

## DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA<sup>1</sup>

Enrique Serrano Gómez\*

**Resumen:** El artículo es una reconstrucción de la filosofía del derecho de Kant. Primero, se hace una distinción entre derecho positivo y derecho natural, los cuales son las leyes y la reflexión acerca de lo justo de las mismas, respectivamente. El primer caso atiende al derecho vigente y el segundo a la razón práctica que se encarga de cuestionarlo, entendiendo por práctica el proceso crítico donde el sujeto ejerce su voluntad. Después, se trata el derecho público como legitimador del derecho privado, siendo la mediación entre ellos el contrato social, para ello toma como ejemplo la apropiación. Por último, con los elementos dados se distingue la teoría kantiana del liberalismo tradicional, se caracteriza cómo es el contrato social que propone Kant y se menciona la crítica hegeliana.

**Abstract:** *This paper contains arguments from Kant's philosophy of law. Firstly, it distinguishes between positive and natural right, the laws and reflections on what is justice respectively. We then analyze present law, on the one hand, and, on the other hand, practical reason which questions it, understanding practical as the critical process by means of which the agent exerts his own freedom. Afterwards, we examine public right as a means of legitimizing private right insofar as social contract mediates between them. Finally, Kant's theory and traditional liberalism are distinguished, Kant's social contract clarified and the Hegelian critic of Kant discussed.*

PALABRAS CLAVE: RAZÓN PRÁCTICA, DERECHO, LEGISLACIÓN, FUNDAMENTACIÓN, MORALIDAD

**S**e puede afirmar que Immanuel Kant es un representante del *iusnaturalismo* en tanto defiende la posibilidad de establecer un principio universal de justicia al cual debe subordinarse toda legalidad. Sin embargo, al mismo tiempo, es preciso

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de una investigación más amplia acerca del pensamiento jurídico y político de Kant, titulada *La insociable sociabilidad*.

\* Profesor-investigador, Departamento de Filosofía, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, eserranog@aol.com

reconocer que su postura dentro de esta amplia tradición se encuentra muy alejada de la ortodoxia. Para empezar, en la “Dialéctica” de la *Crítica de la razón pura* se cuestiona de manera radical la fundamentación metafísica del *iusnaturalismo* tradicional. Para Kant, no es posible acceder al conocimiento de un orden trascendente del cual puedan deducirse las normas del derecho. Por el contrario, al igual que David Hume, Kant sostiene que es necesario distinguir claramente entre *ser* y *deber ser* y, con ello, asumir que la validez del segundo no puede sustentarse en la descripción verdadera del primero. El objetivo del proyecto kantiano es fundamentar el principio de justicia en el uso práctico de la razón.

La filosofía kantiana del derecho busca distanciarse tanto del dogmatismo del *iusnaturalismo* tradicional como del dogmatismo que también ha imperado en la tradición del positivismo jurídico. Para ello, empieza por aplicar uno de los preceptos básicos de su método crítico, el cual exige establecer límites definidos entre los distintos usos de la razón. Ello permite advertir que el positivismo y el *iusnaturalismo* se mueven en distintos niveles, por lo que ellos no pueden considerarse posturas opuestas, entre las que se tiene que elegir. El tema del positivismo jurídico es una *quaestio facti*, a saber, determinar lo que el derecho es *quid sit iuris*, es decir, *lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado*. En cambio, el tema del derecho natural es una *quaestio iuris*, a saber: si lo que han dicho las leyes es justo, esto es, se trata de establecer *el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (iustum et iniustum)*.

La diferenciación de niveles en los que se sitúan estos dos temas es resultado de dos perspectivas distintas, la del observador y la del participante, las cuales remiten al uso teórico y al uso práctico de la razón respectivamente. Para comprender el sentido de esta tesis es menester tener en cuenta la peculiar terminología kantiana. En las dos introducciones de la *Crítica del juicio* se destaca que el concepto de práctica encierra una ambigüedad, pues es posible comprenderlo de dos maneras. La práctica puede entenderse como lo opuesto a la especulación; en este sentido, un ingeniero o un abogado son hombres prácticos en oposición a un teólogo. Pero lo práctico también puede definirse en contraste con lo teórico; en este caso, se requiere distinguir entre la técnica y la práctica (la *tecné* diferenciada de la *praxis*).<sup>2</sup> Mientras la primera representa la aplicación de la teoría, la

---

<sup>2</sup>“Todas las reglas técnico-prácticas (es decir, las del arte y de la habilidad en general, o también de la prudencia, como la habilidad de tener influye sobre los hombres y sus voluntades), en cuanto sus

segunda denota la actividad de una voluntad libre, la cual se sustenta no sólo en el conocimiento empírico sino que también toma como punto de partida las exigencias del deber ser. Kant, normalmente, reserva el término de práctica para expresar el segundo significado (la moral re-presenta el paradigma de la práctica).

Si se toma en cuenta esta precisión conceptual, se entenderá el sentido planteado en la “Introducción a la doctrina del derecho”. El individuo que conoce el derecho positivo es un jurisconsulto y si, además, es versado en la aplicación de ese derecho, entonces se convierte en un jurisperito, el cual, con la experiencia, adquiere una prudencia (*Jurisprudencia*). Pero la actividad de los jurisconsultos no es una práctica (*praxis*); se trata de una técnica, es decir, de una habilidad obtenida mediante el uso y la aplicación de las normas que conforman el derecho positivo. La pericia y la prudencia del jurisconsulto provienen del empleo de la razón teórica; el interés que guía su actividad es conocer lo que dice el derecho (*quid sit iuris*), para utilizarlo en casos concretos. Para el jurisconsulto, la *quaestio iuris* pasa a un plano secundario; incluso el introducir este tema puede ser un elemento que le impida desarrollar su habilidad técnica.

De acuerdo con Kant, sólo se establece una relación práctica con el orden jurídico cuando los seres humanos no se limitan a informarse respecto a lo que manda el derecho sino que, además, reflexionan acerca de la justicia de ese derecho, con miras a transformarlo. La relación práctica con el derecho no es mera técnica jurídica; es, ante todo, uso crítico (reflexivo) de la legalidad. La relación práctica con el orden jurídico, propia de la perspectiva *iusnaturalista*, tiene relación con la actividad característica de los ciudadanos, más que con la técnica administrativa de los profesionales del derecho. Debe recordarse que la ciudadanía se caracteriza por la pertenencia activa (voluntaria) al orden civil de la sociedad. Ello indica que el ciudadano no debe conformarse con saber lo que manda el derecho para ajustar ciegamente sus acciones a él. El ciudadano

---

principios descansan sobre conceptos, deben contarse sólo como corolarios de la filosofía teórica [...] En cambio, los preceptos morales-prácticos, que se fundan completamente en el concepto de libertad, con absoluta exclusión de los fundamentos de determinación de la voluntad nacidos de la naturaleza, constituyen una modalidad especial de preceptos, que también, como las reglas a las cuales la naturaleza obedece, se llaman sencillamente leyes; pero en vez de descansar, como estas últimas, en condiciones sensibles, se sustentan en un principio suprasensible, y, al lado de la parte teórica de la filosofía, exigen para sí solos otra parte, con el nombre de filosofía práctica”, (*KU*, B XIV-B XV).

debe asumir críticamente el derecho positivo, con el objetivo de hacer compatibles la libertad, entendida como autonomía y autolegislación, con la autoridad del orden civil al que pertenece. Esto no quiere decir que el ciudadano puede desobedecer las normas jurídicas que considere injustas. El primer deber del ciudadano es obedecer la legalidad, pero también su primer derecho es poder expresarse libre y públicamente con la validez del derecho positivo, así como proponer su transformación a través de los canales institucionales creados para ese objetivo. Como se verá más adelante, la legitimidad del derecho requiere de la presencia de los medios institucionales que permitan a los ciudadanos ejercer ese derecho básico.

Kant propone distinguir entre *teoría del derecho (Rechtslehre)* y la *ciencia del derecho (Rechtswissenschaft)*. La primera implica una relación teórica y técnica con el orden jurídico, la cual es propia de los profesionales de la administración del derecho; en cambio, la segunda presupone una relación práctica con el orden jurídico, la cual se exige, en primer lugar, a los ciudadanos en general y, en segundo, a los filósofos que reflexionan acerca del derecho. Mientras la teoría del derecho sólo tiene en cuenta la estructura y la dinámica internas de los sistemas jurídicos positivos, la ciencia del derecho se plantea, además, la adecuación entre esos sistemas y las exigencias normativas inherentes al concepto de derecho. Ello no presupone que en la ciencia del derecho se pierda la distinción entre lo establecido en los derechos positivos y el principio universal de justicia, el cual permite juzgar críticamente esos derechos desde una perspectiva práctica. Por el contrario, el tener en cuenta el abismo existente entre estos dos niveles resulta esencial para explicar la dinámica histórica de los sistemas jurídicos.

A partir de esta diferenciación de niveles, Kant recupera en su filosofía del derecho (la ciencia del derecho<sup>3</sup>) gran parte de las tesis del positivismo jurídico (la teoría del derecho empírica). En primer lugar, afirma que el derecho se encuentra constituido por aquellas normas que emanan del poder legislativo y que ese poder garantiza su vigencia social mediante la amenaza de coacción. Con ello sostiene que la primera función del derecho es coordinar los arbitrios de los miembros de la sociedad, para garantizar la estabilidad del orden civil de la socie-

---

<sup>3</sup> Debe recordarse que Kant entiende por ciencia algo diferente a su significado predominante en la actualidad. Para él, ciencia es un conocimiento sistemático a partir de principios de la razón. Según esto, la ciencia no se limita al conocimiento empírico, sino que exige el contraste entre éste y las ideas inherentes a la razón.

dad. Ello coincide con las teorías empíricas más recientes que afirman que la misión del derecho es garantizar la integración de las acciones mediante normas apoyadas en sanciones, o bien que el derecho tiene por objetivo estabilizar expectativas (reducir complejidad o superar la doble contingencia), a través del uso reglamentado de los recursos de coacción públicos. Kant admite que esta función del derecho es independiente de su validez racional. Es evidente que un derecho positivo puede cumplir con esta función, aunque no se ajuste a las demandas del principio de justicia universal.

Esto le permite aceptar a Kant la existencia de una diferencia insuperable entre el derecho y la moral, pues se trata de actividades sociales que operan de manera diferente. Es conocida la estrategia argumentativa que sigue este autor para distinguirlas. En primer lugar, establece que cualquier tipo de legislación presupone dos elementos:

Primero, una ley que representa objetivamente como necesaria la acción que debe suceder, es decir, que convierte la acción en un deber; segundo, un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley, el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de la ley. (*MS*: 218)

Posteriormente, afirma que el derecho y la moral difieren en el segundo de dichos elementos. Pueden existir coincidencias en el contenido de las legislaciones jurídicas y morales. Sin embargo, mientras la moral sólo acepta como móvil el reconocimiento de la validez de la ley por parte del sujeto, la legislación jurídica acepta cualquier otro móvil, por ejemplo, el temor a la sanción.

A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama legalidad (conformidad con la ley), pero aquella en la que la idea del deber según la ley es a la vez móvil de la acción, se le llama moralidad (eticidad) de la misma. (*MS*: 219)

Desde el punto de vista jurídico sólo interesa que la acción sea conforme a la ley; en cambio, la moral pide que la acción sea ejecutada por la ley misma. La diferencia respecto a los móviles de la acción indica que estas dos legislaciones tienen distintos destinatarios y objetivos. La moralidad se dirige a la conciencia del individuo y lo que está en juego en ella es, ante todo, la dignidad del ser humano, dada por su capacidad de actuar de manera autónoma. La legislación

jurídica tiene como primer destinatario las instituciones del orden civil y su objetivo principal es la estabilidad de éste, para garantizar la convivencia social. Además, Kant admite que tampoco existe una coincidencia necesaria entre el contenido de la moral y del derecho. Aunque un derecho positivo no respete las normas morales, el primero no pierde su vigencia social, la cual depende del poder instituido; por eso afirma que *derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa*. Las normas racistas del régimen nacional-socialista, utilizando un ejemplo reciente, eran derecho mientras el Estado alemán mantuvo su vigencia. Acerca de esto no hay más que decir.

Sin embargo, una vez establecidas las coincidencias con el positivismo jurídico, Kant agrega: “Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza hermosa, pero lamentablemente no tiene seso”.<sup>4</sup> La *falta de seso* se manifiesta no sólo en la incapacidad para entender la dimensión normativa sino, también, en su ineptitud para captar la compleja realidad del derecho. No se necesita trascender la dimensión empírica para percibir que, a diferencia de los imperativos de un asaltante, el derecho presupone, junto a la amenaza de coacción, una pretensión de validez racional. Si bien es cierto que no se puede dar por sentado que los derechos positivos cumplen, por lo menos plenamente, con la pretensión de validez racional, el mero hecho de que dicha pretensión este implícita, determina la manera en que el derecho opera. Para describir adecuadamente el derecho y sus procedimientos no es posible basarse sólo en el modelo de órdenes sustentadas en una amenaza de coacción. Además de que el derecho no sólo está constituido por este tipo de normas, la relación asimétrica de mando y obediencia que en él se establece presupone una legitimación y, por tanto, un cierto grado (variable) de reciprocidad entre la autoridad que manda y aquél que obedece.

Por eso, una vez aceptada gran parte de las tesis de la teoría empírica del derecho, Kant introduce la distinción entre derecho en sentido estricto (*ius strictum*) y derecho en sentido amplio (*ius latum*), con el objetivo de aproximarse a la realidad compleja de los sistemas jurídicos. El derecho estricto o restringido es aquel que no está mezclado con algún elemento ético y, por tanto, no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio. Se le denomina externo porque, aunque presupone la conciencia de la obligación, no apela a la conciencia como móvil; únicamente se apoya en la amenaza de coacción. El derecho estricto-

---

<sup>4</sup> MS: 230.

to remite a un sistema de normas positivas, que tiene una vigencia social gracias a que se respalda en un tribunal que garantiza la eficacia de sus decisiones mediante el uso de los recursos de coacción públicos. En otras palabras, el derecho estricto presupone la existencia de un poder legislativo y judicial, como componentes centrales de un orden civil; se trata de la dimensión del sistema jurídico que perciben las teorías empíricas del derecho.

“A todo derecho en sentido estricto está ligada la facultad de coaccionar. Pero se puede pensar todavía un derecho en sentido amplio, en el que es imposible determinar mediante ley alguna la capacidad de coaccionar”.<sup>5</sup> El derecho en sentido amplio tiene un carácter equívoco (*ius aequivocum*), pertenece en cierto modo a los *intermundia* de Epicuro, pues se encuentra entre la esfera del derecho y la de la moral. Es un derecho que exige una decisión jurídica, pero no existe para él ningún juez competente. De hecho, Kant admite que su pertenencia al ámbito jurídico es discutible (como revisaré, pertenece, más bien, al ámbito de la política), pero, al mismo tiempo, afirma que se trata de una realidad social que explica en parte la dinámica histórica del derecho. En la *Metafísica de las costumbres* se mencionan dos casos de este derecho en sentido amplio: *la equidad (Aequitas/Billigkeit)* y *el derecho de necesidad (ius necessitatis/Notrecht)*.

El apotegma (*dictum*) de la equidad es: *el derecho más estricto constituye la mayor injusticia (summum ius summa iniura)*. Cuando la ley no se adecua a las exigencias de la justicia se apela a la equidad, es decir, a un principio de justicia basado en la recta razón, el cual trasciende la legalidad positiva.<sup>6</sup> Por ejemplo, un trabajador al que se le sigue pagando la misma cantidad de dinero, cuando éste ha sido devaluado, quizá no encuentre una norma positiva que sustente su demanda de incremento salarial; sin embargo, puede apoyarse en el principio de equidad (aunque para hacerlo realidad tenga que trascender el ámbito jurídico). Al igual que Aristóteles, Kant ve en la equidad el correctivo de la justicia legal (cuya exigencia es una práctica política).<sup>7</sup> El daño producido por la

<sup>5</sup> MS: 324.

<sup>6</sup> Cabe señalar que la distinción entre normas y principios propuesta por Ronald Dworkin se aproxima a la tesis kantiana. Lo importante de Dworkin es que su análisis empírico lo lleva a trascender la estrecha perspectiva del positivismo tradicional. *Cfr.*, Dworkin, 1993.

<sup>7</sup> “Así lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal”. Aristóteles, 1972: V, 10. Véase, también, Aristóteles, 1990: I, 13.

aplicación del derecho positivo sin tomar en cuenta el principio de la equidad *no puede remediarse por el camino jurídico, aunque afecte a una exigencia jurídica, porque pertenece al tribunal de la conciencia, mientras que toda cuestión jurídica ha de llevarse ante el derecho civil*. Al introducir la equidad como parte del derecho en sentido amplio, se reconoce de manera implícita que ninguna legislación positiva puede prevenir todas las circunstancias posibles y que tampoco se puede asumir que responde a la justicia plenamente. Ninguna justicia legal (positiva) es perfecta, por lo que esta tiene que buscar perfeccionarse constantemente.

El apotegma del derecho de necesidad reza así: *la necesidad carece de ley (necessitas non habet legem) y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto*. En situaciones extremas, en especial cuando un individuo se ve ante una amenaza real e inmediata de muerte, resulta muy problemático juzgar legalmente su acción, aunque con ella viole el derecho de terceros inocentes. El ejemplo que se da en la *Metafísica de las costumbres* es el del naufrago quien, para salvar su vida, arroja al otro de la tabla en la que se había puesto a salvo. Sin duda, tal acción no es digna de ser aprobada moralmente, pero resulta muy difícil de juzgar en términos jurídicos. El acto de salvar la propia vida por medio de la violencia no ha de juzgarse como irreprochable (*inculpabile*) sino sólo como no punible (*impunible*). Ello quiere decir que de los actos violentos para salvar la vida no es posible extraer ninguna ley justa.

Se ve que en estos dos juicios jurídicos (según el derecho de equidad y el derecho de necesidad) el equívoco surge al confundir los fundamentos objetivos con los subjetivos del ejercicio del derecho (ante la razón y ante el tribunal). Porque lo que alguien con buenas razones reconoce por sí mismo como justo, no puede encontrar confirmación ante un tribunal y lo que él tiene que juzgar como injusto en sí puede lograr indulgencia ante el mismo tribunal. Porque el concepto de derecho en estos dos casos no está tomado con el mismo significado.<sup>8</sup>

Al sostenerse que la diferenciación entre derecho en sentido estricto y derecho en sentido amplio implica dos significados, se reconoce, de manera implícita, que es preciso rechazar la concepción esencialista, la cual considera posible tomar como punto de partida una definición del concepto de derecho que excluya a uno de estos significados. El leguleyo que afirma que el derecho sólo es aquello que hacen los profesionales de la administración de justicia (legisladores, aboga-

---

<sup>8</sup> MS: 236.

dos y jueces) dentro del orden institucional, lejos de tomar una postura realista, mutila la realidad. La ambigüedad del concepto de derecho no es un error o defecto del lenguaje cotidiano, sino un síntoma de la realidad compleja del sistema jurídico. Se trata, por tanto, de asumir los dos significados para, después, buscar la relación que hay entre ellos sin perder nunca de vista las diferencias y los límites. En las sociedades modernas el derecho es, en primer lugar, un sistema social autónomo que funciona con un código propio basado en la distinción entre lo lícito y lo ilícito y que se apoya en la amenaza de coacción. Pero la autonomía del derecho, en sentido estricto, no implica aislamiento, pues ese derecho también debe responder a las demandas y a las transformaciones de la sociedad en su conjunto.

Precisamente, para describir la relación entre el derecho y la sociedad, junto a la distinción entre derecho estricto y derecho en sentido amplio, se introduce también la siguiente división general de los derechos:

1) De los derechos como teorías (*Lehren*) sistemáticas, que hacen referencia a conjuntos ordenados de normas o preceptos. Ellos se dividen, a su vez, en: 1.1) derecho natural, *que sólo se basa en principios a priori*, es decir, normas que tienen una validez racional, aunque no posean una vigencia social; y 1.2) derecho positivo (estatutario), *que procede de la voluntad de un legislador*.

2) De los derechos como facultades (*Vermögen*) (morales) de obligar a otros, es decir, como un fundamento legal con respecto a estos últimos (*titulum*), cuya división suprema es la clasificación en: 2.1) derecho innato; y 2.2) derecho adquirido. El primero corresponde a cada uno por naturaleza, con independencia de todo acto jurídico; para el segundo se requiere un acto de ese tipo. Los derechos como facultades remiten a las pretensiones hechas por los individuos a otros sustentados en el derecho.

Al yuxtaponer la distinción entre derecho estricto/derecho amplio y esta división general, resulta que el derecho natural (1.1) y el derecho innato (2.1) forman parte del derecho en sentido amplio; mientras que el derecho positivo (1.2) y el derecho adquirido (2.2) constituyen el derecho en sentido estricto. Para ver el sentido de esta clasificación ofrezco un ejemplo simple: piénsese en un grupo social cuya lucha política pretende tener ciertos derechos que no son reconocidos por el derecho positivo de su sociedad. Dicho grupo tiene el derecho innato (1.1)

de expresar públicamente su opinión. Ello quiere decir que un derecho positivo que no reconozca ese derecho (libertad de expresión) no puede sustentar su pretensión de validez racional y se reduce a ser una imposición (coacción externa). Si las razones esgrimidas por el grupo para sustentar esos derechos no reconocidos son efectivamente válidas, se les puede calificar como naturales. Esto significa que el derecho positivo debe reconocerlos para cumplir con la exigencia de validez racional, inherente al concepto de derecho.

Por supuesto que la corrección del derecho positivo no puede considerarse como el efecto de una argumentación racional. El perfeccionamiento del derecho estatutario debe ser descrito como el resultado contingente<sup>9</sup> de la historia de los conflictos políticos. La concepción teleológica del derecho, según la cual la historia representa la mediación entre los sistemas de derechos empíricos y la noción normativa de derecho se expresa en la siguiente definición: “El derecho estricto puede representarse también como la posibilidad de una coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales”.<sup>10</sup> Lo primero que hay que destacar es que no se trata de una definición general, sino del derecho estricto, esto es, del positivo. Pero en ella se presupone que el concepto de derecho no admite dos elementos diferenciados: la facultad de coaccionar, como instancia que hace posible coordinar los arbitrios, y la validez racional, dada por las leyes universales que permiten la coexistencia libre. En el concepto de derecho se encuentran entrelazados estos dos elementos, lo que implica que el único uso legítimo (racional) de la facultad de coaccionar es para garantizar el cumplimiento de dichas leyes universales.<sup>11</sup>

Sin embargo, esa coincidencia entre la facultad de coaccionar y la pretensión de validez racional es lo propio de la noción normativa del derecho (“El

---

<sup>9</sup> Para Kant, a diferencia de Hegel, el perfeccionamiento o progreso del derecho no es un proceso que debe realizarse de manera necesaria en la historia. Es sólo una posibilidad, pero que debe pensarse para poder realizarse.

<sup>10</sup> *MS*: 232.

<sup>11</sup> “Por tanto, si un determinado uso de la libertad es un obstáculo a la libertad según leyes universales [es decir, es contrario al derecho- *unrecht*], entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho [*recht*]. Por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”. (*MS*: 231)

derecho es 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<sup>12</sup>). Por eso, se dice que en el derecho estricto (positivo) esa coincidencia es sólo una posibilidad. Lo que define al derecho estricto es la facultad de coaccionar (*derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa*). Para que el derecho estricto responda también a la pretensión de validez racional, los ciudadanos deben realizar sus aspiraciones de libertad. Éstas se realizan cuando los ciudadanos sólo tienen que obedecer a las leyes que ellos mismos pueden dar su consentimiento racional. Si bien Kant coincide con las teorías empíricas respecto a que la función primordial del derecho es coordinar las acciones, mediante el uso reglamentado de los recursos de coacción públicos; al mismo tiempo agrega que el derecho debe, además, servir para formar a los seres humanos como ciudadanos.<sup>13</sup>

En contraste con el positivismo jurídico, Kant quiere demostrar con esta argumentación que el derecho debe pensarse como una realidad histórica, en la que, junto a la transformación continua de su contenido, existe una idea que orienta la dirección de esos cambios como postulado de la razón práctica. Dicho de otra manera, la noción normativa del derecho tiene, desde la perspectiva kantiana, un efecto en la dimensión empírica, pues guía la relación práctica de los seres humanos con el derecho.

Una Constitución que promueva la mayor libertad humana de acuerdo con leyes que hagan que la libertad de cada uno sea compatible con la de los demás (no una Constitución que promueva la mayor felicidad, pues ésta se seguirá por sí sola) es, como mínimo, una idea necesaria que ha de servir de base, no sólo al proyecto de una constitución política, sino también a todas las leyes:

Aunque esto no llegue a producirse nunca, la idea que presenta ese *maximum* como arquetipo es plenamente adecuada para aproximar progresivamente la constitución jurídica de los hombres a la mayor perfección posible. En efecto, nadie puede, ni debe, determinar cuál es el supremo grado en el cual tiene que detenerse la humanidad, ni, por tanto, cuál es la distancia que necesariamente separa la idea de su realización. Nadie puede, ni debe hacerlo porque se trata

---

<sup>12</sup> MS: 230.

<sup>13</sup> Se puede decir que, desde el punto de vista de la génesis histórica de los sistemas jurídicos, la coacción precede a la validez racional.

precisamente de la libertad, la cual es capaz de franquear toda frontera predefinida. (*KrV*: A 316-317, B 373-374)

De acuerdo con esta tesis, si se quiere comprender la compleja realidad del derecho no se puede eludir la reflexión acerca de su validez normativa. La aportación de Kant consiste en negar que esa validez deba identificarse con un supuesto contenido verdadero (adecuado a un orden cósmico, divino, natural o histórico), con lo que se rechaza al *iusnaturalismo* tradicional. Para él, la validez racional del derecho se encuentra en el añejo principio republicano, interpretado como uno que es *a priori* de la razón práctica: *volenti non fit iniura*, que puede traducirse como que *no hay injusticia, donde hay aceptación voluntaria*. La validez racional de la legislación jurídica se encuentra, por tanto, en el consentimiento de los ciudadanos, siempre y cuando dicho consentimiento surja en condiciones de libertad. A su vez, la presencia de estas condiciones se establece empíricamente por las posibilidades que tienen los ciudadanos de disentir públicamente. Aunque las leyes positivas sean estatuidas por un poder legislativo, constituido por un número limitado de ciudadanos, se puede afirmar que ese derecho es aceptado por todos si en él se garantiza la libertad en sus diferentes formas, empezando por la de expresión. Por eso, Kant sostiene que no hay sino un derecho natural o innato (norma y pretensión): la libertad.

La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo ser humano en virtud de su humanidad.

La igualdad innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles; por consiguiente, la cualidad del ser humano de ser su propio señor (*sui iuris*); de igual modo, la de ser un ser humano íntegro (*iusti*), porque no ha cometido injusticia alguna con anterioridad a todo acto jurídico; por último, también la facultad de hacer a otros lo que en sí no les perjudica en lo suyo, si ellos no quieren tomarlo así; como por ejemplo, comunicar a otros el propio pensamiento, contarles o prometerles algo, sea verdadero y sincero o falso y doble (*veriloquium aut falsiloquium*), porque depende de ellos solamente querer creerle o no —todas estas facultades se encuentran ya en el principio de la libertad innata y no se distinguen realmente de ella. (*MS*: 237-238)

Sostener que la libertad es un derecho natural o innato es una expresión ambigua que es necesario aclarar a la luz de la filosofía práctica kantiana en su conjunto. La libertad no es un atributo de los individuos aislados, esto es, independiente de las relaciones que tienen con el orden social en el que viven. Los seres humanos sólo llegan a poseer un libre arbitrio mediante un *hábito racional adquirido* (un proceso de socialización) que los capacita para actuar por la representación de la ley. Lo único que puede considerarse innato en sentido estricto es la facultad de desarrollar ese libre arbitrio. Cuando se dice que la libertad es un derecho innato o natural significa que éste es un derecho en sentido amplio, esto es, tanto un principio *a priori* como una pretensión racional de los seres humanos frente al orden institucional. Pero para que este derecho en sentido amplio a la libertad se transforme en derecho en sentido estricto, los individuos tienen que lograr que sea reconocido por el orden civil.

La pretensión de validez racional que acompaña al derecho a la libertad se sustenta, según Kant, en un argumento trascendental. Este tipo de argumentos consta básicamente de dos pasos: primero, se afirma que algo es verdad y, en segundo lugar, se demuestra que, de no darse cierta condición o condiciones, aquello que se asume como verdadero no sería posible.<sup>14</sup> El hecho verdadero que se presupone en este caso es que sólo puede legislarse sobre aquello que los seres humanos tienen la posibilidad de hacer o dejar de hacer. Por lo que la libertad es una condición necesaria para que el derecho y la actividad de legislar tengan sentido. Dicho de otra manera, la libertad es una condición trascendental del derecho y, por tanto, la pretensión de los individuos de que sea reconocida su condición de seres libres no puede estar mejor fundamentada.

Sin embargo, a pesar de su aparente contundencia, este argumento requiere ser reforzado, ya que, en este punto, el positivismo puede contraatacar y negar la verdad de la que parte el mencionado argumento. En la medida que el derecho implica la facultad de coaccionar, es posible describir el funcionamiento del derecho sin acudir a la noción de libertad. Se puede sostener que el derecho controla la conducta de los seres humanos manejando simplemente un conjunto de sanciones negativas y positivas. Desde esta perspectiva, por ejemplo, se castiga a los individuos que transgreden la legalidad, no porque sean responsables de sus acciones (al negar la libertad, no se les puede imputar sus acciones) sino, simplemente, para tratar de evitar futuras transgresiones. Al destacar que en el derecho

---

<sup>14</sup> Acerca de este tema, consúltese la antología realizada por Cabrera, 1999.

no son relevantes los motivos de la acción, el propio Kant admite, de manera implícita, la fuerza de dicha objeción, la cual tiene una amplia base empírica.

Además, de acuerdo con la filosofía práctica kantiana, no es posible desarrollar un argumento teórico que demuestre la existencia de la libertad de arbitrio. La libertad está ligada a una experiencia práctica surgida de la capacidad humana de actuar por la representación de la ley. Ello implica que, para enfrentar la tesis que niega que la libertad es una condición trascendental del derecho, sólo queda acudir a esa experiencia práctica. Se trata de resaltar que, en la historia política de las sociedades, un número socialmente relevante de individuos no se han conformado con ser tratados como meros engranajes del sistema institucional, sino que han demandado querer ser reconocidos como seres libres. De ahí la importancia que tiene, para Kant, el entusiasmo generalizado que despertó la *Declaración de los derechos de los seres humanos y los ciudadanos* en la Revolución francesa. Dicho entusiasmo es visto como un síntoma de la relación práctica que pueden establecer los individuos con el orden jurídico. En efecto, desde la perspectiva teórica del observador se puede describir el funcionamiento del derecho sin acudir a la noción de libertad. Pero, desde el momento que se asume la perspectiva del participante, la libertad aparece como la instancia que da sentido al derecho. Las teorías empíricas del derecho, al no tomar en cuenta esta perspectiva, consideran que la cuestión de la validez del derecho puede reducirse a una cuestión de corrección formal.

La dimensión normativa del derecho sólo adquiere relevancia desde el punto de vista del ciudadano. Como se ha señalado, la filosofía del derecho kantiana busca conciliar la visión teórica y técnica, la de los profesionales de la administración del derecho con la visión práctica del ciudadano, situándolas en niveles diferentes. Por eso, Kant puede admitir que la función técnica básica del derecho es constituir y mantener un orden civil estable así como, también, que la realización de esta función no tiene a la libertad como una condición necesaria. Sin embargo, al mismo tiempo, afirma que, a partir del uso práctico de la razón que caracteriza a la ciudadanía,<sup>15</sup> la amenaza de coacción no es suficiente. Sólo los individuos formados como ciudadanos pueden introducir la dimensión moral o ética del de-

---

<sup>15</sup> El ciudadano ha de hallarse bajo leyes dadas por él mismo (libertad, igualdad), recibiendo éstas firmeza y estabilidad gracias a un poder irresistible. El hombre es un animal que: 1) requiere instrucción y disciplina; 2) progresa hacia su destino en el seno de la especie; y 3) precisa de un señor en sociedad.

recho, al rechazar las normas que busca imponer un poder externo y sólo dar su consentimiento a la legalidad que reconoce sus aspiraciones de libertad. Por otra parte, se requiere que los ciudadanos sustenten su demanda de libertad no sólo en su capacidad de actuar políticamente, sino que, además, apoyen racionalmente esa petición respetando sus deberes jurídicos; de los cuales Kant, siguiendo el *Corpus iuris civilis* de Ulpiano, distingue tres tipos:

1) *Sé un hombre honesto (honeste vive)*. La honestidad jurídica consiste en esto: en afirmar el propio valor como hombre en la relación con otro, deber expresado en la proposición: *no te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin*. Este deber se esclarecerá en lo que sigue como la obligación surgida del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*).

2) *No dañes a nadie (neminem laede)*, aunque para ello debieras desprender-te de toda relación con otro y evitar toda sociedad (*Lex iuridica*).

3) *Entra (si no puedes evitar lo último) en una sociedad con otros, en la que a cada uno se le pueda mantener lo suyo (suum cuique tribue)*. Si esta última fórmula se tradujera como *da a cada uno lo suyo*, se formularía un despropósito; porque no puede darse a nadie lo que ya tiene. Por consiguiente, si ha de tener un sentido, tendría que decir así: “Entra en un estado (*Zustand*), en el que pueda asegurarse a cada uno lo suyo, frente a los demás (*Lex iustitiae*)”. (MS: 237)

Como se puede apreciar, la formación del individuo como ciudadano coincide con la exigencia moral suprema de constituirse en un sujeto autónomo, cuyo libre arbitrio sólo asume como válidas aquellas máximas que han sido validadas por su razón práctica (el ideal de la autolegislación). Lo que agrega la filosofía del derecho es que el esfuerzo por realizar esa autonomía individual es inseparable de la lucha por constituir un orden civil que garantice la libertad de los ciudadanos. Para Kant, la libertad individual no es un dato inicial ni un atributo del individuo aislado, sino una cualidad que sólo se puede conquistar y mantener en tanto los seres humanos actúan como ciudadanos.

## DERECHO PRIVADO

Kant retoma una de las distinciones más importantes establecidas por la teoría y la práctica jurídicas: derecho privado y derecho público. Aunque no existe unanimidad respecto del criterio de distinción, se puede decir, en una primera aproximación, que en la filosofía kantiana el derecho privado se refiere a las relaciones jurídicas establecidas por las personas privadas; mientras el derecho público se refiere al *conjunto de leyes promulgadas para producir un estado jurídico*. En el caso de las sociedades modernas, el derecho público se refiere a la constitución y dinámica del Estado. La descripción del derecho público se realiza en dos niveles. Por una parte, se destaca que el derecho privado sólo lo es en sentido estricto cuando forma parte de un orden civil o *Estado jurídico*; es decir, el derecho privado presupone la existencia del derecho público y, por tanto, del Estado. Pero, por otra parte, Kant pide que se considere una hipotética situación (*estado de naturaleza*) donde existe un derecho privado sin el sostén de un derecho público. En este nivel se utiliza la noción de derecho en un sentido amplio y, además, se agrega la observación de que el derecho privado en esa hipotética situación sólo tiene un carácter provisional. “Sólo en una constitución civil puede algo ser adquirido perentoriamente, en cambio en el estado de naturaleza sólo puede adquirirse provisionalmente”.<sup>16</sup>

Para comprender la tesis subyacente a esta doble descripción, aparentemente contradictoria, del derecho privado (como dependiente del derecho público e independiente de aquél), se requiere tener presente la distinción entre el nivel empírico y el nivel normativo del orden jurídico. En términos empíricos la vigencia del derecho privado requiere del poder coactivo del Estado; por lo que el derecho privado para ser derecho en sentido estricto requiere ser estatuido por el poder legislativo del orden civil. Si se toma en cuenta que el contrato representa un elemento esencial del derecho privado, de inmediato se advierte que en todo contrato

[...] entran en escena tres personas: el que promete, el que acepta y el garante; a decir verdad, gracias al garante y a su particular contrato con el que promete, el que acepta no gana nada en lo que se refiere al objeto, pero sí gana en lo que respecta a los medios coactivos para lograr lo suyo. (MS: 284)

---

<sup>16</sup> MS: 264.

El Estado y el derecho público ligado a él, garantizan el cumplimiento de los contratos que se realizan de acuerdo al derecho privado; por eso se puede decir que el derecho público tiene una prioridad empírica. De ahí que, en términos históricos, no se pueda aceptar que el orden civil es el resultado de un contrato entre particulares, pues cuando se habla de un contrato se presupone ya un orden civil (Estado).

Sin embargo, desde el punto de vista normativo, se ha establecido que la validez racional de todo derecho reside en el consenso libre de los ciudadanos. Por eso, se puede afirmar que el principio de reciprocidad inherente a los contratos establecidos por las personas particulares representa la legitimación del derecho público. Dicho de otra manera, el derecho público sólo adquiere una validez racional cuando, por las condiciones institucionales que garantizan la libertad, se pueda describir como un contrato entre los ciudadanos y el Estado, en donde aquellos aceptan someterse a las normas del derecho público. “Lo que no puede decidir el pueblo (la totalidad de los súbditos) sobre sí mismo y sus componentes, tampoco puede el soberano decidirlo sobre el pueblo”.<sup>17</sup> Si bien el derecho público tiene una prioridad genética (empírica), el derecho privado posee una prioridad en función de la validez racional.<sup>18</sup>

Tradicionalmente, la filosofía del derecho se enfrentaba al siguiente dilema: o bien se afirmaba que el derecho era un artificio estatal (*Autoritas, non veritas facit legem*), o bien, se sostenía que la legislación estatal debía fundamentarse en normas que, al deducirse de un orden trascendente, son ajenas al arbitrio del titular del poder legislativo (*veritas, non autoritas facit legem*). Para Kant, esto es un falso dilema. Para empezar, el tema de la verdad es irrelevante para la legitimación del derecho. Todo derecho en sentido estricto es estatuido por aquél o aquellos que tienen el poder legislativo del orden civil. Pero para que ese poder sea una autoridad en sentido estricto, esto es, un poder legítimo, se requiere que las normas que emanan de él puedan ser aceptadas como válidas por los ciudadanos, en tanto éstos actúan como seres racionales. De esta manera, se tiene que el derecho privado sólo lo es de manera estricta si ya existe un derecho público; pero éste sólo tiene validez racional si respeta el principio de reciprocidad.

<sup>17</sup> MS: 329.

<sup>18</sup> Curiosamente, Hegel, a pesar de sus críticas al contractualismo, retoma este argumento kantiano y, en los *Principios de la filosofía del derecho*, también inicia con el derecho privado, al cual denomina derecho abstracto porque depende empíricamente del derecho público.

dad, propio del derecho privado.<sup>19</sup> Por eso Kant sostiene que el derecho público “no contiene más deberes de los hombres entre sí, u otros deberes distintos entre los hombres, que los que cabe pensar en el derecho privado”.<sup>20</sup> En tanto su interés no es exponer una teoría empírica del derecho, sino una ciencia del derecho (consideración racional), Kant tomará como punto de partida el derecho privado.

Dentro del derecho privado, Kant distingue entre derecho real y derecho personal. El primero se refiere a las relaciones entre el individuo y las cosas del mundo, mientras que el segundo a las relaciones con los otros individuos. El aspecto fundamental del derecho real es el derecho de propiedad. El punto de partida de la teoría kantiana de la apropiación y la propiedad es la tesis que afirma la existencia de un derecho de posesión originaria de los bienes por parte de todos los seres humanos. *Todos los seres humanos están originariamente en posesión común del suelo de la tierra entera (communio fundi originaria), cada uno con la voluntad de usarlo, que le corresponde por naturaleza (lex iusti)*. En este punto puede resultar extraño hablar de un derecho originario de posesión, pues para Kant todo derecho es un efecto de las relaciones sociales. Esta tesis tiene un carácter negativo o crítico frente a las concepciones aristocráticas del derecho de propiedad.<sup>21</sup> Se trata de afirmar que nadie tiene un derecho originario a la propiedad de ciertos bienes. Todos tienen el derecho (en sentido amplio) a la adquisición de los bienes necesarios para la subsistencia.

Al igual que John Locke, Kant considera que la primera ocupación y el trabajo son condiciones de la apropiación; pero, a diferencia del representante del liberalismo, para Kant dichas condiciones no son elementos suficientes para hablar de un derecho de propiedad, el cual, en tanto relación jurídica, implica un elemento adicional. Kant empieza por diferenciar entre posesión empírica (*possessio phaenomenon*) y posesión inteligible (*possessio noumenon*), para

---

<sup>19</sup> En este punto existe una gran cercanía entre la filosofía del derecho kantiana y la teoría jurídica de Adam Smith. Pues, aunque éste niega explícitamente la posibilidad de establecer un principio de justicia universal, por otra parte, su noción del *espectador imparcial* parece anunciar la postura kantiana. *Cfr.*, Smith, 1995.

<sup>20</sup> *MS*: 306.

<sup>21</sup> Como señala acertadamente Wolfgang Kersting, el proceso de apropiación originaria no presupone *res nullis*, sino *res omnium*; lo cual cuestiona la idea de que ciertos individuos tienen un derecho de propiedad, con independencia de las relaciones sociales. *Cfr.*, Kersting, 1993: 270-271.

después afirmar que la primera no da razón del derecho a la propiedad. El simple hecho de la tenencia de un objeto en un espacio y tiempo determinados, como expresión de la libertad exterior, no crea por sí mismo ningún derecho. El derecho a la propiedad es independiente de la posesión empírica; un objeto es la propiedad de una persona con independencia de su posesión empírica, “lo mío exterior es aquello fuera de mí, cuyo uso discrecional no puede impedírseme sin lesionarme, aun cuando yo no esté en posesión de ello (no sea tenedor de algo)”.<sup>22</sup>

El modo de poseer (*detentio*) un objeto externo como mi propiedad depende de un enlace jurídico del arbitrio del sujeto con el objeto, mismo que es autónomo del vínculo espacio-temporal. Ello indica la existencia de una posesión inteligible, la cual sólo puede explicarse como una relación social. Cada ser humano, al apropiarse de un objeto, tiene la pretensión de excluir a los otros del libre acceso al mismo, es decir, sustrae el objeto del arbitrio de los otros y establece, así, un límite a su libertad exterior. La pretensión de crear un límite al poder de apropiación de los otros únicamente se justifica racionalmente si el individuo que eleva dicha pretensión, al mismo tiempo, reconoce a sus prójimos como propietarios de otros objetos. El concepto de lo *mío* presupone el de lo *tuyo*; por tanto, el derecho a la propiedad (posesión inteligible) implica una relación intersubjetiva, en la cual las personas se reconocen recíprocamente como propietarios.

Los momentos (*attendenda*) de la adquisición originaria son, por tanto: 1) la aprehensión de un objeto que no pertenece a nadie, ya que, de lo contrario, se opondría a la libertad de otros según leyes universales (esta aprehensión es la toma de posesión del objeto del arbitrio en el espacio y el tiempo; la posesión, por tanto, en la que me sitúo es *possessio phaenomenon*); 2) la declaración (*declaratio*) de la posesión de este objeto y del acto de mi arbitrio de apartar a cualquier otro de él; y 3) la apropiación (*appropriatio*) como acto de una voluntad universal y exteriormente legisladora (en la idea), por el que se obliga a todos a concordar con mi arbitrio.

La validez de último momento de la adquisición, como aquello sobre lo que se apoya la conclusión “el objeto exterior es mío”, es decir, que la posesión es válida como algo meramente jurídico (*possessio noumenon*), se funda en lo siguiente: que la conclusión “el objeto exterior es mío” se lleva correctamente desde la posesión sensible a la inteligible, ya que todos estos actos son *jurídi-*

---

<sup>22</sup> MS: 249.

*cos*, y, por consiguiente, surgen de la razón práctica, y que, por tanto, en la pregunta por lo justo podemos prescindir de las condiciones empíricas de la posesión. (MS: 259)

El derecho a la propiedad se sustenta en una voluntad universal constituida por el acuerdo racional de los miembros de la sociedad. Dicho acuerdo puede representarse simbólicamente como una especie de contrato, en donde cada uno reconoce a los otros como propietarios legítimos de los objetos de su tenencia y, por eso, puede exigir a los otros que le reconozcan como propietario legítimo de los objetos que posee. Con ello, Kant desecha la concepción individualista del liberalismo clásico, pues el derecho a la propiedad no se describe como una cualidad del individuo aislado, sino como un resultado del reconocimiento social. Para apreciar esta importante diferencia vale la pena comparar, aunque sea de manera breve, las teorías de Locke y Kant. Aparentemente, ambos comparten la premisa inicial de su razonamiento, donde se afirma que los bienes han sido dados en común a los seres humanos. Pero un análisis más detenido muestra una diferencia. Si bien es cierto que Kant habla de una posesión originaria del suelo y de los bienes en general, paralelamente, advierte que la posesión inteligible, definida por la relación jurídica de derecho a la propiedad, depende de una voluntad universal, conformada por el acuerdo de los arbitrios. Esto significa que la relación del sujeto que convierte un objeto en propiedad privada sólo existe como parte de un sistema de relaciones sociales.

Si se percibe esta diferencia, de inmediato se ve que la argumentación de Locke y la de Kant corren por vías diferentes. La de Locke puede reconstruirse, de manera esquemática, de la siguiente forma: 1) los bienes son originariamente una propiedad común, 2) cada individuo es, por naturaleza, propietario de su propia persona; y 3) mediante el trabajo el individuo se apropia de los objetos que trabaja; el trabajo, por decirlo así, transmite el atributo individual de la propiedad al objeto. Posteriormente, agrega que existen dos límites a esa apropiación natural: a) el individuo sólo puede apropiarse de la cantidad de bienes que puede trabajar; y b) los bienes apropiados por un individuo no pueden ser necesarios para la supervivencia de la comunidad (piénsese, por ejemplo, en un arroyo que riega la tierra de todos). El problema de esta argumentación es que no queda claro el estatuto de los derechos. Al distanciarse de la fundamentación contractual de la propiedad, propuesta por Hugo Grocio y Samuel Pufendorf, Locke oscila entre presentar el derecho a la propiedad como un atributo natural del individuo o presentarlo como

un mandato de la voluntad divina. Debe recordarse como inicia Locke sus *Leciones sobre la ley natural*:

Cuando dios se nos hace presente y casi se impone a los ojos de los hombres tanto en el curso constante de la naturaleza como en el frecuente testimonio histórico de los milagros, creo que nadie habrá que, admitiendo que debe existir una ordenación racional de nuestra vida, o que hay algo que merece el nombre de virtud o vicio, no llegue a la conclusión de que dios existe [...] Esta ley de la naturaleza puede, por tanto, describirse como tal por ser una orden de la voluntad divina cognoscible mediante la luz de la naturaleza, indicando aquello que es conveniente, o no, con la naturaleza racional.<sup>23</sup> (Locke, 1998: 65-66)

En contraste con el *iusnaturalismo* teológico, Locke pretende justificar el derecho a la propiedad mediante una argumentación racional. Pero, al desligar el derecho de las relaciones sociales de reconocimiento recíproco, se termina por describir los derechos primigenios como cualidades naturales de los sujetos. Por otra parte, en el texto recién citado se hace patente un presupuesto teórico que explica, por lo menos en parte, las dificultades que encierra esa forma de argumentar. Aunque Locke busca refutar la postura política de Thomas Hobbes, retoma de éste el presupuesto de que toda ley es un mandato, por lo cual la ley natural se ve como un mandamiento divino que se manifiesta a través de la razón. En cambio, para Kant, a pesar de que también asume que gran parte de las leyes son mandatos, la validez racional de la ley precede (en términos racionales, no históricos) a la relación asimétrica de mando y obediencia. La validez de la legalidad se encuentra, según él, en el acuerdo de los ciudadanos. Se puede decir que la validez racional de los derechos es explicada a partir de la simetría implícita en la dimensión intersubjetiva. Claro que, una vez estatuida la norma, se establece una relación asimétrica de mando y obediencia; pero dicha asimetría, como el contenido de la norma misma, sólo se justifica en la aceptación voluntaria. Si bien en la filosofía kantiana la teoría del derecho natural no está libre por completo de un aspecto teológico, en ella la ley natural no es un mandato divino, sino una obligación compartida, contraída por los seres humanos al reconocerse de manera recíproca como personas.

---

<sup>23</sup> Me parece que en este texto, además, se cae en la tradicional confusión entre ley de la naturaleza (ser) y ley jurídica (deber ser).

Si yo declaro (de palabra o de hecho): *quiero que algo exterior sea mío*, expreso que cualquier otro está obligado a abstenerse del objeto de mi arbitrio; obligación que nadie tendría sin este acto jurídico mío. Pero en esta pretensión radica, a la vez, el reconocimiento de estar obligado recíprocamente con cualquier otro a una abstención pareja, en lo que respecta de lo suyo exterior; porque la obligación procede aquí de una regla universal de la relación jurídica exterior. Por tanto, no estoy obligado a respetar a lo suyo exterior de otro si no me garantiza también cualquier otro por su parte que se comportará con respecto a lo mío según el mismo principio. Tal garantía no precisa un acto jurídico especial, sino que está contenida ya en el concepto de una obligación jurídica exterior en virtud de la universalidad, por consiguiente, también de la reciprocidad de la obligación a partir de una regla universal.<sup>24</sup>

Frente al tipo de críticas históricas, como la desarrollada por Karl Marx en el capítulo de la acumulación originaria de *El capital*, cabe insistir que la argumentación kantiana no se refiere a la génesis de la propiedad privada, sino a la legitimidad o validez racional del derecho a la propiedad privada. En efecto, los procesos de apropiación histórica se encuentran entrelazados con la violencia y la dominación. Precisamente por eso, Kant, a diferencia de Locke y del liberalismo clásico en general, no considera que la simple tenencia o posesión sea suficiente para legitimar el derecho a la propiedad. En todos los casos se requiere del acto jurídico fundamental, a saber: el reconocimiento recíproco de los individuos como propietarios privados, mismo que sólo puede darse realmente en un orden civil que garantice la seguridad y la libertad de todos sus miembros. Si bien la propiedad privada es una garantía de la libertad externa de los individuos (incluso como límite ante el insaciable proceso de valorización del capital<sup>25</sup>), esa garantía es algo que deben conquistar los individuos mediante su participación en el orden civil.

---

<sup>24</sup> *Cfr.*, *MS*: 256. Kant agrega más adelante: “Por mi arbitrio unilateral no puedo obligar a nadie a abstenerse de usar una cosa, a lo cual de otro modo no estaría él obligado. Así, pues, sólo puedo hacerlo mediante el arbitrio unificado de todos en una posesión común. De no ser así, tendría que pensar el derecho a una cosa como si la cosa tuviera una obligación para conmigo y derivar de ahí el derecho frente a todo poseedor de la misma; lo cual es un modo de representación absurdo” (*MS*: 261).

<sup>25</sup> Desgraciadamente, en la historia del capitalismo, la mayoría de las veces que entran en contradicción la propiedad privada y el proceso de valorización, ha triunfado este último.

La conclusión del análisis del derecho real introduce inmediatamente hacia la otra parte del derecho privado, esto es, el derecho personal, entendido como *la posesión del arbitrio de otro, como facultad de determinarle por medio del mío a un cierto acto, según leyes de la libertad*. Esto es así porque, como he señalado, la relación jurídica de propiedad establecida entre el sujeto y el objeto sólo se legitima por el reconocimiento con los otros y es dicha relación entre los sujetos lo que define el contenido del derecho personal. Por eso, en el derecho real y en el derecho personal rige el mismo principio: la validez de las normas se encuentra en el consentimiento racional de los participantes. En el derecho personal dicho consenso se objetiva en el contrato. “El acto de arbitrio unificado de dos personas, por el que, en general, lo suyo de uno pasa al otro es el contrato”.<sup>26</sup> Se puede decir que en el derecho real se hace énfasis en el proceso de apropiación de los objetos y en el derecho personal en el intercambio entre los sujetos. Describir el derecho personal desde la figura del contrato presupone negar la validez de todo privilegio en las relaciones interpersonales. Los vínculos entre los individuos, de acuerdo con ello, deben establecerse a partir de una igualdad ante la ley.

Al igual que Hugo Grocio, Kant analiza el contrato a partir del modelo de la promesa, considerada como un contrato de buena voluntad, una especie de *protocontrato*, el cual no se ha plasmado todavía en el derecho estricto. Debe recordarse que para numerosos autores anteriores a Kant, entre ellos Hobbes, la capacidad de cumplir las promesas es lo que distingue al individuo civil (civilizado) del individuo que vive en una situación de naturaleza o de barbarie. La institución social de la promesa representa el germen o fundamento último de todo orden civil, porque en ella se genera la confianza que requiere la integración social, basada en las relaciones jurídicas. Por más recursos jurídicos que se utilizan, si falta esa confianza básica, la legalidad propia del orden civil no puede funcionar de manera adecuada.

En toda promesa hay dos actos preparatorios y dos actos constitutivos. Los primeros son la oferta y la aprobación, que, en conjunto, representan el trato previo. Los dos actos constitutivos son la promesa misma y su aceptación, mismos en los que se plasma el acuerdo entre los participantes que generan una voluntad unificada. Pero el proceso de la promesa sólo culmina cuando se adquiere, de manera efectiva, el objeto o el servicio establecido. En la promesa, la adquisición de lo prometido depende únicamente de la buena voluntad de los

---

<sup>26</sup> MS: 271.

participantes. En cambio, en el contrato existe una tercera persona, como representante de la voluntad unificada, que cumple la función de garantizar la existencia de un nexo necesario entre la aceptación y la adquisición. Precisamente, el hecho de que esa tercera persona (el representante de la voluntad unificada) sea un elemento esencial del contrato indica que el derecho privado requiere la existencia de un derecho público. Mientras no se cuente con un poder común del orden civil y su derecho público, el derecho privado no puede ser derecho en sentido estricto.

En un estado de naturaleza, es decir, en una hipotética situación donde sólo existe derecho privado (entendido como un derecho en sentido amplio), toda apropiación e intercambio tienen un carácter provisional, pues nadie tiene la seguridad de obtener lo que le ha sido prometido por los otros. Aunque el derecho privado presupone la constitución del Estado y su derecho público, Kant inicia su examen de aquél con el objetivo de sustentar tres tesis: 1) la validez racional del derecho se basa en el acuerdo voluntario de los individuos que se expresa en el contrato; 2) la función básica del Estado y el derecho público es garantizar los contratos que establecen entre sí las personas, ya que esta es la función que legitima su poder soberano (garante del orden creado por los ciudadanos en sus relaciones); y 3) la relación entre el Estado y los ciudadanos debe llegar a constituirse (mediante un proceso histórico) *como si* fuera una relación contractual, para lo cual se requiere que el Estado respete la libertad de todos los ciudadanos, empezando por la de expresión pública. Por ello, el problema central del derecho público será determinar la forma o estructura que debe adquirir el Estado para cumplir con su función de garante de la libertad. Se trata de que no sea simplemente un Estado de leyes, sino un Estado de derecho, donde la soberanía resida en la voluntad unificada de los ciudadanos, misma que encarna el orden jurídico (un orden civil republicano).

Desgraciadamente, la teoría kantiana del derecho privado no culmina con el examen del contrato como figura básica de las relaciones entre las personas, sino que combina la distinción entre derecho real y derecho personal para dar lugar a otras dos categorías: el derecho real de carácter personal y el derecho personal de carácter real. La primera categoría se elimina porque, según Kant, no es posible aceptar que las cosas tengan derechos frente a las personas. En cambio se acepta la segunda categoría ya que se refiere al derecho *de poseer un objeto exterior como una cosa y usarlo como una persona*. Para Kant, el derecho personal de carácter real es propio de la comunidad doméstica, lo cual implica,

nada menos, que las relaciones domésticas se consideran desde el punto de vista de la apropiación.

Siguiendo esta ley, la adquisición es triple según el objeto: el varón adquiere una mujer, la pareja adquiere hijos y la familia criados. Todo esto que puede adquirirse es, a la vez, inalienable y el derecho del poseedor de estos objetos es el más personal de todos. (MS: 277)

Con ello se hace patente que Kant ve a la familia como una comunidad jerárquica, sustentada en un dominio patriarcal que niega la autonomía de la gran mayoría de sus miembros. Resulta una lástima apreciar la manera en que prejuicios tradicionales impiden a Kant ser coherente con sus principios morales y jurídicos. Frente a dicha descripción del derecho doméstico, creo que es necesario argumentar con los principios kantianos en contra de Kant mismo.<sup>27</sup>

## El contrato social

En la descripción del derecho privado encontrada en la *Metafísica de las costumbres* existen dos niveles. Por una parte, se analizan las figuras de la apropiación y la del contrato como elementos constitutivos del derecho real y el derecho personal respectivamente. Por otra parte, se encuentra el inicio de la narración característica del contractualismo cuando se dice que el hipotético estado de naturaleza sería una situación en donde sólo existe un derecho privado sin el sostén de un derecho público. Lo que pretendo ahora en este apartado es reconstruir la manera en que Kant utiliza la teoría del contrato social para establecer una mediación entre el derecho privado y el derecho público. Pero antes de adentrarme en la versión kantiana de la teoría del contrato social, me parece que es necesario aclarar el sentido de estas teorías en general, ya que ellas han generado una gran cantidad de malentendidos.

En primer lugar, las teorías contractualistas no pretenden dar cuenta del origen de la sociedad, sino de la constitución de un orden civil en la dinámica social. Al nacer, los seres humanos son arrojados a un mundo social; por lo que se puede

---

<sup>27</sup> Acierta Concha Roldán cuando afirma lo siguiente: “Los prejuicios nublan en este contexto la capacidad racional kantiana hasta tal punto que no puede ver formas más coherentes y universalizables de aplicar sus propios principios, haciendo que se tambaleen los que pasan por ser pilares de su ética: El universalismo y la autonomía”, (Roldán, 1999).

decir que por *naturaleza* o espontáneamente son seres sociales. Pero esa sociabilidad natural o espontánea no implica que tengan el hábito de respetar los pactos y, por tanto, tampoco la capacidad de regular sus acciones mediante la legalidad. Los humanos son inmediatamente sociales, pero no civiles (civilizados). El orden civil es un artificio en el sentido que su constitución requiere de la formación de los individuos como ciudadanos. Desde el mito de Prometeo y Epimeteo, antecedente lejano de las teorías contractualistas, se advierte que los seres humanos tienden a reunirse de manera instintiva para sobrevivir; sin embargo, no por ello poseen el arte de la política. Las teorías del contrato social se refieren, por tanto, al proceso de adquisición de la capacidad de fundar o crear *polis, civitas*. Acerca de ésto Hobbes, en la primera nota a pie de página de *El ciudadano*, se expresa claramente:

Como de hecho vemos que los seres humanos viven en una sociedad ya constituida, que nadie vive fuera de la sociedad y que todos buscan la asociación y el trato mutuo, puede parecer en cierto modo estúpido dejar sentado en el comienzo mismo de esta doctrina de la sociedad civil que el ser humano no ha nacido apto para la sociedad. Por eso necesita ulterior explicación. Es cierto que al ser humano, por naturaleza, esto es, en cuanto ser humano, desde el momento mismo de su nacimiento, le molesta la soledad prolongada. Porque los niños necesitan de los demás para vivir, y los adultos para vivir bien. Por eso no niego que los seres humanos por naturaleza tiendan a asociarse unos con otros. Pero las sociedades civiles no son meras agrupaciones, sino alianzas, y para conseguirlas son necesarios la lealtad y los pactos [...] Por consiguiente, el hombre se hace apto para la sociedad no por naturaleza, sino por educación. (Hobbes, 1993: n. 1.)

En segundo lugar, mediante el recurso argumentativo de apelar a un contrato social se quiere caracterizar al orden civil como un artificio, esto es, como una realidad contingente. Esta contingencia se muestra en dos hechos: a) no toda sociedad logra constituir un orden civil y, cuando este se realiza, no es una conquista definitiva; y b) el orden civil puede adquirir diferentes formas en los distintos contextos sociales e históricos. Además, cabe señalar que la contingencia del orden civil es aquello que da el sentido último a la actividad política, pues en ésta se encuentra en juego la constitución y conservación de un orden civil. De acuer-

do con ello, el llamado estado de naturaleza es una realidad social potencial, que se actualiza siempre que el orden civil pierde su legitimidad y, con ella, su eficacia.

En tercer lugar, las teorías contractualistas no pretenden dar una explicación histórica del surgimiento del orden civil en las distintas sociedades. La génesis del orden civil en las distintas sociedades está marcada por los fenómenos de la violencia y la dominación y nada tiene que ver con un contrato pacífico entre personas que se reconocen recíprocamente como libres e iguales. Pero la argumentación contractualista no se sitúa en el nivel empírico de la historia, sino en un nivel normativo.<sup>28</sup> Se empieza por afirmar que la idea del orden civil (su contenido normativo) no remite a una simple asociación, sino que denota una alianza, sustentada en el principio de justicia universal *volenti non fit iniura* (Kant traduce: *sólo contra sí mismo, nadie puede cometer injusticia*). Posteriormente, se busca determinar los requisitos que debe poseer un orden civil para cumplir con las exigencias inherentes a su ideal. Más que al pasado, las teorías del contrato civil se dirigen al futuro. Su perspectiva es la del participante que busca definir las instituciones y procedimientos que se deben crear para que el orden civil adquiera una legitimidad racional.

Pero respecto de este contrato (llamado *contractus originarius* o *pactum sociale*), en tanto coalición de cada voluntad particular y privada, dentro de un pueblo, para constituir una voluntad comunitaria y pública (con el fin de establecer una legislación, sin más, legítima), en modo alguno es preciso suponer que se trata de un hecho (incluso no es posible suponer tal cosa).

Por el contrario, se trata de una mera idea de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida en que este quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal. Pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública. (Kant, 1993: 36-37)

---

<sup>28</sup> Debe recordarse que, en un principio, no se consideraba a la historia como parte de la ciencia social, pues la ciencia denota un saber racional caracterizado por la universalidad y la necesidad; mientras que los hechos históricos son particulares y contingentes.

Las críticas, como la de David Hume y Adam Smith, que niegan la realidad histórica del contrato social no comprenden el sentido normativo de la argumentación contractualista. Ahora bien, es cierto que no basta decir que las teorías del contrato social son normativas; se requiere, además, demostrar la posibilidad de transformar el ideal contractualista en una realidad social. Por ello, cabe preguntar: ¿cómo es posible afirmar que los ciudadanos pueden llegar a ser miembros voluntarios del orden civil, si la mayoría de ellos nace y permanece en una sociedad que ya posee dicho artificio e ingresan a él inconscientemente? La intención de la metáfora del contrato social es sostener que para ser ciudadano se requiere no sólo que el individuo sea responsable de sus acciones sino, también, que posea el derecho y la capacidad de actuar y expresarse libremente. El individuo que puede disentir, de manera implícita da su asentimiento a las normas del orden civil en el que actúa.<sup>29</sup> Incluso en la teoría del contrato social de Hobbes, donde se aboga por la constitución de un Estado absolutista, se reconoce que la legitimidad del poder soberano reside en el consenso de los ciudadanos. Por ello, Hobbes no tiene más remedio que aceptar el derecho a la libertad; aunque, en su caso, se restrinja dicho derecho al ámbito privado.

Una vez hechas estas aclaraciones, procedo a la reconstrucción de la narración reflexiva expuesta en la teoría kantiana del contrato social. De acuerdo con Kant, el hipotético estado de naturaleza sería una situación en donde sólo existe un derecho privado sin el apoyo del orden civil. El estado de naturaleza representa una sociedad en donde cada uno puede apropiarse de los objetos elegidos por su arbitrio y exigir a los otros el reconocimiento de esa propiedad; pero en la que no hay un derecho público y, por tanto, tampoco derecho en sentido estricto. El problema que encierra esta situación consiste en que el arbitrio individual no es suficiente para obligar a los otros a respetarla la propiedad que se ha adquirido. Por eso, Kant afirma que el derecho a la propiedad en el estado de naturaleza tiene un carácter provisional y, debido a ello, no hay justicia distributiva. Esta situación propicia la violencia, porque la única alternativa que tienen los individuos para defender sus posesiones es su poder de coacción, es decir, no existe un

---

<sup>29</sup> “En toda comunidad tiene que haber una obediencia sujeta al mecanismo de la constitución estatal, con arreglo a leyes coactivas (que conciernen a todos), pero, a la vez, tiene que haber un espíritu de libertad, pues en lo que atañe al deber universal de los seres humanos, todos exigen ser persuadidos racionalmente de que tal coacción es legítima, a fin de no incurrir en contradicción consigo mismos”. (Kant, 1993: 48)

límite social a las pretensiones de aquellos que apetecen acceder al uso de los objetos que ya tienen un poseedor. Kant denomina al estado de naturaleza el ideal de Hobbes, pues se trata de una guerra permanente en la que, aunque no exista una combate abierto, todos están dispuestos a desatar las hostilidades. A pesar de coincidir con Hobbes en la descripción del estado de naturaleza, Kant considera que la caracterización de esta situación como un estado de guerra no sólo se basa en un análisis antropológico empírico.

No es la experiencia quien nos ha enseñado la máxima de la violencia y la maldad humanas de hacerse mutuamente la guerra antes de que aparezca una legislación exterior poderosa; por tanto, no es un *factum* el que hace necesaria la coacción legal pública sino que, por buenos y amantes del derecho que quieran pensarse a los hombres, se encuentran ya *a priori* en la idea racional de semejante estado (no jurídico) que, antes de que se establezca un estado legal público, los seres humanos, pueblos y Estado aislados, nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno lo que le parece justo y bueno por su propio derecho, sin depender para ello de la opinión de otro. (MS: 312)

Kant no niega que la experiencia enseña el carácter violento de los seres humanos; más bien, cuestiona de esa experiencia el poder deducir alguna determinación absoluta o definitiva de la naturaleza humana. Con ello, se opone también a la estrategia seguida por Jean Jacques Rousseau en su crítica a Hobbes. No se trata de oponer a la tesis de la maldad o peligrosidad de los seres humanos la antítesis de que éstos son buenos por naturaleza y que es la cultura la causante de su perversión. Kant rompe con el dilema al sostener que los seres humanos, en tanto poseen un libre arbitrio, siempre tienen la posibilidad de actuar mal, esto es, de anteponer sus intereses particulares a la exigencia de justicia propia de la ley moral. Tal posición permite abrirse a la diversidad empírica sin comprometerse con una afirmación contundente sobre el carácter moral del género humano. Para Kant, la naturaleza del ser humano es la cultura, ello lo convierte en un ser flexible. Por tanto, el intento del humanismo clásico de reducir la caracterización del ser humano a una determinación simple le impide captar la complejidad de la realidad del mundo humano.

Pero el desacuerdo entre Hobbes y Kant no se limita a la manera diferente de explicar la peligrosidad de los seres humanos. La gran divergencia entre ellos

se encuentra en la concepción del tránsito del estado de naturaleza al orden civil. Para Hobbes, la constitución del orden civil es resultado de la convergencia de una multiplicidad de decisiones individuales, basadas en una racionalidad estratégica. Cada individuo, al experimentar los males inherentes al estado de naturaleza, advierte que esa situación no es apropiada para acceder a sus fines, ni siquiera al básico de la supervivencia. Basándose en la experiencia del riesgo, el individuo calcula que la cooperación con los otros, a pesar de sus costos, genera un mayor beneficio a largo plazo. Kant no niega que el tiempo es una variable fundamental para explicar la génesis del orden civil, ya que es la experiencia de los conflictos y sus inconvenientes lo que permite aprender el respeto a la legalidad.<sup>30</sup> Sin embargo, desde el punto de vista de Kant, el cálculo estratégico no es suficiente para dar cuenta de la validez del orden legal. Si así fuera, cualquier contenido de la legalidad sería válido con tal que fuera vigente, esto es, que lo hiciera valer el poder. El orden legal no sólo debe ofrecer seguridad a los ciudadanos, sino que también debe crear las condiciones para la libertad. Por eso, Kant plantea que el tránsito al orden civil es, ante todo, un deber de la razón práctica, en tanto la ley que configura dicho orden debe ser válida racionalmente y, por tanto, aceptada libremente por los individuos. Habrá, entonces, que revisar con más detenimiento en qué consiste tal divergencia, para extraer sus consecuencias. Kant afirma:

Mientras pretendan estar y permanecer en ese estado de libertad exterior sin ley, los seres humanos no son injustos en modo alguno unos con los otros si luchan entre sí, porque lo que vale para uno vale también recíprocamente, para el otro, como es un convenio (*uti partes de iure suo disponunt, ita ius est*). Pero en realidad son injustos en sumo grado al querer estar y permanecer en un estado que no es jurídico, es decir, un estado en que nadie está seguro de lo suyo frente a la violencia. (MS: 307-308)

Aparentemente, Hobbes y Kant están de acuerdo respecto de que, en un estado de guerra, al no existir un derecho común a los contrincantes, no es posible hablar de lo justo y lo injusto. Pero esta apariencia se desvanece cuando se advierte que, para Kant, incluso en el conflicto existe un principio de reciprocidad, propio de toda relación social, el cual representa el germen de los vínculos

---

<sup>30</sup> Para comprender el sentido de la argumentación kantiana es esencial siempre tener presente la diferencia entre el nivel de la génesis (historia) y el nivel de la validez racional.

jurídicos. Debe recordarse que, según Kant, el derecho no se reduce al sistema de normas positivas creadas por el poder legislativo, sino que se basa en las pretensiones racionales que los individuos o grupos sostienen en su trato con los otros (derecho en sentido amplio). El derecho racionalmente válido, antes de ser un elemento de la relación asimétrica mando-obediencia, se basa en la relación simétrica de reconocimiento recíproco de las personas. Se puede decir que, para Kant, el derecho estricto (derecho positivo) debe hacer explícito el principio de reciprocidad implícito en las relaciones sociales. Quizá tomar en cuenta la nota que se agrega al texto recién citado pueda ayudar a comprender este planteamiento:

Esta diferencia entre lo que sólo *formaliter* es injusto y lo que es injusto también *materialiter* tiene un uso diverso en la doctrina del derecho. El enemigo que, en vez de cumplir lealmente las condiciones de la capitulación con la guarnición de una fortaleza sitiada, la maltrata durante la evacuación o rompe el pacto de otro modo, no puede ya quejarse de la injusticia si su enemigo le hace la misma mala jugada cuando se presenta la ocasión. Pero en realidad son injustos en grado sumo, porque privan de validez al concepto de derecho mismo y entregan todo a la fuerza bruta —por así decirlo— legalmente y de ese modo destruyen el derecho de los seres humanos en cuanto tales. (MS: 307-308)

De acuerdo con el ejemplo, en los conflictos cada rival tiene el derecho subjetivo de usar las mismas armas y estrategias, así como de imprimir la misma intensidad al conflicto que su enemigo, *porque lo que vale para uno, vale también recíprocamente para el otro, como un convenio*.<sup>31</sup> Si el adversario que asedia la fortaleza no cumple con las condiciones de capitulación y lesiona la integridad del enemigo que se rinde, se puede decir que, aunque no existe entre ellos un derecho estricto, el vencedor se comporta de manera injusta. En este caso, al no existir un poder superior a las partes en conflicto, utilizar el adjetivo injusto para calificar las acciones de quien rompe sus promesas no tiene mayores consecuencias, a menos que el enemigo vencido pueda vengarse posteriormente. Si esto último sucede, se genera un conflicto de alta intensidad, el cual no puede ser terminado mediante un pacto. No cumplir con las promesas y lesionar el

---

<sup>31</sup> En la guerra, al no compartir los enemigos un orden civil, existe entre ellos un estado de naturaleza; pero, de acuerdo con este ejemplo, si existe un derecho en sentido amplio.

principio de reciprocidad, incluso en situaciones de guerra, priva de validez al concepto de derecho y, con ello, se torna imposible regular los conflictos.

En el estado de naturaleza no existe un derecho estricto, porque no existen tribunales y, por tanto, tampoco un orden civil. Pero si hay un derecho en sentido amplio, constituido por las pretensiones racionales de los individuos o grupos y que se genera en su trato con los otros. La racionalidad de esas pretensiones consiste en el respeto al principio de reciprocidad, mismo que representa el sentido supremo de la ley moral (imperativo categórico). Debe recordarse lo que señalé en el apartado acerca del derecho privado: la pretensión de un individuo de apropiarse de un objeto sólo es racional si también reconoce a los otros como legítimos propietarios. Cuando un individuo en el estado de naturaleza afirma que tiene un derecho, tiene la alternativa de apoyar esa pretensión en la violencia o en el reconocimiento de los otros. Si elige la violencia, priva de validez al concepto de derecho y, con ello, niega la racionalidad de su pretensión, por lo que ésta no puede convertirse en derecho estricto legítimo. En cambio, si opta por el segundo elemento de la alternativa, lo que hace es buscar un apoyo racional a su pretensión y, de esta manera, convertirla en materia potencial del derecho estricto. La alternativa a la violencia en las relaciones sociales es transformar las pretensiones racionales que constituyen los derechos en sentido amplio en derecho en sentido estricto, para lo cual se requiere crear un orden civil del que emane un derecho público.

Del derecho privado en el estado de naturaleza surge, entonces, el postulado del derecho público: en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico, es decir, a un estado de justicia distributiva. La razón para ello puede extraerse analíticamente del concepto de derecho en las relaciones externas, por oposición a la violencia. (MS: 307)

La tesis kantiana consiste en afirmar que, en la dinámica social, se requiere acceder a un acuerdo generalizado que haga posible coordinar las acciones sin tener que recurrir a la violencia. En dicho acuerdo se genera una voluntad común que exige, precisamente, someter el arbitrio individual a una ley universal. De acuerdo con ello, la constitución de un orden civil no sólo es el efecto de una necesidad pragmática, esto es, un medio para realizar fines particulares; sino también, es, ante todo, un deber sustentado en esa voluntad general. Decir que la

constitución del orden civil es un deber implica considerar que dicho orden es un fin en sí mismo, pues representa el ámbito indispensable para que los individuos puedan realizarse como seres humanos, cumpliendo con las exigencias de la razón. Si bien, esto puede parecer una mera sutileza de la argumentación filosófica, esta posición tiene importantes repercusiones en la posición política. Porque, a diferencia de la tradición liberal, Kant no ve el orden civil como un simple medio para salvaguardar una supuesta libertad natural. Desde su perspectiva, acceder al orden civil es la única manera de conquistar la libertad. Sólo se puede poseer una libertad en el ámbito privado si se posee ya una libertad política, la cual consiste en ser un ciudadano que sólo acepta la autoridad de aquellas leyes a las que ha dado o pueda dar su consentimiento.

Al describir la constitución del orden civil como un deber sustentado en una voluntad general, Kant se distancia del liberalismo para aproximarse al republicanismo de Rousseau. Sin embargo, a diferencia de este último, Kant subraya que hablar de una voluntad general no implica la homogeneización de los arbitrios individuales, es decir, no se trata de considerar al pueblo como un macrosujeto ni de pensar en la posibilidad de acercar las opiniones de los ciudadanos a la unanimidad en todos los temas sociales.<sup>32</sup> Por el contrario, Kant asume que el pueblo es una realidad escindida, plural y conflictiva, en la cual el único acuerdo general que puede existir se da en torno a los principios de justicia, los cuales permiten procesar los conflictos dentro de un orden civil. El proyecto jurídico y político de Kant es hacer compatibles la convicción republicana con la realidad plural de las sociedades modernas. Para ello es indispensable una concepción formal de la voluntad general. Ello significa que dicha voluntad no define una forma de vida concreta; únicamente establece las leyes generales que hacen posible la convivencia dentro de un contexto social plural.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Debe recordarse lo que dice Rousseau: “Cuanto más reina lo concreto en las asambleas, es decir, cuanto más se acercan las opiniones a la unanimidad, más dominante es también la voluntad general; pero los largos debates, las disensiones, el tumulto anuncian el ascendente de los intereses particulares y el declive del Estado”, (Rousseau, 1993: libro IV, cap. II).

<sup>33</sup> Se puede decir que Kant se aproxima a lo que se ha denominado recientemente como la tesis de la prioridad de lo justo sobre lo bueno, propia del liberalismo, pero esta formulación es confusa, pues lo justo es también algo bueno. Es posible que para Kant el único aspecto que puede universalizarse de lo bueno es la justicia y, por tanto, ésta es lo único que ha considerarse bueno en sentido moral estricto.

La narrativa kantiana del tránsito del estado de naturaleza al orden civil se puede condensar en los siguientes pasos. *Primero*, no existe *lo mío sin lo tuyo*. Es decir, el proceso de apropiación requiere de un reconocimiento recíproco de los individuos como propietarios, el cual hace posible convertir la simple posesión empírica en posesión nouménica. *Segundo*, el reconocimiento recíproco de los individuos como personas (sujetos de derechos y deberes) no sólo se da en el proceso de apropiación sino que también está presente, de manera implícita, en todo tipo de relación social, incluso en las relaciones conflictivas. De esta manera, la dinámica de la sociedad genera paulatinamente un acuerdo entre los arbitrios individuales, en donde se manifiesta una voluntad general con la exigencia de someter la convivencia a leyes con validez universal (aceptables por todos). Esos acuerdos son la única alternativa a la violencia y a la dominación como medios para coordinar las acciones. *Tercero*, para cumplir con la exigencia de la voluntad general se requiere constituir un orden civil en el que es posible transformar el derecho en sentido amplio hacia el derecho en sentido estricto, cuya vigencia se encuentra garantizada por una coacción legitimada socialmente. *Cuarto*, la constitución del orden civil no es, por tanto, sólo un imperativo hipotético (*si quieres paz y seguridad, debes cooperar con los otros*); es, ante todo, un imperativo categórico, emanado de la voluntad general, implícita en los acuerdos entre los arbitrios individuales, generados en la dinámica de la sociedad.

Por tanto, lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: Es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública. Por tanto, entrar en un estado en el que cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil. (MS: 312)

Antes de concluir esta reconstrucción de la narrativa contractualista de Kant, vale la pena tomar en cuenta la crítica hegeliana a las teorías del contrato social. A diferencia de Hume, Georg W. F. Hegel sabe que no basta negar la realidad histórica del contrato social. Hegel cuestiona que no se puede hablar de un contrato social, porque cualquier contrato presupone ya un orden civil y un derecho en sentido estricto. Para él, el orden civil tiene una prioridad lógica sobre las

relaciones jurídicas entre personas privadas. Dicho en sus términos: no yace en el arbitrio de los individuos constituir el Estado, porque éste es una exigencia de la razón (*ya se es ciudadano del Estado según el lado natural*).

En tiempos recientes se ha querido, frecuentemente, considerar al Estado como un contrato de todos con todos. Todos concluyen, se dice, un contrato con el príncipe y éste de nuevo con los súbditos. Dicho parecer proviene de que se piensa de modo superficial sólo en una unidad de diferentes voluntades. Pero el contrato consiste en dos voluntades idénticas, y ambas son personas y quieren seguir siendo propietarias. Por consiguiente, el contrato surge del arbitrio de la persona; el matrimonio tiene en común con el contrato este punto de partida. Pero en el Estado es completamente distinto, pues no yace en el arbitrio de los individuos separarse de él, porque ya se es ciudadano del Estado según el lado natural. La determinación racional del hombre es vivir en el Estado y, si aun allí no hay ningún Estado, está presente la exigencia de la razón de que el Estado sea fundado. Justamente, un Estado tiene que dar permiso para que se entre en él o para que se le abandone; esto, por tanto, no es dependiente del arbitrio de los individuos, y el Estado no descansa, por tanto, en el contrato, el cual presupone arbitrio. Es falso, cuando se dice que estaría en el arbitrio de todos fundar un Estado; antes bien, es absolutamente necesario para cada uno que esté en el Estado.<sup>34</sup>

Sin duda, Hegel tiene razón al considerar que la intromisión de las relaciones contractuales en la explicación de la constitución del orden civil en general y del Estado en particular, *ha producido las mayores confusiones en el derecho del Estado y en la realidad*. Cuando dos personas privadas establecen un contrato, se presupone ya la presencia de una tercera, la cual garantiza el cumplimiento de lo establecido en ese contrato. Para Hegel, el error de las teorías del contrato social no es histórico, sino categorial, pues se utilizan las categorías del derecho privado para dar cuenta del derecho público, cuando el primero implica ya la existencia del segundo. Sin embargo, en ésto estaría completamente de acuerdo Kant; por eso afirma que en el estado de naturaleza todo derecho privado es un derecho en sentido amplio y tiene por ello un carácter provisional. El derecho privado sólo es derecho en sentido estricto cuando se encuentra vinculado a un orden civil y a un derecho positivo.

Por otra parte, gran parte de las confusiones se pueden superar si se tiene en cuenta la intención de acudir al recurso argumentativo del contrato social. Acer-

---

<sup>34</sup> Hegel, 1970: adición al § 75.

ca de esto Kant se expresa con toda claridad. En las teorías del contrato social no se ofrece una explicación en función de una causa eficiente (*principium fiendi-Errichtungsgrund*), sino que se trata de ofrecer la causa final del orden civil. “El *Contractus originarius* no es el principio de explicación acerca del *status civilis*, sino como debería ser”.<sup>35</sup> La tesis subyacente al contractualismo es que la legitimidad del orden civil se encuentra en el consenso de los ciudadanos y que éste sólo tiene un carácter racional si el orden civil no sólo garantiza la seguridad sino, también, la libertad de todos sus miembros. Además, determinar la causa final del orden civil permite establecer las instituciones y procedimientos que debe tener ese orden civil para alcanzar esa legitimidad racional. Es decir, la noción de contrato social hace posible definir el contenido normativo del derecho público.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, (1972), *Ética nicomaquea*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- \_\_\_\_\_, (1990), *Retórica*, Madrid, Gredos.
- Dworkin, Ronald, (1993), *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta.
- Cabrera, Isabel, (1999), *Argumentos trascendentales*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas/Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hegel, Georg W. F., (1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt/Main, Suhrkamp.
- Hobbes, Thomas, (1993), *El ciudadano*, edición bilingüe de Joaquín Rodríguez Feo, Madrid, Debate/Consejo Superior de Investigación Científica.
- Höffe, Ottfried, (compilador), (1999), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlin, Akademie Verlag.
- \_\_\_\_\_, (2001), *Königliche Völker*, Frankfurt/Main, Suhrkamp.
- Kant, Immanuel, (1974), *Wekausgabe*, 12 vols., Frankfurt/Main, Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_, (1984), *Crítica de la razón pura (KrV)*, Madrid, Alfaguara.
- \_\_\_\_\_, (1989), *Metafísica de las Costumbres (MS)*, Madrid, Tecnos.
- \_\_\_\_\_, (1993), *Teoría y práctica (TP)*, Madrid, Tecnos.
- \_\_\_\_\_, (1997), *Crítica del Juicio (KU)*, Madrid, Espasa-Calpe.
- Kater, Thomas, (1999), *Politik, Recht, Geschichte*, Würzburg, Königshausen & Neumann.
- Kersting, Wolfgang, (1993), *Wohlgeordnete Freiheit*, Frankfurt/Main, Suhrkamp.
- Locke, John, (1998), *Lecciones sobre la ley natural*, Granada, Comares.

<sup>35</sup> Refl. 7740, ak xix, 504.

Roldán, Concha, (1999), “Acerca del derecho personal de carácter real. Implicaciones éticas”, en AA VV, *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*, Cuenca, Universidad de Castilla.

Rousseau, Jean Jacques, (1993), *Del contrato social*, México, Gernika.

Smith, Adam, (1995), *Lecciones de jurisprudencia*, Granada, Comares.

Stammen, Theo, (1999), *Kant als politischer Schriftsteller*, Würzburg, Ergon.