

El proyecto fichteano de un derecho penal independiente de la ética

Héctor O. Arrese Igor

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: En este trabajo me propongo examinar el proyecto fichteano de construir una teoría del derecho independiente de la ética, en especial en el ámbito del derecho penal. Considero que la idea de expiación del derecho puro y el aplicado son diferentes, en razón de los supuestos psicológico-morales de cada una, lo cual pone en jaque la consistencia interna de la teoría.

Palabras clave: derecho, expiación, Fichte, contrato, Estado

Abstract: "The Fichtean Project of a Penal Right Independent from Ethics". In this paper I intend to examine the Fichtean Project of building a theory of right independent from ethics, especially in the sphere of penal right. I consider that the ideas of atonement for pure and applied right are different. This difference responds to the psychological and moral presuppositions of each and puts the internal consistency of the theory into checkmate.

Key words: right, atonement, Fichte, contract, State

I. La idea de una ciencia del derecho independiente de la ética

Fichte intentó deducir su teoría del derecho con independencia de la ética, de modo tal que fuera aplicable aun a una sociedad integrada por ciudadanos egoístas y enemigos de la virtud¹. Este proyecto se fundó en la concepción de la moralidad y el derecho que Fichte defendió. De acuerdo con su teoría, son ámbitos que están separados de modo tajante y son independientes el uno del otro. Las razones que Fichte aduce para fundamentar esta afirmación son las que presento a continuación.

En primer lugar, Fichte entiende que la ley jurídica nunca puede ser deducida de la ley moral, porque ambas presentan diferencias importantes. Mientras que la ley moral ordena incondicionalmente su cumplimiento, la ley propia del ámbito jurídico lo hace de modo condicionado, es decir, que el ciudadano queda libre para cumplirla o no. En caso de que elija no hacerlo, simplemente será expulsado de la comunidad legal, pero, si quiere ver respetada su libertad, entonces deberá someterse al principio del derecho². Mientras que la ley moral exige categóricamente que se realice tal o cual acción, el derecho simplemente permite que lo ejerza quien así lo desee. Por ejemplo, puede ser perfectamente legal que alguien haga valer su derecho a usufructuar tal o cual cosa, pero no por eso será moralmente correcto que lo haga, dado que podría obstaculizar su progreso moral o el de otras personas³.

¹ Fichte encontró no pocas similitudes entre su proyecto y el opúsculo de Kant *Zum ewigen Frieden (Hacia la paz perpetua)*, que fue publicado en el otoño de 1795, mientras Fichte redactaba su *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, durante su docencia en la Universidad de Jena. Fichte leyó *Zum ewigen Frieden* recién en el otoño de 1796, y en ese mismo año publicó su reseña sobre la obra, antes de hacer lo propio con su *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*.

² Fichte, J.G., *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (en adelante, *GNR*). Citado según las siguientes ediciones: *Johann Gottlieb Fichte: Sämtliche Werke*, edición de Immanuel Hermann Fichte, Berlín: Weit & Comp., 1845ss. (en adelante, citado como *SW*, con indicación del volumen y de la paginación); *Johann Gottlieb Fichte: Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, edición de Reinhard Lauth y Hans Jacob, Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog, 1962ss. (en adelante, citado como *AA*, con indicación del volumen y de la paginación). El *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* se encuentra en *I. Abteilung (Werke)*, 3. Band. *Werke 1794-1796*, edición de Reinhard Lauth y Hans Jacob, bajo la colaboración de Richard Schottky, 1966. Aquí, cf. *GNR*, "Einleitung"; III; *Frommann-Holzboog*, III, p. 13; *AA*, I, 3, p. 323.

³ Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 54; *AA*, I, 3, p. 359.

El derecho aplica su coacción sobre las acciones que el yo produce en el mundo sensible; por el contrario, la moralidad permanece en el interior del espíritu, es decir, el ámbito de la libertad de conciencia, de pensamiento, etc. El ciudadano no tiene ningún derecho a ejercer estas libertades, porque ya tiene las facultades necesarias para ello y puede hacerlo cuando quiera; más aun, debe hacerlo. Pero Fichte considera que esto es un asunto de la ética y debe ser tratado en otro lugar⁴.

En el ámbito legal las intenciones del ciudadano son tomadas en cuenta solo en caso de que se sospeche de mala voluntad en el criminal, como se verá más adelante. Es decir que la índole moral del agente será decisiva a la hora de establecer si ha transgredido la ley movido por el egoísmo o por el simple afán de producir un daño a los demás, sin obtener ganancia alguna a cambio. Se trata de un asunto relevante desde el punto de vista jurídico porque, si el criminal evidencia una voluntad formalmente mala, no podrá aplicarse el derecho de coacción sobre su arbitrio y deberá ser expulsado de la comunidad legal o ser sometido a alguna forma de tratamiento correctivo, cuando esté dispuesto a rehabilitarse⁵.

No se trata de una mejora moral del criminal, porque el santuario de la conciencia moral está cerrado para toda instancia externa a su autoridad suprema. Más bien Fichte propone una “mejora política” (*politische Besserung*), es decir, una corrección de aquellas actitudes respecto de la libertad y la propiedad de los demás que perjudiquen el bienestar de todos. Mientras que la moral consiste en el amor del deber por el deber mismo, el derecho exige que cada ciudadano se ame solamente a sí mismo, y busque únicamente garantizar y asegurar su autoconservación, su propiedad y su libertad. Con palabras de Fichte, el mandamiento supremo del derecho es: “ámate a ti mismo por sobre todas las cosas, y a tus conciudadanos en vista de ti mismo” (“*liebe dich selbst über alles, und deine Mitbürger um dein selbst willen*”)⁶.

Por estas razones Fichte intenta fundamentar el principio del derecho sin recurrir a consideraciones morales. El fin último de su investigación es el establecimiento de las condiciones de posibilidad de la autoconciencia, entendida como la acción del yo de atribuirse a sí mismo la capacidad de realizar acciones libres en el mundo sensible⁷. Pero la autoconciencia no puede ser

⁴ Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 55; *AA*, I, 3, p. 360.

⁵ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, pp. 264-265; *AA*, I, 4, pp. 62-63.

⁶ *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 273; *AA*, I, 4, p. 69.

⁷ “Soll ein Vernunftwesen sich als solches setzen, so muss es sich eine Thätigkeit zuschreiben, deren letzter Grund schlechthin in ihm selbst liege” (“Si un ser racional debe ponerse a sí mismo en tanto que tal, entonces debe atribuirse a sí mismo una actividad,

explicada a partir del yo ni del objeto puesto en el mundo, porque el yo no puede existir si no está determinando un objeto y este último es el producto de la libertad de aquel en tanto que se sujeta a las leyes del mundo sensible. Por lo tanto, en ambos casos se supondría a la autoconciencia como existiendo de antemano, lo que es justamente aquello que se debe explicar⁸. Fichte intenta salir de este círculo vicioso cambiando el esquema interpretativo de la relación sujeto-objeto, que está a la base de esta petición de principio⁹.

Para ello, postula una relación intersubjetiva, donde la libertad del yo ya no esté limitada por un objeto sino que más bien sea promovida por otro sujeto. Se trata de la exhortación del otro al yo para que se autodetermine a la acción¹⁰. Pero esto no es posible si el yo no es reconocido por el otro como un ser racional en el acto mismo de la exhortación¹¹. La condición básica de este reconocimiento es que el otro no invada la esfera de las acciones libres del yo, porque en caso contrario se caería en una contradicción performativa¹².

De allí deriva Fichte la necesidad del derecho, entendido como una dimensión constitutiva de la autoconciencia¹³. En razón de lo argumentado hasta aquí, Fichte sostiene que la prueba de que el concepto del derecho no puede deducirse de la ley moral consiste en que efectivamente puede ser demostrado sin recurrir a ella. Por otro lado, solo hay una forma de deducirlo, por lo cual quedaría despejada toda duda al respecto¹⁴.

En este trabajo me propongo examinar las consecuencias que acarrea, para el derecho penal, el proyecto de Fichte de construir una teoría del derecho

cuyo último fundamento yace exclusivamente en él mismo”; *GNR*, § 1; *SW*, III, p. 17; *AA*, I, 3, p. 329).

⁸ “Also ist jeder mögliche Moment des Bewusstseins, durch einen vorhergehenden Moment desselben, bedingt, und das Bewusstseyn wird in der Erklärung seiner Möglichkeit schon als wirklich vorausgesetzt. Es lässt sich nur durch einen Zirkel erklären; es lässt sich sonach überhaupt nicht erklären, und erscheint als unmöglich” (“Cada momento posible de la conciencia está condicionado por otro momento previo, y la autoconciencia es presupuesta como algo real en la explicación de su posibilidad. Se puede explicar solo por medio de un círculo; por tanto no se puede explicar de ninguna manera, y parece algo imposible”; *GNR*, § 3; *SW*, III, p. 30; *AA*, I, 3, p. 340).

⁹ Cf. Stolzenberg, Jürgen, “Fichtes Begriff des praktischen Selbstbewusstseins”, en: Högrefe, Wolfram (ed.), *Fichtes Wissenschaftslehre. 1794. Philosophische Resonanzen*, Fráncfort d.M.: Suhrkamp, 1995, pp. 71-95, p. 80.

¹⁰ Cf. *GNR*, § 3; *SW*, III, p. 33; *AA*, I, 3, p. 342.

¹¹ Cf. *GNR*, § 3; *SW*, III, p. 34; *AA*, I, 3, p. 343.

¹² Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 52; *AA*, I, 3, p. 358.

¹³ Esta es la idea de derecho natural que sostiene Fichte. Cf. Renaut, Alain, “Deduktion des Rechts (Dritter Lehrsatz: § 4)”, en: Merle, Jean-Christophe (ed.), *Johann Gottlieb Fichte. Grundlage des Naturrechts*, Berlín: Akademie Verlag, 2001, pp. 81-95, p. 91.

¹⁴ Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 54; *AA*, I, 3, p. 359.

sin recurrir a la ética. En primer lugar, en el ámbito de la teoría pura del derecho, que consiste en la fundamentación del principio del derecho a partir de la autoconciencia, analizaré el problema de la rehabilitación de quien ha transgredido la ley. Luego, reconstruiré la teoría del justo castigo correspondiente al derecho aplicado, que constituye la propuesta de Fichte de un diseño particular para el derecho positivo. Finalmente, consideraré si ambas propuestas son consistentes entre sí y si pueden coexistir dentro de la misma teoría. Mi hipótesis de trabajo es que existe una diferencia de fondo entre la idea de expiación del derecho puro y la del derecho aplicado, motivada ante todo por una concepción diferente de los móviles morales en cada caso. De este modo, intentaré mostrar que Fichte no logra fundamentar un derecho sin ética, porque opera con una psicología moral que atraviesa toda su teoría del castigo y produce un cambio tal en la idea de relación legal que compromete la coherencia misma de su propuesta.

II. El problema de la expiación en la teoría pura del derecho

Un individuo goza de derechos solo si está integrado en una comunidad legal, lo que es decir en una comunidad de seres racionales¹⁵. Si el sujeto limita su esfera de libertad en razón de una esfera igual para los demás, entonces los demás harán lo propio, en razón de la ley de la concordancia consigo mismo (*Einstimmigkeit mit sich selbst*), que exige la coherencia entre las acciones y las ideas de los miembros de la comunidad legal¹⁶. Es decir, la comunidad legal existe siempre y cuando sus miembros sujeten su acción al principio del derecho (*Rechtssatz*)¹⁷. Por lo tanto, en el caso de que alguno de ellos transgreda el principio del derecho e invada la esfera de acciones libres que le correspondería a otro, se excluye a sí mismo de la comunidad legal y su propia libertad queda desprotegida frente a los atropellos de los demás.

Toda teoría de la expiación presupone algún status jurídico para quien sufre la pena¹⁸. Parece entonces que no existe ninguna razón para proponer una teoría del castigo, porque quien ha transgredido el derecho queda fuera de la comunidad legal¹⁹. Sin embargo, Fichte argumenta a favor de alguna

¹⁵ Cf. *GNR*, “Einleitung”, II; *SW*, III, p. 9; *AA*, I, 3, p. 320.

¹⁶ Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 48; *AA*, I, 3, pp. 354-355.

¹⁷ Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 52; *AA*, I, 3, p. 358.

¹⁸ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 279; *AA*, I, 4, p. 73.

¹⁹ Cf. Zaczek, R, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 69.

forma de rehabilitación del criminal, tanto en el contexto del derecho puro como en el del derecho aplicado.

En el ámbito del derecho puro, Fichte fundamenta su argumentación en la ley de la concordancia consigo mismo. Los sujetos deberán sujetarse siempre a ella, porque se han incorporado a la comunidad legal para realizarse como seres racionales. Esto exige ante todo la coherencia entre las ideas que sostienen, entre sus acciones, así como entre sus ideas y acciones. Esto tiene particular relevancia para la eventualidad de que alguno de ellos transgreda el principio del derecho.

Si alguien ha actuado en contra del principio del derecho, entonces antes de ese momento necesariamente estuvo integrado a la comunidad legal. Esto significa que ha reconocido a los demás miembros como seres racionales y que a su vez ha sido también reconocido por los demás como tal. Pero, una vez que ha roto con el principio del derecho, ya no puede seguir siendo tratado como un ser libre y racional. Por el contrario, debe ser tratado de aquí en adelante como una cosa, que puede ser manipulada y utilizada arbitrariamente como un instrumento para los fines de los demás²⁰.

Pero esta afirmación pierde su contundencia cuando se considera la situación a partir de la ley de la concordancia consigo mismo. De acuerdo con esta ley, el yo debe seguir reconociendo de algún modo como un ser racional aun a quien ha transgredido el principio del derecho y ha renunciado a comportarse racionalmente. El caso contrario sería lógicamente contradictorio e irracional, porque implicaría que el yo ha negado aquello que había afirmado anteriormente, a saber, que el otro es un ser racional y que lo es de un modo necesario y no fortuito, es decir, para todo tiempo futuro²¹. Por lo tanto, el otro debe ser reconocido como un ser humano al menos problemáticamente, si es que se quiere mantener la coherencia lógica y performativa.

El yo que ha mantenido la racionalidad se comporta como un juez frente a quien la ha abandonado²². Es decir que el yo invoca la ley de la concordancia consigo mismo, la cual el otro se ha comprometido a cumplir en el pasado, y constata la contradicción en que este último ha caído. La ley lógica de la coherencia trasciende entonces la individualidad del yo, en tanto que estructura su comunidad misma con el otro sujeto. De allí “la superioridad, que cada uno se

²⁰ Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, p. 49; *AA*, I, 3, pp. 355-356.

²¹ Cf. *ibid.*

²² Cf. *GNR*, § 4; *SW*, III, pp. 49-50; *AA*, I, 3, p. 356.

adjudica a sí mismo, frente a quien uno tiene razón”²³. El yo, que trata al otro como lo haría un juez, debe suponer necesariamente que es posible que el otro quiera ponerse a sí mismo como individuo, porque en caso contrario no habría entrado nunca con él en una comunidad legal, independientemente de que ahora haya quebrado la relación que los unía. Por lo tanto, el sujeto que se coloca en la posición del juez en realidad lo está exhortando a actuar racionalmente.

De este modo, tiene un sentido la apelación de este yo al otro a que oriente su conducta por la ley de la coherencia consigo mismo, y vuelva a reconocerlo y tratarlo como un ser racional. Esta ley es vinculante para ambos, por eso el yo que lo juzga puede esperar que este no oponga resistencia al modo en que lo trata. De esto se desprende que la comunidad de seres racionales permanece también cuando uno de ellos invade la esfera del otro.

Por lo tanto, la teoría pura del derecho de Fichte contempla la posibilidad de acompañar al sujeto que ha infringido el principio del derecho en su camino de retorno a la comunidad legal. Dicho de otro modo, el atentado contra la libertad de los demás no significa necesariamente la ruptura definitiva y permanente del lazo que los unía con el transgresor. Es razonable esperar, entonces, que los miembros de la comunidad legal exhorten a quien ha sido excluido a que vuelva a autodeterminarse a la acción libre y racional y, de este modo, asuma el principio del derecho como propio. Como veremos más adelante, la teoría del derecho aplicado de Fichte también ofrece al criminal la oportunidad de rehabilitarse y recuperar la capacidad de actuar conforme a derecho, en la forma de un contrato de expiación. Pero la finalidad allí no será que el otro recupere la racionalidad y pueda convertirse en un ser libre y plenamente humano, sino más bien que desarrolle el egoísmo racional y de este modo contribuya al bienestar de todos los ciudadanos. En la sección siguiente intentaré dar cuenta del recorrido argumental que lleva a Fichte a desplazarse desde la idea de un reconocimiento mutuo como seres racionales hasta el reconocimiento de la propiedad del otro como un medio para la conservación de la propia.

III. El contrato de expiación (Abbüßungsvertrag)

El principio del derecho puede ser garantizado solo si también se asegura a cada sujeto el control sobre los bienes y privilegios que necesita para

²³ “...die Superiorität, die sich jeder zuschreibt, der Recht zu haben vermeint, über den, gegen welchen er Recht hat” (*GNR*, § 4; *SW*, III, p. 50; *AA*, I, 3, p. 356).

realizar sus acciones y materializar sus fines. Es decir, la libertad no es entendida solo como una facultad interior de iniciar cursos de acción de modo espontáneo, sino que también supone una esfera externa que condiciona la capacidad de agencia del yo. Pero los sujetos no pueden tener su propiedad garantizada si no declaran ante los demás cuáles bienes necesitan y cuáles no. Asimismo, es indispensable que los demás también hagan lo propio y que todos se comprometan a respetar la propiedad declarada de los demás²⁴. Este es el contenido del primer contrato que integra el contrato de ciudadanía. Se trata del contrato de propiedad (*Eigentumsvertrag*).

Ahora bien, el contrato de propiedad no es suficiente para garantizar la libertad de acción de los ciudadanos, porque se limita a declarar el compromiso de respetar la esfera de acción de los demás. Por lo tanto, es necesario un segundo contrato que garantice que todos defenderán a la propiedad de cada ciudadano que sufra algún ataque o atropello²⁵. Mientras que el contenido del contrato de propiedad es meramente negativo, porque expresa una abstención, el contrato de protección (*Schutzvertrag*) es positivo e implica la prestación de un servicio (*Leistung*) para quienes encuentren que su libertad está en peligro²⁶. El contrato de protección es el segundo elemento integrante del contrato de ciudadanía. Se trata de un acto público en el que los ciudadanos ceden parte de su fuerza y de sus bienes para constituir una fuerza superior que pueda imponerse a las fuerzas individuales de aquellos criminales que se propongan transgredir el contrato de propiedad. El contrato de protección consiste entonces en la formación de una fuerza sensible que unifique todas las potencias particulares y se concrete en la forma del poder judicial y las fuerzas policiales.

Pero esta fuerza puede tener eficacia solo si se concentra en la mano de un representante o grupo de representantes de esta voluntad colectiva, encargados de administrar el derecho. Fichte denomina a este tercer momento del contrato de ciudadanía como un “contrato de unificación” (*Vereinigungsvertrag*)²⁷. De este modo, los ciudadanos se comprometen

²⁴ “Jeder hat zu allen gesagt: ich will dies besitzen, und verlange von euch, dass ihr euch eurer Rechtsansprüche darauf begeben. Alle haben ihm geantwortet: wir begeben uns dieser Ansprüche unter der Bedingung, dass du dich der deinigen auf alles Uebrige begebenst” (*GNR*, § 17; *SW*, III, p. 195; *AA*, I, 4, p. 8).

²⁵ Cf. *GNR*, § 17; *SW*, III, p. 197; *AA*, I, 4, pp. 9-10

²⁶ Cf. *GNR*, § 17; *SW*, III, pp. 198-199; *AA*, I, 4, p. 11.

²⁷ Cf. *GNR*, § 17; *SW*, III, p. 204; *AA*, I, 4, p. 15.

a ingresar en una unión civil que otorgue estabilidad y permanencia a la voluntad expresada en los dos primeros contratos.

Fichte recurre a una metáfora organológica que puede darnos una idea más clara de lo que quiere decir²⁸. Imaginemos, argumenta Fichte, que cada parte individual de un árbol estuviera dotada de conciencia y de voluntad, esto es, de la capacidad de proponerse fines. En la medida en que cada parte tiene como fin último su autoconservación, debe necesariamente querer también la autoconservación del árbol como el concepto de algo real y existente²⁹. Si la totalidad del árbol dejara de existir, entonces ocurriría lo mismo con cada una de sus partes. Otro ejemplo es la relación que existe entre la autoconservación del cuerpo humano y el funcionamiento correcto de cada uno de sus órganos. No se puede separar a la autoconservación de cada parte de la del todo, porque se trata de un producto natural autoorganizado. Lo contrario ocurre con la materia inanimada. Por ejemplo, un montón de arena no deja de ser arena si se retira una parte importante de los granos que lo componen.

Una vez constituido el Estado, queda por saber qué ocurrirá con los ciudadanos que no cumplan con la ley y pongan en peligro la propiedad de los demás. En este caso, perderán todos sus derechos, porque no han cumplido con lo prometido en los contratos anteriores. De este modo, dejarán de ser ciudadanos, es decir, se convertirán en súbditos, excluidos de todo privilegio, y su esfera de acciones libres ya no estará más garantizada. Este es el cuarto momento del contrato de ciudadanía, es decir el “contrato de sumisión” (*Unterwerfungsvertrag*)³⁰.

²⁸ “Der aufgestellte Begriff ist füglich zu erläutern durch den eines organisirten Naturproductes: etwa den eines Baumes. Man gebe jedem einzelnen Theile Bewusstseyn und Wollen, so muss er, so gewiss er seine Selbsterhaltung will, die Erhaltung des Baumes wollen, weil seine eigene Erhaltung nur unter dieser Bedingung möglich ist. Was ist ihm denn nun der Baum? Der Baum überhaupt ist nichts, denn ein blosser Begriff, und ein Begriff kann nicht verletzt werden. Aber der Theil will, dass kein Theil unter allen Theilen, welcher es auch sey, verletzt werde, weil bei der Verletzung eines jeden er selbst mitleiden würde. –So nicht bei einem Sandhaufen, wo es jedem Theile gleichgültig seyn kann, dass der andere abgetrennt, zertreten, verstreuet werde” (*GNR*, § 17; *SW*, III, p. 203; *AA*, I, 4, p. 14).

²⁹ Cf. Renaut, Alain, *Le Système de Droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris: Presses Universitaires de France, 1986, pp. 425-427.

³⁰ “Nur unter Bedingung seines Beitrages ist mit ihm der Vertrag geschlossen: mithin ist der Contract aufgehoben, sobald der Bürger diesen Beitrag nicht entrichtet. Jeder leistet sonach immerfort mit seinem ganzen Vermögen die Garantie, dass er beitragen werde, und verwirkt es, wenn er nicht das Schuldige beiträgt. Das Ganze oder der Souverain wird, da er seiner Theilnahme an ihn sich selbst entzieht, sein Richter, und er in diesem Falle unterthan mit seinem ganzen Vermögen: und das zusammen macht den Unterwerfungsvertrag aus, der aber nur hypothetisch ist” (*GNR*, § 17; *SW*, III, p. 206; *AA*, I, 4, p. 17).

De acuerdo con lo argumentado hasta aquí, el criminal debería ser expulsado sin más de la comunidad estatal, porque ha traicionado el contrato de ciudadanía y, por lo tanto, constituye un peligro para la propiedad de los demás. Ahora bien, el fin del Estado es la conservación de la propiedad de los ciudadanos, según el contrato de unificación. Por lo tanto, si el Estado puede garantizar la libertad de sus ciudadanos sin excluir al criminal de la vida común, no tendrá ninguna razón para romper toda relación con este último. En realidad, no dispondrá de ningún fundamento para hacerlo o no, por lo que esta decisión quedará sometida a su arbitrio y discreción³¹. Pero el Estado necesita de las fuerzas particulares de cada ciudadano, a fin de formar una potencia capaz de contrarrestar a las fuerzas particulares de los eventuales delincuentes, según el contrato de protección.

Por este motivo, los ciudadanos complementarán el contrato de ciudadanía con un nuevo acuerdo, que Fichte denomina como el “contrato de expiación” (*Abbüßungsvertrag*)³². El contenido de esta nueva voluntad común consiste en el compromiso del Estado de no excluir totalmente de la comunidad política a quienes hayan atentado contra la seguridad y la propiedad de los demás, sino darles la oportunidad de ser castigados de otra manera³³. El ciudadano adquiere de este modo el derecho a recibir un tratamiento de parte del Estado para rehabilitarse y ser capaz de proteger de nuevo la propiedad de los demás y, de este modo, la suya misma³⁴.

El contrato de expiación se introduce entonces para evitar que el criminal vuelva a transgredir el derecho o que cualquier ciudadano, que se sienta tentado por su mal ejemplo, haga el menor intento por imitarlo. Para lograr esto es necesario poner en marcha algún mecanismo que actúe sobre la

³¹ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 261; *AA*, I, 4, p. 60.

³² El contrato de pena (*Abbüßungsvertrag*) es la síntesis entre la tesis (la exclusión de la comunidad legal) y la antítesis (la pertenencia del individuo a la comunidad legal), dado que plantea una exclusión provisoria del delincuente de la comunidad legal (por medio del encierro), hasta que se resocialice y pueda reintegrarse. Cf. Merle, Jean-Christophe, “Fichtes Begründung des Strafrechts”, en: *Fichte-Studien*, XXIV (2003), pp. 73-83, p. 81.

³³ “Der Inhalt dieses Vertrages würde folgender seyn: Alle versprechen allen, sie, inwiefern dies mit der öffentlichen Sicherheit vereinbar ist, um ihrer Vergehungen willen nicht vom Staate auszuschliessen, sondern ihnen zu verstatten, diese Strafe auf andere Weise abzubüßen. Wir wollen diesen Vertrag den Abbüßungsvertrag nennen” (*GNR*, § 20; *SW*, III, p. 261; *AA*, I, 4, p. 60).

³⁴ El rechazo de Fichte por las penas extremas y la orientación de la pena exclusivamente a la rehabilitación del delincuente son producto de la influencia de Beccaria (cf. Lazzari, Alessandro, “Eine Fessel, die nicht schmerzt und nicht sehr hindert”: Strafrecht (§ 20)”, en: Merle, Jean-Christophe (ed.), *o.c.*, pp. 173-186, p. 183).

voluntad egoísta y, utilizando su misma lógica, la obligue a perseguir el bien público, pero movida solo por el autointerés (*Eigenliebe*)³⁵. De este modo, cada vez que el ciudadano busque incrementar su propiedad, el derecho lo llevará inevitablemente a respetar la de los demás, lo que con el tiempo lo disuadirá de materializar sus malas intenciones³⁶. La voluntad egoísta debe ser movida entonces por el derecho de coacción (*Zwangrecht*), que es la base del accionar del Estado. Veamos cómo funciona este mecanismo en la aplicación de la pena de la igual pérdida.

Ante todo, es necesario aclarar que Fichte no diferencia entre la persona que ha dañado o sustraído la propiedad ajena de modo intencional o por negligencia, porque considera que en ambos casos el peligro para la seguridad pública es el mismo. Pero estos criminales pueden ser tratados penalmente solo si conservan alguna forma de egoísmo racional, es decir, si tienen como meta de sus acciones la preservación de su propiedad y libertad. Bastará con que el Estado actúe de modo tal que, cada vez que alguien quiera obtener alguna ventaja sobre los demás, su propiedad sea puesta en peligro y el sujeto desista de llevar a cabo sus propósitos o intente superar por todos los medios su actitud negligente, poniendo especial cuidado en respetar la esfera de acciones de los demás.

Este es el sentido de la pena de la doble pérdida, que prevé la restitución del doble de los bienes que el criminal ha sustraído o perjudicado. No alcanzaría con la aplicación de la ley del Talión para los fines del derecho de coacción, porque esta exigiría que el criminal devuelva el mismo monto que ha robado³⁷. La ley del Talión alentaría la transgresión de la ley en vez de disuadirla,

³⁵ “Wenn demnach eine mit mechanischer Nothwendigkeit wirkende Veranstaltung getroffen werden könnte, durch welche aus jeder rechtswidrigen Handlung das Gegentheil ihres Zwecks erfolgte, so würde durch eine solche Veranstaltung der Wille genöthigt, nur das Rechtmässige zu wollen; durch diese Anstalt würde, nach verlorener Treue und Glauben, die Sicherheit wiederhergestellt, und der gute Wille für die äussere Realisation des Rechts entbehrlich gemacht, indem der böse und nach fremden Sachen begierige Wille, gerade durch seine eigene unrechtmässige Begier, zu dem gleichen Zwecke geleitet würde. Eine Veranstaltung, wie die beschriebene, heisst ein Zwangsgesetz” (*GNR*, § 14; *SW*, III, p. 142; *AA*, I, 3, p. 427). Cf. Zaczyk, R., o.c., pp. 113-114.

³⁶ “Gerade darum, weil man etwas wollte, könnte man es nicht wollen; jeder unrechtmässige Wille würde der Grund seiner eigenen Vernichtung, so wie der Wille überhaupt der letzte Grund seiner selbst ist” (*GNR*, § 14; *SW*, III, p. 141; *AA*, I, 3, p. 426).

³⁷ La “utilidad” (Nützlichkeit) de la pena es el restablecimiento de la comunidad legal rota por el delito y la posibilidad consecuente de que todos los integrantes de la misma puedan tener garantizada su existencia como seres racionales (lo cual solo puede darse en el seno de esa comunidad). Por eso Fichte rechaza al comienzo del § 20 la ley del Talión como principio penal (cf. Merle, Jean-Christophe, o.c., p. 80).

porque el criminal no perdería nada con su delito. El cálculo del criminal sería como sigue: si soy descubierto, entonces devolveré lo que he sustraído, y no perderé nada de mi patrimonio inicial; pero, si no soy descubierto, no solo no perderé nada sino que también obtendré la ganancia que he perseguido con el delito. De allí concluye Fichte la necesidad de exigir al criminal que devuelva los bienes sustraídos y además pague el mismo monto de su propio peculio.

El cálculo que hará el criminal en este caso es diferente. Dirá: si soy descubierto perderé de mi propiedad original la cantidad que he sustraído, pero si no lo soy ganaré el botín completo. Por lo tanto, ya no será indiferente para el criminal el hecho de ser descubierto o no, porque en el primer caso perderá el doble de lo que ganaría en el segundo. De este modo, buscará por todos los medios no ser descubierto. Pero en un Estado justo la ley debe ser aplicada de modo implacable y el delincuente debe descartar la posibilidad de escapar de la mano de la policía³⁸. En el caso de que el criminal fuera pobre y no pudiera restituir lo que ha sustraído, entonces deberá purgar su pena en la casa de trabajo, hasta lograr producir el monto adeudado, bajo el control estricto del Estado³⁹.

Dado que la pena de la igual pérdida presupone necesariamente que la voluntad es egoísta, no tendrá ningún efecto sobre la voluntad formalmente mala, es decir, sobre el individuo que no perjudica a los demás para obtener tal o cual ganancia particular, sino por el mero placer de provocar daño, aunque luego le acarree una pena tal que sea despojado de todos sus bienes y privilegios⁴⁰. Si el criminal no tiene ningún sentido de la autoconservación ni evidencia algún signo de egoísmo racional, el derecho de coacción no podrá ser aplicado. Esto le otorga una importancia central a la investigación acerca de los móviles de cada crimen. Si se logra probar que el criminal ha estado motivado por una voluntad formalmente mala, entonces no alcanzará con la aplicación de la pena de la igual pérdida, sino que será necesaria la internación con fines correccionales o eventualmente la expulsión definitiva del territorio nacional, cuando no la pena de muerte.

Por lo tanto, es importante especificar algún criterio para establecer si el criminal ha actuado por egoísmo o por mala voluntad, porque de esto depende el tipo de pena que se le aplicará. Fichte determina dos criterios para este fin: uno externo y otro interno al criminal. El criterio externo consiste

³⁸ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 264; *AA*, I, 4, p. 62.

³⁹ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, pp. 271-272; *AA*, I, 4, p. 67.

⁴⁰ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 264; *AA*, I, 4, p. 62.

en mostrar que las acciones anteriores al crimen están orientadas necesariamente a la producción del daño; es decir, que el criminal ha obrado con mala intención. Si el criminal quiere defenderse, deberá mostrar que las acciones precedentes tenían otra finalidad y que casualmente han desencadenado la acción delictiva⁴¹. Pero el criterio externo no es suficiente para establecer si ha habido mala voluntad en el criminal, porque las acciones pueden dar la impresión de una maldad pura y gratuita, mientras que el sujeto ha tenido otras intenciones. Por ejemplo, puede tratarse de una acción producto de la negligencia, dado que en ese caso tampoco podría mostrarse que la acción ha sido realizada por motivos egoístas.

De allí que Fichte introduzca un criterio interno para determinar el móvil del crimen. Se trata de comprobar si el criminal ha manifestado hostilidad contra la víctima, si ha tenido algún conflicto previo con ella, si ha manifestado mala voluntad en otras ocasiones anteriores y con otras personas, etc⁴². Si no puede satisfacerse el criterio interno, no podrá dictarse sentencia contra el acusado, porque en caso contrario se atentaría contra el contrato de ciudadanía mismo. Por otro lado, tampoco puede dejarse sin pena ningún crimen, porque entonces el clima de impunidad provocaría un aumento considerable de la delincuencia y haría imposible el imperio de la ley en el Estado.

Por esta razón, Fichte propone dejar libre al sospechoso de mala voluntad, pero controlar en lo sucesivo su comportamiento sin que este lo note. Solo si el sospechoso se siente libre y no sabe que está siendo vigilado por el Estado podrá dar rienda suelta a sus verdaderas intenciones y manifestar la índole moral de su voluntad. Si sus acciones confirman las sospechas, se reabrirá entonces la causa contra él. En caso de que esto no sea así, será absuelto sin más⁴³.

Los crímenes contra el Estado no pueden ser castigados con la pena de la doble pérdida porque la ley tiene una validez absoluta y no puede admitir grados, por lo cual no podrá exigirse al delincuente que pague el doble de lo que ha sustraído⁴⁴. Por esta razón estos delitos parecieran admitir sólo la exclusión total del ciudadano y la pérdida definitiva de todos sus derechos. Fichte clasifica los crímenes contra el Estado en dos tipos: aquellos en los que se atenta contra el Estado *mediatamente*, es decir en la persona de alguno de

⁴¹ Cf. GNR, § 20; SW, III, p. 265; AA, I, 4, p. 63.

⁴² Cf. GNR, § 20; SW, III, pp. 266-267; AA, I, 4, pp. 63-64.

⁴³ Cf. GNR, § 20; SW, III, pp. 266-267; AA, I, 4, p. 64.

⁴⁴ Cf. GNR, § 20; SW, III, p. 269; AA, I, 4, p. 66.

los ciudadanos (en la medida en que de este modo se atente contra el contrato que el Estado hizo con ellos); y aquellos en los que se ataca *inmediatamente* a la persona misma del Estado (por ejemplo, mediante una rebelión o alta traición). Veamos cada uno por separado.

Si alguien atenta gravemente contra la integridad física de algún ciudadano o contra su propiedad (por ejemplo, irrumpiendo violentamente en su domicilio), está atacando al Estado mismo, quien se ha convertido en garante de la seguridad de sus ciudadanos en el contrato de ciudadanía⁴⁵. El Estado debe entonces responder por la vida y la persona de la víctima y hacer valer toda la fuerza de la ley contra el criminal.

Pero el Estado puede ser atacado directamente también por un acto de rebelión, cuando el ciudadano quiere hacerse de alguna fuerza para tomar el poder ejecutivo o para obligarlo a servir a sus intereses particulares, contra los de la comunidad. El caso de la alta traición (*Hochverrat*) es diferente, porque aquí el ciudadano ocupa algún cargo o tiene determinadas atribuciones y prerrogativas, que utiliza como una fuerza contra el Estado. Es decir, se sirve del poder que le ha sido confiado ya sea para cometer violencia o, por omisión, no impedir que otros también lo hagan. Que alguien no utilice el poder que le ha sido dado es tan pernicioso como que lo utilice de un modo nocivo para la comunidad⁴⁶.

Pero podría evitarse la exclusión del criminal respecto del Estado si existiera otra pena diferente a la de la igual pérdida. Esto sería posible solo si el criminal estuviera en condiciones de reformar su carácter y convertirse de nuevo en un egoísta racional. Entonces sería un ciudadano confiable, porque buscaría ante todo y por sobre todas las cosas preservar su propiedad de todo tipo de ataque, y sabría que esto es posible solo si se integrara a un estado civil y respetara también la propiedad de los demás⁴⁷. De este modo, el Estado le otorgaría al criminal un derecho a emprender su corrección⁴⁸.

Pero este, como todo beneficio y derecho, puede ser rechazado por su destinatario. Es decir, el criminal puede negarse a expiar su culpa en una institución correccional. En ese caso, opina Fichte, este criminal deberá ser expulsado sin más del Estado, porque no está dispuesto a emprender el

⁴⁵ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, pp. 269-270; *AA*, I, 4, p. 66.

⁴⁶ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, pp. 270-271; *AA*, I, 4, p. 67.

⁴⁷ “La mejora política es el retorno a la preocupación por su propia seguridad” (“Politische Besserung ist Rückkehr zur Sorge für seine eigene Sicherheit”; *GNR*, § 14; *SW*, III, p. 274; *AA*, I, 4, p. 69).

⁴⁸ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 272; *AA*, I, 4, p. 68.

camino hacia el egoísmo racional y por lo tanto el derecho de coacción no tendrá efecto sobre él. La pena del destierro no es menor si los demás Estados también están organizados racionalmente, porque el criminal expulsado, por no haber querido rehabilitarse, no encontrará seguridad para su vida en ningún otro lugar⁴⁹. De todos modos, difícilmente un criminal que tenga un poco de sagacidad elegiría la pena del destierro, porque de este modo perdería todas sus propiedades para siempre, mientras que en caso contrario podría recuperarlas luego de su rehabilitación.

El proceso de corrección debe contar necesariamente con la buena voluntad y la disposición del criminal, que está motivada ante todo porque él mismo ha elegido la rehabilitación antes que el destierro⁵⁰. De este modo, el interesado es el principal responsable de llevar adelante las mejoras necesarias en su carácter. Pero también las autoridades deben confiar en las capacidades de recuperación del criminal, quien creará en sí mismo en la misma medida en que se vea confirmado por los demás⁵¹. Para que la mejora sea auténtica, los criminales deben vivir en un clima de cierta libertad, si bien limitada por las condiciones del encierro mismo. Deberá procurarse que siempre tengan trabajo para hacer, y que reciban el producto de su actividad en la forma de bienes de su propiedad. De este modo, se promoverá el cuidado por el propio bienestar, que es el objetivo de la corrección misma. Cuando los criminales tengan algo como propio y sepan que el Estado está protegiendo sus bienes mientras se corrigen, entonces adquirirán la prudencia necesaria para retomar la vida en sociedad⁵².

Pero la rehabilitación no debe disuadir únicamente al criminal de cometer otros delitos en el futuro, sino también al resto de la sociedad. Fichte considera que se puede reforzar la finalidad disuasoria de la pena con estrategias tales como vestir a los presos con ropas especiales o ponerles una cadena que no los haga sufrir demasiado, pero que produzca un fuerte impacto en observadores externos⁵³.

⁴⁹ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 273; *AA*, I, 4, p. 68.

⁵⁰ Fichte postula que se debe poner al preso un plazo perentorio para su mejoramiento y regeneración, pero no dice cómo deberá estimarse este plazo, si depende del delito cometido o no (si es proporcional a la transgresión o no, por ejemplo, si se determina de acuerdo a tipos de personalidad, etc.) (cf. Zaczyk, R., *o.c.*, p. 115).

⁵¹ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, pp. 274-275; *AA*, I, 4, p. 70.

⁵² Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 275; *AA*, I, 4, p. 70.

⁵³ Cf. *GNR*, § 20; *SW*, III, p. 277; *AA*, I, 4, p. 72.

La rehabilitación sería imposible en los casos de asesinato premeditado e intencional porque el proceso de corrección exige otorgar cierta libertad al recluso y, quien ha asesinado alguna vez, puede volver a hacerlo. Pero no puede pedirse a ningún funcionario que ponga su vida en peligro para facilitar la recuperación de un asesino. Por lo tanto, lo más razonable es privarlo definitivamente de todo derecho. Como consecuencia de esta decisión podrá ser asesinado o torturado por cualquier ciudadano que lo encuentre. Ahora bien, quien actúe de esta manera para con alguien que, sin ser de hecho una persona jurídica, tiene todavía un rostro humano, deberá ser deshonrado y despreciado por sus conciudadanos, del mismo modo en que lo es quien mata a un animal por placer⁵⁴. Estos comportamientos son muestra de irracionalidad y volverán poco confiable al sujeto, afectando tanto a sus transacciones comerciales como contractuales, así como a su vida familiar y social. Por lo tanto, es de esperar que todos se abstengan de actuar de esta manera.

De modo análogo, el Estado debe evitar matar sin razón alguna a quienes han sido excluidos de todo derecho. Solo debe hacerlo en casos de extrema necesidad y con discreción y privacidad⁵⁵. Es decir, el criminal no debe ser ejecutado en público sino más bien en la oscuridad de su prisión. Si el Estado alentara la práctica de la tortura o de los espectáculos de las ejecuciones, entonces fomentaría la barbarie y la irracionalidad, que son los enemigos de todo Estado racional, en el que deben reinar la prudencia y la aplicación eficaz de la ley. Por lo tanto, el trato adecuado que debe recibir un asesino es el destierro. La persona que sufriera esta pena deberá ser marcada, del modo más indoloro posible, para que nunca más pueda ingresar al territorio nacional⁵⁶.

⁵⁴ Cf. GNR, § 20; SW, III, p. 279; AA, I, 4, p. 73. Como muestra V. Hösle, la existencia de una comunidad de seres racionales como único criterio de imputabilidad vuelve inimpugnables a acciones que no suponen una comunidad tal, como el maltrato o el asesinato de animales o la profanación de cadáveres, así como el asesinato de los recién nacidos (cf. Hösle, Vittorio, "Was darf und was soll der Staat bestrafen? Überlegungen im Anschluss an Fichtes und Hegels Straftheorien", en: Hösle, Vittorio (ed.), *Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus. In Verbindung mit dem Instituto Italiano per gli Studi Filosofici*, Hamburgo: Felix Meiner, 1989, pp. 1-55, pp. 16-17).

⁵⁵ Como aclara A. Philonenko, el ciudadano firma el contrato de ciudadanía para proteger su vida y su propiedad; por lo tanto, nunca consentirá que se aplique la pena de muerte contra él. El Estado solo puede excluirlo de la comunidad legal (cf. Philonenko, Alexis, *L'Oeuvre de Fichte*, París: Vrin, 1984, p. 50). La privación de derechos es un acto público, pero la ejecución es una decisión privada de la policía, que deberá estar motivada únicamente por la necesidad (cf. GNR, § 20; SW, III, p. 280; AA, I, 4, pp. 73-74).

⁵⁶ Cf. GNR, § 20; SW, III, p. 282; AA, I, 4, pp. 75-76.

IV. Consideraciones finales

A partir de lo dicho hasta aquí, puede observarse que las concepciones de la expiación propias del derecho puro y del derecho aplicado son diferentes. Esto pone en jaque a la coherencia interna de la teoría fichteana del derecho penal. En el derecho puro, cada sujeto está comprometido con los demás en una relación de reconocimiento recíproco como seres racionales. La finalidad de esta relación es la promoción de la libertad del otro como fin en sí mismo, esto es, la exhortación del otro a la autodeterminación. El yo puede empezar a existir y convertirse en autoconciencia solo gracias al concepto de sí mismo que recibe por medio de la acción del otro.

El principio del derecho opera aquí como la condición de posibilidad de esta relación de reconocimiento mutuo, porque si el otro no respetara la esfera de acciones libres del yo, no podría tratarlo como un ser racional y libre, y la autoconciencia nunca tendría lugar. Fichte ha intentado deducir el principio del derecho a partir de la autoconciencia sin ayuda de la ética, como puede verse hasta aquí. Pero, como señala Allen Wood, se trata de una argumentación problemática, porque la relación de mutuo reconocimiento no es posible si los sujetos en ella involucrados no disponen de una determinada psicología moral. Es decir, esta relación es posible solo si cada sujeto valora la libertad como un fin en sí mismo, porque en caso contrario no buscaría promoverla en el otro⁵⁷.

La concepción psicológico-moral cambia cuando Fichte pasa al derecho aplicado, porque los sujetos deciden formar un Estado para proteger su propiedad de los ataques que pueda sufrir por parte de los demás. De este modo, Fichte construye un sistema legal fundado en la mutua desconfianza y, por lo tanto, en el supuesto del egoísmo universal. Ahora bien, este supuesto modifica substancialmente la relación de reconocimiento mutuo que fundamenta el principio del derecho en la teoría pura. Mientras que allí cada sujeto busca que el otro despierte a la conciencia de su capacidad de agencia, en el derecho aplicado la finalidad es respetar la libertad y la propiedad del otro solo como un instrumento para proteger los bienes y privilegios que le pertenecen a uno mismo.

Esta transformación de la relación de reconocimiento mutuo se evidencia claramente en el tratamiento que da Fichte al problema de la expiación. En el

⁵⁷ Cf. Wood, Allen, *Hegel's Ethical Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pp. 79-80.

derecho puro, los sujetos no pueden dejar de reconocer como un ser racional, es decir libre, a quien ha transgredido el principio del derecho, en razón de la ley de la concordancia consigo mismo, como dije más arriba. En realidad no se trata de un reconocimiento categórico, sino más bien problemático, es decir, válido provisionalmente y hasta que el otro se vuelva a comportar como un ser libre. Pero este reconocimiento problemático contiene una exhortación al otro a que recupere la conciencia de su racionalidad y se pueda autodeterminar nuevamente a la acción.

Sin embargo, a la hora de proponer una teoría del justo castigo para el derecho positivo, Fichte sostiene que la finalidad de la pena debe ser que el criminal recupere el egoísmo racional, esto es, que quiera por sobre todas las cosas proteger sus bienes y su libertad. De este modo, la idea de la expiación no consiste ya en promover la autodeterminación del otro a la acción libre, sino más bien en coaccionar su voluntad para que, sin quererlo, contribuya a garantizar la propiedad de todos. El concepto de racionalidad ha sido reducido a la instrumentalidad medios-fines, como consecuencia del supuesto motivacional del egoísmo universal. Considero ambigua la afirmación de R. Zaczyk de que la finalidad de la pena es que el delincuente pueda reencontrarse con la sociedad, siendo reconocido “con derecho” como un ser racional igual, porque no especifica de qué tipo de racionalidad se trata en el derecho aplicado⁵⁸. Como hemos visto hasta aquí, no se trata de una cuestión menor.

Si el quiebre que se produce entre la relación de reconocimiento mutuo se debe a la introducción del supuesto del egoísmo universal, un supuesto que posee un fuerte contenido psicológico-moral, entonces estamos en condiciones de concluir que Fichte no ha logrado construir una teoría del derecho sin ética. Por el contrario, la concepción que se tenga de las capacidades morales del yo juega un rol fundamental tanto en el derecho puro como en el aplicado.

⁵⁸ Cf. Zaczyk, R., o.c., p. 127.