

## CAPÍTULO 49

# FUERZA Y LIBERTAD: LA FILOSOFÍA KANTIANA DEL DERECHO

Arthur RIPSTEIN\*

La filosofía del Derecho kantiana es difícil de situar en términos de las categorías de la filosofía del Derecho contemporánea. Se enfoca en cosas que son consideradas como irrelevantes para un análisis del concepto de Derecho: su explícita incorporación de conceptos morales, su enfoque en la coerción y su atención en el detalle doctrinario parece cambiar la materia y no iluminar sobre ella. Igualmente, tampoco trata de las preguntas estándares de la teoría del Derecho normativa. Se dice típicamente que la teoría normativa se enfoca en lo que Derecho debe ser, que es una cuestión diferente de lo que el Derecho es. Si el objetivo de la teoría normativa es decir lo que el Derecho debe ser, el tratamiento kantiano de la doctrina jurídica parece estar fuera de lugar. En este capítulo, mostraré que esas características de la filosofía kantiana surgen de la visión distintiva de Kant acerca de las relaciones entre DERECHO Y MORAL.

La mayor parte de los lenguajes diferentes del inglés tienen dos palabras para “*law*”: *lex* y *ius*, *gesetz* y *Recht*, *loi* y *droit*, *ley* y *Derecho*.\*\* En cada caso, el primer miembro del par es un concepto puramente institucional; el segundo también es institucional, pero moralmente cargado. Los debates contemporáneos acerca de la relación entre Derecho y moral toman al primer miembro de estos pares como el modelo típico. Los POSITIVISTAS sostienen que el Derecho, entendido como *lex*, sólo puede guiar la conducta si los ciudadanos pueden averiguar qué es lo que les dice el Derecho que deben hacer sin tener que considerar sus méritos.<sup>1</sup> Los ANTI-POSITIVISTAS modernos tratan de mostrar que el mérito es importante, señalando que el primer miembro de este par de conceptos presupone el segundo, o mos-

\* Professor of Law and Philosophy, Universidad de Toronto. (Traducción de Jorge Fabra, Revisión por Ezequiel Spector. Publicado originalmente en *A Companion to Philosophy of law and legal theory*, Dennis Patterson (ed.)).

\*\* *N. del. T.* El español, por su parte, “Derecho” significa decir “lex” y “ius”, pero además, “right”, en el sentido de derecho subjetivo.

<sup>1</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970.

trando que el Derecho inmoral no es en realidad Derecho en absoluto,<sup>2</sup> o mostrándonos que la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO requiere en cualquier caso particular una discusión moral.<sup>3</sup>

Si estuviera obligado a elegir un lado en este debate, el kantiano tendría que tomar partido por el positivista: la clave del concepto de *lex* es lo que está establecido. Al mismo tiempo, la aproximación kantiana acepta una versión de la tesis iusnaturalista de la prioridad de *ius* sobre *lex*, pero entendida de una forma diferente. *Ius* solo puede ser *ius* en su sentido completo si se convierte en *lex*. El kantiano concede que una regla que ha sido establecida en la forma correcta seguiría siendo Derecho (*lex*), incluso si no es justa (*ius*). La relación entre Derecho y moralidad va en la dirección opuesta: la justicia entre las personas sólo puede ser realizada a través del Derecho positivo. En vez de decir que no se puede entender el Derecho a menos que se entienda el lugar en la moralidad en él; el kantiano dice que no has entendido la moralidad a menos que entiendas el lugar del Derecho en ella, porque sólo el Derecho puede hacer posible una parte fundamental de la moralidad. Así que el kantiano no niega la afirmación del positivista moderno de que el que una norma particular sea un miembro válido de un SISTEMA JURÍDICO dado depende exclusivamente de hechos relacionados con los actos y prácticas de los funcionarios, y no en sus méritos.<sup>4</sup> En vez de ello, los kantianos dan una explicación de la relevancia moral de *lex*: las personas sólo pueden actuar en términos de justicia si estos términos y los cuerpos autoritativos competentes para aplicar e interpretar el Derecho están en funcionamiento. En la expresión preferida de Kant, *Recht*, entendido normativamente, sólo es vinculante si ha sido “establecido como Derecho”,<sup>5</sup> es decir especificado institucionalmente a través del Derecho positivo. La aproximación kantiana así ofrece una explicación normativa de la relevancia de la visión positivista contemporánea de la VALIDEZ JURÍDICA.

La aceptación de Kant de la tesis contemporánea del positivismo de que el Derecho (*lex*) debe ser identificado por sus fuentes está asociada con un rechazo a tesis diferentes que históricamente han sido asociadas con positivistas representativos, pero no sólo es distinta de la tesis central del positi-

<sup>2</sup> Murphy, Mark, *Natural Law in Jurisprudence and Political Philosophy*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006.

<sup>3</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, USA, Harvard University Press, 1986. Véase, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO.

<sup>4</sup> Gardner, John, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, núm. 1, 2001, pp. 199-227.

<sup>5</sup> Kant, Immanuel, “The Doctrine of Right”, en *Practical Philosophy*, Mary Gregor (ed.), Cambridge, UK , Cambridge University Press, 1996 [1797], p. 496.

vismo contemporáneo, sino de forma más relevante, no es una tesis acerca del Derecho entendido como *lex* en absoluto. Si algo, es una tesis acerca del *ius*, que, en términos generales, derivada de forma normativa. En la visión que Kant rechaza, el Derecho (*lex*) es una herramienta para alcanzar propósitos morales que son completamente independientes de él. Una versión particularmente fuerte de esta posición es desarrollada por Bentham; cuya introducción enfática del contraste entre la posición del iusnaturalista, como la representada por William Blackstone, y su propio positivismo jurídico, se convirtió en una tesis totalmente nueva sobre la naturaleza de la *moralidad*, de acuerdo con la cual su principio fundamental no contiene reglas ni nada similar. Como un UTILITARISTA, Bentham creía que el *criterio* de una acción correcta es si esta acción *en la realidad* genera el balance óptimo de placer sobre dolor. Esta es una pregunta puramente fáctica acerca de las relaciones causales en el mundo, las cuales, tienen (en principio) una respuesta completamente determinada en cada caso, incluso si los humanos ordinarios falibles a menudo tengan problemas en descubrir lo que la utilidad demanda. Tales limitaciones requieren que el principio para *decidir* cual acción debemos realizar opera indirectamente, a través de la adopción de las reglas que probablemente lo generaran a largo plazo. Las reglas así son vistas como moralmente derivativas. Son instrumentos para alcanzar algo que puede ser descrito sin referencia a ellas. Si las reglas no tienen ningún papel moral intrínseco, sino solo uno contingente e instrumental, entonces las reglas jurídicas tampoco tienen ninguna relevancia moral. Son herramientas para la guía efectiva y la coordinación de la conducta, y deben ser evaluadas exclusivamente en la base de su habilidad para hacer eso; es decir, las reglas no tienen ningún valor moral en sí porque solo sus consecuencias pueden tenerlo. La actitud instrumental frente al Derecho sobrevive en la teoría contemporánea, incluso en aquellos que rechazan el utilitarismo. Joseph Raz escribe: “Dudo que haya tareas importantes que sean solo únicas al Derecho, en el sentido que no puedan ser cumplidas de otra forma”.<sup>6</sup> También esto anima la imagen común de que la jurisprudencia normativa es una investigación acerca de lo que el Derecho debe hacer sin considerar lo que el Derecho es.

Al desarrollar esta imagen de las reglas, Bentham no discrepaba con la imagen tradicional del iusnaturalismo de que el Derecho (*lex*) son las reglas establecidas por los funcionarios; sino que, en vez de ello, él discrepaba por

<sup>6</sup> Raz, Joseph, “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, núm. 1, 2003, pp. 1-15.

qué tal cosa debería hacerse. La tradición del IUSNATURALISMO es demasiado rica como para admitir un resumen fácil, pero uno de sus supuestos clave es que la moralidad interpersonal en sí misma está, fundamental y contingentemente, hecha de reglas —no dañes a otras personas, no tomes lo que pertenece a otros, honra tus contratos, coordina tu conducta con la de otros, y similares— y solo contingentemente acerca de resultados. Los iusnaturalistas medievales y primeros iusnaturalistas modernos, tales como Aquino y Grocio, buscaron basar su aproximación en visiones acerca de los bienes fundamentales y necesarios para el florecimiento humano,<sup>7</sup> pero esta fundamento se basaba en las reglas de la conducta y no en sus consecuencias. Al mismo tiempo, los iusnaturalistas reconocieron que las reglas interpersonales en el corazón de la moralidad eran parcialmente indeterminadas, y necesitan que se les de contenido específico a través del Derecho positivo. La fijación de límites y la casuística es una característica común de todos los sistemas jurídicos, que para los iusnaturalistas tradicionales, son sólo el desarrollo de los conceptos morales en casos particulares. No son un intento para aproximar un orden conceptual totalmente diferente. Mientras que Bentham o Austin dirían que la moralidad, debido a los límites del conocimiento humano, solo requiere contingente e instrumentalmente instituciones para hacer, aplicar y hacer cumplir el Derecho, los iusnaturalistas pensaron que esas cosas se requieren de forma no-contingente. Así que los iusnaturalistas pensaron que la positividad del Derecho positivo debía ser entendida en términos de un requisito moral: las reglas morales son insuficientemente determinadas y necesitan ser desarrolladas de una forma simple para todos con el fin de que todos seamos capaces de hacer lo que la moralidad requiere, de una forma consistente con que los demás hagan la misma cosa.<sup>8</sup>

Kant ofrece una forma distintiva para repensar los temas de la tradición iusnaturalista; él elimina la referencia a las ideas aristotélicas acerca del florecimiento y lo bueno, y las reemplaza por el concepto de Derecho. Únicamente el concepto de libertad puede asegurar a las directivas autoritativas o al poder de hacerlas cumplir, así que las únicas partes de la moralidad a las que se puede dar efecto a través del Derecho positivo son aquellas que regulan la libertad externa de las personas. Otras partes de la moralidad —virtud y la selección de los fines valiosos— no pueden tener efecto a través del Derecho. La virtud no está relacionada con lo

<sup>7</sup> Finnis, John, *Aquinas: Moral, Legal, and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1988.

<sup>8</sup> Stone, Martin, “Legal Positivism as an Idea about Morality”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, núm. 2, 2011, pp. 313-341.

que la persona piensa, sino con las razones por las cuales él o ella actúa; un acto en apariencia virtuoso no es genuinamente virtuoso si fue adoptado en respuesta a la autoridad externa o a la sanción jurídica. El aspecto externo de la interacción interpersonal, en contraste, puede ser legítimo sin considerar el incentivo de cumplimiento, dado que los derechos se ocupan únicamente con la *interacción* de las personas libres. Kant articula la estructura de la interacción legítima como la estructura racional de un sistema de libertad igual, en el cual cada persona es independiente frente todos los demás. El que la acción de una persona afecte la capacidad de otro no depende en *las razones* por las cuales el primero actuó así; solo depende de lo que él o ella hicieron. La libertad de cada persona frente a otros sólo puede ser alcanzada a través del Derecho.

La afirmación kantiana de que sólo el Derecho *puede* crear un sistema de igual libertad es formulada como una afirmación moral *a priori*, y no como una afirmación empírica equivalente a lo que Hume denominó las “circunstancias de la justicia”,<sup>9</sup> es decir, a aquellas características de la situación humana que hacen posible el gobierno a través de reglas generales que son moralmente benéficas y humanamente posibles; o lo que Locke concibió como (aunque no llamó) las circunstancias del Derecho,<sup>10</sup> los límites epistémicos y morales que hacen preferibles las instituciones sociales al juicio individual. La tesis negativa de Kant sobre la naturaleza e inclinaciones humanas es extrema; él escribió que “a partir de una madera tan retorcida como de la que está hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto”.<sup>11</sup> Pero también insistió que una condición totalmente legítima, en la cual las personas libres vivan juntas bajo el Derecho positivo, es moralmente necesaria “[sin importar] cuán buenas y obedientes del Derecho” puedan ser las personas.<sup>12</sup>

Dado que Kant concibe los conceptos morales como conceptos racionales y no como conceptos empíricos, el punto de partida para comenzar a pensar acerca de ellos debe ser la filosofía kantiana más abstracta y puramente racional, abstraída de cualquier hipótesis específica de las limita-

<sup>9</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 189-95; Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Selby-Bigge, Lewis Amherst (ed.), Oxford, Clarendon Press, 2000 [1771-1776] p. 488.

<sup>10</sup> Locke, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1960 [1689].

<sup>11</sup> Kant, Immanuel, “The Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”, en *Kant: Political Writings*, Reiss H. (ed.), Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1991 [1784], p. 46.

<sup>12</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 5, p. 456.

ciones o circunstancias humanas. Aplicada al caso específico del concepto moral de Derecho, el análisis del caso puro de interacción entre seres racionales finitos mostrará que la justicia entre las personas sólo es posible a través del Derecho positivo, incluyendo las instituciones para crear, aplicar y hacer cumplir el Derecho. La estructura racional de estas instituciones entonces proporciona el fundamento normativo que da competencia a los funcionarios para tomar en cuenta las limitaciones humanas en las circunstancias particulares cuando deben llenar los detalles específicos del Derecho.

Dada la naturaleza contingente y empírica de los sistemas jurídicos, una explicación de la estructura racional pura de la justicia puede ser un punto de partida poco prometedor para comprender lo que existe en la realidad. Kant la introduce como un modelo de la situación pura del Estado de Derecho. Comenzando con la situación exitosa y tratándolo como analíticamente básico, Kant sigue la tradición iusnaturalista en la teoría del Derecho, y, en realidad, la tradición aristotélica más general de entender la complejidad. En la *Critica de la Razón Pura*, Kant utiliza la misma estrategia analítica para explicar la naturaleza de una cosa viviente.<sup>13</sup> Si, como Kant arguye, la naturaleza física del mundo debe ser entendida exclusivamente en términos de causalidad física gobernada por leyes que no ameritan ninguna excepción, la naturaleza de una cosa viviente genera un problema filosófico, porque parece ser un ejemplo de un orden de una clase totalmente diferente. Aunque existen generalizaciones verdaderas acerca de animales y objetos que caen, este tipo de generalización es diferente. Las generalizaciones acerca del mundo físico son incompletas si ellas admiten excepciones. La ideas generales acerca de las cosas vivientes hacen generalizaciones que no son refutadas por las muchas excepciones a ellas. Un caballo de tres piernas no es un contraejemplo de la afirmación de que los caballos tienen cuatro piernas. Tampoco es menos valida la afirmación acerca de que el ciclo de vida normal de un mosquito por el hecho de que la mayor parte de los mosquitos no superen la etapa lárvida. Tampoco sería invalidada por el descubrimiento de mosquitos adultos que sean incapaces de reproducirse. En vez de esperar reemplazar el concepto de una cosa viviente con algo más empírico, Kant arguye que el concepto de un ciclo completo de la vida es una idea racional que imponemos a las cosas que encontramos en la naturaleza, incluso si ninguna de ellas se adecúa completamente a la idea. En teoría del Derecho, un papel paralelo es jugado

<sup>13</sup> Kant, *The Critique of Pure Reason* , P. Guyer y A. Wood (eds.). Cambridge, UK, 1998 [1781] p. 390.

por el concepto de una condición totalmente legítima, entendida como un sistema de libertad igual. Organiza nuestro pensamiento alrededor de SISTEMAS JURÍDICOS que encontramos en la experiencia, pero también proporciona la perspectiva desde la cual los casos particulares pueden ser considerados defectuosos. En la misma forma que presuponemos el concepto de un caballo ideal cuando juzgamos defectuosos a los caballos de tres piernas, también presuponemos el concepto de un sistema ideal de libertad igual al juzgar los aspectos en los cuales un sistema jurídico real es defectuoso. En ambos casos, el juicio es desde un punto de vista presupuestado para la aplicación de un concepto abstracto a un objeto particular.<sup>14</sup>

Sin embargo, la idea racional de una condición legítima no es puesta simplemente como una interpretación de lo que es inmanente en el concepto de *lex* legal, en la forma que algunos han tratado de mostrar que todo acto comunicativo presupone un concepto puro de habla no coercitivo, con la esperanza de establecer que todo aquel que use el discurso o el derecho en alguna otra manera está de alguna forma cometiendo un tipo de contradicción performativa.<sup>15</sup> Incluso si tal argumento pudiera establecer exitosamente tal conclusión, ya sea en el caso del discurso o el derecho, sería resaltar la clase errónea de defecto. El problema en usar el Derecho (*lex*) injustamente es que es injusto, no es que falle en parecerse al Derecho; al igual que el problema de utilizar el discurso engañosamente no es que el hablante se contradiga a *sí mismo*, sino que el hablante engañe a alguien más.

Para ver la forma general del argumento de Kant acerca de la relación entre conceptos morales e instituciones, consideremos el derecho a tener un juicio justo. Su base normativa radica en el hecho de que es una instancia del derecho moral más general que tiene toda persona a estar por fuera de reproche, a solo poder ser judicializada por sus propios actos y a presumirse inocente de todo mal a menos que se pueda probar que ha cometido alguno.<sup>16</sup> Al mismo tiempo, el derecho a un juicio justo sólo puede ser disfrutado en el Estado, porque es un derecho que presupone instituciones y procedimientos que estén establecidas para darle efecto de forma consistente con el derecho de los demás a un juicio justo. La sorprendente tesis de Kant es que *todos* los derechos caen dentro de esta categoría. Las personas tienen legitimación a sus derechos, simplemente en virtud de su humanidad.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 491 y 505.

<sup>15</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid, Taurus, 1981. Véase, DERECHO COMO DISCURSO.

<sup>16</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 5, p. 394.

dad, y su derecho innato de humanidad forma la base de cualquier otro derecho adicional que ellos puedan adquirir a través de su actos. Los derechos de una pluralidad de personas deben ser consistentes, no porque el hecho de que puede ocurrir un conflicto, sino porque son derechos, y por tanto deben ser parte de un conjunto sistemático de restricciones de conducta. Esta consistencia solo es posible en una condición legítima que garantice a todos sus derechos.

El punto de partida para generar esta idea de legalidad es lo que Kant denomina como “libertad externa”. Un ser intencional es aquel que puede establecer y perseguir sus propios propósitos. Kant sigue a Aristóteles en suponer que para hacer algo su propósito, usted debe ser capaz hacer algo más que ser capaz de desearlo, sino que se debe ser capaz de utilizar los medios que usted cree son los idóneos para cumplirlo. Usted puede equivocarse acerca de la idoneidad de los medios, y usted puede fallar en cumplir sus propósitos incluso a través de medios que son normalmente adecuados para ello, pero usted no se ha establecido a sí mismo un propósito en absoluto a menos que los medios presuntamente adecuados para ellos estén a su disposición. Kant integra esta concepción de voluntad en un principio normativo: cada persona está legitimada a ser su propio amo, a ser quién determine cuáles propósitos va a seguir. Dado que cada persona es su propio amo, ninguno es amo (o sirviente) de otros, así que cada persona debe ser concebida como una parte de un sistema de derechos. El derecho de una persona a la libertad finaliza donde el derecho del otro comienza. Su derecho a la libertad externa es así su legitimación a utilizar sus medios para establecer sus propósitos de forma consistente con la habilidad de los demás a hacer lo mismo.

Así entendidos, el derecho a la libertad externa solo puede ser entendido relationalmente. Usted es libre si *usted*, y nadie más, es quién puede determinar cuáles propósitos va a seguir. Su legitimación fundamental es simplemente a utilizar sus propios medios para establecer y perseguir sus propios propósitos, limitados únicamente por la legitimación de los demás a hacer lo mismo. Dado que la legitimación es relacional, solo genera un concepto relacional de ilícito: una persona comete un ilícito cuando interfiere con la habilidad de la otra persona a utilizar sus propios medios como ella desea. Aunque la capacidad *fáctica* de cada persona para establecer y perseguir sus propósitos es al menos tan vulnerable a los factores naturales como a las acciones de los otros, la única cosa que puede violar la legitimación de una persona a establecer y perseguir propósitos independientemente de la elección de otros es el acto de otra persona.

La ambición de Kant de interpretar los conceptos relevantes del Derecho desde conceptos más básicos relacionados con la acción y la libertad puede ser pensada como un signo de un compromiso con una aproximación “fundacionalista” a la justificación, hoy pasada de moda. Esté Kant comprometido con tal noción de justificación o no, el proyecto kantiano no depende de una. Es perfectamente consistente con el argumento de Kant insistir que la defensibilidad final de su punto de partida depende en su habilidad para generar conceptos relevantes de él. Si tal proyecto no es exitoso, tanto peor para el punto de partida; si el proyecto es exitoso, entonces los conceptos jurídicos relevantes se han mostrado como ejemplo de las ideas prácticas más amplias que Kant desarrolla. Si los conceptos jurídicos también tienen sentido dentro de la estructura amplia de los sistemas jurídicos, tales como la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, al igual que divisiones tradicionales dentro de cada uno de ellos –propiedad y contrato en Derecho privado, separación de poderes y gobierno limitado en el Derecho público–, entonces ambos señalan el punto de partida y la caracterización de los fenómenos jurídicos relevantes que forman un todo mutuamente fundado. En principio, entonces, la aproximación kantiana puede ser desarrollada en cualquier dirección, desarrollada hacia afuera (“sintéticamente”) de la idea de libertad externa; o hacia adentro (“analíticamente”) desde los fenómenos jurídicos conocidos. Cada estrategia promete recompensas, pero la segunda tiene la ventaja de explicar las prácticas existentes; la primera, que comienza con el concepto básico de libertad, proporciona una clase diferente de recompensa filosófica, porque proporciona la idea en el contexto frente el cual las preguntas sobre los poderes jurídicos y la autoridad ganan mucho interés filosófico. La idea kantiana de igual libertad es, en últimas, la idea de cada persona está legitimada a ser su propio amo, donde tal maestría sobre uno mismo es entendida de forma relacional y contrastante. Ser su propio amo no solo está en contraste directo con las ideas de esclavitud y servidumbre, también anima preguntas comunes de filosofía del Derecho. Los Estados pretenden estar legitimados a decir a las personas qué hacer y forzarlos a hacer lo ellos que dicen. Estos dos supuestas legitimaciones están en tensión aparente con el derecho de cada persona a ser su propio amo. Si eres tu propio amo, ¿Cómo es que otro va a decir que hacer o forzarte a hacer algo? Comenzando con el derecho de cada persona a ser su propio amo, la explicación kantiana explica cómo y cuándo tales afirmaciones deben ser consideradas legítimas.

Desde este punto de partida austero en el concepto de libertad externa, entendida relationalmente, la filosofía del Derecho kantiana puede generar una concepción distintiva de interacción entre personas privadas. La libertad externa protege la intencionalidad de todas las personas, y no los propósitos particulares de alguna persona particular. La forma en la que la libertad de cada persona podría ser reconciliada con la de los demás es en la formalidad de que esta intencionalidad sea preservada, de forma tal que las personas tengan una legitimación a los medios para establecer y perseguir propósitos, y no que tengan éxito en ningún propósito particular. Cada persona está legitimada a usar su propios medios como desee, pero a ninguna persona se le permite utilizar o interferir con los medios que pertenecen a otros. Esta concepción de interferencia no depende de las intenciones de aquel que interfiere; yo cometo un ilícito frente a ti si te daño por mi descuido, o si utilizo tu propiedad mientras laboro bajo una creencia inocente pero errónea de que es mía. Así la explicación kantiana se aparta de esos aspectos de la tradición iusnaturalista que sostiene que las reglas morales tienen su fundamento en lo inapropiado de perseguir cosas que son malas.<sup>17</sup> La formalidad de la intencionalidad hace que lo que Kant denomina una “cuestión” de elección<sup>18</sup> –el fin por el cual la persona realiza una acción– sea irrelevante para el Derecho.

El concepto de límites recíprocos a la voluntad presupone un contraste en interferir con, o utilizar, los medios que pertenecen a otra persona, y utilizar los medios propios en formas que cambien el contexto en el cual los otros utilizan sus medios.<sup>19</sup> Esta contraste conceptual resulta siendo el contraste jurídico común entre cada persona teniendo sus propias personalidad y propiedad, y no teniendo ninguna legitimidad a la personalidad o propiedad de otros, a menos que la otra persona haya tomado una obligación afirmativa mediante un contrato. Así que los otros no pueden tocar o dañar tu persona, utilizar o desmejorar tu propiedad sin tu consentimiento, porque si ellos lo hacen, interfieren con tus medios, y así con tu voluntad. Nadie diferente de la persona, propiedad o cosas que dependan de usted pueden generar tales derechos; y así, por ejemplo, si usted tiene un contrato con otra persona, y un tercero daña a la parte contratante de forma que le impida cumplir el contrato, usted no tiene ninguna causa directa de acción contra esta tercera persona. Su única pretensión bajo un contrato es la realización por la persona con la cual se hizo el acuerdo.

<sup>17</sup> Finnis, John, *op. cit.*, nota 7.

<sup>18</sup> Kant, *op. cit.*, supra, nota 5, p. 387.

<sup>19</sup> Ripstein, Arthur, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009, cap. 6.

Al comenzar con una concepción de libertad como independencia de la elección de otro, la aproximación kantiana proporciona una exposición sistemática del sentido en el cual la moralidad interpersonal está hecha de reglas. Tus obligaciones jurídicas son obligaciones de usar tus medios –tu persona y propiedad– en formas que sean consistentes con la legitimación de las demás personas de ser propios amos utilizando sus medios de las formas que deseen. Pero esto es solo decir que las obligaciones del Derecho no pueden ser pensadas excepto en términos de reglas que restringen la conducta de las personas a la luz de los derechos de las demás. Así un sistema de igual libertad no es algo que las reglas se supone deben causar, en la forma en la que Bentham propuso deberían estar establecidas para producir el resultado mayormente beneficial, o incluso, en la forma en la que Aquino arguyó que las reglas públicas producirían el bien común. Un sistema de igual libertad no puede ser descrito excepto en términos de restricciones recíprocas a la conducta. Las reglas jurídicas *son* el sistema de igual libertad.

El mismo enfoque en libertad como independencia genera una sorprendente perspectiva sobre el carácter coercitivo del Derecho. La idea de que el Derecho es coercitivo ha perdido favorecimiento en filosofía bajo el peso de las críticas de H. L. A. Hart de la explicación de las reglas jurídicas en términos de mandatos respaldadas por amenazas.<sup>20</sup> Hart sostuvo que el concepto de una regla es conceptualmente anterior a la amenaza a su violación. Así que el concepto de una regla no puede ser reducido al concepto de un mandato respaldado por una sanción en la forma en que Bentham y Austin esperaron. La explicación kantiana de la coerción es fundamentalmente diferente. Kant no tiene ningún interés en reducir o reemplazar el concepto de regla, pues, como hemos visto, el considera a las reglas como normativamente fundamentales. En vez de ello, la coerción debe ser entendida en términos de reglas de igual libertad. Cualquier interferencia con la habilidad de una persona de establecer y perseguir sus propios propósitos es coercitiva. El ejemplo más simple y familiar de coerción no es amenazar a alguien con castigo si ellos no siguen una instrucción, sino que es obligarles a hacer algo. Si un acreedor obliga a un deudor a pagar, mediante la persecución judicial de sus bienes, el acreedor utiliza la coerción contra el primero. La persecución de los bienes es coercitiva incluso si el acreedor no ofreció ninguna amenaza previa. O, de forma diferente, un secuestrador ejerce coerción en la víctima con el simple secuestro, aparte de las amena-

<sup>20</sup> Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 22 y ss.

zas que puede haber hecho a los miembros de la familia o a sus asociados en negocios. En cada uno de estos ejemplos, el uso de la fuerza –la interferencia con algo que la otra persona tiene (sea legítimo o no) – es de forma primaria un ejemplo de coerción, porque es un obstáculo a la habilidad de la persona de usar lo que ha establecido y persigue como su propósito. Si la coerción se entiende de esta forma, entonces un sistema de libertad igual de elección es *también* un sistema de restricciones a la coerción. Cualquier violación de los límites en los cuales una persona está legitimada a utilizar es coerción, es decir, es una interferencia con la habilidad de esa persona de establecer y perseguir sus propios propósitos. Así que un sistema de igual libertad que establece los límites para el uso de la fuerza, y sostener esta un sistema de libertad igual es solamente sostener la legitimación de todas las personas contra la fuerza. La defensa de derechos particulares –el derecho del acreedor a perseguir los bienes del deudor ante el incumplimiento de la deuda– es consistente con un sistema de igual libertad, porque no hace nada más que dar un derecho al deudor a lo que él está legitimado a tener. El derecho a un remedio en caso de violación de un derecho privado es solo la reafirmación del derecho privado mismo. Si he contratado encontrarme contigo al medio día y voy atrasado, debo verte a las 12.01, porque mi fracaso en llegar al tiempo acordado no me libera de mi obligación. Si le debo \$100 y no le pago, mi incumplimiento no hace que la deuda desaparezca. Si tomo tu abrigo sin tu permiso, debo regresarlo, porque el hecho de haberlo tomado no impide que siga siendo su abrigo. En cada uno de esos ejemplos, le he privado de algo a lo cual usted tiene derecho. En cada caso, el derecho sobrevive a mi violación, incluso cuando ha fracasado como restricción de la conducta bajo circunstancias particulares. El mismo derecho que restringió mi voluntad al ubicarme bajo una obligación de hacer (o de abstenerme de hacer) algo, le legitima a usted a restringir mi voluntad al obligarme a restituir a lo que usted tenía derecho. En muchas casos, también es posible que la posibilidad de que yo esté obligado a compensarte si te daño, o entregarte mis ganancias si utilizo lo que es tuyo, *también* puedan ser un incentivo para cumplir mis obligaciones. Cuando un sistema jurídico establece la posibilidad de hacer cumplir coercitivamente los derechos privados, no hace nada diferente de modelar la conducta anunciando que un sistema de libertad igual será sostenido.<sup>21</sup>

Un sistema de libertad igual está constituido por las reglas fundamentales del Derecho privado. La generalidad de estas reglas no es una clase de concesión a la luz de la información imperfecta. Es la estructura fundamen-

<sup>21</sup> Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 19, cap. II.

tal de justicia entre las personas. Mientras que Bentham, por ejemplo, piensa que la moralidad misma no contiene nada parecido a reglas, Kant concibe la moralidad interpersonal formada completamente por reglas. Aunque tanto Bentham como Kant dicen que todo Derecho (*lex*) es Derecho positivo, lo dicen de diferentes formas. Bentham lo ve como una herramienta para alcanzar algo mucho más preciso que el Derecho, Kant lo ve como la especificación de algo mucho más abstracto.<sup>22</sup>

Esta diferencia genera la aproximación kantiana a la teoría del derecho normativa y al análisis doctrinal. Solo si se piensa que los conceptos jurídicos familiar están bajo alguna forma sospecha –en la forma, por ejemplo, en que Bentham les considera *automáticamente* sospechosos porque son ordenados por reglas, lo cual es inherentemente sospechoso– existe alguna razón para suponer la *justificación* moral de las reglas jurídicas debe ser declarada en términos que sean fundamentalmente diferentes del vocabulario propio del Derecho. Este legado de Bentham infecta mucho la academia jurídica contemporánea, ya que busca recomendar reglas particulares con base en su efecto en la eficiencia<sup>23</sup> o en sus efectos expresivos;<sup>24</sup> el mismo legado de Bentham genera debates entre las teorías retributivas o de disuasión del castigo, cada una de las cuales supone que la justificación para el castigo debe yacer en su tendencia para producir una consecuencia jurídica que no tenga que ver con el castigo como tal, como la reducción del crimen o un generar un sufrimiento igual comparable al mal causado.

Para el kantiano, la única defensa posible de doctrinas jurídicas particulares depende de mostrar las formas en las cuales ellas son elementos de un sistema de igual libertad. El enfoque jurídico común que se enfoca en el hecho ilícito, y no en el daño, es un ejemplo de esto. A menudo se comenta con alguna sorpresa que el Derecho es indiferente a algunos tipos de daños, tales como aquellos generados por la competencia económica, pero es capaz de considerar a alguien responsable por una acción incluso si no es dañina o incluso benéfica. Si usted toca una persona, o usa la propiedad de esa persona sin su permiso, usted comete una intromisión que es ilícita, incluso si ello no genera daños. Su caballo puede resultar siendo más saludable como resultado del ejercicio que obtiene cuando yo lo monto su sin permiso, o su salud puede mejorar por un procedimiento médico que reali-

<sup>22</sup> Kant, *op. cit.*, nota 5, cap. VII.3.

<sup>23</sup> Posner, Richard, “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm 1, 1972, pp. 29-96.

<sup>24</sup> Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard H., “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 5, 2000, pp. 1503-1575.

zo cuando está dormido. Para el kantiano, esos ejemplos ilustran el objetivo normativo básico que es ser su propio amo, solo usted está legitimado para decidir cómo será tocado o como será usada su propiedad, incluso si esos usos le benefician. Por exactamente la misma razón, ninguna otra persona puede requerirle usar lo que es suyo, o hacerle abstener de usarlo, en una forma que sea la más ventajosa para ellos, incluso si sufren una desventaja como resultado. Usted puede abrir un negocio que compita con el mío, o abrir un hotel que genere sombra sobre mi playa porque no estoy legitimado a decirle como debe usar sus habilidades o propiedad. El único daño del cual me puedo quejar son aquellos que también son ilícitos, es decir, aquellos que interfieran con mi habilidad para usar lo que es mío, no aquellos que simplemente fracasan en proporcionarme un contexto favorable.

La concepción kantiana del concepto de un sistema de igual libertad es altamente abstracta, tanto al nivel de derechos primarios y sus derechos correlativos como en el nivel de los derechos remediales que surgen del incumplimiento. Esto muestra que un sistema de igual libertad requiere personas que se abstengan de usar o interferir con la persona o propiedades de otros sin su consentimiento, mantener sus contratos y también que aquel que perjudique la libertad de otro que puede ser obligado a regresar la cosa a la que la persona dañada tenía derecho. Si le daño a usted o a su propiedad, puedo ser obligado a pagar las pérdidas; si utilice su propiedad, puedo ser obligado a entregar mis ganancias; si rompo mi contrato con usted, puede ser obligado a cumplirlo o hacer algo equivalente al cumplimiento. Así la estructura amplia de la doctrina jurídica en Derecho privado puede ser articulada como un sistema de límites racionales en la libertad, sin ninguna referencia empírica acerca de la necesidad, la vulnerabilidad o el daño. Cuáles de los conflictos reales que surjan entre personas separadas que pretenden seguir propósitos separados dependerá de los propósitos particulares que tengan las personas, al igual que las características específicas de su vulnerabilidad y los efectos de las acciones de otros. Tales factores hablan solo cuando el aparato formal del Derecho privado será aplicado, pero no de su estructura.

La misma abstracción que hace posible articular el concepto de Derecho privado *a priori* tiene implicaciones adicionales que no son completamente determinadas en su aplicación a casos empíricos particulares. La estructura de los derechos kantianos expresa por qué existen muchos casos en Derecho privado en los cuales la parte que persigue simplemente falla en declarar un derecho de acción. La persona que trata de demandar basándose en un contrato en el cual el no es parte, o por un daño a la propiedad a la cual él no tiene ningún interés en calidad de dueño o poseedor,

está demandando un derecho a algo que no puede ser parte de un sistema de libertad igual. También explica por qué los conceptos jurídicos tienen la característica adicional de que, como conceptos de un sistema de igual libertad, necesitan estructurar toda interacción en términos que sean consistentes con la libertad de ambas partes. Tal escenario doctrinal común incluye el derecho de cada persona a ejercer “cuidado razonable” frente a todos los demás, y el principio de que los términos de un contrato están basados en lo que una persona razonablemente hubiera asumido eran. La estructura racional de un sistema de libertad igual requiere estándares objetivos para asegurar que ninguna parte esté legitimada a determinar unilateralmente los términos de interacción con otros.<sup>25</sup> El objetivo requerido deja espacio para desacuerdos de buena fe acerca de su aplicación en cualquier caso particular. Usted y yo podemos saber que tenemos un contrato, pero podemos discrepar acerca de su aplicación a una contingencia particular que no hemos considerado conjuntamente. Desafortunadamente, el concepto de razonabilidad parece ser tan abstracto e indeterminado como los términos de nuestro acuerdo que, incluso si eliminamos afirmaciones irrazonables o poco honrados acerca de cómo los términos de nuestro contrato deben aplicar a esta situación no anticipada, parece necesitar de otros elementos para llegar a una respuesta razonable. Así que la idea de interpretación razonable es tan indeterminada como nuestro contrato.

Los críticos del formalismo jurídico —comenzando con Oliver W. Holmes y el movimiento realista, e incluyendo al ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO y los ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS— a menudo han tomado la aplicación indeterminada de los conceptos jurídicos tradicionales como una señal de que están empacando conclusivamente argumentos que de otra forma tendrían otro fundamento. Pero donde los realistas vieron un problema, el kantiano ve una reflexión sobre la estructura racional de estos conceptos. Los conceptos racionales no se aplican a sí mismos a los particulares; su racionalidad consiste en parte en la relación abstracta entre ellos, la cual puede ser articulada sin referencia a la particularidad. Los conceptos normativos en sí mismos no llevan con ellos las reglas determinantes para la clasificación de los particulares. En vez de ello, requieren la clase de juicios y el establecimiento de límites que son característicos de los sistemas jurídicos. Como una cuestión general, todos los conceptos abstractos requieren algún juicio en su aplicación a los casos particulares. Una vez más,

<sup>25</sup> Weinrib, Ernest J., *The idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

en vez de ver esto como un problema, Kant lo ve como un fundamento del sistema jurídico.

La aplicación del Derecho privado a casos particulares no solo requiere que las líneas sean establecidas. También requiere que las líneas sean esbozadas por los funcionarios y no por las partes mismas. De nuevo, esta es una implicación del derecho de cada persona a ser su propio amo. El oficial está encargado de hacer que el concepto racional de derecho tenga relevancia en las situaciones particulares; el papel del juez es hacer que los requisitos morales relevantes sean vinculantes en el caso particular. Dado que los requisitos son en sí mismos parcialmente indeterminados, parte de la tarea del juez es ejercer su juicio. No es sorprendente que al hacer eso, los jueces típicamente miren las expectativas y entendimientos familiares y ordinarios. Su incorporación de estos factores no muestra que los conceptos jurídicos no dan ninguna guía de la conducta, o que la razonabilidad es en realidad otro nombre para lo ordinario. En vez de ello, ello muestra que la vida ordinaria está llena de ejemplos donde conceptos normativos abstractos se vuelven más determinados.

La aplicación de las reglas jurídicas a casos particulares es un ejemplo central de un ejercicio de AUTORIDAD. La decisión del juez hace que la regla aplique al caso en cuestión. La decisión de la corte más alta es autoritativa porque fue encargada con el ejercicio de su juicio en la aplicación del Derecho. La autoridad de una corte está justificada por la forma en la cual da efecto a los conceptos relevantes en los casos particulares, por que los conceptos de libertad igual solo pueden ser aplicados consistentemente en su propia estructura por una corte imparcial. Así que el derecho de cada persona a ser su propio amo solo puede ser reconciliado con el derecho correlativo de los demás a través de un sistema en el cual los jueces ejerzan autoridad en la decisión de casos. El argumento de Kant no se basa en ninguna premisa acerca de la información imperfecta o la parcialidad. El argumento depende exclusivamente de la necesidad de hacer que los conceptos racionales apliquen a los casos particulares en formas que sean consistentes con el objetivo normativo de esos conceptos racionales. La única forma en que cualquier aplicación particular de los conceptos que gobernan la interrelación personal pueda ser consistente con la libertad de todos es que exista una interpretación pública única, proporcionada por una autoridad pública competente para hablar en nombre de todos. Por ello, el kantiano debe rechazar las ideas de una “interpretación protestante”, de acuerdo con las cuales cada ciudadano debe decidir por sí mismo cuál es la mejor interpretación del Derecho. En su formulación más extrema, Dworkin manifiesta que un ciudadano privado está jurídicamente legitimado a

no respetar el fallo de una corte si considera que es inadecuado. El ejemplo de Dworkin se relaciona con la desobediencia civil,<sup>26</sup> pero si su análisis resulta adecuado, generaría disputas privadas. Desde una perspectiva kantiana, tal aproximación es inconsistente con la posibilidad de una relación regulada por el Derecho entre las personas. En ausencia de un sistema jurídico, el problema fundamental para los derechos es que el derecho de cada persona a ser su propio amo le legitima a hacer “lo que le parezca bueno y correcto hacer”, y nadie nunca deferiría al juicio de una autoridad. La autoridad ideal decide con imparcialidad perfecta; sin embargo, una autoridad defectuosa –que genere decisiones que una o ambas de las partes en una disputa privada consideren defectuosa– aún posee legitimidad para decir, porque tener autoridad es la única forma en la cual el derecho de una persona a ser su propio amo puede ser considerado consistente con el derecho de los demás. Dworkin requiere que cada caso de *lex* sea construido como *ius*, y un ciudadano que discrepa con un pronunciamiento de un funcionario debe seguir su propio juicio acerca del *ius*, en vez de seguir lo que el funcionario ha establecido como *lex*. Kant señala que el *ius* solo es posible a través de *lex*.

El requisito conceptual para que las instituciones jurídicas den efecto a la justicia no está limitado a las cortes resolviendo disputas privadas. De forma más general, la única forma de que una pluralidad de personas libres puedan disfrutar de sus respectivos derechos de forma sistemática y concluyente es un sistema jurídico que los asegure. Un aspecto fundamental del aseguramiento de los derechos de todos es establecer el Derecho de tal forma se hagan esos derechos sistemáticos, determinados y cuyo cumplimiento sea posible en una forma que sea consistente con su estatus como derechos.

Las instituciones deben ser creadas y los funcionarios dotados de las competencias para crear, aplicar y hacer cumplir el Derecho respecto a las partes privadas y para hacer Derecho público adicional, para poder sostener las precondiciones de operación de estas instituciones y poder continuar gobernando con Derecho público las formas en las cuales las normas son creadas. Así que además de regular las interacciones entre las personas, el Derecho también debe gobernar las medidas en favor de aquellos en condición de necesidad, la creación de bienes propiamente públicos, y los poderes del Estado de tributación para financiar tales actividades. Y,

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977, p. 216.

además de tales actividades, el Estado debe tener procedimientos a través de los cuales se seleccionen los funcionarios y se hagan las leyes. En cada momento del análisis, los conceptos normativos subyacentes de libertad igual restringen los contornos de la respuesta. Dado que las respuestas son normativas, ellas forman esos contornos especificando una versión ideal del Estado como un sistema de libertad igual bajo las normas, a través de lo que Kant denomina “gobierno republicano”, en el cual el pueblo, a través de sus representantes, se da sus propias normas, y los poderes judiciales y legislativos son claramente separados de la legislación. El sistema de gobierno republicano es un tipo ideal, frente al cual los gobiernos reales deben ser juzgados. Proporciona un criterio interno para pensar acerca de la relación entre la legalidad y el uso legítimo de la fuerza. Cualquier uso de la fuerza que no pueda ser articulado en los términos republicanos de la filosofía jurídica kantiana no es simplemente una instancia defectuosa del Derecho. Es un ejemplo defectuoso del uso de la fuerza, entendido desde el punto de vista de la libertad humana. Como tal, es contrario al derecho de cada persona de ser su propio amo.

La explicación kantiana no tiene mucho que decir acerca de cómo exactamente el Estado debe realizar esas funciones públicas. Únicamente dice que las instituciones deben ser creadas y los funcionarios empoderados dentro de esas instituciones para determinar la mejor forma de alcanzar propósitos públicos, sin decir nada acerca de los méritos relativos de los impuestos sobre la renta, la propiedad o el consumo; o la tasa apropiada sobre los cuales tales impuestos deben ser establecidos. Estas son preguntas que un Estado debe resolver para sostenerse en sí mismo en su condición legítima, pero el concepto de una condición legítima dice poco acerca de lo que debe ser la respuesta.<sup>27</sup>

Este rechazo en proporcionar un criterio detallado, o incluso medidas, de éxito invita a otra versión del cargo realista de que tales criterios son indeterminados, abiertos y simplemente formas torpes de establecer cuales son los fines buenos de la política pública. La respuesta kantiana en esta instancia es la misma que en Derecho privado: los conceptos normativamente relevantes requieren instituciones y procedimientos que les den efecto. Existen instituciones o procedimientos que no pueden darle efecto a las ideas de libertad igual, pero un gran rango de arreglos institucionales le dan efecto. Dentro de estos arreglos, existe un amplio rango de elecciones de políticas posibles. Tales cuestiones son inevitables y son adecuadamente dejadas al proceso político.

<sup>27</sup> Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 19, caps. 7-10.

El supuesto de que una teoría normativa adecuada del Derecho deba proporcionar una guía determinada para los funcionarios presupone una concepción instrumentalista del Derecho que el kantiano rechaza, dado que se asume que los conceptos normativos relevantes para la creación del Derecho pueden ser identificados y articulados sin ninguna referencia a conceptos o instituciones jurídicas. El ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO es explícito en su compromiso con esta visión, en algún sentido es un programa para reemplazar los conceptos jurídicos tradicionales por conceptos económicos. La primera generación de analistas económicos buscó avanzar este programa proporcionando una interpretación reductiva de la doctrina jurídica. Cuando las dificultades interpretativas y explicatorias surgieron, una segunda generación reconoció abiertamente los proyectos normativos de reemplazar conceptos normativos que fueran resistentes a la reducción.<sup>28</sup>

El kantiano niega que los principios morales relevantes se apliquen a los ciudadanos sin ninguna referencia a las instituciones o funcionarios que actúan en ellos. Esto ya estaba claro en el Derecho privado. Cada persona está legitimada a que todas las demás personas usen cuidado razonable en la persecución de sus propios propósitos, para evitar interferir con la libertad de los otros. Cuánto cuidado es razonable en un caso dado solo puede decidido, de una forma consistente con la libertad de todos, a través de la decisión de un funcionario. Ello no significa que el funcionario pueda decir cualquier cosa y con ello esté haciendo un juicio razonable. Ello solo significa que dentro del rango consistente con la libertad para todos, debe existir una respuesta única proporcionada para todos. Una estructura paralela se aplica en el Derecho público, cuyo el requisito fundamental es que todos entren en una condición en la cual los derechos de todos puedan ser asegurados. Esta condición es una institucional en la cual los ciudadanos son encomendados con determinados deberes de creación, aplicación y ejecución de las normas, todo en bajo la luz de un Derecho que ha sido previamente formulado. En cada caso, las instituciones son capaces de proporcionar un punto de vista público en una forma en la que las personas privadas no lo son. Un funcionario es una persona que detenta una cargo definido por reglas, las cuales, a su vez, generan una distinción dentro de su actuación dentro, y por fuera de sus competencias. Así que mientras los funcionarios actúen dentro de sus competencias, ellos actúan de forma

<sup>28</sup> Ripstein, Arthur, “Too Much Invested To Quit”, *Economics and Philosophy*, vol. 20, núm. 1, 2004, pp. 185-208.

pública y no están siguiendo sus propios propósitos privados. Esta idea de actuar dentro del papel oficial es desarrollada como la forma ideal de acción de los funcionarios. No existe ninguna garantía de que los funcionarios siempre hagan lo que se les requiere; solo ocurre que si ellos no lo hacen, sus actos, entendidos como actos oficiales, son defectuosos. De nuevo, no se afirma que es imposible que la justicia sea autorizada por alguien actuando en un papel oficial. La afirmación kantiana es solo que las instituciones son (conceptualmente) necesarias para la justicia, no que son suficientes. El caso ideal para una condición totalmente legítima es la situación en la cual las deficiencias de las instituciones jurídicas reales puedan ser identificadas y articuladas.

Las instituciones jurídicas así son requeridas para proporcionar respuestas públicas a las disputas de orden primario sobre la interacción privada, a disputas de orden secundario cerca de la adjudicación y a disputas terciarias acerca de las leyes bajo las cuales los primeros tres tipos de disputas son resueltos. Sin alguno de los tres niveles del Derecho, no puede haber una legitimación sistemática a la libertad igual disfrutada por todos, y los requisitos de libertad igual limitan las formas en las cuales los niveles secundarios y terciarios pueden operar como sistemas de libertad igual, pero no les dicta cómo deberían operar más expresamente.

La concepción kantiana del Estado ideal está articulada completamente en términos de instituciones, funcionarios y reglas. En cada nivel las reglas están justificadas por las consecuencias que probablemente causen, sino también por lo que son: Un sistema de igualdad real.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Elizabeth y Pildes, Richard H., "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 5, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977.
- , Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, USA, Harvard University Press, 1986.
- FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Legal, and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1988.
- GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, núm. 1, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid, Taurus, 1981.

- HART, H.L.A, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961.
- HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, Selby-Bigge, Lewis Amherst (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2000 [1771-1776].
- KANT, Immanuel, *The Critique of Pure Reason*, P. Guyer y A. Wood (eds.). Cambridge, UK, 1998 [1781].
- \_\_\_\_\_, “The Doctrine of Right”, en *Practical Philosophy*, Mary Gregor (eds) Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1996 [1797].
- \_\_\_\_\_, “The Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”, *Kant: Political Writings*, Reiss H. (ed.), Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1991 [1784].
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1960 [1689].
- MURPHY, Mark, *Natural Law in Jurisprudence and Political Philosophy*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006.
- POSNER, Richard, “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm 1, 1972.
- RAZ, Joseph, “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, núm. 1, 2003.
- \_\_\_\_\_, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970.
- RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Too Much Invested To Quit”, *Economics and Philosophy*, vol. 20, núm. 1, 2004.
- STONE, Martin, “Legal Positivism as an Idea about Morality”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, núm. 2, 2011.
- WEINRIB, Ernest J., *The idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.