

I. KANT Y LON L. FULLER: SOBRE EL ESTADO JURÍDICO

I. KANT AND LON L. FULLER: ON THE RULE OF LAW

ÓSCAR CUBO UGARTE

Doctor Europeo en Filosofía
Profesor permanente laboral
Facultad de Filosofía
Universidad de Valencia
Valencia/España
oscar.cubo@uv.es
ORCID: 0000-0003-0691-3081

Recibido: 24/07/2023
Revisado: 16/01/2024
Aceptado: 30/01/2024

Resumen: I. Kant y Lon L. Fuller rara vez se consideran pensadores afines. Sin embargo, para mostrar su afinidad intelectual voy a exponer, en primer lugar, los requisitos específicos de la moralidad interna del derecho presentados por Lon L. Fuller en *The Morality of Law* (1964) a propósito del monarca Rex. A continuación, y, en segundo lugar, voy a comparar tres de los requisitos fundamentales de la moralidad interna del derecho (la generalidad de la ley, la promulgación y la no-retroactividad de la ley) con las reflexiones que desarrolla I. Kant en su “Doctrina del derecho” de la *Metafísica de las Costumbres* (1797) acerca de la justicia pública y el derecho penal. Finalmente refuerzo el resultado de los dos apartados anteriores y muestro la afinidad intelectual de ambos autores en relación con un peculiar requisito específico de la moralidad interna del derecho, a saber, que las leyes deben prescribir lo posible a sus destinatarios. Propongo una interpretación del mencionado requisito a partir del concepto del derecho de la humanidad de I. Kant.

Palabras Clave: Legalidad; Justicia Pública; Estado Jurídico; Retroactividad.

Abstract: I. Kant and Lon L. Fuller are rarely considered like-minded thinkers. However, to portray this intellectual affinity, I will lay out, firstly, the specific requirements of the internal morality of law as presented by Lon L. Fuller in *The Morality of Law* (1964) in reference to monarch Rex. Secondly, I will compare three of the fundamental requirements of the internal morality of law (the generality of law, the promulgation, and non-retroactivity of law) with I. Kant’s reflections, as developed in his “Doctrine of Right” from the *Metaphysics of Morals* (1797), about public justice and criminal law. Finally, I will reinforce the outcome of the two previous sections and highlight the intellectual affinity between both authors regarding a specific and peculiar requirement of the internal morality of law, namely, that legal rules must

prescribe to its recipients something possible. I will propose interpreting this requirement from I. Kant's concept of the law of humanity.

Keywords: Legality; Public Justice; Juridical State; Retroactivity.

1. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones jurídicas de I. Kant y Lon L. Fuller apenas han sido puestas en relación con vistas a indagar la interna relación que mantienen en ambos autores el estado jurídico, la legalidad y la seguridad jurídica. Dado que I. Kant y Lon L. Fuller rara vez se consideran pensadores afines, la comparación que pretendo hacer entre ellos requiere de una aclaración previa. Nada de lo que voy a exponer pretende afirmar que consideremos a Lon L. Fuller como un pensador kantiano, ya que no es esa la autocomprensión que tiene él de su pensamiento. De hecho, en su obra las referencias al pensamiento jurídico de I. Kant brillan por su ausencia. Sin embargo, las reflexiones de Lon L. Fuller acerca de los requisitos específicos de la moralidad interna del derecho tienen un claro aire de familia con la manera como I. Kant caracteriza el estado jurídico en sus obras jurídicas en general y en la “Doctrina del derecho” de la *Metafísica de las Costumbres* en particular. Probar esta afinidad y hacerla plausible es el objetivo fundamental de este trabajo.

Antes de emprender esta tarea conviene resaltar que entre sus concepciones acerca del derecho hay una diferencia fundamental que no merma, empero, sus profundas afinidades teóricas. Mientras que Lon. L. Fuller está interesado en desarrollar una suerte de derecho natural procesal (*procedural versión of natural law*), I. Kant añade a dicho interés una defensa sustantiva del derecho natural (*substantive natural law*)¹ que se traduce en una defensa normativa de la única “verdadera constitución civil” (*eine wahre bürgerliche Verfassung*) (Kant, *Anthropologie* 07: 330 / Caimi 2010: 343), a saber, una constitución republicana. Así pues, mientras que Lon L. Fuller desarrolla únicamente un “derecho natural procedimental o institucional” (Fuller 1989: 184 / Navarro 1967: 202), Kant añade a este planteamiento una versión sustantiva del derecho natural de carácter republicano. Insisto en añadir porque esta preocupación procedimental e institucional está presente en sus reflexiones acerca de las condiciones formales de todo estado jurídico y gracias a ello es posible trazar una clara afinidad entre ambos autores por lo que respecta a su tratamiento de la legalidad.

De hecho, en la enumeración que hace I. Kant de las condiciones formales del estado jurídico y, por tanto, en sus reflexiones sobre la justicia pública, ya se

1 Para esta distinción que establece Lon L. Fuller véase el apartado titulado: “Moralidad legal y derecho natural” con el que comienza el tercer capítulo de *The Morality of Law*: “El concepto de derecho” (Fuller 1969: 96-97)

encuentran latentes los requisitos de la moralidad interna del derecho que, según Lon L. Fuller, son constitutivos de cualquier orden legal, a saber, que las leyes han de ser generales, promulgadas públicamente, han de ser claras y coherentes entre sí y han de tener un carácter prospectivo (o sea, no deben ser retroactivas). En mis reflexiones finales me centraré especialmente en el requisito que presenta Lon L. Fuller de que las leyes no prescriban lo imposible a sus destinatarios y lo haré desde una óptica kantiana.

La afinidad en la concepción de ambos autores acerca del derecho público y de la legalidad puede ponerse de manifiesto atendiendo a la llamativa figura del gobernador Rex que emplea alegóricamente Lon. L Fuller en el segundo capítulo de *The Morality of Law* para ilustrar la moralidad ínsita al derecho. Debido a la manera sistemática, aunque bienintencionada, como Rex lesiona sistemáticamente los requisitos específicos de la moralidad interna del derecho, abordaré también la decisiva cuestión de si se puede o no considerar el orden político de Rex como un orden jurídico. Especialmente me ocupo de sus llamativas lesiones de los requisitos de la generalidad, la promulgación y la no-retroactividad de la ley, en tanto que requisitos constitutivos de todo orden legal.

A continuación, en segundo lugar, traigo a colación el concepto de justicia pública (*öffentliche Gerechtigkeit*) en la “Doctrina del derecho” de I. Kant y su tríada formada por la justicia protectora (*iustitia tutatrix*), la justicia en la adquisición recíproca (*iustitia commutativa*), y la justicia distributiva (*iustitia distributiva*). Estos elementos de la justicia pública conforman las condiciones de todo estado jurídico para I. Kant y, por tanto, las condiciones formales de todo derecho público. La promulgación y la publicidad es consustancial al derecho público y Kant llega incluso a ofrecer en el segundo apéndice de su tratado titulado *Hacia la paz perpetua* (1795) una fórmula trascendental del derecho público imbricada en la propia forma de publicidad “cuya posibilidad está contenida en toda pretensión jurídica” (Kant, *ZeF* 8: 381 / Muñoz 1999: 127). Resulta significativo también a este respecto, que el apartado entero dedicado al “derecho penal” de la “Doctrina del derecho” esté situado dentro del “Derecho estatal” (*Staatsrecht*)²

En tercer lugar, expongo comparativamente las afinidades que ambos autores manifiestan a la hora de abordar el valor normativo de la legalidad y de la juridicidad en general. A partir de dichas afinidades interpreto el fracaso del gobernador Rex en términos kantianos, esto es, como un fracaso a la hora de instituir un estado jurídico y, por tanto, como un ejercicio político carente de legalidad (*Rechtslosigkeit*). Esta situación política de ausencia de legalidad es lo que se *debería* dejar atrás con la institucionalización de la justicia pública, según I. Kant, y lo que evita el principio de legalidad, según Lon L. Fuller. La afinidad

2 A este respecto resultan muy ilustrativas las reflexiones de J. Hruschka sobre la justicia penal en: Hruschka, 2015: 112-113

entre ambos autores se refuerza a través de esta última idea: si los requisitos específicos de la moralidad interna del derecho son indispensables para que pueda existir un orden jurídico, entonces estos requisitos tienen que cumplirse para abandonar el *status naturalis*.

Por último, en mis reflexiones finales me centro en el requisito específico de la moralidad interna del derecho que impide prescribir lo imposible a los destinatarios del derecho³. La moralidad interna de este requisito consiste en que el soberano siempre ha de gobernar respetando la capacidad de agencia de sus ciudadanos. El hecho de juzgar sus acciones con arreglo a leyes que exigen lo imposible significa por parte del soberano la negación de la capacidad de auto-determinación de sus súbditos. Esto refuerza la afinidad entre el pensamiento jurídico de Lon L. Fuller y el de I. Kant, puesto que bajo el prisma del concepto kantiano del “derecho de la humanidad”, la implementación de leyes que exijan algo imposible a sus ciudadanos son carentes de valor jurídico para sus destinatarios y colisionan con su deber jurídico de afirmar su propio valor como personas (*honeste vive*)⁴.

2. EL GOBERNADOR REX Y LOS REQUISITOS DE LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO DE LON F. FULLER

La historia que Lon L. Fuller narra sobre el gobernador Rex (un monarca bienintencionado) es la historia de un fracaso, de un fracaso en ocho maneras de hacer la ley. Rex alcanzó el trono con la intención de pasar a la historia como un gran legislador, pero su peculiar ejercicio del poder le impidió conseguirlo. De hecho, podríamos decir que él mismo sabotó este objetivo al mantener en secreto y sin promulgar un buen número de sus leyes, al implementar leyes retroactivas, al formular leyes imprecisas y vagas, y al cambiar las leyes constantemente. A su vez, en su calidad de juez, “emitió dictámenes judiciales que guardaban poca relación con las leyes promulgadas en las que supuestamente se basaban. Profundamente desilusionado, y enfrentado a la revuelta de sus súbditos, Rex murió como un rey miserable” (Rundle, 2012: 88).

Según Lon L. Fuller, las patologías que hicieron que la situación de Rex fuera tan desafortunada conciernen a la manera como fueron creadas, aplicadas y cambiadas las leyes que habían de tener validez en su territorio. En su ejercicio

3 Hay que tener en cuenta que “Fuller designa a tal canon el término en inglés *feasibility*, o sea factibilidad, practicabilidad” (Porciello, 2019: 213)

4 Este deber jurídico lo formula I. Kant en los siguientes términos: “Sé un hombre honesto (*honeste vive*). La honestidad jurídica (*honestas iuridica*) consiste en afirmar en la relación con los demás el valor de uno mismo como hombre”. Este deber jurídico se puede expresar en términos imperativos del siguiente modo: “no te conviertas para los demás en un simple medio, sino sé para ellos a la vez un fin”. En lo que sigue explicaremos este deber como la obligación proveniente del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*lex iusti*). (Cf. Kant, RL 06: 236).

del poder Rex fracasó, en primer lugar, porque casi nunca promulgó leyes, es decir, reglas generales que prescribieran un determinado comportamiento entre sus destinatarios. En segundo lugar, porque cuando lo hacía, el gobernador Rex no publicaba, ni ponía a disposición de las partes afectadas, las leyes que esperaba que se observasen. El carácter secreto de sus leyes hacía que quienes vivían en su territorio no dispusieran de un sistema de normas a las que *poder* ajustar su comportamiento. El carácter secreto de sus leyes introducía un obstáculo epistémico insuperable entre sus súbditos, a quienes les resultaba imposible obedecer unas leyes que permanecían ocultas para ellos⁵. En tercer lugar, el gobernador Rex legislaba retroactivamente, de manera que sus súbditos nunca podían estar seguros de haber actuado conforme a las reglas en el momento de actuar. Su legislación retroactiva generaba, pues, un estado de inseguridad jurídica permanente entre sus súbditos, quienes estaban constantemente expuestos a la constante amenaza de dicho ejercicio retroactivo de las leyes.

En cuarto lugar, también era característico del gobernador Rex emitir leyes oscuras y confusas. Al no promulgar leyes que fueran comprensibles, los destinatarios de estas leyes no sabían con claridad lo que dichas leyes prescribían. A su vez y, en quinto lugar, Rex era igualmente propenso a promulgar leyes contradictorias. Aunque Lon L. Fuller no especifica el tipo de contradicciones que caracterizaba el ejercicio del poder de Rex, podemos imaginarnos distintos escenarios a este respecto: tanto diversas leyes que prescribieran (unas) realizar y (otras) omitir un mismo tipo de actos a sus ciudadanos, así como la promulgación de leyes atravesadas por contradicciones lógicas. En este último caso, su carácter contradictorio resulta ser el motivo de su carácter incomprensible (Cf. Fuller, 1969: 65 y ss.). Ambos tipos de contradicciones impedían a sus súbditos saber cómo debían comportarse con arreglo a ellas.

En sexto lugar, Rex tenía también una notable propensión a promulgar leyes cuyas exigencias estaban fuera de la capacidad conductual de sus destinatarios. En realidad, y como veremos en las reflexiones finales de nuestro trabajo, con este tipo de leyes Rex no penalizaba determinadas conductas entre sus súbditos, sino que castigaba ciertos rasgos suyos. Con esta manera de proceder Rex dejaba de tratar a sus súbditos como “responsable agents” (Fuller, 1969: 162 / Navarro 1964: 180), es decir, como agentes responsables de sus acciones y, por tanto, como agentes capaces de adaptar sus comportamientos a las leyes.

Además, en séptimo lugar, Rex introducía cambios constantes en las leyes que el mismo promulgaba, de modo que los súbditos nunca estaban seguros de si sus actos correspondían o no a lo prescrito por las leyes en vigor. De este modo, Rex reforzaba aún más la inseguridad jurídica a la que estaban expuestos

5 Este modo de proceder recuerda al “famoso ejemplo del emperador Calígula, quien colgó sus tablas con las leyes penales tan altas, que nadie podía leerlas, a pesar de ser enjuiciados con arreglo a las mismas” (Joerden, 2008: 53)

sus súbditos y lo que era aún peor, estos cambios veloces y frecuentes de las leyes hacían que sus conductas estuviesen siempre sujetas a consecuencias imprevistas. De hecho, estos cambios constantes de las leyes provocaban castigos penales equivalentes a los que provocaba el uso retroactivo de las leyes al que era tan propenso el gobernador Rex. Este uso retroactivo de las leyes, así como sus constantes cambios impedían a los ciudadanos saber cómo debían actuar en cada momento (Cf. Rundle, 2012: 91)⁶.

Por último, y en octavo lugar, cuando Rex ejercía de juez, sus sentencias mostraban una masiva incongruencia entre lo que prescribían las leyes y su administración de justicia. Esta gran incongruencia entre su administración de justicia y lo prescrito en sus propias leyes hacía imposible que los afectados en un procedimiento judicial supieran el castigo al que realmente se exponían. El castigo pronunciado en la sentencia del juez dependía, pues, del arbitrio de Rex. Este último fracaso es posiblemente el más complejo de todos (Cf. Fuller, 1969: 81-91) ya que la tarea de mantener una congruencia entre la ley y el castigo dependía del ejercicio interpretativo de Rex. En cualquier caso, su administración de justicia se caracterizaba por sus prácticas interpretativas ilógicas y la más alta discrecionalidad.

La historia del fracaso de Rex le sirve a Lon L. Fuller para extraer y formular las ocho excelencias a las que puede y debe aspirar todo sistema jurídico, a saber, que se promulguen leyes generales, prospectivas, comprensibles, no-contradictorias, obedecibles por sus destinatarios, perdurables a través del tiempo y se lleve a cabo una administración de justicia congruente con las reglas promulgadas (Cf. Bix, 2009: 107-108). Para Lon L. Fuller estas ocho excelencias son precisamente los ocho requisitos constitutivos de la moralidad interna del derecho, cuyo valor normativo no remite a ningún fin sustantivo externo al propio sistema jurídico (Cf. Fuller, 1969: 153).

Estos ocho tipos de excelencia constituyen para Lon L. Fuller los ocho requisitos constitutivos del principio de legalidad. Para mostrar convincentemente la afinidad que estos requisitos mantienen con la noción kantiana de estado jurídico que veremos en el siguiente apartado de la presente investigación, resulta especialmente interesante detenernos a analizar con algo más de detalle los requisitos de la generalidad, la promulgación y la irretroactividad. Por lo que respecta al requisito específico de la generalidad de las leyes, Lon L. Fuller señala que la generalidad de las leyes no implica ningún tipo de equidad sustantiva, ya que el contenido más o menos igualitario de las leyes no es algo que concierna a la moralidad interna del derecho. El requisito de la generalidad lo que exige únicamente es que las leyes no se formulen como “mandatos particulares

6 “Para Fuller, la armonización entre la exigencia de constancia y la posibilidad de modificar las reglas pasa por que las modificaciones de las leyes se lleven a cabo avisando en cierto modo de los cambios que se producirán y llevándolo a cabo con un margen suficiente para que los sujetos jurídicos puedan adaptarse a la nueva situación” (Crego, 2020: 37).

dirigidos a determinar la conducta de las personas acción por acción, sujeto a sujeto” (Crego, 2020: 31). El requisito de la generalidad de las leyes exige, pues, que el legislador prescriba patrones de conducta a sus súbditos para que éstos puedan conformar su comportamiento a lo que establecen las leyes.

Por su parte, el requisito de la promulgación exige al legislador que no mantenga ocultas y en secreto sus leyes. Independientemente de su contenido jurídico, el legislador ha de promulgar sus leyes para que sus destinatarios puedan conocerlas (Cf. Fuller, 1969: 49-51 / Navarro, 1967: 60-62). Nadie puede tener una obligación moral de obedecer una ley que se mantiene en secreto (Cf. Fuller, 1969:70, nota / Navarro, 1967: 82-83 nota). Este requisito está, pues, estrechamente vinculado a la posibilidad de obedecer las leyes. Esta posibilidad de obedecer las leyes está igualmente condicionada por su comprensibilidad, su claridad y la ausencia de contradicciones⁷. De la promulgación de las leyes depende, pues, la posibilidad misma de obedecerlas.

Por último, el requisito de irretroactividad, que también ocupa un lugar fundamental en la “Doctrina del derecho” de Kant, a saber, en su apartado dedicado al derecho penal⁸ (*Strafrecht*), remite al carácter prospectivo que han de tener las leyes, ya que, de lo contrario, no podrían “ser aprehendidas por los sujetos jurídicos como reglas en el momento de actuar” (Crego, 2020: 34). El carácter prospectivo de las leyes es un requisito indispensable para la planificación conductual de los súbditos. Además, les permite saber a qué atenerse cuando actúan. Por el contrario, el carácter retrospectivo de las leyes confiere al gobernador la posibilidad de incorporar consecuencias jurídicas imprevisibles al comportamiento de sus súbditos. Estas consecuencias jurídicas imprevisibles de las leyes retroactivas hacen que los destinatarios de las leyes estén abocados a la inseguridad jurídica y no puedan saber a qué atenerse a la hora de actuar.

3. LA JUSTICIA PÚBLICA Y EL DERECHO PENAL EN LA “DOCTRINA DEL DERECHO” DE I. KANT

En uno de los pasajes más conocidos de la “Doctrina del derecho” de la *Metafísica de las Costumbres*, Kant afirma que el “estado jurídico” es aquella relación de los seres humanos entre sí que contiene “las condiciones sólo bajo

7 Tanto el requisito de la claridad, como el requisito de la ausencia de contradicciones afectan a la posibilidad de obedecer las leyes. En este sentido es por lo que afirma Lon L. Fuller que “es imposible obedecer contradicciones, o actuar conforme a ellas” (Fuller, 1989: 33). Dicho de otro modo, “si el objetivo de un legislador es condicionar la conducta de un sujeto, para llevarlo a realizar una determinada acción, fracasará si ordena dos conductas que el sujeto no pueda realizar de manera coherente” (Crego, 2020: 128-129).

8 Compartimos en este punto la observación de Porciello, según la cual “la esfera del derecho penal constituye el ámbito en el que la *Inner Morality of Law* manifiesta todas sus potencialidades” (Porciello, 2019: 219)

las cuales puede cada uno gozar de su derecho” (Kant, RL 06: 306 / Cortina y Conill, 2002: 135). Al principio formal de la posibilidad de ese estado lo denomina Kant justicia pública (*öffentliche Gerechtigkeit*), que a su vez está compuesta por la tríada de la justicia protectora (*iustitia tutatrix*), la justicia en la adquisición recíproca (*iustitia commutativa*), y la justicia distributiva (*iustitia distributiva*). El aspecto más decisivo para saber si estamos ante un estado jurídico es la justicia distributiva, puesto que, según Kant, un estado no-jurídico es precisamente aquel en el que no hay justicia distributiva. De modo que la respuesta a la pregunta de si existe o no la justicia pública en un país depende de si hay o no un sistema de justicia distributiva. Esta cuestión es, según Kant, “la más importante de entre todas las cuestiones jurídicas” (Kant, RL 06: 306 / Cortina y Conill, 2002: 136)

Ello es así, porque tras esta cuestión está el acuciante problema de si se ha abandonado o no realmente el estado de naturaleza (*status naturalis*), estado en el que no existe precisamente una justicia distributiva. En este estado no-jurídico, como acertadamente señalan Byrd y Hruschka “no es que no haya derechos, sino que éstos no están asegurados y, por tanto, sólo tienen un carácter provisional. Es en el estado jurídico donde nuestros derechos se vuelven perentorios. Nuestros derechos se vuelven perentorios en el estado jurídico porque en ese estado tenemos un juez que toma una decisión final vinculante cuando los derechos están en disputa y un poder estatal para hacer cumplir la decisión del juez” (Byrd y Hruschka, 2010: 26). La existencia de la tríada que compone la justicia pública requiere, pues, la institucionalización de un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial; sólo entonces podemos contar con un conjunto de leyes, con jueces que ajusten sus decisiones judiciales a dichas leyes y con un poder estatal que haga cumplir sus sentencias. Se trata de los tres poderes (*Gewalten*) que ha de contener en sí cualquier forma de Estado. El derecho estatal (*Staatsrecht*) con el que se supera el estado de naturaleza y con el que se vertebría normativamente un determinado territorio constituye, para I. Kant, la primera pieza fundamental de un derecho público (*das öffentliche Recht*) que debe abarcar también el derecho de gentes y el derecho cosmopolita.

El derecho estatal hace posible que “todos cuantos pertenecen a un pueblo como súbditos se encuentren en un estado jurídico (*status iuridicus*)” (Kant, *Ge-meinspruch* 08:292 / Rodríguez, 2000: 30); y un rasgo definitorio del estado jurídico es que sus leyes “precisan ser universalmente promulgadas para producir [precisamente] dicho estado jurídico” (Kant, RL 06: 311 / Cortina y Conill, 2002: 139). Con ello salta a la vista una decisiva afinidad entre el estado jurídico kantiano y el requisito de la publicidad presente en la moralidad interna del derecho de Lon L. Fuller. Las leyes estatales han de ser públicas, porque requieren ser promulgadas y sólo puede haber un derecho público si se las ha dado a conocer públicamente entre sus destinatarios. El derecho estatal es público porque tiene que ser accesible al público y, de hecho, I. Kant designa al estado

jurídico como un “estado jurídico público (*öffentlichen rechtlichen Zustand*)” (Kant, RL 06: 259 / Cortina y Conill, 2002: 74) en el que el conjunto de las leyes está a disposición de sus destinatarios.

Público significa entonces “lo contrario de secreto y, por tanto, público mienta lo que está abierto o disponible para todos o, al menos, para todos los interesados” (Byrd / Hruschka, 2010: 30). Tanto en *En torno al tópico* como en *Hacia la paz perpetua*, I. Kant ofrece importantes indicaciones al respecto: en el primero de estos textos afirma que “ningún derecho en el Estado puede ser ocultado [...] por una reserva secreta (*einen geheimen Vorbehalt*)” (Kant, *Ge-meinspruch* 08: 303 / Rodríguez, 2000: 45). En el segundo de ellos y en un sentido muy cercano al segundo de los requisitos que formula Lon L. Fuller, I. Kant afirma que si se hace “abstracción de toda la materia del derecho público [...], entonces todavía queda la forma de la publicidad (*die Form der Publizität*), cuya posibilidad está contenida en toda pretensión jurídica, porque sin esta forma no existiría la justicia (que sólo puede ser pensada como anunciada públicamente (*als öffentlich kundbar*)), y, por tanto, tampoco ningún derecho, que sólo la justicia otorga” (Kant, *ZeF* 08: 381 / Muñoz 1999: 127).

La tesis de I. Kant es que toda pretensión jurídica debe tener la capacidad de ser hecha pública y que dicha capacidad para formularse públicamente suministra “un criterio a priori de la razón [...] para conocer inmediatamente [...] su falsedad” (Ibidem), esto es, su antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*). Contradice, pues, al derecho público que las leyes y los derechos se mantengan en secreto y/o que no sean capaces de soportar la publicidad. De hecho, si se hace abstracción de toda la materia del derecho público se puede obtener la fórmula trascendental del derecho público, puesto “que son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros seres humanos cuyos principios no soportan ser hechos públicos” (Ibidem). Un orden jurídico que implementa leyes secretas, retroactivas y oscuras no puede sino estar persiguiendo fines que son nocivos y malvados; de lo contrario, no mantendría en secreto a sus propias leyes (Cf. Porciello, 2019: 221)

A su vez, el derecho estatal público, entendido como el conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico, constituye el marco normativo del derecho penal (*Strafrecht*). Las leyes penales han de ser leyes penales públicas, puesto que sólo a través de su promulgación pública dan a conocer a sus destinatarios las consecuencias jurídicas de sus posibles usos de la libertad. Su promulgación es igualmente importante, porque “tanto la punibilidad de un acto como la pena correspondiente deben determinarse por ley antes de que se cometa el acto” (Geismann, 2012: 155, nota 633). En definitiva, un delito sólo puede ser cometido si se ha violado una ley penal pública. De modo que “una pena judicial sólo es permisible si el que ha actuado ha lesionado una ley pública que conlleve una pena” (Hruschka, 2015: 92). A la base del derecho penal público se encuentra el principio *nulla poena sine lege*.

De modo que el derecho penal presupone la separación de los tres poderes del Estado, ya que para funcionar tiene que estar diferenciado, “por un lado, el castigo judicial de la amenaza del castigo por parte del legislador y, por otro, la ejecución del castigo impuesto por el juez a través del poder ejecutivo” (Hruschka, 2015: 90). Que toda sentencia judicial proceda con arreglo a leyes penales promulgadas públicamente permite evaluar si alguien ha lesionado alguna ley pública que conlleve una determinada pena y esto permite proteger igualmente a los encausados de posibles castigos arbitrarios por parte del poder judicial. Tanto el carácter público del derecho penal kantiano, que tiene como fin dar a conocer las consecuencias jurídicas de un delito, como el principio de “ninguna pena sin ley” (ningún delito sin la lesión de una ley penal pública) muestran una doble afinidad entre el pensamiento jurídico de I. Kant y los requisitos de la moralidad interna del derecho de Lon L. Fuller y muy especialmente en relación con el requisito de la irretroactividad. El principio *nulla poena sine lege* impide todo uso retroactivo del derecho penal.

4. LOS FRACASOS DEL GOBERNADOR REX COMO LEGISLADOR Y SOBERANO

En la “Observación general E” de la “Doctrina del derecho”, I. Kant remarca que “el derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquel que le está sometido, de imponerle una pena por un delito” (Kant, RL 06: 331 / Cortina y Conill 2002: 165-166). Si consideramos este derecho que tiene el soberano desde el punto de vista de la moralidad interna del derecho de Lon L. Fuller y de la descripción que hace del ejercicio del poder de Rex, comprobamos que soberano sólo es aquel que tiene la potestad de imponer una pena a un súbdito si, y sólo si, ha lesionado una ley pública que conlleve una pena. Rex, al lesionar este requisito básico del estado jurídico no sólo hace que su sistema de poder no pueda considerarse como un ordenamiento jurídico, sino que se pone a sí mismo en cuestión en tanto que soberano.

En efecto, el fracaso de Rex le concierne en tanto que legislador y soberano. En tanto que legislador su fracaso no se traduce simplemente en un mal sistema jurídico, sino en algo que no se puede calificar en absoluto como un sistema jurídico: “it results in something that is not properly called a legal system at all” (Fuller, 1969: 39 / Navarro 1967: 49)⁹. La ausencia de un derecho penal público, así como la falta de los tres componentes que conforman la justicia pública (*conditio sine qua non* de cualquier estado jurídico), hacen pensar que, al igual que Lon L. Fuller, I. Kant consideraría la situación normativa creada por Rex como un no-estado jurídico (*nicht-rechtlichen Zustand*).

⁹ En otras palabras, la moralidad interna del derecho “debe ser respetada si queremos crear algo que pueda llamarse ley, incluso una mala ley” (Fuller, 1958: 645)

Un llamativo efecto que crea su fracaso legislativo es impedir que sus súbditos estén en condiciones de *poder* obedecer sus leyes, puesto que les resulta imposible “obedecer una norma jurídica que no existe, o que se les mantiene en secreto, o que surgió sólo después de que hubieran actuado, o que era ininteligible, o que estaba en contradicción con otras o que exigía lo imposible” (Rundle, 2012: 89). No es, pues, que sus súbditos le denegaran la obediencia a Rex, sino que su modo de legislar la hizo imposible.

Desde el punto de vista de la “Doctrina del derecho” de I. Kant, este fracaso legislativo equivale al fracaso de establecer “una constitución civil entre los hombres”, “cuya mera idea [...] contiene ya el concepto de una justicia penal” (Kant, RL 06: 362 / Cortina y Conill 2002: 206). Es más, si atendemos a las tipologías de Estados que presenta I. Kant en *La antropología desde el punto de vista pragmático*, vemos que el fracaso legislativo de Rex se asemeja a la barbarie¹⁰. Un estado de barbarie resulta para I. Kant de la combinación de la violencia con la ausencia de libertad y derecho: “Gewalt ohne Freiheit und Gesetz (Barbarei)” (Kant, Anthropologie 07: 330 / Caimi 2010: 343). Ciertamente, Rex conservó el monopolio de la fuerza en su territorio a lo largo de su reinado, pero su fracaso legislativo impidió la presencia del derecho y de la libertad en su reino. Este fracaso pone de manifiesto que “la posesión del monopolio de la fuerza en un área geográfica no satisface el postulado del derecho público [kantiano]” (Ripstein, 2009: 337).

Esta falta de legalidad y ausencia de derecho público hicieron que el modo de gobernar Rex no fuera simplemente un modo de gobernar despótico, sino bárbaro. Desde este punto de vista, el diagnóstico kantiano del reinado de Rex se asemeja a la valoración realizada por Lon. L. Fuller, ya que la barbarie no es simplemente un estado jurídico defectuoso (como, por ejemplo, el despotismo), sino un estado antijurídico caracterizado por la violencia y la ausencia de ley. “La libertad está ausente en la barbarie precisamente porque la violencia está presente y la ley está ausente” (Ripstein, 2009: 341)

Pero las semejanzas valorativas de ambos autores no acaban aquí, puesto que, como hemos visto, las lesiones sistemáticas de Rex, tanto de los requisitos de la moralidad interna del derecho como de las condiciones formales de un estado jurídico, hicieron imposible la obediencia de sus súbditos. I. Kant extrae una consecuencia muy importante al respecto: de los fracasos de Rex no sólo se sigue la imposibilidad de obedecerlo, sino también su decaimiento como soberano en términos jurídicos. La razón de ello reside en que para que sea posible la distinción entre súbditos y soberano es *conditio sine qua non* la existencia de un ordenamiento jurídico.

10 En este famoso pasaje Kant establece la siguiente tipología: “A. Ley y libertad sin violencia (anarquía). B. Ley y violencia sin libertad (despotismo). C. Violencia sin libertad ni ley (barbarie). D. Violencia con libertad y derecho (república)” (Kant, Anthropologie, 07: 330 / Caimi, 2010: 343)

Sus fracasos como legislador y soberano lo que hicieron fue desmontar sistemáticamente todos los resquicios de legalidad en su reino. En virtud de ello, sus súbditos tornaron a una situación de ausencia de legalidad que precisamente debe ser superada atendiendo al postulado del derecho público kantiano¹¹. Dicho de otro modo, ya no es sólo, como acertadamente señala Lon F. Fuller, que resulte imposible obedecer leyes que no se promulgan, se mantienen en secreto, son ininteligibles, contradictorias y constantemente cambiantes, sino que con arreglo al postulado del derecho público de I. Kant es un deber jurídico acabar con ese ejercicio unilateral de poder caracterizado por la ausencia de legalidad e instaurar un estado jurídico regido por la legalidad. El retorno a una situación de legalidad no es, en realidad, ninguna revolución, puesto que es el restablecimiento de un orden jurídico donde ha dejado de haberlo (Cf. Ripstein, 2009: 338). Sólo entonces, y tras el restablecimiento de dicho orden jurídico es cuando surge un deber incondicional de obediencia hacia el soberano.

Desde el punto de vista de la filosofía jurídica de I. Kant, Rex ejerce su poder más allá de toda legalidad y, por tanto, realiza “una injusticia en su más alto grado (*im höchsten Grade daran unrecht*) ya que crea una situación política en la que nadie puede estar seguro acerca de sus derechos y deberes legales (Cf. Kant, RL 06: 308 / Cortina y Conill 2002: 138). Esta injusticia es la más grave de todas, porque convierte en perentoria una situación de completa ausencia de legalidad (*völligen Gesetzlosigkeit*). Bajo este prisma, la barbarie implementada por el gobernador Rex supone la creación política de un “un estado de absoluta ausencia de ley (*status naturalis*) en el que todo derecho cesa, cuando menos, de surtir efectos” (Kant, *Gemeinspruch* 08: 301 / Rodríguez 2000: 43). Resistir a esta barbarie es, pues, hacer un uso legítimo de la violencia, ya que es “resistir a la injusticia en su más alto grado” (Ripstein, 2009: 352)

REFLEXIONES FINALES

Quisiera reforzar la afinidad intelectual entre ambos autores atendiendo a un último fracaso de Rex: el de formular leyes que exigen lo imposible a sus destinatarios. Como hemos señalado anteriormente, al penalizar el incumplimiento de estas leyes Rex no está en realidad penalizando determinadas conductas entre sus súbditos, sino que está castigando ciertos rasgos suyos. Con esta manera de proceder, Rex deja de tratar a sus súbditos como agentes responsables y les impide adaptar sus comportamientos a las leyes. Pero ¿de qué tipo de imposibilidad se trata?

11 Según el postulado del derecho público “en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar del estado de naturaleza a un estado jurídico” (Kant, RL, AA 06: 207 / Cortina y Conill, 2002: 137).

Antes de abordar esta cuestión, conviene señalar que de los ocho requisitos enumerados por Lon L. Fuller el único que parece tener una naturaleza sustancial es el requisito que proscribe que las leyes exijan lo posible a sus destinatarios¹². En su formulación negativa, este requisito se puede interpretar de dos maneras distintas, ya que podemos diferenciar dos tipos de imposibilidades: la primera, hace referencia a una imposibilidad real, pero contingente; la segunda, a una imposibilidad real e insuperable. El primer tipo de imposibilidad la ha ilustrado Porciello con el siguiente ejemplo: “una ley que establezca que todos los ciudadanos prescindiendo de sus condiciones económicas, tienen la obligación de pagar impuestos por valor de un millón de euros mensuales, [exige] un comportamiento que el 99,9% de los [ciudadanos no pueden cumplir]” (Porciello, 2019: 213).

Esta imposibilidad sería una imposibilidad real, pero contingente, en el sentido de que para un 0,1% de la población estaría aún en condiciones de cumplir con ella. Por el contrario, una imposibilidad real e insuperable remite a leyes que, por ejemplo, penalicen y sancionen determinadas creencias religiosas o rasgos raciales entre sus ciudadanos. En este caso, ningún miembro de los grupos concernidos estaría en condiciones de cumplir lo que las leyes prescriben, puesto que es imposible cumplir lo que no es en absoluto factible. Pretender que los ciudadanos cumplan lo que es imposible de cumplir, es decir, ordenarles un acto que está fuera de su poder de realizarlo, es desprestigiar por completo sus facultades de autodeterminación. Juzgar a estas personas mediante leyes que no pueden cumplir no sólo es una afrenta a su condición de sujetos jurídicos, sino que es un modo de gobernar bárbaro. Con la implementación de dichas leyes no se está simplemente juzgando determinadas acciones de sus súbditos, sino que se está actuando sobre ellos (Cf. Fuller, 1969: 163 / Navarro 1967: 180).

La naturaleza sustancial del requisito de no establecer leyes que sean imposibles de cumplir reside precisamente en que con la lesión de este requisito lo que se está eliminando al mismo tiempo es el estatuto jurídico de sus destinatarios. Los destinatarios de tales leyes dejan de ser tratados como sujetos jurídicos y pasan a ser algo sobre lo que simplemente se actúa. La consecuencia que extrae de ello Lon L. Fuller es que el estatuto jurídico de los sujetos sólo puede garantizarse a través de la moralidad interna del derecho. A diferencia de los restantes fracasos del gobernador Rex, que impedían a sus súbditos actuar como agentes responsables, pretender que cumplan lo imposible lo que hace es anular su estatuto de sujetos jurídicos por completo (Cf. Rundle, 2014: 232).

La consecuencia más importante de todo ello es que pretender que los ciudadanos cumplan leyes que son imposibles de cumplir es algo que pone en una

12 “Fuller designa a tal requisito el término en inglés de *feasibility*, o sea factibilidad, practicabilidad” (Porciello, 2019: 213).

relación no-jurídica al soberano y a sus súbditos. Esta relación de poder sin ley ni libertad es la que, según I. Kant, caracteriza a la barbarie. Así pues, desde un punto de vista kantiano, cuando Rex exige que se cumpla lo imposible, lo que está realmente haciendo es negar el estatuto de personas jurídicas a sus ciudadanos e interactuando con ellos como si fueran cosas y no personas. Hacer esto es dejar de tratar a sus ciudadanos como portadores de posibles derechos subjetivos, cuyo fundamento último es “la humanidad misma en la persona de cada uno de ellos. Este derecho de la humanidad en su persona es, empero, un derecho originario, innato, inalienable e irrenunciable” (Ebbinghaus, 1986: 354)¹³.

Desde este punto de vista, exigir lo imposible a sus súbditos puede entenderse, en términos kantianos, como la penalización de ciertos rasgos empíricos de la ciudadanía, cuya presencia o ausencia están fuera de su arbitrio. De este modo, con la implementación de este tipo de leyes Rex penaliza a sus súbditos por lo que *son*. Pero con este modo de proceder, lo que hace es atentar contra su derecho innato y originario de ser tratados como sujetos jurídicos. El tipo de delito ya “no vincula las penas u otras represalias a una conducta concreta, sino a la manera de ser de las personas (*das bloÙe So-Sein einer Person*)” (Joerden, 2008: 53). En realidad, a través de este modo de proceder Rex no busca controlar el comportamiento de sus súbditos, sino penalizarles por su modo de ser, de manera que ni siquiera les da la oportunidad de adaptar su comportamiento al derecho penal.

Este fracaso de Rex nos ofrece una última clave para apreciar la afinidad entre el pensamiento jurídico de Lon L. Fuller e I. Kant. A diferencia de sus restantes fracasos, su exigencia de realizar lo imposible “manifiesta una total indiferencia hacia los poderes de autodeterminación de las personas” (Porciello, 2019: 229). Para Lon L. Fuller esta capacidad de acción es constitutiva para que el vínculo entre el gobernador y los gobernados adopte una forma jurídica. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho de I. Kant, este fracaso específico de Rex transforma a los sujetos jurídicos en cosas a disposición del soberano. Eliminar la capacidad de obediencia de los súbditos es, ciertamente, posible si se les impide conocer las leyes del soberano. Pero eliminar su estatuto de agentes jurídicos atenta contra el derecho de la humanidad en su propia persona. Ante esta situación, los súbditos tienen el deber jurídico incondicional de no dejarse tratar como si fueran un simple objeto sometido al arbitrio del soberano (*honeste vive*).

13 Para Ebbinghaus (1988 y 1990), Joerden (2008) y Geismann (2010) un ejemplo paradigmático de esta imposibilidad son todas aquellas leyes que están fuera de la capacidad del arbitrio de las personas afectadas, como pueden ser sus creencias religiosas y sus rasgos raciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BYRD, B. S / HRUSCHKA, J., *Doctrine of Right. A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CREGO, J., *La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del Rule of Law*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- EBBINGHAUS, J., *Philosophie der Freiheit. Praktische Philosophie 1955-1972. Bd.2*. Bonn: Bouvier Verlag, 1988.
- EBBINGHAUS, J., *Interpretation und Kritik. Schriften zur Theoretischen Philosophie und zur Philosophiegeschichte 1924-1972. Bd. 3*. Bonn: Bouvier Verlag, 1990.
- EBERL, O / NIESEN, P., *Immanuel Kant Zum ewigen Frieden, Kommentar*. Frankfurt am Mainz: Suhrkamp, 2011.
- ESCUADERO, R., *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FULLER, L., *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, 71, N° 4, 1958.
- FULLER, L., *The Morality of Law*. 1ª ed. New Haven: Yale University Press, 1964.
- FULLER, L., *La moral del derecho*, trad. F. Navarro. México: Editorial F. Trillas, 1967.
- FULLER, L., *The Morality of Law*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GEISMANN, G., *Kant und kein Ende. Bd. 2. Studien zur Rechtsphilosophie*. Würzburg: Verlag Königshausen-Neumann, 2010.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1961), 1963.
- HIRSCH, P-A., *Freiheit und Staatlichkeit bei Kant. Die autonomietheoretische Begründung von Recht und Staat und das Widerstandsproblem*. Berlin/Boston: De Gruyter, 2017.
- HRUSCHKA, J., *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, München: Verlag Karl Alber, 2015.
- KANT, I., *Kant's gesammelte Schriften*. Berlin: Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900ff.
- KANT, I., *Hacia la paz perpetua*, trad. J. Muñoz. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.
- KANT, I., *Teoría y Práctica*, trad. J. M. Palacios. Madrid: Tecnos, 2000.
- KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill. Madrid: Tecnos, 2002.
- KANT, I., *Antropología en sentido pramático*, trad. M. Caimi. Buenos Aires: Losada, 2010.
- JOERDEN, J. C., *Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch. Ethische Fragestellungen zwischen Recht und Politik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- PORCIELLO, A., *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- RUNDLE, K., *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.
- RUNDLE, K., *Legal Subjects and Juridical Persons: Developing Public Legal Theory through Fuller and Arendt*, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 43 (3), 2014.

RIPSTEIN, A., *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge, Mss./ London: Harvard University Press, 2009.