

La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica»

Por FRANCISCO CARPINTERO

Jerez de la Frontera

I. A MODO DE INTRODUCCION

Pretendo esclarecer en alguna medida el andamiaje conceptual y teórico que hizo posible —y necesario, al mismo tiempo— que la ciencia jurídica partiera exclusivamente del hombre aislado, de la libertad que le corresponde, y diseñara todo el ordenamiento jurídico tomando como punto único de referencia la libertad general y abstracta del individuo. Este fenómeno se observa, por primera vez en la Historia, en la Pandectística alemana del siglo pasado, que pretendió —en lo que se ha llamado su «gran ilusión»— traspasar desde el plano filosófico-iusnaturalista al plano jurídico-positivo la idea del individuo como «sujeto del Derecho», con todos sus atributos y predicados, especialmente con su capacidad de querer, de modo que el sistema jurídico fuera desarrollado sobre esta figura (1).

Para el estudio de este problema es necesario partir de la Edad Moderna que, como indica Orestano, llevó, cada vez en mayor medida, a entender el «Derecho» en función del individuo, y a considerar que el universo jurídico está constituido por el conjunto de los derechos que corresponden a tal individuo; por este camino, todas las posibles relaciones y situaciones jurídicas pensables vinieron a resolverse en atributos o predicados del *sujeto del Derecho* o *persona jurídica*, de modo que el ordenamiento jurídico fue identificado con el sistema de los derechos subjetivos del individuo; el centro motor de todo el sistema es el hombre, que, desde «objeto» de las normas jurídicas asume el rango de *subiectum*, en el sentido nuevo que este término había adquirido en el siglo XVIII en la Filosofía y, por reflejo, también en la doctrina jurídica (2).

En efecto, en la ciencia tradicional del Derecho, desde la romana

(1) Vid., sobre este problema, a R. ORESTANO, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*. Bologna, 1978, pág. 132.

(2) Cfr. *op. cit.*, pág. 117.

hasta el siglo XVIII, los juristas no habían tenido ningún inconveniente en considerar también jurídicamente relevantes situaciones distintas a las creadas voluntariamente por los hombres, de las que surgían derechos y obligaciones; no existía entonces un concepto unitario de «persona» desde el que pretendieran deducir las normas jurídicas. Las cosas comenzaron a cambiar, como indica Orestano, en el curso del siglo XVIII cuando, bajo el influjo ideológico del individualismo iusnaturalista, se hizo coincidir el *status hominis naturalis* y el *status hominis civilis*, esto es, la noción del hombre como dato «natural» con la noción de «persona» o «sujeto» como dato jurídico, sosteniéndose que todo hombre sería portador de «derechos subjetivos», todos ellos reconducibles, en definitiva, a su capacidad de querer, *arbitrium*, *Willkühr* (3).

Como se ha señalado, la primera elaboración de lo que será con el tiempo el «sistema de los derechos subjetivos» se remonta a los filósofos del Derecho natural modernos, concretamente, a los de la Ilustración alemana, y este empeño representa una utopía ideológica-política que tendía deliberadamente a enfrentarse, para sustituirlo, al Derecho positivo e histórico (4). Sin duda alguna estamos en presencia de una de las batallas más ambiciosas que ha mantenido el pensamiento humano para afirmar al individuo con lo que inicialmente se llamaron sus «derechos innatos» (*iura innata* o *connata*, *angeborehne Rechte*) y, en primer lugar, su libertad o arbitrio, fundamento y condición de cualquier otro derecho.

De esto resultó un cambio radical en la contemplación de la función del Derecho objetivo que, si no era ignorado en la construcción del sistema de los «derechos naturales», venía, en el mejor de los casos, reconducido al arbitrio del individuo a través de la ficción del «contrato social». En cualquier caso, su función se limitaba a proteger los derechos innatos de la «persona», muy especialmente su «potestad de querer» (*qualitas moralis personae competens*, *potentia moralis*, *facultas*, *ius*), en la que se hizo consistir la esencia misma del derecho subjetivo (5).

Lo que entonces se llamó el «sistema jurídico» fue articulado, de esta forma, en torno a una figura nueva, el *subiectum iuris*, expresión que fue entendida no ya como el hecho de encontrarse sometido a una regulación jurídica, sino como el ser pensante y, sobre todo, con voluntad libre e indeterminada, portador de unos derechos subjetivos que se entendieron que eran necesarios para su existencia. La noción equivalente a la de «sujeto del Derecho» fue la de «persona jurídica», que se introdujo en la ciencia jurídica, por primera vez, en el siglo XIX, como elemento simétrico al de «persona física» (6), entendida en el mismo sentido que he explicado a propósito del *subiectum iuris*.

(3) Cfr. ORESTANO, «“Persona” e “persone giuridiche”», en *Azione...*, cit., pág. 203.

(4) Cfr. ORESTANO, *Diritti soggettivi...*, cit., pág. 132.

(5) Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, pág. 134.

(6) Vid. ORESTANO, *Persona...*, cit., pág. 228.

Precisamente, lo que intento ahora es dar algunas pinceladas que puedan servir para esclarecer los presupuestos teóricos que hicieron posible esta nueva inteligencia de la noción de «persona», típicamente iusnaturalista y, posteriormente, decimonónica; no pretendo, obviamente, hacer una historia de la evolución doctrinal del concepto de persona, referido al Derecho; solamente me propongo mostrar algunas facetas del período filosófico-jurídico inmediato en el que el entero ordenamiento jurídico deja de ser concebido como un conjunto de normas en las que el hombre es un *subiectum*, y pasa a ser considerado como una emanación de la libertad abstracta —en el sentido hegeliano del término— de los individuos.

II. LA TEORIA IUSNATURALISTA PRE-KANTIANA

1. *La libertad e igualdad de todos*

El punto de partida necesario de una Ética individualista es la afirmación de la autonomía e independencia de cada individuo, y la Escuela del Derecho natural moderno hizo posible esta consideración del hombre recurriendo, en un primer momento, a la ficción del *status naturae*; en efecto, los iusnaturalistas calificaron a la situación real de los hombres en la sociedad, con sus inevitables desigualdades y restricciones a la libertad, como un *status adventicius*, es decir, como una situación artificial que es distinta, y se opone, al estado o constitución originaria del hombre (7). De esta forma, el estado «natural» de los hombres, por oposición a los vínculos, limitaciones y constricciones sociales, no puede ser sino un estado de libertad individual en el que no debe existir, en principio, limitación alguna al arbitrio del individuo; lógicamente, la primera condición para hacer posible esta visión del hombre, es su consideración *extra societatem*, afirmando que ello es lo que verdaderamente responde a la naturaleza del hombre o a las exigencias de un método científico. Así se expresaba Alexander Gottlieb Baumgarten, que escribía que «Al considerar la condición del hombre podemos abstraer de todas las determinaciones que provienen de una sociedad concreta, o bien podemos considerarlo en ellas. En este último caso tenemos el estado social del hombre, y en el primero el estado natural, que se opone al otro... En nuestra disciplina del Derecho natural, y en la Ética, entendemos por estado natural del hombre el *status* individual, tal como se observa en cada hombre singular» (8).

(7) Esta terminología la encontramos, entre otros, en Nicolás Jerónimo Gundling, cuando escribe que «Status ist eine Conditio sive Societas certa; darinnen der Mensch constituiret ist. Es ist aber derselbe status entweder naturalis, in quo homines a natura sua constituntur, oder adventitius, in quo homo vivit ex pacto certo, es contractu, ex conventionem. Advenit enim pactum». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorf De Officio hominis et civis*, Hamburgo, 1744, L. II, cap. 1, § 2.

(8) «In statu homini vel abstrahitur ab omnibus eius determinationibus ex peculiari societate, vel quaedam eiusmodi determinationes simul attenduntur. Posterior est status hominis socialis, prior status hominis naturalis sociali contradistinctus... In iure naturali

De esta forma se cumplía la primera exigencia del individualismo moderno, es decir, tomar como único punto de partida posible, tanto en la Ética como en el Derecho natural, al individuo aislado.

El segundo paso que se había de dar venía ya determinado por el punto de partida expuesto; efectivamente, los integrantes de la Escuela del Derecho natural entendieron que el hombre aislado, por el hecho de no estar relacionado con otros hombres, sólo depende de sí mismo, porque su aislamiento conlleva necesariamente que él se contempla únicamente a sí mismo, sin hacer ninguna referencia a los demás. Es, por tanto, un individuo que sólo depende de sus pasiones, instintos y debilidades individuales y que, por este mismo hecho, no reconoce ninguna limitación a su arbitrio que no provenga de él mismo, es decir, de su constitución individual.

Dado que, desde el inicio de la Escuela del Derecho natural, el concepto de individuo, representado por el término *homo*, fue usado metódicamente, deliberadamente, para designar un arbitrio indeterminado, la naturaleza del hombre apareció, ante todo, como construida primariamente por la indeterminabilidad del arbitrio, en la que se hizo consistir la libertad. A comienzos del siglo XVIII esta idea había sido aceptada ya incluso por los iusnaturalistas más moderados y, en este sentido, Johannes Nicolaus Hertius, por ejemplo, escribía que «este estado puede ser descrito como aquella condición de los hombres en los que ellos, entre sí, son iguales, y nadie está sujeto al arbitrio de otro» (9). Esta forma de entender la constitución «natural» del hombre traspasa todo el siglo XVIII y, a mediados de siglo, Baumgarten exponía esta tesis con precisión indicando que «en el estado de naturaleza nadie podía ser forzado a obedecer, esto es, nadie estaba sujeto» (10). A causa de esta falta de sujeción al arbitrio ajeno (única posibilidad de limitación del arbitrio que encontró la Escuela del Derecho natural) el estado de naturaleza fue llamado desde muy pronto un «estado de libertad», *status libertatis* (11); la consecuencia inmediata de la libertad de todos era la igualdad, por lo que los iusnaturalistas también entendieron que el *status naturae* era un *status aequalitatis* (12). Esta terminología se fue imponiendo con naturalidad conforme avanzaba el siglo XVIII y la encontramos usada sin dificultades por todos los iusnaturalistas.

Me interesa destacar que esta libertad imaginada del individuo no

nostro et Ethica statum naturalem intelligimus secundum § 1 eumque individualem, qualis in singulis hominibus deprehenditur». Cfr. *Ius Naturae*. Halae Magdeburgicae, 1763, Pars I, §§ 1 y 4.

(9) «Status hisce describi potest, conditio hominum inter se aequalium, neminisque alterius, praeterquam Dei et divinum legem, arbitrio subjectorum...». Cfr. *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti, 1703, Pars I, sectio I, § III.

(10) «In statu naturali ad obedientiam non potest cogi, i.e. non esset subiectus». Cfr. *Ius Naturae, cit.*, Pars I, § 11.

(11) Cfr., por ejemplo, N. H. GUNDLING, *Via ad veritatem cuius pars tertia iuris prudentiam naturalem nova methodo elaboratum praesuntis opinionibus aliisque ineptis vacuam sistit*, Halae Magdeburgicae, 1715, cap. III, §§ 12-20.

(12) Cfr. M. HEINRICH GRIBNER, *Principiorum iuris prudentiae naturalibus libri IV*, Vitembergae, 1724, 5.^a ed., liber I, cap. IV, § 2.

fue considerada como algo simplemente fáctico, es decir, como una propiedad que de hecho poseen los sujetos, sino que la mayor parte de los componentes de la Escuela del Derecho natural atribuyeron a la naturaleza del individuo que ellos habían ideado un valor normativo con respecto a cualquier situación en la que se encontraran los hombres; la indeterminación del arbitrio, llamada comúnmente «libertad», apareció, de esta forma, como un derecho, que fue considerado como el derecho básico del hombre. Ioachim Georgius Darjes explicitaba, sobre este tema, que todos los hombres tenemos, según la naturaleza, los mismos derechos. La naturaleza común de todos funciona como razón suficiente de la igualdad, ya que supuesta la misma razón, es decir, la misma naturaleza, deben seguirse los mismos derechos; pero la libertad que se desprende de la igualdad de derechos —prosigue Darjes— no se detiene en una consideración absoluta del hombre, en abstracto, o en el estado de naturaleza, sino que también opera cuando consideramos a los hombres en sus estados hipotéticos o sociales (13).

En consecuencia, el individuo es libre, ya lo consideremos en el *status naturae*, ya en la vida social. Esta libertad del individuo, genérica, que no se circunscribe a una posibilidad determinada de hacer, fue considerada como un *ius commune*, es decir, como un derecho universal y genérico que posee cada sujeto, y que consiste en el derecho de determinar nuestras acciones según nuestro arbitrio. En este sentido Daniel Nettelbladt escribía que *libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio* (14), con lo que conseguía expresar en pocas palabras lo que era el nervio fundamental de la Escuela del Derecho natural moderno, y esta idea quedaba rematada cuando explicaba que tal libertad *communis* era un derecho innato del hombre (15).

Planteadas así las cosas, la libertad tiende a dilatarse, y los iusnaturalistas, llevados por su propia dinámica, mantuvieron —aun en esta fase pre-kantiana— que lo constitutivo del hombre en tanto que tal, esto es, lo que la naturaleza es en última instancia, no es más que la libertad del individuo. Por ello, Georg Samuel Madihn escribía en 1767 con entera sencillez que *Die menschliche Natur ist nemlich das Wesen eines Menschen mit seiner Freiheit zu handeln*, que la naturaleza humana consiste en la esencia del hombre, consistente en actuar con libertad (16). La libertad deja, pues, de ser un simple derecho más, e

(13) «Homines natura eadem iura. Posita eadem ratione sufficiente idem etiam inde sequitur. Quare, cum homines eandem habeant essentiam seu naturam, quatenus absolute spectantur homines, iisdem etiam iuribus naturalis absolutis, et quatenus eadem sub hypothesi considerentur, iisdem etiam iuribus naturalibus hypotheticis instructi sunt». Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae naturalis*, Ienae, 1764, § 13. La expresión *sub hypothesi* que aparece en este texto expresa el estado del hombre «hipotético» o «adventicio», en oposición al estado «absoluto» que es el expresado en el «estado de naturaleza». Esta es la terminología usual en buena parte de los iusnaturalistas.

(14) *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, Halae Magdeburgicae, 1767, § 255.

(15) Cfr. *System...*, cit., § 259.

(16) Cfr. el extenso § 18 de sus *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Hallae, 1767.

incluso el derecho fundamental, y pasa a ser considerada como el constitutivo esencial y determinante de la naturaleza del hombre; la indeterminación del arbitrio ocupa, de esta forma, el trono de todo el sistema iusnaturalista, y todo ordenamiento jurídico posible sólo puede ser pensado en la medida en que protege y hace posible esta libertad del individuo.

Este individuo, caracterizado de esta forma, necesitaba de una terminología nueva que lo designara, ya que a las realidades nuevas hay que crearles nuevas palabras; el término elegido fue el de *Person* o *moralische Person*, con el que se destacaba la naturaleza esencialmente libre del sujeto que no quedaba suficientemente reflejada en los viejos términos de *homo*, *Mensch*, *individuum*, y, mucho menos, *subiectum*. Por esto, Johan Friedrich Gildemeister escribía que *Jeder Mensch, jede moralische Person ist von Natur frey, und erkennt also keiner Menschen gesetzgebende Gewalt*, todo hombre, toda persona moral es libre por naturaleza, y no reconoce ningún poder legislativo en otro hombre (17). «Person» fue, pues, el término que designaba de forma precisa al individuo independiente de los demás hombres, que es dueño de sí mismo sin reconocer ninguna sujeción legítima que no provenga de su propio consentimiento; por expresar esta idea con palabras de Johann August Schlettwein, «Cada hombre, atendida su entera persona y sus posibilidades personales, recibidas de la naturaleza o de la ordenación de Dios, está separado y es distinto de los demás. Por esto ningún hombre puede contemplar la fuerza o las capacidades personales de otro hombre como una fuerza o unas capacidades suyas. En consecuencia ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona, en tanto que hombre, de otro; esto quiere decir que todo hombre, considerado como hombre, es por naturaleza independiente y libre de cualquier otro hombre» (18).

2. Los fundamentos de la libertad

La caracterización del hombre como *persona* —en el sentido que la Escuela del Derecho natural dio a este término— fue el resultado de una afirmación, de una opción ideológica que careció en sus inicios, y durante bastante tiempo, de una explicación filosófica suficiente y ésta seguía siendo la situación del Derecho natural a comienzos del siglo XVIII; desde luego, faltaba entonces una fundamentación para

(17) *Juristische Enzyklopädie und Methodologie*, Duisburg, 1783, § 40.

(18) «Ein jeder Mensch ist nach seiner ganzen Person und seinen PersonalFähigkeiten durch die Natur, oder durch Anordnung Gottes, von dem andern unterschieden, und abgesondert. Daher kann kein Mensch die Menschenkraft und Personal Fähigkeiten eines andern Menschen, in wieferne sie beyde als Menschen betrachtet werden, als seine Kraft, oder als seine Personal Fähigkeiten ansehen. Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen su disponiren. Das heist: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig oder frey». Cfr. *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Gießen, 1784, § 92.

esta pretensión que fuera más o menos comúnmente seguida por los iusnaturalistas. Estos, en efecto, para considerar únicamente al individuo como el punto de referencia de sus respectivos sistemas jurídicos, partían de las posibilidades que les ofrecía el mito del *status naturae* que, con su exigencia de atender únicamente a los hombres considerados aisladamente, hacía posible el individualismo jurídico-político que la Escuela del Derecho natural afirmaba. La tarea se vio notablemente facilitada por el hecho de que el uso metódico del *status naturae* se convirtió en poco tiempo en un tópico aceptado con raras excepciones en el área europea protestante, y esto disculpó momentáneamente de la fundamentación filosófica.

Los iusnaturalistas del siglo XVIII, hasta Kant, continuaron en una situación similar a la del siglo anterior, es decir, partían de los individuos libres e iguales en el estado de naturaleza, y no abordaban la empresa de demostrar la licitud de este procedimiento; a ellos, como a su época, les resultaba evidente que ésta era la manera de proceder más de acuerdo con la razón; pero, aunque no exista en el Derecho natural tardío pre-kantiano una explicación sobre este hecho mayoritariamente seguida, sí podemos observar aquí y allá, en los tratados de *Ius naturale et gentium*, o *Naturrecht*, explicaciones que aparecen intermitentemente y que tienden, desde ángulos distintos, a legitimar que la única fuente legítima del Derecho es el consenso entre las libertades de los individuos. Dado que estamos ante una legitimación absoluta de la voluntad sobre cualquier otra fuente de la razón, se tratará, en el momento más teórico de este estudio, de aludir a aquellas explicaciones a través de las cuales los integrantes de la Escuela iusnaturalista intentaron demostrar que la voluntad, en este caso la de cada individuo, es la potencia o facultad superior del hombre que le constituye en tal.

Johann Friedrich Rübel explicaba, en este sentido, que la fuente originaria de los actos del hombre es el *acto reflejo*; desde la reflexión surge la *ratio*, y ésta, a su vez, es completada por la *libertas*. A partir de este momento de la vivisección psicológica del actuar humano, todo depende de la libertad: la voluntad, la virtud, la felicidad (19), de modo que el hombre se configura como una voluntad, independiente de los demás, que tiende hacia su felicidad.

Nicolaeus Ieronimus Gundling fue, quizá, el autor que se ocupó de explicar más extensamente el hecho de que ellos atendieran fundamentalmente a la voluntad de los hombres. El argumentaba, a este respecto, que una acción sólo podía ser imputable en la medida en que fuera voluntaria, libre. *Sed cur voluntaria actio imputatur?*, ¿por qué una acción libre sí es imputable? «Podemos decir que ella es imputada al sujeto porque la voluntad es el fundamento de todas las acciones no necesarias, y la mayor potencia o facultad del hombre, a través de la cual todas las demás facultades del alma deben guiarse» (20). Lógica-

(19) Cfr. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittemberg, 1735, § 147.

(20) «Imputationis fundamentum est, ut quis sit auctor actionis: requiritur ergo ut sit voluntaria. Sed cur voluntaria actio imputatur?... man kann wohl sagen, darum wer-

mente, al afirmar esto, lo que más debe resaltar en el hombre es su libertad y, en consecuencia, la libertad o indeterminación del arbitrio es el bien jurídico supremo que reclama protección. Consecuentemente, el individuo se encuentra a solas consigo mismo, con su arbitrio libre, sin que a él pueda afectarle lo que hagan los demás, ya que, como explica Gundling, *voluntas tertii ist nicht voluntas nostra*, la voluntad de los demás no es «mi» voluntad y, en consecuencia, la voluntad de los terceros es irrelevante para determinar la moralidad de mis actos. La teoría de la *imputatio* que arranca de Thomasio jugó una función especialmente importante en el ascenso del individualismo ético-jurídico, ya que, al considerar únicamente las acciones voluntarias, que son las únicas imputables al sujeto, los tratados de Etica y Derecho natural se centraron exclusivamente en las acciones libres, que sólo pueden ser realizadas por los individuos; en consecuencia, el entramado de relaciones sociales de las que no era directamente responsable un sujeto, quedaron excluidas de su consideración.

Christoph Friedrich Schott, en una *Dissertatio* tenida lugar en Tübingen en 1759, reforzaba también la función de la voluntad en el acto humano a fin de realzar la libertad como el bien humano fundamental; para ello entendía que la libertad es una *affectio voluntatis* a través de la cual podemos determinarnos a obrar, o a no obrar, o bien, entre varios objetos, elegir uno y posponer los otros (22). De esta forma, atribuyendo una función decisiva a la voluntad, que siempre es individual, el hombre aparecía ante todo como una voluntad independiente de las demás, como un átomo de voluntariedad que sólo responde de sus actos ante sí mismo: esta Moral individualista, aun cuando con ella no estemos aún en un terreno específicamente jurídico, porque nos movemos en el ámbito propio de la Moral, jugó una función decisiva en la configuración de la mentalidad individualista que también alcanzó al Derecho. Para comprender mejor este proceso histórico, es preciso tener en cuenta que la mayor parte de los tratados de «Derecho natural» que aparecen en el siglo XVIII son, en realidad, tratados de Etica y, por ello, dedican sus primeros libros o capítulos al esclarecimiento de las cuestiones más típicamente filosófico-morales; desde las conclusiones que obtienen de su especulación filosófico-moral cada autor pasa, posteriormente, al plano jurídico, que no era otro, desde Pufendorf, que el tratamiento de los pactos y contratos, ya que unas voluntades libres e independientes (conclusión obtenida en el tratado

de sie imputiret, weil voluntas fundamentum ist omnium actionum non necessariorum, und die gröste potentia vel facultas, wornach sich alle andere facultates animae richten müssen». Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. I, § 18.

(21) «...denn voluntas tertii ist nicht voluntas nostra... Factum tertii nobis non imputatur, quia non sumus auctores actionis nec physici, nec morales». Cfr. *Erläuterung...*, cit., §§ 26-27.

(22) «Libertatem autem, ut dubium non sit, quid per eam intelligamus, definimus, modo in scholis dudum recepto, per *affectioem voluntatis, quae haec positus omnibus ad agendum requisitis potest agere vel non agere, aut ex pluribus obiectis unum eligere, caetera respuere*». Cfr. *Dissertatio III, De notione obligationis*, incluida en *Dissertationes iuris naturalis*, Erlangae, 1784, pág. 92.

de la Moral) no pueden vincularse externamente de otra forma que no sea prestando libremente su consentimiento. Por esto, la Filosofía moral de esta época jugó una función decisiva en la configuración del pensamiento jurídico de la Escuela del Derecho natural moderno.

Esta alusión a los fundamentos de la libertad e independencia de los individuos quedaría incompleta si no hiciera una referencia a la pretensión específicamente iusnaturalista de la igualdad entre los hombres. Efectivamente, en su empeño por desmontar la sociedad propia del Antiguo Régimen (23), la Escuela del Derecho natural buscó tanto hacer posible la libertad individual como la igualdad entre los individuos, de modo que el binomio libertad-igualdad fue inseparable; por otra parte, la igualdad se desprende tan inmediatamente de la igual libertad e independencia de cada individuo, fue fundamentada con tanta frecuencia en el hecho de que todos somos iguales, que el tratamiento y fundamentación de una y otra son inseparables. De hecho, esta Escuela, desde sus inicios, partió en sus teorías de los hombres viviendo libres e iguales en el *status naturae*; la igualdad se fundamentaba en el hecho de que todos somos igualmente libres, y la libertad se explicó por el hecho de que, al ser todos iguales, nadie puede pretender tener derechos sobre las personas de los demás. Lógicamente se podrían aducir muchos testimonios sobre este extremo, desde la aparición, en 1560, de las «Controversias ilustres» de Fernando Vázquez de Menchaca; pero mejor que un fárrago de citas, prefiero exponer el testimonio de Ludwig Freiherr von Holberg, que presenta la peculiaridad de que enlaza directamente los temas iusnaturalistas con la Filosofía cartesiana, hecho muy poco frecuente: «Porque la naturaleza humana corresponde por igual a todos los hombres, se sigue que cada cual debe ver a otro hombre como un igual... y todos debemos imprimir en nuestro ánimo lo que decía Descartes: cada uno de nosotros posee, al igual que yo, una voluntad libre, y puede usarla tan bien como yo mismo la usaría» (24).

(23) Una muestra significativa de hasta qué punto las ideas sobre igualdad y libertad se oponían a la estratificación social y políticas existentes, nos la proporciona D. GEORGIUS STRUBE, en su *De origine nobilitatis Germaniae et praecipuis quibusdam eius iuribus*. Lugduni Batavorum, 1718, Sectio I, cap. I, § 1, en donde escribe que «Priusquam humanum genus, deserta libertate naturali, compages illas, quas civitates appellamus, efformavit, distinctio inter nobiles et plebejos procul dubio fuit incognita; quoniam enim in statu naturali homines inter se omnino sunt aequales, in illo nec nobilitas locum invenire potuit, utpote quae quibusdam prae ceteris non leves tribuit praerogativas, et ita aequalitate e diametro est adversa». Se trata de un testimonio especialmente valioso porque Strube, al no ser un iusnaturalista, sino un tratadista de Derecho feudal, nos muestra hasta que punto las ideas relativas a la igualdad entre los hombres, surgidas de la Escuela del Derecho natural, habían penetrado entre los cultivadores de las restantes ramas del Derecho.

(24) «Und weil die menschliche Natur allen Menschen ohne Unterschied zugeeignet wird, so folget daraus, daß ein jeder den andern als einen solchen ansehen muß, der ihm gleich ist... seinem Gemüthe einprägen, was Cartesius sagt: Ein jeder hat eben so wohl, als ich, seinen freyen Willen, und kann denselben eben so gut, als ich gebrauchen». Cfr. *Einleitung in das Natur und Völkerrechts*, Copenhagen und Leipzig, 1748, págs. 110 y 112.

3. *El contenido de la libertad de la «Persona»*

Immanuel Proeleus, a comienzos del siglo XVIII, explicaba que «el fundamento de la justicia reside en esto, en que a uno que ha entendido un asunto y lo ha ponderado racionalmente, se le haga justicia concediéndole lo que él exige o lo que él quiere tener. Pues Dios ha dado a cada hombre la libertad de exigir y de hacer lo que él quiera» (25). La justicia, según Proeleus, queda reducida a libertad y ésta, a su vez, a que cada sujeto haga «was er will», lo que él quiera. Una declaración así puede sorprender al lector, porque el Derecho, o la justicia, forzosamente ha de ocuparse de metas supraindividuales, y dejar reducida la justicia a hacer posible que cada uno haga lo que quiera supone que cada individuo se olvida de los demás, con lo que la justicia, o el Derecho, renuncia a su pretensión de constituir un orden normativo por encima de los intereses o del egoísmo de cada individuo. Sin embargo, estas líneas de Proeleus concuerdan perfectamente con la teoría ética dominante en el siglo XVIII que, además de individualista, era estrictamente egoísta, como se reconoce en el solo título del ensayo sobre *Etica* de 1770 de Federico El Grande de Prusia: *Versuch über die Eigenliebe als Moralprinzip*. Dentro de este contexto de ideas, Proeleus explicaba que «Si nos preguntamos cual es exactamente el *principium* del Derecho natural, es preciso contestar que nuestra conservación. Este principio, explica este autor, no se opone al de la sociabilidad de Pufendorf, sino que más bien constituye el fundamento de él. Pues desde la *conservatio sui* fluye como un corolario particular que la sociedad debe ser conservada, porque ella hace posible nuestra conservación» (26). Este autor propone, una vez más en la época, a la *Philautia* o amor a sí mismo como principio supremo de la *Etica* y del Derecho.

Gundling, en su abundante magisterio iusnaturalista, repitió incansablemente que «dado que todos los hombres han nacido libremente, ellos pueden hacer lo que les agrada» (27). Años más tarde, en su *Ius Naturae et Gentium*, este autor explicaba que el término «placet», transcrito arriba: *possunt facere, quod placet*, expresa el deseo de cada hombre, no limitado por ninguna ley humana (28). Conse-

(25) «Was Gerechtigkeit sey, ist von vielen weitläufig disputirt worden. Der Grund der Gerechtigkeit bestehet eigentlich darinnen, “wenn einem, der die Sache wohl versteht, und vernünftig erwogen hat, das widerfähret, was er verlangen oder haben will”. Denn Got hat einem jeden Menschen die Freyheit gegeben, zu verlangen und zu thun, was er will.» Cfr. *Grund-Sätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. II, § 7.

(26) «Wenn nun gefragt wird, was eigentlich vor ein Principium Iuris Naturae zu seyn pflegt, so wird geantwortet, die Conservatio nostri. Es widerspricht dieses Principium dem Puffendorffiano de socialitate nicht, sondern es ist der Grund davon. Denn aus der Conservatione sui, oder da man schuldig sey sich zu erhalten, fließet als ein particulires corollarium, societatem, esse colendam, quoniam facit ad conservationem nostram.» Cfr. *Grund-Sätze...*, *cit.*, cap. III, § 9.

(27) «Omnes enim homines externe liberi nascuntur: possunt facere, quod placet.» Cfr. *Via ad veritatem...*, *cit.*, cap. III, § 15.

(28) «Vocabulum placet desiderium involuit nulla lege humana limitatum.» Cfr. *Ius Naturae et Gentium*, Hallae Magdeburgicae, 1728 (2.^a ed.), cap. III, § XVI.

cuentemente, a todo hombre le es lícito hacer todo lo que él quiera, ya que todos los hombres poseemos razón, y, desde este punto de vista, todos somos iguales (29).

En la mayor parte de los iusnaturalistas se mantuvo esta opinión acerca del contenido y alcance de la libertad: en este sentido, Carolus Ferdinandus Hommel, por ejemplo, al tratar de concordar el Derecho natural moderno con las declaraciones iusnaturalistas que se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis*, no duda en mantener que el *principium* del Derecho natural no es otro que la «libertas», es decir, tener libertad para hacer todo aquello que tú quieras (30). Daniel Nettelblatt cuya opinión ya he expuesto, se limita con repetir la vieja idea: «Libertad naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio» (31).

Gundling, aproximándose más al formalismo que reclamaba el Derecho natural otoñal, explicaba que la libertad existe cuando la voluntad, externamente, está libre de toda coacción (32). No añade nada nuevo con esta declaración a lo ya expuesto por la Escuela, pero es interesante ver, como en 1744, ya está acuñado el concepto de libertad típicamente kantiano, que reduce la libertad a la ausencia de coacción externa para el arbitrio personal.

El autor, sin embargo, que llevó más lejos la independencia y autonomía del individuo fue Johann Jacob Schmauss. El parte, desde el inicio de su *Neues Systema*, de considerar al Derecho como una libertad, o una facultad para la libertad, como era usual en la Escuela del Derecho natural; una tarea, sin embargo, que apenas abordaron los iusnaturalistas era la de preguntarse en donde se fundamenta la libertad, y Schmauss precisamente afronta este tema. En efecto, normalmente los integrantes de la Escuela parten, sin más, de la libertad de los individuos, porque «naturalmente» (es decir, en el *status naturae*) el hombre es libre; pero apenas nadie se atrevió a afirmar que la libertad e independencia del arbitrio constituyen la ley propia del hombre, de modo que la legalidad específicamente humana consistiría en, paradójicamente, estar libre de cualquier ley que no fuera el deseo, apetito o arbitrio del sujeto, y esto es lo que hace Schmauss: «Es una gran prerrogativa —escribe este autor— ser uno su propia ley, es decir, vivir en la libertad natural y exclusivamente según su propia voluntad» (33). El hombre se constituye a partir de su arbitrio en su pro-

(29) «Sunt enim homines liberi homines ratione praediti: quam, quia etiam hac parte aequales sunt, sequi omnes fas est.» Cfr. *Ius Naturae...*, cit., cap. III, § XVIII.

(30) «Quare, si illud iuris naturalis esse videtur, quod in omni animalium genere semper observatur, consequens sane est: facere ea quae velis, natura justum esse. Itaque iuris naturae principium, si veteres audias, fuit haud dubia LIBERTAS, sive omnia faciendi, quae velis, potestas.» Cfr. *Propositum de novo sistemate Iuris Naturae et Gentium ex sententia veterum Iurisconsultorum concinnando*, Lipsiae, 1747, pág. 41.

(31) *Systema...*, cit., § 255.

(32) «Libertas ist, wenn der Wille extrinsece oder auswärtig von allem Zwang frey ist.» Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. I, § 9.

(33) «Es ist eine größere Praerogativ, als exlex seyn, das ist, in seiner natürlichen Freyheit, und bloß nach seinem eigenen Willen zu leben.» Cfr. *Neues Systema des Rechts der Natur*, Göttingen, 1754, cap. IV, § II.

pia ley y no existe, explica este autor, ninguna realidad u orden de cosas que presente para él una normatividad; el hombre posee instintos, y podríamos entender —explica Schmauss— que tales instintos funcionan a modo de leyes para su conducta. Pero, en tal caso, el término «ley» sería usado impropriamente, del mismo modo que Platón y otros llaman ley natural a la disposición de los elementos de la tierra y del cielo, etc.

Por otra parte, prosigue Schmauss, nosotros que vivimos en el estado civil, estamos acostumbrados, porque así nos lo han enseñado desde nuestra infancia, a considerar que una ley presupone un superior que dicta una orden a cuyo tenor los subordinados deben acomodar su conducta. Pero un hombre que vive sólo en su estado natural, según su libertad, no puede considerar tales cosas como leyes, como algo prescrito, aunque vayan reforzadas con penas de muerte: para él estas cosas son algo completamente ajeno y desconocido, de las que no se puede hacer una idea correcta. Ciertamente, siempre se puede considerar que estos instintos nos han sido dados por Dios, y entonces Dios aparece como el Legislador; pero el hombre, rebate Schmauss, no considera a Dios como su legislador, sino más bien como su creador, que le ha dado una cierta naturaleza (34). En consecuencia, el individuo, en lo que hace al fundamento y límites de su libertad, permanece a solas consigo mismo, ya que la libertad surge de él, y es él el que ha de ponerle límites, personalmente, normalmente mediante la aplicación a su conducta el principio de no-contradicción, tal como exponen también otros autores.

La libertad, así pues, según la Escuela del Derecho natural dieciochesca, consiste en que el individuo puede hacer lo que él quiera, de modo que él es la ley de su propia actuación; expresada esta idea en otros términos más sencillos aunque menos precisos, podríamos decir, con Gundling, que la libertad consiste en la ausencia de coacción exterior.

Si el individuo es para sí mismo su ley, sin que exista ningún orden normativo por encima de su arbitrio libre, y si esta libertad del arbitrio es considerada el componente más alto y elevado de la «Persona», ya se adivina cómo entendió la Escuela del Derecho natural la noción del «ius». Aludamos a este tema.

(34) «Die Instintus naturales der Menschen können zwar mit Gesetzen einigermaßen verglichen, auch also genennet werden. Aber wann diss geschicht, so ist es doch allemahl nur improprie zu verstehen, eben als wie Plato und andere die gantze Einrichtung der Elementen, des Himmels, der Erde, usw legem naturalem genennet haben. Ein lex proprie dicta und in dem Verstand, wie ihn alle Juristen nehmen, supponirt einen Regenten und Obern, der den Unterthanen Gesetze und Ordnungen vorschreitt, nach welchen sie leben sollen. Weil wir nun mehrentheils heut zu Tag in statu civili und unter Regenten und Gesetze leben, so ist uns diese Idée von Gesetzen von unserer zarten Kündheit an bekannt. Aber ein Mensch, der nur allein in seinen natürlichen Zustand und Freyheit bleibt, kan sich von einem vorgeschriebenen und mit allerley Drohungen von Leibes —und Todes— Strafen bekräftigten Gesetz, als einer gantz fremden unbekanntem, Sache, kaum eine rechte Idée machen. Wann er auch sine Instinctus als von Gott eingegeben betrachtet, wird er Gott hierin nicht als einer Gesetzgeber, sondern vielmehr als seine Schöpfer der ihm eine solche Natur anerschaffen hat, ansehen.» Cfr. *Neues Systema...*, cit., cap. IV, § II.

4. La noción del Derecho

Para la Escuela del Derecho natural moderno, el Derecho, o el *ius*, es ante todo libertad. Pero, ¿qué tipo de libertad? En 1686, David Mevius había denunciado la confusión, frecuente según él entre los juristas, del Derecho natural con la libertad natural, aunque desgraciadamente Mevius no especifica quiénes son los que incurren en esta confusión, ni qué alcance tenía (35). Más explícito fue Thenius que, un siglo más tarde, reprocha a Pufendorf haber confundido el poder físico con la facultad moral legítima, dejando en consecuencia al Derecho reducido a fuerza (36).

Estos testimonios nos ayudan a centrar el objeto de nuestro estudio. Efectivamente, los iusnaturalistas que dirigen esta Escuela no suelen creer en la noción usual del «Derecho natural», es decir, un orden normativo jurídico por encima de los individuos; ellos suelen partir de la libertad del hombre en el estado de naturaleza, y dado que los hombres y su libertad peligran en tal «estado» a causa de la *imbecillitas* humana —cuando no hablan del *bellum omnium contra omnes*— la razón aconseja tomar una serie de medidas para que acabe el peligro; por esto, cuando los conceptos se perfilaron, más tardíamente, algunos iusnaturalistas no dudaron en llamar a los «preceptos» del Derecho natural anterior *Klugheitsregeln*, es decir, normas de prudencia o simples reglas técnicas que, en sí mismas, no comportan o conllevan ninguna obligación (37). En cualquier caso, lo único que la Escuela del Derecho natural conoció y tuvo en cuenta fue la libertad —llamémosla «física», «de facto» o «moral», esto es indiferente— de los individuos; esta libertad fue tanto punto de partida como el término de sus teorías, pues se trató de diseñar colectivamente un ordenamiento jurídico que estuviera fundamentado en la libertad de la «Persona». Sería un error pensar que este planteamiento sólo existió en Hobbes y en sus discípulos; al contrario, constituye el nervio fundamental de esta Escuela y se refleja ejemplarmente en la forma cómo concibieron al Derecho, en general.

Sobre este último tema, Johannes Adam Ickstatt había establecido, muy moderadamente, que el Derecho puede significar tanto la facultad moral o legítima de hacer u omitir que le corresponda a un sujeto, como el conjunto de leyes que versan sobre un mismo objeto (38). Ickstatt, al calificar de «legítima» a la facultad moral bajo la

(35) «Ex quibus et quarto constat multum inter se discrepare naturale ius et libertatem naturalem, quae et Jurisconsulti non raro confundunt.» Cfr. *Nucleus iuris naturalis et Gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1683, *Inspectio III*, § 7.

(36) «Haec est illa confusio potestatis hominis physicae cum facultate morali legitima.» Cfr. *Quaestiones iuris naturae et gentium*, 1766, pág. 17. Thenius cita el § III, cap. 6 del libro I del *De iure naturae et gentium* de Pufendorf como lugar en el que se puede encontrar un ejemplo de la confusión aludida.

(37) Vid. por ejemplo, G. S. MADIHN, *Gedanken von der wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Halle, 1767, § 22.

(38) «Iuris vocabulum in duplici praecipue significato sumitur; aut enim 1) facultatem moralem seu legitiman aliquid agendi, omittendive denotat: aut 2) complexum plu-

que entiende el «ius», abre la puerta a considerar que una facultad sólo puede ser legítima cuando existe una norma superior que la legitima y en tal caso, a este ordenamiento superior a los individuos se le puede llamar «Derecho». Sin embargo, este planteamiento moderado de Ickstatt no es representativo de la mentalidad dominante en el iusnaturalismo moderno. Al contrario, Gundling ya había establecido anteriormente que «el Derecho significa *libertad*, o facultad y potencia activa, que Grocio explica como un atributo de la persona (39). Como podemos observar, en esta descripción de Gundling no se contempla ningún ordenamiento superior que esté por encima de la libertad o potencia del individuo.

No pensemos, sin embargo, que Gundling sólo representa a los seguidores de Hobbes, porque él, ciertamente, es un discípulo del inglés; al contrario, Gundling sólo explicaba en tono conciso y rotundo lo que, a partir de su obra, resultó más claro para la corriente iusnaturalista, a saber, que el término «Derecho» expresa fundamentalmente —son palabras de Schmauss— una libertad o facultad para hacer u omitir (40). Por ello, proseguía este autor, porque por «Derecho» nos solemos referir también a la ley, en su acepción más fundamental y originaria designa una libertad, facultad o habilitación que le es concedida a cada criatura, racional o irracional, sin que ella tenga noción de una ley; se sigue de ello, prosigue Schmauss, que la criatura tiene ante todo la libertad, la facultad o el derecho de servirse de sus fuerzas innatas que posee de acuerdo con la naturaleza (41). Desde aquí se deducen los derechos innatos fundamentales que la naturaleza ha concedido al hombre: «El primero y principal, escribe este autor, que ofrece el fundamento a todos los restantes derechos, es el de vivir de acuerdo con su voluntad libre y sus ganas, tan cómoda, alegremente o tan contento como él pueda» (42).

rium legum circa idem aliquod obiectum versantium, et ad eandem disciplinam pertinentium innuit.» Cfr. *Elementa Iuris Gentium*, Wigeburgi, 1740, L. I, cap. 1, § 2.

(39) «*Ius libertatem, seu facultatem et potentiam activam significat, Grotius adtributus personae dixit.*» Cfr. *Ius Naturae...*, *cit.*, cap. I, § LVIII. El subrayado es de Gundling.

(40) «Unter Wort: Recht, verstehtet man vornehmlich eine Freyheit oder Befügnüß etwas zu thun oder zu lassen.» Cfr. *Neues Systema...*, *cit.*, cap. I, § III.

(41) «So wohl das lateinische Wort *ius*, las das teusche Wort *Recht* hat hauptsächlich zweyerley Bedeutung. Es wird nemlich pro attributo personae und pro lege, genommen, wie schon in dem vorhergehenden Capitel zum voraus erinnert worden. Nach seinem allerersten Ursprung bedeutet es eine Freyheit, Befügnüß oder Berechtigung. Diese wird einer jeden vernünftigen und unvernünftigen Creatur mit seiner Natur angebohren, ohne daß ihm etwas von einem Gesetz bekannt ist... Also folgt daraus eine facultas moralis, und ist unstreitig, da die also erschaffene Creatur berechtiget seye, und die Freyheit, Befügnüß, oder das Recht habe, der gedachten angebohrnen Kräften sich zu bedienen, als die ihm eben deswegen von der Natur anerschaffen worden sind.» Cfr. *Neues Systema...*, *cit.*, cap. II, § 1.

(42) «Hier folgen nun der Ordnung nach einander die vornehmsten iura connata und angebohrne von der Natur verliehene Rechte und Freyheiten der Menschen. Das erste und vornehmste, so zum Grund der meisten übrigen dienet, ist das Recht nach seiner Natur, freyen Willen und Wohlgefallen, so bequem, frolich und vergnügt, als er es nur haben kann, zu leben.» Cfr. *Neues Systema...*, *cit.*, cap. II, § 2.

Unos años más tarde, otro de los pilares del Derecho natural tardío, Darjes, escribía algo parecido: No podemos hacer algo si no estamos dotados de una facultad para hacer; tal como nos enseña la experiencia, nosotros obramos libremente y, en consecuencia, es necesario que poseamos una facultad de obrar libremente o, como otros dicen, para actuar según nuestro propio arbitrio. Esta facultad, en la medida en que se refiere a una acción, es llamada «ius» (43). Achenwall, el autor que más influyó en Kant, explicaba a su vez que esta facultad moral a la que llamamos «derecho» no es sino la facultad *física* del hombre en tanto que no se opone a ninguna ley moral; en consecuencia, el Derecho es la potencia física del hombre, ilimitada desde sí misma, y con el solo límite extrínseco de la ley ética; esta potencia o facultad moral, que es idéntica con el término «ius», debe ser entendida *pro affectione personae*, es decir, como una cualidad de la «persona» (44).

Los autores que escriben al final del período iusnaturalista prekantiano no se limitaron con hablar de la libertad en general, sino que perfilaron más este término. En este sentido, Johann August Heinrich Ulrich explicaba que a cada hombre, según su libertad natural, si no ha sido limitada, le corresponde un derecho sobre sí mismo, y sobre todo lo que es suyo, vida, cuerpo, alma, un derecho a existir y a obrar (45). Höpfner, enlazando ya con la Filosofía crítica, escribía que cuando un hombre puede actuar según su gusto, con exclusión de los demás, entonces se puede hablar de «lo suyo». Por ello, el primer derecho del hombre, considerado absolutamente, es decir, en un «estado absoluto», antes de limitar su libertad mediante pactos, es el derecho sobre sí mismo. Todo hombre, escribía Höpfner, está capacitado para disponer sobre las fuerzas de su alma, sobre su cuerpo y todas sus partes y fuerzas físicas según su gusto, y a excluir a los demás de esta disposición. Esta pertenece al hombre, de modo innato. El otro derecho, proseguía este autor, es el de la libertad natural, pues todo hombre es, en este estado, libre, y ser libre no quiere decir otra cosa que poder disponer sobre sí mismo, sobre sus fuerzas y acciones, según su gusto. En consecuencia, no existe ninguna sumisión ni poder político en este estado (46). De esta forma, el hombre, trascendiendo su simple

(43) «Fieri non potest, ut aliquid agamus, nisi facultate idem agendi instructi simus. Quare, cum experientia doceat, nos saepissime libere agere, consequens est, ut etiam facultate libere seu, ut alii dicunt, pro arbitrio proprio agendi, instructi simus. Eiusmodi facultas, quatenus determinatam quandam actionem spectat, vocatur ius (das Recht, die Befugniss).» Cfr. *Institutiones...*, cit., § 9.

(44) «Facultas homini physica, quatenus nulli legi morali adversatur, est facultas moralis et uno verbo IUS (morale) late et subiective sive pro affectione personae sumtum.» Cfr. *Ius Nature in usum auditorium*, Göttingae, 1774, (7.^a ed.), Pars I, § 23.

(45) «Libertate autem illi naturale, nulla sua parte adhuc inminutae, ac circumcisa, respondet ius quoddam cuiuslibet in se ipsum, et omne suum connatum, vitam, corpus, animam, ius ad existendum et operandum.» Cfr. *Initia Philosophiae iusti seu Iuris Naturae*, Ienae, 1783, § 136.

(46) «Vom Seinen. Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein angebohrnen, oder ein erworbenes Seine...

Das erste Recht des menschen in absoluten Zustande; das Recht des Menschen über

ser físico, se configura como persona, es decir, como una isla irreducible de libertad e independencia que puede excluir a los demás hombres de «lo suyo», y que no reconoce obligaciones frente a los demás, exceptuando, claro está, la de respetar esa misma autonomía e independencia en las personas de los demás.

Por este camino, el Derecho —identificado con la libertad, autonomía e independencia— fue adquiriendo un carácter esencialmente negativo, porque ahora lo que destaca, ante todo, es la exigencia de *abstenerse* de invadir el ámbito de los demás, de respetar esa misma independencia y autonomía en los otros. Schlettwein expresaba esta idea claramente cuando escribía que «ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona de otro, lo que quiere decir que todo hombre, en tanto que hombre es, respecto de los demás hombres, independiente o libre» (47). De esta forma, el Derecho natural inmediatamente prekantiano sólo exigió *omisiones*: «Todos los comportamientos de omisión —escribía Höpfner— son justos. Solamente son injustos aquellos comportamientos a través de los cuales alguien es molestado en la disposición sobre su cuerpo, alma o fuerzas» (48). Se trataba, pues, de hacer posible, ante todo, la libertad de la «persona» sin que existiera ninguna regla superior, por encima, del arbitrio libre de cada hombre. Por ello, esta libertad o independencia sólo puede limitarse desde sí misma, desde la exigencia de la igual libertad e independencia para todos. «Esta igualdad de los derechos y deberes del hombre es tan evidente —escribía Schlettwein— que ningún entendimiento sano puede dudar de ella. Porque lo que es derecho para un hombre bajo ciertas relaciones, eso debe ser también derecho para los otros bajo las mismas relaciones, y lo que un hombre está obligado a hacer o soportar en unas ciertas relaciones, a eso mismo están obligados los demás a hacer o a soportar en esas mismas relaciones. Y esta igualdad esencial de los derechos y obligaciones del hombre es la base verdadera e inmovible del comportamiento de un hombre frente a todos los demás» (49).

sich selbst: Nach dem natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte, seinen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern von jeder Disposition darüber auszuschliessen. Diese Dinge gehören also zum Seinen eines Menschen, und zwar zum angebohrnen.» Cfr. *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gessellschaften und Völker*, Gießen, 1783, (2.^a ed.), §§ 37-38.

(47) «Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen zu disponiren. Das heist: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig, oder frey.» Cfr. *Die Rechte der Menschheit...*, *cit.*, § 92.

(48) «...alle Unterlassungshandlugen aber gerecht sind. Nehmlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestöhrt wird.» Cfr. *Naturrecht...*, *cit.*, § 44.

(49) «Diese Gleichheit der MenschenRechte und MenschePflichten ist in der Taht so evident, daß ein gesunder MenschenVerstand schlerterdings nicht daran zweifeln kann. Was dem einen Menschen als Menschen in einer gewissen Verhältniß recht ist, das muß auch dem andern in der nämlichen Verhältniß recht seyn, und was der eine Mensche als Mensch in gewissen Verhältnissen zu thun, oder zu leiden schuldig ist, das ist auch der andere in den nämlichen Verhältnissen zu thun, oder zu leisten schuldig.

5. El fundamento de la obligación jurídica

Si el hombre es «persona», es decir, una «esencia libre», como gustaba de decirse en esta época, lógicamente sólo puede quedar obligado jurídicamente, externamente, cuando él acepta la obligación; dicho con otras palabras, es preciso, para que exista una obligación jurídica, que el sujeto la contraiga libremente, prestando su consentimiento. Por este motivo, la figura jurídica a través de la cual los hombres se obligan mediante su consentimiento, el pacto, se erigió en la única forma mediante la cual una persona podría quedar obligada en el Derecho, ya que cualquier otra obligación que no se fundamentara en el consentimiento libremente prestado fue considerada, desde los inicios de la Escuela del Derecho natural, como antijurídica.

Sobre este tema, Johannes Georgius de Kulpis indicaba que en Grocio existen tres fuentes de obligación jurídica: la generación, que explica las relaciones paterno-filiales, el consenso y el delito (50). En realidad, estas fuentes se reducen a dos, la generación y el consenso, ya que Grocio asigna una base contractualista al Derecho penal suponiendo que el delincuente «merece» la pena porque él ha consentido anticipadamente en ella (51). Por este hecho, Gaspar Ziegler explicaba que el esquema de Grocio era el siguiente: *Humana natura-Ius naturale-Obligatio ex consensu-Ius civile* (52), con lo que destacaba lúcidamente, ya a finales del siglo XVII, el nervio fundamental de toda la Escuela del Derecho natural moderno, a saber, que toda la teoría ius-naturalista no era sino un ropaje, bajo el rótulo tranquilizador de «Derecho natural», que estaba al servicio del arbitrio indeterminado de los individuos, de modo que la única fuente del *ius civile* o Derecho positivo era el consenso entre tales individuos. De esta forma, el sujeto, considerado como «persona», se sacudía cualquier peso heredado de la tradición, especialmente el Derecho romano, y creaba autónomamente todo el ordenamiento jurídico.

Diese wesentliche Gleichheit der MenschenRechte und MenschenPflichten ist die wahre unveränderliche Basis des Betrages eines Menschen gegen allen seine Mitmenschen.» Cfr. *Die Rechte der Menschheit...*, cit., §§ 90-91.

(50) «Ius, quod in personas nobis originarie acquiratur, Grotius ex triplici fonte deducit, generatione, consensu, delicto. Ex primo est ius parentum in liberos...» Cfr. *Collegium Grotianum, super iure belli ac pacis*, Stuttgartiae, 1697 (3.^a ed.), *Exercitatio*, IV, § I.

(51) Sobre este tema, Anselm Feuerbach escribía que «Grocio, tanto tiempo olvidado entre el polvo de las bibliotecas, pero que es tan moderno, nos parece que ha encontrado el verdadero fundamento del Derecho penal mucho más correcta y claramente... que muchos de nuestros nuevos y filósofos tratadistas del Derecho. «En este tema —escribía Grocio— estamos próximos a la naturaleza del contrato, porque así como el que vende, aunque no exprese nada peculiar, se obliga a todas aquellas cosas que son naturales en la compraventa, del mismo modo el que comete delito se obliga a la pena por su voluntad, puesto que un crimen grave no puede dejar de ser castigado; sucede lo mismo en el caso del que directamente quiere pecar, que merece la pena porque él quiere.» Cfr. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798, pág. 224.

(52) Cfr. *In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros*, Argentorati, 1706, (4.^a ed.), pág. 10.

Esta naturaleza consensualista y voluntarista del Derecho positivo se advierte más claramente que en Grocio, en Pufendorf. En efecto, en sus obras fundamentales, el *De iure naturae et gentium* y en el *De Officio*, Pufendorf, una vez que ha terminado con el tratamiento puramente teórico, filosófico, de las cuestiones más generales, que le ocupan los primeros libros de cada obra, comienza directamente con el estudio de los pactos y contratos, de modo que el *ius civile* comienza, y tiene como única fuente, el pacto (53). De este modo, el tratamiento del Derecho sustantivo gira siempre, y exclusivamente, en torno al pacto. El Pufendorf anciano, que ha prescindido de sus explicaciones farragosas sobre los *entia moralia*, que no aportan nada a su teoría, publica en 1694 un pequeño compendio de su doctrina, especialmente importante a mi juicio para entender e interpretar su obra anterior; en él se pregunta en qué consiste la igualdad entre los hombres, y responde que «la igualdad de libertad consiste en que antes de un hecho, o un pacto entre los hombres, nadie tiene poder sobre otro, sino que él mismo es el moderador de sus propias acciones y fuerzas» (54). Así pues, el pacto es la figura única que hace posible que el hombre salga de su aislamiento y soledad y contraiga derechos y obligaciones con los demás hombres.

Los fundamentos de la Escuela ya habían sido puestos en el siglo XVII, tal como acabamos de observar en estas breves alusiones a Grocio y Pufendorf, y los iusnaturalistas posteriores se precipitaron por el camino abierto en las generaciones anteriores.

A comienzos del siglo XVIII, incluso un autor tan ecléctico y dubitativo como Guglielmus van der Muelen, que intenta la compaginación imposible de la Escolástica española del siglo XVI con el iusnaturalismo moderno, no duda en escribir reiteradamente, y farragosamente, que el consenso es el origen del pueblo, del poder político y del Derecho, el *iuris origo* (55).

Georges Beyer intentó en vano convencer a la Escuela que el pacto, por sí solo, no genera ningún derecho u obligación, sino que precisa necesariamente de una ley anterior que sancione lo pactado (56),

(53) Vid. F. CARPINTERO, *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural moderno*, en «Persona y Derecho», 13, (1985), págs. 82-85.

(54) «Libertatis aequalitas in eo consistit, quod citra antegressum factum, aut pactum humanum nemo potestatis quid in alterum habeat, sed quilibet actionum et virium sit moderator.» Cfr. *Compendium iurisprudentiae naturalis*, Frankfurt, 1694, L. III, cap. III, §.2. Esta idea ya la había expresado, con este tenor, en la *Apologia Samuelis Pufendorfii*, § 30, pág. 50. Incluida en el *Eris scandica. Qua adversus libros de iure naturale et gentium objecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686.

(55) «Ius civile esse matrem, ex qua obligatio oritur civilis. Observandum enim hominum consensum in mutuam societatem conspirantium, quo voluere summum imperium... et consequenter quemadmodum iste consensus est causa istius imperii, quod fundamentum est, quo societatis civilis fabrica innititur, ita idem ille consensus debet dici eius iuris origo... Lex est quia ita praecepit, praecepit quia summum habet imperium, quia in eum illud communi consensu contulit populus; consensus itaque populi, et imperii, et obligationis civilis, quae ex sanctionibus descendit, causa et origo.» Cfr. *Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libri tres cum commentariis Gulielmi van der Muelen*, Ultrajecti, 1696-1703, pág. 32.

(56) «Et a pacto, quod est consensus plurium, et nonnunquam lex vocatur nempe

ya que el pacto es solamente un hecho humano más, sin valor normativo a menos que intervenga una ley superior a las partes que pactan que establezca que es obligatorio cumplir lo pactado. Pero este tipo de consideraciones se vieron ahogadas y desbordadas por la exigencia de considerar a los individuos como la única fuente del Derecho, al que crean mediante pactos.

En definitiva, fue Hobbes el triunfador dentro de la Escuela del Derecho natural. Quizá fuera más preciso decir que Hobbes fue, simplemente, el autor que explicitó con más claridad las ideas fundamentales de esta Escuela. Los otros iusnaturalistas, por falta de audacia o porque no eran plenamente conscientes de lo que estaban haciendo, no se atrevieron a exponer estas ideas con la radicalidad y rotundidad de Hobbes, pero sustancialmente tampoco se apartan de ellas.

Tenemos, pues, unos individuos libres que pactan, y que con sus pactos crean la sociedad política y el Derecho *ex novo*, sin que exista ninguna ley anterior que coarte su independencia y autonomía. Las únicas restricciones que podían afectar a su libertad habrían de provenir del ámbito de la Moral, y para evitar peligros, Gundling, siguiendo los pasos de Thomasius, se apresuró a declarar que «no existen ideas morales innatas. Por esto, la forma de hablar según la cual “las leyes están escritas en nosotros o en nuestros corazones” no se ha de entender como si existieran en nosotros unas ideas innatas acerca de la ley natural, sino que más bien hemos de decir que nosotros somos capaces de aprender tales ideas desde la razón» (57). Este aprendizaje moral *ex ratione* a que alude Gundling no es otra cosa que el resultado de la aplicación metódica a nuestros actos del principio de no-contradicción, y muy especialmente a los pactos, ya que debe ser tenido como un loco —prosigue Gundling— el que promete algo y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse, porque la contradicción pertenece *ad dementiam et furorem* (58). Estamos, pues, ante una razón que se da a sí misma sus propias leyes y que ha prescindido de la conciencia moral; en la pugna entre conciencia y razón, acabó prevaleciendo esta última ya en el primer tercio del siglo XVIII.

En consecuencia, el pacto se impuso como la única fuente del Derecho y de la justicia. Gribner, en 1724, había mantenido que el único criterio para hablar de tiranía era la violación de las leyes fundamen-

ratione effectus, quod non minus inde prodeat obligatio, quam immediate ex lege.» Cfr. *Delineatio iuris divini, naturalis et positivi universalis, ad fundamenta sua revocati*, Lipsiae, 1726, cap. V, § 14.

(57) «Non dantur ideas innatas in Moralibus. Daher ist die RedensArt, quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wie ideas innatas de lege naturali hätten, sondern da wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen.» Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 4, § 12.

(58) «Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promisse und pacta halten, sonst werden auch ihre promise und pacta ebenfalls nicht halten, und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nichts nährischer, als wenn sich einer contradiciret; ja sich contradiciren gehöret ad dementiam et furorem.» Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 9, § 3.

tales por parte del gobernante, ya que, al violarlas, tal gobernante procedía contra el pacto que él había concluido con la república (59). De esta forma, la injusticia, igual que sucedía en Hobbes, queda reducida a la violación de lo pactado. Henricus Köhler, más explícito sobre este tema que otros autores anteriores, escribía que «las leyes civiles se originan del imperio civil sumo y, consecuentemente, del pacto entre los gobernantes y los ciudadanos sometidos. Por lo que, junto con Grocio, decimos rectamente que los pactos constituyen la fuente de la que se originan todas las obligaciones civiles» (60).

Pero los pactos no constituyen solamente la fuente y medida del Derecho «civil», sino que tal como Köhler había explicado anteriormente, las obligaciones «perfectas», esto es, coactivas, sólo pueden provenir de un pacto, de modo que todos aquellos actos que son conformes con un pacto justo, concuerdan con el Derecho natural y, consecuentemente, son justos. Por el contrario, los actos de los paciscentes que son contrarios al contenido del pacto violan el *suum cuique* y, por ello, son contrarios al Derecho natural, por lo que son injustos; y es que en la sociedad, sólo puede ser considerado como justo aquello que los socios han convenido entre sí (61). En definitiva, lo que afirma Köhler más o menos edulcoradamente es que, en la sociedad, el único Derecho posible es aquel que procede del pacto, y que tales pactos constituyen, según su contenido, los criterios de la justicia y de la injusticia. El Derecho natural aparece aquí como algo posterior al pacto: la acción que se adecua a lo pactado es conforme con el Derecho natural y, por tanto, es justa. Por ello, la apelación al Derecho natural no pasa de ser mera retórica a menos, claro está, que se entienda que todo lo pactado es conforme a este Derecho, porque las obligaciones que se originan del pacto han sido constituidas libremente por los individuos; en este último caso, el «Derecho natural» expresaría sólo la exigencia de considerar a cada individuo como un ser autónomo e independiente que únicamente queda obligado legítimamente cuando él ha prestado su consentimiento.

De esta forma, la única categoría jurídica que explica suficientemente las obligaciones es el pacto; a los autores tardíos del Derecho natural se les planteó el problema de justificar prácticamente aquellas

(59) «Si Rex in limitato imperio leges fundamentales violet, conditiones, sub quibus imperium accepit, negliget, quicquid ab eo contra pactum cum republica initum suscipitur, nullum est, cives, non obligat, iniustum est.» Cfr. *Principiorum iuris...*, cit., L. I, cap. VIII, § 4.

(60) «Leges civiles oriuntur ex imperio civili summo, et consequenter ex pacto inter imperantes et cives subiectos. Unde cum Grotio pacta eiusmodi recte dicimus fontem, a quo iura civilia fluxerunt.» Cfr. *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*, Francofurti ad Moenum, 1738, § 736.

(61) «Si dantur societates, quae nullo pacto nituntur, illae non sunt obligatorie in foro externo... sed omnia dependere debere a cuiuslibet membri arbitrio... Obligationes igitur perfectae, et iura sociorum, qua talium, non nisi pactitia sunt... Omnia ea, quae pacto iusto conformia sunt, etiam iure naturali congruunt et consequenter iusta sunt... Actiones paciscentium, quae pacto repugnant, violant to suum cuique, et consequenter iuri naturali externo repugnant, adeoque etiam injustae sunt... In societate iustum est, de quo inter socios conventum est.» Cfr. *Iuris socialis...*, cit., §§ 44-61.

obligaciones que, como las paterno-filiales, quedaban al margen del pacto. Gundling, al considerar improcedente reconducirlas a un pacto, puesto que los hijos no han prestado su consentimiento a la potestad paterna, negó que el imperio paterno constituyera un verdadero «imperium» (62), y con esta solución creyó eliminar el problema. Köhler, sin dar explicaciones, mantuvo simplemente que todas las relaciones familiares provienen de un pacto (63).

Para la posteridad, una vez que se desdibujó o se diluyó la idea del incómodo *ius naturale* superior a la voluntad de los individuos, quedó la exigencia de la prestación libre de la propia voluntad para que pudiera existir una obligación legítima. En este sentido, un autor tan influyente y moderado como es Johann Stephan Pütter, escribía que «ningún hombre está capacitado para imponer obligaciones a otro; al contrario, todas las obligaciones que dependan de la voluntad humana han de tener su fundamento último en contratos». Las únicas obligaciones que no dependen de la voluntad humana, según Pütter, son las paterno-filiales, y las de los vencedores-vencidos en guerra (64).

A tenor de lo expuesto, aunque me he limitado a ir mostrando botones de muestra, parece claro que la única regla sustantiva del *ius naturale* o *Naturrecht* fue la exigencia de considerar al hombre como un ser autónomo, libre e independiente, que no puede ser forzado a realizar aquello o lo que él no ha prestado su consentimiento. La idea usual del Derecho natural como un ordenamiento normativo superior a la voluntad de los individuos no tiene nada que ver con lo que la Escuela del Derecho natural moderno entendió por «Derecho natural»; al contrario, esta Escuela utilizó la expresión «Derecho natural» para hacer posible y consagrar la autonomía del individuo, que sólo queda obligado, de esta forma, por aquello en lo que él ha prestado su consentimiento. Obviamente, la expresión «Derecho natural», o Escuela del Derecho natural cumple una función confundente, porque al referirnos a ella bajo este rótulo, se tiende a pensar en una realidad que nada tiene que ver con lo que históricamente fue y representó.

Los iusnaturalistas modernos, por tanto, no fueron precisamente los defensores de un Derecho natural al estilo, por ejemplo, del que mantiene la tradición cristiana anterior a ellos. Por esto, Michael Hein-

(62) «Imperium paternum non est proprie imperium; quia, cum ad naturam aetatem perveniunt liberi, et beneficia cessans, non amplius apparet. Si quid amplius in eo sit hodie, id ex iure civili venisse credas.» Cfr. *Ius Naturae...*, cit., cap. III, § XLIX.

(63) Cfr. *Iuris socialis...*, cit., §§ 185, 191. Mantiene que la esclavitud se fundamenta en un pacto en el 311. En el § 411 escribe que «Societas domestica obligatoria non nisi ex pacto sociorum descendit, et obligationes atque iura sociorum illius, qua talium, non nisi pactitia sunt», y en el § 443: «Si ius naturale spectaveris, ius familiare... non nisi ex pacto eorum repetendum est».

(64) «Wenn man diejenigen Gerechtsamen ausnimmt, welche selbst nach dem Rechte der Natur theils Eltern über ihre Kinder, theils Ueberwinder über Gefangene behaupten können; so ist übrigens kein Mensch berechtigt dem andern Gesetze vorzuschreiben; sondern alle Verbindlichkeiten, die vom menschliche Willen abhängen, müssen eigentlich in Verträgen ihren letzten Grund haben.» Cfr. *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst etlichen Zugaben*, Göttingen, 1767, § 23.

rich Gribner, desde un contexto vital e histórico mucho más preciso que el nuestro, no dudaba en afirmar que Pufendorf es un seguidor de Hobbes (65), y Anselmo Desing, el católico más conocido que se opuso a la Escuela del Derecho natural, denunciaba, en 1753, que en Pufendorf y su escuela no existe, en realidad, nada que se parezca al Derecho natural, sino tan sólo Derecho positivo, *ius civile*, creado mediante pactos (66).

De esta forma, en lugar de un conjunto de normas intemporales, extraídas de la naturaleza del hombre, quedó únicamente la «Persona», el individuo que autonómicamente crea la Moral y el Derecho, que no reconoce ninguna limitación a su libertad que no provenga de él mismo, de lo que él ha pactado o de la estructura de su razón, condicionada por el principio de no-contradicción. El concepto de «Person», recibió su fundamentación y sus primeros desarrollos imprescindibles en el Derecho natural anterior a Kant, pero fue solamente en la Escuela Kantiana donde recibió una elaboración precisa por primera vez en la Historia. Pasemos a estudiarlo.

III. LA “LA PERSONA” COMO INDEPENDENCIA Y AUTONOMIA EN LA ESCUELA DE KANT

La Escuela del Derecho natural anterior a Kant partió siempre, y tuvo, al mismo tiempo, como meta, al individuo aislado, independiente y autónomo. Se trataba, en un primer momento, de hacer legítima, de recibo, esta consideración del hombre para pasar, en un segundo momento, a mantener que al individuo así caracterizado le repugnaba cualquier heteronomía. Por este motivo, la *ius naturalis disciplina* convirtió a la *ius naturalis scientia* en el expediente para explicar como cada individuo puede y debe ser libre y autónomo; la piedra filosofal de la que se sirvió la Escuela en este empeño fue el recurso a los pactos, tal como hemos visto, de modo que todo el ordenamiento jurídico fuera creado mediante pactos de las voluntades libres.

Aunque la intención era clara, los resultados, sin embargo, distaban de ser satisfactorios. En efecto, no estaba suficientemente explicada o fundamentada la libertad del individuo, y, por ello, era preciso proceder a construir una doctrina que explicara contundentemente que el juego de la razón del hombre no puede ser sino el juego de su libertad y de aquellas reglas que, surgidas desde la libertad, tienden a fomentarla personal y socialmente; ésta era la empresa reservada a los kantianos. Además, era necesario también depurar la teoría iusnaturalista de muchos añadidos incoherentes, fundamentalmente de los fundamentos teonómicos y eudemonistas que aún recibía en bastantes autores de la segunda mitad del siglo XVIII. Por ello, la consecución, en la Filosofía del Derecho, del concepto de «Persona», que representa al individuo que es la encarnación viviente de la libertad, perfecta-

(65) Cfr. *Principiorum iuris...*, cit., Prolegomena, cap. IV, § 6.

(66) Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, Monachii, 1753, cap. XIV, Thema IV, § 8.

mente autónomo en la Moral y en el Derecho, fue un logro kantiano. Veamos los hitos fundamentales de la construcción de esta teoría.

1. *Libertad o necesidad*

Escribía Johan Christian Gottlieb Schaumann en 1792, que todo objeto que se presenta ante nosotros como determinable, determinado o determinante pertenece necesariamente bien al mundo de la naturaleza física, bien al de la libertad; si tal objeto pertenece al mundo de lo natural, se llama «físico» (*physich*) y, si por el contrario, permanece en la esfera de la libertad, entonces debe ser entendida como «moral» (*moralisch*). Porque la libertad es un modo de causalidad independiente de la naturaleza, que comprende bajo sí lo que no es determinado naturalmente, es decir, causalmente (67). Esta es la primera declaración que encontramos, en un tratado de Derecho natural, en la que se delimitan excluyentemente dos mundos: el de la causalidad-necesidad, que es el ámbito de los kantianos llamaron *Natur*, es decir, el mundo físico, externo al hombre, y el mundo propio del hombre, que no puede consistir sino en libertad. Se trató de una contraposición dialéctica, a saber: necesidad en el ámbito natural y, por oposición, libertad como única concepción posible de la actividad racional-humana.

Esta fue la concepción del mundo y del hombre que traspasa toda la Escuela kantiana, desde sus orígenes hasta su fin, treinta años más tarde; uno de los últimos seguidores de Kant, Conrad Johan Alexander Baumbach explicaba, en 1823, que la tesis expuesta es cierta porque la Etica no tiene como objeto, al contrario que la Física, la necesidad causal, sino sólo la libertad, de modo que sin libertad ningún derecho es concebible, por lo que la Etica, y todo el Derecho natural, tienen el mismo objeto, la libertad (68). Esta forma de ver las cosas se impuso dominadoramente durante cierto tiempo, y hasta los adversarios de la Filosofía crítica, o kantiana, como es el caso del Fichte maduro, participaban de ella (69).

No existía, pues, un término medio. «El conjunto de condiciones

(67) «Alles, was von uns als ein bestimmbares, bestimmtes oder zu bestimmendes Object vorgestellt wird, gehört entweder zum Gebiet des Begriffes Natur, oder zum Gebiet des Begriffes Freyheit. Was, als zu jenem gehörend, gedacht wird, heisst physich; was unter dem Freyheitsbegriffe steht, moralisch. Natur ist der Inbegriff aller Gegenstände des (äussern und innern) Sinnes (Sinnenwelt). Freyheit ist eine von der Natur unabhängige Causalität, und begreift also das unter sich, was nicht durch Natur bestimmt wird (die freyen Entschliessungen moralischer Wesen-moralische Welt). Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, Halle, 1792, § 106.

(68) «...denn die Ethik hat nicht, wie die Physik, das Natur-Nothwendige zu ihrem Gegenstande, sondern allein das Gebiet der *Freiheit im Leben*... und ist daher ohne Freiheit kein Recht gedenkbar, so haben offenbar die *Ethik* und das *Naturrecht* ganz denselben Gegenstand.» Cfr. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie, besonders für Deutschlands bürgerliches Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft*, Leipzig, 1823, § 6.

(69) Vid. J. GOTTLIEB FICHTE, *Die Staatslehre, oder über das Verhältniß des Urstaates zum Vernunftreiche* (Vorträgen gehalten im Sommer 1813), Berlín, 1920, págs. 20-21.

bajo las que un hombre se encuentra constituyen su estado: éste es determinado por la naturaleza, o por la libertad, es decir, por su arbitrio» (70). La Naturaleza es una fuerza ciega, que se nos impone sin nuestro asentimiento, por lo que, hablando con propiedad, no podemos decir que de ellas se deriven «normas», pues las fuerzas naturales producen en nosotros un «tener que hacer», un *müssen*, es decir, una necesidad natural ante la que tenemos que doblegarnos, explicaba Jakob Fries; al *müssen* se contrapone el *sollen*, es decir, la obligación específicamente humana, que brota de la libertad. Las leyes del *müssen* son leyes necesarias de la naturaleza mientras que, por el contrario, las leyes del *sollen* son las normas necesarias para la libertad de un ser racional (71).

El avance de la ciencia físico-causal, en la segunda mitad del siglo XVIII, había sido muy fuerte, y Kant y sus seguidores quisieron buscar una esfera racional-humana sustraída al acontecer necesario de la Naturaleza física. El problema radicaba en que las cosas, en tanto que fenómenos espacio-temporales, están determinadas causalmente sin ninguna excepción y, en consecuencia, pensaron que desde ellas no se puede extraer una regulación del comportamiento humano; en efecto, si han de existir comportamientos imputables, libres, y no simplemente necesarios, es preciso suponer la libertad, que no puede subsistir bajo la determinación causal; dada esta incompatibilidad entre mundo físico-causal y libertad, fue preciso suponer que la esfera de la libertad estaba fuera, por así decir, del mundo de los fenómenos, y que, en consecuencia, debía ser pensada desde sí misma. Por ello, la Filosofía práctica determinó, en un primer momento, la naturaleza de la libertad de una forma fundamentalmente negativa: es lo que no está sujeto a la Naturaleza (72).

(70) «Der Inbegriff der Bestimmungen, welche einem Menschen zukommen, heißt sein Stand. Diesser ist entweder durch die Natur oder die Freyheit (d.i. Willkühr) bestimmt.» Cfr. L. HEINRICH JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle, 1795, § 185.

(71) «Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existirt als Zweck zu, sie existirt als Zweck schlethin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen absoluten Werthe mit jeder andern. Dieses Gesetz wird das Sittengesetz genannt... Die Vernunft jedes Einzelnen gibt sich hin selbst das Gesetz, sie ist autonomisch, bestimmt aber zugleich ihren Willen in der Idee als einen allgemein gesetzgebenden Willen. Jede einzelne Person ist also einmal Subjekt des Gesetzes, indem sie sich selbst dem Gesetze unterwirft, dann aber auch Objekt derselben, indem ihr durch dasselbe der gleiche persönliche Werth mit jeder andern Person zugeschrieben wird. Jeder Person steht also hier unter ihrem eigenen Gesetze, indem sie es sich selbst gibt, zugleich aber unter dem Gesetze jeder andern Person, mit der sie in Gemeinschaft kommt, indem sie sich selbst dem Gesetze ihrer gleichen Würde unterwirft.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, pág. 5.

(72) Vid. H. G. DEGGAU, *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, pág. 18.

2. La identificación de la moralidad con la libertad

En un segundo momento, Kant y sus discípulos no solamente concibieron al mundo humano como constituido por la libertad, es decir, por aquella dimensión del hombre que no está sometida al acontecer causal, sino que entendieron que todo lo que se refiere a la libertad constituye exclusivamente la materia de la Moral y, al revés, la Moral sólo puede tener como objeto suyo y campo de sus operaciones el hacer posible, regulándola, la libertad humana. Se trató de un fenómeno doble porque, por un lado, todo lo referente a la libertad fue considerado como el cuerpo u objeto de la Moral y, por otro, la Moral sólo puede versar sobre la actividad libre del hombre. Por esto no puede extrañar que se llegara a una auténtica confusión entre libertad y moralidad porque, como indicaba Ludwig Heinrich Jakob, «Todo aquello que está relacionado con la libertad se llama práctico, ético o moral en el sentido más corriente de esta palabra, y los hombres son llamados, por esto, “esencias morales” (73). De esta forma, el hombre es caracterizado, ante todo, como una “esencia libre”, y esta libertad fue contemplada como el componente esencial y último de la Humanidad, de modo que decir “racional” era sinónimo de decir “libre”. Por ello, Johann Gottlieb Fichte, que en sus primeros escritos es un epígono más de Kant, escribía con toda naturalidad: “Yo me sitúo como racional, es decir, como libre, de modo que en este momento está en mí la representación de la libertad...” (74).

Wilhelm Traugott Krug, uno de los kantianos más influyentes y conocidos, explicaba esta misma idea con más precisión. «El concepto del Derecho no debe ser considerado como práctico simplemente en un sentido amplio, sino también en un sentido estricto, y por ello es un concepto moral. “Práctico”, en sentido estricto, se llama a aquello que se refiere a los fines de una esencia racional, en la medida en que tales fines sean realizados a través de la libertad, o según las leyes de la libertad. Porque todo lo que se refiere a la libertad se llama moral, y, así, por ejemplo, “Filosofía práctica” es lo mismo que Filosofía moral» (75). Desde estos presupuestos, a Daniel Christoph Reidenitz le resultaba evidente que «La leyes de la razón se deducen desde el concepto de la libertad; no son más que las reglas necesarias para el uso de la libertad» (76).

(73) «Was mit der Freyheit verknüpft ist, heißt praktisch, moralisch in weitläufigen Sinne, und freye Wesen werden daher auch moralische Wesen genannt.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., § 14.

(74) «Ich setze mich als vernünftig, d.h. als frei. Es ist in mir bei diesem Geschäfte die Vorstellung der Freiheit.» Cfr. *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, 1796, § 2.

(75) «Der Rechtsbegriff ist nicht bloss praktisch im weitern, sondern auch im engern Sinne; mithin ein moralischer Begriff.

Praktisch im engern Sinne heisst das, was sich auf die Zwecke eines vernünftigen Wesen bezieht, wieferne sie durch Freyheit oder nach Freyheitsgesetzen realisirt werde. Alles aber, was sich auf die Freyheit bezieht, heisst *moralisch*-z. B. praktische Philosophie = Moralphilosophie.» Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, § 13.

(76) «Die Gesetze der Vernunft leiten aus den Begriff der Freiheit. Sie sind

Así pues, actividad racional o humana es lo mismo que actividad libre, por lo que el hombre fue entendido, ante todo, como una *freyes Wesen*, una esencia libre. La concepción del hombre como «persona», es decir, como un ser que afirma su independencia y autonomía hasta el punto de que todo el ordenamiento moral y jurídico ha de depender del propio sujeto, sin más limitaciones que la legalidad que le impone su propia razón, recibe su espaldarazo y su consideración más extrema y depurada en la Filosofía kantiana. La oposición, o complementación, que las Filosofías anteriores establecieron entre razón y voluntad, ha desaparecido ahora; razón y voluntad o libertad se han confundido en beneficio de esta última, y el único reducto propio que se le concede a la razón es el de regular la libertad empírica de los hombres atendiendo al principio de generalización y no-contradicción. Carl Cristian Schmid expresaba con precisión esta exigencia cuando escribía que «La ley moral prohíbe aquel uso de la libertad que, pensando en general, se destruiría a sí mismo. La ley moral ordena el uso de la libertad que, cuando es generalizado, no sólo no se destruye a sí mismo, sino que la libertad aumenta con él» (77). Como podemos ver, libertad era sinónimo de moralidad en la Escuela de Kant y, por ello, Tiefrunk explica que el fin de la legislación (moral o jurídica) tiene que residir en sí misma, es decir, en la libertad (78). En consecuencia, la razón y la Moral, al mismo tiempo que parten de la libertad del individuo, no pueden tener otro fin que hacer posible esta libertad individual mediante la regulación adecuada que el sujeto, o su razón, hace de la libertad. Esta afirmación es aún excesivamente general, incluso simplista, y es preciso proceder a perfilarla más; para ello, veamos qué entendió la Filosofía kantiana por «libertad».

3. ¿Qué es libertad?

He aludido anteriormente a la rigurosa separación kantiana entre el mundo físico-causal, movido por leyes necesarias, en donde no hay libertad, y el mundo humano, que fue caracterizado ante todo como el ámbito de la no-necesariedad, es decir, de la libertad. He aludido también a que fue tan fuerte la acentuación de la libertad humana, que el ámbito de lo humano, es decir, la materia y el objeto de la razón y de la moralidad fue entendido exclusivamente como constituido por libertad; por este motivo, la finalidad de la actividad racional y la de Moral no pudo ser otra que el perfeccionamiento de la libertad del

nothwendige Regeln für den Gebrauch der Freiheit.» Cfr. *Naturrecht*, Königsberg, 1803, §16.

(77) «Das Sittengesetz untersagt scheinlich einen jeden Gebrauch der Freyheit, welcher sich, als allgemeinen gedacht, selbst zerstören würde. Das Sittengesetz gebietet einen solchen Gebrauch der Freyheit, welcher als allgemeine gedacht sich nicht nur nicht selbst, sondern selbst befördert.» Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*, Iena und Leipzig, 1795, § 7.

(78) «Der Zweck der Gesetzgebung kann daher nur in ihr selbst, d.i. in der Freiheit liegen.» Cfr. *Ueber Recht und Staat*, Zerbst, 1796, pág. 15.

hombre mediante la explicación teórico-filosófica de la naturaleza de tal libertad y la determinación, en consecuencia, de la legalidad ínsita en esta misma libertad. Pero he de advertir que, dado el carácter casi mesiánico de apóstoles de la libertad que los kantianos se arrogaron, el esfuerzo colectivo de esta Filosofía estuvo orientado no tanto a señalar los límites de la libertad individual como a pregonarla, estableciendo las condiciones especulativas y abstractas que la hacían posible.

Sin embargo, es preciso proceder a hacer algunas aclaraciones antes de proseguir explicando el avance histórico del individuo libre e independiente como centro y final de toda Filosofía jurídica. En efecto, la tarea más inmediata ahora es la de explicar que entendió la Filosofía kantiana por «libertad». Es conveniente proceder a esta digresión por varios motivos; en primer lugar, porque algunos estudiosos de Kant aluden a una, de hecho, misteriosa «libertad trascendental» a la que el mismo Kant se refiere en algunas ocasiones; este concepto, debidamente manipulado, es decir, no explicado, puede aparecer como corrector de la libertad individual. Por esto considero preciso esclarecer, a tenor de las fuentes, en qué consiste la libertad «trascendental» kantiana. Y en segundo lugar, es útil estudiar lo que los kantianos entendieron bajo el término «libertad» porque el análisis del contenido de este concepto, según los kantianos, nos ayudará a comprender más a fondo la naturaleza individualista de la «libertad» en que consiste el mundo humano.

Un punto de partida para emprender esta explicación puede ser la pretensión que expresa una contundente declaración de Tiefrunk, a tenor de la cual un concepto es práctico, esto es, moral, referido a la libertad, si la existencia de aquello que es expresado en él depende de él, si él es la causa de la realidad o de la existencia de lo que en él es pensado (79). Tiefrunk apunta, con esta idea de cierto sabor idealista, a lo que constituye el postulado central de la Filosofía moral kantiana, a saber, que el individuo constituya en el mundo moral, la causa única de sus acciones; esto, expuesto así, es demasiado impreciso y es necesario, por ello, explicarlo con más detenimiento.

En efecto, Theodor Schmalz indicaba que la libertad no es otra cosa que la facultad de obrar con independencia de todo lo que es externo a nosotros, es decir, del mundo físico y de sus determinaciones causales, de modo que nosotros mismos seamos la primera causa operativa de nuestras acciones (80). La contraposición radical entre mundo físico y mundo moral exigía que todo lo concerniente a este último ámbito, a la libertad, se viera incondicionalmente libre de cualquier afección o contaminación que pudiera provenir de la necesidad física,

(79) «Ein Begriff ist praktisch, wenn das Daseyn seines Objekts von ihm abhängt, wenn er die Ursache der Wirklichkeit dessen ist, was in ihm gedacht wird.» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., § 3.

(80) «Denn was verstehen wir anders unter Freyheit, als das Vermögen unagängig von allem außer uns, die erste wirkende Ursache unseren Handlungen selbst zu seyn.» Cfr. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht*, Königsberg, 1798, pág. 2.

y el camino que encontró la Escuela kantiana fue el de exigir, en un primer momento, que la causa única de la decisión que toma cada individuo, a propósito de no importa qué problema, provenga exclusivamente de la radicalmente libre voluntad de ese individuo, de modo que él no se vea condicionado por las incitaciones que provienen del «mundo externo», es decir, de lo que está dominado por la necesidad. En este sentido Jakob explicaba que «una esencia se llama libre (en sentido moral) en la medida en que tiene una voluntad libre, y la libertad de la voluntad es la capacidad de elegir independientemente de las incitaciones externas, la capacidad de ser uno mismo el fundamento determinante de sus acciones, de modo que él elija entre las diversas representaciones. La libertad es, en consecuencia, una forma peculiar de causalidad, concretamente, aquella forma de causalidad que hace que no dependamos de nadie» (81).

Como podemos observar, la libertad kantiana, que sigue los carriles de la Escuela del Derecho natural moderno, se presenta ante todo con un sesgo negativo, porque lo que la constituye en un primer momento es la negación de cualquier relación o dependencia con el mundo externo a la libertad del sujeto; de esta forma, la libertad no crea tanto un camino a seguir como más bien una serie de exclusiones que, en el plano jurídico, se concretan, ante todo, en la exclusión de la dependencia de la voluntad de otra persona ajena al sujeto mismo que decide. En una primera aproximación, podemos decir que es «libre» aquel individuo que es perfectamente independiente frente a lo que no es él.

Pero ser independiente frente a los demás no se limita, en la corriente kantiana, al simple no depender de facto de otra persona; efectivamente, las exigencias de la libertad se dilatan mucho más ampliamente, y lo que estos autores requieren, como condición necesaria a su noción de libertad jurídica, es la autonomía del sujeto, la *Selbstbestimmung*, es decir, la capacidad de darse el sujeto a sí mismo las normas que pueden ser obligatorias. Por ello, Schaumann, cuatro años antes de que apareciera la *Rechtslehre* de Kant, escribía que es libre una acción cuando la primera causa de ella se encuentra en la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) del sujeto (82) y, en este mismo año, Johann Heinrich Abicht proporcionaba una explicación mucho más elaborada: «La voluntad humana, o una persona, solamente puede obligarse a través de sí misma... obligación es el forzamiento de la voluntad a un determinado comportamiento a través de un determinado tipo de motivos... Dado que se trata de personas, y la fuerza de su voluntad en todos sus comportamientos está vinculada exclusivamente a

(81) «Ein Wesen heißt aber frey (in moralischen Sinne) in wie fern es einen freyen Willen hat, und die Freyheit des Willens ist das Vermögen sich unaghängig von allen äussern Antrieben, die Bestimmungsgründe seiner Handlungen, unter den verschiedenen Vorstellungen selbst zu wählen. Die Freyheit ist also einen eigenthümliche Art von Ursache, nemlich eine solche, die von keiner andern abhängt.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., § 13.

(82) «...frey heisst eine Handlung; deren erste Ursache in der Selbstbestimmung des Subjekts liegt.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 118.

sus propias leyes o a sus fines o bienes personales, lo representado en estas leyes y los fines personales traídos a la conciencia, constituyen exclusivamente los motivos suficientes del forzamiento de la voluntad. No nos referimos a aquellos fines y bienes que comienzan y acaban fuera de la propia persona; en consecuencia, la voluntad humana solamente puede obligarse a través de sí misma. Es iluminador que este carácter de la Humanidad, el de la autonomía, sea una misma cosa con su carácter de libertad» (83). Dicho más resumidamente, una «persona» en el sentido iusnaturalista-kantiano de esta palabra, solamente puede resultar obligada a alcanzar aquellos fines que él personalmente se proponga, con absoluta exclusión de todo aquello que no sea estrictamente personal. Este último rasgo lo destaca Kohlschütter cuando escribe que «la razón pura práctica es la facultad de una esencia de darse leyes para su comportamiento independientemente de todo aquello que existe fuera de ella» (84).

Eran, pues, unas exigencias que constituían a cada individuo en el centro y pináculo de la vida moral. Es bien sabido que la Etica kantiana exige, entre otras cosas, que cada sujeto «reconozca» o acepte personalmente como obligatoria aquella conducta que se le presente como obligatoria moralmente, ya que si no es así, esto es, si falta el convencimiento personal de la necesidad moral de la acción que se realiza, existirá únicamente un comportamiento externo que carecerá en absoluto de valor moral para el sujeto que lo realiza; sin entrar ahora a discutir la licitud o los límites de esta exigencia kantiana, lo cierto es que Kant, al filo de estas consideraciones, sólo conoció un único fundamento de cualquier obligación posible, la auto-obligación que se produce cuando un individuo se plantea personalmente una conducta como obligatoria siguiendo una cierta regla, el imperativo categórico o principio de no-contradicción. Planteadas así las cosas, el peso de cualquier obligación recae sobre cada sujeto, que se constituye, de esta forma, en el centro de la vida moral, de modo que toda obligación ha de ser necesariamente una *Selbstverpflichtung*, una obligación que cada sujeto crea por sí mismo y para sí mismo siguiendo la regla de la no-contradicción. Entonces el sujeto es una «persona», porque es per-

(83) «Der menschliche Wille, oder eine Persohn kan sich nur sich selbst verpflichtet, und sie soll auch nur durch sich selbst verpflichtet werden... Verpflichtung ist die Nöthigung des Willens zum bestimmten Handeln durch eine gewisse Art bewuster Gründe... Nun ist aber eine Persohn und ihre Willenskraft in allen ihrem Handeln blos an ihre eignen Geseze, oder ihre persönlichen Güter und Zwecke gebunden; diese in ihren Gesezen vorgestellten und zum Bewustsein gebrauchten eignen persönlichen Zwecke sind ausschliessend die bewusten Nöthigungsgründe ihres Willens: nicht aber vorgestellte Zwecke und Güter, die und in so fern sie sich der menschliche Wille nur durch sich selbst verpflichten... Es ist einleuchtend, daß dieser Character der Menschheit nämlich, daß keiner Persohn keine Pflichten von einer andern Persohn vorgeschrieben und aufgegeben werden können.» Cfr. *Neues System aus der Menschheit entwickelten Naturrecht*, Bayreuth, 1792, § 23.

(84) «Die reine praktische Vernunft ist das Vermögen eines Wesens, unabhängig von allem, was ausser ihm ist und vorgeht, sich selbst Gesetze für seine Handlung zu geben.» Cfr. *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1798, pág. 20.

fectamente autonómico, ya que no depende más que de sí mismo: él se da a sí mismo sus propias normas, y sólo responde ante sí mismo.

Esta doctrina llevaba hacia una Ética muy individualista, centrada en cada individuo, pero el verdadero problema comienza cuando consideramos que ésta es una doctrina común a la Moral y al Derecho y, de hecho, las consideraciones anteriores están extraídas de tratados de *Naturrecht*, no de libros de Moral; de esta forma, también ante el Derecho, lo que cuenta, lo único que tiene relevancia, es la «persona», es decir, el individuo que, como nos han explicado diversos autores, es libre porque es autonómico. Esto plantea varios problemas graves, pero ahora quisiera centrarme solamente en uno, a saber, que el universo jurídico kantiano está compuesto de personas que son libres porque son independientes, ya que cada una lleva en sí misma la causa suficiente de su actuación; la independencia mutua del arbitrio, fomentada por la exigencia kantiana de considerar a cada «persona» como un fin en sí misma (*Selbstzweck*) que nunca puede ser puesta al servicio de los fines de otra persona, es, de esta forma, el suelo desde el que debe crecer el Derecho.

Al llegar a este punto, debemos tener en cuenta que Kant distinguió entre el hombre de carne y hueso, real, al que él llama «hombre fenoménico», al que le corresponde una libertad de hecho, empírica, de modo que él puede legislar sobre su propia vida, pero siempre tiene la posibilidad de legislar mal, inmoralmente —y el hombre ideal o «nouménico», que encarna la razón pura, que tiene en sus manos la «libertad trascendental», que sería algo así como una normatividad superior, objetiva, respecto a las normas que puede darse, de hecho, cada sujeto empírico. Al filo de esta distinción entre hombre fenoménico-libertad empírica, y hombre nouménico-libertad trascendental, parecía que la Ética kantiana no es tan subjetivista como he expuesto anteriormente, ya que en ella existe un orden de normas, provenientes de la libertad «trascendental», objetivo y superior a la voluntad de cada sujeto concreto.

Kant nunca definió o describió lo que era la libertad «trascendental», y por esto recurrimos a las obras de sus discípulos, coetáneos suyos, que declaran e interpretan su doctrina, normalmente con notable precisión. A este respecto, Tiefrunk explicaba que el Derecho expresa una regla de las relaciones entre la razón y la voluntad; esta voluntad es empírica en la medida en que es movida por móviles «sensibles», y es trascendental y pura cuando es independiente de la determinación de los motivos que provienen del mundo empírico (85). Lo mismo explicaba Karl Heinrich Gros: «Las leyes de la razón práctica no son posibles de otra forma que bajo el presupuesto de que una voluntad que es capaz de determinarse solamente mediante la razón, independientemente de otros motivos. Esta peculiaridad de la voluntad, que no es

(85) «Das Recht drückt eine Regel des Verhältnisses der Vernunft zum Willen aus. Dieser Wille ist empirisch, in wie fern er durch sinnliche Neigungen afficirt wird, er ist transcendental und rein, in wie fern er von der Nothwendigkeit der Bestimmung durch empirische Gründe unabhängig ist.» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 26.

conocida, sino postulada, se llama *libertad transcendental* o *libertad de la voluntad*» (86). G. L. Reiner, el mejor expositor coetáneo de la Filosofía jurídica de Kant, escribía sobre este tema que «el concepto trascendental de libertad demuestra su realidad solamente en los usos prácticos, a través de principios prácticos que, como leyes, hacen posible en nosotros una causalidad de la razón pura y una voluntad que es independiente de todas las condiciones empíricas, en la que tienen su origen los conceptos y leyes morales» (87). Schmalz, el primero que publicó un tratado de Filosofía jurídica, digno de este nombre, según los principios de la Filosofía crítica, explicaba que «Esta independencia suya, es decir esta facultad (de la razón) de ser la *primera* causa de sus acciones, es la libertad, en el más elevado sentido de esta palabra» (88).

Como podemos comprobar a tenor de estos testimonios, el adjetivo «trascendental» añadido al término libertad, sólo indica que el hombre es capaz de darse a sí mismo sus propias leyes racionales, al margen de aquello a lo que nos sentimos inclinados por los instintos o apetitos empíricos. En consecuencia, la «libertad transcendental» en modo alguno expresa un orden de normas, principios o reglas que se impusieran heterónomamente a los individuos empíricos. Nunca tuvo este significado en la Filosofía crítica, ni puede tenerlo lógicamente o sistemáticamente relacionado con el conjunto de esta Filosofía, por más que algunos intérpretes contemporáneos de Kant hayan querido atribuírselo para corregir el excesivo subjetivismo de la doctrina kantiana.

¿En qué consiste, entonces, la libertad según la doctrina kantiana? Klein indicaba, sobre este tema, que «el arbitrio, en el sentido amplio de la palabra, es una facultad para actuar según las leyes del mundo inteligible (*Geisterwelt*) (89); parece indicar que la libertad del individuo está ordenada o normada por una normatividad superior a él. Pero como esta interpretación no encaja en el sistema kantiano, poco más adelante explica que «voluntaria o arbitraria en sentido estricto es aquella acción que hacemos porque queremos, que se opone a la acción a la que nos fuerzan (*actio invita*) (90); el arbitrio (los kantianos

(86) «Gesetze der praktische Vernunft sind nicht anders möglich, als unter Voraussetzung eines Willens, welche fähig ist, sich bloß durch Vernunft, unabhängig von allen andern Gründen, zu bestimmen. Diese Eigenschaft des Willens, welche nicht erkannt, sondern nur postuliert wird, heisst *transcendentale Freyheit* oder *Freyheit des Willens* (im metaphysischen Sinne). Cfr. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, Tübingen, 1802, § 13. Los subrayados son de Gros.

(87) «Der transcendente Begriff der Freyheit beweiset seine Realität nur im praktischen Gebrauche, durch praktische Grundsätze, die, als Gesetze, eine Kausalität der reinen Vernunft, und einen reinen, von allen empirischen Bedingungen unabhängigen Willen in uns darthun, in welchen die sittlichen Begriffe und Gesetze ihren Ursprung haben.» Cfr. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut und Ausburg, 1801, § 13.

(88) «Diese seine Unabhängigkeit, also dieses sein Vermögen, die *erste* Ursache seiner Handlungen zu seyn, ist die Freyheit, im höchsten Sinn dieses Worts.» Cfr. *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, § 6.

(89) «Die Willkühr in weitem Sinne ist ein Vermögen, nach dem Gesetzen der Geisterwelt zu wirken.» Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, 1797, § 13.

(90) «Willig oder willkührlich im weitem Sinne ist eine Handlung, wenn sie mit

no distinguieron entre libertad y arbitrio) es, pues, la facultad de hacer lo que cada cual quiera, al que se opone la forma de actuar no-libre, esto es, aquella que se produce cuando alguien nos fuerza a hacer lo que no queremos. J. C. C. Rüdiger explicaba esto mismo más extensamente: «Un rasgo peculiar de la Humanidad es la consciencia, el conocimiento distinto de la representación de las cosas y de sus relaciones, el entendimiento o razón, y la capacidad de determinarse por sí mismo a hacer u omitir. Esto último se llama la voluntad, la libertad o el arbitrio (*arbitrium*), y él solamente da al hombre la facultad para actuar moralmente» (91). La libertad o arbitrio es, pues, la facultad de cada individuo para determinarse a hacer o no hacer, a hacer esto o lo otro, lo que en castellano se designa bajo el nombre de «arbitrio» ya que, según algunos, es cosa distinta de la libertad.

No es de extrañar que haya habido dudas sobre el significado de este término en Kant; Reinhold, contemporáneo suyo, le reprochaba al de Königsberg, que los conceptos fundamentales que él usa, *Begehrungs-vermögen*, *Wille*, *Willkühr*, *Freiheit* son incomprensibles e inmantenibles (*unverständlich*, *unhaltbar*) (92).

4. *La noción del Derecho*

4.1. *Libertad y Derecho*

Si el hombre es entendido en función de la libertad, como un ente o sustancia libre que sólo exige al Universo el respeto de su libertad, parece obvio que sus derechos solamente pueden ser planteados como una exigencia genérica de respeto a su arbitrio. Por esto, ya Abicht, en los inicios de la era kantiana, mantenía que «un derecho es un fundamento justificador de la voluntad para un determinado tipo de acciones u omisiones: *ratio, quae dat facultatem agendi...* Pues los verdaderos derechos de una persona no pueden ser otra cosa que derechos de libertad... en consecuencia, para una persona no existen otros derechos verdaderos que derechos de libertad» (93).

Todos los bienes protegidos por el Derecho fueron reducidos, en

Lust gewirkt wird, und sie wird in diesem der ungeru unternommenen (*actio invita*) entgegengesetzt.» Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 18.

(91) «Aber eigenthümlicher Vorzug der Menschheit ist das Bewußtseyn, die deutliche Erkenntnis der Vorstellung der Dinge, oder Verstand, ihres Zusammenhanges oder Vernunft, und das Vermögen sich darnach selbst zu Thun oder Lassen zu bestimmen. Dieses heißt der Wille, die Freyheit oder Willkühr (*arbitrium*) und giebt den Menschen allein die Fähigkeit zu sittlichen Handlungen.» Cfr. *Lehrbegriff der Vernunftrechts und Gesetzgebung*, Halle, 1798, § 60.

(92) Cfr. C. L. REINHOLD, *Briefe über Kantische Philosophie*, vol. II, Leipzig, 1792, pág. 310.

(93) «...ein Recht ist ein Berechtigungsgrund des Willens zu einer bestimmten Art von Handlungen oder Unterlassungen (*ratio, quae dat facultatem agendi*)... Grundsatz 2: Die wahren Rechte oder Bestimmungsgründe einer Persohn können keine andern seyn, als Rechte der Freyheit... Berechtigende Handlungsgründe heissen aber Rechte; folglich kan es für eine Persohn keine andern wahren Rechte geben, als Rechte der Freyheit.» Cfr. *Neues System...*, cit., § 31.

la Filosofía crítica, al bien único de la libertad, y por ello Hufeland explicaba que quien arrebatara los bienes de un hombre limita la libertad o personalidad de éste (94), y por ello este comportamiento es antijurídico. Esta mentalidad alcanzó pronto, gracias a la hegemonía de la Filosofía kantiana en Centroeuropa, a todo tipo de ámbitos culturales, incluso fuera de la Universidad, y J. P. A. Leisler, que no pretendía sino vulgarizar y hacer asequibles a todos el *Naturrecht* kantiano, escribía que «Los derechos del hombre se dejan reconducir todos a un derecho general, a saber, el derecho de libertad social... Pues desde este derecho se deducen todos los otros derechos del hombre» (95).

Gros matizó más que los autores anteriores y estableció que el Derecho podía ser entendido: a) como cualidad de una persona, y entonces consiste en la facultad de exteriorizar su arbitrio sin oponerse a la libertad legal de las otras personas; b) como cualidad de una acción, es decir, la compatibilidad del uso propio de la libertad con la libertad legal general y, finalmente, como un conjunto de leyes, a saber, como el conjunto de aquellas condiciones bajo las que es posible una libertad general externa (96). Karl Salomo Zachariä concretó más el pensamiento kantiano y dejó establecido que «Un derecho externo, o un derecho en el sentido estricto del término, es la posibilidad, fundamentada en la pura existencia de la libertad, de rechazar la violencia con la violencia» (97), con lo que resaltó la coacción en la definición misma del Derecho.

En consecuencia, tanto el Derecho como la ciencia jurídica no pueden ser sino desmenuzamiento, en cada caso concreto, de la libertad del individuo. En este sentido, Karl Heinrich Heydenreich ya había establecido que «El Derecho natural es el tratado sobre la determinación de la propia conciencia de cada hombre por la libertad externa, y de la identidad de esta conciencia en todos los demás» (98), y Gros,

(94) «Wer die Güter eines Menschen nimmt, schränkt seine Freyheit oder Persöhnlichkeit ein; und so lange er fortfährt dem andern Güter vorzuenthalten; so lange fährt er auch fort, seine Freyheit oder Persöhnlichkeit einzuschränken, oder ihm Rechte zu rauben.» Cfr. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*, Jena, 1795, § 112.

(95) «Die Rechte des Menschen nach dem absoluten Naturrechte, lassen sich füglich unter einem allgemeinen Rechte begreifen, nämlich unter dem Rechte auf gesellschaftliche Freiheit... Vom diesem Rechte lassen andere alle Rechte des Menschen sich ableiten.» Cfr. *Populäres Naturrecht*, Frankfurt am Main, 1799, § 32.

(96) «Das Recht (ius) ist demnach:

1) als Qualität eine Person: das Vermögen (*Facultas*), seine Willkühr zu äussern, ohne der gesetzlichen Freyheit anderer entgegen zu handeln; oder: das durch das Gesetz der allgemeine äussern Freyheit bestimmte Vermögen zu handeln.

2) Als Qualität einer Handlung: die Vereibarkeit des eignen Freyheitsgebrauchs mit der allgemeinen gesetzlichen Freyheit.

3) Als ein Ganzes von Getzezen: der Inbegriff derjenige Bedingungen, unter welchen allgemeine äussere Freyheit möglich ist.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 30.

(97) «Ein äusseres Recht, oder ein Recht in der engern Bedeutung ist daher die durch das bloße Daseyn der Freyheit begründete moralische Möglichkeit, Zwang mit Zwang zu vertreiben.» Cfr. *Anfangsgründe der philosophischen Privatrechts. Nebst eine Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*, Leipzig, 1804, § 3.

(98) «Das Naturrecht ist der Commentar über das jedem Menschen eigene Be-

más sencillamente, había entendido que «la ciencia de aquello que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa se llama *Rechtslehre* o ciencia filosófica del Derecho» (99). Schmalz acababa de completar esta idea, en 1807, escribiendo que «dado que la ciencia jurídica es la ciencia de la libertad externa, el Derecho natural no puede ser otra cosa que el análisis del concepto de la libertad externa... el Derecho natural sólo puede avanzar en el estrecho margen del análisis del concepto de libertad externa» (100).

Por tanto, el Derecho, que forzosamente ha de implicar una regulación objetiva y suprapersonal de las conductas, no puede consistir en otra cosa que en la armonización de las libertades de todos a fin de que cada cual posea la mayor cantidad posible de libertad. En este sentido, Franz von Zeiller explicaba en 1815 que «un uso lingüístico generalmente aprobado indica que el Derecho es un determinado tipo del uso de la libertad de nuestros comportamientos externos» (101).

4.2. *La manifestación primaria y esencial del Derecho*

Pero si se parte en todo momento del individuo y de su libertad, como hicieron los iusnaturalistas y, con ellos, los kantianos, lo que destaca primeramente no es la coordinación de las libertades de los diversos individuos, sino el derecho a la libertad que «yo» tengo; por este hecho, la aparición primera del Derecho consiste en una facultad del sujeto a su libertad, y sólo en un momento lógicamente posterior aparecerá la coordinación de los diversos derechos a fin de que no se limiten o destruyan mutuamente.

Schaumann, en los inicios de la teorización kantiana sobre el Derecho, fue consciente de esta realidad; por ello, escribía él que «la ciencia jurídica es la ciencia que versa sobre las posibilidades legales de obrar según la propia voluntad» (102). Sin embargo, aludir a las «posibilidades» entrañaba una cierta dificultad, porque en la doctrina kantiana existe la ley moral o *Sittengesetz* que regula todos los comportamientos de hombre; en tal caso, las «posibilidades legales» de obrar ¿son aquellos comportamientos que vienen autorizados por la

wusstseyn seiner Bestimmung für äusre Freyheit, un der Identität dieses Bewusstseyn in allen Mitwesen.» Cfr. *Metapolistische Prolegomena für das natürliche Staatsrecht*, Leipzig, 1795, pág. 32.

(99) «Die Wissenschaft dessen, was durch die praktische Vernunft als Gesetzgebung der äussern Freyheit bestimmt ist, heisst *Rechtslehre*, *philosophische Rechtswissenschaft*.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 43. El subrayado es de Gros.

(100) «Da Jurisscienz die Wissenschaft der äusserer Freyheit ist: so kann das reine Naturrecht nicht seyn, als eine Analyse des Begriffs eine äusser Freyheit einer zugleich vernünftigen und zugleich sinnlichen Wesens... das Naturrecht kann so nun in der engeren Bahn seiner Analyse des Begriffs äusserer Freyheit fortschreiten.» Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, § 11.

(101) «Ein allgemein gebilligter Sprachgebrauch der Sachvertände... deutet an, daß das Recht eine gewisse Art des Freiheitsgebrauches bey unseren äusseren Handlungen bedeute.» Cfr. *Das natürliche Privat-Recht*, Wien und Triest, 1815, § 2.

(102) «Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, cit., § 7.

ley moral? De contestar afirmativamente, se seguiría el contrasentido —dentro de las coordenadas kantianas— de mantener que el fundamento o base del Derecho es la ley moral, y esto no es posible dada la separación que estableció la Filosofía crítica entre Moral y Derecho. Para superar esta dificultad, Schaumann propuso la fórmula que triunfó en la Escuela kantiana, a saber, que la ley moral no determina todas las posibilidades del arbitrio de la persona, sino que deja libres toda una serie de comportamientos; naturalmente, esto implica mantener, como hizo Schaumann, que los comportamientos «libres» no vienen regulados por la ley moral, sino que se trata de comportamientos que carecen de relevancia ética porque no tienen un fundamento moral determinante (*moralische Bestimmungsgrund*), ya que están abandonados, es decir, están motivados, por las tendencias naturales (*Naturtriebe*). Se trata, por tanto, de acciones que no son necesarias moralmente, es decir, que no han de ser realizadas necesariamente porque así lo ordene la ley moral y, en consecuencia, son acciones que permanecen como «posibles» moralmente (*moralisch-möglich*) dependiendo únicamente del arbitrio del sujeto en cuestión (103).

La ley, por tanto, crea una permisión (*Gestattung, permissio*), una posibilidad de actuar; la acción misma, en la medida en que está permitida y es posible, es esencialmente algo permitido, *Erlaubtseyn*; para el sujeto de la acción permitida resulta, de este modo, una licencia (*licentia*) y entonces decimos que tal sujeto «puede», *darf*, o dicho con términos más precisos, que «a tal sujeto le está permitido» (104). La ley, por tanto, concede al sujeto una facultad (*Befugnis*) que no es otra cosa que la posibilidad de obrar según la propia voluntad (105).

El Derecho es, de este modo, algo esencialmente permisivo, puesto que establece posibilidades de actuar para la persona, a diferencia de la Moral que no establece posibilidades de actuación, sino que limita el poder que de facto tienen los hombres; por esto, la Moral se ocupa de responder a la pregunta: ¿Qué debo hacer yo? (*Was soll*

(103) «...so bestimmt es (das S.G.) doch nicht die ganze Willkühr der Person, sondern stellt ihr einige freywillige Handlungen frey. Da nun aber in einem jeden endlichen Wesen nur zwey Bestimmungsprincipien —der Sittlichkeit (moralischer Bestimmungsgrund) und der Natur (Naturtrieb)— sind; so kann der Satz des vorigen Paragraph keinen andern Sinn haben, als diesen: das Sittengesetz erklärt, dass die Person in Hinsicht auf die freywilligen Handlungen, welche nicht moralisch nothwendig sind, sich durch Naturtriebe bestimmen lassen könne... freywillige Handlungen also, zu deren sich das handelnde Subject laut des Sittengesetz nach Naturtrieben bestimmen kann, moralisch-möglich.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 136.

(104) «Die in Gesetz vorgestellte Möglichkeit der Ausübung einer Handlung heisst Gestattung (permissio): die Handlung selbst, in so fern ihre Ausübung möglich ist, erlaubt, und diese ihre Beschaffenheit, dass sie erlaubt ist, ein Erlaubtseyn. Für das Subject der erlaubten Handlung erfolgt aus der Gestattung des Gesetzes Erlaubniss (licentia)-die Person *darf*, d.i. sie hat das gesetzliche Vermögen eine Handlung auszuüben.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 138.

(105) «Der im Gesetze liegende Grund der gestzlichen Möglichkeit einer Handlung heisst Befugung, und die Folge dieser Befugung für die Person, Befugniss, oder die gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 139.

ich?), mientras que la ciencia jurídica esclarece el «¿Qué puedo hacer yo?» (*Was darf ich?*) (106).

Plantear así el fundamento del Derecho suponía explicitar con lucidez una exigencia de la Escuela del Derecho natural moderno, a saber, que el punto de referencia sistemático para toda investigación y creación jurídica deber ser el individuo: sus tendencias naturales, sus intereses, sus pretensiones; esto se oponía frontalmente, en el punto auténticamente neurálgico, a la ciencia jurídica de orientación romanista que, desde muchos siglos antes, contemplaba al Derecho como una realidad que se desprendía de las cosas mismas, esto es, de las situaciones histórico-sociales, de la naturaleza de las cosas, de la constitución psico-somática del hombre, etc., lo que llevaba a estos juristas a escribir que el *ius oritur ex facto*, o bien que el Derecho es una fuerza ínsita en las cosas mismas, *ius est vis insita in rebus* (107). La Escuela de Kant llevó a su plenitud este proceso de subjetivización del Derecho y de la ciencia jurídica y, en este sentido, Schaumann escribía que la habilitación o licencia que la ley moral concede a la persona se llama «derecho» (*ius*), es decir, la posibilidad de obrar según las tendencias naturales y no bajo los dictados de la ley moral; esta habilitación para obrar es, pues, una realidad exclusivamente personal, ya que la ley moral que la crea es estrictamente personal o subjetiva; por ello, Schaumann explica que casi todos los filósofos y juristas que se han ocupado de esclarecer el significado del concepto del Derecho han considerado que el Derecho es una cualidad de los actos, y no han tenido en cuenta que el Derecho sólo puede ser una cualidad o facultad del sujeto que obra, de la «persona» (108). C. F. Mühlenbruch resumía esta idea, años más tarde, indicando que el derecho es la posibilidad *moral* de hacer u omitir algo por lo que, en consecuencia, es una realidad exclusivamente subjetiva: *also einzig subjectives*, que se concreta en la libertad de la voluntad, en la autodeterminación, que constituye la condición necesaria de cualquier estado jurídico (109).

(106) «Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzlichen Möglichkeit, nach eigenem Willen zu handeln. Ammerkung 1. Die Wissenschaft der Sittlichkeit beschäftigt sich mit einer systematischen Beantwortung der Frage: "Was soll ich"-die Rechtswissenschaft mit der Frage: "Was darf ich?"» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 7.

(107) Vid., por ejemplo, Pedro de Bellapertica, en su comentario número 7 a Instituta 1.2.1. Cfr. *In Libros Institutionum Divi Iustiniani Sanctissimo principis Commentarii*, Lyon, 1589.

(108) «Der im Sittengesetz liegende Grund der moralischen Möglichkeit einer Handlung heisst Berechtigung: und die Folge dieser Berechtigung für die Person, ein Recht (*ius*), oder die moralische Möglichkeit, nach Naturtrieben zu handeln. Ammerkung 1. Fast alle Philosophen und Juristen, welche die Erörterung des Begriffs Recht (im naturrechtlichen Sinne) beschäftigt hat, haben das Objects des Begriffs von einem Rechte in der Beschaffenheit *der Handlungen* gesucht, und nicht, wie doch nothwendig ist, in eine Beschaffenheit (*facultas*) des handelnden Subjects (der Person)...» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 140.

(109) «Recht ist die moralische Möglichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen, also einzig subjectives. Freyheit des Willens, oder die Selbsbestimmung in Menschen ist die Bedingung eines jeden rechtlichen Zustandes.» Cfr. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts*, Rostock und Leipzig, 1807, § 6.

Los derechos, concluye Schaumann a modo de resumen, dependen de la ley moral, del mismo modo que las obligaciones; pero la ley moral, cuando se refiere a los derechos, no dice: tú debes (*du sollst*), sino «tú puedes» (*du magst*); la fórmula o expresión de los derechos no es, por tanto, imperativa, sino permisiva (110).

Sin embargo, la relación del Derecho con la ley moral kantiana no era, ni mucho menos, clara. En efecto, la ley moral, según Kant, *ordena* conductas, tanto de acción como de omisión, es decir, manda o prohíbe; el Derecho, en cambio, no puede ordenar nada porque en tal caso, como nos indica Krug, se confundiría con la ley moral (111). El Derecho, por tanto, existe solamente en aquella zona en la que la ley moral no dispone nada, en la zona de lo moralmente indiferente. De esta forma, el Derecho aparece, en la Filosofía crítica, como algo fáctico, que existe y se desarrolla al margen de las exigencias morales; con el tiempo, una vez que la Escuela de Kant fue más o menos consciente de la desvinculación entre los planos éticos y jurídicos, fue necesario buscar a las facultades en que consiste el Derecho otro fundamento más preciso.

En esta última tarea, Christian Weiss mantuvo, en 1804, que las facultades que posee el hombre para realizar comportamientos arbitrarios están fundamentadas originalmente en su naturaleza, de forma que a cualquier otro sujeto le está prohibido estorbarle en este tipo de actos (112). La existencia del Derecho, proseguía Weiss, es tan innegable como fáctica (*ist in sofern factisch und unleugbar*) (113), de modo que el Derecho, en general, tiene su fundamento en la naturaleza misma del hombre, de manera que es un carácter esencial del hombre el disfrutar de derechos (114). Tal naturaleza a que alude Weiss debe entenderse como la libertad que originariamente corresponde a todo hombre y por ello, prosigue este autor, la solución al problema que se suscita cuando nos preguntamos con qué fundamento afirma el hombre poseer una facultad incondicionada para la dirección arbitraria de sus comportamientos, no es otro que observar que el Derecho reside en el arbitrio (*Willkühr*), porque la libertad es una característica esencial y permanente del hombre (115).

(110) «Rechte also hängen, so wie Pflichten, vom Sittengesetz ab. Dieses aber spricht in Beziehung auf Rechte nicht: du sollst, sondern: du magst. Seine Formel ist nicht hier imperativ, sondern permissiv.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 140.

(111) Cfr. *Aphorismen...*, cit., § 3.

(112) «Es ist auch Thatsache des innern Sinne oder des Bewußtseyns, daß dem Menschen allein in der Natur ein Befugnis zu beliebigen Handlungen zukomme, welches in seine Natur ursprünglich sey, und in dessen Besitze daher ein jeder Andre schlechthin verbunden sey, ihn nie willkürlich zu stören.» Cfr. *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1804, § 2.

(113) Cfr. *Op. cit.*, § 3.

(114) «... da das Recht überhaupt seinen Grund in der Natur des Menschen selbst haben, un daß es zu dem wesentlichen Charakter des Menschen gehören müsse, Recht zu genießen.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 4.

(115) «Das Problem, allgemein vorgestellt, ist enthalten in der Frage: Mit welchem Grunde behauptet der Mensch ein unbedingtes Befugnis zu beliebiger Einrichtung seiner Handlungen zu haben? und mit welchem Grunde verlangt er von Andern, welche

De esta forma, según Weiss, primero existe el arbitrio indeterminado y, como consecuencia de afirmar tal arbitrio como un derecho de todo hombre, se acaba considerando que es un derecho esencial del hombre, fundamentado en su naturaleza esencialmente libre, ejercer de facto un arbitrio indeterminable.

El kantiano que explicó con más precisión la naturaleza y el fundamento último del Derecho fue J. A. Brückner. Este autor parte desde la observación usual de que existen acciones que no revisten una necesidad particular de ser realizadas; estas acciones están, ciertamente, regladas, pero no por un principio que ordena que el agente *debe* hacerlas, sino por otro principio que, sin prescribir nada, imprime sin embargo el sello de la legitimación a todo aquello que un individuo realiza; este último principio, explica Brückner, es lo que nosotros llamamos «principio del Derecho» o «principio jurídico» (116).

Este principio jurídico, prosigue Brückner, proclama que un hombre puede querer, y hacer, ciertas cosas de una manera arbitraria, es decir, sin que pueda ser molestado por ninguna consideración, tan lejos como el permiso se extienda; expresa, por tanto, la idea de una autorización positiva a favor de un agente, de modo que de tal autorización resulta la legitimidad de las acciones de tal agente (117). Por tanto, la idea de un derecho nos lleva, en último análisis, a la de una autorización en virtud de la cual un sujeto puede formar sus pretensiones libremente sobre ciertas cosas (118).

Pero, podemos leer entre líneas en Brückner, si cada derecho nos lleva a una autorización expresa que lo hace posible, lo que destaca como «principio del Derecho» es más bien la instancia que concede una autorización para cada caso, y esto no es compatible con la pretensión iusnaturalista de hacer del individuo el principio y fin del Uni-

er sich doch gleich setzet, daß sie ihre Willkühr, um des äußer Möglichkeit seiner beliebigen Handlungen willen, beschränken sollen? Zur Lösung dieses Problem ist fürs erste zu bemerken, daß die natürliche Rechtsforderung in der Willkühr, von welcher aus und gegen sie ergeht, die Freyheit als wesentliches und bleibendes Merkmal derselben nothwendig vorausgesetzt.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., §§ 29-30.

(116) «Mais il y'a des actions qui n'ont aucun caractère de nécessité pratique, quoiqu'on leur attribue indubitablement une valeur absolue dans l'estimation. Les actions sont donc motivées et réglées, non pas par le principe déterminant qui commande ce que l'homme *doit* faire, mais par un principe qui, sans rien prescrire à l'agent, imprime néanmoins le sceau de légitimation à ses actions, en fixant d'une manière absolue ou péremptoire ce qu'il *ose* faire et vouloir. C'est ce principe que nous appèlerons le *principe du droit*, ou *principe juridique*.» Cfr. *Essay sue la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, Leipsic, 1810, § 145.

(117) «Le principe juridique proclame d'autorité, que l'homme *ose* vouloir et faire certaines choses, d'une manière arbitraire, c'est à dire, sans être gêné par aucune considération, aussi loin que la permission s'étend. C'est là l'idée d'une *autorisation* positive et expresse, pour et faveur d'un agent, et pour autant qu'il juge à propos d'en profiter. De cette autorisation résulte la *légitimité* de l'action, pour laquelle l'agent se déterminera.» Cfr. *Essay...*, cit., § 146.

(118) «L'idée d'un droit remonte donc, en dernière analyse, à celle d'une autorisation, en vertu de laquelle un agent *ose librement* former des prétensions, a certaines choses comme lui appartenant, à titre de propriété médiatement ou immédiatement disponible; prétensions qui'il peut faire valoir par une détermination actuelle de sa volonté.» Cfr. *Essay...*, cit., § 151.

verso. Por este hecho, Brückner explica que «la autoridad legislativa que fundamenta originariamente los derechos reside en la autonomía jurídica, de la que participa todo ser dotado de razón y que, bajo este punto de vista, puede ser llamada *razón universal*, que es el arquetipo de toda autorización y de todo derecho» (119). Por tanto, el título primitivo de todos los derechos está en esta declaración, emanada de la autonomía jurídica de la razón, que indica que, con respecto a todo lo que está fuera de él, el agente dotado de razón es originariamente dueño de sí mismo; de esta forma, tal autonomía se proclama como la autoridad suprema en el Derecho (120).

Pero lo que caracteriza especialmente a la libertad en el sujeto de derechos es que él es libre en tanto que él no tiene ninguna obligación de determinarse a actuar de esta u otra forma, ni ninguna responsabilidad por el uso, o no uso, que él haga con sus derechos; en este punto, él está absolutamente abandonado a su arbitrio, sólo determinado por su apetito. Queremos decir, concluye Brückner, que en lo que se refiere a un derecho que le pertenece, el individuo no está sometido a ninguna ley emanada de una legislación exterior, ni a ninguna voluntad extraña, y esto es lo que constituye propiamente la libertad jurídica de todo sujeto de derechos como tal (121).

El individuo, tal como nos muestra el análisis especialmente radical y lúcido de Brückner, no está sometido, jurídicamente, a ninguna ley extraña a él mismo. Por ello, el «yo puedo» en que consiste todo derecho depende, tanto en su fundamentación filosófica última como en su ejercicio concreto, exclusivamente del sujeto que lo ostenta. De esta forma, no existe ninguna ley jurídica superior al individuo y, en consecuencia, la creación del ordenamiento jurídico es una tarea que compete a los individuos que, a partir de la libertad que le es innata, lo construirán autónómicamente, usando de los pactos para todas aquellas relaciones jurídicas que impliquen un dominio sobre los demás.

(119) «L'autorité législative qui fonde primitivement des droits, réside dans l'autonomie juridique, qui est le partage de tout être doué de raison, et qui, sous ce point de vue, peut-etre appelée *raison universelle*, et type primitif de toute autorisation et de tout droit.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, § 155.

(120) «Le titre primitif de tous les droits est dans cette déclaration, émanée de l'autonomie juridique de la raison, et qui dit que pour tout être hors de lui, un agent raisonnable est primitivement maître de lui-même. C'est ainsi que cette autonomie s'annonce comme autorité suprême en matière de droit.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, 157.

(121) «Mais ce qui caractérise particulièrement la liberté dans le sujet de droits, c'est qu'indépendamment de sa faculté intérieure, de pouvoir se déterminer en vertu d'une autorisation, il est libre en tant que, vis-a-vis d'autres êtres, il n'a aucune obligation de se déterminer, ni aucune responsabilité, quant à l'usage ou non-usage qui'il juge à propos de faire de sont droit. A cet égard il est entièrement abandonné à son arbitre déterminable par l'appétition. Nous voulon dire par là que, relativement à un droit qui lui appartient, le sujet n'est soumis à aucune loi émanée d'une législation extérieure, ni à aucune volonté étrangère... C'est là ce qui constitue proprement la *liberté juridique* de tout sujet de droits comme tel.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, § 164.

5. Una libertad formal, negativa y vacía

El Derecho se manifiesta ante todo, tal como hemos estudiado, en el conjunto de las facultades libres que corresponden a la totalidad de los individuos; la libertad contenida en tales facultades recibió en la Escuela de Kant, del mismo modo que en la Escuela del Derecho natural, una naturaleza esencialmente negativa, ya que no consistía tanto en otorgar derechos para realizar actos concretos como en exigir un respeto a su indeterminación. Podríamos decir, en consecuencia, que el bien jurídico realmente protegido era la independencia del sujeto.

Lógicamente, un ordenamiento jurídico fundamentado sistemáticamente y que tiene como punto único de referencia el no forzamiento del arbitrio de las «personas» que lo componen, es un ordenamiento jurídico esencialmente formal y negativo. Efectivamente, hablamos de formalismo porque el Derecho, así planteado, no protege bienes concretos, sino que carece de contenidos materiales; en este sentido, Gros escribía que «El concepto del Derecho no se refiere a la materia del arbitrio, sino únicamente a la forma de éste» (122). En efecto, la razón kantiana sólo exige el respeto a la independencia del sujeto, y no puede «descender» a otras concreciones porque entonces se contaminaría con la empiria, máximo enemigo de la razón pura *a priori* que ellos pretenden usar; por este motivo Karl Heinrich Heydenreich escribía que «si la verdadera obligación expresa la inmodificable necesidad de una determinada forma de actuar determinada por la razón, ella solamente puede fundamentarse en una ley de la razón que no está sometida a ninguna condición... y en la misma medida en que tal ley no puede ser material ni empírica, en esa misma medida sólo puede consistir en un principio formal» (123). Tal principio formal, como expresa a continuación, no es otro que el imperativo categórico propuesto por Kant (124). Con palabras muy parecidas se expresaba Heinrich Stephani unos años más tarde, indicando que lo que es Derecho, o justo, permanece siempre igual, y solamente puede ser una forma jurídica (*Rechtsform*), que posee una naturaleza eterna y que de ningún modo está sometida a la variabilidad propia del mundo de la empiria (125). El concepto kantiano del Derecho sólo puede ser, en con-

(122) «Der Rechtsbegriff bezieht sich nicht auf die Materie des Willkühr, sondern lediglich auf die Form derselben.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 34.

(123) «Wenn wahre Verpflichtung die unwandelbare Nothwendigkeit einer Handlungweise, bestimmt durch Vernunft, ausdrückt, so kann sie sich nun auf ein Gesetz der Vernunft gründen, welches keiner Bedingung unterworfen ist... So gewiss ein solches Gesetz nicht material und empirische seyn kann, so gewiss kann er nur ein formaler Grundsatz seyn.» Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, págs. 86-87.

(124) «Dasjenige höchstte Grungesetz der praktischen Vernunft, welches die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt, in wiefern sie diess ist, ist in der Formel enthalten: Handle iederzeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst.» Cfr. *System...*, cit., pág. 87.

(125) «...so bleibt auch das, was recht ist, sich immer gleich, und kann die Rechtsform, welche von ewigen Natur und keinesweg dem Gesetze der Veränderlichkeit der

secuencia, una forma intelectual, pura y *a priori*, que únicamente puede expresar que las libertades individuales pueden ser coordinadas.

Zachariä expresaba esta idea con notable precisión: «El principio del Derecho resulta de la pura existencia de una ley moral en el hombre, sin referirse al contenido de esta ley. Su formulación no es: lo que yo debo hacer, lo que me es lícito hacer, sino: si yo en general debo (en tanto que ser libre actuar de acuerdo con la ley moral) entonces me es lícito defender mi libertad externa usando de la violencia (si es preciso) (126). En el Universo jurídico kantiano sólo queda, en definitiva, un individuo, «yo», que defendiendo mi libertad usando para ello la violencia si es necesario.

El Derecho, por consiguiente, ha de expresar necesariamente una realidad formal, es decir, vacía. Ello ha de ser así forzosamente porque, como escribe, Schmid, la ley práctica de nuestra razón no puede descender a detallar que tipos de comportamientos son adecuados a nuestro amor propio, a nuestra sensualidad, a nuestra felicidad, de modo que, por adecuarse a estas cosas, sean obligatorios; al contrario, el concepto fundamental de la razón no puede contener ningún dato de esta naturaleza, ya que si la ley suprema práctica la conocemos *a priori* y es desarrollada desde los principios fundamentales de la razón, ella sólo puede expresar qué comportamientos son adecuados u opuestos, a los conceptos de la razón. Por ello, un principio práctico que presenta una acción como necesaria, no a causa de su adecuación a nuestra empiria, sino por su concordancia con el concepto fundamental de la razón, es un principio formal; por esto, la ley práctica sólo puede consistir en un principio formal, por lo que también las reglas que fluyen de ella han de ser igualmente formales (127).

Tiefrunk, mucho más escuetamente, explicaba que dado que la ra-

Sinnenwelt unterworfen ist, nie.» Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen, 1797, § 5.

(126) «Das Rechtsprincip ergiebt sich also aus dem blossen Daseyn eines Sytten-gesetz im Menschen, ohne Rücksicht auf den Inhalt dieses Gesetzes. Die Formel derselben ist nicht: Was ich soll, das darf ich; sondern: Wenn ich überhaupt soll (als ein freyes Wesen und mithin nach dem Sittengesetz handeln), so darf ich (meine äussere Freyheit durch Zwang vertheidigen).» Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., § 3.

(127) «Das praktische Gesetz kann also nicht ausdrücken, welche Art zu Handeln unsrer Sinnlichkeit, der Selbstliebe und ihren Gegenstände, der Glückseligkeit, gemäss, und um derentwillen nothwendig sey... kann auch in dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst, kein Datum dieser Art enthalten seyn... Es kann also nichts blos darum Rechts seyn, weil es der Natur unsrer Sinnlichkeit, unsrer Selbstliebe und Glückseligkeit im Gazeu oder in gewissen Rücksicht, an sich oder unter gewisser Umständen und Bedingungen, gemäss ist... Soll das oberste praktische Gesetz schlechthin *a priori* erkannt und aus dem Grundbegriffe der Vernunft entwickelt werden; so kann dasselbe nichts anders ausdrücken, als: welche Handlungsweise dem Begriffe unsrer Vernunft von sich selbst gemäss oder zuwider, vernünftig oder unvernünftig, und lediglich um deswillen für einen jeden durch Vernunft bestimmten Willen nothwendig oder unmöglich sey... Ein praktischer Grundsatz, welcher eine Handlung als nothwendig vorstellet, nicht wegen ihrer Beziehung auf unsre Sinnlichkeit, sondern wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem Grundbegriffe der Vernunft, oder wegen der Vernünftigkeit ihrer Form heisst ein formaler Grundsatz seyn, folglich kann auch der daraus abfliessende oberste Rechtssatz nur formal seyn, d.h. es kann etwas blos darum Recht seyn, weil es mit dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst übereinstimmt.» Cfr. *Grundriss...*, cit., §§ 90, 93 y 94.

zón es la fuente de las normas para la libertad, y como nuestra razón es una facultad puramente formal, ella solamente crea las leyes para la libertad a través de su forma (128).

Tenemos, pues, en el final de la vida de la Escuela del Derecho natural, un único derecho, a saber, el derecho a que no me determinen mi arbitrio porque yo —su titular— soy el único sujeto que está capacitado para determinarlo, concretarlo o limitarlo. En consecuencia, lo único que puede exigir un hombre es que los demás le respeten su arbitrio, y el contenido último de toda exigencia jurídica es reclamar una abstención general. En este sentido, Klein escribía que «todos los derechos son originariamente negativos» (129) porque consisten en reclamar una actitud continuada de omisión. Jakob Fries exponía, a este respecto, que «todas las obligaciones jurídicas son originariamente obligaciones negativas de omisión... ya que la obligación jurídica sólo puede surgir del mandato que expresa que toda persona debe ser respetada como un fin en sí» (130). Esta idea traspasa todo el período de vida de la Escuela kantiana, y Claudio Droste-Hülshoff, aún en 1823, explicaba que «originariamente, y en general, no existe en absoluto ninguna obligación jurídica positiva» (131).

Quizá el autor que, en el plano de la teoría jurídica, expresó con más claridad esta idea, fue Theodor Schmalz. «Los derechos y obligaciones jurídicas —escribía este autor— se refieren al mantenimiento de la libertad externa; dado que la libertad, en sí misma, es algo solamente negativo, que se concreta en la ausencia de toda determinación que provenga del exterior, no podemos hablar de su fomento o aumento, sino sólo de su mantenimiento» (132). En consecuencia, prosigue Schmalz, «los derechos y obligaciones jurídicas sólo pueden ser negativos, con exclusión de todo lo afirmativo, pues ellos se refieren únicamente al mantenimiento de la libertad externa y exigen que sea omitido todo aquello a través de lo cual esta libertad se vería molestada. Pues la libertad es, en sí, una realidad negativa, ya que no pretende otra cosa sino ser libre de toda determinación extraña... Y la libertad externa sólo quiere la negación de su limitación» (133). De he-

(128) «Die Vernunft ist also die Quelle der Gesetze für die Freiheit und zwar lediglich durch sich selbst. Da aber die Vernunft an sich ein bloß formales Vermögen ist, so wird sie nur durch ihre Form selbst Gesetz für die Freiheit werden können.» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 26.

(129) Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 62.

(130) «Alle Rechtspflichten sind ursprünglich negative Pflichten der Unterlassung... die Rechtspflicht kann nur aus dem Gebote entspringen: daß jeder die Person des andern als Zweck respetieren solle.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., págs. 13-14.

(131) «So giebt es keine ursprünglich und allgemeine, und überhaupt ursprünglich gar keine, positive Rechtspflicht.» Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Bonn, 1823, vol. I, § 22.

(132) «Die jurisdischen Rechte und Pflichten beziehen sich also auf die Erhaltung der äussern Freyheit. Denn da Freyheit selbst nur etwas Negatives ist, nämlich Abwesenheit alles Bestimmtwerdens von aussern, so kann nicht von Vermehrung oder Beförderung derselben, sondern nur von der Erhaltung die Rede seyn.» Cfr. *Handbuch...*, cit., § 70.

(133) «Juridische Rechte und Pflichten müssen nur negative seyn, mit Ausschliessung aller affirmativen. Denn sie beziehen sich alle nur auf Erhaltung der äusseren Frey-

cho, Schmalz ya había explicado años antes que incluso la obligación de cumplir un contrato es una obligación negativa, de abstención, concretamente de abstenernos de sustraer a la otra parte aquello que, a través del contrato ha llegado a ser suyo» (134). Esto llevaba a Weiss a escribir que la libertad, de acuerdo con su concepto, es algo negativo y vacío (*ist sie negativ und leer*) (135).

IV. EL RESULTADO FINAL: LA NOCIÓN DE «PERSONA»

Este ser que se afirma frente al Universo como una totalidad portadora de un arbitrio indeterminable por presiones ajenas, requería un término que expresara adecuadamente su realidad; el término inventado dentro de la Filosofía crítica, para designarlo, fue el de «persona».

Una de las primeras descripciones de lo que es una «persona» la encontramos en Hufeland, que entendía que «la facultad de un ser de proponerse fines para sus acciones se llama la *Personalidad*» (136); debemos cuidarnos de entender estas palabras en su literalidad, y pensar, por ejemplo, que Hufeland propone que el hombre es persona porque es capaz de obrar según finalidades; al contrario, estos filósofos no pretenden en sus libros de *Naturrecht* ocuparse de Psicología, sino dar una proyección normativa a los conceptos que han elegido. Esto queda más claro en Hoffbauer cuando explica que «un ser racional es llamado una persona en la medida en que él puede proponerse fines para sí mismo y no depende de los fines que le marquen otras voluntades» (137), y esta idea queda más explicitada en Tiefrunk, que escribe que «Bajo el término de personalidad entendemos nosotros la existencia del hombre como un fin autónomo en el mundo» (138).

Con esta idea se cierra el círculo que se apuntaba en las páginas anteriores: el hombre es persona no sólo porque posee un derecho a la libertad desde sí mismo, sin depender de ninguna instancia extraña o superior a él, sino también porque la finalidad que debe tomar su libertad se agota en él mismo, que no ha de rendir cuentas a nadie del uso que haga de ella. Por esto, Krug mantenía que «Un ser racional es aquel que es capaz de proponerse fines a sí mismo; él tiene la fina-

heit, also nur darauf, dass alle unterlassen werde, wodurch sie gestört wurde. Die Freyheit is an sich etwas negatives. Sie will nichts, als nur frey seyn von fremder Bestimmung... aber die äussere Freyheit will nichts als die Negation ihrer Störung.» Cfr. *Handbuch...*, cit., § 74.

(134) «Selbst die Pflicht, unsern Vertrag zu erfüllen, ist nicht ander, als eine Pflicht, unserm Promissair desjenige nicht zu entziehen, was durch Vertag sein geworden ist.» Cfr. *Erklärung...*, cit., pág. 26.

(135) Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 36.

(136) «Das Vermögen eines Wesens, sich Zweck für seine Handlungen vorzusetzen, heisst die *Persönlichkeit*.» Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 90. El subrayado es de Hufeland.

(137) «Ein vernünftiges Wesen heisst nun Person, in so fern es sich selbst Zwecke vorsetzen kann, und nicht blos um der Zwecke anderer Willen vorhanden ist.» Cfr. *Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts*, Halle, 1795, pág. 63.

(138) «Unter Persönlichkeit verstehen wir die Existenz des Menschen als eines selbständigen Zweckes der Welt...» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 189.

lidad de sus acciones y omisiones en él mismo, ya que él es *Selbstzweck*, es persona» (139). Zacharia ampliaba esta idea explicando que «una persona es un sujeto al que le corresponde un arbitrio libre» (140), y Eisenhart resumía este concepto cuando indicaba que «lo que hace la Personalidad del hombre es la capacidad de determinarse independientemente de la voluntad de los otros y de obrar según el propio juicio y los fines propios» (141). Esta misma idea la repite, más extensamente, el Krug tardío (142).

Como en otros temas fundamentales, también es Brückner ahora el que desarrolla más lúcidamente la noción de «persona jurídica». «Nosotros atribuimos a todo ser racional una personalidad jurídica en consideración a la conciencia que él tiene de la libertad jurídica, libertad fundada sobre una autorización expresa, sea primitiva o secundaria, que le exime de toda responsabilidad exterior con respecto a lo que él hace con lo que es objeto de su derecho. El es una persona jurídica en tanto que, en toda la extensión de la autorización, él es dueño de su persona física y moral, así como de todo aquello que él tiene, sin responsabilidad frente a los otros» (143). La culminación lógica de una personalidad jurídica sería aquel ser que, como indica Brückner, tuviera derechos y ninguna obligación; él, en este caso, poseería la personalidad jurídica en el grado supremo, porque ya no tendría ninguna responsabilidad, interior o exterior (144).

Entre la masa de críticos del iusnaturalismo y, con él, de la doctrina jurídica de la Filosofía crítica, Hegel fue quien captó con mayor precisión la noción de «persona» que habían propuesto los kantianos. Este autor trata de la «persona» y de la «personalidad» a comienzo del tratamiento de lo que él llama «Derecho abstracto», que no es otra cosa que el rótulo que él usa para designar la corriente iusnaturalista, representada en sus conceptos fundamentales; lógicamente, el primero de estos conceptos, según su importancia, es el de individuo libre, con

(139) «Ein vernünftiges Wesen ist ein solches, dass sich selbst seine Zwecke zu setzen vermag. Es hat den Zwecke seines Thun und Lassen in sich selbst; es ist Selbstzweck; es ist Person». Cfr. *Aphorismen...*, cit., § 18.

(140) «Eine Person ist ein Subject, dem das Prädicat einer freyen Willkühr zukommt». Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., 2.

(141) «Sich unabhängig von dem Willen anderer nach eigener Einsicht und eigenen Zwecken zum Haldeln zu bestimmen, macht die Persönlichkeit des Menschen aus». Cfr. *Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen und Hülfswissenschaften*, Helmstädt, 1804, § 23.

(142) Cfr. *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg, 1817, § 13, y *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1811, págs. 15-16.

(143) «Nous attribuons à être raisonnable une personnalité juridique, en considération de la conscience qu'il a de sa liberté juridique; liberté fondée sur une autorisation expresse, soit primitive soit secondaire, et qui l'exente de toute responsabilité extérieure, relativement à ce qui fait l'objectict de son droit. Il est une persone juridique, en tant que, dans tout l'étender de l'autorisation, il est maitre de sa persone physique et morales, ainsi que de tout ce qui y tient, a titre de droit et de propriété médiatement ou immédiatement disponible sans responsabilité envers d'autres». Cfr. *Essay...*, cit., § 166.

(144) «Un etre qui n'aurait que des droits et point d'obligations, aurait le caractère de personnalité juridique au suprême degré, parce qu'il serait exempt de toute responsabilité intérieure aussi bien qu'extérieure». Cfr. *Essay...*, cit., § 167.

un arbitrio indeterminado, que se afirma, caracterizado de tal manera, como el fundamento y fin del Derecho. Por esto, Hegel explica que «En su concepto abstracto, la voluntad que es libre en sí y para sí consiste en el estar determinada por su inmediatez. A causa de esta inmediatez, esta voluntad es negativa frente a lo real... es solamente la voluntad en sí individual de un sujeto» (145). «La universalidad de esta voluntad, que sólo es libre para sí misma es la relación formal, consciente pero sin contenido en su propia individualidad, en cuya medida el sujeto es *Persona*» (146). Hegel se refiere a la voluntad del individuo que, en su momento abstracto, cuando es puro arbitrio o capricho de tal individuo, está «determinada», es decir, limitada e incompleta, a causa precisamente de la limitación inherente al hecho de ser simplemente la voluntad personal, y nada más, de un individuo; por esta limitación, tal voluntad —escribe Hegel— es «negativa frente a lo real», ya que la voluntad del individuo, porque no es la voluntad objetiva del Derecho o del Estado, en principio es un obstáculo frente a todo lo objetivo. Se trata, como explica Hegel, de una voluntad que aún no tiene contenidos, es una voluntad vacía y negativa que lo único que afirma es precisamente su vaciedad, es decir, la pura indeterminación del arbitrio en que ella consiste en este primer estadio, y es precisamente esta indeterminación suya la que le proporciona, en este primer momento provisional su primera determinación o identidad (*Bestimmtheit*) (147).

A causa de su falta de contenidos, el Derecho, en el estadio primero o «abstracto», ha de ser puramente formal. «La personalidad —escribe Hegel— contiene la capacidad jurídica y constituye el concepto y también el fundamento abstracto del Derecho abstracto y, por ello, *formal*. El precepto del Derecho es, en consecuencia: sé una persona y respeta a los demás como personas» (148). Lógicamente, si el Derecho se limita a respetar la «personalidad» de cada cual, no puede contener normas materiales y concretas; al contrario, las normas jurídicas se verán limitadas a respetar la máxima libertad y a buscar, para ello, una regulación de las libertades diversas.

Como es evidente, el Derecho, así entendido, sólo puede consistir en una facultad, explica este autor en el *Zusatz* del párrafo 37; pero

(145) «Der an sich und für sich freie Wille, wie er in seinem *abstrakten* Begriffe ist, ist in der Bestimmtheit der *Ummittelbarkeit*... Nach diese ist er seine gegen die Realität negative, nur sich abstrakt auf sich beziehende Wirklichkeit - *in sich einzelner Wille eines Subjekts*». Cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt am Main, 1970, § 34.

(146) «Die *Allgemeinheit* dieser für sich freien Willen is die formelle, die selbstbewußte, sonst inhaltlose *einfache* Beziehung auf sich in seiner Einzelheit, - das Subjekt ist insonfern Person». Cfr. *Grundlinien*, *cit.*, § 34.

(147) «Die wesentliche Einsicht, die hier zu erlange wäre, ist nun, daß diese erste Unbestimmtheit selbst eine Bestimmtheit ist». Cfr. *Grundlinien...*, *cit.*, § 34, *Zusatz*.

(148) «Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher *formellen* Rechts aus. Das Rechtsgebot ist daher: *sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*». Cfr. *Grundlinien...*, *cit.*, § 36.

la simple facultad individual no puede dar cuenta de todo el Derecho, ni mucho menos puede fundamentar la obligación jurídica, aunque el Derecho natural haya reducido el Derecho a facultades de los sujetos. En efecto, una facultad crea solamente una habilitación de obrar para un sujeto, y no expresa, en principio, ninguna obligación jurídica, porque no es «necesario» u obligatorio que yo ejercite mi facultad; sucede que la facultad es únicamente una cara de la relación jurídica, hecho que no tuvo en cuenta el iusnaturalismo.

La necesidad de este Derecho, entendido como licencia o facultad, se limita a lo puramente negativo, a no vulnerar la Personalidad de los demás; por este motivo, argumenta Hegel, el Derecho natural se compone exclusivamente de prohibiciones jurídicas (149). Ya expliqué en su momento que la Escuela del Derecho natural, y la Filosofía crítica, concibieron las relaciones jurídicas de una forma negativa, como un respetar o abstenerse de aquellas conductas que pudieran molestar la «personalidad» de los demás; Hegel entiende que el diseño de un ordenamiento jurídico que se compone únicamente de prohibiciones es forzosamente incompleto, unilateral, destinado a ser completado en una fase superior del desarrollo de la idea del Derecho.

Finalmente, entre otras observaciones que hace, Hegel destaca el egoísmo (el *Fürsichsein*, el ser-para-sí) como un elemento esencial de la personalidad jurídica iusnaturalista. En efecto, en el momento de la personalidad, explica este autor, yo soy solamente para mí; puedo abstraer de todo, de modo que no queda ante mí sino mi pura personalidad (150), es decir, mi simple arbitrio que yo sigo manteniendo frente a las exigencias del Derecho.

Por tanto, formalismo, vaciedad, negatividad y egoísmo son las características fundamentales, según Hegel, de la noción ilustrada-iusnaturalista de la «Persona jurídica». Pero la crítica de Hegel apenas alcanzó a salpicar la caracterización y el contenido de la «persona jurídica» en el siglo XIX; en efecto, este individuo libre que no reconoce ninguna norma por encima de él, que es autónomo en el sentido estricto de este término, y que está destinado a crear todo el ordenamiento jurídico pactando con los demás sujetos que se encuentran en iguales circunstancias, se impuso como punto de referencia sistemático en la Pandectística del siglo pasado (151).

(149) «Die Notwendigkeit dieses Rechts beschränkt sich aus demselben Grunde seiner Abstraktion auf das Negative, die Persönlichkeit und das daraus Folgende *nicht zu verletzen*. Es gibt daher nur *Rechtsverbote*, und die positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde liegen». Cfr. *Grundlinien, cit.*, § 38.

(150) «Die Person ist also das Subjekt, für das diese Subjektivität ist, denn in der Person bin ich schlechthin für mich: sie ist diese Einzelheit der Freiheit im reinen Fürsichsein. Als diese Person weiß ich mich frei und in mir selbst und kann von allem abstrahieren, da nichts vor mir als die reine Persönlichkeit steht...». Cfr. *Grundlinien, cit.*, § 35, *Zusatz*.

(151) Vid. el minucioso estudio que hace H. KIEFNER en *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19.* Ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, págs. 3-26. Este estudio muestra cómo Savigny acogió e hizo suyas las prácticas totalidad de las tesis iusnaturalistas-kantianas, referidas al Derecho.