

SOBRE KANT Y KELSEN: A PROPÓSITO DE LA DISPUTA ENTRE
LOS PROFESORES GARCÍA AMADO Y ATIENZA

ABOUT KANT AND KELSEN: ON THE BETWEEN GARCÍA AMADO AND ATIENZA

Manuel Jiménez Redondo

Universitat de València (España)

RESUMEN

El artículo se inicia con una breve exposición histórica de la metaética analítica para explicar, a partir de ahí, la presencia de la filosofía práctica de Kant en el pensamiento ético y jurídico desde los años sesenta del siglo XX, en competencia con el positivismo jurídico. Después se exponen las tesis fundamentales del pensamiento jurídico y ético de Kant. Se muestra cómo en la disputa entre los profesores García Amado y Atienza ambos comparten unos mismos supuestos normativos provenientes de Kant. El segundo los entiende como principios normativos del propio Derecho. El primero los entiende como ingredientes fundamentales de la ética desde la que se muestra dispuesto a enjuiciar éticamente un sistema jurídico. Pero las principales diferencias entre Kant y el positivismo jurídico de Kelsen no son, propiamente, el tema de la disputa. En el artículo se busca también cobrar alguna claridad sobre ellas.

PALABRAS CLAVE

Derecho, ética, Kant, Kelsen.

ABSTRACT

First, there is a short historical explanation of the analytical metaethics to understand since there the presence of Kant's practical philosophy within the ethical and legal thinking from the 70s of the XX century, in competition with legal positivism. Second, we refer to the main arguments of Kant's ethical and legal thinking. We show how at the dispute between professors García Amado and Atienza, they both share the same common assumptions from Kant. The second one understands them also as normative principles of law. The first one understands them as the main ingredients of ethics from which he is willing to examine ethically a legal system. But the main differences between Kant and Kelsen's legal positivism is not strictly the object of the dispute.

KEY WORDS

Law, ethics, Kant, Kelsen.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.004

SOBRE KANT Y KELSEN: A PROPÓSITO DE LA DISPUTA ENTRE LOS PROFESORES GARCÍA AMADO Y ATIENZA

Manuel Jiménez Redondo

Universitat de València (España)

Sumario: 1. Introducción. 2. Metaética. 3. Imperativo moral. 4. Derecho y Ética. 5. Sobre importaciones. 6. Teoría de la argumentación. 7. Libertad como principio. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Leyendo los materiales de la disputa entre José Antonio García Amado y Manuel Atienza he tenido la impresión de que no se trata tanto de una guerra de principios cuanto de un enfrentamiento deportivo o, si se quiere, de algo análogo a unas maniobras militares que se realizan con el fin de mantener a punto las armas y la artillería dialéctica. A mi modesto entender, los dos intervinientes en la discusión dicen lo mismo no ya solo en el fondo, sino incluso en la forma. Ambos son juristas que proceden, además, del mismo sitio: de la huida de la doctrina del Derecho natural clásico al positivismo jurídico; desde ahí se transitó hacia otras partes. Algo similar ocurrió en los años setenta del siglo pasado en las facultades de filosofía; de la escolástica y de todo aquello en lo que esta pudiera envolverse o disfrazarse se pasó a la filosofía analítica del lenguaje, a la filosofía de la lógica, a la filosofía de la ciencia y, especialmente, al positivismo lógico, que muy bien podía ir a veces de la mano de alguna modalidad del marxismo. Por lo general, desde ahí se transitó a otros sitios desde los que, después, se volvió para recuperar alguna que otra cosa importante que había sido olvidada en el camino. Aun después de tanto tiempo, sigue siendo grande la tentación de emplear una argumentación de la sospecha —e incluso de abusar de ella— que trata de dejar al adversario convicto de que está muy cerca de aquello de lo que decía haber —y debía haber— huido y de lo que habría de suponersele ya muy lejos. En lo que sigue me voy a limitar a mostrar por qué entiendo que ambos intervinientes dicen lo mismo. Para ello, recurriré a las ideas de Kant y de Kelsen.

2. METAÉTICA

Desde principios del siglo XX, por metaética se entendió en la filosofía analítica del lenguaje una parcela de la misma que se ocupaba del análisis del lenguaje moral. La inauguró G. E. Moore con su libro *Principia ethica* (1903). Cuando decimos que algo es bueno, no en el sentido de bueno para esto o para aquello, sino en sentido absoluto (si es que hay tal *bueno* en sentido absoluto), cabe considerar ese *bueno* como una propiedad *natural* y pasar a describir en qué consiste esta o los elementos que la componen. Bueno en sentido absoluto es aquello que tiene esta característica o tales o cuales características. Pero Moore sostenía que quien procede así incurre inevitablemente en una falacia, que él llamaba la *falacia naturalista*. Pues siempre cabe replicar: sí, esto tiene efectivamente esas características, pero ¿es bueno en sentido absoluto? Cabría responder: llamamos árbol a aquello que tiene tales o cuales características; si esto tiene precisamente esos atributos, no tiene entonces sentido preguntarse si es o no un árbol; simplemente, lo es, pues ser un árbol es tener precisamente esas características; es lo que hemos convenido, y no hay más. Podemos, no obstante, replicar: llamamos bueno a lo que tiene tales o cuales características; esto tiene, en efecto, esas características; por tanto, cae efectivamente bajo lo que hemos convenido en llamar bueno en sentido absoluto; ahora bien, eso que así hemos convenido en llamar bueno, ¿es en realidad bueno? Y, dado que tal pregunta siempre tendrá sentido, la conclusión de Moore es que todo intento de definir *bueno* como una propiedad natural no consigue lo que pretende. Bueno en sentido absoluto, decía Moore, no puede ser una propiedad natural, sino una propiedad *no natural*, simple, a la que tenemos acceso por intuición; un toro no taurino, bromeaba Toulmin. Moore llamó *naturalismo* a esos intentos de definir los términos morales, fundamentalmente el término *bueno*, como una propiedad que, como tal, debería ser análoga a cualquier otra propiedad. Eso no era, a su juicio, así. El *naturalismo* quedaba, de este modo, más o menos descartado, si bien el *intuicionismo* de Moore tampoco resultaba convincente.

Si suponemos que nuestra gramática no está hecha para mostrar la estructura lógica de nuestro pensamiento, sino más bien para disfrazarla, cabe pensar que, cuando decimos que *x* es bueno en sentido absoluto, no estamos describiendo nada y no nos estamos refiriendo a propiedad alguna ni natural ni no natural: ese enunciado no es enunciado alguno porque lo que estamos haciendo cuando emitimos ese enunciado aparente es expresar una actitud; «*x* es bueno» equivale a decir: «yo estoy a favor de *x*, estalo tú también». A este tipo de análisis de los términos morales se le llamó *emotivismo*. El emotivismo vino inicialmente representado por textos como el cap. VI de *Language, Truth and Logic* (1936), de Ayer, o *Ethics and Language* (1945), de Ch. L. Stevenson. El emotivismo practica un tipo de análisis de los términos morales que, sin duda, da en el clavo en muchos aspectos. Buena parte del uso que hacemos del lenguaje moral consiste en decir, juzgar y hacer, como *Se dice*, *Se hace* y *Se impone*, sin otra base ni suelo que la general recomendación emotiva que *Se hace* de ello so pena de reproche y descrédito moral o político-moral que lleva aparejado su no seguimiento.

En todo caso, aunque decir que *x* es bueno en sentido absoluto no consista propiamente en enunciar algo de *x*, sino en recomendar algo, no parece aceptable decir que

esa recomendación se limite a expresar una actitud mía y a invitar a otros a asumirla; en realidad, cuando afirmo que *x* es bueno en sentido absoluto parece que quiero decir: debes hacer incondicionalmente eso, como yo o cualquiera en tu misma situación deberíamos hacer eso. A este análisis del término moral *bueno* se le llamó *prescriptivismo*. Su principal representante fue R. M. Hare, con su libro *The Language of Morals* (1952). En *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics* (1966), K. Baier desarrollaba esta orientación convirtiendo lo que ya era una evocación de Kant en una reformulación de Kant. La metaética analítica dejaba de ser solo un análisis del lenguaje moral para convertirse no solo en un análisis del significado de los términos morales, sino también en una teoría acerca de qué había de contar como principio moral —y, a la vez, de cuál era el principio que había de contar como principio moral—.

A la misma conclusión llegaban Apel y Habermas desde una pragmática del lenguaje que, en lo que se refiere a la noción de validez, recurría esencialmente a la teoría de la verdad de Peirce. *Verdadera* es la teoría que está llamada a que en ella se pongan de acuerdo todos los que investigan, entendiendo por «todos los que investigan» una comunidad indefinida de investigación, de modo que lo que llamamos *realidad* no sería sino el correlato de esa teoría¹.

Sobre este trasfondo, aunque sin depender de él, Rawls podía decir en *A Theory of Justice* (1971) que no veía ya ningún interés en el análisis de los términos morales y que, por el contrario, lo propio era *construir* con categorías de Kant un modelo siempre susceptible de una *interpretación kantiana* global en el que nuestros *considered judgments in reflective equilibrium* se viesan especularmente reflejados para analizar su coherencia, estructura y pretensión de validez².

Por mi parte, en lo que sigue hablaré de Kant sin tratar de mitificar ni la figura de Kant ni la filosofía práctica de Kant. Simplemente, me referiré a todas aquellas posiciones de la segunda mitad del siglo XX en las que resultan visibles los principales rasgos de la «Doctrina del Derecho» y de la «Doctrina ética» de Kant. Eso sí: sucede que, una vez que he llegado a Kant a través de todo lo que la metaética analítica puso en movimiento y de lo que vino después, me parece que Kant ofrece muchos más registros y lo dice todo mucho mejor; es decir, queda a veces por delante o muy por delante de sus reformulaciones contemporáneas; basta leerlo con flexibilidad para traducir su lenguaje.

3. IMPERATIVO MORAL

En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), Kant hace tres formulaciones del principio moral³. Cada una de ellas, dice Kant, implica las otras dos. Si «*x* es bueno» (no en el sentido de bueno para esto o para aquello, sino en sentido absoluto), solo puede significar que, incondicionalmente, debes hacer *x* como cualquiera en tu situación debería hacer *x*. Entonces, ello equivale a decir que, cada vez que en la vida no te puedas sacudir ese sentido de bueno (es decir, cada vez que te veas implicado en una cuestión *mo-*

ralmente relevante), «[...] has de obrar de manera que puedas a la vez querer que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley para todos los seres racionales». La segunda formulación que Kant da de ese *imperativo* incondicionado, *categorico*, es la siguiente: «Obra de manera que la humanidad en ti y en los demás (es decir, el ser-libre en ti y en los demás) no sea tratada nunca solo como un medio, sino siempre también como un fin». Y la tercera formulación dice: «Obra de manera que al obrar tu voluntad por su máxima pueda a la vez considerarse colegisladora en el reino de los fines». (La expresión «reino de los fines» no tiene ningún misterio; simplemente se opone a reino de las causas eficientes, es decir, al reino de la naturaleza; «reino de los fines» quiere decir reino de las causas finales, esto es, de los seres que se proponen fines, esto es, de los seres *libres*, si es que los hubiera).

Pues bien, nunca jamás los seres que nos suponemos libres podríamos demostrar que tenemos una obligación categorica de obrar ateniéndonos a ese principio⁴. Solo podríamos demostrarlo si pudiésemos probar que somos libres. Pero la existencia de la libertad no puede demostrarlo de ninguna manera. Por eso, tampoco puede probarse la *objetividad* o la *necesidad práctica* o la *realidad objetiva* (estas expresiones vienen a significar para Kant más o menos lo mismo, según el contexto) del imperativo moral. Pues *explicar* significa mostrar cómo viene determinada una cosa por otra conforme a una regla o ley. Pero eso no es posible en el caso de la libertad, dado que ser libre significa poder quedar *afectado* por todo lo que se quiera, con la intensidad que se quiera, pero no venir *determinado* por nada, sino autodeterminarse. Y como no hay determinación de una cosa por otra sino conforme a una regla o ley, ser libre significa que tiene que ser regla o *ley para sí mismo*, si es que ya no podemos recurrir a un legislador trascendente, a un Dios legislador, para entender el orden moral como un orden establecido por él o que tuviera en él su fuente; pues en tal caso nuestra libertad solo sería condición negativa de ese orden, no ley para sí misma; y así lo entendió la tradición. Pero después de la destrucción de las pruebas de la existencia de Dios en la *Crítica de la razón pura* no cabe pensar en tal cosa. Si ser libre es quedar por encima de cualquier materia en lo que respecta a determinación, y esto significa universalidad, y si hubiera de haber un *bueno* en sentido absoluto, buena en sentido absoluto solo podría serlo una voluntad que, encontrándose situada en el lugar del Dios legislador, se atuviese a la ley que ella es para sí misma. Y basta prestar un poco de atención para reparar en que esa ley no podría adoptar sino la forma que las formulaciones del imperativo categorico expresan. Todo lo bueno en sentido relativo tiene un precio, se puede sustituir por un equivalente; lo *bueno* en sentido absoluto solo se compara consigo; digamos entonces que, en lo que se refiere al precio, no tiene precio, sino que lo que tiene es *dignidad*.

Pero si no podemos probar que somos libres, todo lo dicho no es más que una quimera, algo carente de cualquier sentido. No habría *bueno* en sentido absoluto, en sentido moral; el supuesto ser libre no sería más que una ilusión, un elemento más en la cadena causal de la naturaleza, y no precisamente uno de los más sólidos. Y, sin embargo, sucede una cosa. Es un *hecho*, y nada más que un hecho, que no podemos sacudirnos de encima el vocabulario moral, que no podemos evitar el hecho de emplear *bueno* en sentido absoluto. Y, después de darle todas las vueltas que se le han dado durante el siglo XX, ese *bueno* en sentido absoluto no podría significar sino lo que hemos dicho que significa. Y eso que

bueno significa *implica la libertad*. Por tanto, mientras no podamos quitarnos de encima el vocabulario moral, no tenemos más remedio que considerar que hay un *bueno* en sentido absoluto y que ello implica que somos libres en el sentido indicado de autodeterminación y autonomía. Entonces podemos decir lo que dice Kant: el hecho de tener que emplear el vocabulario moral (es decir, la ley moral) es un *factum* que nos lleva a inferir que somos libres. La ley moral es la *ratio cognoscendi* de la libertad, y la libertad es la *ratio essendi* de la ley moral. Ahora bien, todo esto no es sino un círculo. Sí, pero en este círculo estriba el ser libre en cuanto ley para sí mismo, es decir, en cuanto ser moral: en cuanto que la ley que él es para sí mismo le apremia. Todo quedaba quizá mucho más claro cuando se postulaba un Dios legislador, pero eso ya no es posible como una base del Derecho y de la ética que fuese aceptable con carácter general.

4. DERECHO Y ÉTICA

Partamos de la segunda formulación del imperativo, la que se refiere a la idea del ser libre como un fin en sí que no tiene precio, sino dignidad. Con esa formulación (y, por tanto, también con las otras dos que, como muestra Kant, vienen implicadas en ella) está de acuerdo el profesor Atienza, pues apela *expresamente* a ella en su respuesta al profesor García Amado, y también está de acuerdo con ella el profesor García Amado, pues también apela *expresamente* a determinadas consecuencias de la misma que, como veremos, no pueden tener otra premisa que ese principio.

Pues bien, Kant dice que del principio moral se siguen tres cosas. La primera es lo que podemos llamar los *principios racionales del Derecho*. La segunda es lo que podemos llamar los *principios racionales de la ética*. Y la tercera es la *estricta separación entre Derecho y ética*, de forma que cualquier hibridación entre el Derecho y la ética representaría una radical perversión tanto del Derecho como de la ética. El Derecho es lo que es, y la ética es lo que es, y no entender esto no solo comporta confundir el primero con la segunda, sino también corromper el primero y la segunda. Kant los quiere totalmente limpios⁵. En todo caso, el Derecho, sin dejar de serlo, puede ser un Derecho pervertido; asimismo, la ética, sin dejar de serlo, puede ser una ética pervertida; del mismo modo que un enunciado no deja de serlo por ser falso, sino que es un enunciado falso, pero enunciado, igual que el enunciado verdadero es un enunciado.

La demostración de esas tres cosas es muy simple, lo mismo que la de todas las proposiciones kantianas fundamentales⁶. Un fin es algo que solo puedo proponerme yo. Alguien puede forzarme a realizar acciones conducentes a un fin, pero eso no sería un fin mío, sino un fin suyo para el que me convierte meramente en un medio. Ese fin podrá ser incluso mi propio bien o mi propia perfección, podrá ser incluso la «salvación de mi alma», o mi reeducación para que deje de ser el burgués que soy. Pero por íntimamente que ello me concierna, será un fin suyo, no mío, para el que él me está utilizando como medio. Por tanto, si, conforme a la segunda formulación del imperativo categórico, el hombre ha de ser tratado siempre también como un fin y nunca meramente como un medio de nadie

y para nada, y la interacción humana no puede darse sino conforme a reglas, lo primero que hay que establecer es un conjunto de reglas relativas a la forma de la relación entre los arbitrios, cualesquiera que sean los fines que estos se propongan o puedan proponerse o se entienda que deben proponerse, lo cual será asunto suyo. Y ese sistema de reglas es para Kant el *Derecho*, cuyo principio es el siguiente: «Es justa (legítima, lícita, *recht*) toda acción conforme a cuya máxima la libertad de arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de arbitrio de cualquiera conforme a una ley general»⁷.

Y así, si puede mostrarse que mi acción, conforme a su máxima, puede ser compatible con la igual libertad de cualquiera conforme a una ley general y alguien me la impide, me está haciendo injusticia. Más aún, si mi actuar conforme a la máxima conforme a la que a mí me plazca actuar (incluso si se tratase de una máxima contraria a ese principio) es compatible con la libertad de cualquiera conforme a una ley general y alguien pretendiese imponerme que yo convirtiese el principio objetivo general del Derecho también en principio subjetivo o máxima de mi acción, me estaría haciendo radicalmente injusticia conforme a ese principio objetivo. El Derecho asentado sobre el principio de libertad no puede pretender, sin contradecirse, imponer como motivo *subjetivo* de la acción ese principio.

Si eso es así, la *necesidad práctica* de la norma jurídica no puede descansar entonces sino sobre la *coerción*. En este sentido, Kant dice que, en idea, el Derecho es *coerción o posibilidad de coerción recíproca compatible con la igual libertad de todos y cada uno conforme a leyes generales*, o, como puede decirse abreviando: *el Derecho es fuerza conforme a principios*, con tal de que, en idea, se trate del principio dicho.

Por último, si el ser libre ha de ser considerado como un fin en sí y no meramente como un medio para los fines de otro, yo no puedo quedar sujeto a otra ley (es lo que sugiere la tercera formulación del imperativo categórico) que la que yo me imponga junto con todos los demás para hacer viable, efectiva y real la igual libertad, entendiéndose aquí por libertad la independencia respecto del arbitrio del otro, en la medida en que esa libertad pueda ser compatible con la libertad de cualquiera conforme a una ley general que le dé viabilidad y la haga efectiva. *Igual libertad* en el mayor grado posible, articulada y hecha *real y efectiva* conforme a leyes que puedan entenderse provenientes de la voluntad unida de todos *por acuerdo o compromiso*: es el *principio general del Derecho*, en idea. Si el Derecho no respondiese a él, le ocurriría, aun siendo Derecho, lo que la zorra decía del busto en la fábula de Fedro: que su cabeza era muy hermosa, pero sin seso.

Pasemos al *principio general de la ética*. Entre los fines que yo me proponga, que serán asunto mío, habrá seguramente algunos que yo entienda que es un deber proponérmelos. Si el ser libre se encuentra siendo ley para sí mismo y el ser libre ha de ser considerado como un fin en sí, ¿cómo no va a ser un fin que yo debo proponerme, es decir, *un deber ético mío*, arrimar el hombro para que en este valle de lágrimas también la existencia de los demás —y no solo la mía— tenga cierta facilidad y holgura dentro de lo que cabe para seres finitos? Y si el ser libre tanto en mí como en los demás ha de ser tenido por un fin, ¿cómo no va a ser un fin que sea un deber mío proponerme, es decir, cómo no va a ser un *deber ético mío*, desarrollarme física, psíquica y moralmente para estar a la altura de ese fin que debo ser conforme a algún esquema de él? Pero, sobre todo, y en tercer lugar, ¿cómo no va a ser un

fin que sea un deber proponerse, es decir, cómo no va a ser un *deber ético mío*, contribuir al establecimiento y desenvolvimiento de un orden de Derecho atendido a aquellos principios si es precisamente en ese orden donde se hace efectiva la idea del ser libre como un fin en sí? El *principio general de la ética* sería, entonces, este: supuesto un orden de Derecho atendido al principio de libertad y al principio democrático, obra conforme a una máxima de fines tal que proponérselos sea un deber, y si no puedes suponer aquel orden, imponte como deber contribuir a establecerlo.

Ahora bien, solo la ética, no el Derecho, «[...] puede mandar considerar santos los derechos del hombre»⁸, dice Kant. «El amor a la patria es una de las primeras obligaciones de los españoles, y asimismo es el ser justos y benéficos». Este mandato, plasmado en el artículo 6 de la Constitución española de 1812, resulta ingenuo porque tal cosa no puede imponerse coercitivamente —es decir, solo puede ser un fin que me propongo yo— y porque precisamente un orden de Derecho asentado sobre el principio de libertad no puede tratar de imponerlo sin contradecirse (a no ser que lo que el constituyente estuviese haciendo fuese precisamente limitar ese principio). Aunque yo no trate de ser justo ni benéfico, sino todo lo contrario, mi acción puede ser compatible con un orden atendido al principio de libertad y al principio democrático y, por tanto, *justa*. Un orden *justo* de Derecho puede ser posible (como afirma Mandeville) incluso en un *pueblo de diablos* «con tal de que estos tengan entendimiento», pensaba Kant⁹.

5. SOBRE IMPORTACIONES

Aunque el profesor García Amado afirma expresamente no querer desvelar todo el sistema de los fines que él entiende que es un deber proponerse (es decir, su ética) ni el estatuto cognitivo que le asigna, me parece que entre ellos figura sin duda la contribución al establecimiento y mantenimiento de un orden de Derecho atendido al principio de libertad y al principio democrático. Pero, como muy bien dice Kant en lenguaje dieciochesco, esos principios que el profesor García Amado incluye en su legislación ética los *importa* de una legislación distinta, a saber, de la legislación jurídica. Seamos, no obstante, cautos y no vayamos aún tan lejos, ya que el profesor García Amado esconde su batería argumentativa en algunas páginas de la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen, a las que me referiré al final, desde las que podría dispararnos muy fácilmente¹⁰.

Pues, efectivamente, si sucediese que, como supone Kelsen, no existen tales *principios racionales del Derecho*, no habría nada en absoluto que *importar* de ellos. Por el momento, digamos simplemente que, aunque a veces diste de estar de acuerdo consigo mismo (Kelsen parece ser su combativa profesión de fe pública y Kant su amor secreto), el profesor García Amado incluye como principios de *su ética* el principio de libertad y el principio democrático —los incluye, digo, como principios con los evaluar éticamente un orden positivo de Derecho—. En lo que se refiere al *contenido*, este puede venir determinado por ellos, como sucede con el ordenamiento jurídico español. Pero el «fundamento de validez» *jurídica* de ese ordenamiento, igual que el de cualquier otro (y esto es lo que afirma Kelsen) nada

tendría que ver con esos principios ni con otros, todos relativos, históricos, contingentes. Nuestro Derecho positivo puede *contener* elementos de esa y otras éticas y ser juzgado éticamente conforme a esa o cualquier otra ética, pero en ninguno de esos elementos ni en ninguna ética tiene su base *formal* de validez como sistema de Derecho positivo.

Es, por tanto, en su ética y no en su teoría del Derecho donde el profesor García Amado incluye como criterios de evaluación ética del Derecho lo que Kant llama «los principios metafísicos del Derecho», lo que Kant llama también «los principios racionales del Derecho» o lo que Rawls llama «[...] los principios de justicia, entendida esta como propiedad de las instituciones básicas de un orden social».

Y así puede decir en tono de enfática aprobación ética: «Porque todos los que opinan una cosa u otra y expresan tales opiniones están bajo el amparo de las primeras libertades constitucionales: de credo o conciencia, de opinión, de expresión [...] Y esa discrepancia es la que da su sentido a los derechos políticos como derechos individuales de los ciudadanos [...]». Tenemos, pues, que el orden jurídico positivo en que consiste nuestro Estado de Derecho (aunque ello, en lo que concierne a la base de la validez de ese Derecho, no hubiese de pasar de una contingencia histórica) responde al *principio de libertad*.

Y en tono de enfática aprobación *ética*, García Amado dice asimismo: «Por eso hay democracia y para eso existen los derechos políticos en nuestras constituciones contemporáneas: para que tales asuntos que hay que decidir con carácter general tengan una regulación, se vota en democracia a los parlamentarios y se vota en los parlamentos. ¿Alguien se puede imaginar que la resolución de tales cuestiones se dejara a la decisión de los jueces y de cada juez, movido por la justicia y sin más traba que ese propósito de hacer justicia? Sería el final del Estado constitucional y democrático de Derecho, se le estaría dando la puntilla». Tenemos, pues, que el orden de Derecho positivo en que consiste nuestro Estado de Derecho, aparte de responder al *principio de igual libertad*, responde asimismo al *principio democrático* que viene exigido por aquel, hasta el punto de que el sentido de los derechos políticos radica solo en aquel derecho de libertad. Esta es una idea kantiana donde las haya (que incluso deja convicto al libro *Facticidad y validez* de Habermas, en el sentido de que, cuando, en lugar del principio de *igual libertad conforme a leyes* que la hagan efectiva y real, se escoge como única fuente de normatividad la asamblea *discursiva* de ciudadanos, la democracia liberal empieza a flaquear manifiestamente, aunque sea en idea).

Y, según Kant, ambos principios, entendidos como principios racionales del Derecho, han de considerarse distintos a los principios racionales que cabe reclamar para la ética; mezclarlos sería corromper los principios del Derecho y también los de la ética, dado que en tal caso esta se inmiscuiría en un terreno que no le incumbe —con la consiguiente negación del principio general del Derecho—, aunque los principios del Derecho y de la ética provengan ambos de la idea de libertad. Así, el profesor García Amado, que ha incluido con carácter prioritario en su ética lo que Kant llama principios racionales del Derecho, puede decir con un enfático tono de reproche ético (no del todo coherente, a no ser que el juez del que se habla, al atenerse a su ética y pese a toda la discrecionalidad judicial que el profesor García Amado reclama, estuviese cometiendo en *nuestro* sistema de Derecho positivo un patente delito de prevaricación): «Un juez que anteponga su conciencia

moral a la ley, sea cual sea el tipo de ética o metaética que cultive, es un juez que falta al respeto a sus conciudadanos y que se alza contra la legitimación democrática del Derecho; no quiere ser juez de un Estado de Derecho, sino de un Estado de la moral que va a ser siempre su moral, la de ese juez o esa jueza. Es un juez que emplea la ley al servicio de sus fines personales y sus preferencias». En efecto, siempre según Kant, un fin que entiendo que es un deber mío proponerme es un fin que he de proponerme yo, no un fin que yo pueda imponer también a otro solo porque sea un fin que yo deba proponerme, pues eso sería emplear al otro meramente como medio para un fin que no es un fin suyo, sino mío, cuando quizá sus fines pudiesen coexistir con la libertad de cualquiera conforme a una ley general y fueran, por tanto, legítimos, de modo que, justamente por ello, sería totalmente ilegítimo perturbarlos.

6. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

En lo que se refiere al Derecho, el juez es un ciudadano más, pero no es exactamente un ciudadano más. Es el ciudadano en cuyas manos los demás ciudadanos, por la vía de la institución de las oposiciones a la carrera judicial, han depositado «la posibilidad de resolución justa de conflictos» *justa* (siempre según Kant) conforme a los principios racionales del Derecho, no conforme a la ética del juez —por mas compatible que esta sea con ese orden de Derecho—. Al juez se le supone, pues, la *actitud ética* de aplicar el Derecho en esos términos, por referirme a uno de los puntos más sensibles de la argumentación del profesor Atienza que el profesor García Amado (pese a todas sus protestas) comparte radicalmente y por completo cuando, con Kelsen, no admite principios racionales del Derecho (principios de justicia) como base del Derecho positivo, sino que, en el punto a que nos estamos refiriendo, los reduce a criterios de evaluación ética.

Pero también pienso que el sistema de Derecho exonera en buena parte al juez de la necesidad de ser *virtuoso* —en el sentido de que asuma una ética que dé prioridad al principio de igual libertad bajo leyes generales sobre cualquier otro de sus deberes éticos—. Pues es en el sistema de Derecho en conjunto, incluyendo a sus funcionarios, donde en idea los ciudadanos han delegado la posibilidad de «resolución justa de conflictos», y no en este o aquel juez. Y así, visto por un profano, hay una jerarquización de las instancias que dictan Derecho argumentando sus sentencias, aunque sea la sentencia de la instancia más alta la que autoritativamente se impone. Hay, además, una opinión pública jurídica protagonizada por quienes se dedican al Derecho, y, así, hay congresos y simposios de Derecho en los que se ve a jueces, fiscales, abogados, profesores de Derecho y también a algún profano tomar apuntes sobre la posible interpretación de una ley recién promulgada. Y se publican libros y artículos por los que aquellas instancias decisorias evidentemente se guían y aun citan, etcétera.

Todo parece enderezarse, pues, a que la ley que hay que suponer que todos se dieron (aunque ello sea mucho suponer) se aplique a todos por igual (lo cual, asimismo, es mucho suponer) también en lo que respecta al contenido de las sentencias, pero de suerte que

esa aplicación sea resultado de un proceso de *discusión racional* en el que, en el supuesto imposible de que pudiese proseguirse hasta el infinito, no quedaría rasgo relevante que no se sacara a la luz ni error que no quedase al descubierto, y en el que, por tanto, todos los participantes, habiendo tenido ocasión de ponerse cada uno en lugar de cualquier otro, vendrían a coincidir finalmente más o menos en lo mismo. Esa situación inalcanzable es la que estamos suponiendo siempre que nos ponemos a discutir y es la que habíamos estado *momentáneamente* suponiendo (nos percatamos de ello *a posteriori*) cada vez que nos dejamos convencer por algo, pues solo *a posteriori* nos damos cuenta de que habíamos estado suponiendo cosas que no podrían suponerse o de que no se había prestado atención a otras que deberían haberse tenido en cuenta, etcétera. Y ello por más discutibles que puedan ser las formulaciones de Habermas cuando este las convierte en una teoría *consensual* de la verdad y de la validez normativa apelando para ello a Peirce, cosa que a este ni se le pasó por la cabeza porque, si nos fijamos bien, la verdad sigue siendo, para Peirce, la modesta *correspondencia* de siempre *entre el entendimiento y la cosa*.

Todo esto es imprescindible si la ley es «incurablemente incompleta» (Hart) en lo que se refiere a su aplicación, si no podemos evitar aquello a lo que nos referimos «[...] cuando hablamos de elección de alternativas, de *legislación judicial* o incluso de *fiat* (aunque no de un *fiat* arbitrario)» (Hart) y, por tanto, si la aplicación de la ley a todos por igual exige una «justicia natural procedimental» (Hart)¹¹ que habrá de contener mucho (esto no lo dice Hart, pero podía haberlo dicho sin contradecirse) de la misma justicia que viene definida por lo que Kant llama principios racionales del Derecho, contrapuestos a los de la ética, que el profesor Atienza supone sin más y que el profesor García Amado asume a condición de convertirlos, como ya se ha dicho, nada más que en criterios de la evaluación ética del Derecho positivo (siendo posibles varias éticas) y nunca en la base formal de validez del mismo. Al margen de esto, me parece que, en definitiva, el profesor García Amado no se opone a las posiciones del profesor Atienza en lo que concierne a los aspectos más generales de la teoría de la argumentación, con tal de que se admita el amplio margen de discrecionalidad del que, aun así, disponen los jueces a la hora de decidir, cosa que puede darse por admitida.

7. LIBERTAD COMO PRINCIPIO

Paso a analizar una cuestión final: ¿existen o no existen tales *principios racionales del Derecho* como base de este, en cuya observancia y en ninguna otra cosa (incluyendo la prosperidad económica) reside para Kant la *salud*¹² de la república? El profesor Atienza da por supuesto que existen, mientras que el profesor García Amado los niega de plano de la mano de Kelsen. Pero como esta cuestión no llega a convertirse propiamente en el tema del debate y el profesor García Amado los incluye enfáticamente en su ética —a la que, además, responde nuestro sistema de Derecho positivo—, el resultado es que en realidad no hay discusión ninguna o, por lo menos, no queda claro a qué viene tanto cañonazo. Pero acerquémonos un momento al sitio de donde vienen.

El libro de Kelsen *Esencia y el valor de la democracia* (1929) es, a mi juicio, la mejor defensa que se escribió en los años veinte del siglo pasado de los principios de la democracia liberal (el principio de libertad y el principio democrático) cuando esta se hundía, y esa defensa sigue estando tan fresca y viene hoy tan a cuento como en la época en que se publicó. Rasgo característico de la condición humana moderna es el desacuerdo entre los individuos sobre el sentido último de la vida y del mundo, si es que lo tienen. La única salida a las siempre posibles guerras de religión que nuestra razón nos sugiere, esto es, la única salida *razonable* (Rawls)¹³ es, *primero*, organizar política y jurídicamente la convivencia en términos tales que a todos y cada uno se les reconozca el mismo derecho de adorar a su dios conforme al sentido último que él entienda que debe dar a la vida y el mundo (*principio de libertad*) y, *segundo*, respecto a las cuestiones conflictivas y a los asuntos que, en general, conciernen a la existencia colectiva, prever, organizar y regular una votación (*principio democrático*). A nadie se le haría injusticia por obligarlo a entrar en ese orden, cualesquiera que sean los motivos por los que, después, se integre en él o se adapte a él. Bien puede ser que, más de una vez o muchas veces, a la hora de elegir entre Jesús (que vino al mundo para dar testimonio de la verdad) y Barrabás, se elija a Barrabás, aunque «el tal Barrabás era un bandido», como dice la Escritura, pero ello forma parte de nuestra condición: no poder dar cumplimiento a aquella aspiración a la verdad absoluta que Jesús representa, y, por tanto, muchas veces, ni siquiera a la relativa.

Si no podemos quitarnos de encima el vocabulario moral y no podemos acceder a ningún sentido *trascendente* de la verdad y de la justicia, me parece que lo que defiende Kelsen en el libro arriba citado es el sentido que podemos dar a aquel círculo al que antes me he referido que se produce en Kant entre ley moral y libertad. Pues lo que aquí está describiendo Kelsen es precisamente el carácter de no-base, de no-fundamento, que la libertad tiene, el hecho de que queda en el aire «sin apoyo ni en el cielo ni en la tierra» y colgada solo de sí misma como ley para sí misma, como dice Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Leo, pues, esa obra de Kelsen a la luz de las tesis de Kant, como puede entenderse que la leyó Rawls (1985: 223 ss.).

Ahora bien, esta interpretación kantiana de Kelsen no parece concordar con lo que dice el propio Kelsen en la *Teoría pura del Derecho*, y esa es la razón por la que el profesor García Amado se muestra tan reacio a emplear el término *justicia* en relación con el Derecho, por más contorsiones que tenga que hacer para evitarlo al incluir todos los principios del Derecho de Kant en su particular ética. El primer acto por el que se funda el Derecho es un acto de fuerza que empieza *poniéndolo*, imponiendo un orden. Pero el *sentido subjetivo* de un acto de voluntad por el que se pone el Derecho solo puede tener el *sentido de una norma válida de Derecho*, de un deber ser, si se presupone otra norma válida de Derecho que lo autorice; y entonces, si queremos evitar un regreso al infinito, nos vemos remitidos a una norma, a un deber ser en el cual, sin pertenecer ya él mismo al orden de Derecho positivo que fuere, ese orden, sin embargo, se basa; pues en él se funda el sentido objetivo de deber ser que tienen todos los mandatos de que consta un orden de *Derecho positivo* si lo consideramos *válido*. Ese deber ser es lo que Kelsen llama *Grundnorm*, norma fundamental¹⁴. «La teoría pura del Derecho no da a la cuestión de la base de validez del Derecho

una respuesta *categorica, incondicionada*, sino solo una respuesta *hipotética*, es decir, *condicionada*. Dice: si ha de considerarse válido el Derecho positivo, entonces se presupone la norma de que uno ha de comportarse de la forma en que la constitución históricamente primera conforme a la que se ha generado el orden positivo de Derecho lo prescribe. No se trata de una norma puesta por el acto de voluntad de una autoridad jurídica, es decir, no es una norma positiva, sino una norma *presupuesta en el pensamiento jurídico*. Su presuposición es la condición [...] para considerar un orden coercitivo como válido en el sentido de objetivamente válido»¹⁵. Para el teórico jurídico eso no tendría nada que ver con ninguna norma *incondicionada* de justicia; la norma fundamental es la presuposición que hemos de hacer si hemos de considerar que el orden de Derecho positivo que estamos considerando lo es efectivamente; es lo único que quiere decir aquí *validez objetiva*. Aquella norma incondicionada de justicia no cabría encontrarla por la vía de un conocimiento *científico* del Derecho¹⁶. Sería un criterio ético de evaluación del Derecho positivo, como puede haber otros, incluso simultáneos, al igual que un sistema de Derecho positivo puede *contener* elementos de esta o aquella ética, e incluso venir determinado por ellos, pero sin que ello tenga absolutamente nada que ver con su base *formal* de validez como sistema de Derecho positivo, base que solo puede ser aquella norma fundamental, ficticia, *fingierte*.

Pasemos a Kant. Para Kant, la ley que la libertad es para sí misma es también la norma fundamental, pero *categorica, incondicionada*, por tanto, moral (en el sentido de fundamentos *racionales* del Derecho), que no cabe encontrar y hacer expresa por otra vía que la *científica*, es decir, a través de una doctrina normativa sistemática del Derecho. También esta ley que la libertad es para sí misma carece de todo contenido, es pura forma, no viene puesta por ningún acto de una autoridad jurídica, no pertenece al orden de Derecho positivo, y podría entenderse como un presupuesto tanto del pensamiento jurídico moderno como de los propios agentes jurídicos modernos, es decir, como base formal del Derecho en la existencia moderna.

Pero entonces se diría que las teorías del Derecho moderno que dicen asentarse sobre el principio de libertad como principio incondicionado de justicia —como la «Doctrina del derecho» de Kant— serían teorías del Derecho moderno que habrían de declarar inválido todo Derecho anterior o coetáneo no asentado sobre ese principio, mientras que la teoría pura de Kelsen es una teoría del Derecho positivo en general, ya sea del que se asienta en el orden teológico tradicional, ya del que surge de la Revolución francesa. Sin embargo, eso no es así en Kant. Hemos dicho que, para Kant, el Derecho es fuerza conforme a principios. Pero esos principios siempre han tenido que ver con los dioses, y la libertad moderna reemplaza a los dioses, de modo que el Derecho moderno es una forma de Derecho más, al igual que todas las formas anteriores de Derecho (fuerza conforme a principios). Y, sin embargo, no es una forma de Derecho más porque no puede apelar a los dioses y ello es precisamente lo que explica que tenga como principio la libertad entendida no solo como condición negativa, sino como *autonomía*, a diferencia de la legislación de los dioses o de la naturaleza. Y es ello, por otro lado, lo que explica la separación entre ética y Derecho. La libertad no puede ver ya en el legislador trascendente sino un reflejo de sí misma. Y desde ahí puede hacer una historia *interna* del Derecho.

Vistas las cosas desde el concepto de libertad de Kant (que entiende por *Derecho natural* los principios derivados del concepto de libertad), Kelsen tiene en parte razón cuando dice: «Una consecuente doctrina positivista del Derecho se distingue de una consecuente doctrina del Derecho natural en que esta busca el fundamento de la validez del Derecho positivo en un derecho natural distinto del Derecho positivo y, por tanto, en una norma con la que el Derecho positivo habría de corresponderse o no corresponderse por su contenido»¹⁷. Pero no la tiene cuando añade: «[...] de suerte que cuando el Derecho positivo no se corresponde con esa norma ha de considerarse como inválido» (para Kant habrá de considerarse reformable e incluso, quizá, obstinado en sucumbir bajo una revolución, pero Derecho en ambos casos).

Y Kelsen simplemente disparata cuando, para cuestionar el carácter de norma fundamental de los «principios racionales del Derecho» en el sentido de Kant, dice: «Una doctrina del Derecho natural puede afirmar como *hecho*, aunque no pueda probarlo, que los hombres deben comportarse de una determinada manera. Pero como un *hecho* no puede ser el fundamento de validez de una *norma*, una teoría del Derecho natural correcta no puede negar que un Derecho positivo que se corresponda con el natural solo puede considerarse válido cuando se presupone la norma: debe obedecerse a los mandatos de la naturaleza. Esto es la *norma fundamental* del [supuesto] Derecho natural»¹⁸. Esto es absurdo si se considera a Kant como el lugar donde aterrizó toda la metaética analítica que, instruida por Hume y por Moore, sabía perfectamente bien que de un «es» no se sigue un «debes». La ley que la libertad es para sí misma es una norma, la primera, que no necesita ninguna otra en la que hubiese de reposar su sentido objetivo de norma ni, supuesto el concepto de libertad, podría haber ninguna otra que la antecediese ni esa norma deriva de nada; para Kant, es el deber ser primero del que deriva cualquier otro deber ser jurídico o ético¹⁹. Y en ella se asienta (tiene su base de validez) el Derecho positivo de las democracias liberales y, por tanto, también el nuestro.

La diferencia fundamental con Kant estriba en que en la *Teoría pura del Derecho* la libertad no es tema, si es que la libertad como idea de la razón existe²⁰. Y entonces, esa teoría pura quizá pueda entenderse como una buena aproximación al Derecho cuando se abstrae o hay que abstraer de las cuestiones de principio y, apelando a una *fingierte Grundnorm*²¹ como supuesto «lógico-trascendental» de tal abstracción, se corta la reflexión. Solo así puede reducirse la norma fundamental a la *función teórica, epistemológica* a la que Kelsen tajantemente la reduce²². Cuando no se practica esa abstracción, cuya utilidad puede ser indudable, pero muy limitada, y la reflexión deja a la norma fundamental en su *función práctica*, no parece que, para la existencia moderna, esa norma pueda ser otra que la que se expresa en el principio moral de Kant (o en reformulaciones de él, o equivalentes), como base tanto de los principios racionales del Derecho como de los principios racionales de la ética, así como de la separación entre ambos. Vale.

NOTAS

1. Peirce ([1878] 1958: 133).
2. Rawls (1971: 51).
3. Kant ([1785] 1911: 421, 429 y 434).
4. Sobre toda esta cuestión, véanse la tercera parte de Kant ([1785] 1911) y las páginas iniciales de Kant ([1788] 1911).
5. Kant ([1797] 1914: 233).
6. Lo que sigue está basado en la «Introducción a la doctrina del Derecho» y en la «Introducción a la doctrina de la virtud» de Kant ([1797] 1914: 211 ss. y 379 ss.).
7. *Ibidem*: 230.
8. *Ibidem*: 394.
9. Kant ([1795] 1923: 336).
10. Kelsen (²1960: 68 ss.).
11. Hart (1983: 71, 87 y 81).
12. Kant ([1797] 1914: 318).
13. Cfr. Rawls (1980: 515 ss.).
14. Cfr., sobre esto, Kelsen (1979: 202 ss.).
15. Kelsen (²1960: 443; apéndice sobre la justicia).
16. *Ibidem*: 69.
17. *Ibidem*: 225.
18. *Ibidem*: 227.
19. Kant ([1797] 1914: 417 ss.).
20. *Vid.* Kelsen (²1960: 95 ss.). En la exposición de la filosofía práctica de Kant que, bajo los epígrafes de «Ser y deber en Kant» y «El principio de autonomía», realiza Kelsen (1979: 62 ss.) vuelve a estar por completo ausente la idea de libertad, hasta un punto que resulta chocante. Los textos dan la impresión de ser un perfecto armazón de citas de Kant del que Kant simplemente se hubiera ausentado. Pese a las citas de las obras del filósofo de Königsberg que acumula, no encuentro en Kelsen una discusión en serio de los pasajes de Kant de ([1785] 1911: 447 ss.), de ([1788] 1911: 33 ss.) o del final de ([1790] 1913: 475 ss.), en los que Kant expone su idea de la ley que la libertad se encuentra siendo para sí misma al no ser posible apelar a una teología racional.
21. Kelsen (1979: 206 ss. y *passim*).
22. Kelsen (²1960: 224 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- AYER, Alfred Jules (1936): *Language, Truth and Logic*, London: Victor Gollancz Ltd.
- BAIER, Kurt (1966): *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, abridged edition, New York: Random House.
- HARE, Richard M. (1952): *The Language of Morals*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, Herbert L. A. (1983): *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- KANT, Immanuel ([1785] 1911): *Grundlegung der Metaphysik der Sitten (Kants Werke, Akademieausgabe, v. IV)*, Berlin: Reimer.
- ([1788] 1911): *Kritik der praktischen Vernunft (Kants Werke, Akademieausgabe, v. IV)*, Berlin: Reimer.
- ([1797] 1914): *Die Metaphysik der Sitten (Kants Werke, Akademieausgabe, v. VI)*, Berlin: Reimer.
- ([1795] 1923): *Zum ewigen Frieden (Kants Werke, Akademieausgabe, v. VIII)*, Berlin: De Gruyter.
- ([1790] 1913): *Kritik der Urteilskraft (Kants Werke, Akademieausgabe, v. V)*, Berlin: Reimer.
- KELSEN, Hans (²1929): *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (²1960): *Reine Rechtslehre*, Wien: Verlag Österreich.
- (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche.
- MOORE, George Edward (1903): *Principia ethica*, New York: Prometheus Books' Great Books in Philosophy series.
- PEIRCE, Charles Sanders ([1878] 1958): *How to make our ideas clear (Collected Writings)*, New York: Harvard University Press
- RAWLS, John (1971): *A theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- (1980): «Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy*, 77 (9), 515-572.
- (1985): «Justice as fairness: political not metaphysical», *Philosophy and Public affairs*, 14 (3), 223-251.
- STEVENSON, Charles L. (1945): *Ethics and Language*, New Haven: Yale University Press.

Fecha de recepción: 12 de abril de 2020.

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2020.