



Revista de Humanidades
ISSN: 0717-0491
revistahumanidades@unab.cl
Universidad Andrés Bello
Chile

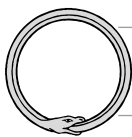
Schwember, Felipe
EXEUNDUM EST E STATU NATURALI LA LEX PERMISSIVA Y EL DEBER DE ABANDONAR
EL ESTADO DE NATURALEZA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO DE KANT 1
Revista de Humanidades, núm. 52, 2025, Julio-Diciembre, pp. 97-126
Universidad Andrés Bello
Santiago de Chile, Chile

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321282257006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante
Infraestructura abierta no comercial propiedad de la academia



REVISTA DE HUMANIDADES

EXEUNDUM EST E STATU NATURALI

LA *LEX PERMISSIVA* Y EL DEBER DE ABANDONAR EL ESTADO DE NATURALEZA
EN LA DOCTRINA DEL DERECHO DE KANT

FELIPE SCHWEMBER

Universidad del Desarrollo 
felipe.schwember@udd.cl
ORCID: 0000-0002-7004-0839

Revista de Humanidades n.º 52: 97-126
ISSN 0717-0491, versión impresa
ISSN 2452-445X, versión digital
DOI: 10.53382/issn.2452-445X.929
revistahumanidades.unab.cl



EXEUNDUM EST E STATU NATURALI
LA *LEX PERMISSIVA* Y EL DEBER DE ABANDONAR EL ESTADO DE
NATURALEZA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO DE KANT¹

EXEUNDUM EST E STATU NATURALI: THE LEX PERMISSIVA
AND THE DUTY TO ABANDON THE STATE OF NATURE IN KANT'S
DOCTRINE OF RIGHT

FELIPE SCHWEMBER

Universidad del Desarrollo
Av Plaza 680, Santiago

RESUMEN

En el presente artículo discuto la interpretación que Christoph Horn hace de la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho* de Kant en su libro *Nichtideale Normativität*. Horn la interpreta como una ley que dispensa del cumplimiento de los principios generales del derecho. Aquí sostendré que esa interpretación es inaceptable, porque obliga a entender que la propiedad y demás instituciones del derecho privado están fundadas en excepciones a tales principios generales. Sostendré, además, que con el concepto de *lex permissiva* que adopta Horn no contribuye a explicar el deber de abandonar el estado de naturaleza.

¹ El siguiente artículo forma parte del proyecto Fondecyt 1200532.

Palabras clave: Kant, lex permissiva, Horn, derecho de propiedad, derecho natural.

ABSTRACT

In this article I discuss Christoph Horn's interpretation of Kant's *lex permissiva* from his *Doctrine of Right* found in Horn's book *Nichtideale Normativität*. Horn interprets it as a law that dispenses from compliance with the general principles of law. I will argue that this interpretation is unacceptable because it forces us to understand property and other private institutions as founded on exceptions to such general principles. I will also argue that adopting Horn's concept of *lex permissiva*, nothing is gained in order to explain the duty to abandon the state of nature.

Keywords: Kant, lex permissiva, Horn, property right, natural rights.

Recibido: 17/04/2025

Aceptado: 17/05/2025

I. INTRODUCCIÓN: LA INTERPRETACIÓN REALISTA DE HORN

En el capítulo 4 de su libro *Nichtideale Normativität. Ein neuer Blick auf Kants politische Philosophie*, el profesor Horn ofrece una interesante interpretación del fundamento del *exeundum est e statu naturali*, i.e., del deber (*Pflicht*) kantiano de abandonar el estado de naturaleza y erigir un estado civil.

Dicha interpretación desecha la lectura del individualismo normativo, donde el abandono del estado civil se explica por la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos naturales. Ese individualismo —que homologa las posiciones de Kant y de Locke— resultaría insostenible porque “se apoya en un argumento de eficiencia” (*Effizienzargument*), que resulta incompatible con la teoría deontológica del derecho de Kant (Horn, *Nichtideale Normativität* 176).

Esta interpretación se vería además confirmada por el hecho de que ni el derecho nativo a la libertad (*das angeborene Recht auf Freiheit*) ni la

fórmula de Ulpiano juegan un rol directo o central en la fundamentación del *exeundum*. En su lugar, ese papel lo desempeñaría el postulado jurídico de la razón práctica y, consecuentemente, la propiedad.

El profesor Horn tiene razón al desechar distintas variantes del individualismo normativo, tanto hobbesiano como lockeano. Efectivamente, Kant no fundamenta el derecho en consideraciones estratégico-prudenciales ni en razones de eficiencia. Por el contrario, para Kant, y como bien observa Horn, la necesidad de pasar a un estado civil (*Staatzustand*) es un deber incondicionado y, en consecuencia, un fin que se debe tener.

No obstante, hay algunos pasajes mucho menos convincentes en la argumentación de Horn. Por ejemplo, aquel en que sostiene que Kant “no defiende en ninguna parte la idea temprano-moderna de derechos humanos” (*Menschenrechte*), y que la prueba de ello es que, si el mandato de fundar un Estado estuviera basado en la protección de los derechos, entonces Kant “habría incluido también un derecho de resistencia y quizás también un derecho a la revolución” (181). No resulta claro por qué debería afirmarse que una fundamentación del Estado basada en los derechos humanos debería conducir necesariamente al reconocimiento de un derecho de resistencia. Después de todo, otras razones de justicia –o incluso los derechos individuales– podrían ser lo suficientemente fuertes para proscribir un derecho tal. Bien podría ser ese el caso de Kant, para quien el “estado de naturaleza” es de suyo injusto, pues allí no existe juez o autoridad que haga valer los derechos de cada cual. Tampoco es convincente la vinculación excesivamente rápida que hace Horn entre la función protectora o garante que ciertas visiones típicamente contractualistas atribuyen al Estado y la lógica consecuencialista que, en efecto, resulta incompatible con la filosofía práctica de Kant. Y ello no porque crea que Kant es o deba ser considerado un contractualista², sino

² Respecto del papel del contractualismo en Kant, véase Schwember (2007) y (2014). Las obras de Kant se citan según la edición de la *Academia de las Ciencias de Berlín*, indicando primero el volumen, luego la página de donde es tomada la referencia. Cito la versión española de *Metafísica de las costumbres* (2005) y de *Teoría y praxis* incluida en (2004).

porque esa función protectora podría fundarse en razones diferentes a las esgrimidas por el contractualismo o el consecuencialismo. Dicho de otro modo, aunque comparto las objeciones de Horn a los intentos por ofrecer una interpretación moralista (i.e., basada en lo que denomina individualismo normativo o contractualismo moral) de la filosofía política y jurídica de Kant, no comparto su estrecha caracterización de las teorías de la implementación. No veo por qué no podría existir una teoría de la implementación concebida o fundada en razones deontológicas. La misma filosofía crítica kantiana podría ser un ejemplo de ello, en la medida en que la instauración de un Estado conforme a principios jurídicos es una condición de la realización de la libertad externa en el mundo sensible.

Sin embargo, en el presente trabajo pasaré por alto estas diferencias globales para concentrarme, en su lugar, en la interpretación que Horn hace del papel de la *lex permissiva* que Kant introduce en el § 2 de la *Doctrina del derecho*, mediante el postulado jurídico de la razón práctica (PJRP). Después de todo, esas diferencias globales acerca de la obra se originan o explican, en gran medida, por nuestras diferencias acerca de la interpretación y el papel de la *lex permissiva* introducida por el PJRP. Asimismo, creo que la lectura, digamos, realista de Horn de la doctrina del derecho de Kant pierde gran parte de su fuerza si la interpretación de la *lex permissiva* que yo defiendo es la correcta.

En la lectura realista de Horn, la *lex permissiva* permite explicar el deber de pasar del estado de naturaleza al estado civil sin necesidad de recurrir a explicaciones morales que derivan o hacen depender de un modo directo o fuerte el *exeundum* del imperativo categórico kantiano. Con ello se evitan múltiples dificultades exegeticas (ciertamente enojosas) y se puede reconstruir la posición kantiana del siguiente modo: en virtud de la *lex permissiva* del PJRP, los agentes están autorizados a hacer algo que normalmente, en virtud de los principios generales del derecho (el principio universal del derecho enunciado en § 4 o el derecho nativo a la libertad), no se puede hacer: imponer unilateralmente una obligación a otros. ¿En qué consiste esta obligación? En que se abstengan de usar aquellos objetos de los que nos hemos apropiado con antelación. Ahora bien, el que podamos apropiarnos

de objetos exteriores se explica porque, de lo contrario, “nuestro nivel de libertad sería extremadamente bajo” (Horn, “¿Qué es erróneo?” 91). Así, lo que hace la *lex permissiva* no es otra cosa que autorizar excepcionalmente el uso de la fuerza (o violencia, *Gewalt*) para instituir la propiedad y, con ello, sentar las bases que permitirán instaurar un orden jurídico (Horn, *Nichtideale Normativität* 182).

Horn insiste en el carácter violento de las apropiaciones originarias, así como en la necesidad de esta misma usurpación con vistas al establecimiento de un Estado y, con ello, de un ordenamiento jurídico: “Los seres humanos tienen derecho a apropiarse de bienes violentamente, por cuanto excluyen brutalmente de su uso a otros y tienen derecho a forzarse mutuamente a entrar en un orden jurídico” (“¿Qué es erróneo?” 86).

En otro lugar afirma que Kant:

Tampoco concibe, por tanto, la superación del estado de naturaleza como un acto moral de garantía recíproca de derechos de propiedad; más bien piensa la superación del problema de un mío y tuyo exterior como el acto de coerción de un usurpador, al que una *lex permissiva* autoriza a dar este paso [de la apropiación originaria]. (Horn, *Nichtideale Normativität* 201)

Esta interpretación de *lex permissiva* no solo permite resolver o evitar las dificultades de las lecturas moralistas de la doctrina kantiana del derecho, sino que, además, permite explicar la factibilidad del deber de transitar a un estado jurídico, así como vincular la realización de dicho deber a un ordenamiento jurídico concreto, a un Estado histórico concreto (196 y ss). ¿Por qué? Porque en opinión de Horn, aunque el principio universal del derecho (PUD) y el derecho nativo a la libertad contengan los criterios para un ordenamiento jurídico en general, en ningún caso son suficientes para dar cuenta del deber del *exeundum* o no, al menos, para dar cuenta del mismo como un deber realizable. En este sentido, la lectura de Horn respecto de la *lex permissiva* hace las veces de bisagra entre el mundo ideal de los principios y el mundo histórico-empírico en que la libertad se ejerce. Quien se apropia de algo en estado de naturaleza, lo adquiere para sí de

modo provisional (i.e., precario, incierto), pero, al mismo tiempo, ha dado el paso para el establecimiento *hic et nunc* de un estado jurídico, sobre todo en la medida en que puede y está incluso autorizado a emplear la fuerza para hacer valer su señorío y retener aquello de lo que se ha apropiado. Por eso Horn se refiere a la propiedad como a una “condición constitutiva de los órdenes jurídicos concretos” (196).

En este artículo disputaré esta interpretación de la *lex permissiva*. La razón principal para hacerlo es que ella obliga a concebir las instituciones del derecho privado —la propiedad, los contratos y el derecho de familia— como fundadas en excepciones a los principios generales del derecho. Sin embargo, esa conclusión es inaceptable. No es posible que el derecho privado y, a la larga, también el derecho público, descansen en excepciones a los principios generales del derecho. A esa conclusión se ve arrastrado, no obstante, no solo el profesor Horn, sino una larga serie de intérpretes³. El origen del error se encuentra —como han demostrado Byrd y Hruschka⁴—, no solo en la extrapolación indebida del sentido de *lex permissiva* que Kant emplea en la *Paz perpetua* a la *Doctrina del derecho*, sino, además, en la interpretación indebidamente restrictiva que Horn y dichos intérpretes hacen del concepto kantiano de objeto exterior del arbitrio. Horn se refiere repetidamente a esos objetos como bienes (*Gütern*), en circunstancias de que Kant incluye entre ellos las cosas y ciertos actos determinados (una prestación) o el estado de otros.

Por tanto, la estrategia que sigue este trabajo es doble. Por una parte, y para evitar la escandalosa afirmación de que la propiedad —y demás instituciones del derecho privado— descansan en una excepción a los principios generales del derecho, ofreceré, siguiendo a Byrd y Hruschka, una interpretación alternativa de la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho* de Kant. Según ella, la *lex permissiva* lo es, no en el sentido de conceder una dispensa a los mandatos o prohibiciones generales del derecho, como cree

³ Por ejemplo, Gregor (1963), Brandt (1981), Flikschuh (2000), Weinrib (2002), Kersting (2007) o Skees (2009).

⁴ Véase Hruschka (2004), Byrd y Hruschka (2010) o Hruschka (2016).

Horn, sino en el sentido de habilitar o conferir un poder para hacer algo que no es de suyo injusto y que no está, sin embargo, contenido o previsto en los principios generales del derecho. No creo necesario extenderme demasiado en las ventajas de esta interpretación de la *lex permissiva*. El hecho de que permita evitar la conclusión —que he calificado de escandalosa— de que las instituciones del derecho privado se fundan en excepciones a los principios generales del derecho, me parece razón suficiente para preferirla a aquellas que sí arriban a dicha conclusión. En ese sentido, creo que la versión global que se obtiene de la filosofía del derecho de Kant a partir de la *lex permissiva* habilitante —mucho más coherente y elegante— es suficiente para invertir la carga de la prueba en la discusión con Horn u otros que, como él, interpreten la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho* como una ley que concede excepciones o dispensas al cumplimiento de los principios generales (llamémosla ley permisiva dispensatoria).

Por otra parte —o cabría mejor decir paralelamente—, a través de la explicación de la *lex permissiva* habilitante de la *Doctrina del derecho*, espero dejar también en claro cómo y por qué la posesión del arbitrio (los derechos personales) o del estado de otro (lo que Kant denomina derechos personales-reales) son posibles también por la *lex permissiva* introducida por el PJRP. Esta aclaración podría parecer redundante, toda vez que el mismo Kant incluye expresamente los actos del arbitrio y el estado de otro entre los objetos exteriores del arbitrio, cuya posibilidad de adquisición viene dada por la *lex permissiva*. Sin embargo, resulta difícil —por no decir imposible— advertir el sentido de esa inclusión, si no se da con la acepción de *lex permissiva* que es condición de posibilidad del mismo. Y ciertamente la oscuridad y parquedad de la explicación del propio Kant, así como la equivocidad del concepto de *lex permissiva*, conspiran contra la probabilidad de ese hallazgo.

Con todo, lo anterior no pretende negar la plausibilidad a la interpretación no moralista que Horn hace de la *Doctrina del derecho*. El que la *lex permissiva* introducida por el PJRP deba ser interpretada como una ley habilitante en lugar de una ley dispensatoria no invalida su tesis acerca del carácter no

moral del deber de abandonar el estado jurídico⁵. Le priva, sí, de algunos argumentos en su favor. En compensación, le ofrece una interpretación de la doctrina kantiana del derecho que presenta sus principios más generales en consonancia con las instituciones jurídicas que los realizan.

2. EL DERECHO NATIVO A LA LIBERTAD Y EL PRINCIPIO UNIVERSAL DEL DERECHO (§ 4)

Kant introduce el PJRP inmediatamente después de explicar la diferencia entre la posesión fenoménica y la posesión nouménica. Esta última es una posesión sin tenencia, es decir, una forma de posesión que trasciende las condiciones espaciotemporales y la prueba de su posibilidad representa la principal dificultad que debe sortear la doctrina del derecho. Esta dificultad se explica porque la justificación de la posesión nouménica –a diferencia de la fenoménica– requiere ir más allá de las condiciones que garantizan la integridad de mi propia persona. Como observa Kant, quien hace uso sin mi consentimiento de algo que está físicamente en mi poder, necesariamente lesiona al mismo tiempo mi persona (*RL*, AA 6: 248). No es ese el caso de la posesión nouménica, en que la posesión no es física, y por eso Kant dice que la proposición que afirma la posesión fenoménica es una proposición analítica, mientras que la que afirma la proposición nouménica es sintética (*RL*, AA 6: 249-250).

Las condiciones que garantizan mi propia integridad están contenidas en lo que Kant llama la *lex iusti*⁶, que refleja los presupuestos normativos mínimos para el ejercicio de la causalidad libre en el mundo empírico. O, dicho de otro modo, la *lex iusti* consagra las condiciones de la agencia en el

⁵ Todavía podría ser el caso que, como sostiene Willaschek, la teoría kantiana del derecho expresara una normatividad *sui generis*.

⁶ Para el significado de los distintos tipos de leyes (*lex iusti*, *lex iuridica*, *lex iustitiae*) y los distintos tipos de justicia (*iustitia tutatrix*, *iustitia commutativa*, *iustitia distributiva*), así como la relación que Kant establece entre todas ellas, véanse los primeros dos capítulos de Byrd y Hruschka (*Kant's Doctrine of Right*).

plano jurídico. Tal agencia, que prescinde de la máxima como no sea para calificar *ex post* el tipo de acción que se realiza, corresponde a lo que Kant denomina arbitrio (*Willkür*) (*RL*, AA 6: 213). La necesidad de garantizar igual imparcialmente el ejercicio del arbitrio de los diferentes agentes lleva a Kant a definir el derecho precisamente como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad” (*RL*, AA 6: 230).

Por la misma razón, la posibilidad de la coexistencia de los arbitrios se erige como criterio de conformidad a derecho de las acciones. El principio universal del derecho (PUD) formula ese criterio del siguiente modo: “Una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal” (*RL*, AA 6: 230).

Por su parte, el derecho nativo a la libertad –el **único** que tenemos de esa clase, dice Kant– es la expresión en clave subjetiva de las condiciones para el ejercicio de la libertad del arbitrio recogidas por el PUD. De este modo, tal derecho puede ser entendido como un derecho a la propia personalidad, i.e., como el derecho a ser reconocido y tratado por todos los demás como una persona y no como una cosa, es decir, como el derecho a tener derechos⁷. Por eso afirma Kant que “es este derecho **único**, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad” (*RL*, AA 6: 237).

El mismo Kant va **más** allá de esta formulación general e identifica algunas facultades (*Befugnisse*)⁸ que corresponden al derecho nativo a la libertad: la libertad, la igualdad, la cualidad de *sui iuris* y la integridad (*iusti*). La libertad –como facultad del derecho nativo a la libertad, se entiende– es “la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro”. La igualdad, por su parte, consiste “en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles” (básicamente lo que hoy conocemos como igualdad ante la ley) (*RL*, AA 6: 237-238).

⁷ “Understood as such, the general innate right to freedom is not a right to any specific object, but rather a right to have rights” (Mulholland 213).

⁸ “Todas estas facultades se encuentran ya en la libertad innata y no se distinguen realmente de ella” (*RL*, AA 6: 238, énfasis mío).

La explicación de estas facultades es retomada por Kant en la segunda parte de la *Doctrina del derecho* —que trata del derecho público— para desarrollar sus implicancias políticas. Allí Kant se refiere a ellas como los “atributos jurídicos esenciales” (“*rechtliche unabtrennliche Attribute*”) del ciudadano (RL, AA 6: 314). Estos atributos corresponderían, en primer lugar a la “libertad legal de no obedecer ninguna otra ley más que aquella a la que [el ciudadano] ha dado su consentimiento”; a “la igualdad civil, es decir, no reconocer ningún otro superior en el pueblo, solo a aquel que tiene la capacidad moral de obligar jurídicamente del mismo modo que este puede obligarle a él” y, en tercer lugar,

al atributo de la independencia civil, es decir, no agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro en el pueblo, sino a sus propios derechos y facultades como miembro de la comunidad [...] por consiguiente, la personalidad civil que consiste en no ser representado por ningún otro en los asuntos jurídicos. (RL, AA 6: 314)

La calidad de *sui iuris*, por su parte, parece aquí hacer referencia al hecho de que no existen señores o siervos por naturaleza y de que las obligaciones deben poder ser aceptables para todos.

Antes, en *Teoría y praxis*, Kant ya se había referido a la libertad como el derecho que cada hombre tiene de buscar su felicidad del modo que mejor le parezca con tal que con ello no haga imposible la coexistencia de libertades según una ley universal (TP, AA 8: 290). La igualdad, por su parte, supone dos cosas. Primero el derecho a la igual coacción recíproca entre los ciudadanos (con excepción del jefe de Estado) conforme al principio jurídico y, segundo, la abrogación de los privilegios innatos o hereditarios. Por eso, sobre la base del principio de igualdad, Kant concluye que “cada miembro de la comunidad debe poder alcanzar dentro de ella una clase de cualquier nivel [...] al que puedan llevarle su talento, su aplicación y su suerte” (TP, AA 8: 292). El tercer principio —el de la independencia— consiste en la capacidad de ser legislador, capacidad

que encuentra expresión en la ciudadanía y que requiere, según Kant, dos condiciones, una condición natural (no ser menor de edad ni ser mujer) y otra adquirida, la de ser su propio señor (*sui iuris*), esto es, tener alguna propiedad, “incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia” (TP, AA 8: 295). La calidad de *sui iuris* es entendida aquí como el conjunto de condiciones que resultan indispensables para el goce y ejercicio pleno de la capacidad política.

Ciertamente, no podemos ni debemos esperar obtener del principio universal del derecho o del derecho nativo a la libertad todos los derechos consagrados normalmente en las constituciones liberales y democráticas modernas, ni mucho menos. Sin embargo, es claro que lo que se ha dado en llamar derechos de primera generación (derecho a la integridad física y psíquica, libertad ambulatoria, libertad de conciencia, etcétera) y algunos de los derechos de segunda generación (derechos de participación política) se siguen directa o indirectamente del PUD y del derecho nativo a la libertad.

En cualquier caso, tanto en el PUD como en el derecho nativo –los derechos de primera generación que se siguen directamente de ellos– definen lo que Kant denomina en la doctrina del derecho lo “suyo interno” de cada uno. Para la deducción de lo suyo externo se requieren de premisas adicionales que, como bien ve Horn, el PUD y el derecho nativo a la libertad no proporcionan.

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL POSTULADO JURÍDICO DE LA RAZÓN PRÁCTICA (PJRP)

La primera parte de la doctrina del derecho corresponde al derecho privado y en ella Kant trata lo que denomina derechos naturales adquiridos, es decir, derechos naturales que no son innatos y que podemos adquirir por un acto de nuestro arbitrio. Estos corresponden a los derechos reales, los derechos personales y a lo que Kant denomina derechos personales-reales. El adjetivo naturales hace referencia aquí al hecho de que son lógicamente

anteriores al Estado y a que, de hecho –aunque esto precisamente es lo que Horn no acepta– el Estado es instaurado y existe para garantizarlos, junto con las demás condiciones que permiten la coexistencia de los arbitrios según una ley universal.

Esta función del Estado queda expresada en la interpretación que Kant ofrece de los deberes de Ulpiano, “sé un hombre honesto”, “no dañes a nadie” y “da a cada uno lo suyo” (*RL*, AA 6: 236-237). Como convincentemente han explicado Bryd y Hruschka, las tres leyes que Kant asocia a los tres deberes en la introducción a la *Doctrina del derecho*, la *lex iusti*, la *lex iuridica* y la *lex iustitiae*, contienen las condiciones de la posibilidad, realidad y necesidad del derecho, respectivamente (Byrd y Hruschka, *Kant's Doctrine of Right* 44-70). El PUD y el derecho nativo a la libertad se encuentran entre los principios e instituciones que se corresponden con la *lex iusti*. El derecho privado, en cambio, describe las condiciones bajo las cuales un objeto exterior del arbitrio puede llegar a ser mío, jurídicamente mío. De ahí que el derecho privado trate, en lo fundamental de los diversos modos de adquisición de esos mismos objetos. Con ello el derecho adquiere realidad en el sentido de que, a contar de estas adquisiciones, existe, al fin, lo suyo exterior de cada uno. A partir de la realidad de estas adquisiciones interpreta, además, Kant el alcance del segundo deber de Ulpiano: no dañar a otros significa no dañarlos en lo suyo interno y externo.

La *lex iustitiae*, por último, contiene las condiciones bajo las que los derechos adquieren necesidad. Esas condiciones, como se sabe, son las que se crean con la instauración de un estado de derecho, definido y administrado con arreglo a los principios de una constitución republicana (i.e., en el sentido de que disponga de un sistema político con separación de poderes). El derecho público trata, precisamente, de los principios conforme a los que ese estado puede ser erigido. El cometido esencial, por consiguiente, del derecho público es tornar perentorios los derechos meramente provisionales que los agentes tienen en estado de naturaleza (*RL*, AA 6: 264). Como veremos, ‘perentorios’ significa únicamente carentes de eficacia y no, además, carentes de validez. Kant, de hecho, da por descontada esa validez

al establecer el deber de salir del estado de naturaleza e instaurar un estado civil. Su interpretación del tercer deber de Ulpiano da cuenta –de modo algo alambicado– de ello.

Pero ¿cómo se puede probar la posibilidad de los derechos naturales adquiridos? O, dicho de otro modo, ¿cómo se puede transitar de la *lex iusti*, que contiene las condiciones de posibilidad del derecho, a la *lex iuridica*, que contiene las condiciones de realidad del derecho?

En este punto es preciso advertir que la posibilidad de tener como míos objetos exteriores del arbitrio no se sigue ni está lógicamente contenida en el PUD. Tal principio exige que las diferentes libertades externas puedan coexistir según una ley universal. Y nada más. El problema de la posibilidad del uso de los objetos exteriores del arbitrio no queda cubierto por el PUD. Por tanto, a partir solo de dicho principio no puede justificarse la posibilidad de usar los objetos exteriores del arbitrio. Otro tanto cabe decir respecto del derecho nativo a la libertad. Como observan Byrd y Hruschka, es perfectamente posible, al menos desde un punto de vista formal, concebir el derecho nativo a la libertad sin pensar, sin embargo, en una autorización general para poder hacer uso de los objetos exteriores del arbitrio (Byrd y Hruschka, *Kant's Doctrine of Right* 115). La posibilidad de esta separación al menos formal revela que, a este respecto, el nexo entre el derecho nativo a la libertad y la posibilidad del uso de los objetos exteriores del arbitrio no es analítica, sino sintética. Por tanto, el **único** modo de lograr la vinculación entre ambos es encontrar un tercer miembro que sirva de mediador entre mi arbitrio y los objetos exteriores. Ese miembro mediador es, precisamente, el PJRP, que reza del siguiente modo:

Es posible tener como mío cualquier objeto exterior de mi arbitrio; es decir, es contraria al derecho una máxima según la cual, si se convirtiera en ley, un objeto del arbitrio tendría que ser en sí (objetivamente) un objeto sin dueño (*res nullius*). (RL, AA 6: 246)

El hecho de que estemos autorizados a usar distintos objetos exteriores del arbitrio no es un asunto tan obvio como podría pensarse. Piénsese, por

ejemplo, en el caso de las cosas, ¿por qué hemos de comportarnos o por qué hemos de asumir que las cosas están ahí para nosotros (o que lo están como si hubieran sido puestas allí para nosotros)? Esa asunción es aún más fuerte si, a la posesión física (tener la cosa en mi poder, quizá consumirla, etcétera), sumamos la posesión nouménica.

El PJRP es introducido para solventar esta dificultad, así como para mediar entre el PUD y el derecho nativo a la libertad, por una parte, y la posibilidad de apropiación de objetos exteriores del arbitrio. ¿Cómo resuelve la dificultad señalada el PJRP? Como, evidentemente, no se puede ofrecer una prueba teórica de nuestro derecho a usar y poseer los objetos exteriores del arbitrio (i.e., demostrar especulativamente que el mundo y los objetos exteriores del arbitrio están ahí para nuestro uso, disfrute, etcétera), debemos admitir que tenemos un derecho tal, sobre la base de consideraciones prácticas. En este sentido Kant ofrece un **único** argumento que establece apagógicamente la posibilidad de usar los objetos exteriores del arbitrio y que apela, en definitiva, a la contradicción práctica entre la libertad y sus posibilidades de realización en el mundo sensible. Se trata, más específicamente, de “una contradicción de la libertad externa consigo misma”, que Kant explica del siguiente modo:

La libertad se privaría a sí misma de usar su arbitrio con relación a un objeto del mismo, al imposibilitar el *uso* de objetos *utilizables*, es decir, al anularlos desde el punto de vista práctico y convertirlos en *res nullius*; aunque el arbitrio en el uso de las cosas coincidiera *formaliter* con la libertad exterior de cada uno según leyes universales. (RL, AA 6:246)

El punto de partida del PJRP –i.e., que es posible tener los objetos exteriores del arbitrio como míos– descansa en la creencia de *que no hay ni puede haber nada en los objetos exteriores* por lo cual dichos objetos queden, desde un punto de vista práctico, situados más allá de nuestro arbitrio y no puedan, por tanto, llegar a ser míos. Conforme a dicho punto de partida, basta con que algo sea objeto de mi arbitrio para que por ello pueda ser automáticamente considerado desde un punto de vista práctico como

esencialmente susceptible de uso. Esto incluye a todos los objetos posibles del arbitrio⁹. No solo porque la enumeración de los posibles objetos del arbitrio que cumplen esta condición constituye una tarea imposible e inoficiosa, sino porque, como afirma Kant, “la razón pura práctica no adopta sino leyes formales del uso del arbitrio y, por tanto, abstrae de la materia del arbitrio, es decir, de la restante constitución del objeto” (*RL*, AA 6: 246). Por consiguiente, en conformidad con las leyes puramente formales que la razón práctica prescribe para el uso de los objetos exteriores del arbitrio, “con tal de que [algo] sea un objeto del arbitrio” (y lo son, como sabemos, los indicados en el § 4) queda *a priori* incluido en el campo de mi posible actividad causal. En consecuencia –y esto es, precisamente, lo que pretende dejarse asentado en el § 2– debe admitirse que todos los posibles objetos exteriores del arbitrio son de suyo susceptibles de uso y que, por lo mismo, no pueden existir razones *a priori*, originadas en alguna propiedad o atributo de los mismos, en virtud de los cuales el uso de alguno de ellos quede prohibido de modo absoluto (*RL*, AA 6: 246).

Llegado este punto, y al final del § 2 en que introduce el PJRP, Kant explica que:

⁹ Hruschka ha insistido, con razón, en que los objetos exteriores del arbitrio comprenden no solo las cosas (*Sachen*), sino también un acto del arbitrio de otro y el estado de otro: “Kant thinks of exactly three types of external objects of choice in connection with the postulate of practical reason regarding rights: “(1) a (corporeal) *thing* external to me; (2) another’s *choice* to perform a specific deed (*prestatio*), (3) another’s *status* in relation to me”. Consequently the postulate relates to (1) my possible ownership of things, or property; (2) my possible contractual claims as a promise against a promisor; (2) my possible relations to another person, such as in a marriage, as someone with parental rights, or with rights as the “head of a household” (62). En este pasaje Hruschka no hace más que reiterar lo mismo que dice expresamente Kant. Sin embargo, tal reiteración no es inoficiosa en atención a la persistencia del error que consiste en creer que los objetos exteriores del arbitrio comprenden solo las cosas o que la *lex permissiva* es necesaria **únicamente** para la adquisición de cosas. La objeción de Horn de que los partidarios de la interpretación moral de la *Doctrina del derecho* “deberían poder responder por qué [...] Kant aísla, en estricto sentido, la cuestión de la propiedad del resto de los derechos individuales subjetivos” (Horn, *Nichtideale Normativität* 84), arranca precisamente de ese error. Kant en realidad jamás hace esa separación de la que habla Horn.

Este postulado puede llamarse una ley permisiva (*lex permissiva*) de la razón práctica, que nos confiere la competencia que no podríamos extraer de los meros conceptos del derecho en general; a saber, imponer a todos los demás una obligación que no tendrían de no ser así: la de abstenerse de usar ciertos objetos de nuestro arbitrio, porque nos hemos posesionado de ellos con antelación. (RL, AA 6: 247)

El concepto de *lex permissiva*, sin embargo, es equívoco. Horn, como muchos otros intérpretes, cree que en este pasaje Kant introduce una ley permisiva que introduce excepciones al PUD y al derecho nativo a la libertad. Si ese fuese el caso, como adelantábamos, la propiedad y todas las demás instituciones del derecho privado se fundarían en una excepción a los principios generales del derecho. Esta conclusión debería llevarnos por sí sola a revisar la interpretación de la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho* como una *lex permissiva* dispensatoria. Pero si no es una *lex permissiva* de ese tipo ¿de qué clase es? ¿Cómo se debe entender la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho*?

4. LOS DIFERENTES SENTIDOS DE *LEX PERMISSIVA*, LA INTERPRETACIÓN DE HORN Y LA *LEX PERMISSIVA* DE LA *DOCTRINA DEL DERECHO*

El concepto de *lex permissiva* puede tener al menos tres sentidos. Una primera acepción es que la ley permisiva es aquella que se puede entender en virtud del silencio de la leyes imperativas y prohibitivas. Como dice Suárez, en este sentido, la ley permisiva consiste más bien en la negación de un precepto o de una prohibición, es decir, en la falta de ley que regule positivamente el acto de que se trata. Así, todo aquello que la ley no manda ni prohíbe, y que es moralmente indiferente, puede ser lícitamente hecho. Pero, como afirma también Suárez, “la permisión –explicada de esta manera– es solamente negación. Luego, no es efecto de la ley, sino negación de la ley” (*Tratado de la leyes y de Dios legislador* I, XV, 5). Este no es, evidentemente, el sentido de

la *lex permissiva* introducida por el postulado jurídico de la razón práctica. En el segundo sentido, la ley permisiva es aquella que otorga una dispensa para hacer algo que ordinariamente está prohibido o para no hacer algo que es normalmente obligatorio. La autorización para dar muerte a alguien, si hiciera falta, en caso de legítima defensa, podría ser un caso de este tipo de *lex permissiva*.

Kant emplea este sentido en un famoso pasaje de la *Paz perpetua* en que se refiere al aplazamiento del cumplimiento de algunos de los artículos para la paz perpetua entre los Estados (*ZeF*, 8: 347). Y es en este sentido que podemos llamar dispensatorio –es decir, en el sentido de una ley que introduce una excepción a los conceptos del derecho en general– que el profesor Horn interpreta la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho*. La excepción en este caso sería la autorización para imponer de modo unilateral a todos los demás, por medio de nuestras adquisiciones, y contra lo dispuesto por el PUD y el derecho nativo a la libertad, la obligación de abstenerse de usar aquello de que nos hemos apropiado con antelación.

Más específicamente, la contradicción entre los principios generales del derecho y la *lex permissiva* podría explicarse del siguiente modo: de conformidad con el PUD y el derecho nativo a la libertad, los agentes son todos libres, iguales y *sui iuris*; conforme a ellos vale el principio *omnis obligatio est contracta*: nadie tiene más obligaciones que aquellas que ha contraído; nadie puede, por tanto, imponer unilateralmente obligaciones a otros (*VARL*, AA 23: 219). Sin embargo, en virtud de la *lex permissiva* del PJRP, esa prohibición es (¿excepcionalmente?) suspendida o levantada. Tal suspensión permite que los actos unilaterales de apropiación tengan efectos jurídicos o sirvan como títulos (aunque fuere imperfectos) para el nacimiento posterior del dominio.

Es preciso no perder de vista, además, todo lo que supone para Horn la excepción introducida por la *lex permissiva*. En su concepto, la autorización de las apropiaciones unilaterales envuelve, en buenas cuentas, la licencia para emplear eventualmente las amenazas y la violencia. La propiedad sería introducida, entonces, por medio de la fuerza bruta, y la usurpación originaria que por ella tendría lugar provocaría una situación de inseguridad

y hostilidad permanentes, que no cesaría ya más que con un acto de violencia definitiva que, con todo, conducirá a la paz y a la realización del derecho: el establecimiento del Estado. Dicho establecimiento, por otra parte, sería el estado de cosas propiciado por el adquirente/usurpador, quien necesita que los demás (i.e., aquellos a los que excluye del uso y disposición de la cosa de que se apropia) se avengan al nuevo estado de cosas, reconozcan su señorío y, en **último** término, se sometan a las reglas que la introducción de la propiedad necesariamente supone. En este sentido, su forma de proceder está legitimada en tanto “tiene la idea del derecho de su lado, o sea, la idea de un orden de propiedad inteligible y la idea de un aseguramiento perentorio concreto de este orden” (Horn 2014: 215). En esta lectura, por tanto, el adquirente/usurpador es algo así como un agente no intencionado de la realización del derecho y por eso el profesor Horn afirma que Kant “trata la cuestión de la propiedad para presentarla como una especie de “artimaña de razón” (Horn, *Nichtideale Normativität* 221).

Sin embargo, esta interpretación que toma la *lex permissiva* como una ley que introduce excepciones a las reglas generales del derecho es insostenible. Primero, porque Kant parece entender **más** bien que el uso de los objetos exteriores del arbitrio a que autoriza la *lex permissiva* es compatible con el PUD. Por ejemplo, dice que la primera apropiación de un terreno “concuerta con la ley de la libertad exterior” (*RL*, AA 6: 251) o que los objetos exteriores del arbitrio dejarían de serlo desde un punto de vista práctico, si no pudieran estar jurídicamente nunca en mi poder, “es decir, si usarlo no fuera compatible (fuera injusto) con la libertad de cualquier otro según una ley universal” (*RL*, AA 6: 246). Y esta demanda de concordancia formal es lógica, porque si hubiera contradicción entre la *lex permissiva* y los principios generales del derecho, entonces todas las adquisiciones serían imposibles moral y jurídicamente. Los objetos exteriores del arbitrio deberían ser considerados, para todos los efectos prácticos, como *res nullius* en sí.

En segundo lugar, porque por *lex permissiva* debería entenderse que todo el derecho privado –no solo la propiedad, sino también el derecho contractual y el derecho de familia– está fundado o descansa en una

excepción a los principios y reglas generales del derecho o, al menos, como en violaciones provisionales a dichos principios y reglas. Evidentemente ninguna interpretación que obliga a entender todo el derecho privado como fundado en excepciones o violaciones (aunque fueren provisionales) a las reglas generales del derecho puede ser una interpretación satisfactoria de una doctrina del derecho, especialmente cuando hay otra disponible que evita esta escandalosa conclusión.

¿Cuál es esa interpretación alternativa? La que parte del tercer sentido posible de *lex permissiva*, a saber, de la *lex permissiva* como ley habilitante o concesiva. Antes de desarrollar esa interpretación, permítaseme ilustrar este tercer sentido de *lex permissiva* recurriendo nuevamente a Suárez, que la explica con algún detalle. Después de haber explicado los dos primeros sentidos, se refiere al tercero en los siguientes términos: “En efecto, cuando la permisión es acerca de un acto por lo demás bueno, no solo no lo prohíbe, sino que además –siendo como es bueno– *da positiva facultad y licencia o algún derecho (ius) a él*” (I, XV, 11; énfasis mío).

Esta forma de permisión, que Suárez llama concesiva, es esencialmente diferente de la permisión que otorga una excepción o dispensa. Suárez subraya la diferencia entre ambas en los siguientes términos:

Esta doctrina [i.e., la que establece que lo que se permite es lo que no se puede prohibir y se hace, por tanto, de mala gana] es verdadera si se trata de permitir un mal, y para casos así nos sirve muy bien; pero no es aplicable al caso de las segundas nupcias una vez muerto el primer cónyuge, porque esas nupcias son buenas y –hablando con propiedad– no se mandan, porque ninguno está obligado a ellas. (I, XV, 10)

Es posible ilustrar el sentido de la *lex permissiva* concesiva recurriendo a la regulación que tienen ciertas instituciones jurídicas de derecho privado, como el matrimonio, la propiedad y la celebración de ciertos contratos. Todas estas instituciones descansan sobre leyes permisivas concesivas en el siguiente sentido: los actos por el cual dichas instituciones originan derechos a nuestro favor, no están ni prohibidos ni ordenados preceptivamente.

Así, por ejemplo, del hecho de que el matrimonio no esté prohibido no se sigue que sea preceptivo contraerlo. Ocurre más bien que los individuos están sencillamente autorizados a contraer matrimonio, que son libres de contraerlo, si así quieren hacerlo, cumpliendo ciertos requisitos generales. Lo mismo ocurre para el caso de la propiedad o de la celebración de los contratos.

En segundo lugar, es importante advertir la diferencia entre los actos que son autorizados por las leyes permisivas dispensatorias y las que lo son por una ley permisiva concesiva. En el caso de los *últimos* se autoriza a realizar un acto que está normalmente prohibido o a abstenerse de hacer un acto que está normalmente mandado. Con el caso del matrimonio, como con las demás instituciones del derecho privado, ese no es el caso. Y Suárez cree que la diferencia estriba en que el matrimonio, la propiedad, la celebración de un contrato, así como otros actos del derecho privado son buenos. Y es el hecho de que sean buenos, precisamente, lo que nos da una licencia y autorización a realizarlos.

En tercer lugar, es importante advertir que resulta evidente que para dar cuenta de las condiciones bajo las que tales instituciones son posibles se necesita de un *tertium quid* entre las leyes preceptivas y las leyes prohibitivas. Este *tertium quid* es, precisamente, la ley permisiva concesiva: hay actos que no están prohibidos, pero que tampoco son obligatorios; son sencillamente lícitos, de modo que debe haber una *lex permissiva* que otorgue una facultad positiva y licencia y un cierto derecho a hacer todo eso.

En otro pasaje Suárez es aún más claro respecto del sentido de la *lex permissiva* que aquí nos interesa:

En efecto, en la ley natural hay muchas cosas de las que pueden hacerse honestamente en virtud de la ley natural, las cuales no se mandan ni tampoco se prohíben sus contrarias; y así puede decirse que existe también un derecho natural concesivo, cual es el derecho de casarse, el derecho de retener y conservar la propia libertad, ya que esto es honesto y el derecho natural lo concede, no lo manda. (II, XVIII, 2)

Evidentemente, actos como los indicados por Suárez en el pasaje anterior no pueden ser satisfactoria ni adecuadamente tratados en una teoría del derecho que se oriente exclusivamente a partir del binomio prohibición/mandato. Todos estos actos no son mandados ni tampoco están, sin embargo, prohibidos. El *tertium quid* entre las leyes prohibitivas e imperativas resulta esencial para dar cuenta de un sistema de derecho natural y por eso Suárez concluye que

es cosa cierta que concede muchos bienes –digámoslo así– permisivamente más bien que preceptivamente respecto de los particulares a quienes se hace tal concesión. Así –por ejemplo– concedió a los hombres el reparto de la propiedad de las cosas, ya que el repartir las cosas y adquirir propiedad particular es de derecho natural; ahora bien, no lo es por precepto, porque podían los hombres no hacer reparto ni adquirir propiedad particular; luego lo es por permisión. (I, XVI, 7)

5. LA LEX PERMISSIVA, EL PUD Y LA POSIBILIDAD DE LO MÍO Y TUYO EXTERNO EN LA DOCTRINA DEL DERECHO DE KANT

La *lex permissiva* que es introducida por el PJRP tiene por objeto autorizarnos a hacer algo que el PUD y el derecho nativo a la libertad no nos facultan hacer. Como veíamos, esa autorización va más allá del PUD y del derecho nativo a la libertad, no porque los contradiga sino, sencillamente, porque dispone algo no contemplado por ellos. En cualquier caso –y esto es muy importante– el uso jurídico que la *lex permissiva* autoriza debe ser “compatible [...] con la libertad de cualquier otro según una ley universal” (RL, AA 6: 246)¹⁰. Kant presenta esta exigencia de compatibilidad casi como una perogrullada al hacerla sinónimo de “usar jurídicamente” un objeto exterior de mi arbitrio. De hecho, jurídicamente no puede más

¹⁰ Véase también RL, AA 6: 253: “y es mío porque mi voluntad, que se decide a usarlo discrecionalmente, no contradice la ley de la libertad exterior”.

que significar “compatible con la libertad de cualquier otro según una ley universal”. Para abreviar –y recurriendo a la terminología que Nozick aplica a Locke– llamaremos a esta exigencia de compatibilidad “estipulación de Kant”¹¹.

Así las cosas, la apropiación de un objeto exterior del arbitrio es en principio posible por la autorización que me concede la *lex permissiva* cuando, además, tal apropiación es concordante con el PUD (estipulación de Kant). Para simplificar podríamos decir que es lícito tener algo como propio mientras con ello no se impida formalmente el ejercicio de la libertad externa de los demás según una ley universal.

Podemos comenzar ejemplificando la operación de estos principios precisamente mediante la adquisición de los objetos exteriores del arbitrio que Horn cree que Kant trata separadamente de las cosas: un acto del arbitrio de otro y el estado de otro. El matrimonio, cuyo objeto es el estado del otro cónyuge, tiene efecto no solo entre los contrayentes sino también respecto de terceros. En realidad, tiene efectos respecto de todo el mundo. Este efecto *erga omnes* se prueba porque los cónyuges lo son no solo entre sí, sino también respecto de terceros. Esos terceros, por su parte, no tienen derecho a impugnar la calidad de esposos (u a oponerse al matrimonio), porque la misma no entra en contradicción con el PUD. Otro caso ocurre en el caso de los contratos, cuyo objeto cae en la primera de las categorías mencionadas. Piénsese en el caso de las compraventas, cuyos efectos sobre terceros se ven limitados cuando son incompatibles con el PUD. El fraude pauliano ofrece un caso paradigmático de ese tipo de incompatibilidad¹². Todavía podría pensarse en otros casos, como la formación de carteles, los

¹¹ Para un desarrollo más extenso de esta exigencia de concordancia (de la “estipulación de Kant”), cf. Schwember (2013). También Westphal (1997). Se refiere a esta misma limitación Friedrich: “Ein formales praktisches Vernunftgesetz könnte nur dann ein Verbot des Gebrauchs äußerer Objekte enthalten (d.i.: diese objektiv herrenlos machen), wenn dieser Gebrauch schlechterdings niemals in Übereinstimmung mit der allseitigen gesetzlichen äußeren Freiheit sein könnte” (108-09).

¹² Es decir, el que tiene lugar cuando el deudor, a sabiendas del mal estado de sus negocios, enajena sus bienes en perjuicio de sus acreedores. En ese caso, precisamente, el contrato de compraventa es inoponible al acreedor.

contratos simulados, la alteración de precios en subastas mediante cómplices que hacen pujas falsas, etcétera.

El caso de las cosas, por su parte, es análogo al de los otros dos objetos del arbitrio. La apropiación de una *res nullius* mediante la *prima occupatio* es lícita porque es compatible con el PUD. O dicho aún de otro modo, la apropiación de una cosa *sine dominus* no puede, por definición, dañar el derecho de nadie. A lo sumo puede frustrar una expectativa. Y todo ello sin perjuicio del derecho a hacer uso del suelo que se sigue de la *lex iusti* o de otros casos difíciles que podrían pensarse (el náufrago que llega a una isla que tiene dueño, el que necesita beber de la *única* fuente en un desierto, que también tiene dueño, etcétera).

Como estos ejemplos ponen de manifiesto, no es en absoluto necesario pensar en la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho* como en una ley dispensatoria. De hecho, si se la pensara de ese modo, habría que concebir los casos que efectivamente son incompatibles con el PUD (fraude pauliano, los pactos colutorios, la fuente en el desierto, etcétera) como excepciones a la excepción general concedida por la *lex permissiva*. En ese caso, tendríamos una excepción general y luego varias contraexcepciones (*¿ad hoc?*) para sortear dificultades como las indicadas. *Pluralitas non est ponenda sine necessitate*. La interpretación de la *lex permissiva* como una ley habilitante (o concesiva) evita esa solución artificial y aparatosa.

A todo ello se debe sumar aún que, como explican Burd y Hrusckha, la *lex permissiva* de la *Doctrina del derecho* tiene por objeto aquellos actos que Kant denomina meramente permitidos (*bloß erlaubt*) por contraposición a aquellos que denomina permitidos (*erlaubt*) (RL, AA 6: 223)¹³. Los primeros son aquellos actos cuya comisión no está ni ordenada ni prohibida y que, por el contrario, los individuos son libres de decidir si realizan o no. Todos los actos jurídicos que resulta lícito realizar en virtud del PJRP (y del PUD) están en esta categoría. Las acciones meramente permitidas que son objeto de una *lex permissiva* no son, sin embargo, aquellas que son indiferentes desde el punto de vista moral y que Kant denomina *adiaphora*, puesto que

¹³ Al respecto cf. la explicación de Byrd y Hruschka (*Kant's Doctrine of Right* 94-106).

respecto de estas “no se precisaría ley especial alguna” (*RL*, AA 6: 223). Estas **últimas** –como, por ejemplo, vestirse usando un color u otro, comer o no un dulce, etc.– carecen normalmente de relevancia moral y jurídica. Aun cuando los actos meramente permitidos dependen enteramente en su ejecución de la decisión de una persona, una vez que se ha decidido a realizar alguno de estos actos, nadie tiene el derecho de impedírselo. Así, por ejemplo, los individuos tienen el derecho de contraer matrimonio, pero no la obligación de hacerlo. Sin embargo, una vez que dos personas capaces deciden casarse, nadie puede razonablemente oponerse a ello. En consecuencia, –y siguiendo con el ejemplo del matrimonio– en conformidad con la ley permisiva, es posible afirmar que los individuos tienen la libertad de casarse. Lo mismo sucede, naturalmente, con todos los demás actos jurídicos cuya autorización emana de la ley permisiva, la apropiación de algo y la celebración de diferentes tipos de contrato.

El segundo tipo de actos (es decir, los actos permitidos), en cambio, corresponde a aquellos que no están prohibidos¹⁴. En este segundo sentido, está permitido todo lo que al mismo tiempo está mandado por la ley. Así, por ejemplo, yo tengo derecho a no mentir, pues tengo el deber de no hacerlo. En este **último** sentido, por tanto, lo permitido es también obligatorio. Los actos que quedan cubiertos por la ley permisiva que emana del *PJRP* no pueden ser, naturalmente, de este segundo tipo, pues entonces yo estaría obligado a contraer matrimonio, obligado a celebrar contratos, obligado a tener propiedad, etc., lo que resulta absurdo.

Pero en este segundo sentido **también** están permitidos ciertos actos que contravienen una norma general. La legítima defensa con resultado de muerte está en este sentido permitida y amparada por una ley permisiva

¹⁴ “The concept ‘allowed’ is defined negatively. An action is allowed if it is *not contrary* to what the actor must do. The expression ‘allowed’ thus means the same as ‘not prohibited’. Still, it could be that an allowed actions *fulfills* the requirements of an applicable law, that is that the action is ‘required’, or, in Kants terminology, is a ‘duty’. [...] ‘Merely allowed’, according to Kant’s definition, is an action that is ‘neither required nor prohibited’. ‘Merely allowed’ thus means the same as ‘not prohibited *and* not required’. What Kant means however is the ‘*purely* allowed action,’ which is not only not contrary to obligation but which also is not a duty to perform” (Hruschka 49).

que introduce una excepción a la regla general que prohíbe dar muerte a otro. En este caso, no se trata de un acto moralmente indiferente del que, por otra parte, se pueda decir que uno pueda “hacer u omitir a su gusto” (AA VI, 223), como sí ocurre en el caso de los actos meramente permitidos, como los del matrimonio, la adquisición de propiedades o celebración de contratos¹⁵.

Kant se pregunta en el apartado *Conceptos preliminares de la metafísica de las costumbres* si acaso sería necesaria una *lex permissiva* para que a alguien le esté permitido hacer u omitir a su gusto. La pregunta es obviamente retórica, pues, como los ejemplos precedentes dejan claro, esa *lex permissiva* y los actos sobre los que recae son de un género diferente al de los actos permitidos o indiferentes. Por eso, tan solo unas páginas más adelante, Kant introducirá esa ley través del PJRP.

6. CONCLUSIONES

El mayor problema de la interpretación de Horn de la *Doctrina del derecho* consiste en concebir la propiedad como instaurada por medio de una excepción a los principios generales del derecho. El segundo problema radica en que trata separadamente la propiedad de los demás derechos subjetivos, en circunstancias de que, como queda claro a partir del mismo texto de Kant, la *lex permissiva* también habilita la adquisición de los derechos personales y de los derechos personales-reales.

Si la interpretación aquí ofrecida de la *lex permissiva* es correcta y la separación de que habla Horn falsa, no es únicamente la propiedad la que se funda en una excepción a los principios generales del derecho, sino también el derecho contractual y el derecho de familia. Esto expondría de modo flagrante el error de interpretar la *lex permissiva* del § 2 de la *Doctrina del derecho* como una ley dispensatoria. Por esa razón el profesor Horn –y

¹⁵ “It is this meaning of ‘permitted’ –morally possible and not required– that underlies the permissive law” (Byrd y Hruschka, *Kant’s Doctrine of Right* 105).

quienes interpretan del mismo modo la *lex permissiva*— necesitan separar la adquisición de las cosas de la adquisición de los actos del arbitrio y del estado de otros, ya sea afirmando que la *lex permissiva* se aplica solo a la adquisición de cosas, ya sea restringiendo —contra la letra del texto— los objetos exteriores del arbitrio a las cosas, ya sea, en fin, haciendo ambas cosas simultáneamente. Fuera de la “conclusión escandalosa”, esa interpretación abre una serie de dificultades —por ejemplo, respecto de ciertas conductas fraudulentas en los contratos— que se pueden evitar fácilmente con la lectura aquí ofrecida.

Pero, además, la lectura aquí ofrecida no queda en desventaja frente a la del profesor Horn, por lo que a la realizabilidad del deber del *exeundum* se refiere. De acuerdo con la interpretación aquí ofrecida, el *exeundum* se justifica para garantizar de modo perentorio los derechos adquiridos legítimamente en estado de naturaleza, poner fin a la incertidumbre jurídica y al estado de injusticia que en sí mismo supone la falta de una autoridad imparcial que mediante actos de juicio permita resolver las controversias acerca de lo mío y lo tuyo. Por lo mismo, tales adquisiciones dan realidad a las relaciones jurídicas y explican el deber de los individuos de tener que unirse bajo un orden jurídico histórico concreto. Tal unión, después de todo, da eficacia (aunque no validez) a los derechos subjetivos¹⁶. Si ese deber, por otra parte, es o no un deber derivado del imperativo categórico o si es un deber *sui generis* es otro problema, cuya discusión deberá quedar para otra ocasión.

¹⁶ “Das princip der Idealität des Besitzes gilt nur in statu civili cum effectu aber in naturali absque effectu aber doch mit einem Rechte zu widerstehen aus der priorität der Besitznehmung” (VARL, AA 23: 211).

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDT, REINHARD. “Das Erlaubnisgesetz”. *Rechtsphilosophie der Aufklärung*. Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1981.
- BYRD, SHARON Y JOACHIM HRUSCHKA. “The natural law duty to recognize private property ownership: Kant’s Theory of Property in his Doctrine of Right”. *University of Toronto Law Journal*, vol. 56, n.º 2, 2006, pp. 217-282.
- . *Kant’s Doctrine of Right: A Commentary*. Nueva York: Cambridge UP, 2010.
- FRIEDRICH, RAINER. *Eigentum und Staatsbegründung in Kants Metaphysik der Sitten*. Berlín: Walter de Gruyter, 2004.
- GREGOR, MARY J. *Laws of Freedom a Study of Kant’s Method of Applying the Categorical Imperative in the Metaphysik der Sitten*. Oxford: Basil Blackwell, 1963.
- HORN, CHRISTOPH. *Nichtideale Normativität: Ein neuer Blick auf Kants politische Philosophie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2014.
- . “¿Qué es erróneo en una interpretación moral de la filosofía política de Kant?”. *Forzados a ser libres. Kant y la teoría republicana del derecho*. Editado por J. Ormeño Karzulovic y M. Vatter. Santiago: FCE, 2017.
- HRUSCHKA, JOACHIM. “The permissive law of practical reason in Kant’s metaphysics of morals”. *Law and Philosophy*, vol. 23, n.º 1, 2004, pp. 45-72.
- . *Kant und der Rechtsstaat: und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*. Friburgo: Karl Alber, 2016.
- KANT, IMMANUEL. *Kants Gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, tomos I-VII. Berlín: Druck und Verlag von Georg Reimer, 1910-1917. Bände VII-XXVIII. Berlín-Leipzig: Walter de Gruyter, 1923-1972.
- . *La metafísica de las costumbres*. Traducido por Adela Cortina y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 2005.
- . *¿Qué es la Ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Traducido por Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza, 2004.
- KERSTING, WOLFGANG. *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts-und Staatsphilosophie*. Paderborn: Mentis Verlag, 2007.
- MULHOLLAND, LESLIE A. *Kant’s System of Rights*. Nueva York: Columbia UP, 1990.

- SCHWEMBER, FELIPE. *El giro kantiano del contractualismo*. Pamplona: Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007.
- . *Libertad, derecho y propiedad. El fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte*. Hildesheim: Olms, 2013.
- . “Razón, consentimiento y contrato. El difícil mínimo común denominador de las teorías contractualistas”, *Ideas y valores*, vol. 63, n.º 156, 2014, pp. 101-27.
- SKEES, MURRAY. “The Lex Permissiva and the Source of Natural Right in Kant’s Metaphysics of Morals and Fichte’s Foundations of Natural Right”. *International Philosophical Quarterly*, vol. 49, n.º 3, 2009, pp. 375-98.
- SUÁREZ, FRANCISCO. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Traducido por J. R. E. Muniozguren. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.
- WEINRIB, ERNEST. J. “Poverty and property in Kant’s system of rights”. *Notre Dame L. Rev.*, vol. 78, n.º 3, 2002, pp. 795-828.
- WESTPHAL, KENNETH R. “Do Kant’s Principles Justify Property or Usufruct?”. *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, n.º 5, 1997, pp. 141-94.
- WILLASCHEK, MARCUS. “Derecho y coacción ¿Puede derivarse la concepción del derecho de Kant de su teoría moral?”. *Forzados a ser libres. Kant y la teoría republicana del derecho*. Editado por J. Ormeño Karzulovic y M. Vatter. Santiago: FCE, 2017.