



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Schwember Augier, Felipe

“Lex permissiva” o contrato: crítica a la lectura rawlsiana de la doctrina del derecho de Kant

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXVI, 2014, pp. 385-409

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173832127014>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos  
[Sección Historia del Pensamiento Jurídico]  
XXXVI (Valparaíso, Chile, 2014)  
[pp. 385 - 409]

“LEX PERMISSIVA” O CONTRATO:  
CRÍTICA A LA LECTURA RAWLSIANA DE LA DOCTRINA DEL  
DERECHO DE KANT\*

[“Lex permissiva” or Contract:

Critique to Rawl’s Reading of Kant’s\* Doctrine of Right]

Felipe SCHWEMBER AUGIER\*\*  
Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile

RESUMEN

El trabajo contrapone dos posibles interpretaciones de la doctrina del derecho de Kant. La primera, de Rawls, que aquí va impugnada, entiende que Kant desarrolla una teoría contractualista de la propiedad, según la cual una distribución de bienes sólo resulta vinculante si es que hubiese podido ser refrendada por todos al momento de instaurar un estado civil. La segunda interpretación, que aquí es defendida, entiende que los distintos *iura* son posibles por la

ABSTRACT

This work contrasts two likely interpretations of Kant’s Doctrine of Right. The first one, Rawls’ interpretation, herein challenged, supports that Kant develops a contract theory of property, according to which distribution of goods could only be binding if everybody had approved it at the time the civil state had been constituted. The second interpretation, herein advocated, supports that different *iura are possible* as a result of the *lex permissiva* referred

RECIBIDO el 16 de junio y ACEPTADO el 26 de agosto de 2014

---

\* El presente artículo forma parte del proyecto FONDECYT de iniciación N° 11130057 titulado: “La recepción de Kant en las teorías de la justicia contemporánea: Rawls y Nozick”. Las obras de Kant se citan según la edición de la *Academia de Ciencias de Berlín*, indicando primero el volumen, luego la página y finalmente la línea de donde se toma la cita. Las citas de autores clásicos como Grotius, Pufendorf o Wolff, se hacen de la forma acostumbrada, esto es, indicando en número romano el libro, luego el capítulo y luego el párrafo de donde se toma la cita. Tomás de Aquino es citado igualmente de la forma canónica.

\*\* Doctor en filosofía y profesor del Centro de Investigación en Teoría Social y Política de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago. Correo electrónico: felipe.schwember@uai.cl

*lex permissiva* a que se refiere Kant en la doctrina del derecho privado. Según dicha ley, la apropiación de las cosas que carecen de dueño a través de la *occupatio* es sin más lícita y resulta, por ello, vinculante para los demás.

#### PALABRAS CLAVE

Kant – *Lex permissiva* – Derechos naturales – *–facultas moralis* – Rawls – Contractualismo.

to by Kant in the private right doctrine. According to said law, the appropriation of property belonging to no one by way of the *occupatio* is plainly lawful, therefore, binding for the others.

#### KEYWORDS

Kant – *Lex permissiva* – Natural rights – *–facultas moralis* – Rawls – Contractualism.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que Rawls publicó su *Teoría de la justicia* y afirmó allí que la suya no pretendía más que generalizar y llevar a un nivel de abstracción más alto las teorías contractualistas de Locke, Rousseau y Kant<sup>1</sup>, el interés por la teoría jurídica y política kantiana en el mundo anglosajón no ha cesado de incrementarse. Este redescubrimiento ha ido acompañado, como era seguramente inevitable, de una interpretación retrospectiva de la filosofía política y jurídica kantiana hecha en clave contractualista y en la que, evidentemente, Kant vendría a ser una suerte de Rawls “avant la lettre”.

El presente trabajo tiene por objeto impugnar esa interpretación rawlsiana de la doctrina del derecho de Kant. Para ello, realiza una doble tarea. Primero, y después de fijar las dificultades que suscita el problema de la posibilidad de la adquisición de un objeto exterior del arbitrio, retoma el concepto de *lex permissiva* que Kant introduce al comienzo de su filosofía del derecho para –al hilo de la interpretación ofrecida por S. Byrd y J. Hruschka de la misma como una ley habilitante o facultativa– ofrecer una reconstrucción coherente y no contractualista de la doctrina kantiana del derecho privado. Para facilitar tal reconstrucción e iluminar su sentido, se recurrirá a modo de ejemplo al uso que ciertos autores medievales hacían de la *lex permissiva*. Como se espera demostrar, esta reconstrucción de la teoría del derecho de Kant a partir del concepto de *lex permissiva* como ley habilitante no sólo alinea a Kant con una parte importante de la tradición iusnaturalista, sino que, además, permite evitar muchas de las dificultades, a veces insuperables, a que otras interpretaciones de *lex permissiva* conducen.

A la *pars construens*, sigue una *pars destruens* que constituye la segunda parte de este trabajo. Allí se expone someramente la “interpretación rawlsiana” de Kant propuesta por algunos autores anglosajones, según la cual las adquisiciones en estado de naturaleza son provisionales en el sentido no sólo de carecer de eficacia sino en el sentido más fuerte de carecer de validez. Como consecuencia de ella, dichas interpretaciones, entienden que el carácter perentorio de los derechos sólo

<sup>1</sup> RAWLS, John, *Teoría de la justicia* (traducción de María Dolores González, cuarta reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003), p. 24.

se logra cuando, al transitar al estado civil, todos se obligan para con todos de acuerdo con la idea del contrato originario y erigen un Estado jurídico según los principios de una voluntad universal. En consecuencia, y en conformidad con el razonamiento expuesto, el modo de adquisición de lo mío y lo tuyo externo sería, en último término, el contrato. Se argüirá que esta explicación descansa en una interpretación errónea de la *lex permissiva* de la doctrina del derecho de Kant. Dicho de otro modo, se argüirá que el *próton pseúdos* de la lectura contractualista de la doctrina del derecho de Kant radica en la omisión o malinterpretación de la *lex permissiva*. Asimismo, se argüirá que tal interpretación debe ser desechada sobre la base de consideraciones metodológicas.

Finalmente, se expondrá brevemente la razón por la cual Kant introduce la *lex permissiva* en su doctrina del derecho, así como el argumento trascendental con que intenta sustentarla. Con todo ello se espera demostrar que, entendida como una ley concesiva o habilitante, la *lex permissiva* de la *Rechtslehre* no sólo resulta en una teoría coherente del derecho sino, además, concordante con el método crítico, en tanto permite resolver uno de los problemas más difíciles que debe enfrentar una filosofía trascendental del derecho: la posibilidad de poseer nouménicamente objetos exteriores del arbitrio.

## II. EL PROBLEMA DE LA ADQUISICIÓN DE UN OBJETO EXTERIOR DEL ARBITRIO, LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN RAWLSIANA DE LA "RECHTSLEHRE"

Una de las tareas más difíciles que debe acometer una doctrina del derecho es la de justificar la adquisición de los objetos exteriores del arbitrio, esto es, la necesidad de justificar la *obligación* que con nuestra adquisición imponemos a todos los demás de no usar el objeto del que nos hemos apropiado. En la tradición iusnaturalista moderna, cuando una adquisición es lícita otorga al adquirente una facultad moral (*facultas moralis*), esto es, un derecho o *ius* (en sentido subjetivo)<sup>2</sup> en contra de todos aquellos a quienes su *facultas moralis* alcanza. Esos son, precisamente, los que resultan obligados por dicha adquisición.

En la primera parte de la doctrina del derecho privado, Kant intenta precisamente dar con las condiciones de posibilidad de una adquisición de este tipo, esto es, una adquisición por la cual los demás resultan obligados a respetar el uso de un objeto aun cuando dicho objeto no esté en el poder físico del adquirente. Como se sabe, Kant llama a este tipo de posesión que trasciende las condiciones espacio-temporales, posesión nouménica. En consecuencia, la primera parte del derecho privado tiene por objeto justificar la posesión nouménica o, dicho en el lenguaje estándar del iusnaturalismo moderno, los distintos *iura* que recaen sobre los diferentes objetos exteriores del arbitrio<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cfr., por ejemplo, la definición de GROCIUS de *ius* como "qualitas moralis personae, competens ad aliquid iuste habendum vel agendum". GROCIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur* (Ed. P. C. Molhuysen, Leiden, Sijthoff, 1919), I, I, § 4.

<sup>3</sup> Kant clasifica los distintos objetos exteriores del arbitrio *atendiendo a su forma en derechos*

La justificación de estos *iura* presupone, evidentemente, los principios y conceptos generales que Kant ha definido y explicado en las secciones precedentes que sirven de introducción a la metafísica de las costumbres en general y a la doctrina del derecho en particular. Entre otras cosas, dichos principios y conceptos generales describen lo que Kant denomina lo suyo “interno” de cada uno, que comprende los atributos esenciales de la personalidad y que constituye la condición necesaria de posibilidad de la adquisición de cualquier objeto exterior del arbitrio en general. “Necesaria” pero no “suficiente”. Para que una adquisición de un objeto exterior del arbitrio sea posible debe añadirse aún al menos una condición no comprendida en lo suyo interno. Al momento de buscar estas condiciones y de ofrecer una justificación de la posesión nouménica, es que Kant da con la *lex permissiva* de la razón práctica, que es introducida a través de lo que él llama el “postulado jurídico de la razón práctica”<sup>4</sup>.

Pero ¿por qué lo suyo interno de cada uno no es sin más suficiente para adquirir un *ius* sobre los objetos exteriores del arbitrio? La respuesta es simple: porque nadie puede imponer por su solo arbitrio unilateral una obligación a otro. Esto es claro en virtud del tratamiento que hace Kant de lo suyo interno de cada uno. En virtud de ese tratamiento es necesario asumir que Kant entiende que entre los conceptos generales del derecho se cuenta el que reza “*omnis obligatio est contracta*” (que en su forma completa y más conocida reza “*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”). Este principio se sigue de la libertad e igualdad naturales, pues por ellas nadie puede ser considerado *a priori* como deudor de cualquier otro, o no al menos más allá de lo que el respeto de los derechos inherentes a la personalidad impone a todos por igual. Por consiguiente, afirma Kant en los trabajos preparatorios de la *Metafísica de las costumbres*, que para nadie nace una obligación –jurídica, se entiende– a menos que él mismo la haya contraído<sup>5</sup>.

En consecuencia, y como se colige de todo lo anterior, a partir de lo mío interno podría justificarse la posesión meramente física de un objeto exterior del arbitrio, pero no la posesión nouménica, pues aquel que intenta arrebatarme algo que tengo en mi poder físico necesariamente tiene que obrar sobre mi persona mientras que aquel que toma para sí algo que está en mi posesión nouménica, no obra directamente contra los derechos de mi personalidad, tal como éstos pueden determinarse a partir de lo mío interno<sup>6</sup>. De ahí que la posibilidad de una posesión nouménica debe buscarse en algún otro principio o regla, no derivado estrictamente de los principios y conceptos generales que describen lo suyo interno de cada uno. Y por ese motivo al comienzo de la doctrina del derecho privado, Kant se refiere a lo que denomina el “postulado jurídico de la razón práctica”. En

---

reales, derechos personales y derechos personales-reales. Cf. KANT, Immanuel, AA, VI, p. 260, 1-4.

<sup>4</sup> Abreviado en lo sucesivo como “PJRP”.

<sup>5</sup> “Es kan aber niemandem eine Verbindlichkeit entspringen als die er sich selbst zuzieht (*omnis obligatio est contracta*). Also kan durch einseitige Willkühr niemand erwerben (wohl aber durch einseitige Handlung) sondern nur durch vereinigte Willkühr derer die in der Erwerbung eine Verbindlichkeit schaffen und sich wechselseitig contrahiren” (KANT, I., AA, XXIII, 219, 10-15).

<sup>6</sup> KANT, I., AA, VI, 247-248.

virtud de ese postulado, explica, podemos entendernos autorizados para adquirir nouménicamente objetos exteriores del arbitrio, pues la idea de que los objetos exteriores del arbitrio sean en sí *res nullius* resulta contraria a derecho. Kant afirma que este postulado puede llamarse una "ley permisiva de la razón práctica", e inmediatamente agrega que esta ley "nos otorga la facultad (*Befugniß*) que no podríamos extraer de los conceptos del derecho en general", a saber, "imponer a todos los demás una obligación que de otro modo no tendrían: abstenerse de usar ciertos objetos de nuestro arbitrio porque nosotros los hemos tomado primero en nuestra posesión"<sup>7</sup>.

En consecuencia, las condiciones necesarias y suficientes de la posesión nouménica de cualquier objeto exterior del arbitrio son, desde el punto de vista de Kant, los derechos definidos por lo suyo interno de cada uno y la facultad que nos otorga la *lex permisiva* para adquirir aquellos objetos que no están aún en posesión de nadie. Por ello puede afirmarse sin exageración que de la posibilidad de una *lex permisiva* dependerá la posibilidad del derecho privado en general. Es decir, la posibilidad de adquirir cosas en propiedad, la posibilidad de que los contratos resulten vinculantes y, en fin, la posibilidad de que las relaciones filiales tengan efectos jurídicos depende de la *lex permisiva*.

Pero, sería legítimo preguntarse ¿por qué no una convención originaria por la cual se instauran todos estos derechos e instituciones? Además, *prima facie*, y en virtud del principio *omnis obligatio est contracta*, pareciera que el único modo de ampliar lo suyo de cada uno desde lo mío interno a lo mío externo es a través del contrato. Más aún, el principio "*omnis obligatio est contracta*" parece desmentir de antemano la posibilidad de adquisición o constitución cualquier *facultas moralis* a partir de una apropiación unilateral como la que parece sugerir Kant en la *lex permisiva* que subyace al *PJRP*.

Esta aparente incompatibilidad entre la *lex permisiva* y el principio *omnis obligatio est contracta* así como el tratamiento más bien sumario que hace Kant de la *lex permisiva* en la *Rechtslehre*; la oscuridad y desorden de esta obra, así como el significado que atribuye a la *lex permisiva* en *Paz Perpetua* inducen a la constante mal interpretación del concepto y la función de la *lex permisiva* en la doctrina del derecho de Kant. Así, por ejemplo, gran parte de los especialistas la entiende erróneamente como una ley dispensatoria<sup>8</sup> mientras que otros apenas la

<sup>7</sup> KANT, I., AA, VI, 247, 2-6.

<sup>8</sup> Cf., por ejemplo, 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), pp. 57-58; BRANDT, Reinhard, *Das Erlaubnisgesetz*, en BRANDT, Reinhard (editor), *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (Berlín - New York, Walter de Gruyter, 1981), pp. 233-285; WEINRIB, Ernest J., *Poverty and Property in Kant's System of Rights* en *Notre Dame Law Review*, 78 (2003) 3, pp. 795-828; MÜLLER Christian, *Wille und Gegenstand. Die idealistische Kritik der kantischen Besitzlehre* (Berlín, Walter de Gruyter, 2006), p. 179; KERSTING, Wolfgang, *Wohlgeordnete Freiheit. I., Kants Rechts- und Staatphilosophie* (Paderborn, Mentis, 2007), p. 195; SKEES, Murray, *The Lex Permissive and the Source of Natural Right in Kant's Metaphysics of Morals and Fichte's Foundations of Natural Right* en *International Philosophical Quarterly*, 9 3 (2009) 195, pp. 375-398. Más recientemente, Weinrib ha intentado ofrecer una interpretación general de la "teoría de la justicia" kantiana combinando los diversos conceptos de "*lex permisiva*". Cf. WEINRIB, Ernest

consideran o incluso la omiten como si fuera una pieza innecesaria o superflua en la deducción crítica de las instituciones del derecho privado kantiano. Aquí no se examinarán todos los equívocos a que ha dado lugar la errónea interpretación de la *lex permissiva*. Se examinará únicamente una particular forma de interpretar la teoría kantiana del derecho que puede denominarse como “interpretación rawlsiana” de la *Rechtslehre*. Esta interpretación, que intenta hacer coincidir el programa y el método de Kant con el método y el programa presentado y defendido por J. Rawls en *Teoría de la justicia*, entiende que la adquisición jurídica válida de los diferentes objetos exteriores del arbitrio (y más precisamente las cosas) tiene lugar por medio de un acuerdo (hipotético) universal en que los agentes convienen en una distribución más o menos equitativa como modo de realización de la libertad de todos. El título de la adquisición, por tanto, sería el contrato y, más precisamente, los principios que se siguen del contrato originario en tanto que idea heurístico-regulativa conforme a la cual unificar los distintos arbitrios con vistas a la instauración de un estado jurídico<sup>9</sup>. Esta interpretación –de la que podemos encontrar ejemplos en P. Guyer<sup>10</sup>, A. Wood<sup>11</sup>, R. Pippin<sup>12</sup>– arranca en último término de una comprensión insuficiente de la *lex permissiva* de la *Rechtslehre* y adolece, por ello, de graves defectos metodológicos. No obstante, antes de indicar tales defectos, es necesario despejar el sentido de la *lex permissiva* de la *Rechtslehre*. Ello permitirá ofrecer una reconstrucción coherente de la filosofía del derecho de Kant y, quizás más importante aún, concordante con el método trascendental. Para facilitar esa aclaración, se examinarán someramente los diferentes conceptos de *lex permissiva* en la tradición iusnaturalista y se ilustrará el que aquí interesa –el de *lex permissiva* como ley habilitante o facultativa– por medio del uso que Suárez hace de la misma. Una vez despejado el concepto de *lex permissiva* como ley habilitante, la doctrina del derecho privado kantiana se explica prácticamente

---

J., *Permissive Laws and the Dynamism of Kantian Justice* en *Law and Philosophy*, 33 (2014) 1, pp. 105-136. Un intento similar acomete HERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, *Ley permisiva y realidad del derecho en Kant* en ARAMAYO, Roberto - ONCINA COVES, Faustino (compiladores), *Ética y antropología: un dilema kantiano. En los bicentenarios de la Antropología en sentido pragmático -1798- y la Metáfísica de las costumbres, 1797* (Madrid - Granada, Instituto de filosofía del CESIC - Comares, 1999), pp. 143-164.

<sup>9</sup> Llamamos a esta interpretación “rawlsiana” porque, siguiendo a B. Barry, entendemos que “la tarea de la posición original es generar un sistema de derechos. Se supone que las partes se llevan derechos de sus deliberaciones, no que los llevan consigo a dichas deliberaciones. El que alguien pretendiera insistir en que los resultados de elección hecha en la posición original debían conformarse con una estructura preexistente de derechos se tendría que declarar improcedente”. BARRY, Brian, *Justicia como imparcialidad* (traducción de José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, editorial Paidós, 1997), p. 178.

<sup>10</sup> GUYER, Paul, *Kant on Freedom, Law, and Happiness* (New York, Cambridge University Press, 2000).

<sup>11</sup> WOOD, Allen, *Kant and Fichte on Right, Welfare and Economic Redistribution* en AMERIKS, Karl - STOLZENBERG, Jurgen (editores), *Internationales Jahrbuch des Deutschen Idealismus/ International Yearbook of German Idealism*, 2 (Berlin, Walter de Gruyter, 2004), pp. 77-101.

<sup>12</sup> PIPPIN, Robert B., *Mine and Thine. The Kantian State* en GUYER, Paul (editor), *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy* (New York, Cambridge University Press, 2006), pp. 416-446.

por sí misma. Así se espera, finalmente, que la contraposición entre las dos interpretaciones –la aquí ofrecida y la “interpretación rawlsiana”– permita dejar de manifiesto la superioridad de la primera por sobre la segunda.

**III. LOS DIFERENTES SENTIDOS DE LA “LEX PERMISSIVA”**  
**EN LA TRADICIÓN IUSNATURALISTA EN GENERAL Y EN**  
**LA DOCTRINA DEL DERECHO DE KANT EN PARTICULAR**

En la tradición iusnaturalista existen múltiples clasificaciones de las leyes. Una bastante común es aquella que suele distinguir entre las leyes preceptivas (o imperativas), las leyes prohibitivas y las leyes permisivas. Como ocurre con otras clasificaciones, ninguna de estas tres leyes es tratada de manera uniforme por los distintos autores de la tradición iusnaturalista. Es más, seguramente no existe otra clasificación de las leyes que dé lugar a tantas diferencias como esta. Así, mientras que para algunos autores de la tradición iusnaturalista las leyes permisivas no son propiamente leyes, para otros lo son solo en el sentido de otorgar una excepción respecto de aquello que ordinariamente es mandado o prohibido por la ley; para otros, y con independencia de los actos indiferentes (*adiaphora*), es necesario admitir un tercer sentido según el cual la *lex permisiva* debe entenderse como una ley concesiva o habilitante (o facultativa)<sup>13</sup>.

Según la primera interpretación, la ley permisiva es aquella que se puede entender existe en virtud del silencio de las leyes imperativas y prohibitivas. Aunque no hace referencia a una *lex permisiva*, la explicación de Pufendorf acerca de las acciones lícitas puede servir para ilustrar este primer sentido: “las acciones humanas reciben ciertas cualidades y denominaciones de su relación y congruencia con la norma moral. Y aquellas acciones de las cuales la ley no dispone nada ni en un sentido ni en otro se llaman lícitas o permitidas”<sup>14</sup>.

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”<sup>15</sup>. Esta observación es, por otra parte, suficiente para comprender por qué aquellos autores que se orientan a partir de este primer sentido de “permiso” terminan por desestimar la *lex permisiva* como una forma genuina de ley natural<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Para la historia del concepto de *lex permisiva*, cf. TIERNEY, Brian, *Liberty & Law. The Idea of Permissive Natural Law, 1100-1800* (Washington D.C, The Catholic University of America Press, 2014). Del mismo autor, el artículo *Permissive Natural Law and Property: Gratian to Kant* en *Journal of the History of Ideas*, 62 (2001) 3, pp. 381-399.

<sup>14</sup> PUFENDORF, Samuel, *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros* (traducción de María Asunción Sánchez Manzano y Salvador Rus Rufino, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), I, II, §11.

<sup>15</sup> SUÁREZ, Francisco, *Tratado de la leyes y de Dios legislador* (traducción de José Ramón Eguillor Muniozguren, Madrid, 1967), I, XV, 5.

<sup>16</sup> Cfr., por ejemplo, ACHENWALL, Gotfried - PÜTER, Johan Stephan, *Elementa iuris naturae*

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. Pufendorf la explica de la siguiente manera: “aunque la ley afecta regularmente a todos los súbditos del legislador, a los que se ajusta la materia de la ley, y que el legislador no ha querido desde el principio que estuvieran exentos, a veces ocurre también que alguien queda excluido particularmente de la obligación de la ley. Llaman a eso dispensar de la obligación”<sup>17</sup>.

Kant emplea este sentido (o al menos uno muy cercano a él) 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<sup>18</sup>. Este aplazamiento vendría autorizado por una *lex permisiva* y no constituiría, dice Kant, propiamente hablando, una excepción a las normas generales dictadas con vistas a esa misma paz sino, más bien, una adecuación de algunas esas reglas a las particulares circunstancias a que se aplican.

Varios intérpretes han intentado leer la doctrina del derecho privado de Kant a partir del sentido de *lex permisiva* adoptado por Kant en su obra titulada *Para la paz perpetua (Zum ewigen Frieden)*. Así entendida, la *lex permisiva* contenida en el *PJRP* autorizaría, de modo provisional, la adquisición de objetos exteriores del arbitrio concediendo así una excepción al principio “*omnis obligatio est contracta*”. Esta lectura, empero, está expuesta a una objeción seguramente fatal: por ella todas las instituciones del derecho privado (y no sólo la propiedad)<sup>19</sup> deben ser concebidas como fundadas en excepciones a las reglas y principios generales del derecho o, al menos, como fundadas en violaciones provisionales a dichas leyes. Evidentemente ninguna interpretación que obliga a entender todo el derecho privado —algo así como la mitad del derecho— como fundado en excepciones o violaciones (aunque fuere provisionales) a las reglas generales del derecho puede ser una buena interpretación de una doctrina del derecho, especialmente cuando hay otra disponible que evita esta escandalosa conclusión.

Esta alternativa se halla en el tercer sentido de *lex permisiva*, que es el que aquí nos interesa. Este sentido rara vez se encuentra en los autores modernos. Fuera de Suárez (si se lo quiere considerar moderno) y de Kant, parece encontrarse también en Wolff<sup>20</sup> y en Achenwall<sup>21</sup>. Suárez, que se extiende latamente sobre el

---

(Leipzig, Insel Verlag, 1995), § 106: “*Quum obligatio moralis sit vel positiva vel negativa: lex moralis inde dispescitur in praeceptivam et prohibitivam. Quidquid non continet obligationem, illud lex dici neutiquam potest. Hinc, quid de lege sic dicta permisiva sit sentiendum, intelligitur*”.

<sup>17</sup> PUFENDORF, Samuel, cit. (n. 14), I, II, § 9.

<sup>18</sup> Kant, I, AA, VIII p. 348, 16 y ss.

<sup>19</sup> La autorización que concede la *lex permisiva* es necesaria para las adquisiciones de todos los objetos exteriores del arbitrio y no solo para las cosas. Cf. al respecto BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, *Kant's Doctrine of Right. A Commentary* (New York, Cambridge University Press, 2010), pp. 103-105.

<sup>20</sup> Cf. WOLFF, Christian, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts* (Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1980), §49: “*Das, zu dessen Ausübung wir nur das Recht haben, ist erlaubt (licetum)*”; también §183, donde afirma que el derecho natural al uso necesario de todas las cosas está “autorizado”.

<sup>21</sup> HRUSCHKA, Joachim, *The Permissive Law of Practical Reason in Kant's Metaphysics of*

último sentido de permisión aquí apuntado, lo explica del siguiente modo: "En efecto, cuando la permisión es acerca de un acto por lo demás bueno, no sólo no lo prohíbe sino que además –siendo como es bueno– da positiva facultad y licencia o algún derecho (*ius*) a él"<sup>22</sup>.

En la *MS* encontramos dos de los tres sentidos indicados. Concretamente, el primero y el tercero. Al momento de tratar los "Conceptos preliminares de la metafísica de las costumbres (*Philosophia practica universalis*)", Kant primero afirma que una acción permitida ("*erlaubt*", *licitum*) es aquella que no se opone a una obligación (AA VI 222, 27). Añade inmediatamente después que la libertad que no está limitada por ningún imperativo que le sea opuesto "se llama facultad", "*Befugnis*" en alemán, y pone en seguida entre paréntesis en latín "*facultas moralis*"<sup>23</sup>. Esta definición es importante porque, como se ha visto al comienzo, Kant afirma que el *PJRP* es una *lex permisiva* que nos otorga una *Befugnis* que no puede extraerse de los conceptos generales del derecho. Si se considera que el principio universal del derecho, en tanto que regla práctica, expresa un imperativo, entonces este pasaje debiera ser suficiente para desechar la interpretación de la *ley permisiva* de la *MS* como una ley que autoriza provisionalmente a hacer algo que normalmente está prohibido. Y dado que en la *MS* Kant está pensando en la *facultad moral* (*Befugnis*) como un ejercicio de la libertad que no es limitada ni entra en conflicto con ningún imperativo, sería entonces meridianamente claro que la facultad que concede la *lex permisiva* del *PJRP* va más allá de los conceptos generales del derecho no en el sentido de que disponga algo contradictorio con lo que en ellos se establece, sino simplemente en el sentido de que dispone algo que no está lógicamente contenido en ellos<sup>24</sup>.

Inmediatamente después de ofrecer estas definiciones, Kant se refiere luego expresamente a la ley permisiva y a las acciones indiferentes<sup>25</sup>. Después de afirmar que el imperativo categórico puede ser pensado como una ley preceptiva o prohibitiva, según se represente como deber el cumplimiento de una acción o su omisión<sup>26</sup>, menciona dos posibles sentidos en que puede pensarse el concepto de "ley permisiva". El primero, para el cual parece resultar innecesario hablar de una ley permisiva, se refiere a las acciones que no son ni mandadas ni prohibidas y que son moralmente indiferentes (*indifferens*, *adiaphoron*, *res mere facultatis*). Pero además de esto es posible preguntarse, dice Kant –y se entiende aquí que la pregunta es retórica, pues tan solo unas páginas después introducirá la *lex permisiva* del *PJRP*– si es necesario una ley permisiva para hacer u omitir algo

*Morals en Law and Philosophy*, 23 (2004), pp. 45-72. Cf. también TIERNEY, Brian, *Liberty & Law*, cit. (n. 13), pp. 307-325.

<sup>22</sup> SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 15), I, XV, 11.

<sup>23</sup> Cf. también, KANT, I., AA, VI 383, 5-8.

<sup>24</sup> La coincidencia en este punto entre Kant y Fichte es, también, notable. Fichte, de hecho, llega a considerar el derecho íntegramente como conformado por leyes permisivas. Cf. FICHTE, Johann Gottlieb, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien des Wissenschaftslehre*, en *Fichtes Werke* (Walter de Gruyter, Berlin, 1971), III, especialmente la "Introducción".

<sup>25</sup> KANT, I., AA, VI, p. 222, 35 y ss.

<sup>26</sup> KANT, I., AA, VI, p. AA, 223, 1-5.

que no está ni prohibido ni permitido y que no se refiera a acciones moralmente indiferentes (*adiaphoron*)<sup>27</sup>.

Este pasaje es sumamente revelador y si se tiene en cuenta que no hay facultades que entren en contradicción con los imperativos, uno bien podría suponer que Kant está al menos atisbando un concepto de *lex permissiva* muy parecido al recién citado de Suárez como aquella que da una “facultad positiva” y “licencia” y “algun derecho” para la realización de un acto “bueno”.

Como fuere, es este tercer sentido el que aquí interesa, pues es en este tercer sentido en que se debe, precisamente, entender la *lex permissiva* de la *Rechtslehre*. En este tercer sentido ¿qué es una ley permisiva y por qué debe incorporársela a la doctrina del derecho? Antes de responder estas preguntas, permítasenos ilustrar el sentido de la *lex permissiva* como ley habilitante a partir de algunos de sus usos entre los teólogos y juristas medievales.

#### IV. LA “LEX PERMISSIVA” COMO UNA LEY CONCESIVA O FACULTATIVA

Es posible ilustrar el sentido de *lex permissiva* como ley habilitante recurriendo a Suárez y a otros autores escolásticos y, especialmente, examinando el uso que tales autores hacen de dicha ley a propósito de la justificación de la propiedad. Aunque esta justificación no es idéntica a la de Kant, guarda ciertas semejanzas con ella y permitirá, por lo mismo, aclarar el modo en que opera la *lex permissiva* en la filosofía del derecho kantiana.

Para las así llamadas “teorías históricas de la propiedad”<sup>28</sup> el problema de la justificación de la propiedad parte, en primer lugar, por resolver el problema de la licitud de la *primera* apropiación. Las teorías iusnaturalistas medievales y modernas son, como la de Nozick —que fue quien acuñó la expresión— teorías históricas, y por lo mismo se ven en la necesidad de retrotraerse hasta una hipotética situación originaria en que no hay aún propiedad privada. Asumiendo, entonces, que los hombres tienen, como dice Tomás de Aquino, un “dominio natural de las cosas exteriores” (“*habet homo naturale dominium exteroirum rerum*”)<sup>29</sup>, es decir, que pueden usarlas para su propio conservación y provecho, aun cuando eso signifique destruirlas; y asumiendo, además, que todos tienen un igual derecho a esas cosas exteriores, tenemos, entonces, que en la situación originaria hay una comunidad originaria de bienes.

Evidentemente resulta imposible permanecer en el estado originario de indivisión y por ese motivo los hombres han acordado la división de las cosas. Sin embargo, esta división debe ser explicada, pues, podría pensarse, no han obrado rectamente los hombres al dividir aquello que según el derecho natural es originariamente común. Para justificar la división de los bienes, Tomás hace fundamentalmente dos cosas. Primero, y retomando alguno de los argumentos de

<sup>27</sup> Para la diferencia entre los dos tipos de permiso (“permitido” y “meramente permitido”) que Kant distingue en este pasaje, así como de las fuentes de que toma esta distinción, cf. HRSCHKA, Joachim cit. (n. 19).

<sup>28</sup> NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia* (New York, Basic Books, 1974), pp. 153-160.

<sup>29</sup> AQUINO, Tomás de, *STh.*, II, IIae, q. 66, a.1

Aristóteles en favor de la propiedad privada, Tomás viene a decir que un sistema de propiedad común conduce a resultados sub-óptimos en lo tocante a la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes (y todo eso sin contar con las disputas a que da lugar un sistema de propiedad común)<sup>30</sup>. No obstante, aunque estas razones hacen que la división de los bienes sea deseable o preferible, es necesario aclarar el sentido en que el derecho natural establece la comunidad originaria de bienes, pues si la ley natural ordenara *preceptivamente* que las cosas fueran comunes, entonces, por muy preferible que fuera, la división de los bienes estaría de todas formas prohibida. Por tal motivo, en segundo lugar, Tomás hace la siguiente aclaración: "La comunidad de los bienes se atribuye al derecho natural, no en el sentido de que éste disponga que todas las cosas deban ser poseídas en común y nada como propio, sino en el sentido de que la distinción de posesiones no es de derecho natural, sino más bien derivada de convención humana, lo que pertenece al derecho positivo, como se ha expuesto. Por consiguiente, la propiedad de las posesiones no es contraria al derecho natural, sino que se la sobreañade por conclusión de la razón humana"<sup>31</sup>.

Al proceder a la división de los bienes los hombres no han transgredido el derecho natural. Mas aún, en virtud de las ventajas que trae aparejada, debe entenderse que la división de las cosas es refrendada por el derecho natural<sup>32</sup>. Esto, sin embargo, tampoco quiere decir que la división de los bienes sea obligatoria. La propiedad privada es mejor *prima facie*, pero no absolutamente ni en todos los casos. Por eso, bien consideradas, las razones que ofrece Tomás en favor de la división de los bienes *autorizan* a salir de la comunidad originaria, pero no obligan a hacerlo.

Aunque Tomás no tematiza ni emplea en su argumentación el sentido de ley permisiva que aquí nos interesa, es evidente que su razonamiento necesita de un *tertium quid* que explique el estatus y la licitud de la posesión privada de los bienes: si salir del estado de comunidad no es obligatorio, pero tampoco está prohibido; si, por tanto, es posible decir que salir de él es, sencillamente, lícito, y que, si la división se ha hecho siguiendo ciertos criterios, el propietario está autorizado a conservar lo suyo, entonces debe haber una *lex permisiva* que otorga una facultad positiva y licencia y un cierto derecho a hacer todo eso<sup>33</sup>.

Nos acercamos así a la concepción de Suárez de *lex permisiva* o, al menos a

<sup>30</sup> AQUINO, Tomás de, *STh.*, II, IIiae, q. 66, a.1.

<sup>31</sup> AQUINO, Tomás de, *STh.*, II, IIiae, q. 66, a.2, ad.1.

<sup>32</sup> AQUINO, Tomás de, *STh.* II, IIiae, q. 57, a. 3. Con respecto a la(s) ley(es) que regulan la propiedad privada, la posición de Tomás podría, seguramente, quedar descrita del siguiente modo: ninguna distribución particular de bienes es, en estricto rigor, de derecho natural, lo que, por otra parte, tampoco quiere decir que sea contraria al mismo. La distribución particular es fruto de la convención y, en esa medida, queda regulada por la ley humana. No obstante, si esa distribución se ajusta a ciertos requisitos generales exigidos por el derecho natural (como los señalados por ejemplo en AQUINO, Tomás de, *STh.*, II-IIae, q. 66, a.7 y en *STh.*, II, IIae, q. 32, a.5, ad. 2), entonces la ley humana recibe una sanción ulterior del derecho natural.

<sup>33</sup> Para el concepto y función de *lex permisiva* en Tomás de Aquino, cf. TIERNEY, Brian, *Liberty & Law*, cit. (n. 13), pp. 69-91. Como afirma allí Tierney (p. 91), la teoría de la ley natural de Tomás de Aquino parece clamar por una doctrina de la *lex permisiva* que la complemente.

uno de los sentidos que Suárez distingue y que es el que aquí más nos interesa y que hemos citado ya.

En su *Tratado de la leyes y de Dios legislador*, después de distinguir entre la permisión de hecho y de derecho; y de la permisión del mal, Suárez llega a la conclusión de que hay leyes permisivas que no consisten únicamente en la permisión del mal. El sentido que aquí nos interesa parte con el siguiente pasaje: “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”<sup>34</sup>.

Como Suárez advierte, el sentido de *lex permissiva* y de *permissio* como mera ausencia de ley no permite dar cuenta de ciertos actos que tienen relevancia jurídica, que son lícitos y que no están ni mandados ni prohibidos. El ejemplo de las segundas nupcias, o del matrimonio en general es particularmente esclarecedor. Podría ciertamente decirse que la ley natural manda genéricamente casarse y dejar descendencia en la medida en que manda, no sólo la propia conservación sino también la conservación de la especie. Pero evidentemente no existe un mandato particular de la ley natural para contraer matrimonio y formar familia, o al menos no mientras la perpetuación de la especie no esté en peligro. En este sentido, contraer matrimonio y tener familia no está mandado. Tampoco está prohibido. Más bien los individuos son de acuerdo al derecho natural libres de contraer matrimonio. Y si deciden contraerlo, el derecho natural ordena reconocer ese matrimonio y otorga “positiva facultad”, “licencia” y, parafraseando a Suárez, “algunos derechos” recíprocos a los cónyuges para exigirse sus deberes conyugales. Otorga a los cónyuges derechos respecto de terceros pues, en cierta medida, el matrimonio, como la propiedad, produce efecto *erga omnes* al cambiar el estado civil de una persona (yo soy marido no sólo respecto de mi mujer, sino que lo soy con respecto a todo el mundo)<sup>35</sup>.

En otro pasaje Suárez es aún más claro con respecto al sentido de *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”<sup>36</sup>.

Evidentemente, actos como los indicados por Suárez en el pasaje anterior (a

<sup>34</sup> SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 15), I, XV, 10.

<sup>35</sup> Este ejemplo que pone Suárez sirve también de paso para argumentar, aunque fuere de modo indirecto, en favor de la interpretación, defendida por BYRD y HRUSCHKA, de que la *lex permissiva* contenida en el *PJRP* otorga la facultad para objetos exteriores del arbitrio *en general*, es decir, cosas, un acto de la causalidad de otro y el estado de una persona, y no, como erróneamente se ha entendido, solo cosas. Cf. BYRD, B. Sharon y HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 19), pp. 103-105.

<sup>36</sup> SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 15) II, XVIII, 2.

los que, por cierto, se pueden añadir todos los contratos), que son de la mayor importancia para el derecho y, particularmente para el derecho privado, 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. Debe haber, por consiguiente, un *tertium quid* entre las leyes prohibitivas e imperativas. Este *tertium quid* lo constituyen, precisamente, las leyes permisivas, esto es, las leyes que otorgan una facultad o derecho para hacer algo lícito. Por eso concluye Suárez respecto de la ley natural 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"<sup>37</sup>.

Según esta división tripartita de las leyes, el derecho está formado por leyes preceptivas, leyes prohibitivas y leyes permisivas. Estas últimas son esenciales para el derecho privado y, en realidad, lo constituyen, pues prácticamente todas las normas de derecho privado son leyes permisivas o descansan o remiten a leyes permisivas. Las leyes sobre los bienes, las leyes sobre familia y las leyes sobre contratos, que constituyen el núcleo del derecho privado, descansan, en último término, en la suposición de que estamos autorizados, bajo ciertas condiciones, para realizar según nuestro arbitrio ciertas cosas que son relevantes jurídicamente y que, por lo mismo, el derecho reconoce y ampara.

## V. LA INTERPRETACIÓN RAWLSIANA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO DE KANT Y SUS DIFICULTADES

La importante función que la *lex permissiva* desempeña en la teoría del derecho privado de Kant queda completamente eclipsada en la interpretación rawlsiana de la misma. Bien podría afirmarse que en esta explicación, que tiende a volver al esquema binario ley preceptiva/ley prohibitiva, la importancia metódica y sistemática del contrato es inversamente proporcional a la *lex permissiva*. El núcleo, por tanto, de esta interpretación puede resumirse en dos proposiciones: *i*) la *validez jurídica* de una distribución determinada de bienes viene dada por su adecuación a las reglas de distribución contenidas en la idea del contrato originario; dado que esas reglas no son más que el reflejo de aquello en que todos podrían razonablemente consentir; y *ii*) la instauración de la propiedad no puede tener lugar sino bajo un sistema que contemple mecanismos redistributivos amplios en favor de los menos afortunados o de aquellos que se encuentra en situación más desventajosa<sup>38</sup>. En consecuencia, y de acuerdo con esta interpretación la teoría política y jurídica de Kant contemplaría un criterio muy parecido al principio de

<sup>37</sup> SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 15), I, XVI, 7.

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 258 : "In other words, the right of the state to control the distribution of property or wealth is a consequence of the fact that the

diferencia de Rawls<sup>39</sup>. Por ello, aun cuando Kant fuera un ferviente defensor del antipaternalismo y excluyera, por esa razón, la promoción de la felicidad como uno de los fines del gobierno, su teoría de la propiedad, correctamente entendida, contemplaría el bienestar de los ciudadanos como uno de los fines ineludibles de la asociación política<sup>40</sup>.

Esta lectura parece entender que, aun cuando Kant crea que los deberes de benevolencia son deberes de virtud y no deberes jurídicos<sup>41</sup>, la necesidad de instaurar amplios mecanismos redistributivos se sigue de la misma lógica en que descansa la justificación de la propiedad, así como del hecho de que una política tal es la única concordante con el carácter de fines en sí mismos que tienen los agentes racionales. Esta, por otra parte, es la interpretación estándar (y libre) que el mismo Rawls hace de Kant: “[o]tra manera de expresar esto [i.e., el carácter público] es decir que los principios de la justicia reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tienen los hombres de no tratarse como medios sino únicamente como fines en sí mismos. Aquí no puedo examinar las tesis de Kant. En vez de ello, las interpretaré libremente a la luz de la doctrina contractualista”<sup>42</sup>.

Asimismo, esta lectura parece entender que la propiedad, a diferencia de los otros derechos adquiridos, necesita de una sanción contractual ulterior por el efecto *erga omnes* que la caracteriza. Por eso, cuando Guyer se refiere al *PJRP* lo hace como si esta comprendiera únicamente las cosas y no los otros objetos exteriores del arbitrio<sup>43</sup>. Esta interpretación restrictiva de la *lex permissiva* –que resulta conveniente para la plausibilidad de la lectura rawlsiana de la *Rechtslehre*, pues si el matrimonio y los contratos necesitaran todos de aprobación universal, resultaría entonces mucho menos atractiva– no es concordante, empero, con el texto kantiano. Kant entiende que la *lex permissiva* es necesaria para la adquisición de cualquiera de los objetos exteriores del arbitrio, y no solo para las cosas, pues, como se adelantaba, en todos los casos con la adquisición de cualquiera de ellos se cambia el estado de cosas del mundo.

Como fuere, la lectura rawlsiana de la *Rechtslehre* se refiere a los derechos de propiedad y es respecto de ellos que exige una sanción contractual o, más precisamente, la unificación de las voluntades de todos en un contrato celebrado con vistas

---

possibility of the rational consent of all to the distribution of property is a necessary condition of the existence of property at all”.

<sup>39</sup> “Kant’s own conception of property commits him to something very much like Rawls’s difference principle of the distribution of the primary goods of income and wealth”: GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 277.

<sup>40</sup> “My argument might then be put by saying that while Kant might properly have had qualms about assigning to government the protection of life, liberty, and the pursuit of happiness, his own theory of property does require him to assign to government a concern for distributive justice in the system of property as the means to happiness as well as the protection of life and liberty”: GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 268.

<sup>41</sup> Cf., por ejemplo, KANT, I., AA, VI 230, 11-15.

<sup>42</sup> RAWLS, John, cit. (n.1), p. 173.

<sup>43</sup> GUYER, Paul, cit. (n. 10), pp. 247 y 279-280.

a la instauración de la propiedad. Por eso Guyer afirma que en "el análisis de Kant, la propiedad es por su misma naturaleza, objeto de un acuerdo interpersonal"<sup>44</sup>.

Por consiguiente, una reconstrucción completa de la aquí llamada interpretación rawlsiana de Kant tendría, más o menos, el siguiente tenor: puesto que el arbitrio necesita expresarse en las cosas, debemos considerarnos *a priori* autorizados para usarlas. Esta autorización (*lex permissiva*) permite extender el uso de nuestra libertad otorgándonos *prima facie* derechos sobre las cosas. *Prima facie* porque, al tratarse de una relación jurídica, el derecho de propiedad debe concebirse no como una relación directa entre una persona y una cosa sino como una relación de todos con todos con respecto a la posibilidad de usar de forma exclusiva una cosa<sup>45</sup>. Dicho de otro modo, el *PJRP* nos autorizaría a usar las cosas pero no nos otorgaría propiamente un derecho de propiedad porque tal derecho va mucho más allá que el *PJRP* al someter a todos los demás a la obligación de abstenerse de usar la cosa sobre la que recae el derecho. Así, en el *PJRP* (y de la *lex permissiva* expresada en él) se encuentra uno de los requisitos necesarios, pero no suficientes de la adquisición de una cosa. El *PRJP* despeja una de las dificultades: la posibilidad de poseer cosas en general. Y como las cosas, en sí mismas, carecen de derechos, entonces el *PJRP* es plausible. No obstante, el carácter vinculante de la propiedad o, dicho de otro modo, su validez jurídica (o, dicho en términos kantianos, la posesión nouménica de las cosas) solo tendría lugar, por medio de la confirmación que las diferentes adquisiciones reciben al transitar al estado civil según la idea del contrato originario (con lo que el principio "*omnis obligatio est contracta*" es satisfecho). En consecuencia, antes del contrato, lo que tienen los individuos son derechos meramente provisionales y no perentorios sobre las cosas que poseen, donde "provisorio" quiere decir, en el sentido más débil, algo así como "validez interina" o "condicionada" o, en el sentido más fuerte, falta de fuerza vinculante o indeterminación tanto respecto al contenido como a la eficacia de los derechos<sup>46</sup>.

En cualquier caso, es el carácter provisorio de los derechos de propiedad lo que exige que éstos sean refrendados por unanimidad al momento de transitar al estado civil. Solo entonces se vuelven perentorios, esto es, adquieren validez y son susceptibles de ser exigidos coactivamente<sup>47</sup>. Se subentiende, naturalmente, que la mentada confirmación tiene lugar después de una redistribución de las propiedades o, en su defecto, después de la implementación de políticas redistributivas más o menos amplias en favor de los más desventajados<sup>48</sup>. De este modo, la instauración

<sup>44</sup> GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 236. Cf. también WOOD, Allen W., cit. (n.11), p. 85: "A determinate right of property requires not only proprietor's claim over the thing, but also the unanimous declaration of all others to respect that claim".

<sup>45</sup> GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 245.

<sup>46</sup> "But the rights of property presupposed by the command to leave the state of nature have to be regarded as merely 'provisional' in the sense that they are neither determinate as to their content, nor enforceable against others": WOOD, Allen W., cit. (n.11), p. 85.

<sup>47</sup> "Only this [i.e., la declaración unánime de todos los demás] makes a person's property right "peremptory"- that is, actually valid and enforceable against others": WOOD, Allen W., cit. (n.11), p. 85.

<sup>48</sup> "And it will be rational for other to agree to a system that assigns wealth to anyone only if it provides all with a suitable level of property or access to it. In other words, the right of

de un sistema de propiedad justo requeriría, para Kant, de la adopción de medidas como aquellas exigidas por el principio de diferencia de Rawls<sup>49</sup>.

Toda esta reconstrucción depende fundamentalmente de que la *lex permissiva* contenida en el *PJRP* (más el derecho nativo a la libertad) sea una condición necesaria pero no suficiente para adquirir derechos plenos sobre las cosas y de que, en consecuencia, los derechos que gracias a ella se adquieran sean provisarios no solo en el sentido de que carezcan de *eficacia*, sino en el sentido más estricto de que carezcan de validez<sup>50</sup>. Dicho de otro modo, esta interpretación entiende que la *lex permissiva* introducida a través del *PJRP* resulta insuficiente para otorgar la propiedad sobre las cosas no sólo porque en estado de naturaleza no existan las condiciones materiales necesarias para garantizar el respeto de tales derechos sino porque, además, ella misma es incapaz de generar una verdadera obligación moral de respetarlos. La *lex permissiva*, en consecuencia, no otorgaría la *facultas moralis* (*Befugnis*) por la cual podemos exigir con justicia que otros respeten nuestros derechos y, en este caso, nuestros derechos de propiedad. De acuerdo a la interpretación rawlsiana, por tanto, la *lex permissiva* es normativamente insuficiente en la medida en que es incapaz de constituir una relación de obligatoriedad entre dos o más personas con respecto a una cosa, dejando así completamente irresuelto el problema de la validez de los derechos de propiedad. Pero si la *lex permissiva* no alcanza a lograr este cometido ¿cuál es su función y por qué se dice que es necesaria?

Guyer entiende que la *lex permissiva* es necesaria porque nos autoriza a usar los objetos que nosotros requerimos para el despliegue de nuestro arbitrio en el mundo sensible<sup>51</sup>. Eso, naturalmente, es cierto. Pero el problema relevante que desde el punto de vista jurídico plantea el uso de los objetos es, como el mismo Guyer subraya continuamente, es la limitación que con dicho uso se impone al uso del arbitrio de los demás, y no alguna limitación que venga por parte de los objetos mismos (o no al menos para Kant). Por eso, como afirma Schelling

the state to control the distribution of property or wealth is a consequence of the fact that the possibility of the rational consent of all to the distribution of property is a necessary condition of the existence of property at all": GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 258.

<sup>49</sup> "In what follow [afirma Guyer] I argue that Rawls's conception of the principles of justice is not incompatible with Kant's conception of the limited sphere of government but is actually required by it". Por eso, y a la inversa, sería posible afirmar que "Rawls's conception of social justice by means of his two principles plus the accompanying principle of priority can be conceived of as a plausible reconstruction of Kant's political philosophy": GUYER, Paul, cit. (n. 10), p. 266.

<sup>50</sup> La distinción así como la relación entre validez-eficacia está plagada de dificultades y, de hecho, da lugar a diferentes concepciones acerca del derecho. Cf., por ejemplo, KELSEN, Hans, BULYGIN, Eugenio y WALTER, Robert, *Validez y eficacia del derecho* (traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Astrea, 2005). Para efectos de la presente investigación, basta con entender "validez" como "obligatoriedad" o "poder vinculante" y "eficacia" como aplicación u obediencia general de una norma. Obviamente, la obligatoriedad a que se hace referencia aquí es una obligatoriedad moral pues lo que le interesa a Kant son las condiciones generales de la convivencia *justa* entre los hombres. En este sentido, el suyo es –por utilizar la clasificación de Alexy– un concepto moral de validez. Cf. ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg-Múnich, Karl Alber Verlag, 2011), pp. 141-142.

<sup>51</sup> GUYER, Paul, cit. (n. 10), pp. 246-247.

en su brevísimo tratado de derecho natural, “no puede haber para mí ninguna [resistencia] moral en la naturaleza”<sup>52</sup>. Evidentemente, debemos considerarnos *a priori* autorizados para usar las cosas (y los objetos exteriores del arbitrio en general) y sin duda que la perspectiva trascendental adoptada por Kant pone en primer plano el problema de la posibilidad de usar los objetos en general en tanto dicho uso constituya una condición de posibilidad del uso del propio arbitrio. No obstante, como las *facultates morales* se tienen respecto de las personas y no respecto de las cosas, es obvio que el *PJRP* y la *lex permissiva* introducida a través suyo pretenden algo más que justificar la posibilidad de usar las cosas *simpli-ter*. Lo que se intenta con la *lex permissiva* es demostrar la posibilidad de poseer nouémicamente las cosas (y el resto de los objetos exteriores del arbitrio) y esto significa, obviamente, demostrar la posibilidad de *tener facultatis morales* sobre ellas. En este sentido, la interpretación rawlsiana de Kant no sólo vuelve superflua la *lex permissiva* como herramienta metódica sino que además pasa por alto la razón misma por la cual Kant apela a ella: otorgar una *facultas moralis* (o si se prefiere, una *facultas iuridica*)<sup>53</sup> para obligar a los individuos a abstenerse de usar ciertos objetos porque otros se han apropiado de ellos con antelación. El hecho de decir que el derecho de propiedad no comporta una relación jurídica directa entre una persona y una cosa no es un argumento para limitar el alcance de la *lex permissiva*. Esa observación es sencillamente una obviedad y la *lex permissiva* es introducida para explicar la posibilidad de esa difícil obviedad.

Con todo, es necesario conceder a la interpretación rawlsiana de Kant que, como se adelantaba al comienzo, la *lex permissiva* no basta por sí sola para adquirir un objeto exterior del arbitrio. Al momento de introducir el *PJRP*, Kant afirma que sería contraria a derecho la máxima según la cual los objetos debieran ser considerados en sí *res nullius* aun cuando, añade en seguida, su uso fuera formalmente concordante con la libertad externa de todos los demás según una ley universal<sup>54</sup>. Si se considera que el derecho nativo a la libertad y el principio universal del derecho, a que se refiere Kant en el pasaje recién citado, tienen el mismo contenido y, en consecuencia, son equivalentes,<sup>55</sup> se tiene, entonces, que mientras el uso (que constituye la condición subjetiva de la posesión en general)<sup>56</sup> de una cosa concuerde formalmente con el derecho nativo a la libertad de todos los demás, entonces adquiero una *facultas moralis* sobre el objeto en que dicho uso recae.

Pareciera que la interpretación rawlsiana entiende que esta concordancia con el derecho nativo a la libertad de los otros sólo tiene lugar en la medida en que estos otros dan (o, mejor, “pudieran estar en condiciones de dar”) su consenti-

<sup>52</sup> SCHELLING, Friedrich Wilhelm Joseph, *Neues deduktions des Naturrechts*, Ak. I, 3, p. 141 (§11).

<sup>53</sup> KANT, I., AA, VI 383, 5-7.

<sup>54</sup> KANT, I., AA, VI 246, 5-19.

<sup>55</sup> El principio universal del derecho (“una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite al arbitrio de cada uno coexistir con el arbitrio de todos los demás según una ley universal”) y el derecho nativo a la libertad son equivalentes, diferenciándose únicamente en que uno recoge un sentido objetivo y el otro un sentido subjetivo de derecho, respectivamente.

<sup>56</sup> KANT, I., AA, VI, 245, 11-12.

miento a dicho uso y que dicho consentimiento debe dar no solo sobre la base de consideraciones meramente formales (i.e., concernientes a la mera concordancia externa de los arbitrios) sino también sobre la base de consideraciones materiales (i.e., relativas al bienestar o a la felicidad). Por tal motivo, la rectitud de la posesión nouménica de una cosa se explicaría por la satisfacción copulativa de las condiciones impuestas por el derecho nativo a la libertad, la *lex permissiva* y el acuerdo omnilateral que debe tener lugar al momento de instaurar un estado civil. Antes de ese consentimiento, las adquisiciones carecerían no solo de eficacia, sino que también de validez (y no darían origen, por tanto, a una *facultas moralis*).

La principal objeción que puede levantarse a la interpretación rawlsiana dice relación con las consideraciones que supuestamente deben tenerse en cuenta a la hora de refrendar los derechos adquiridos en estado de naturaleza: las consideraciones relativas al bienestar y a la felicidad no caen dentro del ámbito del derecho (aun cuando el derecho las pueda asumir por razones pragmáticas)<sup>57</sup>. Esto lo deja Kant claro al momento de explicitar las condiciones y características generales de las relaciones jurídicas. Allí afirma, entre otras cosas, que al derecho le conciernen las relaciones entre los arbitrios de distintos individuos y no las relaciones entre el arbitrio de uno y el deseo o la necesidad de otro, como en el caso de las acciones benéficas o crueles<sup>58</sup>. En consecuencia, de haber una negociación contractual acerca de la naturaleza y extensión de las adquisiciones de cada uno, ésta no podría tener en cuenta razones relativas a la felicidad o al bienestar de los súbditos. Las concesiones que Kant hace a este tipo de consideraciones son mínimas, y apenas van más allá de la conservación de aquellos súbditos que se encuentran en estado de necesidad. Esta concesión mínima –que por otra parte tampoco debiera causar gran extrañeza, pues parece ser la norma y no la excepción dentro de la tradición iusnaturalista<sup>59</sup>– deriva para Kant del derecho nativo a la libertad y de la posesión común originaria del suelo que se sigue de tal derecho<sup>60</sup>.

Pero además se le puede objetar a la interpretación rawlsiana la apelación a un contrato omnilateral como medio de *constitución* de la propiedad. La necesidad de dicha apelación radicaría en el carácter provisional que tienen los derechos de propiedad en estado de naturaleza, carácter que sólo sería remediado en virtud del acuerdo omnilateral que tiene lugar al momento de instaurar un estado civil.

Pero esta interpretación de los conceptos de “provisional” y “provisorio” es improbable. Kant entiende que el conjunto de condiciones necesarias para tener cualquier objeto del arbitrio en general son aquellas que establece en la primera parte de la doctrina del derecho privado, titulada precisamente “Del modo de tener algo externo como suyo”. Conforme a ellas, la *lex permissiva* y el derecho nativo a

<sup>57</sup> Cf., por ejemplo, KANT, I., AA, VIII, 298, 21-25.

<sup>58</sup> KANT, I., AA, VI, 230, 11-15.

<sup>59</sup> Cf., por ejemplo, AQUINO, Tomás de, *STh.*, II, IIae, q. 66, a.7; *STh.*, II, IIae, q. 32, a.5, ad. 2; también LOCKE, John., *Two Treatises of Government* (editado por Peter LASLETT, Cambridge, Cambridge University Press, 1988), §42, 1-15.

<sup>60</sup> KANT, I., AA, VI, §§12 y 13. Para la doctrina de la comunidad originaria de bienes y la interpretación que Kant hace de ella, véase: BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 19), pp. 122-142.

la libertad (o el principio universal del derecho) son las condiciones necesarias y suficientes para tener la posesión nouménica de cualquier objeto exterior del arbitrio en general. Ahora bien, la adquisición de un objeto particular exige, ciertamente, la realización de un acto jurídico particular. En el caso de las cosas que carecen de dueño<sup>61</sup>, ese acto es la *occupatio*. Pero que la *occupatio* sea un acto unilateral no quita que sus alcances sean universalmente vinculantes. Dicho someramente, la *occupatio* resulta vinculante para los demás porque la división de la tierra con vistas a la coexistencia común es concordante con el principio universal del derecho o, más precisamente, con la idea de una comunidad originaria de bienes (*communio fundi originaria*)<sup>62</sup>. Esta concordancia –más la *lex permissiva*– justifica la *occupatio* al tiempo que explica las distintas referencias de Kant a la voluntad universal en el acto de la adquisición particular, referencias que Guyer u otros han interpretado como una estrategia contractualista de justificación de la propiedad. Del mismo modo, esta concordancia explica que Kant afirme que las adquisiciones hechas en estado de naturaleza sean verdaderas (*wahre*) adquisiciones<sup>63</sup>; o que afirme que el estado jurídico es aquel, no en que se conviene o constituye lo suyo a cada uno, sino aquel en que tan solo se le asegura<sup>64</sup>; que al momento de explicar el sentido del tercero de los deberes jurídicos de Ulpiano, “dar a cada uno lo suyo”, Kant diga que éste debe entenderse en el sentido de estar jurídicamente obligado a entrar en un estado donde a cada uno se le asegure lo suyo<sup>65</sup>; o que, en fin, explique que el estado jurídico es aquel en que cada uno puede gozar de su derecho<sup>66</sup>.

Todos estos pasajes, la explicación general de Kant del modo de tener algo como suyo, así como sus explicaciones acerca de la apropiación originaria de una cosa a través de la *occupatio* revelan que para él las adquisiciones en estado de naturaleza son provisionales no en el sentido de que carezcan de validez jurídica (i.e., de no resultar vinculantes) sino tan solo en el sentido de que carecen de eficacia. Un pasaje contenido en los trabajos preparatorios de la *Metafísica de las costumbres* refuerza la explicación que aquí se ha ofrecido acerca de la provisionalidad y perentoriedad de los derechos adquiridos. En dicho pasaje afirma Kant lo siguiente:

<sup>61</sup> Pues las cosas son originariamente *res nullius*, aunque no *res nullius* en sí, obviamente. La comunidad originaria de bienes no puede ser interpretada, en Kant, como una comunidad jurídica. Cf. BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 19), pp. 132-135.

<sup>62</sup> Cf., por ejemplo, Kant, AA, VI 267, 4-11. Esta comunidad no es una comunidad jurídica, sino una comunidad de hecho (Cfr. BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 19), pp. 129-132). Si se tratara de una comunidad jurídica, Kant estaría presuponiendo aquello que quiere probar, a saber, la posibilidad de la propiedad en general. Como afirma Weinrib: “For Kant the challenge is not to derive private ownership from common ownership [como hace Grocio] but to understand the basis of ownership as such. Kant criticizes the notion of a primitive community on the grounds that such a community would itself have arisen from contract and thus, since the possession of the contracting parties, would cast no light on original acquisition. Moreover, the legitimacy that arises from primitive possession would be merely contingent on the historicity of the contract that instituted it, rather than grounded in principle”. WEINRIB, *Poverty and Property in Kant's System of Rights* (n. 8), pp. 822-823.

<sup>63</sup> KANT, I., AA, VI, p. 264, 29.

<sup>64</sup> KANT, I., AA, VI, p. 256, 28-29.

<sup>65</sup> KANT, I., AA, VI, p. 237, 1-8.

<sup>66</sup> KANT, I., AA, VI, pp. 306-307.

“El principio de idealidad de la posesión vale sólo *in statu civili cum effectu*, pero *in naturale absque effectu* pero sí que con un derecho a resistir [derivado] de la prioridad de la toma de posesión”<sup>67</sup>.

En este pasaje Kant está distinguiendo entre la obligatoriedad de la posesión nouménica y la posibilidad de hacerla valer. Y como queda claro, *la posesión nouménica vale en el estado natural*. Si se interpretara que “*cum effectu*” es una condición de posibilidad de la validez de la posesión, se estaría endilgando a Kant un realismo jurídico que no resulta conciliable con su filosofía práctica en general. De todos modos, aquellos que suscriben la que aquí hemos llamado la lectura rawlsiana de la doctrina del derecho de Kant no llegan tan lejos en su interpretación. Pero si las adquisiciones en estado de naturaleza no son perentorias ni en el sentido de ser eficaces ni tampoco en el sentido de ser válidas ¿entonces cuál es su estatus y por qué Kant no ofrece derechamente una interpretación contractualista de la propiedad (y de los demás derechos subjetivos?)

#### VI. ARGUMENTO PRÁCTICO-TRASCENDENTAL Y “LEX PERMISSIVA”

Tal vez el mayor problema de la interpretación rawlsiana de la doctrina del derecho de Kant es que invierte la función que, desde el punto de vista crítico, se le debe otorgar al contrato como herramienta metódica. Desde dicho punto de vista, la pregunta fundamental es cómo son posibles los distintos *iura* donde “posibilidad” hace referencia primeramente a su obligatoriedad (o en la jerga jurídica actual a su validez) y solo subsidiariamente a su eficacia<sup>68</sup>. Algunos de esos *iura* (como la libertad de conciencia y la libertad ambulatoria)emanan directamente del derecho nativo a la libertad. Pero, como se ha indicado ya, la validez de otros, específicamente los derechos adquiridos, no puede ser explicada a partir únicamente del derecho nativo a la libertad<sup>69</sup>. El problema que pasan por alto aquellos que suscriben la interpretación rawlsiana de Kant es que, desde el punto de vista trascendental tampoco pueden fundarse tales derechos en un contrato sin incurrir en una petición de principio. Desde dicho punto de vista, no se puede postular un contrato como herramienta explicativa de la obligatoriedad de los diferentes *iura*, ni siquiera como mera hipótesis metodológica, pues el contrato es una institución jurídica cuya obligatoriedad debe ser ella misma justificada. Así, por ejemplo, el contrato –como la propiedad y los derechos de familia– es tratado

<sup>67</sup> “Das princip der Idealität des Besitzes gilt nur *in statu civili cum effectu* aber *in naturale absque effectu* aber doch mit einem Rechte zu wiederstehen aus der priorität der Besitznehmung”: KANT, I, AA, XXIII, p. 211, 20-22.

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, el Estado es una condición de posibilidad de la eficacia de los derechos. Pero naturalmente eso no es cierto para cualquier forma de Estado. Tan solo un Estado levantado sobre ciertos principios políticos y jurídicos –un Estado republicano en el que impera un estado de derecho– es condición de posibilidad de la eficacia de los derechos individuales. Por eso, para Kant una justificación del Estado que procede sobre consideraciones puramente realistas no es una verdadera justificación.

<sup>69</sup> O de la *lex iusti*, que expresa las condiciones de posibilidad del derecho en general. Para el significado de las tres *leges* en Kant, véase: BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 19), pp. 44-70.

después de la *lex permissiva* en la doctrina del derecho. El orden en la exposición no es casual y revela también un orden lógico, pues la pregunta de por qué debo cumplir mi promesa (i.e., cumplir lo prometido en los contratos) es anterior a cualquier posible utilización ulterior del contrato como herramienta metódica. Por este mismo motivo, el *contrato originario* es para Kant una idea que tiene una función heurístico-regulativa, esto es, sirve al legislador como criterio orientativo en la promulgación de leyes. No es, por consiguiente, una herramienta constitutiva, y seguramente no puede ser usada de ese modo sin apelar de modo sistemático al autointerés como móvil de las acciones de los agentes, estrategia esta que Kant no emplea a la hora de fundamentar su propia filosofía del derecho<sup>70</sup>.

La *lex permissiva* es introducida al hilo del problema general que sirve de guía a toda la investigación acometida por Kant en la doctrina del derecho: la dilucidación del conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad externa de diversos seres racionales finitos puede ser realizada en el mundo sensible. La perspectiva genética que el problema así planteado obliga a adoptar –y que no es otra que la perspectiva trascendental– trae a primer plano la *lex permissiva*, pues la autorización que ella concede respecto del uso de los objetos es una condición ineludible de posibilidad del ejercicio del arbitrio en el mundo sensible. Así, si una vez supuesta la libertad, se pregunta a continuación por el conjunto de condiciones que son necesarias para la génesis de una acción externa, entonces se tropieza inmediatamente con el problema de la licitud del uso de los objetos en general y, más específicamente, con el problema de la licitud del uso nouménico de los mismos, pues dicha génesis no es posible sino a través de ellos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la posesión de las cosas. La imposibilidad de una posesión nouménica de las cosas me obligaría a llevar constantemente conmigo todo lo mío para poder considerarlo como tal; o, en su defecto, tendría que estar incesantemente agenciándome nuevas cosas con o en las cuales realizar mis propósitos. Otro tanto ocurre en el caso de los demás objetos exteriores del arbitrio: si la posesión de un acto del arbitrio de otro no fuera posible, entonces los contratos no lo serían tampoco y con ello no podría haber intercambio de bienes sancionado jurídicamente, de suerte que cada uno debería quedar más o menos obligado a procurarse por sí mismo todo aquello que necesita para vivir; si no existiera el matrimonio, la separación física de los cónyuges comportaría la disolución del vínculo matrimonial, etc.

Por consiguiente, si se preguntara por qué la ley natural otorga un derecho para la posesión nouménica de los diferentes objetos del arbitrio a través de su *lex permissiva*, debiera responderse que ello es así porque sin una posesión tal, el desenvolvimiento y despliegue de la propia libertad externa en el mundo sensible

---

<sup>70</sup> Otro tanto ocurre, como se ha indicado ya de pasada, con la *idea* de una comunidad originaria de bienes. La *occupatio* permite adquirir el dominio porque, dicho sucesivamente, cualquier acto de apropiación de una *res nullius* es *a priori* concordante con el principio universal del derecho. Por eso, si tuviera que ser expresado en términos contractualistas, habría que afirmar que la *occupatio* resulta vinculante porque una asamblea de agentes perfectamente racionales refrendaría siempre la apropiación de una *res nullius* Cfr. al respecto, SCHWEMBER, Felipe, *Libertad, derecho y propiedad. El fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte* (Hildesheim – Zürich - New York, Olms, 2013), pp. 162-170.

resultaría severamente impedida. Y es por la necesidad de sufragar esa dificultad por la que Kant se ve en la necesidad de introducir el *PJRP*: hay que presuponer la *lex permissiva* contenida en dicho postulado si es que se quieren reconstruir las condiciones normativas del ejercicio del arbitrio en el mundo sensible. Dicha reconstrucción no se agota en la consideración de las leyes preceptivas y prohibitivas que, si se lo piensa bien, dejan muy extensas áreas del derecho sin cubrir. Por de pronto, todo el derecho privado. En consecuencia, la conceptualización de dichas condiciones exige introducir la *lex permissiva* y, por ello, no resulta exagerado afirmar que ésta está respaldada por un argumento que bien puede calificarse de práctico-trascendental: si es que es la libertad externa ha de realizarse en el mundo, entonces la autorización de la *lex permissiva* ha de ser cierta.

Como no hay argumentos que puedan demostrar teóricamente la necesidad de la *lex permissiva* (por ejemplo, para el caso de la propiedad, demostrando que las cosas han sido creadas *para* nosotros), Kant se tiene que conformar con una defensa apagógica del *PJRP*: la libertad se suprimiría a sí misma si se privara gratuitamente de la posibilidad de hacer uso de los objetos exteriores del arbitrio, aun cuando tal uso no impidiera formalmente el ejercicio del arbitrio de cualquier otro según una ley universal. Dicho de otro modo, desde un punto de vista práctico, no tenemos razones para desechar la *lex permissiva* que contiene las condiciones de posibilidad del derecho privado, sino solo para asumirla; y quien la rechazara no tendría más remedio que renunciar a obrar en el mundo sensible, si es que quiere ser coherente consigo mismo. Y con esto llegamos al final de la argumentación: con un propósito práctico es necesario asumir que existe una *lex permissiva*. En favor de la necesidad de ese propósito práctico no puede ofrecerse argumento ulterior alguno, menos aún un argumento jurídico, pues el derecho es justificado por la libertad (en tanto que condición de posibilidad del ejercicio de la libertad en el mundo sensible), y no la libertad por el derecho. Por eso afirma Kant que los principios teóricos de lo mío y lo tuyo exterior se pierdan en lo inteligible<sup>71</sup> y que, aunque el *PJRP* no es susceptible de prueba ulterior, la razón práctica se amplia a través suyo<sup>72</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de su anacronismo, el mayor problema de las lecturas rawlsianas de Kant es metodológico. Desde el punto de vista crítico, el contrato originario carece de una función constitutiva (i.e., de la capacidad para dar razón del carácter vinculante de las *facultatis morales*) porque, entre otras cosas, los contratos en general son una institución jurídica cuya obligatoriedad debe ser justificada. De este modo, y desde el punto de vista crítico propio del kantismo, una explicación contractualista del derecho y de las instituciones jurídicas incurre siempre en una petición de principio<sup>73</sup>. En consecuencia, no es correcto afirmar que la

<sup>71</sup> KANT, I., AA, VI, p. 252, 24-25.

<sup>72</sup> KANT, I., AA, VI, p. 247, 6-8.

<sup>73</sup> Esto, evidentemente, no quiere decir que todas las teorías contractualistas estén fundadas sobre una petición de principio. Quiere decir tan solo que desde el punto de vista de una filosofía

obligatoriedad de los *iura in re* –que son los primeros derechos que trata Kant en la doctrina del derecho– depende de un acuerdo (o de su concordancia con un acuerdo) mientras la obligatoriedad de los acuerdos (y más particularmente de los *iura personalia*) no ha sido aún justificada dentro de esa misma doctrina. Dicha justificación, por lo demás, depende también de la *lex permissiva* y, como ocurre con el caso de la propiedad, descansa sobre el mismo tipo de razonamiento: los contratos son obligatorios porque de otro modo la expresión eficaz del arbitrio en el mundo sensible sería casi imposible<sup>74</sup>.

Así, pues, y en concordancia con el método trascendental, las instituciones jurídicas –y más específicamente, las distintas *facultates morales*– son justificadas en la medida en que aparezcan como condición de posibilidad del ejercicio del arbitrio en el mundo sensible. Por eso en la exposición de la doctrina del derecho es la *lex permissiva* la que demuestra el carácter vinculante de la propiedad, de los contratos y de las relaciones de familia. Dicho de otro modo, es la *lex permissiva* la que explica cómo son posibles los *iura in re*, los *iura in personam* y lo que Kant denomina "*ius realiter personale*"<sup>75</sup>, y por ello es la *lex permissiva* la que explica cómo es posible que la celebración de un contrato dé origen a un *ius in personam*.

La *lex permissiva*, en consecuencia, se asienta sobre un argumento práctico-trascendental que establece un paradigma no contractualista de fundamentación de los derechos individuales. En virtud de ella, los individuos pueden adquirir mediante la *occupatio* y mediante la celebración de diferentes contratos civiles, diversos derechos reales o personales, respectivamente. Asimismo, pueden adquirir por autorización de la ley lo que Kant denomina derechos personales-reales<sup>76</sup>. En consecuencia, la *lex permissiva* y el principio universal del derecho constituyen el fundamento y el eje de una teoría iusnaturalista de los derechos, donde "iusnaturalista" quiere decir dotado de "validez pre-estatal" y, también, pre-contractual.

Todo eso hace que, bien considerada, la teoría del derecho de Kant sea más parecida a la de Locke que a la de Rousseau o a la del mismo Rawls: de acuerdo a su doctrina del derecho, hay derechos naturales y el Estado existe para garantizarlos. Y poco más<sup>77</sup>. Las medidas (re)distributivas defendidas por Kant son pocas y exigüas. Están lejos de las políticas de bienestar defendidas por muchas de las teorías de la justicia contemporáneas. Y en esto Kant, como Locke, no hacen más que alinearse, para bien o para mal, con la tradición iusnaturalista.

---

trascendental del derecho, como la de Kant o la de Fichte, la fundamentación convencional de las normas y de los derechos individuales incurre en una petición de principio.

<sup>74</sup> Cfr. BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 19), pp. 232-244.

<sup>75</sup> KANT, I., AA, VI, p. 260, 1-4.

<sup>76</sup> KANT, I., AA, VI, p. 276, 26-28.

<sup>77</sup> Para un estudio acerca de la extensión de las tareas en el estado kantiano, se puede consultar UNBERATH, Hannes, *Freedom in the Kantian State* en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 16 (2008), pp. 321-367.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHENWALL, Gotfried - PÜTTER, Johan Stephan, *Elementa iuris naturae* (Leipzig, Insel Verlag, 1995).
- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg - München, Karl Alber Verlag, 2002).
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica* (traducción de Teófilo Urdaniz, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956), VIII.
- BARRY, Brian, *Justicia como imparcialidad* (traducción de José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, Paidos, 1997).
- BRANDT, Reinhard, *Das Erlaubnisgesetz* en BRANDT, Reinhard (editor), *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (Berlín - New York, Walter de Gruyter, 1981).
- BYRD, B. Sharon - HRUSCHKA, Joachim, *Kant's Doctrine of Right. A Commentary* (New York, Cambridge University Press, 2010).
- 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).
- GROCIO, Hugo, *De iure bellii ac pacis libri tres. In quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur.* (edición de P. C. Molhuysen, Leiden, Sijthoff, 1919).
- GUYER, Paul, *Kant on Freedom, Law, and Happiness* (New York, Cambridge University Press, 2000).
- HERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, *Ley permisiva y realidad del derecho en Kant* en ARAMAYO, Roberto R. - ONCINA COVES, Faustino (compiladores), *Ética y antropología: un dilema kantiano. En los bicentenarios de la Antropología en sentido pragmático -1798- y la Metafísica de las costumbres -1797* (Madrid - Granada, Instituto de filosofía del CESIC - COMARES, 1999).
- HRUSCHKA, Joachim, *The permissive Law of Practical Reason in Kant's Metaphysics of Morals*, en *Law and Philosophy*, 23 (2004).
- KANT, Immanuel, *Kants Gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, I-VII (Berlin, Druck und Verlag von Georg Reimer, 1910-1917); VII-XXVIII (Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1923-1972).
- KELSEN, Hans - BULYGIN, Eugenio - WALTER, Robert, *Validez y eficacia del derecho* (traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Astrea, 2005).
- KERSTING, Wolfgang, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie* (Paderborn, Mentis, 2007).
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government* (editado por Laslett, Peter, Cambridge University Press, 1988).
- MÜLLER, Christian, *Wille und Gegenstand. Die idealistische Kritik der kantischen Besitzlehre* (Berlín, Walter de Gruyter, 2006).
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia* (New York, Basic Books, 1974).
- PIPPIN, Robert B., *Mine and Thine. The Kantian State* en GUYER Paul (editor), *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy* (New York, Cambridge University Press, 2006).
- PUFENDORF, Samuel *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros* (traducción de María Asunción Sánchez Manzano y Salvador Rus Rufino, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.)
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia* (traducción de María Dolores González, 4<sup>a</sup> reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003).

- SCHELLING, Friedrich Wilhelm Joseph, *Historisch-kritische Ausgabe, Bayerischen Akademie der Wissenschaften* (editado por von Jörg Jantzen, Thomas Buchheim, Wilhelm G. Jacobs y Siegbert Peetz, Stuttgart, Frommann-Holzboog, 1976).
- SCHWEMBER, Felipe, *Libertad, derecho y propiedad. El fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte* (Hildesheim – Zürich - New York, Olms, 2013).
- SKEES, Murray, *The "lex permissiva" and the Source of Natural Right in Kant's Metaphysics of Morals and Fichte's Foundations of Natural Right* en *International Philosophical Quarterly*, 49, 3 (2009) 195, pp. 375-398.
- SUÁREZ, Francisco, *Tratado de las Leyes y de Dios legislador en diez libros* (traducción de José Ramón Eguillor Muniozguren, Madrid, 1967).
- TIERNEY, Brian, *Liberty & Law. The Idea of Permissive Natural Law, 1100-1800* (Washington D.C, The Catholic University of America Press, 2014).
- TIERNEY, Brian, *Kant on Property: The Problem of Permissive Law* en *Journal of the History of Ideas*, 62 (2001) 2.,
- TIERNEY, Brian, *Permissive Natural Law and Property: Gratian to Kant* en *Journal of the History of Ideas*, 62 (2001) 3.
- UNBERATH, Hannes, *Freedom in the Kantian State* en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 16 (2008).
- WEINRIB, Ernest, *Permissive Laws and the Dynamism of Kantian Justice* en *Law and Philosophy*, 33 (2014) 1.
- WEINRIB, Ernest, *Poverty and Property in Kant's System of Rights* en *Notre Dame Law Review*, 78 (2003) 3.
- WOLFF, Christian, *Gesammelte Werke* (editado por Marcel Thomann, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1980), XIX: *Deutsche Schriften*.
- WOOD, Allen W., *Kant and Fichte on Right, Welfare and Economic Redistribution* en AMERIKS, Karl - STOLZENBERG, Jurgen (editores), *Internationales Jahrbuch des Deutschen Idealismus/ International Yearbook of German Idealism*, 2 (Berlin, Walter de Gruyter, 2004).

