

EL DERECHO NATURAL EN LOCKE Y KANT

1.- Del derecho a los derechos

El título de esta introducción no hace más que registrar un fenómeno vigente en el ámbito jurídico contemporáneo. Las corrientes positivistas, en su momento, produjeron un fenómeno similar, poniendo “de moda” una muy ceñida identificación, o más bien reducción del derecho a la norma. Así, durante mucho tiempo los abogados, jueces y aún doctrinarios orientaron su labor y sus reflexiones casi exclusivamente sobre el aspecto normativo del derecho. En definitiva y hasta hace no mucho, el derecho consistía en la ley, especialmente en la ley positiva.

Interpelado cualquier alumno de una facultad de derecho sobre el significado de este término, no era extraño que respondiera afirmando que derecho es lo que dice la ley, o lisa y llanamente que el derecho es la ley. La primera opción de la respuesta puede ser admitida, aunque con matices y aclaraciones, la segunda, en cambio, ya parece una reducción injustificada.

Para que se advierta la profundidad del fenómeno bastaría con ahondar en la indagación para verificar que la respuesta sería siempre la misma. Así, si se preguntara a los mismos alumnos por el fundamento de validez de la ley, en esta lógica, probablemente contestarían que el mismo radica en haber sido aprobada por el órgano legislativo. Y si avanzáramos inquiriendo sobre la decisión legislativa, la respuesta apuntaría a una ley superior que habilita a la legislatura al efecto y así hasta llegar a la ley de leyes, la constitución.

Es clara la posibilidad de insistir en la pregunta y buscar el fundamento de la constitución, a lo que rápidamente se responderá recurriendo a una convención constituyente, la que, en definitiva, nos dirán algo así como que es el fruto del consenso de los ciudadanos. Llegados a este punto y con la única finalidad de un provisorio momento de síntesis, pareciera que el derecho es la ley positiva, fruto de cierto tipo de consenso de los miembros de la comunidad.

Pero en la actualidad, y aunque como lógica deriva de la concepción precedente, el derecho está perdiendo su cariz normativo y el interés parece centrarse en su función reivindicativa. Hace tiempo que no se habla de “derecho”, la ley (positiva) ha perdido fuerza, e inclusive hoy es interpretada, cuando no juzgada y corregida desde otro lugar. Hoy se habla de “derechos”, y no solo se voca todo el derecho desde esta acepción, sino que la misma se ha tornado criterio de interpretación de toda norma y de todo instituto jurídico.

No se trata solamente del derecho en su acepción de facultad de reclamación, ni siquiera en la versión de derecho subjetivo, consecuencia de las corrientes pactistas, plasmadas en los fenómenos de codificación y constitucionalismo modernos. Se trata ya, de llevar hasta sus últimas consecuencias esa noción de derecho subjetivo, lo que en definitiva conduce a la pretensión de universalización con pretensión de absoluto de todo apetito individual o grupal erigido en materia de reivindicación bajo el nombre de derecho. Y para completar la fuerza y extensión de la noción se le agrega el calificativo de humano, erigiéndose así en una especie de nuevo derecho natural que, de más está decir, nada tiene que ver con la noción de la tradición jurídica occidental.

El derrotero sucintamente descripto tiene causas muy diversas, entre las cuales nos limitaremos aquí a señalar sólo dos de ellas. Dentro los denominados autores pactistas elegimos a Locke porque su noción de propiedad ha colaborado en gran medida a la radicalización del derecho como un derecho subjetivo, universalizable al punto de ser calificado como humano e identificado con una especie de nuevo derecho natural.

Por otra parte, Kant, el responsable de una sistematización casi definitiva del principio de inmanencia cristalizado en su famoso giro copernicano con evidentes consecuencias en el ámbito de la moral, lo político y el derecho.

2.- John Locke (1632 - 1704)

Más allá de la cronología de sus escritos es conveniente para entender a Locke comenzar el análisis por su *Ensayo sobre el entendimiento humano*. La investigación relativa al modo de conocer del hombre impregna necesariamente el resto de su pensamiento, aunque, como veremos oportunamente, no siempre ha guardado coherencia con los puntos de partida asumidos.

En el mencionado ensayo rechaza toda posibilidad de ideas innatas afirmando, por el contrario, que el alma es una tabla rasa. Nada hay en la mente que no provenga de la experiencia. «Supongamos que la mente es, como nosotros decimos, un papel en blanco, vacío de caracteres, sin ideas. ¿Cómo se llena? ¿De dónde procede el basto acopio que la ilimitada imaginación del hombre ha grabado en ella con una variedad casi infinita? A esto respondo con una palabra: de la experiencia. En ella está fundado todo nuestro conocimiento y de ella se deriva todo en último término. Nuestra observación, ocupándose ya sobre objetos sensibles externos, o ya sobre las

operaciones internas de nuestras mentes, percibidas y reflejadas por nosotros mismos, es la que abastece a nuestro entendimiento con todos los materiales del pensar.»¹

Todas las ideas proceden en definitiva de dos fuentes. La primera de ellas son los sentidos que se ocupan de los objetos particulares, sensibles y conducen a la mente, percepciones de esos objetos. «Cuando digo que los sentidos las conducen a la mente, quiero decir que los sentidos conducen a la mente lo que causa estas percepciones desde los objetos externos.»²

La segunda fuente con que el entendimiento se abastece de ideas es la percepción de las operaciones de la mente dentro de nosotros. Cabe destacar que estas nuevas ideas no vienen de los objetos exteriores, sino de la consideración de las operaciones de la propia mente. Por último, una vez que la mente recibió del exterior las sensaciones y al observar sus propias operaciones, adquiere así otras ideas pasibles de ser objeto de su contemplación. Y así surgen las dos acciones principales de la mente, la percepción o pensamiento y la volición o deseo.

Es la misma concepción desarrollada en *La ley de la naturaleza*. «La percepción sensible procurando a la razón ideas de objetos sensibles particulares, y la razón, por su parte, guiando la facultad del sentido y componiendo las imágenes derivadas de la percepción sensible, formando así otras y deduciendo otras nuevas.»³

La razón, en definitiva, en tanto facultad meramente discursiva no se confunde con la recta razón. Ésta última, por el contrario, es la norma de conducta, en definitiva, la ley de la naturaleza ya conocida. «... la razón es la facultad que nos permite discurrir sobre la ley natural a partir de los datos sensibles que proporcionan su conocimiento; la recta razón aparece como la razón ya esclarecida por el conocimiento de la ley natural.»⁴

Por último, la luz natural o luz de la razón no es otra cosa que lo que resulta del trabajo de la razón a partir de los datos de la percepción sensible. La distinción entre razón como facultad discursiva o calculadora y la recta razón como conjunto de criterios que rigen las decisiones morales, lo lleva necesariamente a concluir que los hombres nacen dotados de razón, pero carentes de todo principio moral, éstos sólo se adquieren por el ejercicio de la razón.

Esto conduce a un corolario aporético que Locke no consigue despejar a pesar de sus esfuerzos. Él afirma, y muchos entienden que lo hace en consonancia con toda la tradición occidental, que la ley natural puede ser conocida por todos. Pero en rigor, su formulación es

¹ John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Madrid, Sarpe S.A., 1984, ps. 49 y 50.

² Ibid., p. 50.

³ Locke, *La ley de la naturaleza*, IV, p. 40, citado por Segovia, *La telaraña de la razón*, p. 31.

⁴ Segovia, op. cit., p. 32.

más bien por la negativa, el conocimiento de la ley natural no se le esconde a nadie. Sin embargo, es un conocimiento tan arduo que, en definitiva, sólo lo alcanzan unos pocos. «Es con gran trabajo como esas riquezas escondidas en la oscuridad pueden ser sacadas a la luz. No se ofrecen a los ociosos, no a los que se pasan el día bostezando, y ni siquiera a todos los que la buscan.»⁵

La consecuencia es grave. La ley natural sólo es accesible a aquellos que usan esforzadamente la razón; pero la razón es potencia calculadora, luego la ley natural es ¿elaboración de la razón? Hemos citado anteriormente el punto de partida y la estructura del entendimiento humano según Locke. «En la medida que consideramos y alcanzamos la verdad y la razón por nosotros mismos, en esa medida poseemos un conocimiento real y verdadero. Por tanto, la ley de la naturaleza no es algo impreso en el hombre, sino que llegamos a conocerla aplicando nuestras facultades.»⁶

Este aspecto relativo a que el conocimiento de la ley natural siempre exige un gran esfuerzo y que no todos lo alcanzan es de vital importancia para entender los motivos por los que es necesario salir del estado de naturaleza y crear la sociedad política. Pero previo a ello es necesario precisar algunas nociones que están presentes en ambos estados y que de algún modo justifican el paso de uno a otro.

El primer aspecto a destacar es que el hombre no solo es criatura de Dios, sino que en tanto es su obra, es por ello su propiedad. Al ser todos obra de Dios se sigue que estando todos los hombres dotados de idénticas facultades y participando de la misma naturaleza no puede haber subordinación alguna de unos a otros que autorice a dañarse o destruirse mutuamente como si el hombre hubiera sido creado para uso de los demás. La ley natural consiste bajo este respecto en no dañar a otro, más aún en no ser dañado.

Ahora bien, si cada uno es dueño absoluto de sí mismo y en tanto tal igual a todos, la decisión de asociarse con otros en miras de algún fin es una decisión libre fruto del señorío de cada cual. Segovia señala por ello que el estado de naturaleza de Locke es pre-político, más no pre-social.

En el estado de naturaleza los hombres conocen la ley natural y la aplican a sus mutuas relaciones, constituyendo así una regla fija común a todos, por lo que la sociedad se vuelve un ámbito moral. «Esta cooperación se entabla entre los individuos dotados de derechos naturales,

⁵ Locke, *La ley de la naturaleza*, p. 28.

⁶ Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, citado por Segovia, op. cit. p. 88.

que son como el reflejo de la ley de la naturaleza en las personas, la expresión de la ley natural en cada individuo.»⁷

A la luz de lo expuesto quedaría por preguntarse cuál es el motivo que impulsa a los hombres a salir del estado de naturaleza. Aquí cabe volver a lo señalado al principio de este punto sobre la dificultad de conocimiento de la ley natural. Esa dificultad hace que no todos la conozcan, en consecuencia, que no todos la apliquen, rompiendo así la armonía propia de la razón.

Escuchemos al propio Locke: «No obstante que la ley natural es simple e inteligible a todas las criaturas racionales, los hombres, prejuiciosos de sus propios intereses tanto como ignorantes por la falta de estudio de ella, no están dispuestos a consentirla como una ley que los obliga a aplicarla en sus casos particulares.»⁸

Algunos párrafos atrás citamos a Locke describiendo a los derechos naturales como la presencia de la ley natural en cada individuo. Veamos ahora los elementos fundantes de estos derechos. Para ello habrá que considerar la noción de propiedad ya aludida y la de persona.

La idea de persona se identifica con un ser pensante e inteligente. Persona es quien puede tener conciencia de sí, quién puede pensarse a sí mismo. La racionalidad diferencia al hombre, persona, de otros vivientes. El percibir que es común con los animales, supone una actitud pasiva, mientras que pensar, que es lo que nos diferencia, es una actividad que permite idear y superar la mera percepción sensorial.

A quien tiene conciencia de sí, a la persona, se la llama «yo». El yo es un sujeto capaz de reconocerse a sí mismo en experiencias placenteras o dolorosas y de ser agente de imputación de premios y castigos cuando esa conciencia es capaz de emitir un juicio de reconocimiento o ubicación en alguna de esas experiencias. Pero el yo, en definitiva, es una operación de la mente, el yo es autoconstituído. «... todas las actividades de la mente pueden realizarse en razón de que la persona es autoconciencia de sí.»⁹

«A través del concepto de persona y de la autoconciencia constitutiva de la identidad personal arribamos a la idea del yo como propietario de sí mismo, que es lo mismo que decir propietario de sus acciones morales en términos de felicidad, esto es, propietario de los placeres y de los dolores del yo. Y en esta misma medida el yo tiene derecho a reclamar como derechos lo que sus acciones persiguen en términos de felicidad.»¹⁰

⁷ Segovia, op. cit. P. 105.

⁸ Locke, *Segundo Tratado*, citado por Segovia, op. cit. P. 107.

⁹ Segovia, op. cit. p. 127.

¹⁰ Ibid., p. 127.

Descrito el estado de naturaleza corresponde ahora pasar a la sociedad civil. Es útil para este propósito ver qué es la justicia para Locke. El principal derecho del hombre es la propiedad, noción que se extiende a todo aquello que surja del dominio que el hombre tiene de sí mismo y de sus acciones. El hombre, en definitiva, se posee y se hace a sí mismo y todo ese complejo adquirido o conquistado es su propiedad.

La justicia no es otra cosa para Locke que la seguridad de la propiedad. De ahí que la justicia propiamente dicha se da una vez constituida la sociedad civil, que precisamente se forma para garantizar la propiedad. La ley humana que se establece para protección de la propiedad es así la concreción de la justicia, o más aún, se identifica totalmente con ella.

Si bien a diferencia de Hobbes, el estado de naturaleza lockeano no es un estado de guerra, es sin embargo una situación de mucha precariedad. De ahí que la sociedad civil viene a resolver esa situación inestable. Pero el punto de partida es siempre el mismo, el hombre que se posee a sí mismo. Por lo que la comunidad política es fruto del consenso de voluntades. «Todos los hombres se encuentran naturalmente en el estado de naturaleza hasta que por sus propios consentimientos se hacen ellos mismos miembros de alguna sociedad política.»¹¹

«Establecido el medio por el que se constituye la sociedad civil (el consentimiento individual), y atendiendo al fin, que es la garantía de los derechos individuales, de la propiedad, solo falta el procedimiento. Locke formula la clásica respuesta del contractualismo: los individuos se disponen tan libremente a renunciar todos a su poder individual de castigar, dejándolo en las manos de uno solo elegido de entre ellos; y sujetándose a las normas que la comunidad, o los que hayan sido autorizados por ella a tal fin, deberá acordar. Y en esto tenemos el origen del derecho y el nacimiento del poder legislativo como del ejecutivo, así como de los gobiernos y las sociedades humanas.»¹²

3.- Immanuel Kant (1724 - 1804)

El ser es conocer

El propio Kant describió el derrotero de sus fatigas intelectuales como el giro copernicano. Con esa expresión se designa el desplazamiento definitivo en el orden gnoseológico, pero con consecuencias ontológicas, del objeto al sujeto. Esto implica la sistematización definitiva del principio de inmanencia que constituye la actitud propia de la

¹¹ Locke, *Segundo Tratado*, citado por Segovia, op. cit. P. 150.

¹² Segovia, op. cit. p. 151.

modernidad. Y si bien este principio tiene su origen o primera formulación con pretensión científica en Descartes, Kant es el responsable de su consolidación y del establecimiento casi definitivo del criticismo.

El progresivo giro hacia el sujeto alcanza un alto momento de sistematización en Kant. El pensamiento clásico planteó como problema de la filosofía la cuestión del ser, mientras que para la modernidad el problema del ser radica en la cuestión del conocer. Así, la filosofía del ser se ha vuelto filosofía del sujeto.

El problema es ahora el conocimiento. A partir de la *Crítica de la razón pura* Kant persigue determinar los principios del puro intelecto. Para ello comienza por distinguir el conocimiento sensible del inteligible. El conocimiento sensible está constituido por la receptividad del sujeto en tanto éste se ve afectado por la presencia del objeto. Ahora, para Kant en el conocimiento sensible el sujeto percibe las cosas como se le aparecen (*fenómeno*, del griego *phainomenon*) y no como son en sí. El conocimiento sensible es intuición, entendida aquí como conocimiento inmediato. Todo conocimiento sensible se da en el espacio y en el tiempo, pero tiempo y espacio no son propiedades de las cosas o relaciones entre ellas, sino modos a través de los cuales el sujeto capta sensiblemente las cosas. Son condiciones estructurales de la sensibilidad.

El conocimiento inteligible en cambio es la capacidad de representar aquellas cosas que, por su misma naturaleza, no pueden ser percibidas por los sentidos. Las cosas así representadas por el intelecto constituyen *nóúmenos* (del griego *noein*). La sensibilidad es intuitiva, el intelecto en cambio es discursivo. La función del intelecto es juzgar, o sea, unificar bajo una representación común algo múltiple. Lo múltiple a unificar, es lo múltiple puro fruto de la intuición, a saber, el tiempo y el espacio. Los diversos modos en que el intelecto unifica y sintetiza son los conceptos puros del intelecto o categorías.

Al igual que en el conocimiento sensible, las categorías aquí no son propiedades del ente, sino modos de pensar o modos de funcionar del intelecto. Así como las cosas sensibles para ser conocidas deben someterse a las formas o categorías de la sensibilidad, las cosas inteligibles, para ser pensadas, deben someterse a las formas del intelecto.

Se ha dado así en el conocimiento, el giro copernicano. El conocimiento ya no es la adecuación del sujeto al objeto, sino al revés, el objeto se adecúa al sujeto. El conocimiento en definitiva será el objeto en tanto pensado o percibido, el conocimiento será construcción del objeto conocido.

Ahora bien, no se trata de mera subjetividad, sino de una subjetividad trascendental. En la constitución trascendental del objeto intervienen tres facultades, la sensibilidad, el

entendimiento y la razón, que son respectivamente, a la vez, activas y pasivas. La sensibilidad recibe las impresiones de los sentidos y las percibe en y por las categorías *a priori* de la sensibilidad, tiempo y espacio, constituyendo así el fenómeno. El entendimiento, por su parte, recibe los fenómenos de la sensibilidad y los subsume bajo las categorías (del entendimiento), constituyendo así el paso del fenómeno al objeto. Por último, la razón recibe los objetos del entendimiento y los remite a tres criterios de unidad de la experiencia, el mundo para la experiencia externa, el yo para la interna y Dios para toda experiencia. Estos tres criterios o facultades constituyen la subjetividad trascendental, o sea, la síntesis de las estructuras *a priori* que hacen posible el conocimiento.

La moral y el derecho

Luego de este brevísimo repaso del problema que arrancó con la *Crítica de la razón pura*, corresponde analizar los objetivos de la segunda crítica, la de la razón práctica. En rigor se trata de la misma razón en su faz teórica o práctica según nos proporcione los principios *a priori* del conocer o del obrar moral.

Kant se propone aquí superar lo que él llama la moral heterónoma. Algo externo que impele al hombre a obrar afectaría su libertad y lo privaría del gobierno de sus actos. Para ello erigirá a la razón práctica en constitutiva del orden de la moralidad. La razón pura se vuelve práctica en tanto principio de determinación de la voluntad, más allá del influjo de toda sensibilidad.

Kant entiende que las éticas anteriores se centraban en determinar qué era el bien y el mal moral, para luego a partir de allí, deducir la ley moral. Él en cambio, invertirá los términos de la cuestión. El concepto de lo bueno y de lo malo no debe ser determinado antes de la ley moral, sino después. No es el concepto de bien como objeto el que determina la ley moral, sino al revés, es la ley moral la que determinará qué es lo bueno. Aquí también se da el giro copernicano.

Es necesario entonces establecer que hay una razón pura práctica capaz por sí misma de mover a la voluntad. De lo contrario no resultaría posible sentar principios morales universales, válidos para todos los hombres. Estos principios morales, son determinaciones generales de la voluntad. Ahora bien, los principios se dividen en dos grandes grupos, máximas e imperativos.

Las máximas son principios subjetivos, ya que se trata de determinaciones que cada sujeto se propone a sí mismo. Los imperativos, en cambio, son principios prácticos objetivos, válidos para todos. Pero los imperativos a su vez, pueden ser hipotéticos o categóricos. Son hipotéticos aquellos que están determinados por una finalidad. Si quieres alcanzar tal fin debes

usar tal medio. Estos imperativos solo valen en tanto se quiera el objetivo, se trata por ello de imperativos de necesidad condicionada.

En cambio, cuando la determinación de la voluntad no se hace en orden a otra cosa, para obtener un efecto determinado, si no solo como voluntad, estamos ante un imperativo categórico. Los imperativos categóricos son leyes prácticas, válidas incondicionalmente para todo ser racional. Kant propone el siguiente ejemplo: si alguien dice que jamás debe prometerse una falsedad, esa regla concierne exclusivamente a la voluntad, y es así como por dicha regla la voluntad queda determinada *a priori*. Y si la regla es moralmente justa, constituye una ley porque es un imperativo categórico.

Ahora bien, la ley moral no depende de su contenido. O sea, el imperativo categórico no consiste en mandar ciertas cosas, por más nobles y buenas que parezcan. Subordinar la ley moral a su contenido es caer en el empirismo o en el utilitarismo que es lo que Kant se había propuesto evitar. Descartado el contenido, solo queda la forma. El imperativo es válido en tanto tenga forma de ley. Reale y Antiseri traen una cita de V. Mathieu para explicar esta cuestión.

«La ley moral no puede consistir en mandar esto o aquello, no puede referirse (directamente) a lo que Kant llama la materia de la voluntad, porque se refiere a la intención con la que se hace algo. Sucede al revés que con las leyes del Estado que mandan a hacer esto o aquello, pero no pueden obligar a hacerlo con una intención determinada. Mandan, por ejemplo, pagar los impuestos, y tienen los medios para obligar a ello, pero, aunque a veces lo querrían no tienen medios para conseguir que dichos actos se cumplan con una intención y no con otra (con la intención, por ejemplo, de servir al Estado, y no por limitarse a escapar de los castigos, etc.). Ocurre tal cosa porque se trata de una legislación externa.

Si la voluntad del individuo no concuerda previamente con lo que exigen dichas leyes, sólo pueden amenazarla con determinados castigos o prometerle determinados premios, para obtener de él lo que se desea. Entonces, la intención del individuo no consistirá directamente en aquello que quiere la ley, sino únicamente en evitar el castigo y obtener el premio. La ley, aunque se lo proponga, no puede sustituir esta intención por otra, porque tampoco tiene aquí otros medios que no sean las amenazas o las promesas para imponer su mandato. Éste es el caso, observa Kant, de todas las legislaciones heterónomas [que vengan desde afuera, como mandato extrínseco]; no podría ocurrir de otro modo, puesto que la ley se refiere a la cosa que se debe querer, y no –como sucede en la legislación moral– al principio por el cual se la debe querer. Para obligar a querer una cosa, es preciso utilizar promesas o amenazas, mientras que para obtener una determinada intención –y por lo tanto una libre adhesión de la voluntad– no se puede aplicar tal procedimiento: la adhesión conseguida no sería libre y, por lo tanto, no

procedería de la libertad del sujeto actuante. Por eso, Kant afirma que la ley moral sólo puede ser formal y no material. Quiere decir que nuestra moralidad no depende, en última instancia, de las cosas que queremos, sino del principio por el cual las queremos. El objeto de la voluntad es moralmente bueno en la medida en que lo quiero para un principio bueno, mientras que no se puede afirmar lo contrario: que un principio sea bueno en la medida en que prescribe un objeto bueno. En este sentido, Kant dice que el principio de la moralidad no es el contenido sino la forma.»¹³

A diferencia de su *Crítica de la razón pura*, en la razón práctica lo dado no es la facticidad de la experiencia. La ley moral es un *factum*, es algo dado, pero no es un hecho empírico. El deber es el único *factum* de la razón pura, que por eso se manifiesta como originariamente legisladora (*sic volo, sic iubeo*).

La libertad también es un *factum*. Al igual que el deber, no se trata de un dato empírico sino de un *factum a priori* de la razón que se opone a la realidad espacio-temporal como algo absoluto.

Y así como el puro entendimiento encuentra en sí mismo las categorías y construye el edificio de la ciencia, la voluntad pura es la que determina el valor. La voluntad pura es la que permite al hombre darse a sí mismo la ley moral, a partir de su pura razón práctica. La voluntad pura es autónoma, es la razón, por sí misma práctica, que se da su propia norma. La autonomía es así, el fundamento de la dignidad del hombre. El hombre es digno porque es capaz de darse su propio *nomos*.

Lo jurídico por su parte integra lo moral. Kant no pretende separar moral y derecho, aunque esa termine siendo una conclusión no querida de sus postulados. Como en todo su pensamiento, se trata aquí también de una concepción formal. El derecho es un orden, o, mejor dicho, aspira a garantizar un orden de libertades. Así, la defensa de las libertades es un imperativo ético, bajo este respecto el derecho es una exigencia moral, pero el derecho en sí es una regla externa, heterónoma cuyo fundamento es la coacción.

O sea, el derecho presenta dos dimensiones, una ética, propia de la libertad y otra externa y en consecuencia coactiva. Kant se ve en la necesidad de optar entre uno de los extremos de esta tensión, como ideal el derecho aspira a la justicia, pero en la realidad y por las inclinaciones de la naturaleza humana, sólo puede ser coacción. Lo propio de la ética es la moralidad de las acciones mientras que lo propio del derecho es la legalidad de las mismas.

¹³ Op. cit., p. 764.

Así como la ley moral es puramente formal y su valor consiste en la universalidad, la legalidad de las acciones objeto del derecho también es formal y radica sencillamente en que la libertad de cada uno sea compatible con la libertad de todos. El principio universal del derecho dice: «Obra exteriormente de tal suerte que el libre uso de tu albedrío pueda estar conforme con la libertad de todos según una ley universal.»¹⁴ En consecuencia como la negación de la negación es una afirmación, el impedimento de la violación de la libertad es afirmación de la misma y por ello principio fundamental del derecho. Por último, el impedimento de la negación de la libertad no es otro que la coacción, por lo que, en definitiva, el derecho es coacción.

Del mismo concepto de derecho se deduce la necesidad de garantizar el derecho de cada uno contra una eventual violación, y esa garantía solo puede darse en el estado. «Tú debes salir del Estado de naturaleza pura para entrar, junto con otros y bajo relaciones de coexistencia necesaria en un Estado de derecho...»¹⁵ Demás está decir, luego de haber conceptualizado al derecho como coacción que el estado de derecho será por definición un estado coactivo. Resulta paradójico que el instrumento llamado a concretar la libertad, no sea otro más que una coacción pretendidamente organizada.

Más allá de lo expuesto y para mostrar una de las consecuencias del pensamiento kantiano en el ámbito del derecho analizaremos muy brevemente la noción de imputación y sus consecuencias respecto a la noción de delito. La conclusión, como se verá, pondrá de manifiesto que, a pesar de los esfuerzos e intenciones del padre del criticismo, el derecho se ha vuelto algo puramente artificial, un constructo fruto de una voluntad legisladora que lejos de garantizar libertad alguna, no es más que una imposición arbitraria.

La definición de imputación

Según Sánchez Ostiz «...la doctrina clásica de la imputación tiene en Kant su último valedor, y a la vez, el precursor de su abandono. Su último valedor porque su doctrina parte de la herencia recibida. Pero el criticismo kantiano traería consigo de hecho, el abandono de dicha herencia, pues es a partir de la recepción de ésta en la doctrina penal alemana del s. XIX, y como reacción, cuando se va perdiendo, hasta desaparecer, sustituida por otras categorías. Así, la doctrina de la imputación como se venía entendiendo dejaría su lugar de relevancia a la llamada teoría del delito.»¹⁶

¹⁴ Kant, *Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid 1994, p. 39

¹⁵ Op. cit., p. 81.

¹⁶ Sánchez Ostiz, Pablo, *IMPUTACIÓN Y TEORÍA DEL DELITO, La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 56.

Dice Kant en la *Metafísica de las Costumbres* que «Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes; dicho juicio se llama imputación con validez jurídica (*imputatio iudiciaria*) si lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas de este hecho, si no, solo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). Aquella persona (física o moral) que tiene la capacidad de imputar con validez jurídica se llama juez o tribunal (*iudex s. forum*)»¹⁷

Por su parte, persona es aquél sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación.

La imputación se plasma en un juicio. Se trata de un acto de afirmación (o negación) de una concreta relación entre dos conceptos (sujeto y predicado). En Kant el giro al sujeto cognoscente encontraría reflejo también en el giro al sujeto imputante. «El sujeto es, en el planteamiento kantiano de la acción, el punto de referencia. El giro copernicano en materia de teoría del conocimiento experimenta también su faceta en la praxis, pues, así como el sujeto es constituyente del conocer, es también constituyente del imputar. De manera que, al atribuir algo como hecho, el sujeto imputante “pone” ese hecho.»¹⁸

«El juicio aquí es reflexivo, en cuanto que la ley universal no le es dada, sino que ha de inventarla. El juicio reflexivo nos permite conocer la infinita diversidad de los hechos y leyes particulares en la unidad, la capacidad de pensar lo particular como contenido en lo universal.»¹⁹

«Lo propio de la modernidad reside en la orientación a la perspectiva del sujeto imputante: antes que la analítica de la acción como culpable (lo voluntario, la responsabilidad) ...ahora prevalece el punto de vista de aquél sujeto que atribuye responsabilidad que es quien otorga a la acción el carácter de hecho (imputación). Imputar pasa, entonces, de ser un estudio sobre la acción de la que se responde, a ser un acto del sujeto que imputa, que procede a valorar y atribuir. En este sentido, podría describirse este giro como el paso de la responsabilidad a la imputación, de la acción voluntaria a la imputación de esa acción. Así, aquél a quien se imputa es situado ante el que imputa como sujeto artífice; y no su hecho situado como objeto de estudio. En efecto, en el planteamiento de la modernidad, al imputar un hecho a un sujeto, al considerar a este artífice y valorar su hecho, se le está tratando como un igual, se le está dirigiendo un mensaje con significado propio: `Tu debías haber obrado así, tanto como yo mismo debería en tu caso haber obrado...` En la época anterior a la modernidad, las categorías con las que se

¹⁷ *Metafísica de las Costumbres*, p. 30.

¹⁸ Bastons, *Conocimiento y libertad*, pp. 36-37, 156, 161, 171-179, 227-237. citado por Sanchez Ostiz, p. 68, nota 31.

¹⁹ Sánchez Ostiz, op. cit. p. 68.

analiza la conducta humana parecen emplearse como conceptos instrumentales para constatar una realidad, la acción voluntaria; ahora, en cambio, son medios en virtud de los cuales se trata al imputado como un correlato de la operación de imputación.»²⁰

El artífice o sujeto al que se imputa algo (*urheber*) designa al agente como causa originaria, primera, en la medida en que procede de la libertad. «En definitiva, aquél a quien se imputa es algo más que el realizador de la acción (auctor, *täther*), es su origen, aquél que da inicio a la acción porque es libre. Y es en esta medida en la que se le puede imputar.»²¹ La expresión *urheber* destaca el sentido originario del hecho, la libertad del agente en tanto punto de partida. Para Kant lo específico de la imputación es el carácter originario del hecho, en tanto este carácter originario proviene del uso de la libertad.

Ahora bien, «Que alguien sea considerado como *urheber* significa en el contexto de la filosofía crítica que tal operación de juzgar es algo más que una descripción. Se trata más bien de una construcción de la realidad por el sujeto judicante, imputante. La percepción sensorial, por ejemplo, el movimiento de un sujeto en el espacio y tiempo, un cuerpo inerte tendido en el suelo o un cuchillo teñido de sangre, no es imputación. La imputación comparece cuándo a tal sujeto, a quien se toma como realizador de esa muerte, empleando ese cuchillo, se le considera su artífice, no su mero ejecutor. Al imputar, al considerarle artífice, *causa libera*, no se está constatando la existencia del objeto, sino creando, re-creando la realidad en términos de imputación. ... Ahora, hecho y artífice son también contenidos de la razón práctica, por tanto, no meros calificativos de algo dado, pre-existente, sino algo creado por el que imputa, si se considera a sí mismo y al que imputa como libres.»²²

El juicio de imputación afirma una relación de un sujeto con un segundo término, la acción, objeto de aquél juicio. Kant distingue entre acción y hecho. Acción es un evento en el que el sujeto participa pasivamente, es algo que le sucede o en lo que se ve inmerso. Hecho, en cambio designa el resultado del proceso de enjuiciamiento de una acción en tanto el sujeto es su *causa libera*. «El paso de la acción al hecho mediante el juicio de imputación encerraría entonces una valoración, y con ello una re-creación de la realidad.»²³ Imputar es considerar un evento hecho y no mera acción o suceso. «Pero además, en segundo lugar, los hechos no existen al margen de la imputación –que puede realizarla, o bien el propio sujeto que juzga, o bien un

²⁰ Op. cit. ps. 69-70

²¹ Ibid. p. 75.

²² Ibid ps. 80-81.

²³ Ibid, p. 83.

tercero-, pues hecho no es la mera alteración sensorial del sujeto imputante, sino consideración de un proceso como producto de una *causa libera*.»²⁴

Ahora, esta re-creación de la realidad no es un proceso arbitrario, sino que se rige por pautas conocidas por el sujeto imputante, coincidentes con las que emplea el agente. Esto no significa que el hecho se confronte con la ley, sino que al considerarlo hecho se ha tenido en cuenta su referencia a la norma, la que después será utilizada como baremo para valorar el hecho según ella. En esta instancia, si bien la ley aún no se imputa, porque no se ha hecho aún la subsunción del hecho en la norma, contribuye a la fijación del hecho. «No es que la acción se considere hecho en la medida en que se somete a las leyes... sino que lo que se valora conforme a la ley es un hecho, cuya consideración como tal ha exigido ya antes tener presente la ley con arreglo a la cual se juzgará.»²⁵

La otra función de la ley al imputar es ahora sí la de la valoración del hecho. Quien imputa no solo emite un juicio, por el cual la acción es considerada hecho, que se somete entonces a la ley, sino que además la ley sirve para la valoración del hecho atribuido. Ahora sí, el hecho imputado se confronta con la ley.

«Con carácter general, un hecho es correcto o incorrecto (*rectum aus minus rectum*) en función de si es acorde con el deber o contrario al deber (*factum licitum aut illicitum*), sea cual sea el contenido del deber mismo.»²⁶ Lo que es correcto según leyes externas, se llama justo (*iustum*), lo que no lo es, injusto (*iniustum*). Justo o injusto será un hecho en función de la corrección que guarde o no con leyes externas.

La imputación jurídica

El punto de partida de la imputación jurídica es el concepto general ya visto de imputación. En sentido moral la imputación es el juicio por el cual alguien es considerado artífice (*causa libera*) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes. El juicio se llama imputación con validez jurídica si lleva consigo consecuencias jurídicas, sino es solo una imputación dictaminadora.

Lo que se hace de más, comparado con la ley que obliga, es meritorio; lo que se hace solo de acuerdo a la ley es debido; y lo que se hace de menos en relación con lo que exige la ley se llama demérito moral. El efecto jurídico de un hecho demeritorio es la pena, el de uno

²⁴ Ibid, p. 84.

²⁵ Ibid, p. 86.

²⁶ Kant, citado por Sanchez Ostiz, op. cit., p. 89.

meritorio la recompensa (si estando prometida en la ley fue la causa que movió a realizar el hecho); la adecuación de la conducta a lo debido carece de efecto jurídico.

En principio la imputación jurídica y ética son especies del género imputación moral, y se distinguen según la forma de legislación, externa y ética. La legislación a su vez, se distingue por sus consecuencias. Así dirá Kant en la Introducción a La Metafísica de las Costumbres que toda legislación encierra dos elementos, una ley (enunciado práctico moral que contiene un imperativo categórico) que contempla la acción como necesaria en términos morales, como deber; y en segundo lugar un motivo que subjetivamente enlaza el grado de determinación del arbitrio a la acción, haciendo que el deber sea el motivo de la acción. La legislación se distinguirá en ética si el motivo es el deber o jurídica si se incluyen otros motivos de la acción. Los deberes pertenecen a la moral, y en tanto tales, la legislación ética no puede exigirlos mediante coacción externa, si en cambio en la de carácter jurídico.

La imputación jurídica al incluir coacción externa y motivos diversos al puro deber, apela a medios externos para obtener la conducta de su destinatario. La imputación con validez jurídica incluye las ya mencionadas consecuencias, pena y recompensa. La imputación ética en cambio, basada en la ley que hace del deber el móvil de la acción, carece de medios externos de coerción, teniendo solo la aptitud de obligar al sujeto, pero carece de la imposición de consecuencias.

Una vez imputada la acción como hecho se somete a las leyes, y después se atribuye, o sea se “anota en la cuenta” del artífice, como meritorio o demeritorio. Así la imputación jurídica consiste en identificar un hecho y su *causa libera*, pero además se atribuye lo realizado, con el título de meritorio o demeritorio. En la imputación jurídica se daría el siguiente esquema: *imputatio facti – applicatio legis ad factum – imputatio iuris*.

En la ética, en cambio, al faltar una legislación exterior coactiva, hay imputación, pero sin consecuencias. El cumplimiento de los deberes de virtud es meritorio, pero su transgresión no es demérito, sino sólo carencia de valor moral. A diferencia del derecho dónde obrar conforme a la norma carece de efectos jurídicos, en la ética, obrar conforme al deber es meritorio, pero el incumplimiento no se imputa a demérito. Esto responde a que la actuación ética tiene por único motivo el deber, mientras que la jurídica admite otros motivos que pueden exigirse mediante coerción.

Ahora bien, si el *factum* exige un agente libre, la imputación exigirá libertad.

De lo hasta aquí expuesto surge que la imputación implica por lo menos dos juicios. Recordemos que el hecho en comparación con el deber puede ser, o acorde con éste, entonces se habla de algo debido, o discordante con el deber, ya sea por exceso, *meritum*, o por defecto,

demeritum. O sea, los hechos valorados conforme al deber no se imputan a título de mérito o demérito, sino sólo como tales, hechos. Pero entonces pareciera que hay dos juicios de imputación: el que permite afirmar que la acción es un hecho (*factum* en tanto realizado por un agente que es *causa libera*); y el que atribuye ese hecho a título de mérito o demérito.

Al final de la Introducción de la Metafísica de las Costumbres, luego de definir la imputación Kant dice: «Las consecuencias buenas o malas de una acción debida –lo mismo las consecuencias de la omisión de una meritoria no pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis tollens*).» O sea, lo que es conforme al deber no se imputa como meritorio o demeritorio, se imputa como *factum*. E inmediatamente dice «Las consecuencias buenas de una acción meritoria –lo mismo las consecuencias malas de una acción injusta- pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis ponens*).»

Pero, ¿a qué se refiere, en el primer caso con la omisión de lo meritorio, que tampoco se imputa? Lo que es acorde con el deber y lo que yendo más allá de este se omite, no se imputa a título de mérito. En ambos casos lo realizado queda dentro de lo debido y se imputan como *factum*, hecho del artífice.

Luego sigue diciendo Kant: «El grado de imputabilidad de las acciones ha de valorarse subjetivamente según la magnitud de los obstáculos que han tenido que superarse. Cuanto mayores sean los obstáculos naturales (de la sensualidad), y cuanto menor el obstáculo moral (del deber), tanto más el acto bueno se imputa como meritorio; por ejemplo, si salvo de un gran peligro a un hombre totalmente extraño para mí, con un gran sacrificio por mi parte.»

«Por el contrario, cuanto menor es el obstáculo natural, y cuánto mayor es el obstáculo fundado en el deber, tanto más imputable es la infracción (como delito). Por consiguiente, en la imputación el estado de ánimo marca una diferencia, que tiene consecuencias: si el sujeto ha realizado el acto apasionadamente o con reposada premeditación.»

Veamos qué significa esto. Toda legislación presenta dos facetas, una objetiva por la que toda ley presenta como necesaria una acción (convierte la acción en deber). Otra subjetiva, consistente en que el arbitrio vincula a la acción debida un motivo o móvil para realizarla o no. La legislación externa, jurídica, da entrada a otros motivos distintos al deber.

¿Qué se entiende aquí por valoración subjetiva? La respuesta a esta noción aparece cuando ya en la doctrina del derecho, Kant se refiere al derecho de necesidad (*ius necessitatis*). «Este supuesto derecho expresa una facultad de que, en caso de peligro de pérdida de mi propia vida, pueda matar a otro que no me ha causado mal alguno.» Este hecho ha de juzgarse, no como no contrario a Derecho, sino solamente como no punible. Si el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se concilia el arbitrio de los diversos sujetos según una ley universal

de libertad, no puede hablarse de un derecho a quitar la vida al inocente, aunque sea para salvar la propia vida. Esto sería contradictorio. Pero hay que diferenciar los fundamentos del ejercicio del derecho: no hay fundamento objetivo, no hay ley que otorgue esa facultad, pero sí podría declararse impune al sujeto por un tribunal. Y esto porque no puede pretenderse que lo que la ley penal prescribe, se asuma subjetivamente como máxima en situaciones extremas.

No puede haber una ley penal que imponga penas a aquél que, para salvar su vida en un naufragio, prescinda de otro en iguales condiciones que él, ya que la pena con la que la ley conmina nunca puede ser mayor que la de perder la propia vida.

Establecido este criterio veamos a qué se refiere con los obstáculos naturales y morales y sus respectivas valoraciones meritorias o demeritorias. Dado que la legislación externa se caracteriza por la adopción de motivos distintos al deber, la referencia a “motivos morales” tiene que significar la adopción por el agente de dichos motivos; y sobre todo la adopción del puro deber como máxima. Así, la conducta meritoria sería sumamente tal porque se realiza por el puro deber, ámbito de la libertad plena. Entonces, cuanto más se aparte el agente al adoptar como motivo del actuar el deber y lo sustituya por motivos egoístas, mayor será el demérito; por el contrario, mayor será el mérito cuanto menos se mueva el agente por motivos egoístas y particulares y adopte en cambio como máxima, el puro deber.

O sea, la imputación a título de mérito o demérito admite grados e inclusive puede excluirse, lo que dependerá de los obstáculos naturales y morales que se presentan al agente.

Aquí se advierte la dicotomía kantiana entre nómeno y fenómeno. Lo fenoménico, sensible, opera como obstáculo a lo que el agente se presenta como máximas posibles de conducta. Aparece así una tensión entre el carácter moral, nouménico con su pretensión del deber como máxima y lo fenoménico, sensible que inclina al egoísmo.

En conclusión, entonces la imputación en Kant no es atribución, sino que es un juicio de atribución o imputación. En concreto dos juicios si seguimos el esquema de *imputatio facti* – *applicatio legis ad factum* – *imputatio iuris*.

En consonancia con el giro copernicano propio del criticismo dónde el conocimiento se reduce al sujeto, la imputación no es aquí la atribución de una conducta y su valoración al agente, sino el juicio del sujeto imputante.

Si miramos la denominada teoría del delito sucede algo similar. Por lo menos desde el siglo XIX a esta parte se admite pacíficamente que los elementos que conforman la noción de delito son la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estas categorías han reemplazado progresivamente la noción de imputación y han ocupado su lugar. Pero el esquema sigue siendo el mismo ya que la elaboración de estos elementos no siempre se hace mirando la realidad de

la conducta y sus circunstancias sino que se elaboran nociones que luego serán aplicadas a la conducta.

Inclusive si se observan las hoy denominadas corrientes funcionalistas que pretenden poner en crisis las mentadas categorías, se advertirá el mismo fenómeno. Por ejemplo, la denominada teoría del riesgo permitido es la elaboración de un ámbito desde el cual se evaluarán y calificarán las acciones.

4.- Conclusión

Señalamos en la introducción un derrotero del concepto de derecho que mutó de un positivismo furioso a una especie de pretendido nuevo derecho natural. Usamos esta expresión, inmerecida para el fenómeno descrito, porque la pretensión de universalidad de los denominados derechos humanos parece aspirar a la determinación de ciertos criterios estables informadores de todo el ámbito de lo jurídico.

Sin embargo, la arbitrariedad o falta de fundamento de esos criterios, deja a la vista que solo se trata de una imposición de pretendidas prerrogativas carentes de todo asidero real que no radique en el mero querer de un individuo o un grupo. Esto, que hoy parece nuevo, no lo es, por el contrario, es la deriva lógica de la irrupción del sensualismo, racionalismo y criticismo aquí descritos.

Verdross describe en apretada, pero precisa síntesis el viraje del viejo derecho, con fundamento en el ser, al derecho natural de la modernidad.

«Para la Antigüedad, el hombre aparecía primeramente como miembro de una ciudad-estado y después como miembro de una cosmópolis. En el mundo del Cristianismo, el hombre se elevó a la categoría del miembro del *Corpus Christi mysticum*, el que a su vez adoptó en la Edad Media la figura del *Sacrum Imperium*, organización estamental jerarquizada. Pero el nominalismo con su negación de lo general y la consecuente afirmación de que lo único real son los individuos... rompió los cimientos del imperio universal medieval y de los cuerpos sociales incluidos en él. Esta nueva concepción filosófica condujo lentamente a la destrucción del universalismo medieval y a la creación de un nuevo individualismo en todos los sectores de la cultura.

La primera manifestación de esta nueva tendencia unió diversos pensamientos del Cristianismo y de la Antigüedad, habiendo encontrado su expresión en el humanismo italiano:

su idea es la personalidad libre, abierta al desenvolvimiento de todas las potencias espirituales del hombre.»²⁷

Esta idea de la ilimitada libertad del hombre, concebido ahora principalmente desde su individualidad, dio lugar precisamente a la doctrina individualista del derecho natural. Son estos individuos quienes con fundamento en su libertad radical dan nacimiento al Estado que no tiene otra finalidad que proteger aquella libertad. La deriva es llamativa, lo espontáneo en el hombre se reduce a sus pasiones y apetitos, y esto se llama natural. La razón sacaría al hombre del estado de naturaleza y la confluencia de voluntades constituiría una comunidad de hombres libres.

Ahora, en tanto el hombre devino naturaleza, perdió su índole ética para quedar expuesto a una dinámica de fuerzas. Así el derecho perdió su propia legalidad frente a la legalidad fáctica de la naturaleza, y quedó reducido a un instrumento regulador de la mecánica de las fuerzas sociales. Este sensualismo originario pretendió ser superado, en la línea de su punto de partida, por un racionalismo que, apoyado en una razón calculadora la erigió en la única instancia legítima de configuración de la realidad. Aquí está otra vez la libertad radical del individuo, guiada ahora por una razón que solo responde a sí misma y es constitutiva del ser.

Pero esta razón heredera del empirismo sólo alcanza certezas en el ámbito de lo material cuantificable, no así en el orden inteligible, donde niega la posibilidad de leer un orden que no sea el elaborado por el propio sujeto.

Así, el derecho natural de la modernidad parece haber retomado la vieja tensión entre *physis* y *logos*, pero radicalizando la distinción para justificar en una naturaleza hipotética mecánica y anárquica la legitimidad de un *logos* humano e ilimitado, incapaz de entender un orden, pero capaz en cambio de configurarlo.

Pero esta razón configuradora, en el ámbito del derecho se vuelve en definitiva voluntad coactiva. Por eso, dirá Vallet de Goytisoló, «la ley jurídica es considerada por Kant un imperativo hipotético, porque se halla condicionada a que sea posible imponerla; y de ahí que deba ir unida a la necesidad de coacción. Kant lo justifica, porque todo lo que no es conforme al derecho es un obstáculo a la libertad según las leyes generales, que según él pretende, coincide con la libertad trascendental y presupone que coincide con ella. En consecuencia, si un cierto uso de la libertad (en el que predomine el albedrío movido por los apetitos *Willkur*) es él mismo un obstáculo a la libertad según las leyes generales; la coacción que se opone a

²⁷ Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, UNAM, México 1983, p. 160.

aquél coincide con la libertad, por lo cual, no solo la coacción es conforme a derecho, sino que al derecho se halla unida, en sí, la facultad de ejercer coacción sobre aquél que lo viola.»²⁸

El derecho ha quedado constituido así, sencillamente en un hecho de fuerza.

²⁸ Juan Vallet de Goytisolo, *La ciencia y el derecho en la concepción de Immanuel Kant*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ANU-M-2005-10001700034 p. 31.