

ESCENARIOS DE DERROTABILIDAD Y NO DERROTABILIDAD DEL DERECHO

Liliana FORT*

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *La teoría y el sentido del conocimiento de los universales*. 3. *El Estado de Derecho y la comunicación*. 4. *La subjetividad de las personas en la formación de los escenarios de derrotabilidad o inderrotabilidad del derecho*.

1. INTRODUCCIÓN

En general se pensaba que los presupuestos de un orden civil a partir de principios *a priori*, eran adecuados a un mundo de seres libres, sin embargo, los seres humanos pertenecen también a la naturaleza. Los seres humanos, aunque somos racionales, no somos divinos. Por lo tanto nuestra razón no necesariamente está dirigida a la lucha contra las inclinaciones, para lograr aquellas que unen a los hablantes por los sentimientos y erradicar la imposición a otros de las inclinaciones individuales. Kant llama teoría a un conjunto de reglas aún prácticas cuando ellas, entendidas como principios, son pensadas en una forma general, haciendo abstracción de una cantidad de condiciones que tienen influencia necesaria sobre su aplicación. Inversamente se llama *praxis* a aquella realización de una meta la cual es pensada con relación a ciertos principios de la conducta representada en su generalidad.¹ En este escrito, trataré de dilucidar la relación entre teoría y práctica en el pensamiento kantiano, que ha sido malentendido, para explicar lo que debería ser el Derecho en un ambiente simbólico a diferencia de lo que llega a ser en un ambiente en donde el significado de los términos y la universalidad de las normas está significado por un centro.

* Maestra de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana.

¹ KANT, *Sul detto comune: 'ció può esser giusto i teoria, ma non vale per la pras'*, p.141.

La decadencia del lenguaje no es tanto una enfermedad cuanto un síntoma. Se estanca el agua de la vida. La palabra tiene todavía significación, pero no sentido. Es cada vez más desplazada por las cifras. Es incapaz de poesía, ineficaz para la oración. Los placeres groseros sustituyen a los del espíritu. Ernst Jünger.²

2. LA TEORÍA Y EL SENTIDO DEL CONOCIMIENTO DE LOS UNIVERSALES

Kant se refiere al imperativo categórico, tanto en el ámbito ético, como en el ámbito coercitivo, en su escrito “Sobre el dicho común...”, Allí defiende la fuerza objetiva vinculante del Estado y del Derecho Internacional. Por ello, en este ensayo el filósofo precisa que debe haber un término medio de conjunción y de pasaje de la teoría a la práctica.³ Un término tercero, capaz de juzgar si un caso cae o no bajo una ley general. Una capacidad de juicio del “hombre práctico”, que Kant configura como un acto de subsunción de un caso singular bajo una regla del intelecto que es esencial, según afirma el filósofo, tanto en medicina como en Derecho. En la Crítica del juicio, Kant distingue al intelecto determinante del intelecto reflexionante. En el primero, los casos particulares se subsumen bajo una regla universal. En el segundo, la universalidad no existe para subsumir el caso particular, por eso es necesario inventarla, es decir, crearla.⁴

Kant quiere subrayar que la suya no es una teoría fundada sobre meros conceptos, sino una teoría que es en sí misma una praxis como se puede inferir del concepto mismo de deber: el imperativo categórico prescribe una práctica que los seres racionales puedan obedecer en manera efectiva, de otra manera se deterioraría la categoricidad de una ley que obliga objetivamente. Ciertamente, en la “Fundamentación metafísica de las costumbres”, como en la “Crítica de la Razón Pura Práctica”, la teoría se presenta como universal y objetiva.

Cuando Kant rechaza la idea de la discordancia entre moral y política, apela precisamente a esa razón. En el ámbito moral el sujeto kantiano legisló en su fuero interior, por respeto a la forma universal de la ley. Kant diferencia una buena voluntad que se motiva sólo por la universalidad de las voluntades patológicas que deciden sus acciones de acuerdo a sus inclinaciones personales. Sin embargo, la ley sería absur-

² JÜNGER, Ernst, *Eumeswil*, Biblioteca de Bolsillo, Barcelona, 1993, p. 99.

³ KANT, *Opus cit.*, p. 142.

⁴ KANT, *Crítica del Juicio*, p. 157.

da, si habiendo reconocido al concepto de deber la autoridad de la buena voluntad que lo define, se quisiera afirmar que sin embargo no se puede actuar dicha normatividad. Es necesario que dicha ley motive, a la naturaleza biológica de las personas que buscan la vida. Si no, dicha ley caería fuera del campo de la moral. Por ello hacemos hincapié en que sólo si la ley resulta para todos digna de vivirse la universalidad de la moral adquirirá las características de la ética: hay identificación con ellas. En la Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Kant no sólo afirma que la buena voluntad del sujeto moderno lo llevaría a respetar la universalidad de la norma, pues, esto tal vez sólo lo haría un santo, sino que contempló como motor de las voluntades a la defensa de la dignidad personal, con lo que la consideración de las circunstancias personales de frente a la universalidad de las normas se hizo necesario considerarlas. Ello es porque todo ser racional se representa su existencia como un fin en sí mismo.⁵ Si se afirmara que la obligación categórica de un deber que no se puede actuar, éste caería fuera de la moral; sin embargo ello no es posible en el universo kantiano, porque la validez del Derecho deriva de una prescripción moral. Por ello en Kant, no puede darse el conflicto entre política, entendida como doctrina práctica del derecho, con la moral, entendida como doctrina del Derecho, pero teórico”. Un principio fundamental de la política moral es que un pueblo debe constituirse en Estado únicamente según conceptos jurídicos de la libertad y de la igualdad, y este principio no se funda sobre la prudencia, sino sobre el deber.⁶ Es el deber el que puede formar una unidad colectiva de voluntades reunidas. La política se manifiesta como argumentación pública y la moral se da en el razonamiento interno. Pero es la primera la que está supeditada a la segunda. Son las libertades básicas que fundamentan pretensiones concernientes a la libertad, la vida y la propiedad. Son los derechos subjetivos, en donde el sujeto se legitima para alcanzar su libertad y se autónomiza. Las libertades privadas mantienen la libertad del individuo en sociedad. La autoafirmación moral se complementa con “derechos sociales”, que fundan pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales,

⁵ KANT, *La Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. “El fundamento subjetivo del deseo es el resorte; el fundamento objetivo del querer es el motivo... Los principios prácticos son formales cuando hacen abstracción de todos los fines subjetivos; son materiales cuando consideran los fines subjetivos y, por tanto, ciertos resortes.” Kant encuentra que el principio “la naturaleza racional existe como fin en sí mismo”, es subjetivo porque así se representa necesariamente cada hombre su propia existencia. Sin embargo también es un principio objetivo puesto que todo ser racional así se representa, pp. 82 y ss.

⁶ KANT, *Paz Perpetua*, p. 207.

culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad de carácter privado y de los derechos de participación política.

Los derechos subjetivos privados son centrales porque sin ellos no conseguiría explicarse de dónde recibe su legitimidad el Derecho positivo. El progreso de la historia kantiano presupone que el sentido de los órdenes jurídicos es el que toman las libertades. Pero de libertades que se relacionan unas con otras. Él supuso que el estado de naturaleza no se oponía al Estado social, porque allí ya había asociaciones privadas. La necesidad de proteger las posesiones los lleva a pensar en el Contrato Social. Esta es un modelo de asociación bajo el dominio del principio de derecho. Es decir se fijan las condiciones bajo las cuales el derecho puede cobrar validez legítima. El Derecho es la restricción de la libertad de cada uno sometiéndola a la condición de que sea compatible con la libertad de cualquiera en cuanto ésta sea posible conforme a una ley general. Por lo tanto se necesita la hermenéutica pública de los textos. Se institucionaliza el derecho innato a la libertad, que es el derecho a iguales libertades de acción. La libertad innata es un Derecho fundado en la voluntad autónoma de los individuos que disponen de una perspectiva social, que es una razón para fundamentar normas, en criterios morales. La libertad innata se desdobra en un sistema de derechos mediante los que toma forma positiva la libertad de cada miembro como hombre así como su igualdad con todos los demás como súbditos. Del razonamiento moral que tiende a la universalidad de las normas, se deriva una norma que prescribe entrar en un estado jurídico constituido con leyes públicas. Allí se reciben los derechos morales en las constituciones estatales, que es parte de las tradiciones universales. Cosa que el positivismo no pone en evidencia.

Sin embargo, hay una relación problemática entre la moral de la autonomía y el principio ético de la soberanía popular. En Kant esto no fue pensado, porque pensó que si se participaba haciendo la ley, nadie se haría a sí mismo injusticia. Sin embargo la racionalización del mundo privado, hoy no da legitimación al Derecho positivo. Por otro lado la eticidad que contiene utopías de convivencia no alienada, modelos de sociedad justa. La sociedad se concentra en el sistema jurídico porque ya no tienen la identidad de Dios o tradicional. El Estado cumple las funciones de integración relativas a la sociedad cosmopolita o global, de las personas que van por el mundo. Sin embargo, el Estado, para realizar dicha labor no le es suficiente la universalidad abstracta de las normas morales, es necesario también que los afectados estén de acuerdo, porque dichas normas les parecen actuables.

En qué sentido se acepten solo se sabrá a partir de las condiciones pragmáticas que determinan cómo se forma la voluntad política. La autonomía sólo se asegura mediante la comunicación que representa la forma discursiva de la opinión. De esa manera derechos morales y soberanía se conectan porque en el sistema de derechos se recogen las condiciones bajo las cuales se pueden institucionalizar las formas de comunicación necesarias para la producción de normas políticamente autónomas. El sistema de los derechos del hombre no se deriva de la lectura moral de derechos del hombre, porque la autonomía privada no se subordina a la autonomía política. Pero en Kant la inteligibilidad del discurso la dio un burgués cristiano. La sustancia de los derechos el hombre se encierra en las condiciones formales de institucionalización de formación discursiva de la opinión que permiten vivirlos como realización. Las identidades tradicionales en Dios, supusieron la unidad del discurso, pero secularización realizada porque la ciencia no lo necesitaba, acalló muchas voces que hoy en día surgen diciendo sus problemas, haciendo demandas y pidiendo respuestas. Examinamos que es la política en dos escenarios para responder a la pregunta de ¿qué hacer?

Si todo lo que ocurriese se redujera a mecanismo natural, entonces la política, sería sólo conocimiento práctico y la idea del derecho estaría vacía de sentido. En cambio, el filósofo cree indispensable relacionar tal idea del Derecho a la política, elevándola a condición limitante de ésta última, por tanto se debe admitir la posibilidad de conciliarlas.⁷ Kant no se pronuncia por la fuerza sino por el entendimiento en comunicación de las personas. El Estado de Derecho en donde la libertad legisla a través de una división de poderes. Cada uno de los poderes representa la especificidad de las pretensiones del habla, a la vez que nos hace mirar, la buena estructuración en ella, dándose la Razón Pública e inclusiva, o la mala estructuración de dichas pretensiones del habla y decaimiento de sus funciones. La división de poderes es una muestra de cómo es posible realizar tal entendimiento.⁸ Cada una de las funciones está caracterizada de la siguiente manera.

⁷ KANT, *Paz Perpetua*, “Objetivamente no existe una brecha entre moral y política. Subjetivamente ese conflicto subsiste porque es un incentivo a la virtud, que consiste a afrontar y vencer la perfidia.”, p. 208.

⁸ Bruno Romano, *Ragione giuridica e terzietà nella relazione. Una introduzione alla filosofia del diritto*, Bulzoni Editore, Roma, 1997.

3. EL ESTADO DE DERECHO Y LA COMUNICACIÓN

- a) La actividad legislativa, es la dimensión temporal del pasado en donde la tradición de los derechos humanos que ha quedado en la tradición como un coto cerrado, en donde el significado se ha ido fijando en la escritura de las normas, pero que siempre es posible mirar de diversa manera.
- b) La actividad jurisdiccional es la dimensión temporal del futuro, realizada alrededor de los saberes simbólicos, que alimentan al significante del lenguaje discurso, haciendo posible el pronunciar el juicio en tanto conexión de un modelo normativo con un caso concreto. La aplicación de la ley es un trabajo sobre el significante, en cuanto son el futuro de las cuestiones que debe resolver.
- c) La actividad de la policía y de la administración es la dimensión temporal del presente: Es el imaginario que concretiza el Derecho siguiendo el itinerario desde lo real de la ley hasta lo simbólico o actividad jurisdiccional destinada a regular y garantizar el futuro de la controversia, jurídicamente decidida en el imaginario mismo. Esta actividad concretiza el Derecho en el Estado presente, porque sirve a distinguir cuáles hechos son parte de la historia y cuáles, en cambio, deben ser evitados.

La legitimidad del Derecho lo confiere la unión de los tres poderes en el razonamiento.

La tradición de las libertades cambia el sentido de sus normas universales en su vida privada. Esta es la labor de las normas del legislativo, los jueces deben reconocer dichos cambios que sólo se manifiestan en el habla simbólica. Pero no siempre tienen los medios.

Significante es aquél que impulsa a la expresión del deseo, a la comprensión del otro, a la moderación de las pasiones, al gobierno de sí mismo y al cumplimiento de la palabra. Las identidades tradicionales supusieron a Dios como garantía; hoy es necesario reconstruir la inteligibilidad del proyecto social sin entrar en metafísica. Ese conocimiento es necesario para que los jueces decidan, pero dependen de la comunicación con los otros poderes. El arte y la sociología comunicativa que se puede hacer sería una guía para el razonamiento correcto de ellos, si se tiene en cuenta el futuro de la especie en tanto se entiende con relación a la conservación pacífica de la vida privada.

El decaimiento la comunicación entre esos poderes puede iniciarse en la administración, cuando la historia verdadera es falsificada. Desde la administración, se privaría de historia concreta a la selección y la dis-

tinción entre las expectativas cognitivas y las expectativas normativas, dentro del discurso público, cuando estas son vistas unilateralmente. De hecho se darían sólo expectativas cognitivas, porque se estaría constreñido, en el conocer primero eso que, contra la actividad legislativa y jurisdiccional se impone factualmente, sin alguna incidencia de la contrafactualidad que cualifica las expectativas normativas; por su ser garantía la de realizarse también como actividad de policía. Las expectativas cognitivas no serían las percibidas por el sentido común. Y si la gente no conoce su entorno, es manipulable.

Kant no considera al hombre como un autómeta, un robot que sólo razona determinando fenómenos por el mundo; no, el hombre kantiano es un ser capaz de reflexión y creación de nuevos conceptos. La imagen de identidad de este sujeto no sólo es el conocimiento mecánico, sino que se identifica con los demás seres humanos, poniéndose en sus zapatos. El sentido común dicta las reglas de conocer por sí mismo, ponerse en el lugar de los otros y tener en cuenta el modo de representar que tienen los otros para ser auténtico; y, pensar siempre de acuerdo consigo mismo.⁹

4. LA SUBJETIVIDAD DE LAS PERSONAS EN LA FORMACIÓN DE LOS ESCENARIOS DE DERROTABILIDAD O INDERROTABILIDAD DEL DERECHO

Kant discute este problema a través de una doble imagen del hombre que está razonando. Nos habla del político moral y del moralista político. El primero es agente de una acción a partir de principios, en cambio el segundo es agente de una práctica a partir de la experiencia del uso de la fuerza. Él imaginó un político moral, o sea uno que entiende los principios de la política en modo que ellos pudieran coexistir con la moral, pero no podía representarse un moralista político que funde una moral según los intereses del hombre de estado.¹⁰

El moralista político subordina los principios a su poder; el político moral tiene la tarea de reestablecer la precedencia del “supremo principio” de la ley moral que debe ser puesto en los motivos del actuar: la pretensión de universalidad de la norma, contra la cual se enfrentan ciertas excepciones que se van presentando en la historia según el cambio y evolución de la vida privada, y que dan un sentido cambiante a la

⁹ KANT, *Critica del juicio*, p. 280.

¹⁰ KANT, *Paz perpetua*, p. 201.

interpretación correcta de las normas. Este nivel donde las personas se autodeterminan mediante normas humanamente universales, no siempre ha recibido un buen trato frente a la realización de la identidad de la soberanía nacional. Si queremos la paz, dice el filósofo, es necesario mostrar los obstáculos que derivan del hecho de que el moralista político comienza allí donde el político moralista termina, y que de que éste, en cuanto subordina los principios a la meta personal, manda al vacío su propósito de conciliar la política con la moral, porque no mira los defectos o excepciones que deben tolerarse hasta resolverse, y provoca inconformidades cuando las normas no son actuables. Las políticas de la soberanía, en tanto responden a la identidad que conscientemente quiere adoptar un pueblo, no deben negar la argumentación moral, puesto que la validez del Estado jurídico deriva de una norma moral.

Tanto en la Fundamentación de la Metafísica de las costumbres como en la Crítica de la Razón Pura Práctica, Kant puso al principio de la universalidad formal, sobre los principios materiales o metas individuales; esto es porque la formalidad contiene un universal que no es la imposición del gobierno o de sus científicos. Él no avaló a los moralistas políticos, puesto que ellos imponen su deseo y para ello se encierran en el procedimiento para encontrar dichos universales. Él buscó una ley que determina a priori la voluntad, sobre todo la del mismo gobierno. El principio del querer que manda consultar a la razón y de conformar las propias máximas a su pretensión de universalidad, es el criterio exclusivo del valor moral. Por lo tanto, todo ser racional tiene un medio para conocer el objeto moral, independientemente del moralista político que subordina el conocimiento a sus propias metas o a las de quien le pague por ello. Sin embargo, todo ser racional que desea autodeterminarse moralmente, necesita del territorio en donde se ha identificado como ciudadano y puede realizarse. A la vez todo ser racional necesita un territorio en donde puede decidir sobre la realización de ciertas políticas de subsistencia, fundando la legitimidad de las pretensiones en la evolución de los derechos del hombre o libertades básicas.

Como el método racional es lo bueno y no las metas del gobernante, el principio formal se presenta como la variante jurídica del imperativo categórico y no como el instrumento del moralista político para rigidizar el derecho conforme a sus propias inclinaciones. Por ello el imperativo categórico dice: “obra en modo que puedas querer que tu máxima pueda convertirse en ley universal”. Con el imperativo categórico es cada persona la que debe hacer la consideración, y se espera que todas las consideraciones sean en el mismo sentido. En las identidades tradicionales la unidad de voluntades estaba garantizada por Dios. Sin em-

bargo, la posibilidad de realizar conceptos y normas que pretenden ser universales tiene que venir de la evolución independiente de la vida privada. Es necesario conocer las excepciones manifestadas para darle un tratamiento adecuado en las leyes de cada Estado. El político moralista podría tratar de reforzar la generalidad de esos universales, poniendo las condiciones económicas suficientes para que la persona pueda acceder a la plena palabra o libertad innata. No hay otra manera de discutir críticamente las formas de vida que un pueblo quiere darse. Es decir, para atender los derechos morales, y hacer una decisión conforme a derecho, es necesario que las normas atiendan las voces que tienen diversas pretensiones cognitivas y normativas. Mientras eso sucede, hacer permisiones en razón de las políticas integradoras del Estado, mientras se llega el tiempo que se tome el llegar a tales condiciones. Así entendida la virtud de la prudencia, la política se convierte en un arte social. Este es el sentido de la universalidad a priori de los principios: su estar vacíos hace comprender al político moralista que la legislación consiste en desligarse del dominio de alguno que instaura sus inclinaciones personales.

La idea abstracta de la universalidad categórica es lo que hace moral a la acción, pero nunca se puede asegurar que una acción se haya realizado conforme a deber universal. Por lo que se abre a la consideración de múltiples motivos unificados en el concepto de dignidad humana. Todo mundo se representa a su propia existencia como un fin en sí misma. Este es el principio de la dignidad que postula la posibilidad de proyectar nuestras propias vidas, en concordia y reconocimiento de todos los demás seres humanos. Es un motivo moral que da sentido a las normas morales y por consiguiente a las jurídicas. Aunque las normas estatales concierne sólo a relaciones externas o del arbitrio, estas significan la posibilidad de realización de dichas dignidades, en un territorio.

El político moral encuentra a la universalidad de la ley moral porque así es pensada por cada Razón de gente que se comprende. Su acción sobre el mundo es proporcionando los medios para que puedan participar las personas en la legislación y mediar las inclinaciones individuales de cada uno, procurando el entendimiento, la educación del gusto en la comprensión de los otros, el cultivo del gobierno de sí mismo y la posibilidad de cumplir con la palabra.¹¹ Así el político moral realiza una

¹¹ ROMANO Bruno, *Ortonomía Giurídica*. Significante es la voz que impulsa a la expresión pública del deseo, a la comprensión del otro, a la educación de las pretensiones, al gobierno de sí mismo y al cumplimiento de la palabra, p. 80.