

FUNCIÓN Y PAPEL DEL CONTRATO EN EL FUNDAMENTO DEL DERECHO NATURAL DE FICHTE (1796): LAS APORÍAS DEL CONTRACTUALISMO FICHTEANO*

Felipe Schwember Augier
Universidad Adolfo Ibáñez, Chile
felipe.schwember@uai.cl

Abstract

Fichte uses profusely different versions of the social contract when drafting his doctrine of right in the *Foundations of the Natural Right* (1796). This usage, which seems to follow a typical strategic reasoning of the hobbesian contractarianism, seems to be at odds with the altruistic reasoning employed in the first part of the work, in which it deduces the concept of right from mutual recognition. Here we attempt to demonstrate that there is no break between the deduction of right and its systematic application, and that the motive of self-preservation and the use of contract are in principle compatible with the deduction of right as technical practical science by Fichte. It will be argued, however, that the use of the social contract as a tool to develop a material doctrine of right is problematic, not for the motivations that are supposed to be attributed to the agents, but for the gap that this use opens in the methodological presuppositions of the work and its normative claims.

Key words: Fichte, contractualism, natural law, German idealism.

Recibido: 20 - 12 - 2013. Aceptado: 10 - 03 - 2014.

*Agradezco a los evaluadores anónimos de *Tópicos, Revista de Filosofía* por sus sugerencias, comentarios y correcciones.

Resumen

Fichte emplea profusamente diferentes versiones del contrato social a la hora de elaborar su doctrina del derecho en el *Fundamento del Derecho natural* (1796). Este uso, que parece seguir una lógica estratégica propia del hobbesianismo, parece estar reñido con la lógica altruista empleada en la primera parte de la obra en que se deduce el concepto de derecho a partir del reconocimiento recíproco. Aquí se intentará demostrar que no existe un quiebre entre la deducción del derecho y su aplicación sistemática y que el móvil de la autoconservación y el uso del contrato son en principio compatibles con la deducción del derecho como disciplina técnico-práctica realizada por Fichte. Se argüirá, empero, que el uso del contrato social como herramienta para desarrollar una doctrina material del derecho resulta problemática, no por los motivos que se supone se le debe atribuir a los agentes, sino por la brecha que dicho uso abre entre las presuposiciones metódicas de la obra y sus pretensiones normativas.

Palabras clave: Fichte, contractualismo, iusnaturalismo, idealismo alemán.

1. Introducción

En la segunda parte de su obra *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*,¹ Fichte echa mano profusamente de la figura del contrato para desarrollar lo que él llama el *derecho natural aplicado*. Para cualquier lector familiarizado con la filosofía política moderna, el uso que en esa obra se hace del contrato social ha de resultar tan sorprendente como inverosímil: en lugar del proceso (hipotético) de negociación típico del contractualismo, en el que los individuos regatean para cerrar alguno de entre muchos posibles acuerdos, nos encontramos en *GNR* con un contrato cuya celebración debe ser *real* y cuyas cláusulas parecen irse imponiendo con una necesidad que supera el arbitrio de los agentes de modo que, al final, por medio de un proceso inevitable, éstos parecen quedar forzados a convenir en la reducción tan paulatina como inevitable de su propia libertad; en lugar de un acuerdo cuyo contenido las partes pueden disponer de modo más o menos arbitrario, tenemos un

¹ En adelante abreviada como *GNR*.

contrato cuyas cláusulas aparecen en su totalidad para las partes como disposiciones forzosas e irrenunciables. Dicho de otro modo, a medida que la realización del derecho tiene lugar, pareciera que la libertad no tiene más remedio que contemplar impotente su propia supresión por la vía de ir consintiendo en todos y cada uno de los diversos recortes que su pretendida realización universal en el mundo sensible exige. El contrato se convertiría, así, en la instancia a través de la cual la libertad individual se va suprimiendo indefectiblemente a sí misma con vistas a la realización de la libertad universal.

Este resultado, así como las peculiaridades de las distintas formas de contrato a que Fichte echa mano, se explican en gran parte por el esquema deductivista en que se encuentra impostado y sobre el cual se levanta toda la obra. De hecho, el empleo de la figura del contrato no resulta finalmente ser más que una prolongación por otros medios de la cadena de deducciones con que Fichte ha desarrollado las dos primeras partes de la obra. Pero dicho empleo suscita una serie de interrogantes, referidas no solo a las peculiaridades generales de lo que con alguna libertad se puede llamar el “contractualismo fichteano” sino también respecto a la función precisa que tiene el contrato en la teoría del derecho de la *GNR* de Fichte. Este trabajo se ocupa de algunas de dichas interrogantes y, particularmente, de la última de ellas. Su propósito primordial, por tanto, es dilucidar la función que el contrato social desempeña en la teoría jurídica de la *GNR*. Para llevarlo a cabo, se procederá primero a hacer una breve recapitulación del método general con el cual está concebida la obra y que le dota, a juicio de Fichte, de su carácter científico. Enseguida, se procederá a analizar el papel que *in concreto*, desempeña el contrato en la aplicación sistemática del concepto de derecho. Dicho análisis procura hacerse salvando la unidad general de la obra y, específicamente, la unidad entre la primera parte de la obra, consagrada a la deducción del concepto de derecho, y tercera, destinada su aplicación sistemática. Tal unidad, se espera demostrar, puede salvarse concibiendo el contrato social fichteano no como una instancia de fundamentación general de las instituciones jurídicas –lo que para Fichte sería propio de lo que él llama una filosofía formular o vacía– sino como una instancia de creación de normas y ordenamiento jurídicos positivos particulares. Dicho de otro modo, se sostendrá que los diversos contratos fundacionales tienen por finalidad explicar la existencia y la validez a un orden jurídico-positivo *particular* y que, en este sentido, la función de dichos contratos es análoga a la función que

cumple en la filosofía del derecho de Kelsen la primera Constitución o la que cumple en la filosofía del derecho de Hart la *regla de reconocimiento*.

Finalmente, y al hilo del problema de la función del contrato en la filosofía del derecho de Fichte, se espera demostrar que, más allá de que Fichte pueda ser considerado o no un autor contractualista –cuestión que a la larga puede que ni siquiera resulte muy interesante– el particular uso que hace del contrato conduce a una serie de aporías que ponen de manifiesto, en definitiva, dificultades de carácter estructural de la obra.

2. Una filosofía del derecho real y la deducción trascendental del derecho

Lo que caracteriza y pone a la *GNR* por encima de otros tratados de su tipo es, cree Fichte, el particular método a partir del cual está formulada. Este método, que no es otro que el de la filosofía trascendental, consiste en ir deduciendo el derecho y las distintas instituciones que lo conforman por la vía de demostrar que tanto aquél como éstas constituyen condiciones de posibilidad del arribo a la propia autoconciencia. De ahí que el desarrollo de la obra no ofrezca otra cosa que una descripción de la génesis ideal de la autoconciencia y, particularmente, del papel que el derecho y la experiencia de entablar una relación jurídica con otros supone para el advenimiento a la misma. Pero por medio de esta forma de proceder Fichte pretende estar en condiciones no sólo de demostrar la necesidad del derecho en general sino, además, la necesidad de que un ordenamiento jurídico positivo instaure ciertas instituciones jurídicas –las descritas en la *GNR*– en lugar de otras. Por tal motivo, Fichte considera que este método es el propio de una *filosofía real*, por contraposición a una *filosofía de fórmulas vacías* (*leere Formular-Philosophie*).² A diferencia de esta última, que sólo se conforma con la posibilidad de pensar un objeto y sus determinaciones, la primera se preocupa de demostrar tanto la necesidad de su objeto como su contenido. Así, mientras la filosofía formularia o vacía es una filosofía puramente estipulativa, en que tanto los objetos como sus determinaciones son puestos de modo arbitrario o gratuito, la filosofía real demuestra tanto la necesidad de su objeto como de sus determinaciones (i.e., que dicho objeto tenga estas en lugar de estas otras características particulares).³

² J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 6 = GA I/3, 317.

³ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 7 = GA I/3, 319.

En el caso del derecho, la deducción se lleva a cabo en los §§1-4 de la *GNR* y una de sus particularidades más llamativas, es que tiene lugar sin apelar en ningún momento a la moral. El hecho de que la deducción se realice con completa prescindencia de la moral y de determinaciones morales es para Fichte una prueba inequívoca de que el derecho natural es una disciplina independiente y diferente de la moral.⁴ Esta diferencia puede expresarse sucintamente diciendo que mientras la moral dice a cada uno qué es lo que debe querer, el derecho dice, en cambio, qué se sigue de los actos que cada uno realiza.⁵

Esta independencia es importante por varios motivos. En primer lugar, porque demuestra que el derecho es un ciencia técnico-práctica y no sólo práctica; en segundo lugar porque pone de manifiesto que al derecho le incumben solamente las condiciones para el ejercicio externo de las libertades⁶: si múltiples seres racionales finitos han de poder convivir, entonces deben poder hacerlo de acuerdo a las leyes que prescribe el derecho; que además deban querer hacer tal cosa, eso no puede prescribirlo ni garantizarlo el derecho. Tal prescripción sólo puede hacerla la moral.⁷ Esta limitación estructural del derecho es importante pues supone que para su realización el derecho solo puede contar –y le resulta suficiente– con un tipo particular de libertad: la libertad formal.

Recapitulando, lo que una doctrina real del derecho debe mostrar son tres cosas: primero que el derecho es un concepto *a priori* de la razón y contenido en ella (y esto significa que la experiencia propiamente jurídica es una condición de posibilidad del advenimiento a la propia autoconciencia); segundo, la necesidad de las condiciones de aplicación de este concepto (y que debe poder ser aplicable es obvio, pues el arribo a la autoconciencia ya ha acontecido); y, en tercer lugar, debe mostrar la aplicación de ese concepto.⁸ Esta tercera parte es la que contiene la parte programática de la doctrina del derecho fichteano. Las dos primeras –y sobre todo la primera– contienen la determinación y fundamentación general del concepto de derecho.

⁴ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 10 = GA I/3, 320-321; también *GNR*, FW III, 54 = GA I/3, 359.

⁵ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 88 = GA I/3, 386.

⁶ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 55 = GA I/3, 360.

⁷ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 9-10 = GA I/3, 320.

⁸ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 7-8 = GA I/3, 319.

Antes de referirnos al tránsito de una parte a la otra nos referiremos de modo muy general a esta fundamentación.

3. La experiencia del reconocimiento recíproco: constitución del derecho y autoconciencia

Una teoría del derecho levantada según los principios de la doctrina de la ciencia debe mostrar la necesidad tanto del derecho como de su contenido particular. Esta necesidad se prueba mostrando que el derecho y, más precisamente, la experiencia particular vivida en el establecimiento de una relación jurídica, es una condición de posibilidad del advenimiento a la propia autoconciencia. Por ello, una de las cosas que debe hacerse en esta primera parte, la parte fundacional de la obra, es determinar y precisar exactamente cuál es el tipo particular de experiencia –que aquí podemos denominar “experiencia jurídica”– por la cual el derecho es constituido y con la cual, por tanto, tiene lugar el arribo a la propia autoconciencia.

Dado que, como se adelantaba, la deducción del derecho acometida por Fichte es completamente independiente de la moral, no puede ser el caso de que a la base de lo que podemos llamar la experiencia propiamente jurídica se encuentre la necesidad de obrar autónomamente. Como en el caso del derecho se trata del ejercicio de la libertad externa del arbitrio o, como dice Kant, de la posibilidad de la coexistencia de las libertades externas,⁹ no es necesario ni puede intentarse tampoco pretender fijar la experiencia jurídica originaria en un una acción cuyo móvil sea precisamente la realización de la justicia en el mundo sensible. Basta con que de hecho los agentes puedan llegar a coexistir ejerciendo cada uno su causalidad eficiente libre sin impedir u obstaculizar un ejercicio equivalente por parte de los otros. Pero si se prescinde del móvil de los agentes ¿cómo debe entonces ser descrita la experiencia jurídica que debe fijarse en esta primera parte de la obra y que ha de ser luego una condición de posibilidad del advenimiento a la autoconciencia?

De lo que se prescinde es del móvil moral en el sentido de hacer del mismo una condición del establecimiento de las relaciones jurídicas entre los individuos y, con ello, una condición de posibilidad de lo que aquí hemos denominado la experiencia jurídica. De dicha prescindencia no se sigue, empero, que la ocurrencia de dicha experiencia requiera

⁹ I. Kant, *AA VI*, 230.

necesariamente que los agentes obren por motivos egoístas o inmorales. Lo que requiere, únicamente, en cambio, es que los agentes obren deliberadamente siguiendo un fin trazado de antemano aun cuando dicho fin no sea, propiamente hablando, la realización de la justicia en el mundo. Dicho de otro modo, no es necesario que los agentes sean virtuosos. Pero tampoco que sean egoístas. La experiencia a través de la cual se constituyen las relaciones jurídicas y en virtud de la cual se arriba por tanto a la autoconciencia debe ser tal, que ella debe poder tener lugar aun cuando la máxima de los agentes que en ella intervienen no sea la de realizar la justicia en la tierra. Si esa experiencia puede tener lugar bajo esos presupuestos, entonces la realización del derecho es compatible con cualquier móvil, incluso uno egoísta.

¿Y cuál es esa experiencia, tal como Fichte la entiende? La experiencia del *reconocimiento recíproco*. El reconocimiento recíproco constituye el núcleo de la experiencia jurídica y es a partir de él, en consecuencia, que puede fundarse una ciencia real del derecho natural.¹⁰

Pero ¿en qué consiste este reconocimiento si no es un acto propiamente moral (i.e., cuya realización requiera de la adopción de una determinada máxima)? Fichte lo entiende como el hecho de limitar mi libertad por el concepto de la posibilidad de la libertad formal de otro.¹¹ El motivo por el cual yo efectivamente limite el despliegue de mi libertad no es relevante en tanto el otro pueda advertir y llegar a ser consciente de que yo he limitado mi libertad por el concepto de la suya. Esta limitación tiene lugar por antonomasia en el acto de *exhortar* a otro al ejercicio de su propia causalidad eficiente libre.¹² Aquí, debe entenderse, no es necesario que el otro sepa fehacientemente cuáles son los móviles que a mí me inducen a exhortarlo y a no tratarlo como a una mera cosa ni menos aún que dichos móviles sean genuinamente morales. Basta con que el otro sepa que he decidido no tratarlo como una cosa, pudiendo hacerlo. Y si ambos sabemos el trato que yo le he dispensado, entonces es racional exigir del otro este mismo trato. Por eso, como afirma Honneth,

¹⁰ Fichte que afirma que sobre el concepto de reconocimiento descansa *toda* su teoría del derecho. Cf. J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 44 = GA I/3, 351.

¹¹ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 43 = GA I/3, 350-351.

¹² J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 32 y ss. = GA I/3, 342 y ss.

basta con que aquí se trate de un acto comunicativo en un sentido débil, no de un imperativo, propiamente tal.¹³

Este trato recíproco a través de exhortaciones mutuas en que ambos individuos limitan su propia libertad formal por el concepto de la posibilidad de la libertad del otro es lo que Fichte entiende constituye la quintaesencia de una relación propiamente jurídica.

En consecuencia, sin exhortación no hay advenimiento a la autoconciencia y, como por otra parte, la exhortación depende, por su parte, de la convivencia pacífica y dialógica de dos individuos del modo y bajo los presupuestos descritos, el establecimiento de relaciones jurídicas (o lo que aquí hemos llamado una experiencia jurídica) constituye a su vez una condición de posibilidad del advenimiento a la autoconciencia. De ahí que Fichte esté en posición ahora de decir cosas como que no puede ser un hombre sin que sean muchos, que los conceptos jurídicos son todos recíprocos, que no hay un mío sin un tuyo, etc.¹⁴

Una vez que ha quedado demostrado que la experiencia jurídica descrita es una condición de posibilidad del obrar libre en general, la primera tarea de una teoría del derecho se puede dar por concluida.

4. El autointerés, la autoconservación y la aplicación sistemática del concepto de derecho

Lo que podríamos denominar la *regla fundamental del derecho*, y que prescribe obrar de tal modo que el otro pueda ser también libre a mi lado, es meramente formal, de modo que con ella es poco lo que se puede hacer mientras no se le pueda proporcionar algún contenido.¹⁵ La pregunta es, entonces, cómo proporcionárselo.

En consonancia con la teoría trascendental de la acción según la cual está concebida la *GNR*, buscando en las condiciones de posibilidad del ejercicio de la acción formalmente libre en el mundo sensible

¹³ A. Honneth, "Transzendente Notwendigkeit von Intersubjektivität", *Johann Gottlieb Fichte, Grundlage des Naturrechts*, Merle, Jean-Christophe (ed.), Berlin: Akademie Verlag 2001, pp. 75 y ss.

¹⁴ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 39 = GA I/3, 347; *GNR*, FW III, 47 - 48 = GA I/3, 354.

¹⁵ J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 89 = GA I/3, 387; cf. también *GNR*, FW III, 15 = GA I/3, 326-327.

según una ley universal: todo aquello que aparezca como condición de posibilidad para dicho ejercicio es, al mismo tiempo, un deber jurídico. Así tenemos, por ejemplo, que la posesión de una propiedad suficiente y el establecimiento de una República en que haya jueces que mediante actos imparciales de juicio diriman las controversias respecto de lo mío y lo tuyo aparecen ahora como derechos y deberes, según el caso. Yo tengo derecho a reclamar alguna propiedad suficiente si es que no la tengo, o la obligación de contribuir con alguna a aquel que no la tiene si a mí me sobra; yo tengo el derecho a vivir en un Estado en que impere la ley jurídica, del mismo modo que tengo el deber correlativo de renunciar a mi derecho natural de coacción, delegándolo en favor de un tercero, si es que todos los demás hacen lo propio, etc.

Y aquí es precisamente donde la aplicación sistemática del concepto de derecho (o el desarrollo de la doctrina del derecho propiamente tal) adopta al decir de algunos un giro que provoca una fractura interna en la obra: si la deducción del derecho llega a determinar la experiencia del reconocimiento recíproco como condición de posibilidad del advenimiento a la autoconciencia y, con ello, a la deducción de seres que se tratan de modo dialógico y respetan la racionalidad y personalidad del otro, en la aplicación de ese concepto llegamos, paradójicamente, en cambio, a un escenario hobbesiano en que la realización de las instituciones jurídicas es hecha al hilo de la consecución del propio interés y bajo un cálculo egoísta de maximización de la propia utilidad.¹⁶

Sin embargo, el concepto de reconocimiento no era deducido como parte de una experiencia moral (aunque uno muy bien podría preguntarse si en términos generales una experiencia como aquella que Fichte pretende mentar con el concepto de reconocimiento puede tener lugar de modo completamente independiente a la moral). De ahí que, en realidad, lo que ocurre es que, una vez puesto el otro como un ser igual a mí, como Fichte bien dice, no es necesario que lo ponga como un ser que indefectiblemente habrá de reconocerme todo el tiempo, como un

¹⁶ Por ejemplo, R. Schottky, *Untersuchungen zur Geschichte der Staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. Und 18. Jahrhundert (Hobbes-Locke-Rousseau und Fichte) mit einem Beitrag zum Problem der Gewaltenteilung bei Rousseau und Fichte, Fichte-Studien Supplementa*, Amsterdam: Rodopi 1995, pp. 177-190. También R.R. Williams "Recognition, Right, and Social Contract," *Rights, Bodies and Recognition. New Essays on Fichte's Foundations of Natural Right*, Rockmore, Tom — Breazela Daniel (ed.), Hampshire: Ashgate 2006, pp. 26-44.

ser constante e ininterrumpidamente me dispense un trato racional¹⁷. Ocurre, por el contrario, que los individuos son deducidos como lo que son, i.e., seres finitos que pueden obrar contra las mismas condiciones que hacen posible la realización de su propia racionalidad.

Por ello, no se trata tanto de que la aplicación del concepto de derecho sea inconsistente con la deducción del concepto de derecho, como que el derecho no puede, por razones estructurales, contar con otro móvil que el interés por la propia autoconservación.¹⁸ Esto, ciertamente, abre la posibilidad de un escenario hobbesiano en que la negociación y el regateo son el instrumento idóneo de determinación del contenido de los derechos y deberes que han de ponerse en vigor con vistas a la posibilidad de la coexistencia universal de las libertades.¹⁹

No es necesario, por tanto, como afirma Siep, suponer tesis antropológicas particulares.²⁰ De hecho, Fichte, como Kant, intenta minimizar las tesis de ese tipo en la filosofía del derecho. La consideración del autointerés como eje del desarrollo ulterior de la doctrina del derecho (lo que podríamos denominar su parte material) es una consecuencia de una de las limitaciones estructurales del derecho, a saber, no poder contar con máximas morales de los agentes. Pero como, después de todo, se trata de la posibilidad de obrar según un concepto de fin libremente esbozado,²¹ el derecho debe poder contar con *algo* para proceder al desarrollo de su propio contenido, y ese algo, como una suerte de presupuesto mínimo de una teoría trascendental de la acción, no es otra cosa que la consecución de los fines que me pongo al obrar, sean éstos los que sean, en tanto puedan coexistir con los fines de todos los demás. Ese fin es, por antonomasia, la autoconservación. Después de todo, como el mismo Fichte afirma, el impulso a la autoconservación

¹⁷ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 87 = GA I/3, 385.

¹⁸ Así, por ejemplo, el pasaje de *GNR*, FW III, 54 = GA I/3, 359, deja esto medianamente claro: "En el ámbito del derecho natural, la buena voluntad no tiene nada que hacer". Cf. también *GNR*, FW III, 139 = GA I/3, 424.

¹⁹ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 150 = GA I/3, 432-433.

²⁰ L. Siep, *Praktische Philosophie im Deutschen Idealismus*, Frankfurt am Main: Surkhamp 1992, pp. 55-56.

²¹ J.G. Fichte, *Wissenschaftslehre nova methodo manuscripto Halle*, (en lo sucesivo abreviado como "WLnM-H"), GA IV/2, 47 y ss.

subyace a todas nuestras acciones y, de hecho él mismo es una condición de posibilidad del advenimiento a la autoconciencia.²²

El giro, por tanto, pretendidamente hobbesiano que tiene la *GNR* no supone en absoluto una ruptura con la deducción anterior del reconocimiento como experiencia originaria y fundante del derecho. Es la prolongación natural de un concepto puramente jurídico de reconocimiento, una vez que se intenta transitar de la regla puramente formal del principio jurídico al contenido de la doctrina del derecho.

Y una vez que se intenta ese tránsito, especialmente bajo las condiciones estructurales impuestas por la deducción llevada a cabo por Fichte,²³ el instrumento jurídico natural para encauzar los intereses divergentes de los individuos a partir del motivo de la autoconservación es el contrato.²⁴

De ahí que el paso de la deducción del derecho y de sus condiciones de aplicación (§§1-6) a la determinación de su aplicación esté naturalmente mediada por el contrato y por el razonamiento típicamente contractualista anclado en el autointerés.

5. Derechos, reconocimiento y contrato en la *GNR*

En rigor, debe decirse que el contrato en Fichte no funda las instituciones jurídicas. En consonancia con el método trascendental, debe afirmarse que el fundamento último de las instituciones jurídicas

²² J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 118 = GA I/3, 409.

²³ Me refiero aquí obviamente al concepto de reconocimiento que sirve, por ejemplo, de fundamento al derecho de propiedad. Es solo porque para Fichte la posesión deviene propiedad únicamente en virtud del reconocimiento recíproco –y no antes– por lo que no hay derechos de propiedad pre-contractuales. Si hubiera derechos de propiedad pre-contractuales entonces no sería necesario, obviamente, acordar la extensión de la propiedad de cada cual y el contrato tendría que versar sobre otras cosas, más específicamente, del aseguramiento de lo mío y lo tuyo externo pero no de su determinación. Cf. al respecto F. Schwember Augier, *Libertad, derecho y propiedad. El fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte*, Hildesheim - Zurich – New York: OLMS 2013.

²⁴ A menos, claro está, que se intentara explicar una convergencia espontánea a través de una explicación de mano invisible. Pero a Fichte parecen serle por completo ajenos ese tipo de explicaciones como queda de manifiesto en, por ejemplo, *El Estado comercial cerrado* y la determinación de la propiedad individual en la parte sistemática de la *GNR*.

se halla en el concepto de reconocimiento, en el hecho de que dichas instituciones constituyan una condición de posibilidad del arribo a la autoconciencia. Por ello, si, apegados a una definición estricta de contractualismo, se entiende como tal la teoría política y jurídica que sostiene que el fundamento de los vínculos normativos –i.e., aquello por lo cual decimos que son obligatorios– se encuentra en una convención (real o hipotética), celebrada con vistas a la promoción del propio interés, entonces Fichte no es ni puede ser un autor contractualista.

En consecuencia, la principal razón para negar que Fichte sea un autor contractualista es de carácter metódico: desde el punto de vista trascendental, no puede concebirse el contrato como la categoría fundante del derecho sin incurrir en una suerte de petición de principio, pues el contrato, como todas las otras, es una categoría jurídica que necesita ser deducida antes de ser empleada. Una teoría del derecho concebida y formulada en consonancia con los principios de la *Doctrina de la ciencia* debe, por así decir, producir ante los ojos del filósofo trascendental las categorías jurídicas y no presuponerlas como dadas. Hacer lo contrario supondría precisamente incurrir en el tipo de filosofía puramente formular o vacía que Fichte deplora. Por eso, bien se puede decir que desde el punto de vista trascendental las teorías contractualistas clásicas son ellas mismas teorías formularias del derecho, en las que arbitrariamente se intenta subsanar la falta de deducción del concepto de derecho mediante la estipulación de un punto de partida *ad-hoc* cuya posibilidad es sin más presupuesta: un contrato originario.

El filósofo trascendental debe narrar la génesis *ex nihilo* del derecho y de las instituciones jurídicas como el contrato. Esta génesis comienza con el *fiat* que tiene lugar en la experiencia jurídica originaria: el reconocimiento recíproco. Dicha experiencia funda el derecho, así como las demás instituciones jurídicas en la medida en que éstas existen por y para ella: para sostenerla y realizarla. En este sentido, bien puede afirmarse que el contrato no es el fundamento del derecho sino que el derecho es el fundamento del contrato, tanto en lo concerniente a su obligatoriedad como en lo concerniente a su contenido esencial.

De hecho, es gracias a este orden de su deducción por lo que Fichte está en condiciones de evitar una de las objeciones que tradicionalmente se hacen a las teorías contractualistas: que la personalidad jurídica y los derechos que le son inherentes deben estar constituidos *antes* y no *después* del contrato o que los individuos ya deben ser titulares de ciertos derechos para proceder a distribuir y asignar derechos mediante

el contrato²⁵. En el caso de Fichte, la posibilidad del contrato, como la de cualquier otra institución jurídica, es puesta desde el momento en que se deduce la existencia del derecho y, con él, la capacidad jurídica de los agentes: dado que los agentes se nos aparecen como agentes jurídicos en virtud de la experiencia del reconocimiento recíproco, por ello son entonces capaces de celebrar contratos, llegar a acuerdos, adquirir propiedades, etc.

Dicho de otro modo, el reconocimiento recíproco permite determinar los derechos inherentes a la personalidad, derechos que Fichte engloba en un solo derecho al que llama derecho originario (*Urrecht*), que trata en los §§ 9 al 11 y que define como el derecho absoluto a ser únicamente causa en el mundo sensible y nunca simplemente un efecto.²⁶

En el caso del derecho originario sucede algo semejante a lo que ocurre con el contrato. Las teorías iusnaturalistas modernas –Locke es el ejemplo por antonomasia– no incurren en el error que desde el punto de vista trascendental supone estipular un contrato originario para derivar de ahí los derechos sino que, por el contrario, incurren en el error inverso: estipular ciertos derechos naturales para, entonces, fijar las condiciones y contenido del acuerdo.²⁷

²⁵ Típico reproche que mutuamente se dirigen los rawlsianos y los libertarios. Cf., por ejemplo, D.A. Lloyd Thomas, *In Defense of Liberalism*, New York: Basil Blackwell 1988, p. 8.

²⁶ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 113 = GA I/3, 404.

²⁷ Adviértase que la diferencia desde el punto de vista fichteano entre una teoría real y una teoría meramente formularia del derecho no estriba en que en una se recurra a una ficción para determinar la naturaleza y contenido de los derechos pre-contractuales. La diferencia decisiva estriba en las razones que se esgrimen para apelar a la ficción y, con ello, en el modo en que dichos derechos se introducen en la teoría y en que son puestos y determinados en el discurso. Así, en la teoría meramente formularia, los derechos naturales están simplemente presupuestos (¿cuál es el fundamento de los derechos naturales en Locke? Es decir, ¿existe un fundamento de tales derechos que sea compatible con los presupuestos de un proyecto filosófico crítico?), son sin más estipulados para, a partir de ellos, levantar una teoría del derecho. En el caso de la segunda, en cambio, el derecho originario es deducido a partir de las condiciones de posibilidad del ejercicio de la acción libre en el mundo sensible en general. Dado que al derecho originario se llega remontándose a las condiciones de posibilidad de dicho ejercicio, Fichte afirma que es el derecho originario es una mera ficción ("*bloße Fiktion*"; J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 112 = GA I/3, 403-404).

De ahí que, en consonancia con el método adoptado por una filosofía del derecho real, las instituciones jurídicas fundamentales, los derechos naturales, la propiedad, el contrato, el castigo, etc., sean fundadas no apelando a una estrategia contractualista –que en definitiva tiene un carácter recursivo– o en un iusnaturalismo pre-crítico, sino en las condiciones de posibilidad del advenimiento a la propia autoconciencia. Y esa es la razón por la que, como observa Martin,²⁸ el lector tenga que esperar hasta el §16 para que en la obra se hable recién por primera vez del contrato social (o de sus equivalentes). Las categorías jurídicas deben ser ellas deducidas antes de poder ser aplicadas y esa deducción tiene lugar, fundamentalmente, en los §§ 8-16 de la *GNR*, al hilo de la aplicación sistemática del concepto de derecho.

En consecuencia, Fichte (o al menos el Fichte de la doctrina del derecho de 1796) no puede ser tenido como un contractualista si es que se entiende por contractualismo la doctrina que entiende que el fundamento de la obligatoriedad de las instituciones políticas y jurídicas, así como su contenido, viene dado por un acuerdo, real o hipotético, celebrado con vistas a la consecución del propio interés.²⁹

6. El contrato, la autoconservación, la propiedad y la teoría material del derecho de la *GNR*

La constatación de que una teoría jurídica y política contractualista cae en la vaciedad de las teorías pre-críticas debiese ser suficiente para desechar la posibilidad de considerar a Fichte como un autor contractualista *strictu sensu*. No obstante, el rol que juega la consecución del propio interés en tanto en la aplicación sistemática del concepto de derecho como en el derecho natural aplicado establecen un importante punto de conexión entre la *GNR* y las teorías contractualistas de inspiración hobbesiana.

Como se adelantaba, la regla del derecho es meramente formal, pero la elaboración de una doctrina del derecho completa debe ser capaz

²⁸ W. M. Martin, "Is Fichte a Social Contract Theorist?," *Rights, Bodies and Recognition. New Essays on Fichte's Foundation of Natural Right*, Rockmore, Tom – Breazelaie Daniel (eds.), Hampshire: Ashgate 2006, p. 5.

²⁹ Y del mismo modo, tampoco puede ser considerado como un iusnaturalista, si es que por tal se entiende una teoría que sin más parte de la afirmación de que existen ciertos derechos pre-contractuales.

de superar ese formalismo y de ofrecer, en cambio, una doctrina del derecho material. Pero ¿qué podría proporcionar ese contenido?

Evidentemente, parte de ese contenido lo proporcionan las mismas condiciones generales de la juridicidad deducidas en los primeros 7 párrafos: por ejemplo, el hecho de descubrirnos en el transcurso de la deducción como seres corporales y vulnerables o el hecho de descubrirnos como seres finitos que necesitan de un lugar en el mundo sensible para obrar. Esas determinaciones, que constituyen una condición de posibilidad de la aplicabilidad del concepto de derecho, son relevantes y revierten sobre la regla del derecho en el sentido de que acotan sus modos y formas de aplicación. Puesto que desde el punto de vista trascendental mi cuerpo y yo somos lo mismo³⁰ y puesto, además, que mi cuerpo es vulnerable, se sigue entonces que una de las primeras reglas que han de seguirse de la constatación de estas características, en concordancia con el principio general del derecho, es la prohibición del homicidio y de todas las otras conductas que puedan poner en riesgo la integridad corporal de una persona. Como dice Fichte, las condiciones de la personalidad deben pensarse como derechos solo en la medida en que aparezcan en el mundo sensible y puedan ser perturbadas (*gestört*) en el mundo sensible por la fuerza que en él ejercen otros seres libres.³¹ Si los seres deducidos en la *GNR* carecieran de cuerpo, entonces la prohibición del homicidio sería redundante.

Pero otra parte de ese contenido lo proporciona el impulso a la autoconservación. Dicho impulso, tal como debe ser en una teoría trascendental de la acción, es deducido como una condición de posibilidad de la autoconciencia³²: si de lo que se trata es de la posibilidad de obrar según un fin libremente esbozado, entonces el agente necesita querer su propia continuidad, y quererla, además, de modo indefinido, pues la realización de un fin tiene lugar siempre en el futuro. En consecuencia, todos los agentes coinciden en este impulso y por eso, independientemente de cuáles sean los fines ulteriores que los muevan a cada uno, éste es uno que todos tienen y necesitan tener. Y si todos convergen en esa cuestión, ella define, entonces, la base de cualquier acuerdo posible. En este sentido, es tentador suponer que la inclinación

³⁰ Cf. J. G. Fichte, *Wissenschaftslehre nova methodo manuscripto Krause* (abreviada en lo sucesivo como "*WLnM-K*"), GA IV/2, 156 y 170.

³¹ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 112 = GA I/3, 404.

³² J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 118 = GA I/3, 409.

a la autopreservación desempeña en la teoría del derecho un rol análogo al que desempeña en la *Doctrina de las Costumbres*. Así como en dicha obra el sistema de la sensibilidad y de los impulsos sensibles permiten dotar de contenido al mandato incondicionado de la moralidad, en la *GNR* el impulso a la autoconservación permite superar el mero formalismo de la regla fundamental general del derecho, haciendo posible así la elaboración de una doctrina del derecho propiamente tal.³³

Pero obviamente el hecho de que el impulso a la autoconservación se introduzca al hilo de una teoría trascendental de la acción tiene enormes repercusiones en el contenido y la forma ulterior de los acuerdos celebrados con vista al aseguramiento de la satisfacción de tal impulso. En virtud de dicho modo de introducción, el contenido de todos los acuerdos queda ahora ligado a las posibilidades de expresión de la propia causalidad eficiente libre en el mundo sensible, de suerte que dicho contenido se presenta a las partes contratantes como absolutamente necesario y como no susceptible de regateos o negociación ulterior. Y aquí es precisamente donde se produce una diferencia enorme con lo que podríamos denominar las teorías típicamente contractualistas, articuladas bajo la lógica de lo que se ha dado en llamar “teoría de juegos”. A diferencia de éstas, no parece que en la *GNR* sea relevante si los agentes tienen o no una mayor aversión al riesgo o si, por el contrario, están inclinados a él. Tampoco tiene sentido decir que los contratantes, tal cual como los describe Fichte, se involucran en un proceso de negociación o, más aún, que exista en realidad negociación alguna o que la rectitud de los resultados de dicha negociación venga determinado por criterios procedimentales. En realidad, todo parece venir de antemano pautado por la necesidad del reconocimiento recíproco, y por eso el margen que tienen las partes para negociar el contenido y alcance de los acuerdos es tan reducido, por no decir nulo. Tampoco pareciera posible decir que el acuerdo a que arriban sea el mejor de varios posibles. De hecho, más que pasar por un proceso de negociación, los agentes en la *GNR* parecen más bien ir pasando lista a una serie de

³³ Respecto del papel del sistema de la sensibilidad y del impulso a la autoconservación en la *Sittenlehre* de J.G. Fichte, cf. F. Schwember Augier, “Libertad, corporalidad, impulso y ley moral en la *Doctrina de las Costumbres* de Fichte”, en *Oikeiosis and the Natural Basis of Morality. From Classical Stoicism to Modern Philosophy*, Alejandro Vigo (ed.), Hildesheim – Zurich – New York: OLMS 2012, pp. 347-376.

ítems que deben ir cumpliendo conjuntamente sí o sí. Esta progresión cuasi-forzada hacia la configuración del ordenamiento jurídico descrito en la *GNR* se produce porque no tiene sentido decir que el arribo a la autoconciencia es (o debe ser) escogido en virtud de una estrategia de maximización de la propia utilidad o como medio de promoción del propio autointerés, aun cuando sea por otra parte coincidente con él. El reconocimiento y la autoconservación no están, pues, sujetos a regateo alguno. Por definición, el reconocimiento –como bien vio luego Hegel– puede ser objeto de una lucha, pero no de una negociación.

Pero aunque la necesidad de reconocimiento explica el carácter no negociable de los términos del contrato (o mejor dicho de los sucesivos contratos fundacionales del Estado), no explica su desmedida extensión: casi todo es objeto de regulación, incluso pormenores que pudieran parecer insignificantes son sustraídos del azar. Esa extensión, casi totalizante del contrato, se explica por la teoría fichteana de la propiedad.

Por una parte, como en el caso de las demás instituciones jurídicas, la propiedad es deducida como una condición de posibilidad del arribo a la propia autoconciencia. De ahí que, en definitiva, la propiedad se funde en el reconocimiento. En este sentido la teoría de la propiedad de Fichte muy bien se puede resumir en el siguiente aserto: el tránsito de la posesión a la propiedad tiene lugar por el reconocimiento recíproco, y únicamente por él.³⁴

El contrato, por su parte, tiene por objeto la propiedad, i.e., la determinación de lo suyo de cada uno. Hasta aquí la teoría de Fichte podría haber funcionado de modo más o menos equivalente a una teoría contractualista de la propiedad. Sin embargo, al momento de tratar el contrato de propiedad, Fichte define la propiedad como el derecho a realizar una acción libre en el mundo sensible más que como el derecho a usar de modo exclusivo una cosa.³⁵ Esta definición amplísima, que parece subsumir los derechos reales (*in rem*) en los derechos personales (*in personam*), hace ahora que el objeto del contrato y, con ello el objeto de la regulación jurídica, se extienda a prácticamente todo aquello que los agentes hacen o pueden hacer en el ejercicio externo de sus libertades.

En consecuencia, el contrato (i.e., los contratos fundacionales y particularmente el de propiedad) versa sobre casi todo lo que los

³⁴ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 130 = GA I/3, 418.

³⁵ Esto es particularmente claro en el *Estado comercial cerrado*. Cf. J.G. Fichte, *Der geschlossene Handelsstaat*, FW III, 441 = GA I/7, 85.

individuos pueden hacer en el uso externo de sus libertades. No obstante, el contrato no parece ser más que el medio jurídico para formalizar y concretar lo que era obligatorio de antemano para los individuos que efectivamente querían vivir en sociedad.

7. El contrato, el ordenamiento jurídico positivo y las aporías del contractualismo fichteano

Pero si ni el contenido ni el fundamento de las obligaciones jurídicas se halla en el contrato ¿cuál es entonces su función?

El contrato es el acto jurídico que sirve de expresión al reconocimiento mutuo. De ahí arranca su necesidad y allí radica su justificación. Como tal, y como todo el resto de las instituciones deducidas en la *GNR*, el contrato es deducido como una condición de posibilidad del obrar libre en general.

No obstante, si el contrato no fuera más que expresión del reconocimiento, entonces sería redundante como categoría jurídica y política, y evidentemente no lo es. El contrato no es sólo la expresión empírica del reconocimiento recíproco,³⁶ aunque también lo sea. El contrato es, fundamentalmente, el mecanismo por el que se dota de existencia al derecho positivo y en general a un orden jurídico *hic et nunc*.

El derecho natural, a partir de las condiciones del reconocimiento recíproco, responde la pregunta de si acaso debe haber propiedad y cómo y en qué medida, pero no establece ninguna distribución concreta de bienes. Asimismo, el derecho natural dilucida las condiciones y las razones por las que resulta justo infligir un castigo a alguien. Sin embargo, el derecho natural no puede determinar *in concreto* la persona que debe ser investida con la autoridad necesaria para ejercerlo. El derecho natural simplemente establece que debe haber alguna autoridad que debe poder hacerlo bajo ciertas condiciones, del mismo modo que establece que debe haber propiedad, igualmente bajo ciertas condiciones. Y otro tanto sucede con las otras instituciones jurídicas.

En consecuencia, aunque el contrato no determine las diferentes instituciones jurídicas, ni tampoco los criterios generales de legitimidad de las mismas, él dota de operatividad al concepto de derecho en la medida en que a través suyo se introduce un ordenamiento jurídico

³⁶ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 135 = GA I/3, 422.

concreto y generalmente válido.³⁷ De este modo, la validez de las normas positivas arrancarían de su origen convencional: *este conjunto de normas X resulta vinculante para un conjunto determinado de personas precisamente por el hecho de haber consentido todos éstos en el establecimiento y promulgación de tales normas (y ha de subrayarse que todos, pues los contratos fundacionales del Estado requieren para Fichte unanimidad).*³⁸ Pero con esa explicación aún no se da cuenta cabal de la validez de las normas jurídicas positivas, pues si la validez de las mismas dependiera únicamente del contrato, entonces el contenido del mismo aparecería siempre como arbitrario y meramente contingente. Por eso, una formulación precisa de la explicación fichteana de la validez de este conjunto concreto de normas positivas debiera decir que *este ordenamiento jurídico es válido porque todos han consentido en él y que además todos así lo han hecho porque así lo demandan los principios generales a priori que la razón prescribe para seres finitos que quieran vivir juntos.* De este modo, la explicación acerca de la validez de las normas jurídico-positivas vuelve sobre sí misma, lo que para Fichte siempre es un indicio de que la investigación se ha agotado y de que, además, se ha agotado con éxito.³⁹

En consecuencia, si siguiendo los criterios ofrecidos por Fichte en la *GNR*, se preguntara a alguien cuál es el derecho vigente en un tiempo y lugar determinado (es decir, si se le pidiera que indicara los criterios para identificar lo que Hart denomina la “*regla de reconocimiento*”⁴⁰), entonces éste debiese contestar que derecho es aquello que los individuos

³⁷ Cf. por ejemplo, J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 14 = GA I/3, 326. En términos kelsenianos, los contratos fundacionales de Fichte son el equivalente a la primera Constitución y, como tales, contienen los criterios de validez (i.e., de existencia) de las normas jurídico-positivas particulares. Con todo, en esos mismos términos, no podría decirse de la de Fichte que es una teoría “pura” del derecho, pues la fuente última de validez de dichos contratos es el concepto de reconocimiento, que condiciona, a su vez, la validez de los contratos fundacionales. La norma fundamental de Fichte –puestos a buscar una– se acercaría, entonces, a lo que Alexy denomina una norma fundamental normativa Cf. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, München: Karl Alber 2011, pp. 186-194.

³⁸ Cf., por ejemplo, J. G. Fichte, *GNR*, FW III, 16 = GA I/3, 328; *GNR*, FW III, 178 = GA I/3, 454.

³⁹ Cf., por ejemplo, J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 119 = GA I/3, 409.

⁴⁰ H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot 2012, pp. 117-118; 125-153.

han efectivamente acordado en ciertos contratos fundacionales del ordenamiento jurídico (que vendrían a ser el equivalente de lo que actualmente llamamos “Constitución”), y que han convenido en ellos porque así lo prescriben los principios *a priori* de justicia que regulan la convivencia pacífica y continua de seres racionales finitos como nosotros.

Este uso del contrato es ciertamente el inverso del habitual o el inverso al menos del modo en que se lo emplea en las teorías contractualistas post-kantianas. Por regla general, el contrato se concibe como una herramienta con la cual juzgar la rectitud de las normas, no como un criterio de identificación del orden jurídico concreto.⁴¹ Piénsese, por ejemplo, en el célebre pasaje de *Teoría y Praxis* de Kant:

Pero respecto de este contrato (llamado *contractus originarius* o *pactum sociale*) [...] en modo alguno es preciso suponer que se trata de un hecho [...] Por el contrario, se trata de una mera idea de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus normas como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo. (AA VIII, 297).

Kant considera el contrato como un recurso para dar cuenta de la legitimidad del *contenido* de las normas, de la justicia o rectitud de lo mandado por ellas, no como un criterio para decidir acerca de su legitimidad histórica. De hecho, con respecto al problema del origen empírico del poder del Estado (y en consecuencia del derecho sobre el que éste se funda), Kant dice muy claramente que éste es inescrutable.⁴² Pero mientras Kant –y la filosofía contemporánea con él– conciben

⁴¹ Dejo a un lado aquí el problema de si lo que Hart denomina regla de reconocimiento necesita incluir o no principios para poder officiar como tal. Fichte obviamente no sería un iuspositivista en el sentido de decir que dicha regla puede contener cualquier criterio o que los principios asociados a ella sean todos contingentes. Para efectos de lo que aquí queremos sostener, basta con que la inclusión de principios sea compatible con la tesis de que existe una regla de reconocimiento para todo ordenamiento jurídico y que, de hecho, esa regla pueda incluir principios, como sostienen los defensores del así llamado “positivismo blando”.

⁴² I. Kant, VI 318. En ese pasaje Kant se refiere, en realidad, al origen del poder supremo (“*Der Ursprung der obersten Gewalt...*”). Pero lo que allí dice

el contrato como una idea de la razón o como una ficción metódica, Fichte lo concibe como un *acto jurídico* y como un acto jurídico que *debe* realizarse efectivamente. Por ese motivo repite más de una vez que los individuos deben dar su consentimiento a los acuerdos y que, además, deben poder darlo *personalmente*.⁴³ ¿Cómo se explica esta diferencia?

Evidentemente, de integrar la figura del contrato en su propia teoría política y jurídica, no podía Fichte hacerlo dándole el estatus de una ficción metódica. Y la razón de ello es que es un contrasentido intentar deducir el derecho como una condición de posibilidad del arribo a la propia autoconciencia y al mismo tiempo apelar a escenarios contrafácticos para determinar la naturaleza y contenido de las normas jurídicas. Bien puede afirmarse que es necesario adoptar los principios o realizar las acciones que seres perfectamente racionales adoptarían o harían bajo condiciones también ideales, pero yo no puedo decir además de esas decisiones que constituyen condiciones de posibilidad del arribo a la propia autoconciencia, pues nada que no haya efectivamente ocurrido puede ser condición de posibilidad del arribo a la autoconciencia. Así, es un contrasentido decir, por ejemplo, que debe existir el Eforato porque su instauración es una condición de posibilidad del advenimiento a la propia autoconciencia y al mismo tiempo preguntarse por qué no hay éforos.

Por tanto, la filosofía crítica que quiere elaborar una *ciencia jurídica real* se ve en la necesidad de excluir por razones metódicas la posibilidad de emplear un escenario contrafáctico típicamente contractualista como herramienta para determinar el contenido del derecho, pues no es posible decir que las leyes acordadas en tal escenario y, en general, las acciones y decisiones tomadas por los agentes en el mismo, sean una condición de posibilidad del arribo a la autoconciencia. De ahí entonces que Fichte no pueda recurrir al contrato, como se ha dicho antes, sino como al instrumento jurídico por el que se dota de existencia a un ordenamiento jurídico positivo concreto.

respecto del poder supremo vale también, *mutatis mutandi*, para el origen del ordenamiento jurídico positivo.

⁴³ J.G. Fichte, *GNR*, FW III, 178 = GA I/3, 454.

8. Conclusiones

Aunque por una parte este uso de la figura del contrato permite a Fichte introducir un eslabón que sirva de mediación entre los principios generales del derecho y el ordenamiento jurídico efectivo, por otra suscita problemas difíciles de resolver. Por de pronto no es necesario insistir en que al exigir que los diferentes contratos fundacionales del Estado y del ordenamiento jurídico sean efectivamente celebrados y celebrados, además, por unanimidad, Fichte impone a su propia teoría del derecho una dificultad práctica insuperable: si la unanimidad es necesaria para el establecimiento de un orden jurídico concreto, entonces nunca habría un orden jurídico concreto ni instituciones jurídicas operativas. Estaríamos por siempre en el así llamado estado de naturaleza.

No obstante, no es tal vez esta la mayor dificultad de la teoría fichteana del contrato. Es posible pensar una dificultad adicional, relativa a la brecha que se produce entre el método de deducción del derecho y las pretensiones normativas de la teoría, brecha que también se producía al contrastar el método deductivo de la *GNR* con el contrato hipotético o ideal. El caso es ahora el mismo, pero respecto de los distintos contratos fundacionales: si los arreglos institucionales que describe Fichte en el derecho natural aplicado son condición de posibilidad de la autoconciencia ¿cómo es posible que estemos hablando de ellos sin que éstos hayan tenido aún lugar?

Sin duda el derecho natural aplicado, la parte sistemática de la obra, no pretende solo explicar qué es el derecho sino también establecer cómo el derecho debe ser (por eso se trata, después de todo, de un tratado de derecho natural). Pero si las diversas instituciones jurídicas que se incluyen en la parte sistemática de la *GNR* no son condiciones de posibilidad del arribo a la autoconciencia y son, por el contrario, reflejo de una cierta visión acerca de cómo debe ser el derecho entonces ¿a título de qué están incluidas en la obra? Dicho de otro modo ¿cómo puede una obra que pretende deducir el derecho como una condición de posibilidad de la autoconciencia pretender también ofrecer un derecho natural, i.e., un conjunto de principios acerca de cómo debe ser el derecho?

Obviamente, podría decirse que la inclusión de toda la parte sistemática de la obra se justifica porque en ella de lo que se trata es

de la posibilidad de la realización de la libertad en el mundo sensible en general, y que tales instituciones procuran, precisamente, garantizar dicha realización. Sea. Pero eso no quita que el deducir instituciones jurídicas como condición de posibilidad de la autoconciencia individual y buscar las condiciones generales de la realización de la libertad –incluso de la libertad meramente formal– en el mundo sensible sean dos cosas distintas.

La pregunta de fondo entonces es cómo puede ocurrir que la *GNR* tenga una teoría normativa del derecho, i.e., cómo es que ella puede no sólo demostrar que el derecho y ciertas instituciones jurídicas particulares son condiciones del arribo a la autoconciencia sino también desarrollar y defender una cierta concepción de cómo debe ser el derecho a la luz de las condiciones de realización de la libertad.

Esta dificultad –y el tránsito entre la deducción del derecho y la aplicación sistemática del concepto de derecho donde, en realidad, Fichte se refiere a lo que el derecho debe llegar a ser y no a lo que actualmente es– es la que parece abrir una verdadera brecha en la argumentación de la *GNR*. Uno podría imaginar dos modos tentativos de cerrar esta brecha que, en definitiva, no es otra que la brecha entre ser y deber ser con que siempre debe lidiar la filosofía del derecho y la filosofía práctica en general. La primera es intentar cerrarla apelando en la deducción del derecho no sólo a las condiciones formales de realización de la libertad, sino también a las condiciones materiales, tal como ocurre en el caso de la *Sittenlehre*. Esta solución, claro está, supondría echar por la borda la autonomía del derecho respecto de la moral defendida en la *GNR*. La otra es desarrollar una teoría del derecho bajo la máxima de que “lo que es racional es real y que lo que es real es racional”,⁴⁴ de modo que el devenir del derecho sea necesariamente aquel que también contribuye al cumplimiento de los fines de la razón, y no ya a los fines de una razón individual, como en la *GNR*, sino de una razón universal. Esta última solución, empero, supondría desbordar por todos sus márgenes el idealismo trascendental.

⁴⁴ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Eva Moldenhaure – Karl Marcus Michel (eds.), Frankfurt am Main: Suhrkamp 1970, p. 24.

Bibliografía

Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber, München, 2011.

Kant, Immanuel, *Kants Gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*. Bände I - VII. Druck und Verlag von Georg Reimer. Berlin, 1910-17. Bände VII-XXVIII, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1923-72.

Fichte, Johann Gottlieb, *Fichte-Gesamtausgabe*, Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Reinhard Lauth — Hans Gliwitzky — Erich Fuchs — Peter K. Schneider — Günter Zöller (eds.), Stuttgart-Bad Cannstat, Fromman-Holzboog, 1962 ff.

Fichtes Werke, Immanuel Hermann Fichte (ed.), Walter de Gruyter, Berlin, 1971.

Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Genaro R. Carrió (trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, tomo 7, Eva Moldenhaure — Karl Marcus Michel (eds.), Suhrkam, Frankfurt am Main, 1986.

Honneth, Axel, "Transzendente Notwendigkeit von Intersubjektivität", en *Johann Gottlieb Fichte, Grundlage des Naturrechts*, Merle, Jean-Christophe (ed.), Akademie Verlag, Berlin, 2001, pp. 61-80.

Lloyd Thomas, D.A., *In defense of Liberalism*, Basil Blackwell, New York, 1988.

Martin, Wayne M., "Is Fichte a Social Contract Theorist?," en *Rights, Bodies and Recognition. New Essays on Fichte's Foundations of Natural Right*, Rockmore, Tom — Breazela Daniel (ed.), Ashgate, Hampshire, 2006, pp. 1-9.

Schottky, Richard, *Untersuchungen zur Geschichte der Staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. Und 18. Jahrhundert (Hobbes-Locke-Rousseau und Fichte) mit einem Beitrag zum Problem der Gewaltenteilung bei Rousseau und Fichte*, *Fichte-Studien Supplementa*, Rodopi, Amsterdam, 1995.

Schwember Augier, Felipe, "Libertad, corporalidad, impulso y ley moral en la *Doctrina de las Costumbres de Fichte*", en *Oikeiosis and the Natural Basis of Morality. From Classical Stoicism to Modern Philosophy*,

Alejandro Vigo (ed.), OLMS, Hildesheim – Zurich – New York, pp. 347-376.

–. *Libertad, derecho y propiedad. El fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte*, OLMS, Hildesheim – Zurich – New York, 2013.

Siep, Ludwig, *Praktische Philosophie im Deutschen Idealismus*, Surkhamp, Frankfurt am Main, 1992.

Williams, Robert R., “Recognition, Right, and Social Contract,” en *Rights, Bodies and Recognition. New Essays on Fichte’s Foundations of Natural Right*, Rockmore, Tom – Breazela Daniel (ed.), Ashgate, Hampshire, 2006, pp. 26-44.

