

## El derecho y su relación con la moral, según la teoría de J. A. Fichte

Por RAMÓN MACÍA MANSÓ

Oviedo

Juan Amadeo Fichte (1762-1814) en la primera fase de su pensamiento, concretamente el expuesto en su obra *Fundamentos de derecho natural según los principios de la teoría de la ciencia*, Leipzig, 1796, acoge en buena medida dentro de su sistema filosófico la concepción kantiana del derecho, pero diverge de Kant en la solución al problema de las relaciones entre el derecho y la moral.

Mantiene Fichte la tesis de que el derecho y la moral son dos conceptos —y dos realidades— que no tienen nada que ver entre sí, sino que son opuestos en sí mismos por su origen, por la razón, e independientemente de nuestra voluntad. El concepto del derecho se deduce de la razón a priori y “el concepto deducido nada tiene que ver con la ley moral sino que es deducido sin la misma...” (Op. cit. en *Gesamtausgabe*, F. Frommann Verlag, Stuttgart, 1966, I, 3, III 54, p. 359). Lo mismo ocurre si se atiende a los respectivos saberes sobre el derecho y la moral: “Ambas ciencias sin nuestro asenso están originariamente separadas por la razón y son completamente opuestas”. (Op. cit, III, 55, p. 360).

La presente investigación filosófica consta de dos partes, la primera es un estudio sobre la teoría del derecho y la segunda lo es acerca de la teoría de la relación del derecho con la moral elaboradas por Fichte. Temáticamente la primera parte se puede subdistinguir en dos íntimamente conexas y por ello difíciles de separar; una constituye la teoría del derecho y la otra la del Estado. Dentro de éstas se tratan las cuestiones de la fundamentación del concepto y el de la realidad del derecho; las de la determinación de aquel concepto y el de esta realidad. Y la comparación del concepto del derecho de Fichte con el de Kant. La segunda parte versa sobre la cuestión del significado de “relación de independencia”; la de la independencia del derecho respecto de la moral, con sus principios necesarios y sus posibles consecuencias. Y finalmente acerca la cuestión

del fundamento de dicha independencia, y una crítica a la fundamentación. Todo ello se redistribuye bajo varios núcleos de análisis según anuncian los sucesivos epígrafes que encabezan los apartados.

## I

1. *Fundamentos últimos del concepto del derecho.* Fichte fundamenta el concepto del derecho en sólo la razón a priori, por tanto, los fundamentos del mismo son propiamente los principios de deducción del concepto del derecho. Tales principios de deducción unos son remotos y mediatos, y otros próximos inmediatos, y aquellos son, pues, los últimos a los que se puede llegar desde el concepto deducido y los primeros de los que se parte para deducirlo. Ahora nos ocuparemos de éstos, luego de los próximos e inmediatos.

Los principios últimos de la deducción del concepto del derecho son los primeros de su sistema filosófico. Por eso el concepto del derecho se deduce en último término, o parte en primer lugar de los mismos principios que fundamentan el sistema filosófico general de Fichte, en el que ya se inicia el idealismo metafísico que culminará en Hegel. Así su teoría del derecho se deduce de los principios y forma parte del conjunto de su sistema filosófico, y éste lo mismo que la teoría del derecho según el autor es ciencia filosófica real y no meramente formularia. Los principios constituyentes del sistema general los expuso en su obra fundamental que trata *Sobre el concepto de la teoría de la ciencia* (1794), y la teoría jurídica contenida en la obra anunciada como indica su mismo título la concibió de acuerdo con la teoría de la ciencia y efectivamente se fundamenta en ella.

En esta primera investigación —luego escribió otra teoría de la ciencia— Fichte trata de superar la incognoscibilidad del *noumeno* o la cosa en sí en la que desembocaba la teoría del conocimiento de Kant, es decir, la imposibilidad de conocer el ser metafísico que se supone está en el fondo de los fenómenos. Para ello concibe como fundamento último en el que se halla la raíz de todo ser un principio absoluto, activo e infinito que denomina Yo, el cual constituye el primer principio de su sistema. Es el principio creador de todo, está más allá de toda relación cognoscitiva entre un sujeto cognoscente y un objeto conocido, y más allá de todo ser, pues es principio de ambos. A partir y por la actividad del Yo se concibe necesariamente y con ello se construye el no-yo, que es todo lo posible fuera del Yo, y a partir de ellos se deducen y construyen todos los demás seres y limitaciones. El Yo es principio absoluto, de esencia racional, incessantemente activo a la vez consciente y creador de todo, siendo su autoconciencia que a su vez es autocreación lo primario. Tal como introduce en esta obra Fichte "...el yo mismo no es sino una acción sobre sí mismo." (Op. cit. III, 1, p. 313). Y "la esencia racional es sencillamente en tanto que se presenta a sí misma como siendo, es decir, en tanto es

consciente de sí misma. Todo ser, tanto el del Yo como el del no-Yo, es una determinada modificación de la conciencia; y sin una conciencia no hay ser alguno.” (Op. cit. III, 2, p. 314). El inicio de un idealismo absoluto queda así ya en esbozo sentado.

El Yo es pura actividad y sólo es en tanto actúa y en lo que actúa y de ninguna manera es una capacidad de obrar: “El y no es algo que tiene capacidad, de ningún modo es capacidad sino que es actuante; es lo que hace y si no hace nada, nada es.” (Op. cit. III, 22, p. 334). El Yo aunque es racional no es pura razón sino que asimismo es necesariamente voluntad porque: “El querer es el auténtico carácter esencial de la razón.” (Op. cit. III, 21, p. 332). La actividad de la razón y del querer funcionan a la vez en constante interrelación y ninguna de las dos precede o sigue al Yo sino que constituyen el ser práctico del yo. “El querer y el inteligir constantemente se influyen el uno al otro, y ninguno de los dos es posible si no existen a la vez.” (Op. cit. III, 21, p. 333). Ya que: “concebir y querer, no van ni delante ni detrás del Yo sino que constituyen el mismo Yo”. (Op. cit. III, 22, p. 333).

El Yo en tanto es ser racional, querer libre y actuante puede concebirse como individuo pero para ello necesita adquirir un cuerpo material: “La esencia racional no puede concebirse como individuo actuante sin adscribirse un cuerpo material” (Op. cit. III, 56 p. 361). Y a la esencia racional individual Fichte la denomina persona siempre que se delimite y atribuya una determinada esfera de libertad de actuación: “La esencia racional... se pone como individuo racional y en adelante en lugar de esta expresión la denominaremos persona en tanto se atribuye una esfera de libertad.” (Op. cit. III, 56, pág. 361).

2. *Fundamentos inmediatos del concepto del derecho.* Según Fichte el *concepto de derecho* es una deducción necesaria de la razón pura, y ésta se fundamenta en las ideas de personas libres y de comunidad libre para deducir la necesidad de aquel concepto. La persona tiene conciencia de su libertad –autoconciencia– y tiene conciencia de las demás personas y de su libertad, –pensamiento de otras personas y de su libertad– lo que tiene que reconocer como necesidad racional, y por la razón descubre también la necesidad de limitar igualmente la libertad de todas para poder realizar el objetivo de vivir en comunidad libre. Aquellas ideas son fundamentos a priori, es decir, puras ideas, que constituyen los principios o premisas de deducción de la necesidad del concepto –también puro pensamiento– del derecho. Más brevemente: si se piensa en personas libres que quieran –objetivo– formar una comunidad libre, se deduce la necesidad del derecho, esto es, la necesidad de limitar todas su libertad como condición sin la cual no es posible tal comunidad de personas libres. La convivencia de personas en cualquier comunidad libre supone la existencia del derecho, unos comportamientos con límites en la libertad, sin que puedan sobrepasarlos.

Así el concepto del derecho es una deducción necesaria de la razón pura, pues es una condición de la existencia de una comunidad de personas libres, la que es condición de la existencia –mejor coexistencia– de la persona como individuo libre, la que es condición de la autoconciencia del individuo. O enunciado al revés la autoconciencia del ser racional no es posible sin que la esencia racional se individualice y se haga persona, y ésta en tanto es individuo racional y libre no es posible sin reconocer la personalidad y libertad de otras personas; y con personas libres no es posible pensar una comunidad libre sin pensar en el derecho como algo necesario, esto es, sin la exigencia de que todas las personas limiten igualmente su libertad. Por esto sintéticamente enunciado uniendo los extremos: “En esta obra el concepto del derecho, junto con su objeto, es deducido como condición de la autoconciencia” (Op. cit. III, 11, p. 322).

El concepto del derecho como puro pensamiento deducido de la razón no se puede entender bien sin tener en cuenta su objetivo a realizar pues es condición de su realización, por eso se convierte en uno de los principios de deducción, tal es la idea de comunidad libre, o comunidad de personas libres. Este es el objetivo que el concepto del derecho permite realizar, o de otra manera, el derecho tiene por objeto la realización de la idea de una comunidad de seres libres, es decir de personas que se interrelacionan como tales: “Y así tenemos ya el objeto global del concepto del derecho, a saber, una comunidad de seres libres como tales.” (Op. cit. III, 9 p. 320).

El derecho inmediatamente se funda, pues, en el concepto del reconocimiento mutuo de las personas, y en el de su libertad también mutuamente reconocida como necesaria, y en el concepto de comunidad libre; de estos surge el concepto de la necesidad de limitar cada persona su libertad porque ello es necesario para poder realizar el concepto de comunidad libre. “Yo sólo puedo pretender de un ser racional que me reconozca como ser racional en tanto yo a él le trate como tal.” (Op. cit. III, 44, P. 352). Y asimismo concreta: “Ninguno puede reconocer al otro si no se reconocen mutuamente, y ninguno puede tratar al otro como ser libre si no se tratan recíprocamente como tales.” (Op. cit. III, 44, P. 351). Pero el ser individual racional y libre –la persona– que por y para ser persona necesariamente tiene que tener y por ello atribuirse una zona de libertad, esto es, de libre actividad, al ponerse *en relación con* las demás precisa afirmarla frente a ellas, necesita tener una zona de actividad libre no impedita por las demás lo que sólo se puede pretender si a las demás se les reconoce lo mismo. “Yo me concibo como individuo por contraposición a otro determinado individuo en tanto me atribuyo una esfera para mi libertad de la que excluyo a los otros, y les atribuyo también a los otros una esfera de libertad de la que yo me excluyo.” (Op. cit. III, 51, p. 357).

El derecho resulta ser *necesario* en tanto es la condición de la existencia de una comunidad de seres libres, ya que toda persona para hacer posible la existencia de una tal comunidad en primer lugar tiene que reco-

nocer la existencia de otros seres libres fuera de ella, y en segundo lugar y como consecuencia tiene que reconocer la necesidad de limitar su libertad para hacer posible la libertad de los demás siempre que estos también limiten igualmente su libertad para hacer posible la suya. De modo que en tercer lugar, una persona y toda persona sólo puede reconocer la necesidad de limitar su libertad si las demás igualmente reconocen lo mismo para lo mismo, del contrario racionalmente una persona no tiene necesidad de reconocer a otros lo que éstos no están a su vez dispuestos a reconocerle a ella. Fichte en la conclusión de su razonamiento une en una misma frase la necesidad del derecho con su fundamento inmediato afirmando: “Yo tengo que reconocer en todo caso como tal al ser libre fuera de mi, esto es, limitar mi libertad por el concepto de la posibilidad de su libertad.” (Op. cit. III, 52, p. 358). Si bien a nuestro juicio habría quedado más precisa y completa la frase por lo que ya sabemos y por lo que luego se verá si hubiera dicho: Yo tengo que reconocer en todo caso como tales a las personas fuera de mi, y *en consecuencia*, limitar mi libertad para hacer posible su libertad, si quiero formar sociedad libre con ellas.

3. *El concepto del derecho. Naturaleza y caracteres.* El concepto de libertad posible para toda persona en las relaciones posibles entre dos personas cualesquiera, deducida del concepto de lo que es un ser racional y libre y de la exigencia de tratarse como racionales y libres los que se reconocen como tales, para *poder realizar* el concepto de comunidad libre es el concepto del derecho. El concepto del derecho es, pues, el concepto de una determinada relación libre entre personas, es el concepto de relación de *libertad posible* entre seres racionales y libres, y por eso el concepto de libertades limitadas en las relaciones entre personas libres, esto es, el concepto de disponer de libertad sólo hasta ciertos límites, o la permisión de esferas de libertad limitadas para poder ser libres dentro de una comunidad. Este sentido positivo de *lo que está permitido hacer* frente al necesario negativo que lo delimita se destacará posteriormente.

Los determinantes más generales del concepto del derecho, según Fichte, son el tratarse de relaciones entre seres racionales y libres. “El concepto del derecho es el concepto de las relaciones entre los seres racionales.” (Op. cit. III, 55, P. 360). “El concepto del derecho es con ello el de las necesarias relaciones entre sí de los seres libres.” (Op. cit. III, 8, p. 319). A los anteriores se añaden otros determinantes, pues se trata de establecer relaciones libres entre seres libres para formar una comunidad libre. Y para ello es necesario limitar la libertad y disponer así sólo de una libertad limitada. La idea o el concepto de que cada persona tenga su libertad limitada –libertad hasta ciertos límites– frente a las demás personas porque esto es necesario para hacer posible la libertad de ellas, siempre que éstas tengan igualmente limitada su libertad para hacer posible la de cada una, y por tanto, la idea de que todas las personas tengan igualmente limitada su libertad para hacer real una igual libertad de to-

das dentro de una comunidad libre, es el concepto del derecho. El concepto del derecho esencialmente consiste en que toda persona frente a otra y en relación con otra tenga la misma libertad, una libertad igualmente limitada, pues ello viene exigido para hacer posible la libertad de todas y cada una respecto de todas y cada una de las demás, y por eso una igual libertad de todas dentro de una comunidad. El concepto del derecho es por ello el concepto de relación jurídica, el de relación entre personas con libertades limitadas, el de que toda persona tenga la misma libertad permitida frente a cualquier otra. La relación libre *entre personas* libres en una comunidad que por eso será libre no puede darse de otra manera que teniendo igualmente limitada cada una su libertad. “La relación deducida entre los seres racionales, según la cual cada uno limita su libertad por el concepto de la posibilidad de la libertad el otro, bajo la condición de que el otro limite igualmente la suya por el concepto de la de los demás se llama relación jurídica. Y la fórmula ahora sentada es la regla –el esquema– del derecho.” (Op. cit. III, 52, p. 358).

La naturaleza y caracteres de este concepto es fácil de enunciarlos y explicarlos. Es concepto puramente a priori, una pura idea, que es necesaria y universal; no procede de la realidad sensible pero puede realizarse en ella. Este concepto del derecho es algo puramente racional y necesario porque se deduce por necesidad de la razón de conceptos de la razón; por eso es un mero pensamiento o concepto a priori, no se induce de la experiencia, no se apoya ni fundamenta en ninguna realidad experimental; por tanto es independiente de toda experiencia de relaciones contingentes y de los modos en que de hecho se relacionen los hombres: “... el concepto del derecho radica en la esencia de la razón, y no es pensable ningún ser racional en el que no aparezca, y no como consecuencia de la experiencia o de las relaciones contingentes entre los hombres...” (Op. cit. III, 53, p. 358). En definitiva el concepto del derecho es sólo idea –es irreal– no se fundamenta en la realidad del derecho, pero la realidad del derecho se fundamenta en el concepto aunque no sólo en él.

4. *La realidad del derecho.* La realidad del derecho necesita de fundamentos reales para producirse, es decir, hechos que sean causas o condiciones de la existencia de la misma. Como concepto de la razón, el concepto del derecho entraña una necesaria limitación recíproca de la libertad entre las personas, pero no define los límites de esta libertad, ni la existencia real de ellos en ninguna comunidad concreta, que a su vez realice la idea de comunidad libre. Sintetizando hay que decir que, para que tal concepto se pueda realizar –y dar lugar a la realidad del derecho– hace falta la ley o norma jurídica –la norma jurídica surja así como condición de la realidad del derecho– creada por el poder de una comunidad, mediante la que se determinen las limitaciones de libertad entre las personas que formen parte de aquella comunidad real. Ley o leyes que determinan no sólo los derechos concretos de las personas, sino también

las sanciones que deben aplicarse en los supuestos de extralimitaciones y vulneraciones de aquellos. A su vez para poder crear las normas oportunas de contenido preciso es indispensable constituir previamente el poder legislativo de una sociedad, y éste no puede surgir sin la formación de la sociedad, ni ésta sin un pacto social que depende de la libertad de las personas.

Queda dicho que la particular realidad de la ley, o ley positiva puesta por el poder de una comunidad, es condición –y causa de parte– de *la realidad* del derecho en una sociedad, en tanto es la que define y protege los límites de la libertad. En general se puede decir que sólo por ella se determina, concreta y hace aplicable la regla jurídica general que entraña el concepto del derecho, la que por sí misma es formal, universal y no aplicable, pues si bien indica la exigencia de una libertad igualmente limitada en las relaciones entre cualesquiera personas que formen cualquier comunidad, sin embargo no determina dichos límites. Como indica Fichte: “La ley: limita tu libertad por la libertad de otros, esmeradamente formal y no susceptible de aplicación.” (Op. cit. III, 15, p. 326).

Por esto Fichte postula la necesidad de la existencia de la ley puesta por el Poder de una determinada sociedad estatal, –pero a nuestro juicio no queda justificado que tenga que ser precisamente esta sociedad sino que podría ser también cualquier otra que realizara el concepto de comunidad libre de personas–, más concretamente, por el administrador del poder ejecutivo de la misma, que el autor razona ha de ser una persona determinada. No cabe duda que mejor hubiera hablado, para ser más exacto, del poder legislativo y del legislador en vez de poder ejecutivo y el administrador del mismo. De todos modos la existencia de la ley positiva ineludiblemente exige la previa existencia de su causa, el poder creador de la misma –un determinado poder estatal según Fichte– y éste la formación de la sociedad estatal que el autor hace depender de la libertad individual de las personas.

Esta concatenación de exigencias sucesivas –el concepto del derecho exige la ley positiva para pasar a la realidad del derecho, aquella ley un poder social creador de la misma, éste la constitución de una sociedad, y ésta la voluntad de formarla– termina en la libertad de fundación de la sociedad mediante un concierto de voluntades personales. Y con ello resulta que si el concepto del derecho es condición de la pura idea de una comunidad libre, la existencia real del derecho está condicionada por la realidad de un Estado y su Poder, los que en último término están condicionados y dependen de un libre pacto entre personas que es la causa constituyente de la sociedad estatal y su Poder. En particular la pertenencia de cualquier persona a una u otra sociedad estatal –a un Estado determinado– o a ninguna, es producto de la libre decisión de cada una de las mismas, pero desde el momento en que una persona llega a ser miembro de un Estado queda sometido a todas las leyes del mismo; y las

de un concreto Estado valen sólo para el grupo de personas que forman parte del mismo a causa de su libre decisión. O como dice el autor: “Radica en el libre arbitrio de cada uno si quiere vivir en este Estado determinado o no... pero tan pronto como expresa la voluntad de entrar a formar parte de un determinado Estado y es aceptado en el mismo, queda sometido sin más, mediante esta recíproca declaración a todas las limitaciones que exige la ley para este grupo de hombres.” (Op. cit. III, 14, pág. 326).

Según Fichte no es el Poder general del Estado sino el administrador del poder ejecutivo del mismo el que tiene la competencia para dar las leyes, porque el poder colectivo del Estado es imposible que lo ejerza toda la colectividad de la sociedad. Expone el fundamento de la necesidad de que sea una persona la encargada de establecer las leyes en la incapacidad de desempeñar el poder comunitario todos los miembros de la comunidad diciendo: “¿Pero quien debe... señalar los derechos de cada uno y las sanciones para los que los sobrepasan? Nadie sería para ello más incapaz que el grupo... Este cometido no le puede recaer más que a aquel que capta el conjunto y sus necesidades... nadie sino el administrador del poder ejecutivo. Este le da a la ley la materia que le viene a él mismo dictada por su razón y la situación del Estado, pero la forma de la ley, su fuerza vinculante, resulta para los particulares solo de su consentimiento...” (Op. cit. III, 15–16 p. 327).

Así la concreción material de cada ley, esto es, la determinación de su contenido preciso de derecho y de sanciones corresponde al que ejerce el poder indicado del Estado, el cual ha de hacerlo de acuerdo con la razón y teniendo en cuenta la situación del Estado, pero la forma de la ley entendida como vinculación y sometimiento de las personas a la misma deriva de la libertad de éstas. Fichte sienta el principio de la autovinculación personal a la ley en estos términos: “... mediante estas palabras: quiero vivir en este Estado, ha aceptada todas las leyes del mismo. La ley del Estado se convierte en su ley en cuanto a su forma, mediante su consentimiento, pero en cuanto a su materia, está determinada sin su consentimiento por la ley del derecho y por la situación de este Estado.” (Op. cit. III, 14, p. 326).

Por lo que acabamos de indicar entre las determinaciones materiales de la ley está la de la coacción. Es indudable que Fichte mantiene también la tesis de la coactividad del derecho, pero lo mismo que Kant no admite la coacción discrecional, variable y distinta en unos mismos casos sino invariablemente igual en todos ellos, porque queda sometida a normas generales. La razón que fundamenta la necesidad de la coacción es la de que es indispensable para que las personas miembros de un Estado se mantengan por la fuerza dentro de las limitaciones que establece la ley y el derecho correspondiente a cada una. La coacción es la fuerza que se aplica en los supuestos en que aquellas personas rebasan los límites de su

derecho. En todo caso según el pensamiento expresado de Fichte es coacción controlada y definida, se trata de fuerza sometida a norma, es decir, es coacción normada o ley coactiva, la que viene dada especialmente por la ley penal. Es la ley coactiva, pues, la que determina las penas aplicables según las distintas violaciones de derechos. Y entiende que tal tipo de ley precisa ser conocida por los ciudadanos para que influya en su ánimo con lo que se manifiesta que el autor piensa que la ley penal trae consigo una coacción psicológica previa a la efectiva aplicación de la coacción. “Los ciudadanos mediante la coacción tienen que ser mantenidos dentro de estas limitaciones... Está claro que esta fuerza que está determinada por la ley penal tiene que ser conocida por aquellos si debe influir en su voluntad...” (Op. cit. III, 15, p. 327).

5. *Concepto del derecho de Fichte en relación al de Kant.* Queda por analizar más detalladamente el pacto social y en general la teoría social y política de Fichte y completar la teoría sobre la realidad del derecho. Hasta el momento de éstas sólo se ha esbozado lo fundamental pero ya es posible y conviene realizar una comparación entre la concepción del derecho de Kant y la de Fichte. Es preciso juzgar por lo ya expuesto que la teoría del derecho de Fichte dada en la obra citada es de inspiración kantiana; por eso las respectivas teorías en parte se asemejan si bien no son iguales, contienen diferencias importantes. Tales semejanzas se dan en varias cuestiones empezando por el mismo concepto del derecho en tanto con él, de una manera u otra, ambos autores se refieren a la limitación en sociedad de la libertad de cada persona por la que hace posible la libertad de las demás. –concepción liberal de carácter individualista–, si bien según Kant el concepto del derecho mismo son las condiciones que hacen posible este objetivo de la compatibilización de libertades, y por tanto el derecho resulta ser propiamente la ley determinadora de la libertad igual para todos, mientras que según Fichte, el concepto del derecho es la misma libertad limitada e igual para todos, y así viene entendido no como ley sino como relación jurídica, no como las condiciones que hacen posible la igual interlibertad de todos –como el limitador de la libertad– sino como la relación misma de libertad igualmente limitada entre las personas.

Fichte como Kant entiende que la coacción sometida a ley es esencial al derecho, pero para el primero es una condición de la *realización del derecho* pero no pertenece al *concepto* mismo, mientras que para Kant la norma coactiva es necesaria –porque es otra manera de formular lo mismo– al *mismo concepto del derecho*. Ambos exigen la *positividad de las normas* jurídicas entendida como posición por un poder social tanto las que son determinadores de los límites de la libertad, como de las penales o coactivas determinadores de las sanciones, pero en Kant ello viene exigido por el concepto del derecho y en Fichte por la realización histórica del mismo.

Como ya dijimos Fichte inserta el concepto universal del derecho en su sistema filosófico general, en último término lo apoya y deduce de los primeros principios del mismo, e inmediatamente lo fundamenta y deduce del concepto de persona y de sociedad libres. Por tanto lo mismo que Kant lo concibe como un producto puramente racional y a priori y no fundado en ninguna determinación tomada de la experiencia; por ello es también puramente formal o desprovisto de cualquier determinación de, o referencia a contenidos concretos que son necesariamente empíricos, y de ahí que el concepto del derecho de una u otra forma es exigencia necesaria de limitación de libertades iguales para todos, para que sea efectivamente posible una igual libertad para todos, pero no establece por sí mismo la determinación de tales límites. Y finalmente es un concepto necesario exigido por el mismo concepto de comunidad de seres libres, es condición de posibilidad de cualquier comunidad de aquella índole, —de coexistencia de personas libres— o bien, de relaciones sociales libres.

En otro contexto comparativo más amplio puede consignarse que el concepto del derecho según el entendimiento de Fichte no tiene la finalidad directa que al mismo le asignaron posteriormente los formalistas neokantianos propiamente dichos —Stammler, del Vecchio, etc.—, que fue teórica-cognoscitiva en vez de ética-práctica, esto es, la de mediante tal concepto, poder conocer y discernir la realidad jurídica de la no jurídica. El sistema de Fichte exige que este concepto sirva ante todo no para conocer las posibles realidades jurídicas sino para realizarlas, tal concepto no es para un saber sino para un quehacer, y en esto es más kantiano que los neokantianos. Claro está que el concepto del derecho se podrá utilizar también para conocer la realidad jurídica, pero ésta no es su finalidad sino la de hacer posible una tarea práctica. En Fichte como en Kant tal concepto es producto de la razón (práctica) y está orientado a la práctica si bien en Fichte es realización de la libertad posible y en Kant lo que hace posible la realización de la libertad.

El concepto del derecho en Fichte es el esquema formal de cualquier posible realidad del derecho, el cual se concreta realizándose, y por ello se encuentra realizado en toda realidad jurídica, de ahí que se podrá reconocer en cualquiera de ellas donde esté. Como concepto puramente formal y universal es válido para cualquier posible realidad jurídica, ya sea del presente, lo mismo que la del pasado, que la que se pueda dar en el futuro. Pero el concepto no es ya la realidad, para que esta surja hace falta algo más, es el resultado de una tarea ética en general de los hombres que añaden determinaciones reales al concepto de derecho puramente racional.

Fichte hace depender la realidad del derecho —no la del concepto del derecho— de la existencia de un Estado que es el que mediante su ley determina y concreta la universalidad de la regla que entraña el concepto, y le proporciona la aplicabilidad que no tiene aquel por sí mismo en la re-

gla que el concepto contiene. Y a su vez hace depender la existencia del Estado, y lo que ahora interesa, su ley y la vinculación y sometimiento de las personas a la misma, de la libre voluntad de ellas, ya que mantiene la tesis de que toda persona queda libre de entrar o no en una comunidad estatal, de modo que la norma jurídica que es siempre de un determinado Estado no obliga nunca absolutamente, de forma incondicional sino sólo hipotéticamente, pues en último término y en general depende del consentimiento mutuo de las personas de aceptarla, y de ser aceptadas por las demás en la asociación, y en particular para cada una de ellas, de su libre determinación de entrar en tal comunidad.

6. *Teoría y realidad políticas.* La obra indicada de Fichte contiene una teoría política y social a la que sólo sumariamente hemos aludido, la que ahora va a ser objeto de desarrollo y una teoría del derecho que ya casi quedó concluida y a la que ahora sólo agregaremos algunas puntualizaciones cuando vengan a propósito. No las ha titulado de este modo Fichte pero sin duda que existe temática en esta obra que podría denominarse así porque es materia objeto de tales teorías.

Desde otro punto de vista, tales teorías, la del derecho y la de la política están estrechamente vinculadas, y la primera exige entrar en la segunda como ya se ha podido comprobar. Además Fichte trata semejantemente las respectivas temáticas. Así de la misma manera que de acuerdo con el pensamiento del autor en la teoría del derecho conviene distinguir entre el concepto del derecho y la realidad del mismo, también dentro de lo que concierne a la teoría política y social hay que distinguir el concepto de comunidad y el del poder de la misma de sus respectivas realidades, si bien de éstas Fichte se refiere concretamente, y sin justificar su toma de posición, a la realidad del Estado o comunidad estatal, y a la de su Poder.

En este espacio de consignación de generalidades se puede también agregar que el paso del concepto de comunidad libre y el del poder de esta comunidad, deducidos de la razón, a la realidad de la comunidad estatal y a la del poder del Estado se verifica por el pacto social, de modo que aquellos conceptos son producto de la razón mientras que estas realidades concretas del Estado y su Poder, que son realización particular de los mismos, son producto de la libre voluntad de los hombres. Semejantemente ocurre en la transición del concepto del derecho a la realidad del mismo, pues si el concepto procede de la razón, la realidad del derecho procede del ejercicio de un poder y no podía ser de otra manera porque están respectivamente vinculados al concepto de comunidad de seres libres, y a la realidad del poder del Estado, tal como se ha puesto ya de manifiesto.

7. *Conceptos de comunidad libre y de voluntad común.* El concepto de comunidad libre tal como ha sido ya esbozado se deduce de la razón, a partir del concepto de ser racional individual o persona, en tanto toda persona puede concebir y reconocer a otras fuera de ella y con las que,

F en determinadas condiciones o formas de tratamiento entre ellas —el derecho—, podrán convivir libremente, y así formar comunidad libre. En cambio la existencia o realidad de la comunidad estatal depende de un convenio social de creación de tal sociedad entre varias personas, exige la formación de una voluntad común, un concierto de voluntades coincidentes, nunca se realiza por la mera voluntad individual de una sola persona: "...la existencia de una comunidad libre está condicionada por una voluntad común. Nadie mediante su mera voluntad puede realizar tal comunidad con otro si éste no tiene la misma voluntad..." (Op. cit. III, 89, p. 387).

Tal voluntad común que actúa primero como constituyente de la comunidad, conceptualmente se muestra también como necesaria para constituir el poder de la sociedad. Fichte no siempre separa claramente estos dos conceptos por las distintas funciones necesarias de la voluntad común, es decir, como poder constituyente de la sociedad que de inmediato realiza el pacto social y como poder constituido de la sociedad que realiza luego la legislación positiva. En todo caso Fichte determina el concepto de voluntad común como un convenio de voluntades de muchas personas. Esta es necesaria para que se pueda pensar en constituir cualquier asociación y sin duda comprende también al poder común de toda comunidad ya constituida. El concepto de voluntad común —no la realidad de una voluntad común— es un producto de la razón y la posibilidad del concepto mismo le toca esclarecerlo a la Filosofía del Derecho —mejor diría a la filosofía social— pues a ésta se le plantea el problema de qué es y cómo se puede conseguir tal voluntad común en una comunidad de personas que tienen voluntades individuales distintas. Partiendo de éstas como hace Fichte el problema tendrá solución al menos en el ámbito del pensamiento en el supuesto de que cada voluntad individual y particular fuera ineludiblemente al mismo tiempo común y general y al revés, de modo que lo que quiera cada persona sea lo que necesariamente quieran las demás y que lo que quieran éstas lo quiera cada una. De esto modo al perseguir cada persona su querer particular indefectiblemente perseguiría también el general y al buscar el común se obtendría el particular inevitablemente. La búsqueda de cómo, o cuando, y sobre qué puede darse contingentemente o por necesidad tal voluntad común es un quehacer de la filosofía, o según entiende Fichte: "Es una tarea del derecho político y conforme a nuestra prueba de toda filosofía del derecho encontrar una voluntad que sea imposible sea otra que la voluntad común. O conforme a la fórmula antes establecida, que es más cómoda para la marcha de la investigación, hallar una voluntad en la que se una sintéticamente la voluntad privada y la general." (Op. cit. III, 151, p. 433).

La fórmula está clara, pero todavía falta encontrar un tal querer real, que no se dará a menos que se encuentre un objeto de la voluntad particular de cada persona en el que coincidan todas por necesidad, no de otra manera, porque sólo así será también objeto de la voluntad común. Y

efectivamente se puede concebir tal objeto de la voluntad común, en el que tienen que coincidir todas las voluntades particulares, y éste es según Fichte, la seguridad recíproca de los derechos de las personas. Así lo razona Fichte: “Esta tarea la resolvemos conforme a un método riguroso. Llámese X la voluntad que se busca.

a) Toda voluntad se pone a sí misma (en el futuro) por un objeto. El fin último que quiere cada uno es la conservación de sí mismo. Así ocurre con X; y esta sería la voluntad privada de X. Pero esta voluntad privada debe ser una con la voluntad común; ésta es la seguridad de los derechos de todos. Así X quiere, porque se quiere, la seguridad de los derechos de todos.

b) La seguridad de los derechos de todos sólo es querida a través de la voluntad coincidente de todos, por medio de la coincidencia de sus voluntades. Sólo en este aspecto coinciden todas; pues en todo lo demás su querer es particular y se dirige a fines individuales...

c) X misma sería esta coincidencia de todos. De la misma manera que se quiere a sí misma tiene que querer la seguridad de los derechos de todos; pues ella es una y lo mismo con ellos.” (Op. cit. III, 154, p. 435). Ya antes había anticipado más escuetamente la misma tesis: “El objeto de la voluntad común es la seguridad recíproca.” (Op. cit. III, 150, p. 432).

En este objetivo de la voluntad común tienen que coincidir las voluntades de todas las personas, y es que cada persona no puede dejar de querer la seguridad en sus propios derechos; pero sólo se puede obtener la seguridad de los derechos de uno mismo al querer la seguridad de los derechos de todos. O dicho de otro modo, toda persona tiene que querer la seguridad de los derechos de los demás porque sólo así es posible obtener la seguridad de sus derechos, que es lo que quiere necesariamente cada persona por quererse a sí misma. O si se desea particularizarlo en cada una: tengo que querer la seguridad de los derechos de las demás personas porque únicamente así es posible obtener la seguridad de los derechos míos que es lo que ineludiblemente quiero. La idea de que el respeto de los derechos de cada persona depende de los demás exige que toda persona respete los derechos de los otros, si quieren ver respetados los suyos. Esta seguridad es lo que unifica las voluntades particulares, porque todas han de coincidir en querer lo mismo, y sólo en esto se tiene que producir tal coincidencia en todas las voluntades, formando así la voluntad común.

8. *Reconocimiento del método y su aplicación.* Se puede advertir que el método autocalificado de riguroso por Fichte y que ha usado para determinar este concepto de voluntad común es el mismo método que utiliza siempre en esta obra, esto es, el que lleva a establecer una general condicionalidad recíproca de los contenidos de que trate; o si se quiere es el método formal de realizar generalizaciones condicionadas, aplicable a distintos contenidos, y así puede dar lugar a la regla general de conducta

siguiente: yo y todo yo (generalización) debe de comportarse de tal modo —el que sea o se determine—, si —a condición de que— todos aceptemos la misma regla.

Aplicando este método a contenidos particulares resulta que sólo puedo pretender una cierta libertad para mí, si reconozco igual libertad a los demás y a condición de que los demás hagan lo mismo conmigo de modo que al pretender la suya reconozcan también la mía. O como dice Fichte y ya hemos visto, sólo puedo asignarme una esfera de libertad de actuación de la que excluyo a los demás —un derecho cualesquiera—, si asimismo atribuyo otra igual esfera de libre actuación para los demás de la que yo me excluyo, con el sobreentendido implícito de que los demás hagan lo mismo. Del mismo modo procede para justificar el derecho de propiedad. Sólo puedo pretender poseer algo en exclusiva —propiedad— si reconozco en los demás la misma pretensión y si ellos recíprocamente hacen lo mismo conmigo. (Cfra. *Op. cit.* III, 130, p. 418).

No otro método ha usado para configurar el mismo concepto del derecho desde el momento en que aparece como necesaria la limitación de la libertad para formar sociedad: debo limitar mi libertad por la idea de la posibilidad de la libertad igual de los demás siempre que ellos a su vez acepten lo mismo, y limiten la suya por la posibilidad de la mía. También ha seguido este método para establecer presupuestos del concepto de comunidad libre, esto es, la concepción de pluralidad de personas, afirmando que ninguna persona puede reconocer a otra como tal a menos que ésta reconozca también como persona a la primera, es decir, mientras no se reconozcan mutuamente como tales. Y también el mismo método para obtener el concepto de voluntad común —que es fin común— de conseguir la seguridad de los derechos en una comunidad libre a partir de la voluntad de cada persona: si yo —y cada persona— pretendo la seguridad de mis derechos tengo que pretender la de los derechos de los demás, siempre que éstos también pretendan la de los míos. Por lo que resulta que el querer yo —y cada uno, es decir todos— la seguridad de los derechos de los demás se produce la seguridad de los míos —y la de los otros—, si y sólo si cada uno de los otros quiere la de los demás entre las que está la mía —y la suya de cada uno a su vez—.

Y este procedimiento formal de generalización condicionada, aunque Fichte no lo diga, en realidad no es más que el traslado al derecho de una regla moral, formal, universal, e incondicionada u absoluta, cual es, la de que toda persona siempre debe de tratar a las demás tal como quiere que éstas le traten a ella, independientemente de que cualquier otra persona acepte o no la misma regla, y por tanto aunque cualquiera de las demás no le correspondan tratándole como ella las trata. Esta regla universal y absoluta Fichte la pasa al campo del derecho y de la sociedad relativizándola, la convierte en hipotética; condiciona su validez a que los demás la adopten también, a que estos me traten a mí de la misma ma-

nera que yo a ellos, y en consecuencia pasa de ser universal a sólo general. Y así resulta que debe de tratarse a los demás de una manera determinada sólo si los demás corresponden y aceptan la misma regla, y por el contrario no debe tratarse de una determinada manera a los demás que no correspondan aceptando también la misma regla. Fichte admite explícitamente esta consecuencia al hablar del derecho. Resumiendo afirma que el fin de que yo –u otras personas cualquiera– pueda vivir en comunidad de libertad con otras personas sólo es alcanzable a condición de que ellas también se den la ley de respetar la libertad de las demás. Si una persona cualquiera no lo hace así decae la vinculatoriedad de la ley para mi respecto a ella porque ya no es alcanzable el fin que la exige. (Cfra. Op. cit. III, 95, p. 391).

El problema que surge aquí es el de justificar porque yo y toda persona que actúe racionalmente –habría que añadir este requisito– tiene que querer esto, exclusivamente esto, *la seguridad de los derechos* –se entienden todos– y no otra cosa que fuera también realmente beneficioso para todas y cada una de las personas. Por otra parte esta necesidad de la voluntad común es una necesidad de la sociedad, esto es, para formar cualquier sociedad y para la persistencia de la misma pero es una necesidad condicionada al querer de las personas en general, pues toda persona tiene que formar parte de esta voluntad común y querer la seguridad de los derechos de los demás, y limitar su libertad y respetar la libertad de los demás, etc. si decide entrar en sociedad; pero puede decidir lo contrario y no aceptar la regla que hace posible la sociedad, la de limitar su libertad de igual modo que las demás, o bien al revés, porque no quiere aceptar esta regla, tendrá que salirse de la sociedad y por supuesto no aceptará formar parte en el acto de constitución de la misma. Y efectivamente así ocurre según el pensamiento de Fichte como veremos enseguida. Y la consecuencia última que se extrae es que si todas las personas –lo que no es probable– decidieran no formar parte de ninguna sociedad, ni se crearía ninguna sociedad, ni haría falta ningún poder o voluntad común para regir los destinos de la misma. Esta consecuencia queda implicada en el pensamiento de Fichte aunque él no la manifieste expresamente. Y es que toda sociedad, también la sociedad civil o estatal a la que se refiere en el momento de realizar la idea de comunidad libre, depende de un pacto de creación de la misma, del denominado pacto social.

9. *Pacto social.* Conviene, pues, recordar que una cosa es el simple concepto –una idea podríamos decir– de comunidad libre y el concepto de voluntad colectiva, y otra cosa es la *existencia real* de sociedades particulares y la de los poderes de las mismas, y entre ellas está la realidad de la sociedad estatal y la del poder de esta concreta sociedad. El concepto de comunidad libre y de voluntad común –poder de la misma– proceden de la razón exclusivamente, y es lo que se acaba de exponer, pero la realización concreta de las distintas sociedades que se pueden realizar, y la de

los poderes de las mismas son producto de la voluntad de personas concretas, de aquellas que deciden crearlas mediante el pacto social. La formación de las realidades de la sociedad estatal y de su voluntad común o poder de la misma, que son a las que se refiere Fichte, es lo que ahora pasamos a examinar.

Para poder realizar la sociedad estatal y obtener efectivamente una voluntad común –la realidad de una tal voluntad y no sólo el concepto– hace falta que un conjunto de personas concretas las hagan nacer, esto es, las constituyan mediante un pacto social expreso, y además que éste se manifieste al exterior con signos sensibles, mediante los cuales se haga constar esta coincidencia real de voluntades –el acuerdo de voluntades respecto de aquello que se está de acuerdo– y por tanto con indicación general del contenido o límites de los derechos que se pretenden asegurar con la constitución de la voluntad común, la cual ha de crearse como voluntad permanente –ha de entenderse mientras exista la asociación– en el porvenir. Y por último cada persona la ha de reconocer ya desde el mismo momento de su constitución como voluntad suya.

Efectivamente según las mismas palabras de Fichte que no resultará ocioso transcribir: “Pero una tal coincidencia es una mero concepto, pero no puede quedar en eso sino que ha de realizarse en el mundo sensible... En los hombres y por los hombres deberá de realizarse aquel concepto. Para ello se exige:

a) Que la voluntad de un determinado número de hombres, en algún punto del tiempo, sea realmente coincidente, y que se exprese como tal, que sea declarada. La clave aquí está en mostrar que esta coincidencia exigida no se da sin más por sí misma, sino que se fundamenta en un acto de todos *expresado en el mundo sensible, perceptible en un cierto momento temporal y sólo como resultado de la libre autodeterminación...* Cada uno tiene que haber dicho a todos: quiero vivir en este lugar del espacio y poseer como propio esto o aquello; y todos tienen que haber respondido: sí, puedes vivir aquí y poseer esto. La investigación más extensa de este acto constituye el primer capítulo de la doctrina del derecho político sobre el *contrato social*.

b) Que esta voluntad se fije como voluntad subsistente y permanente de todos, que cada uno, como quiera que la haya expresado en el momento presente, la reconozca como suya, en tanto él viva en este lugar del espacio. En las investigaciones que hasta aquí han tenido lugar la clave siempre ha estado en que la total voluntad futura se haga presente en un momento; que sea querida de una sola vez para toda la vida futura. Aquí se hace válida esta regla por primera vez. A través de esta fijación de la voluntad presente para todo tiempo, la voluntad común expresada se convierte en ley.” (Op. cit. III, 152-153, p. 434).

La ley emana, pues, de la voluntad común y formalmente es voluntad común, y la fuerza vinculante que conlleva procede de esta voluntad coincidente de todos y de cada uno aunque, como ya sabemos, el conte-

nido de la misma lo determina el administrador del poder ejecutivo, pues Fichte entiende que el conjunto del grupo por naturaleza es incapaz de hacerlo.

Por eso someterse a la ley no es someterse a la voluntad arbitraria de una persona sino que es someterse a la voluntad común e invariable aceptada por cada uno, también por mi, y así realmente quedo sometido a mi propia voluntad, y cada uno a la suya. Con este sometimiento ni yo ni nadie pierde sus derechos sino que los guarda —en realidad los adquiere— porque es la condición necesaria bajo la cual cada uno tiene derechos. (Cfra. Op. ct. III, 104. p. 398). Aquí las resonancias roussonianas son evidentes.

Sólo la ley positiva es la que establece la medida en que cada uno debe de limitar la libertad de su voluntad y la medida en que deben limitar su libertad los demás, y así la delimitación exacta en la realidad de las relaciones jurídicas no se realiza de otra forma que por esta ley. (Cfra. Op. ct. III, 121-122. Tal como ya sabemos esta ley determina los derechos de cada uno y además también las medidas de coacción que deben aplicarse al excederse de los derechos.

10. *Pacto social y libertad. Consecuencias.* Ahora bien, como parece ser que el mismo pacto social es libre, porque toda persona es libre de hacerlo, y por tanto puesto que es posible que nadie quiera realizarlo, de ello se deduce que la realidad de la sociedad estatal, el poder del Estado que son producto de aquel y también la realidad de la ley positiva que procede de éste, son contingentes; o si se, prefiere, son sólo necesarios condicionadamente, hipotéticamente, surgen como necesarios si se efectúa el pacto social que es libre. Esta es una consecuencia que hay que sacar dados los principios que mantiene Fichte aunque no la declara explícitamente, lo que es explicable porque en esta obra considera siempre lo social desde la perspectiva de lo personal y no al revés, lo que hace en otra obra posterior suya.

En todo caso lo que aquí sí es seguro porque lo expresa claramente el autor, es que cada persona es libre de intervenir o no en la realización del pacto social, consecuentemente de ser miembro o no de un Estado, y por eso de quedar sometido o no a las leyes del mismo, y con ello de *tener o no derechos* precisamente en aquel Estado. Todo esto depende para cada persona de su libre voluntad. Y es que el mismo concepto del derecho, expresado por la fórmula jurídica, limita tu libertad para hacer posible una igual libertad de los demás, no es más que una regla jurídica hipotética, sólo condicionalmente necesaria. Si para poder existir una comunidad de seres libres es necesario el derecho, éste sería absolutamente necesario si por necesidad tuviera que existir tal comunidad de seres libres. Y esto podría fundamentarse por la razón; en realidad la pura razón así lo exige, según reconoce el autor, pero a su vez afirma que el ser racional no tiene por qué ser coherente y darse tal ley. (Op. cit. III, 89, p. 386-87).

Así explícitamente afirma Fichte que no existe un fundamento absoluto —ha de sobrentenderse de naturaleza jurídica, pues de carácter moral si lo reconoce el autor como se verá— por el que persona alguna deba aceptar como ley esta regla de derecho: “No es posible mostrar ningún fundamento absoluto por el que alguien deba elevar a ley de su voluntad y de su conducta la fórmula jurídica: limita tu libertad de tal manera que el que está junto a tí pueda ser también libre. Pero se puede ver perfectamente que una comunidad de seres libres como tales no puede existir si cada uno no está sometido a esta ley y que, por tanto, quien quiera esta comunidad necesariamente tiene que querer también esta ley; en consecuencia esta tiene una validez hipotética. Si debe ser posible una comunidad de seres libres como tales, entonces es necesario que tenga validez la ley jurídica.” (Op. cit. III, 89, p. 387).

Por consiguiente no existe según el pensamiento del autor una *ley fundamental jurídica*, universal y necesaria que acoja a la *regla jurídica*, sino sólo hipotética y a lo más general relativa a las personas que libremente deciden ingresar en la comunidad y toda persona puede libremente decidir no ingresar en ella en el caso de que otras la constituyan. Por tanto en particular la regla jurídica no se transforma en verdadera norma jurídica fundamental más que para los que aceptan entrar en la sociedad, pues rigurosamente sólo éstos necesitan aceptarla como tal. También sólo estos necesitan someterse a las leyes positivas que determinan la ley anterior, pero en realidad no sólo este sometimiento está condicionado a su libre decisión sino que la ley misma está formado por su voluntad y así no se somete más que a su propia voluntad libre. Todo esto es coherente con la pretensión de una fundamentación individualista y liberal del derecho y de la sociedad, pero no fundamenta *la necesidad* de la realidad de ninguna sociedad ni de ninguna realidad del derecho. Y Fichte no teme llegar a aceptar las consecuencias que de ahí se deducen. Toda persona puede decidir libremente rechazar la regla jurídica y entonces se sigue también que no tendrá por qué someterse a ninguna ley de aquella sociedad, pero tampoco tendrá ningún derecho en la misma, y en consecuencia lo que procede es abandonarla. (Vid. Op. cit. III, 11, p. 322). Pero si proseguimos con la argumentación posible, ya que toda persona puede también decidir no querer estar en ninguna, no ya en una determinada, si así lo decide tendrá que vivir en soledad, o si dentro de una sociedad, sin ningún derecho. Esta es la última conclusión que puede extraerse y que conduce a un imposible porque nadie puede vivir así y por eso no se puede admitir racionalmente.

## II

11. *La regla de derecho y la ley moral.* Esta posición fichteana contrasta con la muy distinta que adopta respecto a la misma regla de derecho considerada desde la moral. El comportamiento de la moral respecto

a esta regla de derecho no es más que una relación particular que tiene el mismo sentido y encaja perfectamente dentro del entendimiento general de las relaciones entre el derecho y la moral. La pondremos de manifiesto en primer lugar, y constituirá ya la introducción al estudio que inmediatamente seguirá acerca de las relaciones generales que según la teoría de Fichte se dan entre el derecho y la moral; estudio que someramente y no exhaustivamente se referirá también a algunos determinantes y caracteres diferenciales constitutivos de ambos ordenamientos.

Al determinar aquella relación aparece muy clara una contraposición en el aspecto considerado entre el derecho y la moral. Contrariamente a lo que ocurre en el derecho, a saber, que toda persona sólo porque quiere y si quiere y mientras mantenga este querer, transforma la regla que entraña el concepto del derecho en ley jurídica propiamente dicha, la moral independientemente de la libertad personal sanciona y eleva a ley moral absoluta que obliga en conciencia a toda persona la indicada regla de derecho, la de que cada persona debe limitar su libertad para hacer posible la libertad de todas las demás con las que establezca relación. Pero esta ley estrictamente moral es exclusivamente válida en su ámbito, por sí misma, no puede crear ninguna vinculatoriedad jurídica, ni ningún derecho, porque ambos derecho y moral son independientes.

Esta distinta normación moral y jurídica de la regla de derecho es una consecuencia particular de la tesis general de Fichte, la de que el derecho y la moral son independientes entre sí y de que lo son también sus respectivos saberes. “La regla de derecho: limita tu libertad a través del concepto de la libertad de todas las demás personas con las que entres en relación, recibe mediante la ley de la coincidencia consigo mismo (la ley moral) una nueva sanción para la conciencia; y entonces el tratamiento filosófico de la misma forma un capítulo de la moral pero no de la doctrina filosófica del derecho, que debe ser una ciencia independiente por sí misma.” (Op. cit. III, 10, ps. 320-321). A causa de esta independencia, por un lado toda persona —y yo mismo— por ley moral está obligada a limitar su libertad, pero por otro lado esto no tiene repercusión alguna en el derecho; en este campo no se encuentra norma jurídica alguna incondicionada y necesaria que obligue a ello sino que todas están condicionadas a la libre aceptación personal; por esta independencia unida a la teoría política, sentada por Fichte y que fundamenta al derecho, puedo eludir la regla jurídica, más aún, la norma jurídica general que la acoge y cualquier ley jurídica particular que la concrete si decido vivir al margen de toda comunidad constituida. Según dicho autor: “...yo estoy en conciencia vinculado a limitar mi libertad. De esta vinculación moral no se trata en el derecho; cada uno está vinculado solamente por la determinación de su arbitrio de vivir con los otros en comunidad, y si alguien no quiere limitar de ninguna manera su arbitrio, desde el derecho natural no se le puede contraponer más argumento que el de que tiene que alejarse de toda comunidad.” (Op. cit. III, 11, p. 322).

Este caso especial referido a la regla de derecho patentiza las relaciones de independencia y por ella de la posible contraposición que Fichte asigna en general al derecho respecto de la moral y viceversa. Sin embargo el estudio de estas relaciones entre el derecho y la moral en general exige precisar bien que significa la relación de independencia entre aquellos y distinguirla de las consecuencias que ella puede originar. Y si se quiere llegar a un mayor y mejor entendimiento de lo mismo hace falta completar todo esto con las referencias a sus respectivos principios de validez y a las relaciones que se dan entre ellos. Considerando tales principios y relaciones se puede alcanzar una visión no sólo más completa por la inclusión de los mismos sino que se pueden comprender mejor las relaciones ya conocidas entre el derecho y la moral al analizarlas desde ellos porque se conocen desde sus principios o causas.

Por principios de validez entendemos las causas productoras de las respectivas normas y (o) de los ordenamientos jurídicos y morales. Fichte ha indicado tales causas, si bien no las ha denominado principios de validez. Según este autor toda la normativa moral se deriva de la razón (práctica), y el conjunto del ordenamiento jurídico procede de las personas que ejercen –administran– los poderes del Estado, empezando por la que ejerce el poder legislativo y que da lugar a la normativa jurídica. Al conjunto de los distintos poderes del Estado lo denominaremos poder político. Por tanto quedan identificados de acuerdo con el pensamiento de Fichte los dos principios de validez, el de la normativa moral resulta ser la razón práctica y el de la realidad del ordenamiento jurídico el poder político de la sociedad civil o política.

Por otro lado, puesto que la relación de cada uno de estos principios de validez a los ordenamientos que de ellos se derivan y la de estos ordenamientos con sus respectivos principios de los que proceden es una relación de causa a efecto y de efecto a causa, por eso la relación que se da entre los ordenamientos tienen que ser la misma que la que guardan sus principios de validez y viceversa. De modo que conocida una cualesquiera de las dos, ya sea la de los ordenamientos entre sí, o la de los principios entre sí, conocemos también la otra por ser de la misma clase. Fichte indica directamente las relaciones entre derecho moral las cuales, según ya sabemos y luego confirmaremos con más datos, son de mutua independencia; luego, también se da una independencia mutua entre el poder político –o la voluntad de las personas que lo ejercen– o principio de validez del derecho y la razón práctica o principio de validez de la moral.

12. *Relación de independencia y sus consecuencias.* Ahora conviene esclarecer bien qué significa una relación de independencia mutua entre dos cosas, entender con precisión que es lo que ella entraña o comporta, y comprobar luego si Fichte le ha dado o no el mismo sentido al afirmar la relación de independencia del derecho respecto de la moral. Si el sentido definido se verifica luego en el dado por Fichte, –esto es, se comprueba

que coinciden—, por la dicho se conocerá con igual precisión lo que significa la independencia mutua entre los principios de validez, desde ellos podremos alcanzar un conocimiento fundado de todo lo que se sigue de los mismos. No cabe duda que considerar las relaciones de dos efectos entre sí y además desde sus causas respectivas sabiendo las relaciones entre ellas puede proporcionar un mayor y mejor conocimiento que el que puede darse limitándose a considerar exclusivamente las relaciones de los efectos producidos.

La independencia entre dos seres o cosas —dejamos de lado la de personas que es caso especial— por de pronto significa falta de dependencia, exclusión de toda relación de dependencia respecto de la otra, esto es, carencia de cualquier clase de relación intrínseca y necesaria, sea de subordinación, de condicionamiento, de implicación, de generación, etc. entre ellas. Toda relación de independencia entre dos cosas es necesariamente mutua, pues si no se da relación de una con la otra tampoco puede darse de éste con la primera sin admitir contradicción. En definitiva toda relación de independencia entraña la separación entre dos cosas diferentes, la una no tiene nada que ver intrínsecamente con la otra desde ningún punto de vista.

Si esta relación de independencia se da entre el ordenamiento jurídico y el moral significa que entre ellos no existe por necesidad intrínseca ninguna de las relaciones indicadas ni otra alguna con carácter necesario y que no sólo son dos ordenamientos diferentes —sean como fueren cada uno de ellos y se distingan como sea el uno del otro— sino que están totalmente separados, de modo que cada uno de ellos va por su lado, sin que ninguno de ellos tenga nada que ver con el otro. Siendo esto así sólo puede haber una voluntad externa a los mismos los relacione extrínsecamente, pero sin que ello pueda variar en absoluto el modo de ser de cada uno y la carencia de relaciones intrínsecas.

La *independencia* del derecho respecto de la moral entraña, pues, necesariamente la separación, el discurrir por separado cada uno de ellos, y por tanto lo mismo ha de decirse de sus respectivos principios de validez, esto es, del poder político y de la razón práctica, el uno y la otra son mutuamente independientes, están del todo separados, no hay relación alguna necesaria entre ambos, por eso en vez de relación que siempre una de alguna manera existe separación que rechaza cualquier unión entre ellos; y así necesariamente cada uno tiene que discurrir por su cuenta sin atender ni depender en nada del otro, y sólo así verdaderamente ninguno de los dos tiene absolutamente nada que ver con el otro.

En particular, el diferente modo de ser propio de cada principio de validez da lugar a un modo de ser también distinto de las legislaciones que producen, y la independencia entre ellos hace posible aunque no necesaria una oposición entre los contenidos normativos de ambos ordenamientos; pero en estos casos ni las normas jurídicas dejan de ser tales

porque estén opuestas a las morales, ni las morales dejan de ser tales porque se les opongan las jurídicas. En realidad no existe una oposición intrínseca entre dichas normas ni entre los contenidos de las mismas ya que no pertenecen a un mismo ordenamiento normativo, sino sólo una oposición extrínseca al comparar a dos ordenamientos distintos, y con ello llegar, cuando se da el caso, a la comprobación de que respecto de un mismo acto humano, uno y otro ordenamiento lo regulan de distinto modo hasta el punto que puede ocurrir que algún acto que el derecho permite la moral lo prohíba. De hecho se dan oposiciones concretas y fortuitas respecto de determinados actos pero no necesarias y generales, pues si así fuera existiría ya una relación de necesaria oposición, de modo que siempre tendría que estar prohibido por la moral todo cuanto el derecho permitiera. Por eso cabe también la posibilidad y de hecho la existencia de compatibilidades también concretas, esto es, que la moral no prohíba ni preceptue determinados actos permitidos por el derecho.

13. *La independencia Derecho-Moral.* Este es realmente el significado de independencia que da precisamente Fichte al derecho y al saber del derecho respecto a la moral y al saber moral; dejando ahora aparte los modos de ser diferentes del derecho y de la moral, atendiendo sólo a sus relaciones, se comprueba que Fichte explícitamente afirma cada uno de los puntos fundamentales expuestos que o bien entraña la independencia o bien son consecuencia de la misma, esto es, que nada tienen que ver el uno con la otra; también que *pueden oponerse* de la forma indicada, y por último igualmente reconoce que no por ello el derecho deja de ser derecho; y podría completarse aunque él no lo diga, que tampoco la moral deja de ser por ello mismo moral, esto es, que no decaen las permisiones del derecho, ni las prohibiciones enfrentadas de la moral; pues por estas oposiciones mutuas pero extrínsecas ni la moral anula al derecho ni el derecho a la moral.

Para empezar Fichte ya consigna la independencia en los mismos conceptos del derecho y de la moral; el concepto del derecho se deduce directamente de la razón, con total independencia del concepto de la moral, en particular niega que la regla de derecho —que es lo que entraña el concepto de una entidad práctica— se deduzca o proceda de la ley moral, pues tal regla insita en el concepto del derecho y la formación del mismo nada tiene que ver con la moral ni con el concepto de la misma. “El concepto deducido nada tiene que ver con la ley moral, sino que es deducido sin la misma, y puesto que no es posible considerarlo como una deducción del mismo concepto, es la prueba de hecho de que no puede deducirse de la ley moral.” *Op. cit.* III, 52, p. 359).

Pasando a la realidad del derecho, ocurre que en ella y sólo en ella se dan precisamente las normas coactivas, determinadas por el poder político y aplicadas por el mismo, pues sólo mediante la fuerza física se fuerzan las conductas de los que se exceden en sus derechos, cosa totalmente nece-

saría en la realidad del derecho e imposible en el ser de la moral tal como luego se verá. Por eso, aunque no sólo por eso, en general afirma Fichte: “No se precisan, pues, artificios para separar derecho y moral... Ambas ciencias están ya originariamente, y sin nuestro asenso, separadas por la razón, y son completamente opuestas.” (Op. cit. III. 54-55, ps. 359-360).

Por lo que atañe a la existencia de oposiciones entre contenidos normativos del derecho respecto de los de la moral, sin duda contingentes pero también frecuentes, Fichte, consecuente con su teoría de la separación, expresamente hace constar que ello carece de relevancia y efectos; en particular la oposición no afecta en modo alguno al mismo ser del derecho, no deja de ser derecho por causa de tal oposición, sino que permanece siendo tal, aunque sin duda contrario a la moral en el sentido de que permite algo que la moral prohíbe. Esta situación de indiferencia en los casos de contradicción queda diafanamente expresada en la frase siguiente: “La ley moral prohíbe frecuentemente el ejercicio de un derecho, el que no obstante, según creencia de todo el mundo, no cesa por eso de ser un derecho.” (Op. cit. III, 54, p. 359). Pero en el caso contrario de que la moral ordene también algo a lo que vincule la realidad de derecho, empezando por la misma regla de derecho –cosa que ya hemos visto depende de la libertad de cada persona– la existencia de tal exigencia moral en materia de derecho nada tiene que ver con la vinculatoriedad que acerca de lo mismo establezca el derecho; este deber moral como cualquier otro también moral vale sólo en este ámbito porque lo exige la moral independientemente de que también lo vincule o no el derecho. “Si la ley moral da una nueva sanción al concepto del derecho, es un problema que en manera alguna pertenece al derecho natural, sino a la moral...” (Op. cit. III, 54, p. 359).

14. *Oponibilidad y oposiciones del Derecho a la Moral.* Precisamente a causa de esta relación de independencia o separación del derecho y la moral que hace que, al comparar sus respectivas normas *simplemente puede* darse el caso de que existan modos contrarios de regulación de un mismo acto, de manera que resulten incompatibles el uno con el otro, hay que añadir que el ser específico del derecho y el de la moral son muy diferentes en sí mismos; por tanto lo *son siempre* por necesidad y no fortuitamente, debido a sus modos de ser, hasta el punto que según Fichte tienen caracteres opuestos en varios aspectos de los mismos, y por eso califica en general de opuestos a los respectivos seres. Atendiendo a determinados aspectos del ser del derecho y de la moral este autor les encuentra contraposiciones; así una de ellas es que mientras el derecho *es coactivo*, y de acuerdo con normas coactivas se pueden imponer sanciones a las personas que sobrepasen sus derecho, por el contrario la moral *no es coactiva*, carece de normas coactivas y de la misma posibilidad de imponer sanciones efectivas, no cuenta en absoluto con la fuerza física para someter la libertad de las personas. Y esto es siempre así porque son determinantes contrarios del ser del derecho y de la moral.

Bajo otro aspecto de consideración entiende que el derecho es sólo y necesariamente externo y la moral es interna, aunque no sólo se limita a lo interno, pero todo cuanto es meramente interno pertenece en exclusiva a la moral. El derecho se ocupa exclusivamente de relaciones entre personas, esto es, se refiere sólo a acciones que aparecen en el mundo externo, aquel que es perceptible por los sentidos externos. Puesto que y precisamente porque todo lo que es exclusivamente interno a cada persona pertenece al fuero de la moral, no existe y no se puede hablar propiamente de derecho de las personas a sus acciones internas, pues respecto de ellas sólo caben *obligaciones* morales, no propiamente *derechos*, es decir, no son posibles las que con más propiedad por nuestra parte podemos denominar *facultades jurídicas*: “Los seres racionales entran en relación con otros solamente a través de las acciones que son manifestación de su libertad en el mundo físico: el concepto del derecho se refiere sólo a lo que se exterioriza en el mundo físico: lo que en éste no tiene causalidad alguna, sino que queda en el ámbito de la interioridad, no pertenece a otro tribunal que al de la moral. Por eso no tiene sentido hablar de un derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia, etc. Existe capacidad de hacer estas acciones, y deberes sobre ellas pero no derechos.” (Op. cit. III, 55, pa. 360).

Finalmente en cuanto al aspecto normativo existe también según el pensamiento de Fichte modos de ser peculiares, exclusivos y excluyentes de la norma del derecho y de la de la moral, las que en buena medida son determinadoras de la realidad del derecho y del ser de la moral. Aquí sólo aludiremos también de pasada a las diferencias que existen a causa de este aspecto, las que más adelante tendremos que reconsiderar y hasta criticar, pues por ellas se predetermina la especial condición del *ser del derecho entendido exclusivamente como permisión o facultad*, y la *de ser de la moral entendido exclusivamente como deber u obligación*. Volviendo al aspecto normativo de acuerdo con la teoría de Fichte resulta que la regulación normativa de la conducta del hombre tiene un modo de ser especial es el derecho y otro especial en la moral. La *norma jurídica es siempre y sólo permitente*, y por eso sólo produce facultades o permisiones mientras que la *ley moral es siempre y sólo categóricamente preceptiva* y únicamente origina deberes u obligaciones categóricos. Así afirma Fichte: “Evidentemente un derecho es algo del que se puede usar y también no usar; por tanto se sigue de una ley meramente permitente...” (Op. cit. III, 13, p. 324). Y en otro lugar completa: “La ley moral preceptúa categóricamente el deber, la ley jurídica permite solamente, pero nunca manda que se ejercite su derecho.” (Op. cit. III, 54, p. 359).

Hay que añadir que de acuerdo con el pensamiento de Fichte resulta que también existen diferencias fundamentales en los modos de ser generalísimos del derecho y de la moral, pues pertenecen a dos categorías de ser diferentes. El ser del derecho —no el concepto— tiene el modo de ser real, tiene realidad; más exactamente es un determinado ser real percep-

tible por los sentidos externos, una realidad especial creada por personas que ejercen poderes del Estado, y en tanto es ley, es una ley positiva, una realidad puesta por el que tiene el poder del Estado para producirla, mientras que la moral al menos en tanto es norma tiene un ser puramente espiritual, es un ser racional, un puro producto de la razón, es una ley de la razón práctica.

Conviene puntualizar que sólo el *concepto del derecho* según el autor es una idea deducida de la razón pero el *ser del derecho* es ser real, una realidad especial creada por realización del concepto; la producen las personas mediante el ejercicio de los poderes del Estado —entre estos está también el poder judicial y el coactivo no sólo el legislativo o ejecutivo como lo denomina el autor— pues la realidad del derecho tiene en general como principio de validez el Poder del Estado. En cambio el concepto y la normativa moral tienen exclusivamente a la pura razón respectivamente como principios de deducción y de validez. Moral y derecho proceden de dos principios de validez muy diferentes, los cuales además son entre sí independientes si, tal como es el caso, han de dar lugar a los dos modos de ser tan diferentes e independientes como los concibe Fichte. Evidentemente es necesario reconocer la existencia de estos dos principios de validez, el poder político y la razón práctica y su independencia mutua para producir dos modos de ser generales y especiales independientes el uno del otro y diferentes hasta el punto de poseer determinantes contrarios en sus respectivos seres, pues si uno real el otro espiritual, si el primero es solo permitente el segundo es solo precipiente, si aquel es coactivo este es no coactivo, etc. como se acaba de indicar.

Precisamente una vez identificados los principios de validez del derecho y de la moral, conocida la relación de independencia, es decir, de separación que existe entre ambos, es fácil de comprender mejor tanto su respectivo modo de ser como las relaciones que se dan entre los ordenamientos que producen por la visión del derecho y de la moral desde sus principios de derivación. Porque el principio de validez del derecho es la realidad del poder político, y el de la moral la mera razón, necesariamente el derecho tiene que tener el ser de la realidad mientras que la moral tiene que tener un ser no real, le corresponde ser una entidad racional. Si Fichte hubiera recurrido a los principios de validez para delimitar enteramente las entidades del derecho y de la moral expresamente había tenido que destacar estas primeras determinaciones de su modo de ser general que los sitúan en categorías de ser tan diferentes. De todos modos al señalarlas, no hacemos otra cosa que explicitar, o a lo más, sacar las consecuencias más inmediatas que están implícitas o que se derivan de su pensamiento. Luego se insertan ya las determinaciones específicas expresamente indicadas por dicho autor mediante oposiciones y que sirven para configurar los dos modos de ser específicamente diferentes del derecho y de la moral.

También las relaciones del derecho con la moral pueden alcanzar más claridad al ofrecerlas desde la perspectiva de la independencia de los principios de validez respectivos; y si Fichte hubiera recurrido a la de ellos sin duda que habría evitado algunos errores que luego indicaremos. Desde este enfoque, precisamente porque el principio de validez del derecho es el poder político —el poder Estatal— se puede sacar la afirmación general de que es derecho sólo y todo lo que emana del poder político, con tal que realice el concepto del derecho, sin que importe el contenido del derecho para el ser del mismo.

Consecuentemente son derecho todas y sólo las normas, las aplicaciones judiciales de las normas —las sentencias— las ejecuciones forzosas de las sentencias o de las normas penales, etc. que sean y precisamente por ser producto de aquel poder, *independientemente* de que tales normas, sentencias, etc. sean morales o inmorales, justas o injustas, esto es, de que las valoremos así desde el ordenamiento moral extrínseco al del derecho. La única condición que requieren los productos del poder político para ser derecho es que con ellos se realice lo que exige el concepto de derecho, esto es, que establezcan una igual libertad hasta ciertos topes de todas las personas con la que se consiga efectivamente una real e igual libertad limitada de todas en la comunidad, esto es, una compatibilización de la libertad de todas las personas que viven en la sociedad estatal. Pero tales limitaciones a esferas de facultades o permisiones determinadas, no precisan realizar ningún otro bien —o valor— externo al del derecho, esto es, al de la concordia entre libertades, ni tampoco someterse éste y el derecho mismo, a ningún bien o valor moral, ni a ninguna norma moral, o de justicia, como tampoco de ninguna otra especie.

Por la independencia del principios de validez del derecho respecto de la moral se pueden, pues, obtener las explícitas consecuencias siguientes: el derecho en sí mismo para ser derecho no exige ningún contenido de moralidad, ni de justicia, por mínimos que sean; ni rechaza ningún contenido de inmoralidad ni de injusticia, por graves que fueren. Por el contrario es preciso pensar que sólo si el principio de validez del derecho estuviera condicionado por el de la moral, o subordinado al de ésta, o implicado en el de la misma, o si fuera el mismo que el de la moral o ambos tuvieran uno común, o se dedujera del de la moral, o fuera causado por el de ésta, etc., es decir, si los respectivos principios tuvieran entre sí alguna relación necesaria, podrían darse en su caso situaciones de exigencias morales en el derecho del tipo que fueren, ya sea de condicionamiento de normas jurídicas por las morales; o bien de anulación de normas jurídicas por las morales contrarias; o de deducción de normas jurídicas a partir de las morales; o de integración de las jurídicas como parte de las morales, etc. Pero nada de esto es posible si por las razones que sean se proclama la independencia del principio de validez del derecho respecto del de la moral como implícitamente hace Fichte.

15. *Fundamentación de la independencia Derecho y Moral.* Conviene ahora analizar con detenimiento las razones que aporta este autor como fundamento para llegar a afirmar directa y explícitamente la independencia del derecho respecto de la moral e indirecta e implícitamente la de sus respectivos principios de validez según las exigencias mostradas. Puesto que la relación de independencia es siempre necesariamente mutua también implícitamente sostiene la independencia de la moral respecto del derecho, lo que no interesa considerar aquí. Podemos adelantar que los análisis de las razones por las que Fichte sostiene la independencia dicha demuestran que no existen tales razones, sino mera aceptación de hechos y opiniones sin discutir, esto es, admisión dogmática de las tesis que encierran unos hechos de opinión. Con lo que se prueba que la proclamada independencia del derecho respecto de la moral por Fichte, no la fundamenta racionalmente.

Fichte pretende probar la independencia del derecho respecto de la moral por la indeducibilidad, o si se quiere, por la incausalidad de las normas morales respecto de las jurídicas. Dicho con sus mismas palabras: "Evidentemente un derecho es algo del que se puede usar y también no usar, por tanto se sigue de una ley meramente permisiva... No se ve como a partir de una ley moral incondicionalmente preceptiva ha de poder derivarse una ley permisiva." (Op. cit. III, 13, p. 324).

Pero esto además de ser imposible, se basa en un error, o por lo menos en un fundamento discutible y no discutido. Efectivamente no es posible probar la independencia del derecho respecto de la moral – y con ello la de sus respectivos principios de validez, se tenga o no conciencia de esto– sólo con probar la inexistencia de una determinada relación entre el derecho y la moral. Ni siquiera quedaría probada tal independencia al demostrar no ya la inexistencia de una determinada sino de varias, mientras no se demostrara la carencia de toda relación necesaria, o bien la presencia –caso que luego consideraremos– de las consecuencias que puede producir la independencia o separación. Pero si tal como hace Fichte se intentara probar sólo *la inexistencia de una concreta relación de generación* de las normas jurídicas por las normas morales –lo que no queda siquiera probado por basarse en un error como indicaremos– por sólo esto *no se prueba ya la ausencia de toda relación*; por tanto no se excluye que pueda existir alguna otra relación –por ejemplo de subordinación, de condicionamiento, etc.– que de darse, impediría igualmente la independencia. En resumen, aunque se demostrara la inexistencia de una relación de causación, generación o deducción de las normas jurídicas por las morales, no por ello se probaría la independencia del derecho respecto de la moral.

Ocurre además que Fichte ni siquiera prueba realmente la inexistencia de esta relación de generación entre las normas morales y jurídicas, pues la razón o fundamento en que se apoya para derivar su impo-

sibilidad consiste en *suponer* que el derecho en tanto norma es sólo norma permitente y permisión y que la normativa moral es exclusivamente norma preceptiva y obligación, lo que no ha demostrado de ninguna manera y lo acepta sin discusión alguna siendo así que con ello admite sin prueba alguna una tesis peculiar distinta de la que generalmente defienden la mayoría de los pensadores que tratan la cuestión, pues ellos entienden que el derecho *no solo puede sino que necesita* y por eso cuenta siempre con normas preceptivas y obligaciones. Y por otra parte algunos autores defienden que la moral no sólo consta de normas preceptivas y obligaciones sino que también contiene normas permisivas, o por lo menos admiten la existencia de facultades morales. Es el caso entre otros de las concepciones de F. Suarez y de M. Kant como luego mostraremos.

Fichte utiliza otra argumentación que atiende no a las relaciones mismas entre derecho y moral sino a la existencia de las consecuencias que pueden darse sólo si el derecho y la moral están separados o son independientes. Este razonamiento en principios puede resultar más fácil y adecuado para probar la independencia del derecho y moral, porque no hay que probar la ausencia de toda relación sino que basta con probar la existencia de las consecuencias que pueden derivarse de la independencia. Puesto que la independencia del derecho respecto de la moral hace posible —no necesario— que algo permitido por el derecho esté prohibido por la moral sin que por ello se destruya el ser del derecho sino que permanezca siendo tal a pesar de esta contradicción, si realmente ocurre esto porque fundadamente pueda ocurrir, entonces es que existe la independencia que lo hace posible. Sin embargo el razonamiento que con ello hace Fichte no es concluyente porque adolece de insuficiencia en su fundamentación, es decir, no demuestra ni da una razón suficiente de por qué —razón o fundamento— es posible la oposición del derecho a la moral. Presentaremos su razonamiento en una versión silogística y así se verá claramente que acepta una de las premisas sin prueba racional. Con lo que en este intento de prueba a partir de las consecuencias de la independencia le ocurre algo semejante al intento de prueba sobre la ausencia de relaciones, aquí lo mismo que allí la prueba es defectuosa, y no puede demostrar lo que intenta.

Completando el razonamiento que Fichte utiliza, incluyendo en él los principios de validez que supone y quedan implícitos, y convirtiendo su forma de razonar al modo silogístico para obtener mayor claridad aunque Fichte no lo haya presentado así, se puede exponer de la siguiente manera. Si el derecho contradice a la moral y puede permanecer la contradicción sin que la ocurra nada al derecho —ni tampoco a la moral se podría añadir— necesariamente es que ambos no proceden del principio de validez de la moral porque entonces este sería contradictorio consigo mismo; consecuentemente tampoco las normas jurídicas pueden proceder de las morales y formar así un único ordenamiento incoherente

o contradictorio consigo mismo, es decir, las normas morales no pueden por un lado prohibir un acto y por otro lado establecer un derecho a realizarlo, pues ambas cosas son contradictorias, incompatibles entre sí. Por ser esto imposible es también incomprensible e inexplicable pensar en normas contradictorias que suponen también un principio de validez contradictoria en sí mismo pues en último término por él se permite y prohíbe al mismo tiempo lo mismo.

Por tanto, si una norma jurídica que concede un derecho o facultad de hacer un determinado acto puede ser contraria a una norma moral que categóricamente prohíbe e impone el deber de no realizar aquel mismo acto sin que por ello deje de ser derecho es porque las dos normas proceden de dos principios de validez distintos e independientes entre sí. Es así que las normas jurídicas contradicen frecuentemente a las normas morales sin que dejen de ser derecho según opinión de todo el mundo, luego es que provienen de principios de validez independientes. O conforme con las mismas palabras originales, no tan explícitas pero de implicaciones y de contenido muy densos de Fichte: "La ley moral prohíbe frecuentemente el ejercicio de un derecho, el que no obstante según declaración de todo el mundo no cesa por esto de ser un derecho. Entonces se juzga que sin duda había un derecho, pero que en este caso no debería de usarse del mismo. ¿La ley moral es, pues, un mismo e idéntico principio contradictorio consigo mismo por el que al mismo tiempo en el mismo caso concede el mismo derecho que al mismo tiempo y en el mismo caso lo suprime?. Me es desconocida solución alguna que haya contrapuesto algo destacable a esta objeción". (Op. cit. III, 54, p. 359).

16. *Crítica a la argumentación dogmática.* En todo este razonamiento no se demuestra por la razón sino que se acepta sin crítica racional alguna que el derecho y la moral se pueden oponer simplemente por *el hecho de que así lo entiende todo el mundo* —lo cual no deja de ser ya una exageración— pero esto en todo caso no es más que un dato de opinión, el registro de un hecho. Nunca la apelación a los hechos puede fundar una prueba racional de consecuencias necesarias y menos la mera aceptación de hechos de opinión vulgar puede llevar rigurosamente a demostrar, o a justificar, o a impugnar, etc. otros hechos. Podría ocurrir que lo que dice creen la mayoría de las personas e incluso todas, esto es la opinión de que el derecho y la moral pueden estar en contradicción sin que por ello el derecho deje de ser tal como de hecho parece ser la realidad, fuera verdad, pero podría también ocurrir que fuera falso. Cualesquiera de estos dos supuestos es preciso demostrarlos y mientras no se pruebe ninguno de ellos la afirmación de una u otra cosa es puramente dogmática. Si no se aporta la prueba de la verdad del hecho de tal opinión común, la aceptación de este hecho sin más, no puede proporcionar *la razón* justificativa o impugnativa de la realidad del derecho.

Sin duda que aquí estamos ante el caso de la admisión puramente dogmática de una supuesta opinión general y que no se ha problematizado ni discutido de ningún modo ni el hecho de esta opinión, esto es, si es verdad que toda la gente opina como aquí se dice, ni el fundamentado de la verdad o falsedad de la misma, esto es, si tal opinión compartida o no por todos es verdadera o falsa, siendo así que era necesario dilucidar todo esto, en particular lo último, puesto que ello constituye aquí el único fundamento en el que se pretende sustentar la *oponibilidad* y con ella la *independencia* del derecho respecto de la moral. Llegar a la afirmación de que el derecho y la moral pueden oponerse porque cuando la realidad del derecho se opone a la moral, la gente cree de hecho que aquella sigue siendo derecho, es decir, porque así lo cree la gente, es hacer una afirmación *racionalmente infundada*; por descontado no es una verdad deducida por la pura razón a priori, pero ni siquiera es una afirmación que tenga prueba racional alguna; todo ello no es más que aceptación sin razón alguna de unos hechos de creencias sobre otros hechos.

17. *Fundamentos de crítica complementaria.* Descalificada esta pretendida prueba que no lo es a causa de la aceptación dogmática de su fundamentación, conviene mostrar el error en la que se apoya la anterior y que entonces no entramos a considerar. Y la teoría que aportaremos ahora para mostrarlo y completar así la primera crítica, luego la utilizaremos también para completar la crítica a la segunda argumentación de Fichte, pues también le es aplicable como veremos.

Ya indicamos que el intento de Fichte de fundamentar la independencia del derecho respecto de la moral supone no tener en cuenta para nada —ni para rebatirla en su caso— la solución ya existente de un problema que, porque el parece desconocer y no descubre por sí mismo, cree que no existe. Seguramente tal desconocimiento le llevó a formular su peculiar concepción del modo de ser permitente de la norma jurídica y preceptivo de la moral, pues de haberla conocido, o no habría ofrecido tal concepción, o habría tenido que fundamentarla más y a su vez discutir para rebatir y rechazar con argumentos de razón las que en principio parecen más acertadas y que él no consideró en absoluto.

Efectivamente Fichte asigna a la moral y al derecho no sólo modos de ser normativos muy diferentes —opuestos hasta cierto punto— sino también excluyentes. Conforme ya hemos indicado este autor afirma que el derecho no se puede derivar de la moral por razón de entender que la ley moral es categóricamente *preceptiva*, y que *impone deber* de hacer o de evitar determinados actos, mientras que la ley jurídica es meramente *permitente* y que *sólo concede permiso* o facultad de hacer o no hacer algo, pero nunca impone deber de hacer lo permitido. Por eso dicho autor advierte que él no se puede explicar como de un precepto y deber categóricos puede originarse una mera permisión. Sin embargo le bastaba haber recurrido a la cercana doc-

trina de su maestro Kant, o a la más completa y lejana de Francisco Suarez para que hubiera encontrado la explicación de como a partir de preceptos y obligaciones se pueden obtener facultades en general; si bien es de notar que esto por si solo y sin otras razones no sería suficiente para demostrar en particular que de las normas morales se originan facultades jurídicas, pero por esto sólo tampoco se podría rechazar esta derivación.

De acuerdo con la doctrina de Suarez, ni la norma moral es sólo preceptiva –o precipiente– sino también permisiva –o permitente– y por tanto contiene no sólo deberes u obligaciones sino también permisiones o facultades, ni la norma de derecho es sólo ley permitente sino también ley preceptiva y por tanto contiene no sólo facultades o permisiones sino también deberes u obligaciones. Por lo que afecta al derecho en particular según la concepción de Suarez resultaría que prescindir de las leyes preceptivas y de las obligaciones jurídicas significa no sólo cercenar una parte importante de las leyes jurídicas –todas la directamente preceptivas– sino hacer imposible la existencia misma del derecho, pues no pueden existir verdaderas *permisiones legales*, –no simples *permisiones de hecho* por falta de ley–, es decir, facultades jurídicas sin que a la vez y correlativamente existan las obligaciones o deberes jurídicos que las respaldan. Por otro lado como era de esperar por ser una relación necesaria la existente entre facultades-obligaciones, también ocurre la mismo considerada ésta en sentido contrario, esto es, no es posible la ley directamente preceptiva para unas personas a las que les impone obligaciones sin que a la vez y correlativamente exista la ley permitente que conceda ineludiblemente facultades a otras personas. Así queda reflejada la estructura de la norma jurídica –pero lo mismo es para la moral–, toda norma o bien es permitente y preceptiva, o bien al revés, preceptiva y permitente.

Francisco Suarez había diseñado ya, por tanto, la estructura necesariamente bimembre de toda ley reguladora de la libertad humana, por más que no había constituido, ni planteado, ni tratado esta materia como cuestión expresa. Y en su doctrina está implícito o se deduce de ella, aunque no llegará a expresarlo tampoco con estas palabras, que existen dos modos fenoménicos de aparecer aquel tipo de ley, a saber, una en la que en primer término y directamente se expresa y formula como ley permitente y otra en que es primer lugar y directamente se formula y aparece como ley preceptiva. Pero ambas entrañan el segundo y correlativo término exigido por la estructura de toda ley, el cual queda implícito y no manifiesto. En definitiva la ley permitente –o mejor dicho el aspecto o el elemento permitente de una ley– y la ley preceptiva –mejor el aspecto o elemento preceptivo o prohibitivo de una ley– son siempre necesariamente las dos partes de que consta la estructura correlacional de toda ley; por eso están intrínsecamente unidas y propiamente no son dos leyes separadas sino aspectos de una misma ley, si bien se les puede denominar sólo de una u otra manera teniendo en cuenta el elemento que se enuncia expresamente.

Así la ley expresamente permitente, aquella que determina explícitamente, o que hace constar directamente la facultad que concede, comporta necesariamente y correlativamente el precepto que impone el deber de no impedir lo permitido, si bien tal deber queda implícito y no manifestado; pero sin este aspecto preceptivo u obligacional implícito no existe una verdadera permisión legal, por más que la ley no lo enuncie expresamente. Y al revés, toda ley expresamente preceptiva, aquella que determina lo que se preceptúa o prohíbe y que se impone como deber a unas personas, correlativa y necesariamente comporta el aspecto de ley permitente por el que quedan asignadas facultades a otras, por más que éstas no estén manifiestamente expresadas. Y así resulta que basta determinar bien uno sólo de los dos extremos de la relación legal, ya sea el aspecto permitente o el preceptivo —el lado de los deberes o el de las facultades o permisiones— para poder conocer el otro correlativo implícito y con ello la norma completa.

Podemos observar, limitados al aspecto que aquí interesa destacar por el contraste que se da con la teoría de Fichte, que Suarez con mucha antelación al pensamiento de Fichte había ya anticipado en buena medida la teoría de que no puede existir ley permitente sin ley preceptiva de la misma manera que consecuentemente tampoco puede existir permisión sin deber. Claro está que la permisión y el deber en esta estructura bimembre de la ley por necesidad corresponden a categorías de personas distintas, —de no ser así la ley sería en sí misma contradictoria—, y por eso por necesidad *nunca pueden referirse las facultades y los deberes contrarios simultáneamente a la misma persona*, pues propiamente son los dos elementos —que ofrecen los dos aspectos necesarios según se mire por uno u otro extremo— de toda ley y de una misma concreta ley, los que no pueden contradecirse sin destruir la ley misma. De todos modos hay que advertir que tales contradicciones no pueden darse en la misma estructura de una misma ley a causa de su propia estructura pero sí pueden ocurrir entre dos leyes distintas, oponiéndose entonces dos estructuras legales completas.

Es evidente que una misma ley no puede entrañar contradicción en su estructura esencial sin destruirse a sí misma, es decir, es imposible que una misma norma como estructura compleja que es por un extremo de ella y respecto de unas personas les conceda la facultad de hacer aquello mismo que por el otro extremo de la misma, a la vez y respecto de las mismas personas les imponga el deber de hacerlo, —o bien el deber de no hacerlo—, o incluso más, —a esta otra contradicción no se ha referido Fichte— que una misma ley contenga el deber de hacer o no hacer una cosa y a su vez el deber de lo contrario exactamente. En cambio es posible que se dé el caso de contradicción entre dos normas jurídicas distintas, pueden quedar enfrentadas de modo que una desde el lado de las prescripciones preceptúa o prohíbe lo que otra desde el lado de las permisiones conceda. Si bien para tales casos el legislador suele indicar los

criterios de eliminación de normas incompatibles entre sí dentro de un mismo ordenamiento para evitar que se formen ordenamientos normativos incoherentes.

Cabalmente la verdadera y absoluta imposibilidad de contradicción es la que una misma norma tenga consigo misma –no la de dos normas entre sí–; entonces la posibilidad queda excluida por la misma estructura de la ley, no por otra razón. Precisamente esta imposibilidad es a la que sin tener conciencia de tal estructura se refiere Fichte al decir que la ley jurídica concede o permite realizar –o también omitir– algo, pero no preceptúa o exige nunca realizar o dejar de realizar lo concedido. Sin duda que esto es verdad en relación a unas mismas personas, pero no por lo que creía Fichte –por razón de que el derecho sólo sea permisión– sino a causa de la misma estructura de la ley que lo impide, si bien esta razón no la podía alcanzar Fichte debido a su concepción reduccionista o exclusivamente permisivista del derecho; y asimismo desconocía que toda permisión atribuida a unas personas exige precepto destinado a otras, cuando menos el precepto de que no se impide lo permitido si es que no deben facilitarlos mediante acciones determinadas.

18. *Aclaraciones finales.* Queda probado, pues, que no se puede excluir una relación de generación entre la ley preceptiva moral y la ley permisiva jurídica por la mera razón de que un precepto tenga incapacidad de producir una permisión, pues efectivamente puede causarla o conllevarla, y así no es difícil de comprender que, p. e. el deber de no matar impuesto a cada persona comporta u origina –según se entienda– el derecho o facultad de vivir de los demás; el deber de no mentir, el derecho a la veracidad, etc.

Así pues, lo que Fichte no se explicó y luego negó existe y es fácilmente explicable. De una ley expresamente preceptiva se puede derivar y se origina realmente una permisión, ya sea *directamente* por el aspecto permitente que comporta el preceptuar tal como lo concibe Suarez, o bien *indirectamente* a través de la obligación que causa la ley preceptiva, tal como lo concibe Kant y expondremos ahora brevemente. Con esto nada queremos afirmar sobre si la moral se deduce o no de alguna manera del derecho sino sólo que Fichte no puede basar precisamente en esta razón la no existencia de esta relación. Aquí sólo se trata de mostrar el error en que se apoyó Fichte, que es el formular una concepción exclusivamente permisivista del derecho, unida a una concepción exclusivamente preceptivista de la moral, esto es, la de entender el derecho meramente como facultad o permisión y ley permitente, y a su vez a la moral como deber u obligación y ley precípiente.

Si era explicable que Fichte desconociera la teoría de Suarez no lo es que no tuviera en cuenta la de su maestro Kant, aunque no fuera más

que para desecharla críticamente. Kant había rechazado la tesis de la existencia de leyes directamente permitentes sin embargo defendió expresamente la existencia de las permisiones o facultades tanto morales como jurídicas de forma indirecta, a través de las obligaciones creadas por las leyes preceptivas; de modo que a causa de las leyes preceptivas y a través de las obligaciones que éstas producen, se originan finalmente las permisiones. Esta teoría es distinta de la de Suarez porque según la de este autor la permisión trae siempre un origen directo de la misma ley; las facultades no se derivan directamente de las obligaciones y sólo en último término de la ley como entiende Kant. En Suarez se derivan directa, explícita y manifiestamente de las leyes expresamente permitentes, y asimismo directa, implícita y veladamente de las leyes expresamente preceptivas. De todas formas es preciso recordar que aunque Fichte no hubiera cometido este error y *hubiera probado* suficientemente la inexistencia de la concreta *relación de generación* de la moral respecto del derecho, con esto sólo no habría demostrado todavía la independencia de uno y otro ordenamiento porque ello exige probar la inexistencia de cualquier relación intrínseca entre ambos. Y después de este apunte pasamos ya a completar la segunda crítica.

De igual manera que a causa de la misma estructura de la norma es absolutamente imposible permitir y a la vez preceptuar los mismos actos a las mismas personas, tampoco a unas mismas personas se les puede permitir y prohibir a la vez los mismos actos. En cambio sí es posible esta última contradicción –lo mismo que la anterior– si se da entre dos leyes jurídicas distintas creadas por el poder político de modo que una de ellas prohíba lo mismo que otra permita. Otra cosa es que no podrán persistir las dos a la vez y que una de ellas de acuerdo con los criterios de coherencia establecidos dejará de ser derecho. Por tanto, si *de hecho* se da una semejante contradicción entre normas, tal contradicción no tiene que ser *necesariamente* entre normas jurídicas y morales tal como tiene que entender Fichte a causa de la concepción exclusivamente permisivista y preceptivista del derecho y de la moral. Pero aún suponiendo que una norma jurídica *creada de hecho* por el Poder político fuera *contraria* a una moral en el sentido de que *lo permitido* por una norma de derecho *fuera prohibido* por una norma moral tal como piensa Fichte, de ella no se podría rigurosamente deducir que es consecuencia de una necesaria independencia del ordenamiento jurídico respecto del moral sino sólo que de hecho se ha hecho surgir una discordancia u oposición entre dos ordenamientos distintos debido a sus diferentes principios de validez. Pero no se podría prejuzgar ya ni por ello resolver sin aportar las razones adecuadas que aquellos ordenamientos no tienen ninguna relación, como tampoco que tengan alguna determinada, pues cualquiera de estos dos supuestos habría que fundamentarlos y probarlos *racionalmente*, pues *los hechos* pueden ser justificados por estar de acuerdo con lo que corresponde ser o injustificados por estar en desacuerdo con ello.

¿No es posible pensar, aunque no sea más que como hipótesis a verificar o a falsear con razones pertinentes, que entre estos ordenamientos moral y jurídico existe una relación de subordinación del jurídico al moral, de modo que las normas morales prevalecen sobre las jurídicas y anulan a estas en el caso de que de hecho se crea una norma jurídica que contradiga a otra moral?. Esto habría que probarlo pero igualmente la existencia de la independencia; tampoco ésta se puede dar por demostrada por la simple existencia de hecho de normas contradictorias entre estos ordenamientos.

Dicho de otro modo, si el poder político llegara a establecer normas jurídicas enfrentadas con las de la moral, de este hecho no se puede ni inducir ni deducir que racionalmente, o justificadamente por la razón y no sólo de hecho, el derecho puede permitir lo que prohíbe la moral; y que tal norma continua siendo igualmente derecho, pues a la mejor la razón exige que tal norma no podía crearse y en consecuencia que no puede persistir. Sin embargo Fichte cree que es verdadero lo primero, pero sin demostrarlo, pues para ello se fundamenta sólo en el hecho de que la gente lo estima así, pero ya hemos visto que esto no es fundamente racional alguno.

En general suponiendo el caso de que aparezcan tales contradicciones, sin duda que de hecho se presenta la necesidad de demostrar por la razón, o la carencia de toda relación entre ambos ordenamientos, con lo que quedaría justificada la contradicción de hecho, o bien la existencia de alguna relación que según fuera podría por lo menos mostrar la irracionalidad de la existencia de la norma jurídica, o la pérdida de su razón de ser, o la imposibilidad y por ello nulidad de su existencia, etc.

Por último podemos preguntar: ¿Por qué cree Fichte que no decae y permanece como tal una norma jurídica en el caso de enfrentamiento con otra moral?. Pues porque así lo acepta dogmáticamente como si fuera una verdad lo que ni discute y desde luego no demuestra que lo es. Admite dogmáticamente la oponibilidad del derecho a la moral con la creencia de que no por ello el derecho deja de ser derecho porque —no da otra razón— así lo entiende la gente en general. Y con ello sobreentiende o prejuzga sin razón sino también dogmáticamente porque lo es su apoyo la independencia del derecho respecto de la moral.

La teoría de Kant exige excluir la posibilidad de todo enfrentamiento del derecho a la moral por razón de que en el caso de contradicciones normativas prevalece la norma más fundada que es la moral, y también porque no se puede someter a un mismo sujeto a exigencias incompatibles. Si existe un deber moral *de evitar* algo, no puede existir una facultad jurídica de hacerlo. Y si hay un deber moral *de hacer* algo, no puede existir una facultad jurídica de no hacerlo. Su discípulo Fichte se separa en esto de su maestro y acepta la contradicción aunque dogmáticamente, sin aportar una fundamentación racional que cause prueba, sino aceptan-

do sin discusión alguna hechos de opinión como elementos de prueba; tomando hechos de creencias por verdades racionales, sin que realmente trate de demostrar la verdad de las creencias para convalidar los hechos o la falsedad de las mismas para invalidarlos. Y sin embargo cree, porque él así lo afirma, que la independencia y por ello separación del derecho de la moral se desprende de la misma razón. Según sus mismas palabras transcritas ya: "No se precisan artificios para separar derecho y moral... Ambas ciencias están ya originariamente, y sin nuestro asenso, separadas por la razón, y son completamente opuestas." Pero lo que ha hecho es justo lo contrario, no ha demostrado por la razón la independencia y ha aceptado dogmáticamente, deliberadamente o no, la misma.

Sin embargo debido a su concepción de la norma jurídica, reducida a ser sólo permisión o facultad, el enfrentamiento posible es únicamente entre permisiones jurídicas en todo caso y prohibiciones, o también preceptuaciones morales; pero se hace imposible, por no ser preceptivo el derecho, la oposición frontal entre derecho y moral, de modo que pueda entenderse que el derecho puede mandar o prohibir exactamente lo contrario que la moral, de manera que una norma jurídica puede preceptuar lo que prohíba una ley moral o bien, prohibir lo que la moral preceptúa. Esta posibilidad de contradicción la admitirán y hasta defenderán los autores pertenecientes al positivismo jurídico, y también Kelsen entre los modernos.