

se puede dejar de pensar en que su importancia no es tanto teórica y filosófica, cuanto práctica. Ofrecieron un método para limitar el absolutismo reinante, así como para racionalizarlo. Objeto de frecuentes comentarios ha sido la relación entre estos sistemas y el peculiar orden político que prevalecía en Prusia y en Austria. Los gobernantes de estos vastos estados, que en un principio sólo tuvieron una unidad dinástica, encontraron en este racionalismo los instrumentos para la unificación y para superar el feudalismo y la aristocracia, las corporaciones y los estados. Para ello, fue de gran ayuda la circunstancia de que tales conceptos no estaban ya relacionados con las convicciones religiosas y, por tanto, no podían verse restringidos por ellas. La idea de un sistema jurídico derivado de la razón para ser unió, así, a los conceptos de igualdad y libertad, motivo de la Revolución francesa.

XIV. EL DERECHO COMO LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD GENERAL

ROUSSEAU Y KANT

KANT llamó a Rousseau el "Newton del mundo moral". Con esto quería decir que Rousseau había demostrado que el verdadero ser del hombre era su autonomía ética, que la libertad era parte suya tanto como la gravedad lo es de la materia, y que el derecho y el estado podían ser comprendidos únicamente a la luz de esta realidad fundamental.

Esta idea no es nueva en sí: la hemos encontrado en la filosofía jurídica de los estoicos y de Tomás de Aquino. Pero se le dio una nueva interpretación. Se consideró que la autonomía del hombre significaba que toda norma legal era legitimamente obligatoria sólo si se ha creado con la libre participación de quienes están sujetos a ella y, además, que sólo dentro del marco del imperativo categórico puede comprenderse esta decisión libre como una expresión de la autonomía humana, como indicación de la voluntad general (*volonté générale*). Tiene importancia que esta voluntad general sea concebida por Rousseau como la autoridad final en toda decisión relacionada con el derecho y, por tanto, recibe un sentido radicalmente democrático e ilimitado, en tanto que, en Kant, esta voluntad general permanece sujeta al derecho natural general, en el sentido de los constitucionalistas.

Ocupémosnos primero de Rousseau. Para él, como para Hooker, Locke y Montesquieu, el derecho es el centro de la vida social. Semejante idea

no sólo es decisiva para aquella de sus obras que es la de mayor interés para nuestro campo —el *Contrato Social* (1762)—, sino que también le da importancia en muchos otros trabajos, por ejemplo, c: *Emile* (1762) y las *Confesiones* (1766-67).¹ Una sociedad sin leyes no es, en último análisis, una verdadera comunidad. Tiene la consideración de un caso marginal, en el sentido de tiranía y despotismo. Rousseau en el principio mismo del *Contrato social* expone su principal problema: cómo debe entenderse el poder coactivo de la autoridad gubernamental. En su estilo emotivo y retórico, exclama: "El hombre nace libre, no obstante lo cual está rodeado de cadenas." Rousseau no cree que pueda explicar cómo ha llegado a ocurrir semejante cosa: en cambio, sí sabe cómo se puede legitimar esa situación. Tal legitimación prevendrá de que las leyes se han adoptado o decidido por la voluntad general.

La idea central de Rousseau de la voluntad general es algo equívoca, y mucho se ha discutido acerca de ella.

Vemos en seguida los pasajes decisivos del *Contrato social*:

1 Sin lugar a dudas, la obra de Rousseau que mayor importancia tiene para quien estudia la filosofía del derecho es el *Contrato social*, del que existen muchos y muy buenas traducciones. Sin embargo, no se puede dejar de tomar en cuenta las otras obras de Rousseau, en vista de lo oscuro y paradójico que a ratos resulta el *Contrato social*. La edición de sus obras a que yo he recurrido es *Oeuvres de Jean-Jacques Rousseau*,... por Mussay Pathay, 1827. Esta edición va precedida por una valiosa "Notice des principes écrits relatifs à la personne et aux ouvrages de J. J. R." Las referencias en el presente texto corresponden a libro y capítulo. Para las principales obras de Rousseau, véase la bibliografía correspondiente a este capítulo.

La constante voluntad de todos los miembros del estado constituye la voluntad general; en virtud de esta voluntad, son ciudadanos y son libres. Cuando en la asamblea popular se propone una ley, no se pregunta al pueblo si aprueba o rechaza la proposición; se le pregunta si tal proposición está conforme con la voluntad general, que es su voluntad. Cada uno, al dar su voto, expone su opinión al respecto; y la voluntad general se descubre mediante el recuento de los votos. [IV, 11]²

La voluntad general es siempre justa, y suele ser ventajosa para el público; pero ello no quiere decir que las deliberaciones del pueblo sean siempre igualmente correctas.

Nuestra voluntad es siempre para nuestro propio bien, pero nosotros no siempre sabemos en qué consiste este bien. [II, 111]

La voluntad general... es siempre constante, inalterable para; pero está subordinada a otras voluntades que invaden su esfera. Aun al vender su voto por dinero, el hombre no extingue en sí la voluntad general, sino sólo la cede. [IV, 1]

Por sí, el pueblo siempre desea el bien; pero, desde luego, no siempre lo ve. La voluntad general siempre está en lo justo, pero el criterio que la saca a luz no siempre es ilustrado. [II, VI]

Hay una contradicción evidente en estas afirmaciones, ya que, aparentemente, esta voluntad es al mismo tiempo trascendente y racional.³ La doctrina de una voluntad racional es muy antigua y como ya vimos, desempeñó un papel impor-

² Para mayores detalles, véase mi libro *Inevitable Peace*, 1948, cap. V. Derathé, *Le rationalisme de J. J. Rousseau*, 1948, ofrece un argumento cuidadosamente razonado en apoyo de la interpretación racional de la voluntad general. Véase, también, de Ernst Cassirer, *The Question of Jean-Jacques Rousseau*, que tiene una penetrante introducción escrita por Peter Gray, en la que revisa las anteriores interpretaciones de Rousseau.

tante en la antigüedad clásica y en el período escolástico. Pero en las viejas formas no se atribuía esta voluntad racional a cada individuo, sino que dependía del grado en que lo racional estaba activo en un hombre determinado. En Rousseau, como resultado de su concepto radicalmente igualitario del hombre, encontramos el punto crítico de la teoría de Copérnico. Se dice que todos los hombres poseen una voluntad racional y, entonces, la voluntad general se considera como la expresión de estos individuos cuando se reúnen para legislar.

Pero ello no significa como lo demuestran los párrafos antes citados, que Rousseau creyera que la voluntad general era la suma de las voluntades de los individuos que forman la comunidad, ya que cada una de estas voluntades no tiene como fin el bien general, sino el bien individual. Una verdadera ley es siempre una regla general, y el problema central de todo orden gubernamental consiste en encontrar la forma de lograr tales leyes. Sin embargo, Rousseau no resuelve el problema. Ciertamente, no lo resuelve en el sentido democrático de la decisión mayoritaria, como creía con frecuencia se ha afirmado.³ Rousseau creía que la democracia sólo era adecuada para comunidades muy pequeñas, pues no estaba dispuesto a permitir o aceptar la representación. En un famoso pasaje del *Contrat social* habla de una constitución no escrita, que está grabada en el corazón de los ciudadanos y que, aun cuando cambia constantemente, es la verdadera base del

³ En cuanto a los límites del apoyo que Rousseau da al régimen de la mayoría, véase *Jean-Jacques Rousseau de Derrathé*, 1950, cap. v, § 111. Véase, también, la sugerente, aunque unilateral obra de J. Talmon, *The Rise of Totalitarian Democracy*, 1952.

orden político y legal.⁴ A mi modo de ver, las contradicciones en el implícito se deben a que Rousseau no resolvió realmente el problema de la voluntad racional de una personalidad autónoma. Por tanto, la voluntad general queda suspendida en el aire; por una parte, nos recuerda el espíritu general de Montesquieu y, por la otra, la voluntad mayoritaria de Locke pero no es ni el uno ni la otra.

El problema de la voluntad racional de una persona autónoma fue abordado por Kant quien resolvió en la perspectiva de su racionalismo crítico. Kant muestra cómo y en qué sentido, las voluntades autónomas de los individuos pueden entenderse como constituyentes de la voluntad general. Esto se logra con su celebrada doctrina del imperativo categórico.⁵ La ley básica de la razón práctica pura implícita en este imperativo categórico, dice así en su más famosa exposición: "Otro siempre según una máxima tal que pueda elevarse a ley de observancia universal." No podemos, en este libro, adentrarnos en los comple-

⁴ Libro II, cap. xii. Este argumento de Rousseau está relacionado con el tan discutido problema del llamado "acuerdo en cuanto a lo fundamental", y que actualmente se debate de manera más académica, en función de los "sistemas de valores", "sistemas de símbolos" y otros parecidos. Véase, en relación con este problema, mi libro *The New Relief in the Common Man*, 1941, cap. v, en el cual la necesidad de que haya disenso se yuxtaponen a la necesidad de que haya acuerdo.

⁵ Las obras de Kant han sido objeto de un excelente estudio en la espléndida edición preparada por Ernst Cassirer, *Immanuel Kants Werke*, 10 vols., 1922. El volumen decimoprimeros contiene una biografía inquisitiva, *Kants Leben und Lehre*, 1923. Naturalmente, la literatura acerca de Kant es copiosísima; en la Bibliografía se citan algunas otras obras. Acerca del imperativo categórico véase, en especial, de Paton, *The Categorical Imperative*, 1947.

jos problemas que ofrece este tipo de ética formal.⁶ Pero quería bien claro que si los individuos actúan de acuerdo con semejante imperativo categórico legislativo, de su decisión conjunta puede resultar evidentemente una ley general, ya que el principio que ofrece el imperativo categórico en su aplicación a este caso concreto se relaciona con una ley general.

La filosofía del derecho de Kant está contenida en su última obra, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1797. Es, en realidad, en la primera parte de esta obra donde Kant se ocupa de los principios metafísicos de la doctrina jurídica. Debe tenerse presente que los argumentos kantianos acerca del derecho se fundan en la separación de la razón teórica y la razón práctica, de la observación y la acción, del fenómeno y la norma (a la que también llama *nómenon*). Desde luego, su doctrina jurídica pertenece al campo de la razón práctica, que encuentra sus bases en la libertad y autonomía del hombre y en la expresión de ambas por medio de la acción autónoma. "Dado que el concepto del derecho es puro, aunque orientado hacia la práctica, es decir, a su aplicación a casos que ocurren en la experiencia, un sistema metafísico del derecho tendría que tomar en cuenta la empírica multiplicidad de facetas que ofrecen tales casos." Como ello es imposible, sólo podemos desarrollar principios, pero no un sistema completo de derecho como parte de la moral.⁷ Kant considera que es deber de todos poseer una tal metafísica de las costumbres y, además, declara

⁶ Max Scheler, *El formalismo en la ética y la ética valorativa*.

⁷ Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa-Calpe, Buenos Aires.

que todo hombre la posee, de hecho, "aunque, por lo común, de una manera oscura". Semejante metafísica no puede fundarse en una doctrina del hombre (antropología), pero puede aplicarse a esa antropología. Su objeto es demostrar cómo y en qué grado, la ley es una norma pura. ¿Cómo logra Kant establecer la diferencia entre normas éticas y normas jurídicas? Para ello señala que la norma ética presupone sólo una legislación interior, que descansa en la conciencia. Aparte de esa conciencia, será legal toda acción que esté de acuerdo con la ley; luego yuxtapone esta legalidad a la moralidad, ya que se basa en una legislación exterior. "La teoría del derecho y la teoría de la virtud no se distinguen por sus diferentes deberes, sino que más bien por las diferencias en la legislación que une ambos impulsos con la ley."

Kant nos da, al principio, una serie de definiciones que sería necesario repetir aquí si se deseara dar un cuadro completo de las bases de su teoría jurídica: obligación, imperativo, deber, acción, persona, cosa. Define con todo cuidado la connotación general de cada uno de estos conceptos básicos; pero coloca en el centro el "máximo principio de moral": "Actúa siempre según una máxima tal que pueda considerarse válida como una ley general." Así pues, la ley es un enunciado que contiene un imperativo categórico o, más bien, un orden acorde con el imperativo categórico, y derivado de él. A este respecto, cabe señalar que Kant insiste en que las leyes son obra de la voluntad, en tanto que son preferencias arbitrarias las que determinan las máximas. Sólo la preferencia arbitraria es libre; la voluntad que está "dirigida hacia la ley" no puede calificarse ni como libre, ni como sujeta.

Sobre esta frase declara que "la totalidad [*Inbegriff*] de las leyes que contenga una legislación externa puede denominarse teoría legal". Si es real, será la ley positiva. "El derecho es, por tanto, la totalidad [*Inbegriff*] de las condiciones en las que la preferencia arbitraria de uno puede coexistir con la preferencia arbitraria de otro, de acuerdo con la ley general de libertad." Entonces, será justa toda acción que corresponda a esta concepción. "Si, por tanto, mi acción o, en general, mi estado puede coexistir con la libertad de los demás, de acuerdo con una ley general, entonces, cualquiera que me impida [realizar] algo cometerá una injusticia." Todo lo que es injusto, va contra la libertad, de acuerdo con las leyes generales, y es de justicia remover semejante estorbo. De esto se sigue que "la ley lleva consigo el derecho de coaccionar a quien trate de estorbarla". Por tanto, la ley puede considerarse como una obligación de coacción recíproca. De esta consideración básica puede deducirse que el orden coactivo del estado es parte necesaria de todo orden legal.¹⁰

Kant sitúa al principio de su división de la teoría jurídica una interpretación de la trílogía del derecho natural, que lo relaciona con deberes legales. Las tres fórmulas: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* representan, para él, la división del derecho en obligaciones legales internas y externas, así como en aquellas que puedan derivarse incluyendo las últimas bajo las primeras. Pero a continuación reduce todos los derechos imatos a uno: la libertad, en el sentido de independencia de la coacción arbitraria de otro. "Es el único derecho original que pertenece

¹⁰ Véase "Introducción a la teoría del derecho," en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

a todo hombre, por razón de su condición humana."¹¹ Así, la división en mío y tuyo se convierte en la dicotomía decisiva de la doctrina jurídica kantiana. Todas las otras distinciones pueden reducirse a ésta.

Kant organiza la exposición general del derecho, que divide en derecho privado —que es el derecho del mío y tuyo externos— y en derecho público. Este último se caracteriza, principalmente, porque las leyes que lo forman requieren su general publicación. Consta del derecho constitucional y del derecho internacional. El derecho constitucional es "un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para una multitud de hombres... que... necesitan una constitución, a fin de participar de lo que es justo."¹² El derecho internacional corresponde a la concepción kantiana del derecho constitucional, si bien con referencia a las naciones. Juntos, ambos, conducen a la idea del derecho de la ciudadanía mundial. Es obvio que su idea de la paz dentro de un orden jurídico mundial deriva clara e inequívocamente de su doctrina jurídica, radicada, a su vez, en la razón práctica; ciertamente, no es la repentina inspiración de un anciano, como alguna vez se ha afirmado.¹³

En su crítica de la doctrina de Hobbes acerca del estado,¹⁴ de enorme importancia para comprender la filosofía jurídica kantiana, se refiere al contrato social original como una idea de la

¹¹ *Ibid.*

¹² Véase, al respecto, mi obra *Inevitable Peace, passim*, y de Kurt von Raumer, *Eviger Friede: Friedensstrife und Friedenspläne*, 1953, cap. vi, pp. 151-207, en la que las ideas de Kant y de Gertz se comparan de manera notable.

¹³ En "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein".

razón, de la cual puede deducirse la naturaleza de la sociedad humana. No había de esto to de sometimiento, sino que, por medio de este contrato, cada persona asegura sus derechos generales. Por así decir, intercambia esta seguridad por una porción de su preferencia arbitraria. Por lo mismo, el hombre posee derechos inalterables frente al estado, y el objeto de la constitución es asegurar este ámbito de libertad.¹³ No está muy clara, sin embargo, la manera de hacer que esta limitación constitucional de la cabeza del estado logre una efectividad legal. Si consideramos esta falta de claridad, y tomamos también en cuenta su oposición a toda resistencia a las leyes, tenemos la impresión de un marcado autoritarismo que sólo se modifica formalmente por la insistencia en que el cabeza de estado tiene obligación de actuar de acuerdo con el imperativo categórico.

Visto este autoritarismo, es de suma importancia que Kant insista de manera explícita en el constitucionalismo, el cual yuxtapone al despotismo, en el que un solo hombre es dueño de todo el poder. Todo constitucionalismo descansa en la separación tripartita de los poderes, en legislativo, ejecutivo y judicial, entre los cuales el poder legislativo es el que predomina. En su concepto—y en esto sigue a pensadores anteriores— el poder ejecutivo se ocupa de la ejecución y

¹³ No obstante, Kant declara de manera explícita que no, es factible decir "que un hombre dentro del estado ha sacrificado parte de su libertad externa innata con cierto propósito, sino más bien que ha abandonado totalmente la libertad salvaje y sin ley, a fin de redescubrir su verdadera libertad dentro de un marco legal, es decir, con sujeción a la ley, porque esta nueva dependencia se deriva de su propia voluntad legislativa" (*Die Rechtslehre*, § 47; *Werke*, VII, 122).

aplicación de las leyes. Este constitucionalismo abarca las formas monárquica, aristocrática y democrática, dependiendo de quién esté investido de poder legislativo, por la constitución, pues el poder legislativo es el verdadero poder de gobernar, de soberanía. Opina Kant que "la única constitución legal" es la de una "república pura", y todos los tipos de constitución tienden a semejarse a ella. "Toda verdadera república es—y no puede ser otra cosa— un sistema representativo del pueblo en cuyo nombre, puesto que une a todos los ciudadanos, las leyes están al cuidado de diputados."¹⁴ Vemos aquí que el pueblo unido no sólo representa al soberano, sino que es el soberano mismo.

La inclinación de Kant a destacar la autoridad del estado queda limitada más adelante por su solemne reconocimiento de la importancia de la libertad de expresión y de prensa, incluso en un sistema sumamente autoritario. Aun así, "el soberano comprende que no hay peligro en una legislación que permita a sus súbditos que hagan uso *público* de su propia razón y que sometan *públicamente* sus opiniones acerca de un mejor encuadramiento de esas leyes juntamente con una crítica franca de la legislación existente."¹⁵ Sostiene que puede hacerlo así porque, a diferencia del gobernante "de un estado libre, "puede decir: Discute tanto como quieras y sobre todo cuanto quieras, pero obedece." Kant cree que la naturaleza ha inculcado en los hombres la necesidad de la libertad de pensamiento, y como el pensamiento libre se difunde y ejerce su influencia en más y más personas, éstas llegan a tener la capacidad de "actuar en libertad". La

¹⁴ *Die Rechtslehre*, § 52; *Werke*, VII, 149.

¹⁵ "Was ist Aufklärung?" en *Werke*, IV, pp. 167 ss.

base de esa libertad de pensamiento es la libertad de religión, la cual emana del hecho de que la religión como creencia genuina no puede ser violentada.¹⁶ La consulta en gran escala del público que las autoridades prusianas llevaron a cabo, antes de la promulgación del Código General Prusiano, estaba completamente en concordancia con esos conceptos, puesto que proporcionó por lo menos un mínimo de participación pública en la amplia legislación que el Código incorporaba.

En resumen, es evidente que, de acuerdo con Kant y con su idea del derecho, sólo la democracia constitucional puede crear leyes plenamente obligatorias, es decir, leyes que obliguen totalmente al individuo. El contraste entre derecho y ética se salva por una ley plenamente válida. Esta idea nació de Rousseau, si bien no la desarrolló, pero su vago concepto de la voluntad general dejó el paso franco a peligrosas innovaciones.¹⁷ Algunas de ellas se encuentran en la filosofía hegeliana del derecho.

XV. EL DERECHO COMO LA EXPRESION DEL ESPIRITU

HEGEL Y LA ESCUELA HISTÓRICA

La filosofía del derecho expuesta por Hegel es totalmente opuesta a la de Kant, hecho éste frecuentemente oscurecido por el término "idealismo", que se aplica a ambos. Es cierto que Hegel también considera el derecho dentro del marco de la moral; su ética y su filosofía del derecho forman una unidad. Se trata este punto en su famosa obra, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrissen* (1821).¹ En este estudio de los principios básicos Hegel investiga primero el derecho, después la moral y, por último, lo que él llama ética (*Sittlichkeit*). Dentro de la estructura del último tema, describe el estado como el logro que corona todo y como la realización de la ética en la comunidad. Pero estos conceptos de estado, derecho y ética, no se tratan aquí de manera "abstracta" o "general", sino que se toman como conceptos en desarrollo. Se tratan "dialécticamente", de modo que, según Hegel,

1 La edición más autorizada de esta obra es, en nuestros días, la de Johannes Hoffmeister, publicada como vol. XII de una nueva edición crítica de la obra de Hegel: *Sämtliche Werke*, Felix Meiner, Hamburgo. Los párrafos citados en el texto corresponden a esta edición. Además de esta obra básica, quisiere estudiar la filosofía hegeliana del derecho deberán dar cuidadosa atención a sus *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1913. En inglés puede verse mi edición de los textos básicos de las *Grundlinien der Philosophie des Rechts...* en el volumen *The Philosophy of Hegel*, 1953.