

EL CONTRATO SOCIAL COMO IDEAL DEL ESTADO DE DERECHO. EL DUDOSO CONTRACTUALISMO DE I. KANT (*)

Por ADELA CORTINA ORTS

SUMARIO

I. UNA CITA SISTEMÁTICAMENTE INSIGNIFICANTE.—II. EL PACTO DE UNIÓN CIVIL.—III. EL ESTADO DE NATURALEZA.—IV. REALIDAD PRÁCTICA DE LA IDEA DE CONTRATO: 1. *El contrato social como idea regulativa*. 2. *La cuarta formulación del imperativo categórico*.—V. VOLUNTAD RACIONAL Y ESTADO DE DERECHO.

I. UNA CITA SISTEMATICAMENTE INSIGNIFICANTE

En su controvertido trabajo *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie* mantiene W. Kersting —entre otras— una sugerente tesis: el contractualismo de la tradición iusnaturalista, presente en la filosofía jurídica kantiana, no es en realidad sino «una cita sistemáticamente insignificante», porque en el contrato originario no ve Kant una fundamentación del Estado, sino un ideal del Estado de Derecho y, con ello, una idea práctica de la razón que obliga al soberano. Se convierte así en un principio constitucional que trata de domesticar la omnipotencia estatal; omnipotencia que tiene por fundamento su necesidad jurídica. La funda-

(*) Este trabajo, incluido en un proyecto más amplio, ha sido realizado gracias a la concesión de una beca de la Alexander von Humboldt-Stiftung en la Universidad de Frankfurt.

mentación kantiana del Estado no es, pues, contractualista, sino que se basa en el concepto *a priori* del Derecho (1).

De este dudoso contractualismo kantiano nos ocupamos en el presente trabajo, en el que, partiendo de la noción kantiana del pacto de unión civil, intentaremos desentrañar la realidad que a semejante noción cabe y cuál es su misión en el seno de la problemática política. Pues bien puede ser que el presunto contractualismo kantiano no quede sino en un experimento mental, en un procedimiento para legitimar normas jurídicas, que refleje en el campo político la estructura de la razón práctica.

II. EL PACTO DE UNION CIVIL

El comienzo del segundo apartado del *Gemeinspruch*, en el que Kant intenta distanciarse de Hobbes en cuanto a la concepción de Derecho político, se ha hecho ya célebre por contener de modo paradigmático los elementos fundamentales de la idea kantiana de contrato social:

«Entre todos los contratos por los que un conjunto de personas se une para formar una sociedad (*pactum sociale*), el contrato que establece entre ellos una *constitución civil* (*pactum unionis civilis*) es de índole tan peculiar que, aunque desde el punto de vista de la *ejecución* tenga mucho en común con los demás (que también están orientados a promover colectivamente un fin cualquiera), se diferencia esencialmente de todos ellos en el principio de su institución (*constitutionis civilis*)» (2).

Como es sabido, la diferencia radical entre el pacto de unión civil y los restantes pactos sociales estriba en la naturaleza del *fin* por el que se sella el contrato, porque en este caso el fin no se tiene, sino que se *debe tener*. El fin es un deber y condición formal suprema de todos los demás deberes externos, porque consiste en el derecho de los hombres bajo leyes coactivas públicas. Obviamente, no consiste en la felicidad (fin que todos tienen), sino en el derecho, en cuyo marco cada cual puede proponerse buscar la felicidad a su manera; porque si el fin del pacto fuera la felicidad, entonces el legislador penetraría en el fuero interno de los sujetos y caeríamos en un

(1) W. KERSTING: *Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin/New York, 1984, págs. 224 y sigs.

(2) *Über der Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (= *Gemeinspruch*), VIII, pág. 289.

paternalismo que no se conforma con regular la libertad exterior, sino que trata de arrebatar al sujeto su autonomía.

Con todo ello, Kant parece inscribirse de algún modo en la tradición contractualista, pero con algunas peculiaridades iniciales. En principio, la división del derecho no da lugar a un derecho natural y uno social, porque en el estado de naturaleza los hombres pueden formar sociedades, en las que no constituye un deber introducirse (3). La división alumbrará, pues, dos partes: el derecho natural y el derecho civil, que Kant identifica, respectivamente, con el derecho privado y con el derecho público, ya que la sociedad civil tiene por meta garantizar mediante leyes públicas lo mío y lo tuyo.

En efecto, el deber de sellar el *pactum unionis civilis* está ya entrañado en el más elemental esquema de la clasificación de los deberes jurídicos, para cuyo bosquejo Kant se atiene a la clasificación de Ulpiano, aunque dando a sus fórmulas un sentido que él no pudo concebir: 1) *Honeste vive*, es decir, «no hagas de ti mismo para los demás un simple medio, sino sé para ellos al mismo tiempo un fin»; 2) *Neminem laede*, aunque debieras abandonar para ello toda sociedad; 3) Si no puedes evitar lo último, entra en una sociedad con otros, en la que cada uno pueda conservar lo suyo, en el sentido de que a cada uno se le pueda asegurar lo suyo frente a los demás. Desde estas tres fórmulas se divide el sistema de los deberes jurídicos en internos, externos y en los que contienen la deducción de los últimos a partir del principio de los primeros por subsunción (4). El deber de sellar el *pactum unionis civilis* consiste, por tanto, en cumplir el deber de asegurar a cada uno lo suyo, que ya le pertenecía en el estado de naturaleza.

III. EL ESTADO DE NATURALEZA

La noción de estado de naturaleza en los siglos XVII y XVIII puede aliarse, *grosso modo*, o bien con la concepción hobbesiana de un estado de guerra, más o menos potencial, de todos contra todos (5), o bien con la concepción lockeana de un estado pacífico primitivo, que funciona conforme a la ley natural (6), o bien puede adscribirse a la posición intermedia de Pufendorf (7) o Hume, para quienes es un estado de inseguridad y temor mutuos. En lo que a Kant concierne, su planteamiento del estado de natu-

(3) *Metaphysik der Sitten* (= MdS), VI, pág. 242.

(4) MdS, VI, pág. 237.

(5) *Leviatán*, cap. XIII.

(6) *Segundo tratado del Gobierno civil*, cap. II.

(7) *Ius naturae et gentium*, cap. II, § 7.

raleza depende del tipo de obra en que se realiza. Si se trata de una obra imaginativa, aunque acompañada de razón, el concepto de estado de naturaleza se elabora desde una perspectiva empírica. Pero si se trata de discernir las condiciones de posibilidad del Derecho y del Estado, entonces Kant asume una perspectiva racional-práctica, desinteresada del mundo de la experiencia. Ejemplo del primer caso es el *Muthmaßlicher Anfang der Menschengeschichte*, en el que nuestro autor se propone únicamente «recrear el ánimo» y «emprender un viaje de placer» (8). Desde este deseo de esparcimiento, la imaginación, unida a la razón, bosquejará un posible comienzo de la historia de los hombres, por analogía con la actual experiencia que de ellos tenemos, y utilizando como ayuda el relato del *Génesis*. Filosóficamente interpretado, tal relato nos sitúa ante un hombre feliz, al que el instinto —la voz de la naturaleza— basta para su existencia pacífica, hasta que la razón le permite extender cognitiva y desiderativamente los límites del instinto (9). Sin embargo, desde el punto de vista racional, el concepto es muy otro, y el siguiente texto de *Die Religion* resulta paradigmático:

«La tesis de *Hobbes: status hominum naturalis est bellum omnium in omnes*, no tiene más defecto que el de que debería decir: *est status belli*, etc. Pues aunque no se conceda que entre los hombres que no están bajo leyes externas y públicas dominen siempre efectivamente *hostilidades*, sin embargo, el estado (*Zustand*) de los mismos (*status juridicus*), esto es: la relación en y mediante la cual son susceptibles de derechos (de la adquisición y conservación de los mismos), es un estado en el que cada cual quiere ser él mismo juez sobre lo que es su derecho frente a otros, pero no tiene, por parte de los otros, ninguna seguridad por lo que se refiere a esto, ni él la concede a los otros, a no ser cada uno su propia fuerza; lo cual es un estado de guerra, en el que cada uno tiene que estar constantemente armado contra cada uno» (10).

A tenor de textos como éste se deja entender que el rasgo esencial del estado de naturaleza kantiano será la ausencia de ley, que comporta la falta de reconocimiento de los derechos naturales. Ausencia de reconocimiento y de seguridad en el ejercicio de los derechos parecen constituir, pues, la clave del estado de naturaleza.

(8) *Muthmaßlicher Anfang der Menschengeschichte*, VIII, pág. 109.

(9) *Ibid.*, pág. 111. Véase también G. VLACHOS: *La pensée politique de Kant. Métaphysique de l'ordre et dialectique du progrès*, París, 1962, págs. 296-318.

(10) *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, VI, pág. 97, nota.

Por su parte, la *Rechtslehre* incidirá en una peculiar característica en el bosquejo del estado de naturaleza, al afirmar que en él las adquisiciones de algo exterior —sea mediante ocupación o mediante contrato— no son sino provisionales: sólo la sanción de la ley pública garantiza su permanencia y legitimidad (11). Sin embargo, no es menos cierto que la constitución civil sólo asegura a cada uno lo suyo, pero no lo fija ni se lo determina:

«Por consiguiente, antes de la constitución civil (...) tiene que admitirse como posible un mío y tuyo exteriores, y a la vez el derecho de obligar a cualquiera, con el que podamos relacionarnos de algún modo, a entrar con nosotros en una constitución, en la que aquello pueda quedar asegurado» (12).

En el estado de naturaleza, el sujeto tiene derecho a defenderse de quienes quieran privarle de lo provisionalmente suyo, porque la voluntad de los demás, excepto la suya, es *unilateral* y carece de fuerza legal. La fuerza legal procede únicamente de la voluntad universal, pero quien defiende lo provisionalmente suyo está respaldado por el derecho que le presta coincidir con el establecimiento de una sociedad civil.

«En una palabra: el modo de tener algo exterior como suyo en el *estado de naturaleza* es la posesión física, que tiene para sí la *presunción* jurídica de poder convertirlo en jurídico al unirse con la voluntad de todos en una legislación pública» (13).

Esta unión constituye el *pactum unionis civilis*, por el que la posesión provisional recibe seguridad legal a través de un poder coactivo. Ha cambiado la forma, pero no la materia de la posesión.

Cuál sea el *status* —histórico o racional— de dicho pacto parece claro por la propia confesión kantiana de que no se trata de un hecho, sino «de una *mera idea* de la razón, que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica)» (14). Como señala O. Gierke, negando realidad histórica al *factum* del contrato y confiriéndole sólo realidad práctica como idea de la razón, Kant separa la pregunta por el fundamento jurídico del estado de la

(11) MdS, VI, págs. 312 y 313.

(12) MdS, VI, págs. 256 y 257.

(13) MdS, VI, pág. 257. Véanse también §§ 8, 9 y 15.

(14) *Gemeinspruch*, VIII, pág. 297.

pregunta por el surgimiento (15). Sin embargo, ¿qué significa la afirmación de que el pacto constituye una idea racional con realidad práctica? ¿Se trata de una idea legitimadora del Estado?

IV. REALIDAD PRACTICA DE LA IDEA DE CONTRATO

El contrato originario, por el que el pueblo se constituye en Estado, se nos presenta —desde la perspectiva kantiana— como la idea de un acto (16). ¿Qué tipo de realidad cabe otorgarle en el sistema de filosofía trascendental? En principio, parece no incluirse en la clasificación que Kant hace en la *Crítica del Juicio* de las cosas cognoscibles (17). Entre ellas cuenta nuestro autor las cosas *opinables*, que son objeto de conocimiento teórico posible, pero a las que no podemos acceder actualmente por la limitación de nuestras facultades; los *hechos (res facti)*, entre los que se sitúan las propiedades que pueden exponerse *a priori* o por medio de la experiencia, y la idea de libertad, exponible en la experiencia por medio de leyes prácticas de la razón; por último, también son cosas cognoscibles las *cosas de fe (res fidei)*, que deben pensarse *a priori* en relación con el uso de la razón práctica, pero son trascendentes a la razón teórica.

Esta triple división, referida a lo opinable, a los *scibilia* y a las cosas de fe parece dejar la idea de contrato originario más allá del campo de las «*erkennbare Dinge*», porque no remite a ningún objeto teóricamente accesible (*conditio sine qua non* del conocimiento opinable), ni a propiedad alguna exponible en la experiencia (requisito indispensable de ciertos hechos), ni se identifica con ese concepto, trascendente en sentido teórico, pero que se refiere a un hecho en el campo práctico (la libertad), ni —por último— es

(15) O. VON GIERKE señala las siguientes peculiaridades en la noción kantiana de contrato: 1) sustituyendo la idea de contrato histórico por la de contrato racional, Kant separa la pregunta por el fundamento jurídico del Estado de la pregunta por su surgimiento; 2) en la medida en que Kant explica la entrada en la sociedad estatal como un mandato de la razón, prepara el tránsito a una teoría que sitúa el fundamento jurídico del Estado en su necesidad racional, y 3) en tanto que interpreta la voluntad general como unión de las voluntades individuales, pero sustituye la suma de las voluntades empíricas por las racionales, destruye la interpretación del Estado como una sociedad individualista y termina postulando un dominio del poder estatal empíricamente dado, mediante los principios abstractos del derecho racional (*J. Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1913, págs. 120-122). Como veremos, estas afirmaciones precisan matización.

(16) MdS, VI, pág. 315.

(17) *Kritik der Urteilskraft* (= KdU), V, § 91.

citada por Kant entre las cosas de fe (bien supremo, inmortalidad del alma e idea de Dios). Sin embargo, el hecho de que se trate de «una idea de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica)» incluye a la idea de contrato en el ámbito del «ficcionalismo» kantiano, celebrado por Vaihinger como una verdadera aportación al progreso del saber. La filosofía del *als ob* posee la fecundidad de las hipótesis científicas, que amplían las posibilidades heurísticas con tal de que se les utilice *como si* les correspondiera un objeto. Esta sería la tarea de las ideas racionales, sistematizadoras del conocimiento de experiencia en el ámbito teórico, y ésta parece ser —según Vaihinger— la tarea de las ideas que poseen realidad práctica (18). ¿Funciona de este modo la idea de contrato? Esta parece ser la misión que le asigna —entre otros— uno de los mejores conocedores de la filosofía política kantiana: G. Vlachos.

1. *El contrato social como idea regulativa*

A juicio de Vlachos, Kant presenta su idealismo político como un aspecto particular de su idealismo noológico, y, sin embargo, el camino seguido por el pensamiento kantiano ha sido justamente el inverso: el idealismo político ha determinado el noológico. Resulta poco probable que la filosofía kantiana haya esperado —piensa Vlachos— a deducir la idealidad del tiempo, el espacio y las categorías para elaborar la concepción del estado racional. Precisamente este concepto parece haberse ido elaborando progresivamente, sobre todo desde 1760 hasta la publicación de la *Dissertatio* en 1770, en relación con las corrientes políticas de su tiempo. Desde el punto de vista político, estos años serían más decisivos que todas las innovaciones aportadas por la primera Crítica al plan de la metafísica, aunque antes de la publicación de la *Crítica de la Razón pura* Kant no ofreciera ninguna exposición sistemática de sus ideas políticas y sociales.

La Revolución francesa vendría a separar la política kantiana en dos períodos desiguales: el primero le precede y comprende la formación y las ideas esenciales del sistema, mientras que el segundo no contiene sino modificaciones debidas a la revolución. En realidad, la distinción entre una fase pre-revolucionaria y una pos-revolucionaria no puede considerarse más que como una subdivisión en el seno del idealismo trascendental, establecida por la *Dissertatio* (1770) y confirmada y desarrollada por la primera Crítica.

(18) H. VAIHINGER: *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig, 1920 (4.ª ed.).

Ya en la *Naturgeschichte* cree ver nuestro autor un anuncio de la concepción dialéctica de la historia y de la necesidad del Estado, en la medida en que el hombre se presenta como el ser vivo que con mayores dificultades alcanza el fin de su existencia, porque se lo impide la «máquina corporal» (19).

En definitiva, la tesis fundamental de Vlachos consistirá en afirmar que, para Kant, la filosofía es antropología (20), y que en los escritos de antropología anteriores a la *Dissertatio* ya están presentes todos los aspectos de la filosofía social y política, porque la clave vendrá constituida por la idea de finalidad natural, immanente a la especie. La teoría kantiana de las razas es la primeza pieza importante de la filosofía de la historia y el primer fundamento científico de la moral y la política trascendentales, porque la unidad biológica de las razas es unidad final, que anticipa de alguna manera la comunidad ideal de fines postulada por la moral (21). Precisamente en las Reflexiones sobre Antropología la idea de sistematización aparece en el dominio de la historia a través de un conjunto de hipótesis biológicas y antropológicas, eminentemente finalistas. La prefiguración de las cuestiones prácticas se expresa en una de ellas del siguiente modo:

«Se plantea la cuestión de saber si existe algo sistemático en la historia de las acciones humanas. Una idea las conduce a todas. La de su derecho» (22).

La historia sistemática —concluirá Vlachos— no es sino historia teleológica, prolongada en teleología natural, antes de ser trasmutada en dialéctica. Tal trasmutación vendrá ocasionada por la voluntad de Kant de situarse

(19) G. VLACHOS: *op. cit.*, pág. 14.

(20) También H. Saner interpreta la filosofía kantiana desde la perspectiva política, porque —a su juicio— qué y cómo se piensa tiene consecuencias políticas: la política se fundamenta en la razón, porque empieza con el uso de la razón y no con el acto político (*Kants Weg vom Krieg zum Frieden*, vol. I: *Widerstreit und Einheit*, München, 1967). Frente a la posición de Vlachos, claramente decidida a interpretar la filosofía de Kant desde la antropología, la teleología y la política, y frente a la de Saner, la postura de V. Delbos es sumamente moderada. Así, en *La philosophie pratique de Kant* (París, 1969) menciona distintas propuestas, que interpretan la filosofía kantiana desde la Moral, pero concluye por su parte: «il est certain qu'à divers moments de l'évolution de la pensée kantienne l'idée de fonder la morale, disons même telle morale, est intervenu comme facteur très important; mais cette idée n'a cherché à se convertir en doctrine que médiatisée par des conceptions purement théoriques dont plusieurs avaient un contenu originairement trop éloignée d'elle pour avoir été produites uniquement en sa faveur» (p. 55).

(21) G. VLACHOS: *op. cit.*, pág. 161.

(22) *Reflexionen zur Anthropologie*, XV, núm. 1.420, pág. 618.

entre el relativismo y el utopismo, posición en la que jugará un importante papel la idea de contrato.

A juicio de Vlachos, tanto en 1770 como en 1781 la separación de los dos mundos tiene por meta preparar el acceso al mundo de las ideas y a la filosofía de la acción, pero también oponerse al utopismo: la idea —lo incondicionado— es inaccesible, pero ha de articularse teleológicamente en la historia. El idealismo se revelará, pues, como una concepción que intenta armonizar una verdad intuitiva con una verdad práctica: la idea intuitiva de que las instituciones históricas imperfectas son el germen del bien y la idea del imperativo categórico, prueba de la realidad del ideal (23).

El concepto de progreso procederá, pues, de una concepción antinómica de la experiencia histórica. Por una parte, el hombre es malo por naturaleza; por otra, desde los escritos de 1763 a 1770 hasta el *Conflicto de las facultades* trata Kant de mostrar que el género humano pasa de lo malo a lo mejor, guiado por una providencia. Se conjugan de este modo una psicología pesimista y una historia optimista: el individuo finito nunca alcanza la perfección, pero la naturaleza humana, en tanto que especie, no es sino un progreso hacia el bien. Esta dialéctica entre el individuo y la especie, entre la realidad humana finita y la idea de república perfecta que es menester encarnar en ella, mantendrá la filosofía de Kant en un permanente conflicto. Conflicto que viene a agravarse por un doble hecho: el de que en el Derecho nos encontremos con una concepción personalista, difícilmente conciliable con la convicción de que el hombre sea un accidente pasajero en el seno de una especie infinita, y el hecho de que también en la política estallen conflictos, producidos por una política personalista que, movida por el ideal de humanidad, necesita, sin embargo, desarrollarlo en las instituciones. Precisamente esta dialéctica dará lugar al subtítulo de la obra de Vlachos, que su autor explicita del siguiente modo:

«(Kant) mantendrá hasta el final la distinción entre un poder originario ideal y una soberanía ontológica efectiva. Su entusiasmo por el ideal de la libertad humana estará inicialmente viciado por la eterna presencia en su pensamiento, revuelto por los acontecimientos del siglo, del conflicto que opone, en el seno de la política personalista, la metafísica del orden y la dialéctica del progreso» (24).

(23) G. VLACHOS: *op. cit.*, pág. 194.

(24) *Ibid.*, 363. El paréntesis es mío.

Es dentro de este contexto donde cabe situar el sentido de la idea de contrato.

La idea de contrato sirve como un modelo de perfección para sistematizar la experiencia. Dado que tal idea no está destinada a un uso constitutivo de la experiencia, sino a uno regulativo, no sirve como criterio para legitimar regímenes políticos concretos. Sin embargo, firme en la idea de que Kant pretende mantenerse entre el utopismo y el tradicionalismo, piensa Vlachos que la idea de contrato puede utilizarse como criterio negativo para frenar posturas tradicionalistas (25). Kant se enfrentaría a los utopistas, que bosquejan ideas a las que no proporcionan raíz alguna en la realidad, pero también a los reaccionarios —tipo Hume—, que hacen de su relativismo una consagración de las instituciones y regímenes ya existentes.

A medio camino entre ambas posturas, uniendo la metafísica del orden con la dialéctica del progreso, la idea regulativa de contrato social no constituirá un ideal utópico concreto ni legitimará los órdenes estatales existentes, sino que exigirá realizar en la historia lo que en ella se encuentra en germen.

2. La cuarta formulación del imperativo categórico

Menos optimista que G. Vlachos en lo que se refiere a la capacidad deslegitimadora de la idea de contrato con respecto a los regímenes existentes, A. Philonenko se esfuerza en mostrar —sobre todo en el *Gemeinspruch*— la lejanía que existe entre Kant y Rousseau, la práctica identidad con Pufendorf y la proximidad de Kant y Pufendorf a Hobbes (26). Esta estratégica posición se revela en la concepción del estado de naturaleza, del contrato social, de la voluntad general y del derecho de resistencia.

En lo que al contrato se refiere, dos características, al menos, se desprenden directamente de él. Por una parte, su idea sirve como criterio para uso del soberano, ya que «la piedra de toque de todo lo que puede decidirse como ley para un pueblo se halla en esta interrogación: ¿es que un pueblo hubiera podido imponerse a sí mismo esta ley?» (27). La filosofía del *als ob* hace su aparición en el ámbito práctico y presenta al legislador el criterio según el que debe legislar: la voluntad unida del pueblo, en la que radica la legitimidad de toda legislación.

(25) *Ibid.*, pág. 330.

(26) A. PHILONENKO: *Théorie et Praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*, París, 1968, págs. 33, 43 y 54.

(27) *Was ist Aufklärung?*, VIII, pág. 39. Véase también *Gemeinspruch*, VIII, página 297.

Ciertamente, la idea de voluntad racional es la fuente del derecho racional, y, por lo tanto, es legislación racionalmente legitimada la que podía haber surgido de la voluntad racional. El soberano, pues, a la hora de legislar, ha de utilizar como criterio de legitimidad la idea de lo que los ciudadanos habrían podido querer.

No son, pues, los ciudadanos quienes *efectivamente* sellaron un pacto originario ni es su voluntad *efectivamente existente* la que legisla, sino que el legislador, poseyendo *a priori* la idea de contrato originario, expresivo de la voluntad racional unida del pueblo, es quien está legitimado para legislar y puede hacerlo sin error, ya que cuenta *a priori* con la idea de contrato (28). Tales apreciaciones son las que llevan a Philonenko a interpretar el contrato originario como una cuarta formulación del imperativo categórico, que puede sumarse a las tres de la *Grundlegung*, y que ordena exclusivamente al soberano. Se trata de una orden moral, incondicionada, que reviste la forma negativa, peculiar de los deberes perfectos:

«Lo que no puede decidir el pueblo (la masa total de súbditos) sobre sí mismo y sus componentes (*Genossen*) tampoco puede decirlo el soberano sobre el pueblo» (29).

Puesto que el legislador tiene el deber de legislar *como si* el pueblo le hubiera otorgado su poder —pues *de facto* nunca lo ha hecho—, debe realizar un experimento mental en el que se atiene a un mandato moral. En definitiva, de la necesidad de cumplir una acción por respeto a la ley se siguen las fórmulas del imperativo, y puesto que el gobierno es un deber específico, que no puede ser satisfecho más que por una persona —el soberano—, la fórmula del contrato es la cuarta formulación del imperativo categórico, reservada a esta persona.

Ahora bien: que el contrato originario obligue al soberano a frenar su omnipotencia significa que podría y puede cometer injusticia. Y desde esta perspectiva, Kant se enfrenta a Hobbes, ya que para éste «es cierto que quienes tienen poder soberano pueden cometer iniquidad, pero no injusticia o injuria en la auténtica acepción de estas palabras» (30). Puesto que el soberano no ha contraído deber alguno con respecto al pueblo mediante contrato,

(28) *Gemeinspruch*, VIII, pág. 299.

(29) MdS, VI, pág. 329. El *Gemeinspruch*, por su parte, dice textualmente: «Mas el principio universal con que un pueblo ha de juzgar sus derechos *negativamente* (es decir, sólo acerca de aquello que cabría considerar que el supremo legislador no lo ha ordenado con su mejor voluntad) está contenido en esta sentencia: *lo que no puede decidir un pueblo sobre sí mismo, tampoco puede decidirlo el legislador sobre el pueblo*» (pág. 304).

(30) *Leviatán*, cap. XVIII.

ya que son los individuos quienes sellan entre sí el pacto y ceden sus derechos a un tercero (31), nunca puede el soberano cometer injusticia contra el pueblo. Kant y Pufendorf, por el contrario, creen que el gobernante puede elaborar leyes en contra del pacto originario, aunque ello no dé al súbdito derecho a coaccionar al soberano.

Todo ello llevará a Philonenko a afirmar que el contrato social constituye para Kant el momento ético en la constitución jurídica del Estado: *gobernar tiene que ser obrar por deber*. Ahora bien: «lo que posee un sentido ético para el soberano poseerá un valor jurídico para el pueblo» (32).

En este sentido, la idea de contrato posee realidad práctica en cuanto compromete *moralmente* al soberano a legislar teniendo en cuenta la posibilidad de que el pueblo concuerde con ello, es decir, haciendo uso del «como si» en perspectiva moral. Pero el pueblo se compromete *jurídicamente* a respetar y cumplir las leyes propuestas por el soberano. La diferencia es clara: el soberano puede hacer uso de la coacción, precisamente porque los súbditos han puesto en sus manos la capacidad de coaccionar, mientras que los súbditos carecen del derecho de ejercer sobre él coacción alguna, puesto que el soberano es quien garantiza el uso legítimo de la coacción y se sitúa más allá de ella. Ello nos enfrenta, al menos en un comienzo, con tres problemas: el de la presencia de un posible *pactum subiectionis* en la idea kantiana de contrato, el del derecho de resistencia y el de determinar qué expresa la idea de contrato como formulación del imperativo categórico.

V. VOLUNTAD RACIONAL Y ESTADO DE DERECHO

En lo que respecta al primero de los puntos, sabido es que la doctrina contractual mantuvo generalmente la doble forma «*pactum unionis - pactum subiectionis*» (33). Rousseau eliminará el pacto de sumisión, porque concebirá que la institución del gobierno contiene una «comisión» en vez de un contrato. Sin embargo, la doctrina del contrato de dominio pervive en los textos de Kant y Fichte, según Gierke, aunque a través de la pregunta ¿cuánto del contrato de dominio abandonado se introduce en el contrato social? (34).

(31) *De cive*, c. 5-7 y 12; *Leviatán*, caps. XVII y XVIII.

(32) A. PHILONENKO: *op. cit.*, pág. 53.

(33) Para una excelente exposición del surgimiento y evolución de esta doble forma de pacto, véase O. VON GIERKE: *op. cit.*, págs. 76-122; como también, entre otros, R. DERATHÉ: *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, págs. 207-247.

(34) O. VON GIERKE: *op. cit.*, pág. 92.

Tal vez a esta pregunta deberíamos responder con Philonenko que Kant regresa a la noción de *pactum subiectionis* de Pufendorf, en la medida en que el contrato de sumisión constituye el contenido esencial del principio *a priori* de la igualdad, explicitado en el *Gemeinspruch* en el sentido de que todos los miembros de la república son iguales en tanto que súbditos. Esta igualdad reside en el derecho innato de coaccionar a otro para que respete la libertad, que, en tanto que hombre, me conviene y que viene expresada en el primer principio de una constitución republicana. La «perentoriedad» en la defensa de tal derecho sólo es posible si nuestro poder de coacción queda en manos de un poder soberano irresistible. La capacidad coactiva que excede la posibilidad de ser coaccionada se encuentra sólo en la persona del soberano, que representa la voluntad popular, y frente al cual no hay, en consecuencia, *derecho a resistir*, sino sólo la obligación de obediencia incondicionada. Incluso en el caso de que el jefe del Estado violara el contrato originario, imponiendo una legislación contraria al respeto a la libertad, el pueblo carece de derecho a resistir.

Y no deja de ser sintomático el hecho de que en la *Metaphysik der Sitten* Kant plantee el tema de la posible legalidad de la resistencia como el primero de los efectos jurídicos que se derivan de la naturaleza de la unión civil, ni que el apartado en que aborda tal problema se inicie prácticamente preguntando si un *pactum subiectionis civilis* ha precedido a la instauración del poder estatal o si, por el contrario, el poder ha precedido a la ley (35). La respuesta a esta pregunta podría venir dada por una de las *Reflexionen zur Metaphysik*:

«El *contractus originarius* no es el principio del conocimiento del origen del Estado (*status civilis*), sino cómo debe ser (...). El pacto no es real, sino ideal, porque la coacción le es anterior» (36).

No cabe, pues, pensar en un pacto en virtud del cual el aparato estatal adquiere *de facto* el derecho de ejercer la violencia, pero ¿ocurre así idealmente?, ¿está contenido en el *pactum unionis civilis* un *pactum subiectionis*?

Así como Rousseau elimina en la noción de contrato social la idea de un contrato de sumisión e identifica a los dos posibles detentadores de la soberanía popular, de tal modo que el portador de la soberanía se identifica con su sustancia en la voluntad general, Kant mantiene la dualidad de los portadores de la soberanía —pueblo y soberano— que sellan un contrato, en virtud del cual el gobernante se compromete a legislar conforme a la idea racio-

(35) MdS, VI, pág. 318.

(36) *Mph. Reflexionen*, núm. 7.416, pág. 368.

nal del derecho: a legislar, teniendo como piedra de toque la voluntad popular.

Por otra parte, en el texto de la *Metaphysik der Sitten*, al que acabamos de aludir, Kant se esfuerza por destacar que resulta peligroso tratar de investigar el origen del Estado, porque este género de investigaciones suele venir suscitado por el deseo de resistir al poder estatal, deseo cuya satisfacción violenta las leyes desde las que el ciudadano investiga y que, por tanto, debe ser castigado desde ellas.

«Una ley que es tan sagrada (inviolable) —dirá textualmente nuestro autor—, que es ya un crimen sólo ponerla en duda *desde el punto de vista práctico*, por tanto, suspender momentáneamente su efecto, se representa como si no tuviese que proceder de hombres, sino de algún legislador supremo e intachable, y éste es el significado de la proposición: 'Toda autoridad viene de Dios', que no enuncia un *fundamento histórico* de la constitución civil, sino una *idea* como principio práctico de la razón: el deber de obedecer al poder legislador actualmente existente, sea cual fuere su origen» (37).

Naturalmente, un texto como éste ha dado lugar a múltiples reflexiones, la primera de las cuales consistiría en poner en duda la pretensión de Vlachos —ya mencionada— de que la idea de contrato, como idea regulativa, pueda cuestionar *efectivamente* los regímenes existentes. Más parece que la metafísica del orden prime sobre la dialéctica del progreso y que el poder actualmente existente quede inmunizado frente a cualquier oposición que no sea la de la pluma. La idea de contrato sólo moralmente obligaría al soberano, quien debería universalizar la ley, conforme a lo que todos podrían querer, pero desde su voluntad particular. Y el pueblo carecería de legitimidad para cualquier respuesta coactiva. El mismo Vlachos llegará a afirmar que el precio real de las concesiones que Kant ha consentido en relación con las soberanías históricas es un acercamiento cada vez mayor entre la idea de eficacia pragmática y la de legitimidad (38).

Pero ¿significa todo ello la negación de un Derecho natural de resistencia y la opción por la validez real del Derecho positivo? La obligación de obedecer a tal Derecho sería una obligación moral, una «obligación ética indirecta», en la medida en que «es una exigencia que me hace la ética la de convertir en máxima la actuación conforme al derecho» (39), y en tal caso

(37) MdS, VI, pág. 319.

(38) G. VLACHOS: *op. cit.*, págs. 349-363.

(39) MdS, VI, pág. 231. Según F. Kaulbach, el deber ético indirecto pertenecería a un género intermedio entre la legalidad y la moralidad. Mientras que moral y dere-

la moral vería acrecentado su contenido desde una instancia empírica que, de hecho, no se sometería al canon del imperativo: desde la voluntad de un legislador que *debe* atender a la voluntad general, pero puede no hacerlo, mientras que el pueblo debe obedecerle moral y jurídicamente en ambos casos.

W. Haensel, por su parte, rechaza semejante interpretación: un derecho que se opusiera a la razón no podría añadirse con ayuda del deber ético indirecto; la consecuencia de que Kant no parta del *factum* del derecho y del Estado es precisamente que el derecho positivo no puede contradecir al natural, porque chocaría con la idea de legislación racional y no podría exigir obediencia moral en tal caso (40).

La idea de *pactum unionis civilis* sería, pues, la idea de un procedimiento que, de igual modo que el imperativo categórico, pretendería garantizar la corrección de las decisiones tomadas desde él y, a la vez, prestaría a tales decisiones un halo sagrado: el de ser intocables por haber emanado de la voluntad racional —no de la voluntad efectiva— de un pueblo. El momento contrafáctico, necesario para prestar legitimidad a los consensos fácticos, estaría de este modo presente (41), impregnando al derecho con ese carácter de intocabilidad que le confiere su fuerza obligatoria. En el derecho racional se conservaría el halo de intocabilidad, procedente de su raíz religiosa o tradicional, a través de la noción expresiva de la razón práctica: a través de la noción de imparcialidad, a través de la idea de que una ley puede haber surgido de la voluntad unida del pueblo (42).

cho constituyen dos formas distintas de *Gesetzgebung*, dos formas de exigencia de la legislación, el par moralidad/legalidad designa distintas posiciones del hombre en relación con la ley. Son, pues, posibles dos géneros intermedios. El segundo de ellos, la moralidad jurídica, pertenece a la esfera jurídica y, por tanto, al principio de la coacción externa, pero también al ámbito de la intención, en que el individuo es soberano. Puede haber, pues, un tipo de «*Pflichtgesinnung*» en el seguimiento de las leyes jurídicas; por ejemplo, la actitud de un ciudadano ante su constitución. Véase F. KAULBACH: *Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode*, Würzburg, 1982, págs. 56-59. De este concepto de obligación ética indirecta se ha ocupado también, entre nosotros, F. GONZÁLEZ VICÉN, en *La filosofía del Estado en Kant*, La Laguna, 1952, págs. 52 y 53. Por otra parte, el mismo González Vicén ha desencadenado una polémica en torno a la obediencia al Derecho, en la que, por el momento, han intervenido Elías Díaz, Javier Muguerza, Eusebio Fernández, y en la que me he permitido participar.

(40) W. HAENSEL: *Kants Lehre von Widerstandsrecht*, Berlín, 1926, pág. 55.

(41) A. CORTINA: *Ética mínima*, Madrid, 1986, págs. 184 y sigs.

(42) J. HABERMAS: *Recht und Moral. Zwei Vorlesungen*, manuscrito inédito. La primera de las lecciones lleva por título «*Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*», y la segunda, «*Zur Idee des Rechtsstaats*». En ambas, la posibilidad de obtener legiti-

En este sentido, las actuales teorías morales procedimentales se pretenden herederas del contractualismo kantiano, en la medida en que la noción de imparcialidad constituye el núcleo de una razón práctica, que se expresa en la moral, el derecho y la política. La figura del contrato tendría como misión reflejar esta idea de imparcialidad, aplicable a la vida jurídica y política, que J. Rawls recoge en su *Teoría de la justicia* en versión contractualista, L. Kohlberg acepta desde la idea de asunción ideal de rol y la ética discursiva de K. O. Apel y J. Habermas plasma en el principio dialógico de la ética discursiva y en el principio de universalización (43). Las leyes surgidas de las mayorías parlamentarias pueden pretender legitimidad desde la idea de imparcialidad, desde la idea de que una ley puede haber surgido de la voluntad unida del pueblo. Es esta idea la que proporcionará un canon crítico para enjuiciar la realidad constitucional desde la noción de un Estado que extrae su legitimidad de una racionalidad garante de la imparcialidad en los procedimientos legislativo y jurisprudencial (44).

midad a través de la legalidad y la cuestión del Estado de derecho tienen como trasfondo la conexión entre moral, derecho y política como formas de voluntad racional, como formas de razón práctica, entendida como imparcialidad.

(43) Según Apel y Habermas, la ética discursiva pretende superar el «empatismo» de Kohlberg y el «decisionismo» de Rawls, posibilitando el conocimiento moral como argumentación. En estas tres posiciones se muestra que el derecho procedimental y la moral pos-convencional de principios se remiten recíprocamente, evitando los inconvenientes de un iusnaturalismo material. Para la superación de las propuestas de Rawls y Kohlberg por la ética discursiva, véase también J. HABERMAS: «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. EDELSTEIN/G. NUNNER-WINKLER (eds.): *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt, 1986, págs. 291-318.

Del procedimentalismo de Apel y Habermas me he ocupado en *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca, 1985, y en *Crítica y utopía: la Escuela de Frankfurt*, Madrid, 1985, y del de Rawls, en *Ética mínima*, págs. 169-195.

(44) Según Habermas, la idea de un Estado constitucional, bajo el principio de imparcialidad, exigiría: 1) mostrar cómo es posible engarzar, mediante la teoría de la argumentación, la determinación de metas políticas, el discurso moral y el control de normas jurídicas en la formación parlamentaria de la voluntad del legislador político; 2) aclarar cómo se distingue un acuerdo alcanzado argumentativamente de los compromisos negociados y cómo la imparcialidad puede plasmarse en los compromisos; 3) mostrar cómo es posible institucionalizar la imparcialidad mediante procedimientos jurídicos en la regla de la mayoría, en el reglamento parlamentario, en el derecho electoral o en la formación de la opinión en la publicidad política, y 4) por último, la aplicación presenta un problema peculiar, en la medida en que la forma semántica de la ley no permite al juez una aplicación unívoca; las interpretaciones acompañan siempre a la aplicación, y de ahí que en este momento la imparcialidad no se traduzca a través de la voluntad racional de lo que todos podrían querer, sino considerando si hemos tenido en cuenta todos los aspectos relevantes de la situación. Véase «Zur Idee des Rechtsstaats».