar a fondo la idea de que ella misma crea su institución”³³. En la dimensión de lo colectivo esto equivale a decir “que ella misma debe decidir a propósito de lo que es justo e injusto”. Si el ser humano sobrevive únicamente creando sociedad, será, pues, la institución lo que otorgue sentido a los individuos socializados. Las sociedades despliegan su funcionamiento a través de articular la institución primera de la sociedad (el hecho de que ella se crea a sí misma) con instituciones segundas (pero no secundarias) que la instrumentan y que son al tiempo que transhistóricas, específicas.

Sin duda alguna, esconde un gran espesor la siguiente afirmación de Cornelius Castoriadis, con la cual concluimos estas notas, pues en ella se sintetiza de cierta manera uno de los conceptos fundamentales de su discurso, el problema de lo instituyente. Y lo planteo en los términos de un presen-

³⁰ En este punto se conectan, paradójicamente, el liberalismo más recalcitrante con una peculiar consideración del anarquismo. Y, aunque a un determinado nivel esto se resuelva en el “mandar obedeciendo”, por el otro puede estarse perdiendo el piso, en estos enfoques, en términos de la consideración de un conjunto de mediaciones en las que, sin embargo, todavía se despliega la política sin que la otra política las haya desplazado o construido otras nuevas (Estado, elecciones, alianzas, representación, etc.).

³¹ Berlin, Isaiah, 1988. “Dos conceptos de la libertad”, Op. Cit. Pág. 229.

³² Castoriadis, Cornelius. Figuras de lo pensable, Buenos Aires, FCE, 2001, pág. 118.

³³ Ibid. Pág. 119.

te continúo porque refiere a una cierta concentración de la cuestión en su doble alcance: realidad histórica peculiar y proceso histórico general. Dice Castoriadis:

Existen pues estas dos caras del nómos, de la ley: constituye, cada vez, la institución/convención de tal sociedad particular; y es, simultáneamente, el requisito transhistórico para que haya sociedad –o sea que, independientemente de su nómos particular, ninguna sociedad puede existir sin nómos–. Sin esta doble comprensión –que no podemos existir sin nómos pero que además este nómos constituye nuestra institución, nuestra obra–, no puede haber democracia [...] Democracia significa el poder del pueblo o, dicho de otro modo, que el pueblo constituye sus leyes; y para formularlas, debe estar convencido de que las leyes son cuestiones de los humanos. Pero simultáneamente, eso implica que no existe un parámetro extra social de las leyes –en esto consiste la dimensión trágica de la democracia–, ya que es además su dimensión de libertad radical: la democracia es el régimen de la autolimitación”.

Julio 18 de 2007.