

El "positivismo jurídico" ha consistido ante todo en una oposición contra el pensamiento político y jurídico de la Ilustración. Se trató de un movimiento complejo que se desarrolla en el primer tercio del siglo XIX, en el que se entrelazan varias matizaciones, no siempre conciliables.

De un lado, una mayor sensibilidad para lo propiamente humano, determinó lo que se ha llamado la "revuelta de la conciencia contra la razón". El más fuerte sentido para la humanidad que se muestra en los Románticos, normalmente tocados por el Idealismo, hizo que el incipiente siglo XIX reaccionara contra el "egoísmo razonable o juicioso" de los ilustrados, que quedaron personificados en Kant. Porque la médula de buena parte de la reacción romántica estuvo en una mayor capacidad para sentir las exigencias de la caridad cristiana. De esta forma, el tan denostado "positivismo" en el Derecho, tuvo en parte un origen casi confesional protestante.

De otro lado, el 1800 reacciona reclamando la construcción definitiva del "Estado", como la nueva forma de dominación y convivencia que había de sustituir al Antiguo Régimen. El "positivismo jurídico" fue también, en buena medida, la vertiente político-jurídica que hizo posible la realidad estatal. El grito de Anselm Feuerbach: «¡Constitución, Organización, Legislación!» resume las preocupaciones de buena parte de los juristas de comienzos del siglo pasado.

El Prof. Francisco Carpintero expone las diversas motivaciones y caracterizaciones que adoptó la Universidad decimonónica para hacer frente a lo que reclamaban los tiempos. Nos introduce con suavidad en la gestación de la Edad Contemporánea.

ACTAS/DERECHO

Francisco Carpintero



LOS INICIOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN CENTROEUROPA

ACTAS

**LOS INICIOS
DEL POSITIVISMO JURÍDICO
EN CENTROEUROPA**

**LOS INICIOS
DEL POSITIVISMO JURÍDICO
EN CENTROEUROPA**

Francisco Carpintero

ACTAS

MADRID, 1993.

ÍNDICE

Página

Ilustración de cubierta,
Stella Wittenberg.

Diseño y
Dirección Editorial:
Luis Valiente.

© Francisco Carpintero.

© Editorial ACTAS, s.l.
Islas Molucas, 32. 28034 Madrid.
Tel.: (91) 358 07 18.

I.S.B.N.: 84-87863-18-3.

Dep. legal: M-25553-1993.

Composición e impresión:
STAR IBÉRICA, S.A.
Tel.: (91) 729 10 41.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

I. CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA	9
A. Una visión de conjunto	11
1. Una primera crítica contra el formalismo kantiano	16
2. Las funciones de la razón	18
3. Las relaciones entre la razón y la empiria	20
4. Unas indicaciones de conjunto	22
B. El “estado de naturaleza” y el “contrato social”	25
1. La irrealidad de los presupuestos iusnaturalistas	26
2. Motivos éticos en el rechazo del iusnaturalismo	32
3. El Estado sobre el modelo de la familia	40
4. La comunidad es anterior al individuo	42
C. Los fines del Estado	49
1. Se pusieron en cuestión los fundamentos	51
2. Testimonios expresos	53
3. Una propuesta nueva	57
D. La denuncia del “egoísmo juicioso”	65
1. El rechazo de la <i>Rechtslehre</i> existente	68
2. Algo más que una Ética vacía y negativa	70
3. Desempolvar ideas viejas: el bien común	73
4. El problema de la igualdad	75
E. Exceso de teoría	81
1. El rechazo de Kant, rechazo del <i>Naturrecht</i>	81
2. La esterilidad de la ocupación filosófica	83
3. El apartamiento de la “praxis”	86
II. LA TEORÍA DEL DERECHO POSITIVO	89
1. El Derecho “positivo”: un tema inexplicado	97
2. Una noción nueva de Razón	101

3. El Derecho natural, fuente de desacuerdos	107
4. Derecho natural e Historia: la positividad del Derecho natural	111
a) La teoría del Organismo	112
b) Los tradicionalistas	118
c) La Escuela Histórica del Derecho	120
d) La naturaleza jurisprudencial de todo Derecho posible	122
e) Los positivistas estrictos	125
5. Las leyes son siempre justas	131
6. Resultado final: no hay Derecho fuera del Estado	139
7. El tema de la obligación jurídica	145
a) La terminología misteriosa	146
b) Las teorías sobre el Organismo	149
c) El Derecho y la fuerza	150
d) La naturaleza ética del deber jurídico	151
8. Corolarios diversos	155
III. EL PROBLEMA DE LA CIENCIA JURÍDICA	159
A. <i>Naturrecht</i> y <i>Rechtsphilosophie</i> , las dudas de Gustav Hugo	163
B. La Filosofía en el Derecho, tarea inútil	167
C. Escritos programáticos	171
1. Seidensticker clama contra los juristas filosofantes	171
2. Thibaut y Feuerbach quieren una ciencia jurídica digna de este nombre	175
D. La Filosofía del Derecho positivo	181
E. El sistema en la ciencia del Derecho	187
1. El sistema jurídico es imposible	188
2. La necesidad del sistema en el Derecho	189
BIBLIOGRAFÍA	193

I

CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA.

A. UNA VISIÓN DE CONJUNTO.

La Escuela de Derecho Natural de la Edad Moderna pretendió basar sus demostraciones en la simple razón, y los seguidores de la filosofía crítica que escriben entre 1790 y 1810 –que llevan a esta Escuela a su cima teórica– pretendieron trabajar en todo momento, en la elaboración del *Naturrecht*, según los postulados y las reglas que se deducen desde la Razón pura a priori.¹ Ellos entendieron que en el conocimiento científico existen dos elementos, uno necesario y general, que venía proporcionado por la razón, y el otro contingente y sensorial. Lógicamente, en la elaboración del *Naturrecht*, que era el Derecho de la Razón, el *Vernunftrecht*, al que designaban normalmente como *Metaphysische Rechtslehre* o *Metaphysik des Rechts*, el elemento sensorial, por ser contingente y no-necesario (*zufällig*) no fue tenido en cuenta; de este modo, la ciencia del Derecho Natural otoñal se acogió a un estricto racionalismo y repudió la experiencia jurídica. De hecho, el Derecho positivo no fue tenido en cuenta por estos últimos iusnaturalistas que integran la Escuela kantiana, y quedó como un “hecho” más de la Naturaleza, cuyo cumplimiento viene impuesto por la Autoridad, mediante la fuerza, pero del que no es posible dar una explicación racional.²

La pretendida racionalidad del razonamiento iusnaturalista moderno, precisamente por su apartamiento de la experiencia, se tradujo en una cierta arbitrariedad –podemos llamar así a la capacidad inventiva de cada iusnaturalista– en la construcción de los sistemas. Este hecho no debió escapar a la conciencia de la época, porque Hufeland, aún en la Edad de Oro

¹ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, 1989, págs. 23-30.

² Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 205-224.

del iusnaturalismo kantiano, reconocía que el *Naturrecht* era una pieza útil, maleable según las preferencias de cada tratadista.³ La pluralidad de sistemas de Derecho Natural se acentuó tras la crisis de la Escuela kantiana, en el primer tercio del siglo XIX, y Leopold August Warnkönig sintetizaba el caos existente a propósito de la doctrinas del Derecho Natural explicando que, en esta ciencia, unos interrogaban a la Historia y a la experiencia, otros a la religión revelada y al *ius commune*, mientras que otros querían estudiar la naturaleza interna del hombre, o bien los *principia rationalia, psychologica et moralia*.⁴

P.J. Anselm Feuerbach ya hacía notar, en 1804, que existían dos tendencias dentro de la Ciencia jurídica centroeuropea, una la empirista, que atendía al dato jurídico positivo, elaborándolo de las formas que estudiaremos más tarde, y otra la de los *philosophische Rechtsgelehrte*,⁵ que más bien especulaba con las pretendidas leyes de la razón pura. Efectivamente, ya a finales del siglo XVIII se habían hecho oír algunas voces críticas contra la llamada Ciencia del Derecho Natural y C.G. Rössig, en una obra que lleva el expresivo título *De cautione in tractando iure naturae nostra in primis aetate maxime necessaria*,⁶ había destacado que el "derecho natural" no se compone de leyes divinas, sino que también está hecho por el hombre.⁷ A finales de siglo se había perdido la fe absoluta en la capacidad de la razón y, con esta fe, también estaba cayendo la credibilidad del *ius naturae et gentium*.

El desprestigio de la ciencia del derecho natural motivó un período de crisis, bastante revuelto y confuso, sobre el que es impropio emitir juicios tajantes. Podríamos decir, de la mano, entre otros, de Feuerbach, que coexisten, no pacíficamente, las dos tendencias a que he aludido, porque la afición abstracta y especulativa sobre el Derecho tardó bastante tiempo en apaciguarse. En efecto, a pesar de que Grossmann nos informa que la re-

³ *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*. Jena, 1795, parágrafo 37.

⁴ «Pro varia huius disciplinae denominatione et definitione varia est etiam, eius tractandae ratio... Qui adhuc de hac disciplina scripserunt, e fontibus quam maxime diversis iuris naturalis regulas deduxerunt. Alii historiam et experientiam interrogaverunt, alii religionis revelatae et iuris civilis praecepta, alii ex interna hominis natura ius philosophicum hauriendum esse crediderunt; alii principia rationalia, psychologica, moralia secuti sunt. Fuere etiam qui omnis generis praecepta miscerent». Cfr. *Doctrina iuris philosophica aphorismis distincta in usum scholarum*. Aquisgranii-Lovanii. 1830, parágrafo V.

⁵ *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*. 1804. He utilizado la edición de Frankfurt am Main de 1968, págs. 61-64.

⁶ Leipzig, 1793 ó 1798.

⁷ *Op. cit.*, parágrafo 4.

vuelta del pensamiento historicista contra el abstracto había comenzado en la Economía ya en el siglo XVIII de la mano de James Stuart,⁸ este mismo pensamiento abstracto, sin embargo, era el dominante en las cátedras alemanas ya entrado el siglo XIX. Eduard Henke informaba a sus lectores, con amargura, de este hecho,⁹ y él mismo no podía resistirse a componer un epigrama irónico:

«Traurig herrscht der Begriff; aus tausendfach wechselnden Formen
Bringt er dürftig und leer ewig nur Eine hervor;
Aber von Leben tauscht es und Luft, wo bildend die Schönheit
Herrscht; das ewige Eins wandelt sie tausend fach neu».¹⁰

Pero, en el complejísimo movimiento que se desarrolla en el primer tercio del siglo XIX, los motivos que llevaron al rechazo de la Modernidad jurídica no se agotan en la crítica a la abstracción en el tratamiento del Derecho. Ciertamente, la literatura jurídica de la época muestra quejas frecuentes por la pérdida de contacto con la experiencia jurídica, y quizá sea éste el dato que más salta a la vista, por la abundancia de las fuentes. Así, Georg Horn, dedicó muchas páginas a denunciar los tratados de Derecho Natural que no tenían en cuenta la praxis del Derecho,¹¹ y mientras Ludwig von Haller se queja de que el *Naturrecht* ha destruido la paz civil y cualquier tipo de libertad,¹² Warnkönig concluye que una ciencia puramente racional que proporcione *Rechtssätze* es imposible, porque ¿cómo se puede deducir desde la simple razón la sucesión hereditaria regia? «Por estas razones, explica Warnkönig, me parece que es inviable lo que usualmente se llama Derecho Natural».¹³ J.F. Herbart acaba de completar este cuadro explicando

⁸ Vid. H. Grossmann, *La revuelta evolucionista contra la economía política clásica*, en Spengler-Aller, "El pensamiento económico de Aristóteles a Marshall". Tecnos. Madrid, 1971, págs. 517 y ss.

⁹ «Sind es nun aber diese, welche auf den meisten juristischen Lehrstühlen Deutschland thronen...». Cfr. *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft und das Studium derselben in Deutschland*. Regensburg, 1814, pág. XV.

¹⁰ *Op. cit.*, pág. XXXI.

¹¹ Vid. *Ueber den Einfluss der öffentlichen Denkfreiheit auf die geistige Bildung eines Volkes und das Verhältniss des Naturrechts zum positiven Rechte*. Jena, 1808, págs. 10-28.

¹² «...so sind nicht auf dem Gang der Natur und der ganzen Erfahrung zuwider, sondern sie führen auch zu Konsequenzen, die in ihrer Anwendung alle bürgerliche Ruhe untergraben, jede rechtliche Freyheit vernichten...». Cfr. *Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, des darauf gegründeten allgemeinen Staatsrecht und der allgemeinen Staatsklugheit nach den Gesetzen der Natur*. Winterthur, 1808, parágrafo 3.

¹³ «Auch höhere metaphysische Gründe werden nicht hinreichen, die Möglichkeit eines Zwanges um gewisse Ansprüche durchzusetzen darzuthun, denn solche sind Resultate der Speculation». Cfr. *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftidee*. Bonn, 1819, pág. 50.

que lo que se ha hecho y atendido como *Naturrecht* es tan sólo un juego grotesco del afán científico.¹⁴

Así pues, los primeros decenios del siglo XIX no aceptaron una ciencia que procediera según las pretendidas leyes estrictas de la razón a priori. Como suele suceder en los casos en los que un paradigma científico sustituye a otro, los motivos por los que se produce tal sustitución son de naturaleza más bien práctica, y las motivaciones puramente intelectuales suelen ser justificaciones que, a posteriori, intentan fundamentar el cambio producido. Lo cierto es que, en este momento que estamos estudiando –el cambio de siglo desde la Modernidad a la Edad Contemporánea– aparecen aquí y allá reproches de muy distinta índole contra el *ius naturale et gentium*. Así, Henke explicaba, en el marco polémico contra el Derecho Natural que envuelve a su obra, que el *Naturrecht*, lejos de ser un Derecho extraído de las leyes de la razón, no es más que una mala copia, en conceptos muertos y secos del Derecho Positivo,¹⁵ y G.E. August Mehmel entendía que la llamada “Ciencia del Derecho Natural” había extraído su contenido del espíritu positivo que se respiraba, que estaba en el ambiente, en el que había quedado anclada, por lo que los iusnaturalistas habían bajado el nivel cultural que el Derecho Positivo había ya alcanzado mucho antes.¹⁶

Sucedía que la época ya estaba sospechando que la razón, por sí sola, carece de contenidos desde los que se puedan extraer normas jurídicas concretas. Por este motivo, Horn denunciaba que en todo Derecho existían mu-

¹⁴ «Das so gestaltet Naturrecht ist es, von welchen kurz darauf Schleimacher behauptete: es scheine keinen andern Ursprung zu haben, als die Negativität des Begriffs von der Sittlichkeit; es bestehe aus den ungleichigsten Dingen; es sey entstanden aus der Aufgabe, zu dem, was in der Staatskunst als ein Willkührliches und Positives erscheine, das Natürliche und Nothwendige zu finden;—man könne es kaum für mehr gelten lassen als für ein groteskes Spiel des wissenschaftliches Strebens; und es folge unmittelbar, dass eine rechte Ethik diese Unform zerstören müsse». Cfr. *Analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral*. Göttingen, 1836, parágrafo 76.

¹⁵ «...fesseln sie dieselben vielmehr an die Tiefe, indem sie ihnen nichts darbieten als eine lange Reihe dürrer und todtet, aus dem Positiven einer einzelnen Gesetzgebung entlehnter, Begriffe, ohne ihnen den Zusammenhang, worin dieses Positive erscheint, und die geschichtliche Entstehung und Entwicklung desselben in seiner bestimmten individuellen Gestalt irgend näher zu rücken». *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft...* cit., pág. VII.

¹⁶ «Die Folge dieser verfehlten Ansicht des Naturrechts konnte keine andere seyn, als dass es in vielen Behauptungen durch den Geist, den es athmete, unter die Bildungstufe herunter sinken musste, die das gebildete wirklich bestehende Recht, seit Jahrhunderte schon erreicht hat». Cfr. *Die reine Rechtslehre*. Erlangen, 1815, Vorrede, pág. XII.

chas instituciones que no podían deducirse desde la generalidad y necesidad propias de la razón,¹⁷ y Gottlob Ernst Schulze, apuntando una crítica que aún hoy está por desarrollar, mantenía que la formalidad del imperativo categórico kantiano nos hacía perder de vista cualquier contenido material.¹⁸

Aunque la crítica quizá más inteligente vino de la mano de Warnkönig y de Falck. Efectivamente, aun concediendo que la razón por sí sola puede construir un sistema de normas prácticas –concesión que no hacen ni uno ni otro–, ¿cómo sabemos cuáles de esos deben quedar como simples normas morales –*Gewissenspflichten*– y cuáles, en cambio, deben ser respaldadas por la fuerza del Estado para que se conviertan en normas jurídicas esto es, coercibles, *Zwangspflichten*? La razón no nos proporciona este criterio delimitador, y hace falta que el Derecho Positivo determine qué normas son jurídicas.¹⁹

Es difícil exponer ordenadamente las impugnaciones que se producen en estos momentos contra el excesivo racionalismo del *Naturrecht*, ya que los autores que no eran kantianos se sintieron en la obligación de reivindicar los derechos del Derecho positivo atacando el racionalismo jurídico aún imperante en las Universidades. Por este motivo, cada autor –y son varias decenas– merecería un tratamiento diferenciado. Por este hecho, es quizá más ilustrativo exponer la parte más sustancial de la crítica que realizó J.A.L. Seidensticker, el jurista que fue el primero en reaccionar contra el racionalismo kantiano en una obra dedicada monográficamente a denunciar el estado lamentable de la Ciencia del Derecho en estos momentos. Sei-

¹⁷ «Uebrigens kann ein positives Recht gar vieles enthalten, wovon in der Rechtsphilosophie die Rede nicht seyn kann, nämlich diejenigen Rechtsverhältnisse, welche ihrer Natur nach keinen bleibenden und festen Charakter haben, sondern nach Zeit und Umstände veränderlich sind; denn die Philosophie hat überall nur das Allgemeine und das Nothwendige vor Augen... Denn sie leitet ihre Principien nicht aus der Erfahrung, sondern aus der Vernunft selbst ab, und stellt die allgemeinen und nothwendigen Bedingungen auf, unter denen ein vernunftrechtlicher Zustand möglich ist». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 26.

¹⁸ «Allein nachdem er das Princip aufgestellt hat, wir dessen Verwandschaft mit der Quelle aller Verbindlichkeiten des Menschen gänzlich aus den Auge gesetzt». Cfr. *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerliches und peinliches Rechts*. Göttingen, 1815, pág. X.

¹⁹ Vid. Warnkönig, *Versuch...*, cit., pág. 50. Falck escribía que «es sind früherhin alle Rechtsgelehrte der Meinung zugetahn gewesen und viele sind es noch, dass die menschliche Vernunft, unabhängig von der Erfahrung, wirklich ein System von Rechtsnormen aufzustellen vermöge, welches das Naturrecht genannt wurde». Cfr. *Juristische Encyclopädie*. Kiel, 1821, parágrafo 45.

densticker no se atrevió a firmar su libro y los *Juristische Fragmente* aparecieron como obra anónima en Göttingen, en 1802.

1. Una primera crítica contra el formalismo kantiano.

El nervio fundamental que recorre la obra de Seidensticker es la denuncia de la separación entre Ciencia del Derecho y experiencia. Kant ha creado un *transcendentale Recht* –explica este autor– que ha sido expulsado de las regiones de la experiencia y recluido en el mundo de la Razón pura e inmaculada, en donde nada se ve ni se oye.²⁰ Esta “Metafísica del Derecho” (*Metaphysik des Rechts*) racionalista no es más que la razón que habla consigo misma, como el ventrilocuo habla con su estómago,²¹ y por este robo de la experiencia, Kant debe ser acusado de *laesio enormissima*.²²

Los juristas kantianos, por apartarse de la experiencia, han perdido de vista la Realidad, que ha quedado tras las leyes a priori racionales a las que la Realidad misma debe acomodarse si quiere ser tenida por tal. Pongamos a prueba a los kantianos, escribe Seidensticker: ¿Cuántas patas posee el asno de porcelana que él tiene y al que le falta una pata porque se cayó al suelo y se rompió? El kantiano contesta: el imperativo categórico exige que él tenga cuatro patas. ¿Cómo podría ser de otro modo? Y he aquí que, en fuerza del imperativo categórico, el burro posee cuatro patas. Así habla un jurista que ha construido su sistema filosófico de espaldas al Derecho positivo, y es preciso disculpar al pequeño Fritz cuando él dice muy poco filosóficamente: «El burro tiene tres patas, papá».²³

Los juristas filósofos no caen en la cuenta de que lo que ellos califican como “Metafísica del Derecho” no es más que un *parvenu* que, como suele suceder con este tipo de gente, una vez que ha llegado al triunfo, ha olvidado sus orígenes humildes, y aparece resplandeciente contra aquellas doc-

²⁰ «Uebernatürlich wird das Recht genannt, wenn es über die Natur und über das Reich der Objecte hinaus gehet. Es heisst auch das *transcendentale* Recht, weil einen gewaltigen Satz aus den Regionen der Erfahrung in das Gebiet der reinen und unbefleckten Vernunft thut, wo nichts zu hören und zu sehen, sondern bloss geistig anzuschauen ist». Cfr. *op. cit.*, parágrafo 71.

²¹ «Die Metaphysik des Rechts beruht darauf, dass die Vernunft sich mit sich selbst und über sich selbst in Angelegenheiten des Rechts bespricht. Der Metaphysiker unterhält sich mit seiner Vernunft, wie der Bauchredner mit seinem Bauch». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 2.

²² Cfr. *op. cit.*, parágrafo 5.

²³ Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 160.

trinas bajo cuya protección él ha prosperado,²⁴ y es que estos juristas han olvidado completamente que su Derecho filosófico no es más que el Derecho positivo alemán.²⁵

Esta Metafísica del Derecho, ¿sirve para algo? Seidensticker opina que no, puesto que no ha ejercido ningún influjo sobre la jurisprudencia.²⁶ Es preciso reconocer que en este punto, nuestro jurista no estuvo muy acertado; ciertamente, en 1802, el iusnaturalismo moderno aún no había tenido un reflejo práctico en el Derecho positivo, pero ya debía adivinarse que la legislación del siglo XIX recogería lo fundamental de la doctrina iusnaturalista en el Derecho privado; se podría decir que Seidensticker, envuelto en la polémica contra la nueva Ciencia del Derecho, no supo olfatear el rumbo de los tiempos.

En cualquier caso, lo cierto es que Seidensticker mantuvo –en una época en la que era difícil mantener esto– que el Derecho es asunto de experiencia, no de la filosofía racionalista. Por esta razón él opina que, en contra de los planes de estudio entonces vigentes, en primer lugar el aprendiz de jurista debe estudiar Derecho, y no Metafísica y, yendo más lejos, propugna la desaparición de la Metafísica de las Facultades de Derecho, ya que la Metafísica es cosa de filósofos, y la empiria (*das Empirische*) es asunto del jurista.²⁷

No quiere decir nuestro autor que la Filosofía sea absolutamente ajena al Derecho, o este último a aquella; él reconoce que el jurista, cuando des-

²⁴ «Die Wissenschaft, die sich unter dem Namen der Metaphysik des Rechts so wichtig macht, ist offenbar nicht weiter, als ein *Parvenu*, der aber, wie es die *Parvenus* zu machen pflegen, im Glücken und Gedeihen übermüthig geworden, seines Ursprunges vergisst, und sich bereits nicht entblödet, gegen diejenigen Doctrinen, unter deren Schutze und Pflege er aufwuchs, gnädig und herablassend erscheinen zu wollen». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 73.

²⁵ «Es nimmt nicht Wunder, dass die vornornigen Juristen, mit denen wir hier zu thun haben, so wenig darauf bedacht sind, ihre Theorie selbst aus unseren Deutschen positiven Rechte zu belegen und zu unterstützen». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 146.

²⁶ *Vid. op. cit.* parágrafo 131.

²⁷ «Aus dem Unterschiede zwischen dem metaphysischen und historischen Naturrechte lösen sich mehrere Fragen sehr leicht von selbst, über die man so oft unnöthiger Weise gestritten hat, und noch von Zeit zu Zeit zu streiten pflegt; als namentlich folgende: Muss der junge Jurist auf der Universität das Naturrecht vor oder nach dem positiven Rechte hören? Das metaphysische mag er immerhin vorher hören; das empirische aber ja nachher auch! Muss das Naturrecht von einem Philosophen gelesen und bearbeitet werden, oder von einem Jurist? Das metaphysische sey eine Sache der Philosophen, das empirische aber das Geschäft der Juristen!». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 77.

ciende a los fundamentos de su ciencia, hace Filosofía, y que los mismos filósofos, cuando salen de su abstracción y se adentran en la experiencia y en la vida humana, entran en la zona de los juristas. ¿Por qué han de permanecer ambas actividades contrapuestas, bloqueada cada una en su respectivo puerto, sin permitir la una que la otra desembarque en el suyo?²⁸ Más adelante veremos que Seidensticker propone una cierta unión entre empiria y Filosofía.

2. Las funciones de la razón.

En la turbamulta de la crítica que los primeros decenios del siglo XIX lanzaron contra el *Vernunftrecht* encontramos versiones de muy diversa índole acerca de la función de la "razón" en la actividad práctica humana. Por lo general dominó la idea de que las verdades —así opinaba Gustav Hugo— no son cognoscibles a priori, de una forma racional pura, necesaria y general, sino que todas las verdades las conocemos a posteriori, empíricamente, porque son distintas según el lugar y el tiempo, dependientes de los hechos, contingentes, históricas, en una palabra.²⁹

De forma poco profunda y, desde luego muy poco consecuente con sus mismas propuestas, algunos autores mantuvieron que nuestros conceptos racionales no son más que un reflejo de la realidad. En este sentido, Emil Weller, haciendo suyas las palabras de Mehrlin, escribía que cuando la razón va más allá de la experiencia, todo se resuelve en una fábula febril,³⁰

²⁸ «Wenn die Juristen auf die Grunde ihrer Wissenschaft zurück gehen, so gerathen sie auf das Gebiet der Philosophen. Wenn sich die Philosophen aus ihrer Abstraction heraus vorwärts in die Erfahrung und in das menschlichen Leben bewegen; so gerathen sie auf das Gebiet der Juristen. Warum wollen beyde Theils sich gegenseitig in ihren Häfen bloquiren, und sich Einer dem Andern nicht erlauben, auf seinem Boden zu landen? ... Kant wäre ein besserer Naturrecht-Philosoph, wenn er mehr Jurisprudenz verstanden hätte». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 78.

²⁹ Schröder escribía, a propósito de Hugo, que las verdades jurídicas «welche in einem Staate gelten, sind nicht a priori erkennbar, rein, allgemein, notwendig, gewissermassen, aufgeboren, wissenschaftlich im strengen Sinne des Wortes, sondern a posteriori, empirisch, nach Zeit und Ort verschieden, zufällig durch eigene und fremde Erfahrung von Thatsachen zu erlernen, geschichtlich». Cfr. *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main, 1979, pág. 155.

³⁰ Wilhelm Ludwig Mehrlin exponía en 1790: «Unsere positiven Begriffe über gewisse Dinge reichen nicht weiter, als unsere Erfahrungen von diesen Dingen. Wo diese ein Ende haben, da sollte auch billig unser Rasonniren, und nicht fieberhaftes Fabeln und Radotage zu werden, Halt machen». Cfr. Emil Weller, *Die Freiheitsbestre-*

y Schnaubert, que tiene el mérito de haber escrito una obra en la que recoge de modo completo y claro las críticas que el incipiente siglo XIX lanzó contra el *Naturrecht*, opinaba que el objeto de un conocimiento debe preexistir al conocimiento mismo, ya que todo conocimiento es tan sólo un reflejo (*ein Reflektieren*) de algo ya existente.³¹

De una forma que hace presagiar a los neokantianos posteriores, Arnold von Linck escribía que la razón humana, esto es, la capacidad de pensar (*Denkvermögen*) no tiene ningún contenido verdadero, sino que es una pura forma lógica.³² Si esto es así, prosigue von Linck, no puede existir ningún conocimiento objetivo a priori, ninguna construcción, en el sentido usual de esta palabra; no se puede, pues, proceder desde la razón, ya que todo conocimiento es resultado de una experiencia, es decir, de un hecho (*Thatsache*) interno o externo del que llegamos a ser conscientes, y así es como procede la Ciencia del Derecho y de la justicia.³³

Pero mayor precisión alcanzaron Feuerbach y Fischer en su crítica. El primero de estos autores, que en el plano jurídico ha pasado a la historia por sus explicaciones acerca de la Filosofía y la empiria, se limitó con decir que la Filosofía, cuando se mueve en el plano de la Ciencia positiva —como el Derecho— no puede ser creadora, sino configuradora (*bildend*), ya que está vinculada a un material que es dado.³⁴ Fischer, que ha sido una de las

bungen der deutschen im 18. und 19. Jahrhundert dargestellt in Zeugnisse ihrer Literatur. Leipzig, 1847, pág. 17.

³¹ «Der Gegenstand eines Erkennes muss stets früher vorhanden seyn, als dessen Erkennen selbst; denn alles Erkennes ist nur ein Reflektiren auf etwas schon Existirendes. Darum waren auch Rechtszustand und Recht überall früher unter den Menschen, als man sich dieses Zustandes und seiner Regeln klar bewusst wurde. Hieraus erklärt sich auch hinreichend, warum bey allen Völkern das Recht ursprünglich unter der Form von Gewöhnungen, d.h. nicht als Folge eines Reflektirens, bestand». Cfr. *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*. Jena, 1819, parágrafo 148.

³² «Das Ergebniss der voran stehende Entwicklung ist nun, dass diese philosophische Wissenschaft des Rechtes bestätigt, was die ganze neuere Philosophie erweist, nämlich: dass die Vernunft des Menschen oder sein Denkvermögen nirgend einen wahren Inhalt, sondern überall nur eine leere Form—ein bloss logisches Gesetz habe finden könne». Cfr. *Ueber das Naturrecht als Grundlage der Strafrechtstheorien*. München, 1829, pág. 60.

³³ «Wenn denn aber so ist, und es ist so; so kann es auch kein objectives Wissen a priori, keine Konstruktion der Dinge im gewöhnlichen Sinne des Wortes geben. All unser Wissen muss denn auf That und Geschichte—auf der Offenbarung dieses höchsten Willens und seiner thatsächlichen Erkenntniss beruhen». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 131.

³⁴ «Die Philosophie, so ferne sie sich in die Grenzen einer positiven Wissenschaft begibt, ist nicht schaffend, sondern nur bildend. Sie ist da gebunden an einen gege-

mentes más lúcidas que poseyó la Filosofía del Derecho en el siglo XIX, entendía que la Ciencia Jurídica no era una tarea racional, de "pensar" (*durch Denken*), sino una labor de reflexionar (*Nachdenken*) sobre los datos de la realidad.³⁵

El tema de las relaciones entre Razón y Empiria en el campo del Derecho, según los autores decimonónicos, es complejo, y volveremos sobre él más adelante. Esta complejidad a que aludo se nos muestra en que, en el proceder matizado de estos juristas, unos diseñaron los fundamentos de la Ciencia Jurídica contemporánea, normalmente bajo el rótulo *Rechtsphilosophie* o *Philosophie des positiven Rechts*, y otros concedieron más importancia, o simplemente dieron mayor relieve en sus tratados a los fundamentos últimos de la justicia, y compusieron, bajo el nombre de *Philosophie des Rechts*, o *Naturrecht*, tratados de lo que posteriormente volvió a llamarse "Derecho Natural".

3. Las relaciones entre la razón y la empiria.

Más que hablar de "empiria" debiéramos hablar de experiencia, si es que pretendemos ser fieles al espíritu de estos autores; pero ellos mismos no usaron la palabra experiencia y sí, en cambio, utilizaron profusamente la de *Empirie*, tomada recientemente del idioma francés y que poseía más prestigio y brillantez.

Feuerbach entendía que ya era hora, en 1804, de acabar con la lucha entre Filosofía y Empiria, puesto que pertenece a la esencia de la jurisprudencia acoger igualmente a ambas; pues cualquier tratamiento unilateral de una de estas realidades, que aniquilara a la otra, destruía el carácter del Derecho,³⁶ ya que la jurisprudencia sin Filosofía es una estupidez, y la Filo-

benen Stoff». Cfr. *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft* (1810). Edición de Frankfurt am Main, 1948, pág. 27.

³⁵ «Es ist demnach schwer zu begriffen, wie Hegel, nach Anerkennung der naturnothwendige, an und für sich wahren, Wirklichkeit des Rechts, wieder auf das unsichere Gebiet des Gedankens zurückkommen und das Naturrecht durch Denken, nicht durch blosses Nachdenken über seine naturnothwendigen Erscheinungen begründen wollte». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, pág. 23.

³⁶ «Kein Kampf musste die Kultur der positiven Jurisprudenz so lange aufhalten als dieser Kampf der Empirie mit der Philosophie. Denn es ist Wesen dieser Wissenschaft, dass in ihr beide sich friedlich vereinigen und in harmonischer Eintracht einander beleben und unterstützen. Jede ausschliessende Behandlung derselben nach dem einen dieser Gesichtpunkte im Gegensatze des andern vernichtet ihren

sofía sin dato positivo, una vaciedad. Por esta razón, el jurista que construye una obra sin una base empírica elaborada no es más que un charlatán filosófico, y el empírico que prescinde de la Filosofía es un bárbaro o un pedante.³⁷

Warnkönig, por su parte, dedicó mucho esfuerzo a destacar las realidades sociales sobre las que debe ser inducido el tratamiento filosófico del Derecho; él entendía que la Idea del Derecho (*die Idee des Rechts*), presupone unos hechos, unos *Thatsachen* que la presionan y la hacen surgir, tales como que el pueblo sea agricultor o ganadero, o comerciante; influye también el clima y la situación geográfica.³⁸ «El modo y la forma como la convicción popular juzga a estos hechos, siguiendo la ley más allá de la actividad humana, crea la forma originaria del Derecho. Es imposible hablar sobre lo que el Derecho es sin el presupuesto de tales realidades ya dadas, del mismo modo que es imposible hablar de naciones sin peculiaridades o de hombres sin individualidad. Por esta razón, pretender un Derecho filosófico, un Estado de Derecho metafísico al que se llama Derecho Natural, no pasa de ser una ensoñación».³⁹

Nicolaeus Falck, presentado casi únicamente como el "padre" del positivismo jurídico, alude a varios autores recientes (se refería a Hugo, Marezzoll y Warnkönig) que no solamente han rechazado el antiguo *Naturrecht*, sino que hacen surgir todo el Derecho sobre hechos históricos conocidos; estos autores han sustituido al Derecho Natural y al conocimiento racional mediante conceptos de lo que debe ser jurídico en el Estado, por la *Philosophie des positiven Rechts*.⁴⁰ Él, por su parte, opina que el conocimiento del

eigenthümlichen Charakter, tötet ihr wahres wissenschaftlichen Leben» Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie*, cit., pág. 64.

³⁷ «...ohne Philosophie bleibt die Jurisprudenz in der Dummheit, ohne empirische Gelehrsamkeit wird sie rasend; der Rechtsgelehrte ohne ein ausgebreitetes empirisches Wissen wird höchstens ein philosophischen *Schwätzer*, der Empiriker ohne Philosophie ist ein *Barbar* oder ein *Pedant*». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 98.

³⁸ *Vid. Versuch...*, cit., págs. 52-53.

³⁹ «Die Art und Weise wie nun die Volksmeinung, befolgend die höheren Naturgesetze der menschlichen Thätigkeit, über dieselbe urtheilt, erzeugt die ursprüngliche Form des Rechts. Es ist unmöglich ohne Voraussetzung solcher gegebenen Verhältnisse von der Bestimmung irgend etwas Rechtlichen zu reden, so wie sich ein Land ohne alle Eigenthümlichkeit, Menschen ohne Individualität und alle besondern Verhältnisse zu denken, und gewiss sind es nur schwärmerische Träume a priori, sich ein philosophisches Recht, einen metaphysischen Rechtsstaat schaffen zu wollen, und dies Naturrecht zu nennen». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 53.

⁴⁰ «Mehrere Neuere verwerfen nicht nur das alte Naturrecht, sondern lassen alles Recht nur durch historische erkennbare Thatsachen, Gesetze und Gewohnheiten,

Derecho se obtiene, como tantos otros conocimientos, mediante la observación y la experiencia, con la lectura de libros jurídicos.⁴¹

4. Unas indicaciones de conjunto.

Por este camino, los iusnaturalistas de la Ilustración se convirtieron en el blanco de los ataques de la mayor parte de los autores de estos decenios. Adam Müller ridiculizaba a Daniel Nettelbadt, que, al proponer su sistema de Derecho Natural, quería ofrecer un *ius naturale-positivum*, lo que era un absurdo tan grande, en opinión de Müller, como pretender un círculo cuadrado. Sucede más bien —explica Müller— que la Idea del Derecho posee dos elementos, uno corporal o positivo, y otro que es espiritual o general, y los iusnaturalistas han llamado unilateralmente a este segundo elemento “Derecho Natural”, ya que ellos creían que se podía disociar el elemento espiritual del elemento corpóreo.⁴² Sucede más bien, explica Müller, que quien piensa en el Derecho piensa directamente en una localidad, en un caso determinado, a través del cual algo llega a ser Derecho; porque el Estado es sólo una gran y determinada localidad, y su legislación es la masa de las reglas que le pertenecen; quien piense las dos, esto es, la localidad y las reglas, y las considere en movimiento, ése tiene la Idea del Estado.⁴³

Un juicio de conjunto acertado es el que nos proporciona Arnold

entstehen. Diese haben dem Naturrecht die Philosophie des positiven Rechts, Vernunftkenntniss aus Begriffen über das, was im Staate Rechtens seyn kann, substituirt, welche in wissenschaftliche Beziehung die Stelle des Naturrechts vertreten soll». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 51.

⁴¹ «Die Kenntniss des Rechts könnte, wie bei so manchen ander Kenntnissen noch geschieht, durch eigene Beobachtung und Erfahrung und durch Lesen juristischen Schriften erworben lassen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 18.

⁴² «Nettelbadt hatte nicht ganz Unrecht, als er in den grossen Verlegenheit sein Naturrecht offenerzig: *ius naturae-positivum* nannte, was, nach den damaligen Ansichten der Menschen eben so viel sagen wollte, wie ein viereckiger Cirkel. Jetzt aber hat dieses Wort, so wenig der brave Mann daran denken mochte, eine tiefe und richtige Bedeutung. Die Idee des Rechts nemlich hat zwar Elemente: ein körperliches oder positives, und ein geistiges oder allgemeines, allgemein gültiges; und dies zweite Element war so eben, was jene Leute “Natürliches Recht” nannten. Sie meinen nun, man könne dieses geistiges Element von der körperlichen oder positiven trennen; man könne es davon abziehen (abstrahiren)». Cfr. *Die Elemente der Staatskunst*. Berlin, 1809, pág. 57.

⁴³ «Wer sich das Recht denkt, denkt sich unmittelbar ein bestimmte Localität, wofür es Recht ist; das ist das natürliche, schöne Drang des lebendigen Menschen nach lebendiger Erkenntnis...». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 58.

Möhl, en 1841: del mismo modo que el hombre no es a priori, así tampoco puede existir nada a priori. Pues todos nuestros conocimientos descansan sobre algo positivo, dado, sobre una revelación o experiencia, sin la cual nuestros conocimientos estarían vacíos de contenidos, o contendrían ficciones o imaginaciones tan sólo. Construir desde conceptos puros o pensar desde abstracciones no nos puede dar ningún conocimiento de lo real, y no nos introducirá en el reino de la verdad, sino sólo en el de los sueños y figuraciones.⁴⁴

⁴⁴ «So wenig der Mensch a priori ist, so wenig kann er etwas rein a priori wissen. Alle unsere Erkenntniss beruht auf Etwas Positiven, Gegebenen, auf Offenbarung und Erfahrung, ohne welche alle unsere Erkenntniss inhaltsleer sein würde, oder nur Fiktionen oder Dichtungen enthielte. Das Construiren aus blossen Begriffen, aus blossen abstrakten Denken kann keine Erkenntniss des Wirklichen geben, kann nicht in das Reich der Wahrheit führen, sondern nur in das Reich der Träume und Einbildungen». Cfr. *Ueber das Naturrecht*. Mannheim, 1841, pág. 9.

B. EL "ESTADO DE NATURALEZA" Y EL "CONTRATO SOCIAL".

La Escuela de Derecho Natural moderno había distinguido, desde sus inicios en el siglo XVI con Fernando Vázquez de Menchaca, dos "estados" en la vida del hombre; en el marco de la Ciencia del Derecho Natural fueron conocidos como "Derecho Natural absoluto" y "Derecho Natural hipotético". El llamado Derecho absoluto pretendía considerar al hombre tal como éste es *naturalmente*, es decir, al individuo aislado en el "estado de naturaleza"; suponían y postulaban estos iusnaturalistas que el punto de partida de cualquier consideración científica acerca del hombre había de partir desde una situación imaginada en la que desaparecía el hombre y entraban en su lugar los individuos; efectivamente, en el *status naturae* sólo eran considerados, imaginativamente, unos individuos sin historia ni tradiciones, sin vida social o propiamente humana, y en tales individuos sólo era tenida en cuenta su individualidad, ya que cada uno de ellos se afirmaba como una mónada individual de voluntad no determinada ni determinable en principio. Por este camino, en el "Derecho Natural absoluto", *absolute Naturrecht*, sólo contaba la libertad "libre" de cada sujeto, puesto que cada cual era considerado exclusivamente desde el ángulo de su propia pertenencia, esto es, del dominio que poseía sobre sí mismo y sus actos y, en consecuencia, desde el punto de vista de su independencia y autonomía. Dedicué un artículo a esclarecer la concepción de los hombres desde este "Derecho Natural absoluto".⁴⁵

Lógicamente este individuo "libre" –si por "libertad" entendemos la simple indeterminabilidad de su voluntad– sólo queda obligado cuando él presta voluntariamente su consentimiento; de esta forma, la figura jurídica

⁴⁵ Vid. "La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la 'Persona jurídica'", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, V (1988) págs. 383-410.

que recoge el acuerdo de voluntades, el pacto o contrato, se erigió en prácticamente la única institución existente en la doctrina jurídica de la Modernidad. A través de pactos creaban la sociedad y el poder político; la exigencia del contrato permanecía como un esquema heurístico universal, de modo que se postulaba que todas las vinculaciones que pudieran recaer sobre un individuo habían de tener su origen y fundamento en un consentimiento prestado libremente. Una vez que los individuos abandonan el *status naturae* al entrar en sociedad comienza el llamado "Derecho Natural hipotético", *hypothetisches Naturrecht*, puesto que este estado social no era el natural del hombre, sino que era el resultado intelectual de considerar a los seres bajo el supuesto *-ex suppositione-* de la sociedad.

El tránsito desde el estado "absoluto" del hombre al estado "hipotético" se realizaba mediante un contrato que, por crear mediante él la sociedad, es conocido hoy, y desde hace tiempo, como "contrato social"; en la terminología de aquella época se le conocía como *pactum societatis*, que solía englobar al pacto por el que se creaba la sociedad, y aquel otro contrato por el que los miembros de la sociedad ya constituida acordaban someterse al poder de un gobernante; este segundo momento del contrato social era conocido como *pactum subiectionis*. Las leyes o mandatos que posteriormente dictara el poder político así constituido quedaban bajo la exigencia del libre consentimiento, y la Modernidad postulaba que tales leyes no eran más que una promesa o pacto colectivo de todos los ciudadanos entre sí, una *communis reipublicae sponsio*.

Como es obvio, toda esta construcción intelectual giraba en torno, y encontraba su "fundamento" en la representación imaginativa del individuo aislado, independiente y autónomo en el *status naturae*, pues toda ella era una ficción que pretendía ser normativa, o desde la que se pretendió crear una doctrina filosófica y jurídica que fuera normativa para la sociedad actual. Bastaba, por tanto, negar el punto de partida, esto es, la existencia o la posibilidad de unos individuos aislados e independientes que libremente pactan, para que la construcción filosófico-jurídica típicamente moderna cayera por su base. Precisamente el ataque del siglo XIX contra la Modernidad jurídica se centró en la negación del "estado de naturaleza" y de los "contratos sociales". El problema consistió en cómo argumentar para hacer ver al auditorio, esto es, convencerlo, de que tales figuras eran inaceptables.

1. La irrealidad de los presupuestos iusnaturalistas.

A cualquiera se le ocurre que tanto el *status naturae* como el "contrato social" son figuras creadas por la imaginación, porque es evidente de suyo que nunca han existido históricamente; sin embargo, nadie se atrevió du-

rante los siglos XVII y XVIII a argumentar contra estos supuestos del pensamiento político-jurídico, alegando su irrealidad; durante este tiempo, la forma de razonar moderna o iusnaturalista, basada en los estados de naturaleza y contratos sociales, gozó de un fuerte prestigio, por lo que sus fundamentos gozaron de impunidad. Solamente, muy a finales del siglo XVIII, cuando la Edad Contemporánea se rebeló contra el individualismo excesivo del *ius naturale*, aparecen autores que denuncian la artificialidad e irrealidad de los puntos de partida intelectuales de la Modernidad. Obviamente, éste era el primer paso a dar, el más sencillo, y Gustav Hugo alegaba en la primera edición de su *Lehrbuch des Naturrechts* que «estos contratos presentan la peculiaridad de que nunca han existido, y que la experiencia muestra que las constituciones jurídico-políticas se han impuesto a los pueblos mediante conquistas (militares) y mediante otros hechos casuales, sin que en ningún momento se haya atendido al consentimiento de los sometidos».⁴⁶

Los románticos, idealistas normalmente, que hicieron surgir la idea de la comunidad como un todo orgánico, comienzan destacando el hecho de que estamos o nacemos en el Estado, *Staat*. Así, por ejemplo, procede Karl Christian Friedrich Krause.⁴⁷ Es posible que este tipo de argumentaciones tan elementales o simples, tales como que "el Estado es natural" al hombre o que "nacemos en el Estado", sorprendan al lector actual. En este sentido, es preciso tener en cuenta que durante más de dos siglos, la Universidad europea había enseñado colectivamente que la vida social y política —así se decía entonces— era un "estado" artificial o hipotético del hombre, y que lo esencial y *natural* era el individuo independiente y autónomo. Por este hecho, comenzar un tratado de Filosofía del Derecho con la tesis opuesta, es decir, manteniendo que el hombre originariamente no es independiente ni autónomo, sino que la "naturalidad" consiste, por el contrario, en el sometimiento *ab initio* a un gobernante, a un legislador, era un atrevimiento difícilmente justificable.

Esta razón explica el tono entre polémico y serio que adoptan los autores de comienzos de siglo para exponer que el estado de naturaleza y el contrato social no han existido. Algunos dicen que el Estado es un invento del hombre, obra de su arbitrio, escribe, Gönner; ¿acaso es una casualidad,

⁴⁶ «Diese Verträge... haben als Thatsachen ersten den Fehler, dass sie nicht wirklich sind, denn alle einzelne Verfassungen in der Welt haben sich durch Eroberungen und andere Zufälle vergrößert oder verkleinert, ohne dass dabei die Einwilligung der eroberten abgetretenen Landes erfordert worden wäre». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*. Berlín, 1819, parágrafo 380.

⁴⁷ Vid. *Grundlage des Naturrechts oder philosophische Grundriss des Ideals des Rechts*. Jena und Leipzig, 1803, pág. 5.

resultado del arbitrio humano, que en Europa vivan juntos tantos millones de hombres? Este hecho, ¿no es más bien una obra de la Naturaleza? Los Estados no han surgido exclusivamente a través de una Idea de la Razón, sino producidos en la Realidad por la Naturaleza. En consecuencia, los Estados constituyen una comunidad –*Verein*– pero nunca una sociedad, *societas* o *Gesellschaft*, cuya existencia dependa del arbitrio de los socios: ningún Estado tiene como fundamento un contrato.⁴⁸

La necesidad de afirmar la sociabilidad *originaria* del hombre para combatir el racionalismo individualista aún dominante, hizo que Ludwig von Haller, expusiera en tono polémico, ya en el primer párrafo de su tratado, que «En la medida en que conocemos la Historia y la Tierra, los hombres, en todos los tiempos y en todos los lugares, han entrado en relación de dominación y sometimiento».⁴⁹ Y Adam Müller, el otro gran representante –junto con Haller– del pensamiento tradicionalista antimoderno escribía que «El Estado no es obra artificial, no es uno de los mil hallazgos que los hombres han hecho por utilidad y disfrute de su vida social, sino que el Estado es la totalidad de esta misma vida social, que aparece sucesivamente allí donde hay hombres, inevitablemente, fundamentado en la naturaleza del hombre, y yo me atrevería a decir que la existencia humana y la vida social son una y la misma cosa... El hombre no puede ser pensado fuera del Estado».⁵⁰

Del mismo modo que el *ius naturale* había argumentado que el estado

⁴⁸ «Ob Staaten eine menschliche Erfindung und ihre Dasein ein Produkt menschlicher Willkühr... Ist es Zufall, ist es Produkt menschlicher Willkühr, dass in Europa so viele Millionen Menschen nebeneinander leben, oder es ist ihr Dasein das Werk der Natur? Ist das letzte, wie nicht geläugnet werden kann, so muss auch die Form ihres nebeneinanderseyn durch die Vernunft in der Idee ausgesprochen und durch Natur selbst realisirt seyn. Diese Form, nicht nur des vernunftgemässen Nebeneinanderseyn unzählbarer Menschen, sondern selbst ihrer physischen Existenz, ist der Staat, Staaten sind also nicht bloß in der Idee durch Vernunft geboten, sondern auch in der Wirklichkeit durch die Natur hervorgebracht». Cfr. *Der Staat als Organismus des Universums entwickelt*. Landshut, 1805, pág. 8.

⁴⁹ «So weit die Geschichte und die Kenntniss des Erdbodens reicht, werden die Menschen zu allen Zeiten und in allen Ländern in geselligen Verhältnissen von Herrschenden und Untergegebenen angetroffen». Cfr. *Handbuch...*, cit., párrafo 1.

⁵⁰ «Endlich ist der Staat nicht eine bloss künstliche Veranstaltung, nicht eine von den tausend Erfindungen zum Nutzen und Vergnügen des bürgerlichen Lebens, sondern er ist das Ganze dieses bürgerlichen Lebens selbst, nothwendig sobald es nur Menschen giebt, unvermeidlich,--in der Natur des Menschen begründet, würde ich sagen, wenn nicht, aus allen richtigen Gesichtspunkten betrachtet, menschliche Existenz und bürgerliche eins und dasselbe wären, und wenn ich also mit jenen Worten nicht etwas Ueberflüssiges sagen würde». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 39. Vid. también la página 62 de esta obra.

“natural” del hombre era el de aislamiento e independencia en el estado de naturaleza, la reacción antimoderna de comienzos del siglo XIX se lanza, unánimemente, a mantener que la situación de la vida civil y política –por seguir la terminología de la época– es la “natural” al ser humano. Así, Wening, por ejemplo, mantenía que desde que se había demostrado seriamente la imposibilidad del *status naturae*, caía juntamente con él la teoría iusnaturalista construida sobre esta ficción.⁵¹ Schnaubert es mucho más prolijo en sus argumentos y explica que el hombre es, simultáneamente, animal y ser racional (“esencia racional”, *Vernunftwesen*), y que desde ambos puntos de vista está él destinado a la vida social. En tanto que animal, el recién nacido necesita de protección y alimentación de sus padres; en tanto que ser racional, necesita de los hombres, ya que la racionalidad no se desarrolla autónomamente, sino bajo el influjo de seres ya formados y desarrollados. En consecuencia, tanto la naturaleza como la razón nos muestran al hombre en sociedad⁵² y, puesto que la sociedad es el único medio para la existencia específicamente humana y el desarrollo racional, un estado extrasocial del género humano es impensable y, desde luego, nunca ha existido; por tanto, la vida social no se ha creado deliberadamente o arbitrariamente, mediante un contrato, y si estamos y vivimos en ella no es por el conocimiento de las ventajas de la vida en sociedad; más bien sucede que este conocimiento de las ventajas de vivir en sociedad se produce más tarde, cuando la sociedad ha formado ya al hombre.⁵³

⁵¹ «Aber geltend gemacht, wirklich wird es erst in und durch den Staat: und seit und gründliche Untersuchungen die Unmöglichkeit des rechtlichen Naturzustandes und des darauf erbauten Naturrechtes dargethan haben; seit man sich nur noch historisch an die daraus hervorgehende Todtschlagsmoral nennt, erinnert: seitdem dürfen wir, ohne noch einen Einwurf zu befürchten, das wahre und wirkliche Recht erst in dem vorhandenen Staate annehmen». Cfr. *Ueber den Geist des Studiums der Jurisprudenz*. Landshut, 1814, pág. 80.

⁵² «Im Menschenreiche ist alles dies andres und vollendet. Der Mensch ist zugleich Thier und Vernunftwesen, in beyden Beziehungen ist er dauern für gesellschaftliches Leben bestimmt. Als Thier ist der Neugeborne lange an Schutz und Nahrung durch Eltern gefesselt; als Wesen mit Vernunftanlage und mit dem Triebe, diese Anlage auszubilden (vernünftig zu werden) bedarf er gleich nothwendig anderer Menschen; denn die Vernunftanlage entwickelt sich nicht selbstthätig, sondern nur durch. Einwirkung schon ausgebildeter Vernunftwesen. Natur und Vernunft also weisen den einzelnen Menschen in die Gesellschaft». Cfr. *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*. Jena, 1819, párrafo 17.

⁵³ «Da Gesellschaft einziges Mittel menschliches Daseyns und vernünftiger Ausbildung ist, so ist ein aussergesellschaftliches Zustand des Menschengeschlechtes undenkbar, und gewiss nie vorhanden gewesen. Es ist also nicht willkürlich und bloss durch Vertrag begründet, dass der Mensch in Gesellschaft lebt, das gesellige Leben

Desde la necesidad de la vida social –prosigue Schnaubert– se puede afirmar que los hombres siempre han vivido en sociedades, en Estados, y por este hecho nunca ha podido existir un *Naturzustand*, esto es, el estado extrasocial del hombre. Por este hecho, la opinión generalizada según la cual la vida estatal se debe a un acuerdo voluntario de los hombres, que a través de los distintos contratos sociales y de sometimiento han creado la comunidad política en la que viven, no se acomoda ni a la naturaleza humana ni a la experiencia.⁵⁴ Pocos años antes, Friedrich Ancillon había expuesto, más concisamente, que «Todas las situaciones (*Zustände*), así como todos los comportamientos del hombre, están fundamentados en la naturaleza, y son naturales; aunque todos ellos no se adecúan a su naturaleza ni corresponden a su fin (*Bestimmung*). Por tanto, no existe ningún estado del hombre como el que se suele aludir bajo el nombre de *Naturzustand*».⁵⁵

De forma parecida argumentaba Rudolph W. P. Steubing, que indicaba que la sociedad es tan imprescindible al hombre que éste, sin ella, no podría alcanzar su fin natural; así pues, tenían razón los filósofos antiguos (en estos años se tenía la vaga idea de que Platón, Aristóteles, etc. habían mantenido que el hombre es naturalmente sociable; pero casi nadie había consultado estas fuentes entonces nuevas) cuando mantenían que el ennoblecimiento y la prosecución del fin del hombre no podía ser alcanzado sin la sociedad.⁵⁶

nicht erst durch die Erkenntnis der Vortheile, welche aus Eintracht und Geselligkeit hervorgehen, entstanden; vielmehr kommt diese Erkenntnis dem Menschen erst später, nachdem er durch Gesellschaft schon gebildet ist». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 18.

⁵⁴ «Aus der Nothwendigkeit des gesellschaftlichen Leben lässt es sich behaupten, dass, seit es Menschen giebt, dieselben in Gesellschaften, also in Staaten gelebt haben müssen... Darum hat ein aussergesellschaftlicher Zustand der Menschen (*Naturzustand*, welcher Ausdruck ganz unpassend ist,) nie existirt; darum ist die gemeine Meinung, das Staatsleben sey durch willkürliche freye Uebereinkunft der Einzelnen, durch den sogenannten Staatsvertrag, welcher den Vereinigungsvertrag zu einer Gesellschaft (*pactum unionis*), den Unterwerfungsvertrag unter eine höhere Staatsgewalt (*pactum subjectionis*), und den Verfassungsvertrag über die Form und Grenzen der Staatsgewalt (*pactum constitutionis*) in sich fasse, entstanden, weder der menschlichen Natur noch der Erfahrung gemäss». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 33.

⁵⁵ «Alle Zustände, wie alle Handlungen des Menschen, sind in seiner Natur gegründet, und sind natürlich; alle sind aber nicht seine Natur gemäss, und entsprechen nicht seiner Bestimmung. Es giebt also keinen Zustand des Menschen, den man vorzugsweise den Naturzustand zu nennen berechtigt wäre». Cfr. *Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen*. Berlín, 1816, pág. 2.

⁵⁶ «Der Staat in dem berührte Sinne bestehet aus einer Gesellschaft aus einer Menschenverbindung. Gesellschaft ist dem Menschen so unentbehrlich, dass er da-

Los años 1819 y 1821 marcan hitos importantes en la historia del pensamiento jurídico. Efectivamente, en 1819 aparece la *Filosofía del Derecho* de Hegel, y en 1821 se publica la *Enciclopedia jurídica* de Nicolaus Falck, y sería difícil precisar cual de estas dos obras tuvo una incidencia mayor en el pensamiento jurídico centroeuropeo decimonónico. Ciertamente, la obra de Falck carece del empaque filosófico que posee la *Filosofía del Derecho* hegeliana, pero los juristas siempre han sido refractarios a la Filosofía, y la claridad, orden y rotundidad de la *Juristische Encyclopädie* de Falck operó poderosamente en la formación de los juristas centroeuropeos. El terreno para el desarrollo del pensamiento antinaturalista había sido concienzudamente preparado por los juristas de los dos primeros decenios del siglo, y Falck podía escribir brevemente y en tono seguro que la existencia de la sociedad ahora y siempre, era un hecho que no necesitaba de ninguna prueba.⁵⁷ En su opinión, el Estado se había desarrollado desde la familia, y bajo la dirección del padre de familia se había configurado la obediencia a un orden así como las nociones de Derecho y Moralidad; el Estado había surgido desde la unión de varias familias.⁵⁸

En los años siguientes, y conforme nos acercamos a mediados de siglo, la tesis de la “naturalidad” de la existencia de la comunidad política, fue imponiéndose rápidamente. Karl Theodor Pütter rechazaba el “estado de naturaleza” y el contrato social, y mantenía que el Estado se había formado de un modo tan natural como el idioma.⁵⁹ Heinrich Bernhard Oppenheim explicaba que el Estado es una institución humana que resulta inmediatamente desde la naturaleza y las necesidades del hombre. No es una asociación para perseguir fines determinados, recalca él, sino que se trata de la forma universal del desarrollo del género humano, dentro de la cual todas

rohne seine Bestimmung oder seinen Naturzweck nicht erreichen kann. Soll der Mensch nicht sich selbst ein Räthsel bleiben, so kan er, –was auch die Weisen alter Zeiten hierüber gedacht und gelehrt haben–... doch nur in seiner Veredlung und Vervollkommung den Zweck seines Daseyns, seine Bestimmung sehen, und diese kann und wird er nie erreichen ohne Gesellschaft». Cfr. *Ueber den Ursprung und die Grenzen des positiven Privatrechts*. Hadamar, 1815, pág. 12.

⁵⁷ «Dass solche Vereine wirklich vorhanden sind, ist eine allgemein bekannte keines Beweises bedürftige Thatsache». Cfr. *op. cit.* 2.

⁵⁸ «...dass der Staat nach seiner geschichtliche Entwicklung aus der Familie hervorgegangen ist. Unter der Zucht des Familienvaters bilden sich Gehorsam, Gewöhnung an Ordnung, und moralische Begriffe von Sitte und Recht. Gleichheit in diesen Begriffen und verwandtschaftliche Verbindung halten mehrere Familien zusammen, in deren fortgesetzter Vereinigung der erste Staat gebildet wird». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 3.

⁵⁹ Vid. *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft*. Berlín, 1846, parágrafo 38.

las fuerzas humanas encuentran apoyo y espacio para desenvolverse.⁶⁰ Sin tanta terminología tomada de la filosofía idealista, Johann Schoen escribía que «la aparición del Estado es originaria (*urthumlich*), y aparece ya en las primeras páginas de nuestra historia».⁶¹ A comienzos de la segunda mitad de siglo, Ferdinand Walter podía escribir que la cuestión acerca del origen del Estado se confunde con la del origen de la Humanidad; el Estado comenzó con la primera pareja humana, por tanto, con la primera familia.⁶²

2. Motivos éticos en el rechazo del iusnaturalismo.

Además de los motivos políticos, las razones éticas jugaron una función importante en el rechazo de la Modernidad. Pertenece a la cultura general universitaria saber que el pensamiento jurídico-político del legitimismo realista de comienzos del siglo pasado atacó violentamente las ideas racionalistas que habían hecho posible la Revolución; las opiniones de los tradicionalistas alemanes más importantes, acerca del tema que nos ocupa, Adam Müller, y C. Ludwig von Haller, ya han sido parcialmente expuestas. Pero las razones políticas no fueron las únicas ni las más importantes que podemos estudiar. En efecto, en la polémica de los románticos con los racionalistas, que se ha llamado «la revuelta de la conciencia contra la razón», las motivaciones éticas jugaron un papel decisivo, ya que los orígenes de la nueva mentalidad que momentáneamente dejó a un lado la Modernidad jurídica, están unidos de hecho a diversas doctrinas idealistas que pretendieron, en su día, una convivencia más humana, más solidaria, menos diseñada sobre patrones de naturaleza mercantilista.

⁶⁰ «Der Staat ist ein weltliches und menschliches Institut, welches sich unmittelbar aus der Natur und den Bedürfnissen des Menschen ergibt. Der Staat ist aber keine Vereinigung zu bestimmten oder unbestimmten Einzelzwecken, sondern er ist –als National-Verband– eine weltgeschichtliche Form der Entwicklung und des Bestehens des Menschengeschlechtes, innerhalb deren alle menschliche Kräfte und Strebungen Raum zur Bewegung und gegenseitigen Unterstützung einer gemeinsamen Entfaltung finden müssen». Cfr. *Philosophie des Rechts und der Gesellschaft*. Stuttgart, 1850, pág. 120.

⁶¹ «Wir beginnen demnach mit der Erscheinung des Staates. Sie bekundet ihn als ein unabhängiges Gemeinwesen, worin eine höchste, ordnende Gewalt das irdische Dasein zu einem vernünftigen erhebet». Cfr. *Die Staatswissenschaft geschichts-philosophisch begründet*. Breslau, 1851, pág. 16.

⁶² «Die Frage nach dem Ursprung der Staaten fällt mit der nach dem Ursprung der Menschheit zusammen. Diese begann mit der Erschaffung der ersten Menschengeschlechts, also mit der ersten Familie». Cfr. *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart*. Bonn, 1863, pág. 59.

Como siempre que se habla de la oposición al racionalismo jurídico moderno, hay que aludir a Fichte, cuyas obras representaron la primera ruptura con la cultura que entonces era tradicional; sin embargo, el Fichte aún no maduro, que escribe en los años '90, es un autor muy de transición entre la Modernidad y el Romanticismo, al menos en lo que se refiere a temas estrictamente jurídicos. Por este hecho, en Jakob Fries, por ejemplo, encontramos más contundencia y claridad al rechazar el pensamiento iusnaturalista; Fries fue uno de los primeros autores contemporáneos que, quizá sin ser consciente completamente de lo que estaba haciendo, antepuso la comunidad al individuo. No es aquella, la comunidad, la que debe ser entendida en función de los sujetos, sino éstos los que han de ser enjuiciados a la luz del todo social. Después de explicar que el Estado, a diferencia de las otras sociedades que existen, no se constituye mediante un contrato fundacional, Fries indica que el fin del Estado es constituir una ley pública que sea el criterio discriminador de lo justo e injusto; dado que este fin del Estado está vigente para todos en la sociedad, todos tienen la obligación de formar parte de un Estado, por lo que no se puede hablar de una creación libre de éste por sus miembros, sino de una ley que es impuesta por la Razón con necesidad. Así pues, no existe ningún contrato que dé origen al Estado, sino que en lugar de éste hay un mandato del Derecho (*ein Gebot des Gesetzes*) que determina el fin de la sociedad y, simultáneamente, obliga a formar parte de ella.⁶³

Esta terminología que usa Fries está tomada del ambiente filosófico idealista; como más adelante podremos estudiar, el punto de partida usual idealista es la idea de un todo conjuntado, un *Weltall*, un *Ein* o *Ganzes* que abarca orgánicamente también a los hombres, y el organismo (*Organismus* solían escribir) en el que el hombre se inserta es la comunidad política en la que vive. De este modo, lo que destaca, ante todo, es la Razón o necesidad que rige al universo humano, razón que es objetiva, anterior a las pretensiones o intereses de los individuos concretos; en consecuencia, la manifestación primordial del Derecho ya no serán unos derechos subjetivos, unas

⁶³ «Dieses Verhältniss findet aber bey dem Staate nicht statt. Der Zweck des Staates ist ein öffentliches Gesetz zu konstituieren, als ein entscheidendes Urtheil über Recht und Unrecht... Dieser Zweck gilt nothwendig für jedermann in der Gesellschaft, es soll also auch jeder an der Staatsverbindung Theil nehmen. Es wird also hier der Zwecke des Staates nicht durch die freye Wahl der Mitglieder bestimmt, sondern durch das Gesetz mit Nothwendigkeit... Es ist also hier kein Vereinigungsvertrag, sondern an der Stelle dasselben ein Gebot des Gesetzes, welches den Zweck der Gesellschaft bestimmt und zum Beytritt zu derselben nöthigt». Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*. Jena, 1803, pág. 78.

libertades de cada individuo, sino una ley de la razón (*ein Gesetz der Vernunft*, en su terminología) a la que los individuos deben ajustarse.

Llevado de esta forma de pensar, Fries explica que el sometimiento a un Estado es necesario, porque lo ordena la Razón universal, aunque la forma y modo como los particulares constituyan el poder del Estado queda a su voluntad, ya que no existe ninguna determinación necesaria. Así, mientras que la juridicidad de las demás sociedades se fundamenta en la adhesión voluntaria de cada cual al contrato fundacional, la juridicidad del Estado, en cambio, se fundamenta en la necesidad de la ley jurídica previa a toda comunidad.⁶⁴

Esta mentalidad idealista hizo posible que la idea de la prioridad de la sociedad sobre el individuo se difundiera rápidamente, incluso en ámbitos no propiamente idealistas. De este modo, Zachariä, aún muy dependiente del iusnaturalismo que encuentra su culminación en Kant, podía mantener sin estridencias que la vinculación al Estado no descansa en contratos (una opinión, por lo demás, explica él, que ha conducido a las más peligrosas consecuencias) sino que tal vinculación se fundamenta en una obligación jurídica previa; esta obligación encierra el mandato bien de crear un Estado, bien de admitir el Estado ya existente.⁶⁵

Luis von Haller no recurrió al marco idealista que, por gozar entonces de prestigio, le hubiera permitido cómodamente mantener la anterioridad de la sociedad sobre el individuo. Este autor, poco proclive a dejarse llevar por filosofías determinadas, resaltó más bien lo que él llamaba "la experiencia que tenemos ante los ojos", es decir, el hecho de que existen, y son inevitables, las relaciones de jerarquización y subordinación.⁶⁶ Él explicaba que

⁶⁴ «Allein die Art, wie durch Vereinigung der Gewalt der Einzelnen eine öffentliche Gewalt des Staates als Gewalt des Gesetzes konstituiert wird, und die Art, wie ein regirender Wille organisiert werden soll... diess bleibt willkürlich und lässt keine rechtlich nothwendige Bestimmung zu... Also der Zweck des Staates und somit der Beytritt eines jeden zur Staatsgesellschaft ist rechtlich nothwendig, die Mittel aber, um zu diesem Zwecke zu gelangen, sind rechtlich zufällig. Die Rechtlichkeit jeder andern Gesellschaft gründet sich auf den freywilligen Beytritt eines jeden zum Grundvertrag; hingegen die Rechtlichkeit des Staates gründet sich auf die Nothwendigkeit des Rechtsgesetzes, vor allem Vertrag». Cfr. *ibidem*.

⁶⁵ «Die Staatsverbindung beruht also nicht auf einen Verträge, (eine Meinung, die eine Menge höchst gefährliche Irrthümer zur Folge gehabt hat,) sondern auf einer Rechtspflicht. Diese Rechtspflicht enthält das Gebot, theils einen Staatsverein zu schliessen, theils eine schon bestehende Staatsgewalt auszuerkennen». Cfr. *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche*. Leipzig, 1806, pág. 154.

⁶⁶ «Ist aber jene ganze Theorie falsch, naturwidrig, mit allem was je bestanden hat, ja sogar mit sich selbst und mit ihrem aufgestellten Zwecke in offenbaren Wi-

el "estado de naturaleza" no ha terminado nunca, ni tampoco existe el peligro de volver a él; el "estado natural del hombre" no es el de una independencia, libertad e igualdad originarias, sino el de desigualdad de fuerzas y facultades, marco en el que unos se ponen al servicio de otros.⁶⁷ De este modo, el padre manda sobre sus hijos, el señor sobre sus criados, el maestro sobre sus alumnos, etc. y un mismo hombre puede reunir en sí varias de estas cualidades, de forma que desde un punto de vista sea él subordinado, y desde otro punto de vista sea un gobernante.⁶⁸ Ninguno de los que ostentan un poder (*Herrschenden*) ha recibido su potestad desde sus subordinados, y ninguno tampoco puede alegar una libertad o un derecho originario; por ello, dominación y dependencia, libertad y servicio son dos correlatos inseparables, ya que todos necesitamos que nos sirvan, y todos necesitamos servir; en consecuencia, las relaciones sociales, son tan viejas como el mundo mismo.⁶⁹ Para mostrar el fundamento último de esta relación y su fundamento jurídico no es preciso remontarse a una Antigüedad desconocida, ni extraviarse en hipótesis; la naturaleza siempre es la misma, y es fácil conocer su ley suprema según la cual las relaciones sociales se configuran y desaparecen. Concretamente es preciso tener en cuenta que toda domina-

derspruch: so muss ein anderes rechtliches Fundament aufgefunden werden, um sowohl die Existenz der Staaten als alle daraus fliessenden Rechte und Verbindlichkeiten befriedigend erklären zu können. Es ist seltsam und gehört zu den Verirrungen des menschlichen Geistes, dass man dies Fundament nie in der vor Augen liegenden Erfahrung, nicht in der Natur, sondern ausser derselben gesucht und zu Dichtereyen seine Zuflucht genommen hat, denen in der ganzen Welt keine Erscheinung entspricht». Cfr. *Handbuch...*, cit., parágrafo 9.

⁶⁷ «Der Stand der Natur hat niemals aufgehört, und die Menschen würden sich vergebens bemühen je aus demselben herauszutreten; aber dieser natürliche Zustand ist nicht einer allgemeinen Unabhängigkeit, Freyheit und Gleichheit, sondern er fasset bereits durch das frühere Daseyn der einen, durch die Ungleichheit der Fähigkeiten und Kräfte, durch das Vermögen der einen, und die Bedürfnisse der anderen mannigfaltige wechselseitige Beziehungen in sich, gesellige Verhältnisse von Herrschaft auf der einen und Unabhängigkeit oder Dientsbarkeit auf der andern Seite». Cfr. *Handbuch...*, cit., *ibidem*.

⁶⁸ «So herrscht überall der Vater über sein Weib und Kinder, der Herr über seine Diener, der Anführer über seine Begleiter, der Lehrer über seine Schüler und Jünger, der Hausherr über seine Haussatzen, der Landeigethümer über seine Knechte und Tagelöhner, ja über alle diejenigen, welche auf seinem Grunde wohnen, und ein einziger Mensch kann sogar mehrere dieser Eigenschaften in sich vereinigen; er kann Vater, Hausherr, Anführer, Lehrer und Grundbesitzer zugleich seyn». Cfr. *ibidem*.

⁶⁹ «Keiner von jenen Herrscheden hat seine Gewalt durch die Untergegebenen erhalten, keiner von diesen hinwieder seine Freyheit oder irgend ein früheres Recht aufgeopfert; sie sind entweder durch die Natur von dem ersteren abhängig, oder sie dienen ihm, um Bedürfnissen abzuhefeln». Cfr. *ibidem*.

ción, del tipo que sea, presupone una necesidad que es el fundamento de la relación de dependencia o de servicio, por lo que ni la superioridad ni la dependencia dependen de un acto voluntario. Sucede, más bien, que existe una ley general y necesaria de la naturaleza según la cual cuando existen juntamente necesidad y superioridad surge una relación en virtud de la cual a unos les corresponde el mando, y a otros el servicio.⁷⁰ Haller entiende que ésta es una ley general de la naturaleza, que también se da entre los animales, de modo que el más fuerte domina sobre los más débiles; entre los hombres sucede lo mismo, aunque de una forma más ennoblecida (*edlere*).⁷¹

Leopold August Warnkönig, en cambio, a diferencia de Haller, se deja llevar por tesis idealistas confusas, de moda en Centroeuropa en la primera mitad del siglo XIX. Entiende este autor que la naturaleza moral del hombre (*die sittliche Natur des Menschen*) exige que, allí donde existan hombres conviviendo, se arbitren los medios para resolver las disputas;⁷² estos medios vienen dados por la justicia, que nos proporciona la piedra fundamental para la unión en el Estado y para la realización de aquellas orientaciones que vienen exigidas por la naturaleza racional del hombre.⁷³ Así pues, lo primero existente es la ley objetiva de la justicia, de la que más tarde tendremos ocasión de hablar; no es necesario —explica Warnkönig— recurrir a la idea de los contratos sociales, porque en el mundo real (*wirklich*) tales contratos son difíciles de justificar, aun cuando se presuponga que han sido concluidos tácitamente. «Una doctrina así —exclama Warnkönig como un exabrupto— molesta a cualquier sentimiento elevado, porque despoja al Derecho positivo de su dignidad y de su carácter moral, que es lo que le otorga su nobleza y su alta significación».⁷⁴

⁷⁰ «Um ihrer obersten Grund, ihren rechtmässigen Ursprung zu zeigen, braucht man auch nicht in das unbekanntes Alterthum hinaufzusteigen, noch sich in Hypothesen zu verirren; die Natur ist noch immer die nemliche, und leicht ist es, ihr oberstes allgemeines Gesetz zu erkennen, nach welchem sie alle geselligen Verhältnisse bildet, und wiederum auflöst». Cfr. *ibidem*.

⁷¹ «Unter allen Thieren, sowohl zwischen verschiedenen Klassen, als zwischen den Individuen, jeder einzelnen Klasse, herrscht immer das stärkeren über das schwächeren... Unter den Menschen, deren Kräfte höhe und mannigfaltiger sind, kommt das nemliche Gesetz nun unter edleren Gestalten wieder». Cfr. *op. cit.*, parágrafo 10.

⁷² «Die sittliche Natur des Menschen fodert demnach immer, dass kein Streit sey, daraus folgt, dass, sobald mehrere Menschen irgendwo zusammentreffen, sogleich Mittel getroffen werden müssen, den sittlichen Gesetzen auf eine Art Genüge zu leisten, welche allen Streit entfernt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 18.

⁷³ «Ja die Gerechtigkeit legt den Grundstein zur Verbindung des Staates und aller Einrichtungen die zur Realisirung der Forderungen der vernünftigen Natur nöthig sind». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 19.

⁷⁴ «Da in der wirklichen Welt solche Verträge, aus welcher die Machthaber ihre

La doctrina de Hegel acerca del contractualismo como origen del Estado, expuesta fundamentalmente en el parágrafo 75 de su *Filosofía del Derecho* contribuyó en gran medida a acentuar el desprestigio de los mitos básicos de la Modernidad. Este desprestigio de las ideas relativas al *status naturae* y el “contrato social” explica el hecho, aparentemente paradójico, de que un autor como Karl Heinrich Hagen, que se muestra fundamentalmente influido por Kant, explique con toda naturalidad y sin entrar en polémicas, ya en 1839, que el Estado no es una invención o creación humana, sino que resulta desde el hombre mismo porque es una condición necesaria para la Humanidad.⁷⁵ El Estado —esto es, su creación o, mejor, su existencia— pertenece a la naturaleza del hombre, hecho que motiva que todo sujeto deba pertenecer a un Estado y que nadie pueda ser excluido de él; es evidente —concluye Hagen— que el Estado no se ha formado mediante contratos.⁷⁶

Heinrich Ahrens, también influido, como Warnkönig, por filosofías vagamente idealistas, explicaba a mediados de siglo que «En la cuestión del origen del Estado es esencial distinguir dos épocas principales: una época de formación instintiva, más o menos involuntaria, y una época de formación reflexiva (del Estado), obra del razonamiento y de la libertad. El Estado se forma y desarrolla instado por la ley; es producto de la necesidad, de los impulsos naturales y de las tendencias instintivas de la vida social, y se desarrolla al mismo paso que las facultades superiores del espíritu humano, a los que está sometido, de modo que cambia poco a poco su forma primitiva, instintiva y necesaria, hacia una configuración más libre y más consciente».⁷⁷

Gewalt ableiten könnten, sehr schwer zu erweisen sind, so werden sie als stillschweigend abgeschlossen vorausgesetzt. Eine solche Lehre muss gewiss alles höhere Gefühl empören, da sie dem positiven Rechte seine Würde und den sittlichen Charakter raubt, der demselben allein seinen Adel und höhere Bedeutung giebt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 17.

⁷⁵ «Unter diesen Umstände kann der Staat keine menschliche Erfindung sein, oder er ergibt sich vielmehr aus denselben, dass er eine nothwendige Bedingung der Menschheit sein muss». Cfr. *Von der Staatslehre*. Königsberg, 1839, pág. 8.

⁷⁶ «Da er der Natur des Menschen angehört, so bestätigt sie dadurch die frühere Behauptung, dass er keine Erfindung desselben ist, und da jeder Mensch in einem Staate sein muss und keiner von der Staatsverbindung ausgeschlossen sein kann, so kann auch der Staat nicht auf Verträge beruhen». Cfr. *Von der Staatslehre.*, cit., pág. 189.

⁷⁷ «Dans la question de l'origine de l'État il est essentiel de distinguer deux époques principales: une époque de formation instinctive, plus ou moins involontaire, et une époque de formation réfléchie, oeuvre du raisonnement et de la liberté. L'État se forme et se développe à l'instar de la loi; produit du besoin, des impulsions naturelles et de tendances instinctives de la vie sociale, il se développe successivement

Necesidad y moralidad constituían, en la primera mitad del siglo XIX, dos conceptos casi sinónimos. Schelling había mostrado que todo lo *necesario* es lo verdadero, lo real, lo moralmente vinculante y aun cuando la mayor parte de los teóricos del Derecho no fueran expresamente seguidores o lectores de Schelling, el marco de reflexión que imponía a la filosofía idealista dominante, hacía que la realidad de la vida social y política dejase de ser un simple dato a configurar –como mantuvo la Modernidad– y se erigiera, más bien, en el fundamento de la obligación moral. Esta mentalidad explica que, por ejemplo, Arnold von Linck escribiese que el *status naturae* no solamente se opone a la experiencia, sino que lo real y lo verdadero (*das Wirkliche und Wahrhafte*), opuesto a esta concepción unilateral del hombre, es que originariamente los seres humanos han vivido en una relación de intercambio de derechos y obligaciones, hecho que es debido tanto a la conciencia individual como colectiva, y que los individuos han sido conscientes simultáneamente de su libertad y autonomía como de su vinculación natural y moral con el cuerpo social. Para comprobar esta verdad baste con remitirnos al testimonio inmediato que nos ofrece nuestra consciencia.⁷⁸

Warnkönig, cuando ha madurado más sus ideas y publica su *Rechtsphilosophie* en 1838, abandona el tono polémico de sus escritos anteriores y, llevado ahora por las tesis de la Escuela Histórica del Derecho, insiste en las relaciones necesarias y naturales que subyacen y dan origen a cualquier institución jurídica. ¿Acaso podemos –se pregunta este autor– referirnos a un contrato, o por hablar con Rousseau, a un *Contrat social*, para explicar la convicción común vinculante del Derecho real? No, ciertamente, porque la Historia nos muestra que el Derecho no se fundamenta en acuerdos contractuales. De hecho los principios jurídicos más antiguos de los pueblos

avec les facultés supérieures de l'esprit humain, subit leur influence et change peu à peu sa forme primitive, instinctive et fatale, contre une forme plus libre et plus réfléchie». Cfr. *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*. Bruxelles, 1844, pág. 140.

⁷⁸ «Was hier die letztere Ansicht oder die Behauptung des Naturzustandes als einer Thatsache der Vergangenheit anbelangt; so ist ihr nur die Wirklichkeit und Geschichte selbst entgegen zu halten. Das Wirkliche aber und Wahrhafte gegen diese Auffassung des Menschen ist, dass er ursprünglich sowohl im Bewusstseyn der Individuen als in jenem der Völker in einem Wechselverhältniss von Rechten und Pflichten erscheinen, und dass die Einzelnen mit ihrer Freyheit und Selbständigkeit zugleich ihres natürlichen und sittlichen Zusammenhangs mit dem Ganzen bewusst werden. Zur Bestätigung dieser Wahrheit ist nicht indess lediglich auf das unmittelbare Zeugniß dieses Bewusstseyns zu berufen. An sich selbst kann zunächst jeder Einzelne erfahren, dass die Theilnahme an jener zweifachen Gemeinschaft zu seinem Wesen gehöre. Noch mehr bestätigt die Urgeschichte des Ethos wie der Verfassung der ältesten Völker». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 18.

son anteriores a cualquier derecho contractual, y en muchos Estados se rechaza la idea de que el Derecho haya sido creado mediante un contrato originario. Si profundizamos en la naturaleza del contrato, más bien se reconoce que la convicción común fundadora del Derecho de un pueblo no tiene el carácter de un contrato. Porque mientras que la esencia del contrato reside en el arbitrio de los contratantes, la opinión común jurídica de un pueblo tiene el carácter de necesidad, del mismo modo que la convicción de los particulares.⁷⁹

Warnkönig entendía que la convivencia jurídica descansa en una comunicación continua de contactos y relaciones entre los hombres. Toda comunicación crea una relación jurídica, y en todo encuentro de Uno con Otro surge la cuestión del *suum cuique*, sin que sea necesario ni convincente postular o suponer una relación contractual. La primera vinculación humana, explica este autor, es la originada por la familia, ya que todo el género humano vive distribuido en grupos pequeños y cerrados, unidos a través del matrimonio y de la crianza de los hijos. De aquí surge el Derecho de familia. Las relaciones de producción y de intercambio de bienes crean otras vinculaciones, que dan origen a las relaciones civiles que determina el Derecho civil. Finalmente, la necesidad de la protección de la vida social crea la vinculación estatal, que es hecha posible mediante un poder público y la organización política de la vida en común; esta organización y aquel poder configuran el fundamento material del Derecho público.⁸⁰

⁷⁹ «Darf man die das wirkliche Recht bildende gemeinsame Ueberzeugung einer Gesammtheit von Menschen einen Vertrag oder gar mit Rousseau den Contrat social nennen?... Allein die Geschichte zeigt uns ganze Rechtssysteme, die auf keiner vertragmässigen Uebereinkunft beruhen. Die ältesten Rechtsgrundsätze der Völker gehen allem Vertragsrecht vorher, und in vielen Staaten ist der Gedanke, das Recht auf einen ursprünglichen Vertrag zu stützen, durchaus verwerflich... Geht man tiefe in die Natur des Vertrages ein, so erkennt man, dass die alles Recht begründende Gesammtüberzeugung eines Volkes nicht den Character des Vertrages hat. Das Wesen des Vertrages besteht in der Willkühr der Contrahenten... Die rechtliche Gesammtmeinung eines Volkes hat, gleich der Ueberzeugung des Einzelnen, einen Character der Nothwendigkeit». Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*. Freiburg im Bressgau, 1839, pág. 226.

⁸⁰ «Das Zusammenleben der Menschen besteht in der Aufeinanderfolge der mannigfaltigen Berührungen und Verbindungen unter denselben. Jede Verbindung erzeugt irgend ein Rechtsverhältniss und bei jedem Zusammentreffen des Einen mit dem Andern lässt sich die Frage nach dem *suum cuique* aufwerfen. Wir finden aber:

a. überall einige durch die Natur selbst geschaffene Verbindungen unter den Menschen, nämlich die der Familie. Das ganze menschliche Geschlecht lebt vertheilt in eng geschlossenen Gruppen, hervorgerufen durch die Ehe und die Kindererzeugung. Daher das Familienrecht.

3. El Estado sobre el modelo de la familia.

La mayor sensibilidad para las exigencias de la solidaridad y ayuda mutua, típica de los autores románticos en su oposición al individualismo de la Ilustración, encontró un cauce expresivo en el modelo familiar. De este modo, Müller explicaba, frente a las teorías contractualistas, que el Estado es una alianza de generaciones sucesivas, que abarca no solamente a los contemporáneos, sino a todos los que compartirán el mismo espacio (*Raumgenossen*). El Estado no es, por tanto, una unión entre individuos que quieren vivir unos junto a otros, sino que abarca y se articula desde las familias.⁸¹ Más adelante, en la página 125 de sus *Elementos*, este autor explica que el Estado no es otra cosa que una familia ampliada, de modo que la prueba fundamental de la justicia de todas las leyes y constituciones consiste en comprobar si tales leyes armonizan con las relaciones familiares.⁸² La teoría de la familia, concluye Müller, debe figurar al comienzo de cualquier doctrina sobre el Estado.⁸³ A pesar de las declaraciones expresas, el lector no puede evitar sospechar, al leer a estos autores tradicionalistas, si el fomento y la proclamación de la solidaridad que ellos proponen, no tiene como fin, simplemente, combatir la igualdad y prolongar, justificándolo, el *statu quo* existente a comienzos del siglo XIX.

b. Andere Verbindungen erzeugt das Bedürfniss der Produktion und des Austausches der Güter; sie machen die bürgerlichen Verhältnisse aus, welche das Civilrecht näher bestimmt.

c. Endlich erzeugt das Bedürfniss das (inneren und äusseren) Schutzes aller zu einem geselligen Gesamtleben vereinten Menschen den eigentlichen Staatsverband, gestützt auf eine öffentliche Gewalt und die politische Organisation des Gemeinwesens. Dies bildet die materielle Grundlage des öffentlichen Rechts». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 241.

⁸¹ «Der Staat ist eine Allianz der vorangegangenen Generationen mit den nachfolgenden, und umgekehrt. Er ist eine Allianz nicht bloss der Zeitgenossen, sondern auch der Raumgenossen... Sie überlebt uns alle; deshalb wird sie immer im Vortheil gegen uns seyn, wenn eine Generation sich von ihr verführen lässt, die andre Generation zu verläugnen. Der Staat ist nicht bloss die Verbindung vieler einander lebenden, sondern auch vieler auf einander folgender Familien». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 84.

⁸² «Wenn sich die Vergleichung nur um das innere Wesen der Familie drehet, so muss unter demselben klar werden, dass der Staat nichts anders als die erweiterte Familie, und dass die erste gründliche Probe aller Verfassungen und Gesetze die Untersuchung ist: ob und wie fern dieselbe mit dem Familien-Verhältnisse harmoniere, und ob die beiden Verhältnisse, aus inniger Vereinigung jede Familie besteht». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 125.

⁸³ «Die Theorie der Familie oder der ersten, zur Erhaltung, Verbindung und Fortdauer des menschlichen Geschlechtes nothwendigsten, Verhältnisse muss am Eingang aller Staatslehre stehen». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 127.

Friedrich Ancillon, de forma parecida a Adam Müller, explicaba que «el Estado es tan necesario como la familia, y no solamente porque el Estado mismo ha surgido desde las familias, sino porque el hombre, para ser hombre en el sentido más amplio de la política, está obligado a vivir en el Estado. Así pues, el orden social está fundamentado en la naturaleza del hombre, y sus raíces alcanzan a las profundidades de la razón y de la política, de modo que el Estado no aparece simplemente como una pura necesidad de la naturaleza, sino como una adecuación (*Zweckmässigkeit*) necesaria de la Razón». ⁸⁴ Por estas razones, no necesitamos –proseguía Ancillon– idear un contrato originario en la sociedad para demostrar la íntima juridicidad del Estado; porque no solamente no encontramos algunas huellas históricas de tal contrato, sino que esta misma idea se opone a la naturaleza humana, ya que si suponemos que el orden social ha podido no existir, hay que suponer también que este mismo orden podría desaparecer de forma adecuada al Derecho, y esto es absolutamente inaceptable porque el orden social es la condición primera y absoluta de la existencia, del mantenimiento y del desarrollo libre de la razón y de la libertad.⁸⁵ No se puede explicar o fundamentar la sociedad porque ésta, lo mismo que el idioma, es un hecho innegable, y si alguien quisiera inventar el idioma o fundar la sociedad tropezaría con dificultades insalvables.⁸⁶ Ahrens, en su *Enciclopedia jurídica* de 1859 venía también a mantener las tesis de que el Derecho se origina en la familia, de

⁸⁴ «Der Staat ist eben so nothwendig wie die Familie, nicht allein, weil der Staat von selbst aus der Familie hervorgeht, sondern weil der Mensch, um Mensch zu seyn, zu bleiben, oder im ausgedahntesten Sinne des Wortes zu werden, verpflichtet ist, sich in den Staat zu begeben... Die gesellschaftliche Ordnung ist also der Vernunft und der Freiheit... so erscheint der Staat nicht mehr als eine blosser Nothwendigkeit der Natur, sondern als eine nothwendige Zweckmässigkeit der Vernunft». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 8.

⁸⁵ «Man braucht also nicht einen urgesellschaftlichen Vertrag zu erdichten und anzunehmen, um die Rechtsmässigkeit des Staats zu beweisen... Nicht allein hat ein solcher Vertrag keine geschichtliche Wurzel, und es ist unmöglich, in der Wirklichkeit Spuren von einem solchen aufzutreiben, sondern er widerspricht der menschlichen Natur. So wie man ihn aufstellt, sollte man denken, dass der Staat oder die gesellschaftliche Ordnung, hätten können nicht existiren, und das ihre Dasein auch rechtmässig aufhören könnte; --doch ist beides unannehmbar, da die bürgerliche Ordnung die erste und absolute Bedingung des Daseyns, der Erhaltung, der freien Entwicklung der Vernunft und der Freiheit ist». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 9.

⁸⁶ «Die Gesellschaft, so wie die Sprache, ist eine Thatsache, die man nicht läugnet kann, und die unerklärbar wird, wenn man in die Geschichte des Menschen, von der reinen Thierheit ausgeht. Will man den Menschen die Sprache erfinden, und die Gesellschaft stiften lassen: so verwerbt man sich in unauflöbliche Schwierigkeiten». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 4.

forma que el Derecho de familia fue la primera manifestación jurídica del hombre; más tarde, cuando las familias se ampliaron en tribus, el Derecho experimentó una ampliación similar. «El origen del Derecho, concluye Ahrens, es, por tanto, objetivo, y considerado según su concepto, este origen es claro y sencillo».⁸⁷

4. La comunidad es anterior al individuo.

Tal como aludí anteriormente, la primera mitad del siglo XIX es la Edad de Oro de las teorías que, por considerar que el Universo constituye un organismo ordenado, podemos llamar “organicistas”, aun teniendo presente que este adjetivo tiene un sentido distinto al que posee cuando lo referimos, por ejemplo, a las doctrinas políticas de la Edad Media. En efecto, el pensamiento político-jurídico típicamente romántico tendió a concebir a la realidad como un organismo unitario que se compone, a su vez, de diversos organismos; el mundo social humano sería, así, una parte del *Organismus* universal, sometido a la única ley inmutable que rige la Razón universal, llamada ahora indistintamente *Vernunft* o *Geist*. El hombre participa, mediante su naturaleza racional, en el Espíritu Universal, y de éste recibe cada individuo su situación en la sociedad, sus deberes y derechos.

Esta consideración del puesto del hombre en el Universo condujo a una revalorización de la comunidad, que dejó de ser considerada como el resultado artificial de un acuerdo humano, y pasó a ser vista como el marco que proporciona al hombre las posibilidades de su desarrollo físico y espiritual. Por esta razón, Gottlieb Fichte, abandonando por una vez su sincretismo, afirmaba rotundamente que toda la formación de las sociedades surge desde la unidad del pueblo (*Volkseinheit*), de modo que en forma alguna se puede afirmar lo contrario, esto es, que la unidad popular se origina desde la formación de la “personalidad”,⁸⁸ y resume su programa en una frase lapidaria: *Die Gesellschaft nicht aus den Einzelnen, sondern die Einzelnen nur in der Gesellschaft*.⁸⁹

El desarrollo de la libertad y del entendimiento –proseguía Fichte– solamente es posible en la sociedad, de una sociedad que sea al mismo tiempo

⁸⁷ Cfr. *op. cit.*, pág. 160.

⁸⁸ Sobre el contenido y el alcance del término “Persona” o “Personalidad”, en esta época, vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la “Persona jurídica”*, cit., *passim*.

⁸⁹ Vid. *Die Staatslehre, oder das Verhältniss der Urstaates zum Vernunftidee*. Vortragen gehalten in Sommer 1813. Berlin, 1820, pág. 61.

maestra y directora, que libere el entendimiento de los individuos.⁹⁰ «Solamente en tanto que miembro del reino moral posee cada cual libertad y Derecho»,⁹¹ de modo que «Tú solamente te haces valer (*gilst Du*) en el mundo moral, y fuera de él no eres nada ni vales nada». ⁹² «Por esta razón aquel que tiene conocimiento de este mundo moral, y dispone de fuerza para someter a los otros, no sólo tiene el derecho, sino la obligación sagrada de someter a los demás a la constitución jurídica». ⁹³

Estas teorías organicistas u orgánicas, que suponían un Espíritu común al Universo, recibieron un fuerte espaldarazo con la *Enciclopedia jurídica* de Ignaz Rudhart. Rudhart parte siempre desde el Organismo universal, que es racional, y que hace a los hombres “esencias racionales”, *vernünftige Wesen*. Pero, a diferencia de los kantianos, para quienes la “esencia racional” es un fin en sí, radicalmente autónomo, para Rudhart la racionalidad humana es, por el contrario, una participación en un Orden racional superior y, al filo de esta teoría define al Derecho explicando que «Los hombres coexisten con hombres y, porque son esencias racionales, coexisten de acuerdo con las exigencias de la Razón, y este orden externo de coexistencia es el Derecho». ⁹⁴ Por supuesto, estas exigencias de la Razón, se concretan en el orden realmente existente, en el que se conjuga la necesidad con la libertad, según estos pensadores; en este sentido, a medias entre la Escuela Histórica y las tendencias idealistas, Rudhart explica que la justicia de una ley resulta desde su concordancia con las costumbres, la cultura y las relaciones religiosas y políticas de la Nación. ⁹⁵ Toda la Historia universal, en el campo del Derecho, se desarrolla según las exigencias de una *Rechtsidee*

⁹⁰ «Ueberlegen Sie mit mir Folgendes: Die Entbindung der Freiheit und des Verstandes aus der Unfreiheit und dem Unverstande ist nur in Gesellschaft möglich; und zwar in leitende und belehrende Gesellschaft, die den Verstand des Einzelnen, der da frei werden soll, zweckmässig leite». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 116.

⁹¹ «Nur als Mitglieder des sittlichen Reichs habe Jemand Freiheit und Recht». Cfr. *Die Staatslehre...* cit. pág. 75.

⁹² «Jener: nur in der sittlichen Welt giltst Du, ausserdem bist Du Nichts, und giltst Nichts!». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit. pág. 76.

⁹³ «Zur rechtlichen Verfassung die Menschen zu zwingen, dem Rechte sie durch Gewalt zu unterjochen hat Jeder, der die Erkenntnis hat und die Macht, nicht nur das Recht, sondern die heilige Pflicht». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 78.

⁹⁴ «Die Menschen coexistiren mit Menschen, und zwar weil sie vernünftige Wesen sind, den Forderungen der Vernunft gemäss, nach einer äusseren Ordnung, und diese äussere Ordnung der Coexistenz ist das Recht». Cfr. *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Würzburg, 1812, parágrafo 280.

⁹⁵ «Worin die Zweckmässigkeit des Gesetzes bestehe? Die Zweckmässigkeit eines Gesetz aus dessen Uebereinstimmung mit den Sitten, der Kultur, mit den religiösen und politischen Verhältnisse der Nation». Cfr. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 110.

eterna,⁹⁶ y todo el Derecho, cada Derecho nacional, forma un Todo, de forma que cada materia del Derecho Civil debe ser considerado como una parte de ese conjunto, de modo que sólo puede ser entendida correctamente cuando se la pone en relación con el resto del Derecho.⁹⁷ Así pues, dada la prioridad de la *Rechtsidee* sobre los individuos concretos, es forzoso concluir que las teorías que mantienen que el Estado y la propiedad han surgido mediante contratos, son *Fictionen*.⁹⁸

Rudhart, participando del mismo ambiente intelectual que Hegel, de la mano de la doctrina que entonces estaba exponiendo Schelling, quiere ver lo real racional en lo real existente, de modo que el Espíritu abandona los campos de la abstracción en donde lo había dejado recluido la Modernidad, y se corporeiza en lo real concreto. En este sentido, este jurista explica que el científico que considera solamente a los cuerpos, sin espíritu, no está en condiciones de crear algo vivo; pero, por el contrario, el filósofo que quiere aprehender el espíritu sin considerar los cuerpos, crea sistemas engañosos, porque ese tal no sabe considerar los objetos de las múltiples especialidades del conocimiento que están escritos en el libro de la vida.⁹⁹

Tras los testimonios que hemos ido viendo en este capítulo, podemos comprender que, a la altura de los años '20, nadie sostenía el origen contractual del Estado y del Derecho, las antiguas piedras fundamentales de los sistemas iusnaturalistas de la Modernidad. Al contrario, la práctica totalidad de los autores partían desde la existencia originaria del Derecho y del Estado, y esta prioridad determinaba que el Derecho apareciera como una realidad anterior a los individuos. Schnaubert expresaba muy gráficamente esta idea escribiendo que «los derechos mencionados (se refiere a los tres poderes, ejecutivo, judicial y legislativo) son originariamente derechos de la sociedad, derechos que corresponden al pueblo como totalidad, por encima de cualquier individuo aislado».¹⁰⁰ Esta misma idea la estaba repitiendo

⁹⁶ Vid. *op. cit.* parágrafo 116.

⁹⁷ Vid. el parágrafo 280 de esta obra, ya citado.

⁹⁸ Vid. *op. cit.*, parágrafo 462.

⁹⁹ «Hiervon ist die natürliche Folge, dass alle die Gelehrten und Bearbeiter der einzelnen Wissenschaften blos den Körper behandeln, ohne den Geist, und darum niemals etwas Lebendiges zu schaffen, im Stande sein werden; der Philosoph dagegen, ohne den Körper betrachten zu können, den Geist errathen will, und Trugsysteme baut; weil er in seinem, auf alle Gegenstände des Wissens ausgedachten Fache im Lehrreichen Buche des Leben nicht gelesen hat». Cfr. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 464.

¹⁰⁰ «Die eben genannte Rechte sind ursprünglich Rechte der Gesellschaft, Rechte, welche dem Volke als Gesamtheit über jedes einzelne zukommen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 44.

desde unos años antes Ludwig von Haller, que mantenía que el poder social supremo reside en el interior de la comunidad, de forma que la ley se configura a través de la voluntad conjunta de los individuos, ya que la sociedad constituye una persona moral (*moralische Person*), el Señor o el Príncipe colectivo. Tal comunidad, en la medida en que es una persona moral, necesita servirse de un medio a través del cual pueda expresar su voluntad, y este medio es la mayoría de votos. Esto es tan natural, y responde tan de cerca a la naturaleza de las cosas, que no es preciso recurrir a la idea de un contrato celebrado formalmente.¹⁰¹

Aún Rudolph Steubing se tomó la molestia, en 1815, de dedicar dos páginas a mostrar, con un razonamiento externamente similar al de Hobbes, cómo el Estado es “natural” y necesario, pues sin poder político, argumentaba Steubing, la convivencia degeneraría en una guerra de todos contra todos.¹⁰² Pero el motivo que mueve a este autor a argumentar así es el opuesto al de Hobbes; efectivamente, el inglés pretendió en su momento mostrar que los únicos elementos reales y empíricos de la vida social son los individuos, y por esta razón destacó fuertemente la artificialidad de la sociedad política. Steubing, en cambio, escribe en un escenario intelectual completamente distinto al de Hobbes; él intenta demostrar exactamente lo contrario, a saber, que los hombres necesitan tan imperiosamente del poder político, que éste es “natural” y anterior a los individuos.

Estas ideas quedaron tan firmemente asentadas que Gottfried Duden podía escribir, poco después, que el poder del Estado podía ser comparado a un edificio, y que la voluntad del gobernante era la fuerza invisible que mantenía compacto el edificio; a esta fuerza él la llama *Cohäsion-Kraft*. Esta fuerza de cohesión, o cohesión simplemente, solamente opera en y a través del entero cuerpo social, al cual está unido esencialmente.¹⁰³ Siendo así las

¹⁰¹ «In Innern der Genossenschaft ist die höchste Gewalt oder doch die Quelle der Gewalt ganz natürlicher Weise bey der Communität aller Genossen. Das Gesetz wird hier durch den Gesammtwillen ihrer Mitglieder gebildet: denn sie ist, zusammengenommen, die moralische Person, der kollektive Herr oder Fürst, so wie es der unabhängige Einzelherr für sich selbst ist.

Eine jede Genossenschaft oder Comunität (als moralische Person) muss ein Mittel haben, ihren Willen auszudrücken, und dieses Mittel ist die Majorität der Stimmen. Sie liegt so tief in der Natur der Sache, dass zur Einführung derselben in den meisten Fällen nicht einmal ein förmlicher Vertrag nöthig ist». Cfr. *Handbuch...*, cit., parágrafo 50.

¹⁰² Vid. *Ueber den Ursprung...* cit. págs. 14-15.

¹⁰³ «Die Staatsgewalt kann mit einem Gebäude verglichen werden, und der Wille des Herrscher der unsichbaren Kraft, welches das Gebäude zusammenhält. Man mag diese Kraft Cohäsion-Kraft nennen... Werden die Materialien nur zusammengefügt, so

cosas, para juzgar acerca de la firmeza del edificio bastaría con examinar en qué relación de cohesión se encuentra la "materia social", y en esta investigación es completamente superfluo detenerse a examinar qué motivos han originado la unión o cual ha sido la finalidad del constructor del edificio.¹⁰⁴ En definitiva, lo único que es preciso tener en cuenta, explica Duden, es la eficacia del poder del Estado, ya que tal eficacia es el vínculo que constituye el poder del Estado. Por esta razón, lo que hay que tener en cuenta es la fuente de la eficacia, el fundamento o base (*Basis*) del poder del Estado, que es la verdadera esencia de cualquier Estado.¹⁰⁵

Aún Johann Schoen se ocupó, en la ya tardía fecha de 1851, de argumentar contra la posibilidad del contrato social.¹⁰⁶ Pero sus argumentos, tomados de la dogmática jurídica romanista, eran más propios del manierismo intelectual ilustrado que no de la ciencia jurídico política de mediados del siglo XIX, época mucho más pragmática y, quizá por ello, refractaria a este tipo de argumentaciones.

Como juicio de conjunto acerca de la evolución del pensamiento centroeuropeo acerca del origen o fundamento del poder político y del Dere-

wirkt die Cohäsion-Kraft nur *in und durch* die vereinigten Stoffe, und wer dafürhält, dass diese früher ausser den Stoffe bestanden, der hat, nach der Zusammenfügung, zu sagen, die Cohäsion-Kraft habe sich mit der Natur der vereinigten Stoffe dem Wesen nach verbunden». Cfr. *Ueber die wesentlichen Verschiedenheiten der Staaten*. Cöln, 1822, pág. 63.

¹⁰⁴ «Um die Festigkeit des Gebäudes zu beurtheilen, wäre deshalb einzig zu prüfen, in welchem Verhältnisse der Cohäsion sich die verschiedene Stoffe zu einanden befinden, und es ist vollkommen überflüssig, zu untersuchen, welche Motive die Vereinigung veranlasst, welche Zweck der Erbauer gehabt habe». Cfr. *Ueber die wesentlichen Verschiedenheiten.. cit.*, pág. 63.

¹⁰⁵ «Die Staatsgewalt hat im Staate nur Bedeutung durch ihre Wirksamkeit. Diese Wirksamkeit webet das Band des Staates. Nur das, was auf sie Einfluss hat, äussert Einfluss auf das Band des Ganzen. Die Quelle der Wirksamkeit, die Basis der Staatsgewalt, ist für das Centrum, für das Wesen des Staates zu halten». Cfr. *op. cit.*, pág. 16.

¹⁰⁶ «Der Staatsvertrag muss als nothwendiges, wirkliches Vorkommniss gedacht werden, oder er ist ganz nichts. Nun aber ist der Staatsvertrag nicht nur unhistorisch, wie Hume und Lüder beweisen, sondern er ist auch rechtlich unmöglich, denn:

1) ein Gesellschaftsvertrag bezieht sich nur auf abtretbares. Beim Staate handelt es sich aber um ewige Rechte.

2) ein Gesellschaftsvertrag hat die Willkühr zum Ausgangspunkte. Nach dem Staatsvertrage werden aber die kommenden Generationen mit verpflichtet. Was zwischen den Compasciscenten ausgemacht ist, gilt hier auch für einen Dritten.

3) bei einem Gesellschaftsvertrage ist Einstimmigkeit erforderlich. Die Sache des weigernden ist die stärkere, wie die Rechtsregel lautet. Allein der Staatsvertrag verpflichtet Alle». Cfr. *Die Staatswissenschaft.. cit.*, pág. 26.

cho, podemos recurrir a lo que expone Arnold Möhl: «Solamente a través de la sociedad los hechos de la vida, de la libertad, de la dignidad y de la propiedad llegan a ser un Derecho, y la fuerza y la facultad del hombre a la exteriorización y desarrollo de sus fuerzas físicas, intelectuales y morales se convierte en un Derecho que puede y debe ser admitido y afirmado. Por ello, no se puede hablar de derechos antes de la sociedad humana, aunque aludamos a los llamados "derechos del hombre" (*Urrecht*). Lo que designan los "derechos del hombre" no son más que condiciones de la existencia física y moral del hombre, que él posee en la sociedad, y sin los cuales el hombre no puede ser pensado».¹⁰⁷

¹⁰⁷ «Erst durch in der Gesellschaft wird die Thatsache des Lebens, der Freiheit, der menschliche Würde, des Besitzes ein Recht, wird die Macht und das Vermögen des Menschen zur Aeußerung und Entwicklung seiner physischen, moralischen und intellectuellen Kräfte ein Recht, welches anerkannt und behaupten werden soll und muss. Vor aller menschlicher Gesellschaft kann daher von keines Rechten, es kann nicht von sogenannten Urrechte gesprochen werden. Was man Urrechte nennt, sind nichts als die Bedingungen des physischen und moralischen Daseins des Menschen, mit welchen er in die Gesellschaft dasteht, ohne welche das Mensch als Mensch nicht gedacht werden kann». Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., pág. 41.

C. LOS FINES DEL ESTADO.

La razón pretendidamente pura de la Modernidad estableció que el individuo aislado en el “estado de naturaleza” gozaba de un absoluto dominio sobre su persona y sus actos. La consecuencia inmediata de este postulado era que cada hombre estaba situado en una relación de independencia respecto de cualquier otro ser, y desde esta situación puramente negativa se obtenía el derecho fundamental del hombre: la libertad. Conviene observar que la fundamentación, así realizada, de tal “libertad” era estrictamente vacía y negativa; no se trataba de afirmar un derecho, una competencia o una facultad a un comportamiento determinado, sino de establecer únicamente la ausencia de vínculos de cada hombre frente a los demás. Por este hecho, más que hablar de libertad, debieran haber hablado de independencia; pero el uso lingüístico que prevaleció fue el de *libertas* y más tarde, cuando el *ius naturale* pasó a llamarse *Naturrecht*, todos usaron el término *Freiheit*, equiparado siempre a *arbitrium* o *Willkühr*.

Desde la ausencia de obligaciones se obtenía el segundo derecho fundamental del hombre. Efectivamente, dado que tal ausencia era idéntica para todos los individuos, todos ellos poseían en el mismo grado la independencia mutua, todos eran igualmente libres, esto es, todos los hombres eran “iguales”. La igualdad aparecía, pues, como un dato antropológico previo a cualquier consideración política o jurídica, pero esta determinación antropológica implicaba unos efectos jurídicos inmediatos, a saber: la igualdad jurídica en la conclusión del *pactum societatis* y del *pactum subiectionis*. Lógicamente, la igualdad inicial en la conclusión de estos contratos postulaba ser protegida en la sociedad política creada mediante ellos; por este camino, cada sujeto aparecía, ya en la sociedad política, como un ser igualmente libre que poseía los mismos derechos y obligaciones que cualquier otra “esencia racional”.

Así pues, la libertad y la igualdad eran los dos derechos originarios del hombre que impulsaban a la creación de los cuerpos políticos, porque,

dado que corrían peligro en el *status naturae*, la Razón ordenaba crear un “Estado de Derecho” en el que estos derechos “provisorios”, por quedar asegurados mediante la fuerza conjunta de toda la sociedad, pasaran a ser derechos “perentorios”. Sigo en todo momento la terminología kantiana.

El “Estado de Derecho” creado era, pues, un *status* que tenía la finalidad constitutiva de proteger estos derechos originarios del hombre,¹⁰⁸ llamados tardíamente *Urrechte*. Ciertamente, la expresión “Estado de Derecho” adquirió en la segunda mitad del siglo XIX otra significación, que posee aún hoy; pero, en el contexto histórico que estudiamos, Estado de Derecho o *Rechtsstaat* designaba únicamente la organización política creada para asegurar la existencia y libre ejercicio de los *Urrechte*. A la libertad e igualdad se añadió –por exigencias de la sociedad capitalista– un tercer *Urrecht*, a saber, el derecho a conservar las propiedades provisionales adquiridas en el “estado de naturaleza”.

Por este camino, la sociedad política, llamada ahora *Staat*, era solamente, y constitutivamente, una sociedad aseguradora, *societas assecutoria perpetua*, *Sicherheitsgesellschaft*, de la libertad y propiedades que poseía cada individuo.¹⁰⁹ En consecuencia, el Estado aparecía, según la terminología de la época, como una “sociedad de seguros”, *Assecuranz-Gesellschaft*, de los tres derechos –libertad, igualdad y propiedad– que constituían la razón de ser y la médula más íntima de cualquier asociación política posible.

De esta forma, el Estado dejó de ser considerado como una asociación para llevar una vida más cómoda, segura, etc., como mantuvieron los primeros iusnaturalistas,¹¹⁰ y pasó a ser una *societas* –en el sentido mercantil de la palabra– para la realización de unos fines esenciales, es decir, el aseguramiento de la libertad y propiedades.

Este tema es complejo y se presta, por ello, a bastantes digresiones que romperían el hilo argumental de este estudio. Baste observar, ahora, que la noción de los *Urrechte* fue indisolublemente vinculada a la de “estado de naturaleza”, *Naturzustande*, y que la entera teoría antropológica que hacía posible a su modo estos *Urrechte* descansaba en el aislamiento e independencia de los individuos, que era el fundamento de la libertad. Así, desde la libertad inicial se obtenían tanto la igualdad –todos los hombres eran igualmente libres– como la propiedad, ya que esta última parecía como una condición de la posibilidad de la libertad en el mundo externo, el *Sinnenwelt*.¹¹¹

¹⁰⁸ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit. pág. 182-183.

¹⁰⁹ A este tema dediqué las páginas 120-183 de *La Cabeza de Jano*.

¹¹⁰ Vid. mi estudio, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Salamanca, 1977, págs. 135 y ss.

¹¹¹ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit. págs. 120-126.

1. Se pusieron en cuestión los fundamentos.

No es tarea fácil abordar el tema del examen crítico de los *Urrechte* o *Menschenrechte* a comienzos de siglo. La razón de ello era que el pensamiento liberal, que propugnaba reformas que a cualquier hombre contemporáneo le parecerían muy ajustadas a razón, se fundamentaba exclusivamente en la teoría iusnaturalista; un ataque contra los mitos del iusnaturalismo dominante a finales de la Ilustración, implicaba, *de facto*, con independencia de la intención subjetiva del que escribiera, ponerse a favor de la otra alternativa política y jurídica existente entonces, el tradicionalismo monárquico. De hecho, Heinrich Ritter nos informa que, todavía en 1839, solamente existían dos opciones político-jurídicas: la teoría contractualista de los *Menschenrechte*, o bien la doctrina del origen y designación divina de los reyes;¹¹² quizá por esta especie de chantaje que se planteaba a todo investigador, la ciencia jurídica de los inicios de la Edad contemporánea fue, paso a paso, despacio y minuciosamente, con explicaciones y aclaraciones tan proliferas como elementales, desmontando la teoría iusnaturalista.

El primer paso a dar a la hora de explicar los fines del Estado desde una óptica distinta a la del *Naturrecht*, era, lógicamente, el de mostrar que no se puede mantener, ni siquiera como hipótesis de trabajo, la existencia de un “estado de naturaleza” en el que los individuos, gracias a la propia configuración y naturaleza de tal “estado”, adquirirían necesariamente unos derechos originarios fundamentales. En este sentido, Stavenhagen se atrevió, ya en 1793, a proclamar que la noción del *status naturae* era impropia, pero no fue más allá en su crítica. En este mismo decenio, Carolus Gottlob Rössig –cuya obra representa el primer ataque frontal e incondicional al *ius naturale* moderno– explicó que era un error partir desde la hipótesis del “estado natural del hombre” y, desde esta hipótesis, o desde otras hipótesis, pretender extraer la existencia de derechos.¹¹⁴ Rössig, pues, no

¹¹² «Die Theorie von den Menschenrechte will, dass zuerst der Vertrag im Allgemeinen stattfindet und alsdann die obrigkeitliche Wirksamkeit daraus folge, während dagegen die Theorie von dem natürlichen und göttlichen Rechte der Obrigkeit meint, dass zuerst die obrigkeitliche Wirksamkeit in eine besondere That heraustrete und alsdann daraus der stillweigende Vertrag entstehe, in welchem die Unterthanen ihrer Ueberzeugung folgend den Gehorsam zu leisten übernehmen». Cfr. *Ueber die Principien der Rechtsphilosophie oder der Politik*. Kiel, 1839, pág. 47.

¹¹³ «Hierdurch ist klar, dass das Wesentliche desselben durch keine Zustände geändert und aufgehoben werden könne. Man würde es also mit Unrecht von einem sogenannten Naturzustande abhängig machen». Cfr. *Versuch den Begriff des Rechts zu bestimmen*. Schwerin, 1793, pág. 5.

¹¹⁴ «Largum errorum fontem aperiant illi, qui ex Hypothesi sibi configunt statum

pone en cuestión alguna tesis concreta de la doctrina jurídica de la Modernidad, sino que rechaza toda la filosofía jurídica del *als ob* que era esencial a las teorías contractualistas.

Obviamente, el problema de fondo que se planteaba en el derecho era el de si era lícito admitir una hipótesis –manifiestamente no-histórica, falsa desde este punto de vista, como ya hemos estudiado– como fundamento de toda ciencia política y jurídica. Ludwig von Haller fue contundente en su respuesta a esta cuestión: «Los sistemas estatales especulativos o filosóficos son falsos en todos sus presupuestos, e incluso, considerados como una Idea, son absurdos y opuestos a la razón».¹¹⁵

Ignaz Rudhart explicaba que el fundamento central y fundamental del *ius naturale* rechazado era el *status naturae*,¹¹⁶ de modo que si se niega tal estado de naturaleza cae por su base toda la doctrina contractualista. Rudhart no escribe esto expresamente, pero sí lo hace Friedrich Ancillon, que explica con toda claridad que «si no existe el así llamado estado de naturaleza, mucho menos existe el llamado Derecho Natural».¹¹⁷ La rotundidad de Ancillon se debe a que ya ha sentado que la cuestión acerca del primer “estado” (*Zustand*) del hombre sólo puede ser estudiada desde un punto de vista histórico, de modo que encontramos que si la Historia no puede responder a esta cuestión, entonces (los iusnaturalistas) entienden a este estado como “hipotético”, de forma que preceda a todo tiempo histórico. Pero, responde Ancillon, toda hipótesis que no explica los hechos, o que contradice a los hechos que debía explicar, es rechazable.¹¹⁸ Esta idea la completaba Johann Schoen algunos años después indicando que «no existe campo para la hipótesis del “estado de naturaleza”, hipótesis que vuelve rudo e insensible al investigador, aunque es comprensible que se la haya tomado, porque es el camino más fácil».¹¹⁹

hominis naturalem, atque ex eo, aut alia hypothesi Iura student deducere». Cfr. *De cautione...*, cit., parágrafo 16.

¹¹⁵ «Das philosophische oder speculative Staatssystem ist demnach in allen seinen Voraussetzungen falsch und selbst als Idee betrachtet absurd und vernunftwidrig». Cfr. *Handbuch...*, cit., parágrafo 8.

¹¹⁶ Cfr. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 163.

¹¹⁷ «Wenn es keinen sogenannten Zustand der Natur giebt, so giebt es eben so wenig ein sogenannten Naturrecht». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 5.

¹¹⁸ «Die Frage, welcher ist der erste Zustand des Menschen gewesen? ist eine historische Frage. Findet man, dass die Geschichte diese Frage gar nicht oder nicht gehörig beantwortet: so kann man diesen ersten Zustand hypothetisch bilden, und ihn der historischen Zeit voranschicken». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 3.

¹¹⁹ «...so haben wir kein Raum für die Hypothese eines allgemeinen Naturzustandes, den Forscher von Gestern und Heute nach verwilderten, noch dazu geschich-

Las razones de por qué estas hipótesis no eran de recibo fueron muy distintas. Ya hemos visto que Schoen y Haller niegan la posibilidad misma de introducir hipótesis en la ciencia del Derecho. Ellos entienden que es preciso partir, en el razonamiento jurídico, desde la realidad, y no desde ensueños. Friedrich von Batz añade que el estado jurídico o civil del hombre es el más adecuado a la naturaleza del hombre y que, por este motivo, el estado que es opuesto al civil, que es un estado de fuerza física, es antinatural,¹²⁰ y algo parecido opinaba J.G. Rätze.¹²¹ Más precisos fueron Wenck y Schulze.

C. Fr. Christian Wenck, ya en 1810, no se digna ni a tomar en cuenta el contractualismo; declara, simplemente, que los pretendidos derechos anteriores al Estado, no son más que una quimera.¹²² Schulze explica, con más profundidad, que el “estado de naturaleza” constituye una hipótesis inhumana que aísla al hombre, que no debe ser considerada, por esto, como un producto de la Razón, sino como un acto de fuerza del egoísmo por el que se suplantán las tendencias del hombre por algo repugnante.¹²³

2. Testimonios expresos.

Un punto en el que necesariamente habían de chocar ilustrados y románticos era en el relativo a la finalidad del cuerpo estatal. Efectivamente,

tlich-junge Völkern gedichtet haben: ganz abgesehen davon, dass es für den denkenden Geist einfacher ist, die Menschheit mit einem natürlichen Bildungsschatze, als im Schlamme, unter dem Thiere, beginnen zu lassen. Zweitens ist die Erscheinung des Staates allgemein, denn sie ist auf kein Land und auf kein Volk beschränket». Cfr. *Die Staatswissenschaft...*, cit., pág. 17.

¹²⁰ «Ist aber der rechtliche oder bürgerliche Zustand der angemessenste für die Natur des Menschen; so sollten man den ihm entgegengesetzten, nemlich den Zustand der physischen Gewalt, den unnatürlichen nennen». Cfr. *Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts*. Tübingen, 1816, págs. 52-53.

¹²¹ *Vid. Das Vernunftrecht im Gewande des Staatsrechts*. Leipzig, 1823, p. VIII.

¹²² «Eben darum ist alles Recht vor Eingehung des Staatsvertrages, in dem sogenannten Naturzustande, eine Chimäre». Cfr. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1810, parágrafo 10.

¹²³ «...jene hingegen, weil ihr alle Beziehung auf Wohollen und Humanität fehlt, isolirt die Menschen, und ist daher, wenn man auch ihrem Ursprunge sich genau umsieht, nicht ein Erzeugniss der Vernunft, sondern das Machtwerk der Selbstsucht, worin sich zu grossen Zwecken in der Menschliche Natur bestimmte Trieb bis zu einer abschreckenden Hässlichkeit verunstaltet worden ist». Cfr. *Leitfaden...*, cit., pág. XVI.

la mayor solidaridad social que exigía la doctrina del siglo XIX se veía imposibilitada por la concepción del Estado como un *Sicherheits-Anstalt*, por lo que uno de los primeros temas de la teoría iusnaturalista que había que refutar era el de la concepción de la comunidad política como exclusivamente entidad aseguradora de los *Urrechte*.

En este sentido, Gönner, que mantiene una concepción organicista del Universo y de la sociedad y que, por acogerse a las tesis organicistas entiende que el hombre es un momento más del desarrollo del organismo universal, no puede considerar a cada individuo como una mónada de voluntad indeterminable; al contrario el Derecho, lejos de fragmentarse en derechos subjetivos o libertades, es un instrumento de la autoconciencia de la Razón universal mediante el cual el género humano mejora su condición; por este motivo, Gönner estima que la consideración de los derechos como el fin del Estado sería un obstáculo para cualquier perfeccionamiento.¹²⁴ Ludwig von Haller, sin recurrir a ninguna teoría organicista, proclamaba en 1808 que «El Estado no puede ser, como lo definen la mayor parte de los tratadistas, un establecimiento asegurador de los derechos»; el acento, según von Haller, debe cargar más bien en la independencia y autonomía del cuerpo social, ya que no es la finalidad la que constituye la sociedad —esta finalidad puede ser muy diversa— sino el predicado de la independencia. «Es digno de notar —concluye Haller— que en todos los idiomas las denominaciones del jefe del Estado (*der Staats-Oberhaupter*) no se relacionan con ningún fin, sino que únicamente hacen referencia al concepto del poder supremo».¹²⁵

El modo de expresarse de Georg Horn suena más así a grito de guerra contra las tesis iusnaturalistas: «Nosotros estamos muy lejos de entender al

¹²⁴ «Wenn aber der Staat nur die Rechte sichern soll, wie könnte er mit Abwürdigung der Rechte zu seinem Ziele kommen? Kurz! Sicherheit der Rechte als Endzweck des Staats wäre das Polster aller Observanz, und ein Damm gegen jede Verbesserung». Cfr. *Der Staat...*, cit., pág. 61.

¹²⁵ «Der Staat ist demnach nicht, wie die meisten Staatslehrer ihn definiren, eine Rechtsversicherungs-Anstalt, eine Gesellschaft freyer Menschen blos zu Handhabung der äusseren Gerechtigkeit; 1) sondern nichts weiter als ein natürliches geselliges Verhältniss zwischen Freyen und Dienstbaren, was sich von anderen ähnlichen Verhältnisse nur durch die Unabhängigkeit seines Oberhauptes unterscheidet. Er ist mit einem Wort ein selbständiges, d.h. für sich selbst und durch sich selbst bestehendes geselliges Verband. Nicht der Zweck einer Gesellschaft, denn dieser kann sehr verschieden seyn, sondern nur das Prädikat der Unabhängigkeit, welches ihr oder ihrem Oberhaupte zukömmt, macht sie zum Staate aus. Merkwürdig ist es daher, dass in allen Sprachen die Benennungen des Staats-Oberhauptes nie von irgend einem Gegenstand oder Zweck, sondern einzig von dem Begriffe höherer Macht hergenommen sind». Cfr. *Handbuch...*, cit., parágrafo 13.

Estado como un simple establecimiento de coacción y seguridad... Ciertamente, el Estado debe proporcionar seguridad a la persona y a su propiedad, ¡pero él debe hacer muchas más cosas!».¹²⁶ Horn seguía los pasos de Julius Schmelzing, que había explicado el año antes que la seguridad jurídica, que aún hoy se entiende como el fin único y exclusivo del Estado, el que deben realizar los hombres en la llamada “unión estatal” (*Staats-Verein*), no puede ser en modo alguno el verdadero y excluyente fin del Estado.¹²⁷ Adam Müller, en tono más polémico escribía sobre este punto que «El primer error fundamental de los sistemas políticos más corrientes lo rebatimos: el Estado no es una simple manufactura, una compañía de seguros o una sociedad mercantil; él es la unión íntima de las necesidades físicas y espirituales conjuntas, el reino entero de lo físico y de lo espiritual, la vida interna y externa de una nación, que la empuja hacia un Todo grande, enérgico, vivo, en infinito movimiento».¹²⁸

Warnkönig, en el marco de esta mentalidad nueva que se niega a considerar al Estado bajo los patrones de una sociedad mercantil, expresa su repulsa por la teoría de la simple coexistencia de los individuos en el Estado, tesis implícita —y expresada frecuentemente— en el diseño de la comunidad política según el molde de las asociaciones mercantiles. La vida del Estado no puede consistir, explica Warnkönig en un amontonamiento de unos hombres junto a otros, sino que se trata de una vida común con un fin

¹²⁶ «Nennen wir nun den Inbegriff aller dem Menschen eigenthümliche Kräfte, Anlagen und Fähigkeiten mit einem Wort “Humanität”; und setzen wir in die allgemeine Ausbildung derselben seine Bestimmung, das Leben im Staat aber als eine nothwendige Bedingung dieser Ausbildung; so müssen wir auch den Staat ansehen als eine Vereinigung mehrerer vernünftiger Individuen zur vollkommenen Entwicklung der Humanität». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 10.

¹²⁷ «Aber der Staat existirt überall und zu allen Zeiten, wo es Menschen giebt. Denn er liegt als ewig sich entfaltende Schöpfung in der inneren Natur-Nothwendigkeit und Vernunft der Menschen. Die Erfindung aber ist in Unabhängigkeit von endlichen, zeitlichen, raumlichen und andern beschränkenden Einflüssen der concrete Welt gesetzt... Die Rechts-Sicherheit, welche selbst noch in der gegenwärtigen Zeit mehrmals als der einzige und ausschliessende Staatszweck, den zu realisiren sich die Menschen in den sogenannten Staats-Verein begeben hätten, behandelt wird, kann keineswegs der wahre und ausschliessende Zweck desselben seyn». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., págs. 5-7.

¹²⁸ «Die erste Grundirrthum der gangbaren politischen Systeme ist widerlegt: der Staat ist nicht eine blosse Manufactur, Meierei, Assecuranz-Anstalt, oder mercantilistische Societät; er ist die innige Verbindung der gesammten physischen und geistigen Bedürfnisse, des gesammten physischen und geistigen Reichthums, des gesammten inneren und äusseren Lebens einer Nation, zu einem grossen energischen, unendlich bewegten und lebendigen Ganzen». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 51.

único, y éste es el pueblo unido.¹²⁹ Este tipo de ideas, en las que se denunciaba el excesivo individualismo de la concepción iusnaturalista del Estado, será tratado más adelante.

Nicolaeus Falck explicaba que no tenía sentido establecer a priori fines para el Estado, porque la experiencia enseña que no existe *in abstracto* ningún límite, ya que, antes o después, determinados comportamientos son sustraídos al arbitrio de los individuos y quedan reglamentados a través de las normas del Estado.¹³⁰ Murhard, que fue el autor que, junto con Humboldt, se ocupó más detenidamente del tema del fin de la actividad política, añadía que limitar la acción del Estado a la seguridad de los *Urrechte*, contradecía a la experiencia cotidiana, que mostraba una realidad muy distinta y mucho más amplia.¹³¹ Por esta razón, él entendía que la expresión “dominio del Derecho” (*Herrschaft des Rechts*) no se limitaba a lo que denotaba normalmente el término “Estado de Derecho”, sino que el “dominio del Derecho” expresaba la necesidad de elegir y usar los medios adecuados para alcanzar el fin de la comunidad política, del cual no puede quedar excluida la promoción del bienestar general.¹³²

El conjunto de las críticas puede, quizá, quedar reflejado en lo que Ferdinand Walter escribía: «Las relaciones humanas múltiples, que en su conjunto forman el mundo del Derecho, no se dejan reducir a una unidad empobrecida. Los sistemas de este tipo (se refiere al de Kant) sólo muestran determinaciones conceptuales generales que no tienen un contenido real. El fallo de este método radica en que en lugar de concebir al hombre en la totalidad de su naturaleza, con y en el Estado, se queda solamente en la antesala de la vida política».¹³³

¹²⁹ «Das gesammte Volksleben soll nicht das zusammengehäufte Leben der Einzelnen seyn, sondern ein gemeisamens Leben das Ziel Eines, und das ist das gesammte Volk». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 23.

¹³⁰ «Für den Umfang des Rechts giebt es in abstracto keine Grenze, wie es denn auch die Erfahrung lehrt, dass bald mehrere, bald weniger Handlungen der Willkühr der Individuen entzogen und durch Staatsvorschriften bestimmt zu seyn pflügen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 4.

¹³¹ «...zeigt die tägliche Erfahrung, die sich mit jener Behauptung, dass die Sicherheit der Rechte Aller ausschliesslich Zweck des Staats seyn dürfte, nicht anders vereinbaren lässt». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 145.

¹³² «Der Ausdruck: unbedingte Herrschaft des Rechts, heisst mit andern gemeinsasslichen Worten: die Nothwendigkeit der Wahl und der Gebrauchs der rechten Mittel zur Erreichung des Endzwecks». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 385.

¹³³ «Allein die mannichfaltigen Lebensordnungen, die zusammen die reiche Welt des Rechts ausmachen, lassen sich an eine solche dürftige Einzelheit nicht aufreihen. Die Systeme dieser Art zeigen daher vorherrschend nur allgemeine Begriffsbestimmungen ohne reale Inhalt... Die Fehler dieser Methode ist, dass anstatt den

3. Una propuesta nueva.

Fue Krause el primer autor alemán conocido que, desde el marco típicamente idealista, propuso una finalidad mucho más amplia que la del iusnaturalismo a la actividad del Estado. El ideal de una verdadera Humanidad y Racionalidad contiene una exigencia infinita: sabiduría, amor y arte; pero una Sabiduría con Amor y con el Arte bello. Un Amor con Sabiduría y Arte, y el Arte con Sabiduría y Amor. Y estas tres realidades en la Religión. Y todo con ello con ciencia práctica o técnica (*nützliche Kunst*), y ésta con una vida sana.¹³⁴ Esta comprensión de todas las actividades humanas en el fin del Estado se deriva desde las ideas organicistas que propugna Fries, para quien el Estado ha de ser una convivencia (*Beisammensein*) orgánica –y no una simple coexistencia– de los hombres.¹³⁵

Gönnner resaltaba, en cambio, un aspecto de la convivencia parcialmente distinto. Este autor intentaba hacer comprender que la actividad de un individuo no es jamás una actividad aislada; porque cada hombre, con su actividad, influye en el todo social, y éste, a su vez, influye en él. De este modo, el Estado produce a través de los agricultores, transforma los productos mediante los fabricantes, ejercita el comercio gracias a sus comerciantes, es enseñado por sus profesores, defendido por sus soldados, etc.¹³⁶

La práctica totalidad de la doctrina política-jurídica de la primera mitad del siglo XIX –con excepción de los kantianos recalitrantes que escriben en los primeros veinte años del siglo– repitió de una forma casi monótona que el Estado no es una sociedad del tipo de las sociedades mercantiles, esto es, constituida para perseguir unos fines determinados previa-

Menschen in der Totalität seiner Natur mit und dem Staate zu erfassen, sie mit ihm in der Vorhalle des Staates verweilt, und hier aus irgend einer Einzelheit seiner empirischen Natur die ihm zukommenden Urrechte ableitet». Cfr. *Naturrecht...*, cit., pág. 11.

¹³⁴ «Das Ideal wahrer Menschheit, Vernunftigkeit, Humanität... welches, wie du leicht finden kannst, eine unendliche, nie zu befriedigende Forderung enthält, ist: Weisheit, Liebe und Kunst... Weisheit nicht ohne Liebe und ohne schöne Kunst. Liebe nicht ohne Weisheit und schöne Kunst. Schöne Kunst nicht ohne Weisheit und Liebe. Alle drei nicht ohne Religion... Ferner diese Viere nicht ohne nützliche Kunst, diese nicht ohne Gesundheit des Leibes». Cfr. *Grundlage...*, cit., págs. 17-18. Reitera la misma idea en páginas 24 y 25.

¹³⁵ Cfr. *Grundlage...*, cit., pág. 5.

¹³⁶ «Die Thätigkeit des Einzelnen für sich ist nur eine scheinbar isolirte Thätigkeit. Er wirkt im Ganzen, und das Ganzen wirkt in ihm... Der Staat producirt durch Bauer, veredelt die Naturprodukte durch den Fabrikanten, treibt Handeln durch den Kaufmann; ist gelehrt in seine Gelehrten, vertheidigt sich durch seine Krieger...» Cfr. *Der Staat...*, cit., pág. 111.

mente. «Si alguien pregunta: ¿cuál es el fin del Estado? Yo le contesto –escribía Müller–: ¿Tú crees que el Estado es un medio para conseguir algo? ¿Algo así como un medio artificial? ¿Tú entiendes que fuera del Estado existe alguna realidad en virtud de la cual el Estado mismo existe, a la que él deba servir, como el andamio para el edificio o la cáscara para el fruto?». ¹³⁷ «El problema está en que los escritores de teoría política y jurídica se interrogan acerca del destino (*Bestimmung*) del hombre, prosigue Müller; unos contestan: “El hombre existe para alcanzar su felicidad”. “No, dice un segundo: el hombre existe para practicar la virtud”. “A causa de la perfección”, explica un tercero. ¡Bien!, contesta Müller. Si tú quieres sentir que todos estos fines siempre están presentes al hombre, hazlo; pero considera que Él, aunque no como sujeto particular, es su propio fin, y así cuando te has encontrado a ti mismo, y has descubierto todos tus fines infinitos, has encontrado al Estado». ¹³⁸

Los iusnaturalistas, explicaba Julius Schmelzing, en sus concepciones triviales acerca del Estado construyeron un reino infecundo de hipótesis, ficciones y sueños acerca del Estado, del Derecho y de la Política, ¹³⁹ y al considerar que la seguridad jurídica era el único fin del Estado, dejaron la doctrina del Estado construida a medias, porque sólo vieron la cara negativa

¹³⁷ «Wir müssen vor allen Dingen die Theorie berichtigen, da es uns darauf ankommt, sie mit der Praxis zu versöhnen. Fragt nun, nach dieser Darstellung, noch irgend jemand: was ist denn der Zweck des Staates? so frage ich ihn wieder: du betrachtetest also den Staat als Mittel? als ein künstliches Mittel? du meinst also noch immer, dass es ausserhalb des Staates etwas gebe, um dessen willen er da sey, dem er dienen müsse, wie das Gerüst dem Gebäude, wie die Schale den Kern? Du glaubst im Herzen noch immer, es könne doch wohl noch einmal darauf hinaus laufen, dass der Staat nun überflüssig sey, und etwas Anderes, Besseres uns Licht kommen können, als er?» Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 67.

¹³⁸ «So hat man oft nach der Bestimmung des Menschen gefragt. Der Mensch fühlte sich unvollständig, krank und halb. Es wurde geantwortet: 'der Mensch ist um seiner Glückseligkeit willen da'; –'nein, um seiner Tugend willen', sagte ein Zweiter; 'für seine Vervollkommenung' sagte ein Dritter. Recht gut! wenn ihr nur fühlen möchtet, dass alle diese Zwecke immer in den Menschen zurückkehren, dass es immer wieder auf seine Tugend, seine Glückseligkeit, seine Vervollkommenheit abgesehen bleibt, und Er, nicht Einzelnes, am Ende doch sein eigener Zweck ist. Du hast dich selbst empfunden; und so hat du zugleich alle deine unendlichen Bestimmungen empfunden, du hast das Leben des Staates empfunden». Cfr. *Die Elemente...*, cit., pág. 68.

¹³⁹ «...in ihrer trivialen Auffassungs-Methode des Staatsvereins und der in ihm geltenden Normen lag natürlich selbst ihr unerklärbarer, aber unfruchtbarer Reichtum von Hypothesen, Fiktionen und Traumbildern von Staate, vom Rechte und von der Politik». Cfr. *Ueber das Verhältniss des sogenannten Natur-Rechts zum positiven Rechts, zur Moral und Politik*. Bamberg und Würzburg, 1813, pág. 9.

de la convivencia y perdieron de vista lo esencial, ¹⁴⁰ concretamente, no supieron ver que el Estado no solamente tiene un fin jurídico, sino también un fin moral-religioso, intelectual-artístico, estético, físico, en pocas palabras, una vida humana, una vida para el desarrollo integral de la naturaleza humana interna y externa. ¹⁴¹ «Si el conjunto de todas las fuerzas y facultades propias del hombre lo resumimos bajo la palabra “Humanidad” –escribe Horn–, y entendemos que la finalidad de ella es su completa formación, la vida en el Estado aparece como una condición necesaria de esta formación; por esta razón debemos considerar al Estado como una reunión de individuos racionales que quieren hacer realidad plenamente su Humanidad», ¹⁴² y este desarrollo de la Idea de Humanidad –añade Warnkönig– incluye la formación en la ciencia y en la virtud. ¹⁴³ «La sociedad humana –escribe Schnaubert– es una convivencia de todos según el principio del Derecho (*nach dem Rechtsprinzip*) y su fin es hacer posible el desarrollo espiritual y corporal de cada ser gracias a los demás.... El Estado es, por ello, una sociedad con una constitución, una sociedad organizada para todo tipo de formación, un Organismo de seres libres». ¹⁴⁴

El Estado no existe, ni ha sido constituido, para mantener la seguridad de los *Urrechte*, sino que más bien –prosigue Schnaubert– el Derecho y el

¹⁴⁰ «Indem man sich den Staat bloss der Rechts-Sicherheit halber construirte; indem man also ganz fehlerhaft nur seine negative (rechtliche) Seite hervorhob, und seine andern eben so wesentlichen aus dem Auge...» Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., págs. 10–11.

¹⁴¹ «...dass die Menschheit im Staate nicht nur ein rechtliches, sondern auch ein sittliches-religiöses –ein intellektuelles-artist-ästetisches-ein physisches-kurz, ein humanes Leben– ein Leben für die allseitige Entwicklung der inneren und äusseren Menschen-Natur führe» Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 11.

¹⁴² «Nun muss aber jeder Staat gedacht werden, als ein lebendigen organisches Ganzes, zusammen durch ein inneres Band, welches, gleichsam die Seele dieses Ganzes, das Leben und die Bewegung aller seiner Glieder unterhält und befördert». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 9.

¹⁴³ «...um so die Menschheit in ihm auf das Ziel einer Vollkommenheit zu bringen, wie sie im irdischen Leben der menschlicher Natur nur erreichbar ist. Alle Einrichtungen sollen auf das Weiterschreiten der Völker im Einsicht und Sittlichkeit abgesehn seyn. Das Staats Zweck sey Wissenschaft und Tugend». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 23.

¹⁴⁴ «Die menschliche Gesellschaft (societas) ist ein Zusammenleben Aller oder doch vieler nach dem Rechtsprinzip, ihr Zweck ist, körperliche und geistige Entwicklung jeder Einzelnen durch alle Uebrigen möglich zu machen. Ist eine solche Gesellschaft für ihren Zwecke besonders eingerichtet, hat sie eine bestimmte Verfassung, so heisst sie Staat. Staat (civitas) ist mithin eine Gesellschaft mit Verfassung, eine für alle Bildung organisirte Gesellschaft, ein Organismus freyer Wesen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 30.

Rechtszustand constituyen solamente un fin subordinado del Estado, un medio que hace posible las condiciones externas para la vida y la formación. El fin general del Estado consiste en todas las orientaciones posibles que hacen posible la formación humana, especialmente la formación para la virtud, Religión, Arte y Ciencia; todos los pueblos civilizados tienden a estos fines tan amplios, como enseña la experiencia.¹⁴⁵ Arnold Möhr explicaba con más precisión que la coexistencia pacífica de los hombres es o constituye solamente el lado negativo de la sociedad; el positivo consiste en hacer posible la Moralidad, en la perfección moral de los hombres que viven en sociedad, y el Estado, que es la organización social más organizada, no puede tener otro fin que el fin del hombre, es decir, hacer posible la perfección moral de éste.¹⁴⁶

En un sentido muy parecido, Heinrich Ahrens precisaba que «en toda sociedad humana se encontrará, en un estado de desarrollo más o menos avanzado, los elementos siguientes que, estando fundados en la naturaleza racional del hombre, se obtienen desde su vida y devienen sucesivamente los fines de su actividad reflexiva. Estos elementos son la religión, la moral, el Derecho, las ciencias, las artes, la instrucción y la educación, la industria y el comercio, elementos que el análisis descubrirá en cada cuerpo social en proporciones distintas, según el estado de su cultura, y se manifiestan por funciones que se organizan, en la sociedad, en tantas otras instituciones correspondientes».¹⁴⁷ «La idea misma del Derecho, lejos de condenar al Es-

¹⁴⁵ «Nicht blos um den Rechtszustand zu begründen und zu erhalten, besteht der Staat, vielmehr ist das Recht und der Rechtszustand nur ein untergeordneter Zweck des Staates, nur Mittel und äussere Bedingung für Leben und Bildung. Der allgemeine Staatszweck geht auf Menschbildung in allen ihren möglichen Richtungen, also, äusser körperlicher Entwicklung und ausser dem Rechtszustande, besonders auf Bildung für Tugend, Religion, Kunst und Wissenschaft. Diese alles umfassenden Zweck erstreben, wie die Verfassung lehrt, alle gebildeter Völker». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 31.

¹⁴⁶ «Die friedliche Coexistenz des Menschen is gleichsam nur das negative Wohlbefinden der Gesellschaft, das positive, das wahre Wohlbefinden beruht auf der Moralität, auf der sittlichen Vollkommenheit der in der Gesellschaft lebenden Menschen». Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., pág. 22.

¹⁴⁷ «Or, dans toute société humaine on trouvera, dans un état de développement plus ou moins avancé, les éléments suivants qui, étant fondés dans la nature rationnelle de l'homme, se déploient dans sa vie et deviennent successivement les buts de son activité réfléchie. Ces éléments sont la religion, la morale, le droit, les sciences, les arts, l'instruction et l'éducation, l'industrie et le commerce, élément qui l'analyse découvre dans chaque corps social dans des proportions différentes, à l'état de germe ou de culture avancée et se manifestant par des fonctions qui s'organisent, dans la société, en autants d'institutions correspondantes». Cfr. *Cours de droit naturel...*, cit., pág. 149.

tado y a los poderes políticos a una línea de indiferencia y de inacción, lejos de conseguir para él, como ley fundamental, el *laissez faire*, le impone, por el contrario, el deber de cuidar de todo lo que es humano, de ayudar a la realización de todos los fines sociales, de favorecer todas las buenas tendencias, de prestar su ayuda a todo lo que es reclamado por las necesidades y los progresos de la vida social. Esta cuestión del Estado abre un campo vasto a su actividad y le asegura, en sus justos límites, un derecho de intervención en el movimiento de todas las instituciones de la sociedad».¹⁴⁸ Las finalidades del Estado, sigue Ahrens, le vienen dadas por la estructura orgánica de la sociedad,¹⁴⁹ ya que el origen del Estado es, ante todo, un hecho interno que se fundamenta en el impulso hacia el Derecho (*Rechtstriebe*); este impulso no nos viene dado por la voluntad arbitraria, sino que obra con necesidad interna,¹⁵⁰ y esta necesidad hace que el fin del Estado abarque la totalidad de las relaciones humanas; pues el Estado es en sí (*an sich*) el orden social del Derecho o la vida jurídica organizada que, partiendo desde los individuos, llega a una sociedad más elevada.¹⁵¹

Fue Murhard quien, en su monografía sobre *Der Zweck des Staats*, realizó un tratamiento más extenso de este tema. Según este autor, la comunidad política no puede tener fines establecidos apriorísticamente; al contrario, «los fines materiales que el Estado debe realizar son distintos según las circunstancias en las que el Estado se encuentra, y han de ser buscados ante todo en la experiencia».¹⁵² Él entiende que el motivo por el que se estableció la seguridad de los derechos como el fin único del Estado fue la necesidad

¹⁴⁸ «L'idée même du droit, loin de condamner l'État et les pouvoirs politiques à un rôle d'indifférence et d'inaction, de consacrer pour lui, en loi fondamentale, le "laissez faire", lui impose au contraire le devoir de prendre soin de tout ce qui est humain, d'aider à l'accomplissement de toutes les buts sociaux, de favoriser toutes les bonnes tendances, de prêter son concours à tout ce qui est réclamée par les besoins et le progrès de la vie sociale. Cette mission de l'État ouvre un vaste champ à son activité et lui assure, dans les justes limites, un droit d'intervention dans le mouvement de toutes les institutions de la société». Cfr. *Cours de droit naturel...*, cit., pág. 151.

¹⁴⁹ *Vid. Versuch...*, cit., págs. 55 y ss.

¹⁵⁰ *Vid. Juristische Encyclopädie...*, cit. pág. 100.

¹⁵¹ «Der Staat ist eine Anstalt, in welchen der Menschheitszweck in der besondern Weise des Rechts verfolgt wird, wie es durch die Religion in der Kirche, durch Wissenschaft, Kunst, Unterricht, Industrie und Handeln in ihren entsprechenden Anstalten vollführt wird». Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., pág. 105.

¹⁵² «Die materiellen Zwecke, welche der Staat realisiren soll und welche nach den Verhältnisse, worin sich den Staat befindet, verschieden sind, müssen freilich erst in der Erfahrung aufgesucht werden». Cfr. *Der Zweck des Staats*, cit., pág. 10.

de luchar contra el Despotismo monárquico de los siglos XVII y XVIII,¹⁵³ pero en 1852 ya habían desaparecido esas circunstancias.

Al disertar sobre las finalidades de la comunidad política, Murhard explica que es preciso precaverse tanto frente a los teóricos historicistas como frente a aquéllos otros quienes cosifican la vida de la nación. Él entiende que existe una inmutabilidad dentro del cambio a que está sometida la vida estatal, por lo que es misión de la ciencia jurídica positiva determinar los límites entre lo permanente y lo cambiante en ésta.¹⁵⁴ Será siempre tarea permanente del Estado –“la esencia del verdadero Estado”– unir las fuerzas de los ciudadanos hacia un fin comunitario, de modo que cada cual sea consciente de que es un miembro integrante de un todo superior.¹⁵⁵ Del mismo modo que los otros autores a que ya he aludido, Murhard entiende –y dedica bastantes páginas a explicar este tema– que la finalidad de la convivencia política, si pretendemos seguir los fines más altos de la Inteligencia, debe ser tal que tenga vigencia según las normas de cualquier voluntad; de este modo, el fin del Estado, como tal, no es el fin de un ciudadano, sino el fin de todos los miembros que viven bajo una forma de comunidad (*Gemeinschaft*). En el momento de precisar más la naturaleza de esta finalidad, Murhard declara misteriosamente que «a causa de la absoluta unidad de la Inteligencia con todos sus principios formales para toda Realidad posible, el último fin del Estado es el perfeccionamiento total del hombre».¹⁵⁶

Ciertamente, al pensar así, siempre se le puede acusar de que intenta imponer, por la fuerza del Estado, una moralidad determinada, y, como ya han señalado otros autores, la perfección moral no se consigue a través de

¹⁵³ *Vid. op. cit.*, pág. 90.

¹⁵⁴ *Vid. op. cit.*, pág. 49.

¹⁵⁵ «Das Wesen des wahren Staats, als einen wahrhaften Gemeinwesen, besteht darin, dass Entwicklung der Anlagen der Menschheit im Einzelnen das Grundgesetz des Staats ist, und alle einzelne Kräfte zu einen gemeinschaftlichen Zwecke Aller vereinigt sind, so dass jeder sich seiner Bedeutung als integrierendes Glied eines grossen Ganzen bewusst werden kann» Cfr. *Der Zweck des Staats*, cit., pág. 168.

¹⁵⁶ «Diesem zu Folge der höchste Staatszweck mit dem höchsten Zwecke der Intelligenz im Einklange stehen, er muss ein solcher Zweck seyn, welcher nach dem Gesetze alles Wollens seine Gültigkeit erhält. Der Zweck des Staats ist als solcher nicht den Zweck eines Einzelnen, sondern der Zweck aller Staatsbürger, unter der Form der Gemeinschaft stehend. Vermöge der absoluten Einheit der Intelligenz in allen ihren formalen Prinzipien für alle nur mögliche Realität ist somit die totale Vervollkommung des Menschen zugleich der letzte Zweck des Staats. Die Sicherheit des Rechtszustandes umfasst schon darum nicht die ganze Späre des Staatszweck». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 225. Reproduce, en esta cita, un texto de J.M.V. Burkhart, *Metaphysik der Organisation des Staats*. Erlangen, 1806, pág. 18.

la coacción estatal.¹⁵⁷ Murhard entiende que esta objeción es salvable porque el Estado está llamado a hacer posible los fines morales más elevados; sería estúpido negar –explica este autor– que el Estado es medio para la consecución del fin del hombre. Pero debemos reflexionar y entender que aquí no se trata de la cuestión del fin supremo de la actividad humana, sino solamente de un fin que, en realidad es un medio, ya que el Estado no es más que un medio puesto a disposición de la prosecución del fin común y supremo.¹⁵⁸ Se trata, como observa cualquiera, de una argumentación confusa. Más adelante explica cuales son las notas que ha de reunir un fin político: 1) debe ser común, es decir, debe ser un fin tal que todos los miembros del Estado lo quieran o debieran quererlo si proceden racionalmente; 2) este fin no debe ser alcanzado por las fuerzas aisladas de los individuos, o por medio de sus asociaciones voluntarias, de forma tan segura y completa como a través del poder del Estado; 3) la fuerza del Estado debe ser realmente un medio seguro para realizar tal fin, y 4) los medios que se usan para alcanzarlo no deben ser opuestos al fin principal.¹⁵⁹

Estos fines, como ya vimos antes, no están establecidos antes de la experiencia política concreta. «El Estado es, como ya admitieron los filósofos del Estado de la Antigüedad, una reunión de hombres bajo las leyes del Derecho para alcanzar todos los fines de la Humanidad».¹⁶⁰ Esta totalidad de los fines abarca la formación del espíritu y del cuerpo, la Moralidad, la pre-

¹⁵⁷ *Vid. op. cit.*, págs. 277-278.

¹⁵⁸ «Der Staat hätte sonach den schönen Beruf, der Menschheit die Bahn zu ihrem edelsten Ziele zu reichen und sie auf derselben zu geleiten. Thörich wäre es auch, läugnen zu wollen, dass der Staat Mittel zu Erreichung der Bestimmung der Menschheit sey, da alles menschliche Streben und alle menschliche Anstalt nur auf Strebung jener Bestimmung gerichtet und eingerichtet seyn soll. Aber man muss bedenken, dass hier nicht die Frage sey um den höchsten Endzweck der Menschthätigkeit, sondern nur um den Mittelzweck, d.i. um den eigenen Zweck des Staats, als eines Mittels jener Art, damit er... zur Erreichung des höchsten End- und Gesamtzwecks beitrage». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 239.

¹⁵⁹ «Ob und in wie fern nämlich ein Gegenstand zum Staatszweck passe, muss aus folgenden Merkmalen erkannt werden: 1) Es muss ein gemeinsamer, d.h. ein solcher Zweck seyn, den alle Mitglieder des Staats wollen, oder vermöge der Vernunft wollen sollen; 2) dieser Zweck muss durch die isolierte Kräfte der Individuen und ihre freiwilligen Verbindungen entweder gar nicht, oder doch nicht so sicher und gut erreicht werden können, als durch die Staatskraft; 3) die Staatskraft muss wirklich ein sicheres Mittel seyn, diesen Zweck zu realisiren, und 4) die Mittel der Realisirung dürfen dem Hauptzwecke, desswegen der Staat errichtet ist, weder im Ganzen, noch theilweise widersprechen». Cfr. *Der Zweck...*, cit., págs. 358-359.

¹⁶⁰ «Der Staat ist, wie schon die älteren Staatsphilosophen anerkannten, ein Verein von Menschen unter Gesetzen des Rechts für alle Zwecke der Menschheit». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 368.

paración para el arte y el bienestar y, con ellos, los progresos espirituales y corporales y el disfrute de la felicidad.¹⁶¹

Como podemos observar, la finalidad del cuerpo político se dilató tanto como era posible. Savigny, con una visión más restrictiva, estableció que el fin general del Derecho se desprende de la ley moral bajo el punto de vista cristiano,¹⁶² y Fischer fue especialmente sensible a las relaciones entre las exigencias específicamente morales y los fines propiamente jurídicos. Este autor vio con una lucidez extraordinaria que la Moral es el arsenal desde el que el Derecho va tomando sus contenidos concretos, de forma que la relación entre Moral y Derecho es de procedencia –genética y cronológica– de aquélla. Sólo que no se puede determinar explica Fischer, de una vez por todas cual es la influencia de la Moral sobre el Derecho; dado el progreso moral del género humano, la Moral se encarna más y más, progresivamente, en las normas jurídicas, de modo que la Humanidad cambia hacia una naturaleza más elevada.¹⁶³ Por esta razón, dado el movimiento del espíritu humano, no se puede determinar de una vez para siempre un derecho natural general: cada pueblo tiene su derecho natural, que progresa en el tiempo.¹⁶⁴ No debemos extrañarnos, concluye Fischer, de esta falta de delimitación precisa entre Moral y Derecho natural; es necesario tener en cuenta que los límites de una ciencia no pueden ser más precisos de lo que permite la naturaleza de lo estudiado en ella.¹⁶⁵

¹⁶¹ «Das Recht der Menschheit hat einzig und allein die Ausbildung des Geistes und Leibes, Sittlichkeit, Kunstfertigkeit und Wohlstand, mithin das geistige und leibliche Fortschreiten und den Genuss der Glückseligkeit zum Gegenstande». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 385.

¹⁶² Cfr. *Sistema de Derecho romano actual*. Madrid, 1878, parágrafo XV.

¹⁶³ «Verhältniss des Naturrechts zur Moral: dass diese Gränzlinie keine feste ist, sondern mit dem Fortschritt der Menschheit sich nach und nach verschiebt. Denn das ist eben die Aufgabe des sittlichen Fortschritts des Menschengeschlechts, dass das Sittengestetz nach und nach wieder zum Naturgesetze, dass die Menschheit zur anderen höheren Natur werde. Die Pflicht soll in Tugend, das Sollen soll in Wollen übergehen». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 66.

¹⁶⁴ «...und es gibt ebenso kein allgemeines, für allen Zeiten und Völker geltendes Naturrecht, welches nur ein armseliges Urrecht des rohesten Anfangs seyn könnte. Jedes Volk hat sein Naturrecht, das wieder mit der Zeit fortschreitet». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 69.

¹⁶⁵ «Sollte man finden: eine so schwankenden Gränzbestimmung zwischen Moral und Naturrecht sey gar keine. Uns es werde damit beides zusammengeworfen, so ist dieses einerseits so grell ausgesprochen, nicht richtig, andererseits aber nicht zu ändern, indem die Gränzen einer Wissenschaft nicht fester und schärfer gezogen werden dürfen, als die ihres Gegenstandes sind». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 70.

D. LA DENUNCIA DEL “EGOÍSMO JUICIOSO”.

El pensamiento jurídico de la Modernidad había entendido que la Razón exigía necesariamente que, al considerar el Derecho y la sociedad, la consideración científica partiera desde unos individuos independientes mutuamente, que encontraban precisamente en su independencia respectiva el fundamento y alcance de su “libertad”. Estos individuos, al no poseerse más que a sí mismos, sólo tenían, frente a sí mismos y a los demás, su independencia, que se desgranaba en una serie de derechos subjetivos de libertad o libertades públicas; en este sentido, Wilhelm Stephan denunciaba, ya en 1845, que el *Naturrecht* se diluyó en la afirmación de un conjunto de libertades.¹⁶⁶ Era, la de Stephan, una observación pertinente, aunque no llegaba al fondo del tema. Efectivamente, el *ius naturale et gentium*, especialmente en su reelaboración ilustrada, sólo supo encontrar en el hombre, en cada individuo, una voluntad que, por ser independiente de la de los demás individuos, permanecía sin vinculaciones; el hombre, es decir, el individuo era esto y nada más que esto: una voluntad indeterminable heterónomamente;¹⁶⁷ a esta indeterminabilidad se reducía, en definitiva, la Razón práctica que la Ilustración postuló para el hombre.

De este modo, Razón y “libertad”, así entendidas, se confunden. Si el hombre posee derechos según la Razón, estos derechos no pueden ser más que expresiones concretas de su independencia más general. El Hoffbauer anciano, que en 1816 estaba ya de vuelta de sus anteriores ideas kantianas,

¹⁶⁶ «Die Versuche, das Recht aus der menschlichen Natur herzuleiten, führten auf die Lehre von Urrechte auf Leben und Freiheit des Denkens, Glaubens, Handelns, welche der Mensch gleich mit zur Welt bringe, und die Allen auf gleiche Weise, und ohne Frage nach einem Beweise derselben, einzuschreiben sind». Cfr. *Ueber das Verhältniss des Naturrechts zur Ethik und zum positiven Rechte*. Göttingen, 1845, pág. 35.

¹⁶⁷ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 88-119.

explicaba que los iusnaturalistas hablaban casi siempre de derechos, y prácticamente nunca de obligaciones,¹⁶⁸ y Friedrich Murhard, con mayor perspectiva histórica, explicó que «la seguridad de los derechos del hombre, o lo que es lo mismo, la mayor libertad posible, es siempre el primer y fundamental fin del Estado»¹⁶⁹ en los iusnaturalistas.

De esta forma, la naturaleza humana consiste y se disuelve en independencia mutua, ya que todos los *Menschenrechte* no son sino manifestaciones de este arbitrio puramente negativo y vacío, como reiteradamente denunció Hegel. Por este camino, cada hombre no es más que una mónada de voluntad “libre”, él existe exclusivamente para sí mismo, es un fin en sí, *Selbstzweck*. Fue grande el abuso que hicieron los kantianos de la noción de *Selbstzweck*;¹⁷⁰ por este hecho, a comienzos de la Edad contemporánea, la herencia legada por la Ilustración, exigía que se considerara a cada hombre como un ser que vive para sí mismo, sin que pudiera existir un motivo racional a tenor del cual un individuo debiera cooperar o ayudar a otro. La tesis del “fin en sí mismo” implicaba que cada persona se movía y actuaba según su arbitrio, *Willkühr*, ya que “libertad” y arbitrio eran tenidos, en la ciencia ilustrada, por términos sinónimos.¹⁷¹ Obviamente –entendida así la “libertad”– nadie podía obligar a otra “persona” a que se pusiera a disposición de su voluntad arbitraria.

De este modo, el hombre o el individuo, designado con el término de persona (*Person, juristische Person*) era una realidad que comenzaba y se agotaba en sí mismo. La disposición sobre su cuerpo y facultades físicas e intelectuales, la disposición de sus propiedades, no tenía racionalmente más fin posible que la satisfacción del arbitrio o capricho personal. El aseguramiento de los derechos que realizaba perentoriamente el Estado suponía a cada individuo perder una parte pequeña de su autodisposición para asegurar definitivamente, bajo la protección de las fuerzas reunidas de toda la sociedad, el ejercicio de su arbitrio. El hombre era, pues, un ser que radicalmente vivía para sí mismo, y la sociedad política suponía, en definitiva, la consagración reconocida y organizada de este egoísmo exigido por la Razón. Wenck denunciaba, en 1810, que usualmente se llamaba a la teoría

¹⁶⁸ Sie (se refiere a los iusnaturalistas) reden fast überall von Rechten, fast nirgend von Verbindlichkeiten. Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit*. Halle, 1816, pág. 76.

¹⁶⁹ «Sicherheit aller Menschenrechte, oder was dasselbe ist, möglichst grosse Freiheit bleibt immer das erste und eigentliche Zweck des Staats». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 271.

¹⁷⁰ Vid. *La Cabeza de Jano*, págs. 88-98.

¹⁷¹ Vid. *La Cabeza de Jano*, págs. 46-53.

jurídica dominante (aún entonces kantiana) “el sistema de un egoísmo inteligente, o juicioso”: *das System eines verständiges Egoismus*.¹⁷²

Lógicamente, las personas con una cierta sensibilidad para percibir las exigencias propiamente humanas rechazaron la razón mecánica que les ofrecía el racionalismo kantiano, merced al cual la sociedad –entendida exclusivamente desde un ángulo físico-mecánico– no era más que un equilibrio de fuerzas que tendía a hacer posible la máxima fuerza o libertad de cada persona. Fischer, siempre agudo, denunció pronto que en la doctrina jurídica kantiana no se contemplaba la libertad humana, sino que ésta era confundida con la fuerza física y que, en definitiva, toda la *Rechtslehre* kantiana se resolvía en un equilibrio de fuerzas o potencias individuales.¹⁷³ Cada fuerza o cada libertad, es decir, cada individuo, buscaba el mayor ámbito para sí, y todo el *Naturrecht* tradicional entonces no era más que la doctrina del compromiso mutuo de respeto de los arbitrios o potencias con el fin de que cada “persona” pudiera disfrutar del mayor perímetro o ámbito posible del despliegue de su arbitrio.

En este contexto, nos explica Scheibe, la conciencia no tenía lugar. La Ilustración, que sólo había considerado a la conciencia como el resultado de prejuicios, la rechazó en nombre de la Razón, de esta razón mecánica a la que aludo. Scheibe nos indica que la conciencia fue sustituida –de acuerdo con este esquema que he expuesto– por el *amour de soi*, por el antisocial y egoísta *amour propre*.¹⁷⁴ Los románticos, nos indica Freyer, rechazaron frontalmente la Ilustración y el Racionalismo, a causa de este egoísmo inhu-

¹⁷² *Lehrbuch der Encyclopädie*, cit., párrafo 115.

¹⁷³ «Nachdem hiermit die Aufgabe der naturrechtlichen Deduktion präcisirt ist, blicken wir auf den Kantischen Versuch zurück, um zu sehen, ob und wie weit er dieser Aufgabe Genüge geleistet? In der Freiheit oder dem puren Willen des Individuums, wovon Kant ausgeht, läge, wenn nicht ein höheres, den eigenen Willen innerlich beschränkendes und den fremden verpflichtendes, Gesetz darüber käme, nicht als Masslose Befugniss, welche sicherlich keine rechtliche Befugniss, und doch weniger ein Rechtsanspruch, sondern physische Gewalt wäre, indem sie selbst an sich alles inneren Maasses, gegenüber von andern dagegen alles verpflichtenden Grundes entbehrte. Die Concurrnz der übrigen individuellen Freiheiten, woraus sich nach und nach, sey in der Wirklichkeit, sey in der Maxime, ein faktisches Gleichgewicht bildete, wäre dagegen in Wahrheit nichts als das Hobbesche *bellum omnium contra omnes*, dessen Ausgleichung kein Recht, sondern physische Befugniss und äusserlichen Zwang gibt». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., págs. 41-42.

¹⁷⁴ Vid. *Die Krisis der Aufklärung. Studie zum Kampf der Sturm- und Drangbewegung gegen den Rationalismus der Aufklärung des 18. Jahrhunderts*, cit., pág. 26.

mano.¹⁷⁵ Lucharon contra la Ilustración, contra las teorías dominantes sobre el Derecho natural, contra todo, en definitiva, lo que llevase el nombre de Francia,¹⁷⁶ en la que se personificó la “razonada sinrazón” (*Versändnisslose Verstandesmäßigkeit*) a que había conducido el programa ilustrado.¹⁷⁷ En este contexto es fácil entender lo que Rickert nos indica, que la reacción antiilustrada no tuvo lugar por motivos intelectuales, sino que fue en la línea de *Pietismus* y del *Sturm und Drang*.¹⁷⁸ De hecho, explica Freyer, los románticos siempre echaron mano de ideales ético-religiosos.¹⁷⁹

1. El rechazo de la *Rechtslehre* existente.

Arnold von Linck explicaba que la reconducción de toda la Realidad al individuo que comenzó con Descartes posee un trasfondo racional-subjetivista, y que esta orientación individualista es el carácter propio de la Filosofía Moderna, que ya ha alcanzado a todas las ramas de la investigación y de la Ciencia, y que ha ejercido un influjo determinante.¹⁸⁰ Este individualismo se manifiesta en la teoría jurídica existente, denuncia Schnaubert, ya que el principio supremo del Derecho es el egoísmo,¹⁸¹ y todas las llamadas normas jurídicas no son más que preceptos de un “egoísmo racional”;¹⁸² de este modo, desaparecen de la Moral las obligaciones que cada cual tiene con sus semejantes. Por el contrario, el principio moral general ordena amar a los hombres, sacrificar los propios intereses por los de los demás; los mandamientos concretos del amor a los hombres se llaman “obligaciones morales”, y la realización externa de las obligaciones morales crea la Moralidad.

¹⁷⁵ Vid. *Die Bewertung der Wirtschaft im philosophischen Denken des 19. Jahrhunderts*. Leipzig, 1921, pág. 23.

¹⁷⁶ Vid. *Die Bewertung...*, cit., pág. 23.

¹⁷⁷ Cfr. Rickert, *Der Rechtsgedanke Kants...*, cit., pág. 137.

¹⁷⁸ Vid. *op. cit.*, pág. 136.

¹⁷⁹ Vid. *Die Bewertung...*, cit., pág. 49.

¹⁸⁰ «Diese Zurückzuführen aller Dingen auf das Individuum und sein Denken, die Descartes begonnen und Fichte auf die höchste Spitze getrieben, liegt der subjektivrationalistischen Richtung zu Grunde, die der Charakter der modernen Philosophie, auf alle Zweige des menschlichen Forschens und Wissen bis auf die neuesten Zeiten einen vorherrschenden Einfluss geübt». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 15.

¹⁸¹ «Das Rechtsprinzip degegen is begründet durch Egoismus». Cfr. *Lehrbuch...*, cit. parágrafo 21.

¹⁸² «... sondern nur Gebote eines vernünftiges Egoismus sind». Cfr. *Lehrbuch...*, cit. parágrafo 20.

Toda la Moral –concluye Schnaubert– ha de ser deducida desde el principio del amor al prójimo, y este principio está ya expresado claramente en la doctrina de Cristo.¹⁸³

Con la doctrina kantiana, escribe von Linck, desaparece el sentido para un fin elevado, y en su lugar se propone una limitación externa de la libertad de los hombres en la que cada cual aparece extraño y aislado respecto a los demás; en ella no importa la comunidad como tal, sino que más bien su esencia consiste en la protección de aquel aislamiento.¹⁸⁴ Sólo importa la seguridad jurídica, añade Murhard; esta exigencia que encontramos de constitución jurídica y de preocupación por el Derecho (*diesem Bedürfnisse nach Rechtsverfassung und Rechtspflege*) no posee en modo alguno un verdadero sentido jurídico, sino únicamente el sentimiento de que las posesiones y propiedades quedarán seguras si los demás pueden disfrutar de la misma libertad que yo, cuando cada cual respete lo que debe ser respetado por los demás. En pocas palabras, el puro interés, el egoísmo.¹⁸⁵

La mayor parte del siglo XIX se opuso a esta exigencia de simple coexistencia carente de cualquier sentido para la comunidad. Sirva el testimonio de Stahl, que escribía que «la vida de la comunidad humana, del pueblo,

¹⁸³ «Das allgemeine Moralprincip beruht auf dem Gebote: seine Mitmenschen zu lieben, also, wie es Charakter aller Liebe ist, aus inneren Antriebe wohlwollenden Gefühles für Andere zu handeln, sein Interesse dem Wohle Andere aufzuopfern. Die einzelne Gegote der Menschenliebe heissen moralische Pflichten, die äussere Erfüllung moralischer Pflichten erzeugt die moralischen Handlungen, beydes als eigener Zweig menschlichen Wissens betrachtet nennt man die Moral. Die ganze Moral wird sich aus dem Princip der Menschenliebe ableiten lassen; dieses Princip selbst ist schon in den Lehren Christi herrlich und klar ausgesprochen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 20.

¹⁸⁴ «Statt dass aber eine äussere Einschränkung der Menschen im Gebrauch ihrer Freyheit dieselben wirklich verbinde, was nur ein ihnen selbst immanenter Gemein-sinn für ein höheres Ziel vermag, bleiben sie in ihr sich fremd und isolirt gegenüber. Ja während der Standpunkt, von dem diese Philosophie ausging –jene Hypothese des Naturzustandes– sie in blos unmittelbarer Trennung erfasste, setzt sie der Eintritt in die bürgerliche Gesellschaft nach ihr erst ausdrücklich darinn. Denn nicht die Gemeinschaft als solche, sondern der Schutz jener Isolirung macht das Wesen der erzielten Vereines aus». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 48.

¹⁸⁵ «denn Rechtssicherheit war Hauptzweck, eines prodominium sublinie im Auge hatte. Diesem Bedürfnisse nach Rechtsverfassung und Rechtspflege lag aber keineswegs ein achter Sinn für Recht, d.i. freiwillige Gewährung und Leistung des Schuldigern, sondern nur die Betrachtung, das Gefühl zum Grunde, dass man den eigenen Besitzes und Eigenthums nur dann gesichert ist, wenn eine gleiche Sicherheit auch für die Anderen Statt hat, wenn man selbst achtet, was man von Andern geachtet sehen will, kurz das blosse Interesse, der Egoismus». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., págs. 125-126.

no es simple coexistencia, no es un simple estar-uno-junto-al-otro, de modo que cada cual persiga sus propios fines protegiéndose mutuamente. Al contrario, esta vida es la realización unitaria y común de un orden superior, del plan universal moral, y la libertad individual no es el campo exclusivo del Derecho, sino únicamente una parte de éste». ¹⁸⁶

Se comprende, a la vista de estos reproches, que Horn ya se hubiera planteado, en 1814, si el Derecho Natural –que ahora se llama Filosofía del Derecho– debe ser tolerado y enseñado. ¹⁸⁷

2. Algo más que una Ética vacía y negativa.

El autor que ha realizado la crítica más extensa y profunda a la Ética puramente formal, negativa y vacía propia de la Ilustración ¹⁸⁸ ha sido, sin duda alguna, Hegel. Pero las críticas de Hegel fueron precedidas, y acompañadas, por un coro de voces que se alzaron contra la Ética ilustrada. Una vez más, en solitario, fue Stavenhagen el primer autor que denunció la incapacidad de una ética simplemente negativa para garantizar la convivencia. ¹⁸⁹ Pero el ataque en todos los frentes, también a la teoría ética de la Modernidad, corrió a cargo de los idealistas.

El problema de fondo que subyace a este tema es el de la escasa eticidad –valga la redundancia– de la Ética kantiana. El efecto, a través del imperativo categórico lo más a que se puede aspirar es a lograr las condiciones generales que hacen posible el respeto a la libertad, a las “esferas de libertad” (*Freiheitssphären*), de los demás; pero en ningún momento tal imperativo categórico impone obligaciones positivas, de ayuda a los demás; de este

¹⁸⁶ «Das Leben der menschlichen Gesamtheit (des Volkes) ist in Wahrheit nicht bloss Coexistenz, nicht ein blosses Nebeneinanderbestehen der Menschen, in welchem sie ihre Zwecke als Einzelne verfolgen, sondern es ist gemeinsam einheitliche Erfüllung einer höheren Ordnung, des sittlichen Weltplan, und die Freiheit des einzelnen Menschen ist nicht das Rechtsgebiet, sondern nur ein Theil desselben». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*. Tübingen, 1878 (1830), II vol., pág. 213.

¹⁸⁷ «...und, da diese Untersuchungen einer besondern Wissenschaft, welche unter den Nahmen “Naturrecht” oder, wie man sie in den neuern Zeiten unsers Dafürhaltens besser benannt hat “Rechtsphilosophie” bekannt genügt ist, angehören; ob diese Wissenschaft geduldet und gelehrt werden dürfte?» Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 17.

¹⁸⁸ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 36-43.

¹⁸⁹ «Die negative Verbindlichkeiten aber konnte sie uns nicht erlassen, da hierdurch einzig der sittliche Bestand des Menschen im Verhältnis zu Nebenmenschen werden musste». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 8.

modo, el carácter negativo y formal de la Ética moderna se concreta, en el momento práctico y más general, en la política de “abstención”, *Enthaltung*. Es decir, es “justo” o virtuoso aquel que, por abstenerse de obrar, no molesta la libertad de los demás; la cima de la perfección moral consistiría –siendo consecuente con los primeros postulados de esta Ética– en el *leben und leben lassen*, en “el vivir y dejar vivir”.

Contra la Moral así entendida se levantó Fichte: «Queremos una vida moral: no solamente una vida que no sea inmoral, injusta o viciosa, sino un mundo verdaderamente moral, positivamente moral». ¹⁹⁰ Es bien conocido que, al filo de su doctrina moral, la libertad que propugnó la Modernidad era una libertad puramente negativa, esto es, un reclamar una abstención general de las conductas que puedan estorbar el despliegue de mi arbitrio; es, por así decir, una libertad frente, o contra los demás, que no tenía más concreción, negativa, que establecer la indeterminabilidad heterónoma de los arbitrios. Federico Julio Stahl explicaba, a propósito de este tema, que «el error fundamental en la doctrina de nuestro tiempo sobre la libertad, consiste en que se ha entendido a esta última como una simple posibilidad formal y vacía, sin contenido ni fin, sin una esencia moral determinada». ¹⁹¹

Arnold Möhl mantenía, del mismo modo que Stahl, que «el Derecho es un concepto ético que no puede ser separado de la Moral», ¹⁹² y los juristas romanos, al escribir que *Jus a iustitia appellatum est. Nam ius est ars boni et aequi...* comprendieron que el Derecho no se reduce a una condición formal de la concordancia de las libertades individuales, «sino que para ellos, el Derecho era más bien la misma ley moral en su aplicación a las relaciones sociales». ¹⁹³ El hombre, ciertamente, tiene libertad para actuar independien-

¹⁹⁰ «Ein sittliches Leben: nicht bloss ein nicht unsittliches, ungerechtes, lasterhaftes.–diese Neutralität wird von den Meisten mit der Sittlichkeit verwechselt– sondern ein wahrhaft, positiv-sittliches, die sittliche Welt». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 25.

¹⁹¹ «Der Grundirrtum in der Freiheitsforderung des Zeitalters liegt darin, dass man die Freiheit als die “leere Möglichkeit” auffasst ohne Inhalt und Zweck, ohne bestimmtes sittliches Wesen». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., vol. II, pág. 329.

¹⁹² «Recht is ein sittlicher Begriff, kann von der Moral nicht getrannt werden». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit. pág. 32.

¹⁹³ «Jus a justitia appellatum est. Nam jus est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet. Justitia namque colimus; et aequi et boni notitiam profitemur; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes; bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum exhortatione efficere cupientes; veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes. Schon aus diesen Worten erhellet, dass den Römer das Recht im allgemeinen nicht die formale Bedingung der Uebereinstimmung der Freiheit des einen mit der des andern was, sondern dass ihnen das Recht vielmehr das moralische Gesetz selbst war in seiner Anwendung auf die gesellschaftlichen Beziehungen». Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., págs. 63-64.

temente de sus apetitos, incluso contra ellos, determinándose al Bien; pero la libertad no puede ser la simple no-dependencia de la sensibilidad, como una facultad ilimitada para hacer lo que se desee. Ella es más bien la facultad para hacer lo que se debe hacer, para obedecer a las leyes morales, de modo que el principio moral (*das sittliche Prinzip*) triunfe sobre el principio de las pasiones, y el Derecho triunfe sobre la injusticia.¹⁹⁴

A comienzos de siglo comenzó a difundirse entre los críticos de la Modernidad la aspiración de una noción positiva de la libertad que, entendida muy esquemáticamente, fue afirmada como un “hacer lo que se debe hacer”. En este sentido, Gönner, p. e., explica que tienen una idea equivocada los que entienden –y son mayoría– que un derecho es algo de lo que uno se puede servir o no servir.¹⁹⁵ «El Derecho es, más bien, una línea que, entre los individuos, hace posible el acuerdo de la actuación del uno con el otro; y cada individuo tiene derecho a todo aquello que queda dentro de esa línea».¹⁹⁶

Ciertamente, ésta era una idea aún demasiado incompleta, rudimentaria, de lo que es la libertad. Se precisaba –y la época clamaba por ella– la “Filosofía del Derecho” hegeliana para que explicara cómo es la libertad entendida positivamente, y las insuficiencias de la “libertad” simplemente negativa. Estos primeros críticos del pensamiento moderno solamente pudieron explicitar, como hace Gönner, que «El Derecho es la forma del comportamiento necesario»,¹⁹⁷ sin que quedara clara la naturaleza y alcance de esta necesidad.

Así pues, el pensamiento romántico rechazó al ilustrado, denunciando en éste su falta de espíritu cristiano, su desinterés por los seres humanos, que son más que “personas” en el sentido que Kant y su Escuela dieron a

¹⁹⁴ «Der Mensch hat bloss Freiheit, um sich unabhängig von der Neigung, selbst wider die Neigung, zum Guten zu bestimmen. Die Freiheit ist nicht bloss das Nichtabhängigsein von der Sinnlichkeit, sie ist nicht die schranklose Befugnis zu thun, was man will, sie ist das Vermögen das zu thun, was man soll, sie ist das Vermögen, dem uns gegebenen moralischen Gesetze zu gehorchen, seine Gebote zu befolgen und im Widerstreit der sinnlichen Antriebe mit den sittlichen Anforderungen den Sieg der Moralität zu gewährleisten und die Souveranität des sittlichen Princip über das sinnliche Princip zu behaupten, den Triumph des Recht über das Unrecht zu sichern». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 45.

¹⁹⁵ «Irrig ist es, wenn man glaubt, ein Recht sey überhaupt etwas, dessen man sich bedienen kann, oder auch nicht». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 165.

¹⁹⁶ «Das Recht ist eine Linie –(in Bezug auf die Einzelnen)- die Uebereinstimmung des Wirkens eines mit dem Aller; zu allem dem, was inner der Linie liegt, hat das Individuum ein Recht». Cfr. *Der Staat...*, cit., pág. 165.

¹⁹⁷ «Das Recht ist die Form des nothwendigen Wirken». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 165.

este término. Ciertamente, algunos kantianos habían entendido, superficialmente, que la Moral kantiana, por propugnar el cumplimiento del deber por el deber mismo, frente a las inclinaciones y apetitos naturales, «había destruido el templo del egoísmo, de la sensualidad... y ella nos ofrece una doctrina pura sobre el deber, cuyo principio primero es independiente de toda experiencia, y cuyo concepto fundamental es el más estricto desinterés, la negación incondicionada de uno mismo», como escribía Schneider.¹⁹⁸ Pero la época no había entendido así la doctrina moderna y kantiana y, de hecho, más que el desinterés y la actuación por la idea del deber, los kantianos habían insistido en la “personalidad”, en el “ser-para-sí-mismo” de cada individuo. Este tema se presta, desde luego, a discusiones, pero lo que quedó claro, tal como expresaba Schnaubert, es que el principio cristiano y el principio kantiano, de la Moral y del Derecho no sólo son distintos, sino que están enfrentados. Ambos tienen en común que parten desde la exigencia del reconocimiento de la dignidad del hombre, pero están plenamente opuestos –escribe Schnaubert– porque los kantianos han entendido las obligaciones jurídicas como orientadas únicamente a la satisfacción de la propia Personalidad, y han olvidado las exigencias del amor a los hombres.¹⁹⁹

3. Desempolvar ideas viejas: el Bien común.

La sustitución de la “Personalidad” kantiana por ideas que anteponen el bien de la comunidad a los bienes de los individuos, implica, sin más, el reconocimiento de que existe un Bien –un Ideal, solían escribir los autores idealistas– que es común a todos los ciudadanos, y que nada tiene que ver, según Krause, con los intereses egoístas de los particulares.²⁰⁰ Este tema,

¹⁹⁸ «Mit weniger Schonung, als es wohl billig war, hat die kritische Philosophie dieses Gebäude, als den angeblichen Wohnsitz des Irrthums, als den Tempel des Egoismus, oder wohl gar der gröberer Sinnlichkeit, niedergerissen. Einige Anhänger dieser Philosophie sind dabei mir einer Art von Revolutionsmuth, wie sie sich in unsern Tagen gegen politische Systeme geäußert hat, zu Werke gegangen, und kein Stein ist auf dem andern geblieben». Cfr. *Versuch einer Entwicklung und Berichtigung der Grundbegriffe der philosophischen Rechtslehre*. Giessen und Darmstadt. 1801, pág. 12.

¹⁹⁹ «Diesen beyden Principen ist zwar gemeisam, dass sie auch der Anerkennung der menschliche Würde hervorgehen; sie sind sich aber darinnen völlig entgegengesetzt, dass bey moralischen Handlungen der Handdelnde seine Person und seinen Vortheil über dem Bewusstseyn fremder Würde –über dem Gefühle der Menschenliebe– vergisst; rechtliche Pflichten aber nun um Erhaltung der eigenen Persönlichkeit willen erfüllt werden». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 20.

²⁰⁰ Vid. *Grundlage des Naturrechts*, cit., págs. 77-79.

sin embargo, distó mucho de quedar claramente estudiado en la época que estamos examinando; yo entiendo que para ello hubiera sido necesario volver la vista a los autores de los siglos XIII-XVII que escribieron acerca del *bonum commune*, y esto no se hizo. Por lo general, y en lo tocante a este tema, estos primeros críticos de la Modernidad no traspasaron el plano de exigir genéricamente, pero sin la doctrina jurídico-política adecuada, la superación del individualismo moderno y kantiano.

Es preciso comprender que este tema era muy complejo en este momento; un buen sector del iusnaturalismo había seguido una orientación eudemonista, a la que Kant se opuso expresamente. Como la polémica estaba entablada entre liberalismo y eudemonismo, este hecho establecía un marco intelectual que la época no pudo romper, y se produjo, una vez más, otro chantaje típico cuando falta la visión histórica: o se era liberal, o se seguían las teorías eudemonistas. En el primer caso, la simpatía por el liberalismo implicaba mantener la doctrina de los Derechos del Hombre, implicaba aceptar toda la teoría acerca del “estado de naturaleza” y del “contrato social”, etc., y, sobre todo, implicaba simpatizar con la Revolución francesa, situarse en la oposición a las Monarquías. A su vez, como el eudemonismo había sido la doctrina a la que había recurrido el Despotismo monárquico para hacer felices –a la fuerza– a sus súbditos, hablar de un bien distinto al del interés individual suponía hundirse en las simas negras del tradicionalismo, del pensamiento reaccionario, situarse como enemigo de todo progreso civil y político.

Ya hemos estudiado el tema de los fines que se atribuyeron al Derecho. La práctica totalidad de la incipiente Edad Contemporánea que había superado a la Modernidad, escribió extensamente sobre este tema, pero siempre en términos muy generales, escasamente operativos en la práctica jurídica y política. El primer autor que se plantea este tema expresa y claramente es Friedrich Murhard. Él se pregunta que «dado que existen ciertos fines positivos, que, sin embargo, son necesarios, que no pueden ser realizados por las personas privadas porque trascienden el simple arbitrio: ¿por qué no pueden ellas unirse para alcanzar racionalmente estos fines? Si los puede realizar una sociedad pequeña, una ciudad, una provincia, ¿Por qué no puede hacerlo también el pueblo entero en cuanto Estado?». ²⁰¹ No se trata –explica Murhard– de volver a creer en el malentendido de sustituir

²⁰¹ «Dass gewisse positive Zwecke, die doch nothwendige Zweck sind, von Privatpersonen nicht erfüllt würden, wenn man deren Beförderung der Willkühr überliesse: warum sollen sie nicht vernünftigerweise zu diesen Zwecke vereinigen? Kann aber dieses eine kleine Gesellschaft thun, eine Stadt, eine Provinz, warum nicht auch das ganze Volk als Staat?» Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. XVII.

“común o general” por el de *jederman*, “el de cada uno”. No se trata de hacer, o de forzar, la felicidad o el bien de cada uno, sino la felicidad común, el Bien público. ²⁰²

4. El problema de la igualdad.

La Modernidad jurídica partió siempre del postulado de la estricta igualdad de los hombres en el *status naturae*. Todos son igualmente libres porque son igualmente independientes y, en consecuencia, todos concurren en igualdad de derechos a la conclusión del contrato social. Sabemos que, mediante la constitución de la sociedad política, los individuos pretenden convertir su igual libertad, y propiedades provisorias, en igualdad y libertades perentorias, es decir, pasar desde una situación de “derecho privado” a otra de “derecho público”, según la terminología kantiana. En el manierismo racionalista, la igualdad quedó destacada incluso en la misma terminología usada ya que, en el siglo XVIII, los hombres dejaron de ser llamados *Menschen* y pasaron a ser designados como “esencias racionales” *vernünftige Wesen*.

El pensamiento moderno fue perdiendo de vista paulatinamente a los “hombres” reales, tales como son, con sus peculiaridades y diferencias, con sus pasiones y apetitos, y en su lugar situó una representación imaginaria que eran unas “esferas de libertad”, *Freiheitssphären*, o esencias (*Wesen*) que se caracterizan por su voluntad indeterminable heterónomamente, que fueron llamadas *personas*. El hombre concreto –en el sentido que, por ejemplo, Hegel daba a este término– desapareció del horizonte universitario y quedó sustituido por unas “esencias racionales” sin pasado ni historia y, sobre todo, sin circunstancias. La ausencia de historia y, especialmente, de circunstancias, volvió fácil la tarea de postular una absoluta igualdad entre estas “esencias”. El problema que surgía, con el tema así planteado, es que esta inteligencia de los “hombres” no tenía nada que ver con la Realidad; pero éste es otro tema, que se inserta en el problema de la viabilidad de las utopías y del pensamiento constructivista.

Carlos Gottlob Rössig fue el primer autor –en la medida en que conozco la Edad Moderna– que denunció la falta de contacto de esta tesis con

²⁰² «Alle Beschuldigungen gegen das Princip, dass allgemeine Glückseligkeit Zweck des Staats seyn müsse, scheinen, bei nähere Prüfung, bloss auf einem Missverständnis zu beruhen, nämlich dem, dass die Gegner dem Begriffe “allgemein” die Bedeutung von “Jedermann” unterscheiden, und darunter die ganze individuelle Glückseligkeit eines jeden Menschen verstehen». Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. XXVIII.

la Realidad. Según Rössig «dista muchísimo de la verdad afirmar que en el *status naturae* todos los hombres poseen las mismas fuerzas, iguales facultades del alma, siendo así que, más bien, lo que salta a la vista es la desigualdad».²⁰³

En efecto, los hombres somos desiguales en fuerzas físicas e intelectuales, en capacidades de todo tipo, en la cantidad de los bienes que poseemos. Dada esta desigualdad, ¿tiene sentido situar a la igualdad en el fundamento mismo de la doctrina jurídica? Porque aquí se produce un apartamiento importante de la doctrina respecto de la vida y la experiencia, y se puede entender que la Filosofía del Derecho está construida de espaldas a la realidad y que, por este hecho, será escasamente útil para normar a esta misma realidad que se empeña en desconocer.

La Modernidad jurídica no se planteó este tema de la discordancia de los postulados filosóficos con la realidad humana y social. El único autor que he encontrado que alude a él es J.G. Rätzel, quien escribía que la desigualdad de los dones intelectuales, de los talentos, de las fuerzas, y de los bienes de fortuna no produce la más mínima ruptura con la "igualdad del Derecho" (*Gleichheit des Rechts*), ya que ésta no se refiere a la cantidad ni a la cualidad de la propiedad, sino a la adquisición, posesión y uso jurídico de ésta.²⁰⁴ Por este motivo «no se produce ninguna injusticia contra los pobres y débiles –escribe Rätzel– porque los ricos posean y usen grandes propiedades, porque también los pobres tienen un derecho igual a la posesión y uso de su pequeña propiedad».²⁰⁵

Eta manifiesta hipocresía condujo –en una reacción adecuada– a la formación de una mentalidad que Fichte nos explica, ya en 1813, que estaba

²⁰³ «Abstineamus VII) etiam ab illo Jurisprudentialis naturalis abusu qui in primis nostra aetate frequentissimum est: quod multi aequalitatem naturalem student inferre in universum in civitatem. Quod enim dicitur natura omnes esse aequales, id in ipso statu naturali tantum valet de iuribus ad sui ipsius conservationem spectantibus absolutam, et ad ea, que imperio hominis subiecti natura sua haud possunt. At longissime a veritate abest, qui affirmat, aequalitatem in statu naturali in omnibus locum habere, etenim in corporis viribus, in facultatibus animi, in rebus labore et opera partis multum intercedit inaequalitatis». Cfr. *De cautione...*, cit., parágrafo 8.

²⁰⁴ «Durch die Ungleichheit des Geistesgaben, der Talente, der Macht und der Glückgüter geschieht der Gleichheit des Rechts nicht der mindeste Abbruch. Denn diese bezieht sich weder auf die Quantität noch auf die Qualität des Eigenthums, sondern auf den rechtlichen Besitz, Erwerb und Gebrauch desselben». Cfr. *Das Vernunftrecht im Gewande des Staatsrecht*. Leipzig, 1823, pág. 10.

²⁰⁵ «Durch das Recht auf den Besitz und Gebrauch eines grössern Eigenthums des rechtlich Begünstigten geschieht aber auch dem Armen und Schwachen kein Unrecht, weil dieser auf den Besitz und Gebrauch seines geringeren Eigenthums mit jenem ein gleiches Recht hat». Cfr. *Das Vernunftrecht...*, cit., págs. 11-12.

muy extendida incluso en las Universidades. Según esta forma de entender la sociedad, el Estado sería una organización de los propietarios, y el poder del Estado el servidor de estos propietarios, que deben pagar por este servicio. Los dueños de la propiedad inmobiliaria son los fundadores originarios del Estado, los verdaderos ciudadanos. En el celo por la libertad, esto es, por la falta de ley en la adquisición de la propiedad, se esconde la realidad de que la Iglesia, escuelas, corporaciones y gremios y, especialmente todo lo que no se refiere a la legislación civil, no son instituciones estatales (*Staatsanstalten*) sino solamente organizaciones de personas privadas... de modo que el Estado desaparecería si no hubiera más ladrones.²⁰⁶ De esto se deduce lo siguiente: 1) la Humanidad se divide en dos grandes ramas: los propietarios y los no-propietarios. Los primeros no constituyen el Estado –ellos existen antes que el Estado– sino que ellos sostienen al Estado como un dueño mantiene a sus criados. Quien se puede pagar un criado, ése no sirve o no presta sus servicios; por este hecho, el Estado (institución al servicio de los propietarios) está compuesto por los que no son propietarios. Quien tiene su propio patrimonio no sirve: el servidor trabaja porque él no tiene nada, y trabaja por una soldada. 2) Por esta razón, el Estado es para los propietarios un mal necesario, porque le cuesta dinero, y los propietarios intentan que todo lo malo sea tan pequeño como posible.²⁰⁷

²⁰⁶ «Der Staat ein Antsalt der Eigenthümer... Die Staatsgewalt der Diener dieser Eigenthümer, der von ihnen diese Dienste bezahlt wird. Dieser Ansicht des Staates ist sogar in der Schulen der Weisheit ziemlich allgemein. Sie zeigt sich in Lehren wie die: dass eigentlich die Grundeigenthümer die ursprünglichen Bürger und Stifter des Staatsverein seyen, und die nachher Hinzukommenden sich müssten gefallen lassen, was diese für Rechte ihnen abtreten wollen; in dem Eifer für die Freiheit, das ist, Gesetzlosigkeit der Erwerbs, der Behauptung: dass Kirche, Schule, Handelsgilden und Innungen, und überhaupt so ziemlich Alles, was sich nicht auf die bürgerliche Gesetzgebung bezieht, nicht Staatsanstalten, sondern nur Anstalten von Privatpersonen seyen, nicht dem Staate bloss angezeigt werden müssten für seine Schutzschuldigkeit; dass der Staat gänzlich wegfallen würde, wenn es nur keine Räuber mehr gäbe». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 40.

²⁰⁷ «Hieraus folgt nun im Allgemeinen:

1) Die Menschheit zerfällt in zwei Grundstämme: die Eigenthümer, und die nicht Eigenthümer. Die ersteren sind nicht der Staat, –sie sind ja als solche vor allem Staate, und ohne seine Kundnehmung, wie sie es sind– sondern sie halten den Staat, wie ein Herr sich einen Bedienten hält, und der letztere ist in der Taht ihr Diener. Wer nun einen Diener bezahlen kann, der dient nicht: mithin kommen auf die Mitglieder der Staatsgewalt nur die Nichteigenthümer. Wer eigenes Vermögen hat, dient nicht: der Diener dient, weil er Nichts hat, um seinen Sold-der Soldat.

2) Der Staat ist (para el propietario) ein nothwendiges Uebel, weil er Geld kostet, man muss aber jedes Uebel so klein machen als möglich». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 40.

Como toda guerra destruye las propiedades, la paz es la primera obligación cívica. La duración de la guerra asola la propiedad, el bien supremo del hombre junto con la vida, y amenaza, incluso, a la vida y a la salud, que son los bienes supremos; es preciso, por tanto, acortar la guerra por todos los medios posibles.²⁰⁸ Los prejuicios de los tiempos bárbaros, como los del origen divino de los reyes, la santidad de los juramentos, el honor nacional, no representan nada para quien tiene claras estas reglas sencillas: la vida es lo primero, la propiedad lo segundo y el Estado lo tercero. En el caso de perder una guerra, los propietarios no han perdido nada, ya que han de pagar al nuevo señor como pagaban al antiguo; incluso el gobernante que ha perdido (la guerra) tampoco ha perdido nada si el vencedor asegura efectivamente la propiedad de los vencidos, no permite que sus soldados roben o abusen de su poder, si permite el libre comercio y no introduce barreras aduaneras.²⁰⁹

Los integrantes de las escuelas idealistas, en plena oposición a Kant y a los kantianos, se preocuparon, en cambio, del tema de la repartición de la propiedad. Jakob Fries explicaba, en este sentido, que «la propiedad debe ser repartida en la sociedad según el principio de igualdad»,²¹⁰ y él exigía que, en la conclusión del contrato social, cada uno recibiera una cierta esfera de propiedad para el uso de su libertad, a fin de que cada uno pudiera satisfacer sus necesidades más perentorias y sus obligaciones cívicas, y le quedara libertad, fuerza, tiempo y espacio para proponerse otros fines que desbordaran la satisfacción de las necesidades más elementales.²¹¹

²⁰⁸ «...denn aller Kampf verheert das Eigenthum. Während desselben ist Ruhe die erste Bürgerpflicht.- Bürger heisst Eigenthümer und Gewerbetreibende, im Gegensatze des Söldners... Die Fortdauer des Kampfs verheert das Eigenthum, das höchste Gut des Menschen nächts dem Leben, und bedrohet selbst Leben und Gesundheit, die allerhöchsten Güter. Man muss dieselbe darum durch jedes Mittel abzukürzen suchen». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 44.

²⁰⁹ «Vorurtheile aus barbarischen Zeiten, von göttlicher Einsetzung der Könige, Heiligkeit des Eides, Nationalehre, sind nichts für den, die klar geworden ist über die so einfachjnen Sätze: dass das leben das Erste, die Güter das Zweite, und der Staat erst das Dritte... Die Eigenthümer haben Nichts verloren, wenn sie dem neuern Herrn zahlen, was dem alten, und nun für's Uebrige sicher sind; darauf allein kommt es ja an. Selbst der besiegte Herrscher hat nichts verloren... so-wenn der Sieger das Eigenthum des Unbewaffneten wirklich sichert, nicht seinen Söldnern Raub und Gewaltthätigkeit erlaubt; wenn er das ganze Gewerbe wirklich frei lässt, und nicht etwa eine Handelsperre einführt». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 45.

²¹⁰ «Das Eigenthum soll nach dem Grundgesetz der Gleichheit in der Gesellschaft vertheilt werden». Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., pág. 49.

²¹¹ «Der Vertrag muss so geschlossen werden, dass jeder eine solche Sphäre für den Gebrauch seiner Freiheit als Eigenthum erhalte, in welcher nach Befriedigung seiner Nothdurft, und seiner Bürgerpflicht, ihm noch Freiheit (d.i.) Kraft und Zeit

Fichte entendía que el agricultor tiene derecho a la propiedad de la tierra que trabaja, y el título de tal propiedad es precisamente su trabajo sobre ella; no existe otro posible título de propiedad sobre la tierra y, en consecuencia, no cabe la propiedad del tipo de la de los terratenientes o nobiliaria: *Es gibt also kein Grund-Eigenthum*.²¹² Sólo el Estado posee la propiedad sobre la tierra.²¹³ La razón de esta tesis es que el suelo es el sostén común de la Humanidad en el mundo externo (*in der Sinnenwelt*), la condición de su existencia en el espacio y, por esto, la condición de su entera existencia corporal. La tierra, si la consideramos como un todo, no puede ser objeto de una propiedad, pues ella no puede ser sometida al posible fin excluyente de un solo hombre; excluir a todos los demás hombres del uso de una cosa es antijurídico. En consecuencia, el derecho del agricultor a un solar es o contiene solamente el derecho de cultivar determinados productos. Los campos deben ser repartidos entre los particulares bajo la garantía del Estado.²¹⁴

und Raum und Recht, für frei sich aufzugebende Zwecke übrig bleibe». Cfr. *Rechtslehre*. Vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812. Hamburg, 1980, pág. 46.

²¹² «Satz: das Recht des Ackerbauers an Grund und Boden ist das auf demselben zu erbauen: diesem deklarierten, und ihm zugestandene Zweck seiner Arbeit den Acker zu unterwerfen. Ein anderer Recht des Einzelnen an Grund und Boden giebt es nicht. Es giebt also kein Grund-Eigenthum». Cfr. *Rechtslehre*, cit., pág. 58.

²¹³ «Der Staat allein hat das Recht des Grundeigenthums». Cfr. *op. cit.*, pág. 60.

²¹⁴ «Negativer Beweis. Der Boden ist die gemeinschaftliche Stütze der Menschheit in der Sinnenwelt, die Bedingung ihres Bestehens im Raum, sonach ihrer ganzen sinnlichen Existenz. Die Erde, insbesondere als Masse betrachtet, ist gar kein möglicher Gegenstand eines Besitzes; denn sie kann, als Substanz, keinen möglichen ausschliessenden Zwecke eines Menschen unterwerfen werden; von dem Gebrauche eines Dingen aber aller übrigen auszuschliessen, ohne selbst einen Gebrauch desselben angeben zu können, ist nach dem obigen widerrechtlich. Also das Recht des Landbauers auf ein bestimmtes Stück Grund und Boden ist lediglich das Recht, darauf Produkte zu erbauen...». Cfr. *op. cit.*, págs. 60-61.

E. EXCESO DE TEORÍA.

Scheibe nos informa que en la segunda mitad del siglo XVIII se percibió en Alemania una decadencia de toda la cultura; él puede emitir este juicio a la vista de los escritos, numerosos, que denuncian la miseria en todos los sentidos; lógicamente, el ambiente reaccionó contra aquellos que habían llevado a esta situación.²¹⁵ En el terreno más estricto de la ciencia jurídica, Rössig escribía que el *Naturrecht*, en 1798, había degenerado en sutilezas inútiles.²¹⁶ Hubo una vivencia inmediata, nos explica Scheibe, de la miseria general, social, económica y cultural; de ahí el tono fuertemente polémico de la reacción antimoderna.²¹⁷ La filosofía crítica supuso un soplo de aire fresco en el terreno de la filosofía jurídica, excesivamente empantanada en la polémica eudemonismo-liberalismo, que ya entonces tenía casi un siglo de antigüedad. Pero esta filosofía, en el terreno jurídico, tampoco aportó nada substancialmente nuevo; se limitó, como mostré en *La Cabeza de Jano*, a prolongar la vida del *ius naturale* moribundo gracias a la brillantez y precisión de la filosofía kantiana.

1. El rechazo de Kant, rechazo del *Naturrecht*.

Anton Justus Friedrich Thibaut nos informa que los discípulos de

²¹⁵ Vid. *Die Krisis der Aufklärung...*, cit., pág. 28.

²¹⁶ «Nulla unquam aetate magis necessaria fuit cautio in Iure naturae tractando, quam nostra, quae licet de ingenii et doctrinae cultu et de subtilitate in iudicando gloriatur, tamen saepius erubesceret, si veritatis iudicium strenuum subiret. Comparari sane cum illa Pliniana potest aetate in arte veteri, quae artifices in elaborandis capillis et unguibus aliisque minutiis omnem operam impedentes, rationes totius super his minutiis negligere paulatim coeperunt». Cfr. *De cautione...*, cit., párrafo 1.

²¹⁷ Vid. *Die Krisis der Aufklärung...*, cit., pág. 5.

Kant, en poco tiempo, se habían adueñado de todas las facetas de la ciencia, de modo que, como Garve escribía –explica Thibaut– la forma de la filosofía crítica, ya que no siempre su espíritu, acuñaba los escritos alemanes de cualquier tipo. La Lógica, la Filosofía práctica, la Moral, el Derecho natural, la Teología positiva y la Jurisprudencia, las Matemáticas, la Física, la Química, la Pedagogía, la Ciencia del Estado, la Gramática, la Catequética, «todo esto es criticado según los principios kantianos, y es fundamentado a través de estos mismos principios».²¹⁸

La filosofía kantiana secuestró, durante treinta años, toda la cultura de lengua alemana. Por este motivo la crisis de la filosofía crítica representó algo más que la desaparición momentánea de un determinado sistema filosófico: entró en crisis toda la cultura centroeuropea. En este sentido, el mismo Thibaut indicaba que «la filosofía crítica tiene muchos enemigos cuyo número crece de día en día, en silencio, de modo que la afición por las investigaciones filosóficas se enfría cada vez más en las mejores cabezas».²¹⁹ Se produjo, pues, una aversión a Kant y, con él, a cualquier forma de filosofar. Por esto, Thibaut escribía que «se ha llamado la atención con frecuencia sobre este estado enojoso de la filosofía crítica –si impropia- mente entendemos bajo este nombre lo que los discípulos de Kant han escrito– y sobre ella han recaído burlas y desprecios. Sería magnífico que estas ganas de ridiculizar y satirizar fueran empleadas en hacer a los filósofos más sabios, más prudentes, más modestos... de forma que el fallo en la forma de proceder no se confundiera con la inviabilidad de la ciencia misma».²²⁰ La consecuencia inmediata de este hecho fue que los juristas

²¹⁸ «Die Anhänger dieser Philosophie... in dem kurzen Zeitraum einiger Jahre das ganze Gebiet ihrer Wissenschaft bebauten, und, wie Garve sagt, die Form der kritischen Philosophie, wenn auch nicht ihren Geist, den deutschen Schriften jeder Art ausdrückten. Die Logik, die allgemeine praktische Philosophie, die Moral, das Naturrecht, kurz! alle Wissenschaften... Die positive Theologie und Jurisprudenz, die Mathematik, die Physik, die Chemie, die Pädagogik, die Staatswissenschaften, die Grammatik, die Katechetik–alles ist nach kantischen Grundsätzen kritisiert, und durch kritische Principien gegründet». Cfr. *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, en «Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts». Jena, 1817, pág. 125.

²¹⁹ «Wenn dir kritische Philosophie so viele Gegner hat, deren Zahl immer mehr, wiewohl im Stillen, zu wachsen... wenn überhaupt die Neigung zu philosophischen Untersuchungen immer mehr selbst unter de besseren Köpfen erkaltet». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 126.

²²⁰ «Schon oft genug ist dieser ärgerliche Zustand der kritische Philosophie –wenn man uneigentlich alles mit diesem Name belegen will, was von den Anhänger Kants gedacht und geschrieben wird– bemerklich gemacht, belacht und bespöttelt worden. Vortrefflich wäre es, wenn diese lachende und satyrische Laune benutzt

que cultivaban partes prácticas del Derecho –Thibaut los llamaba *positive Rechtsgelehrte*– mostraban, ya en 1817, una profunda indiferencia hacia la Filosofía, «una indolencia, escribía Thibaut, que se extiende a la parte inmutable de la Filosofía, a la Lógica, y a lo que es inmutable para ellos, el *Naturrecht*».²²¹

Se produjo, pues, una situación delicada. Con la filosofía kantiana cayó la ciencia de la Modernidad, edificada en sus últimos decenios, sobre este sistema filosófico, y con el *Naturrecht* kantiano desapareció una Filosofía del Derecho compartida en Europa. «Que la ciencia del Derecho natural se encuentra sumida en una crisis desde hace un decenio –escribía Warnkönig– lo saben ampliamente todos los que se ocupan con ella, y los sistemas que se han construido sobre la base de la filosofía kantiana han perdido su antiguo prestigio».²²²

2. La esterilidad de la ocupación filosófica.

La dedicación a cuestiones puramente eruditas, intelectuales, que poco o nada tenían que ver inmediatamente con las exigencias de la práctica, ese perderse en discusiones academicistas a que aludía Rössig, determinó, como ya vimos, un hastío, o una indiferencia en el mejor de los casos, por la ocupación filosófica del Derecho. Esta razón hizo que en 1820 volviera a estar de moda, en el campo de la Jurisprudencia, la ocupación histórica, y que “las mejores cabezas” –según la expresión de Thibaut– no se preocupen por la Filosofía.²²³

würde, die Philosophen weiser, vorsichtiger, beschneider zu machen... wenn man nicht die Fehler des Gebrauchs künstlich zum Fehler der Sache zu machen bemüht wäre». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 126.

²²¹ «...diese und mehrere andern Umstände scheinen den positiven Rechtsgelehrten immer mehr eine gewisse tiefe Gleichgültigkeit gegen philosophische Untersuchungen einzuflossen, eine Indolenz, welche sich selbst auf den unwandelbaren Theil der Philosophie, die Logik und den, freilich minden gewissen, aber dem Juristen völlig unentbehrlichen Theil derselben, das Naturrecht, erstreckt». *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 131.

²²² «Dass die Wissenschaft des Naturrechts seit einem Jahrzehent im Zustande einer Krisis sich befindet, werden alle, die sich mit derselben beschäftigen, schon längst wissen. Die auf der Basis der Kantischen Philosophie aufgebauten Systeme derselben haben das alte Ansehen verloren; der durch jene Philosophie dem Naturrechte vorgezeichnete Kreis ist durchlaufen». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., Vorrede, pág. IV.

²²³ Escribía este autor que «In der That! es ist kaum zu begreifen, wie man in Ernst die Alleinherrschaft der Geschichte vertheidigen, die Philosophie mit kalter

El “Derecho natural” centroeuropeo, según nos indica Warnkönig, tuvo un carácter excesivamente abstracto, a diferencia del de otras naciones.²²⁴ Efectivamente, una ojeada a los libros de los autores más conocidos del *ius naturale et gentium* del siglo XVIII nos muestra que estos tratados eran ante todo unas monografías sobre los fundamentos de la actuación práctica, por lo que se resolvían, en definitiva, bien en teoría de la Ética, bien en metaética. Las obras de Koehler, Darjes, Nettelbladt, Ickstatt, Achenwall o Kant estaban hechas de espaldas a la ciencia del Derecho, a la que no prestaron una ayuda inmediata. Aunque esta tesis debe ser matizada.

La orientación fundamental del Derecho privado en el siglo XIX, estrictamente individualista,²²⁵ así como los puntos de partida del Derecho público y de la teoría política dominante en la segunda mitad del siglo XX, constituyen una herencia del iusnaturalismo moderno. Por esta razón, sería equivocado hablar de falta de eficacia para referirnos a la Modernidad; más bien habría que hablar de influjo decisivo. Pero, dando por supuesta la mentalidad individualista y constructivista que es típica de los siglos XVII y XVIII, de la que se nutrió al *ius naturale* y a la que, a su vez, este mismo saber ayudó a afianzarse y a conocerse a sí misma, lo cierto es que el “Derecho natural” se desentendió de la Ciencia jurídica.

Tripp nos informa que la lucha contra el *Naturrecht* no surgió del *naturwissenschaftliche Positivismus*, sino del desolado aspecto de la Jurisprudencia alemana de la época.²²⁶ En efecto, el Humanismo jurídico del siglo XVI había servido únicamente para que se cuidaran en mayor medida las fuentes romanas, que fueron depuradas mediante análisis históricos y filológicos, por lo que la Jurisprudencia posterior, incluido el siglo XIX, dispuso de unas fuentes más fiables y de un latín de mayor calidad. Pero el conjunto de la Ciencia del Derecho era un caos. Por una parte, el jurista se encontraba con la legislación ordinaria, el *positives Recht*, que no era estudiado ni trabajado fuera de la universidad de Tübingen; y, de otro lado, en la Universidad sólo se enseñaba “Derecho natural” y Derecho romano; este

Gleichgültigkeit aus dem Gebiet der positiven Gesetze stossen kann». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 144.

²²⁴ «(En Francia) die Rechtsphilosophie hat durchaus einen politischen Charakter. Das rein wissenschaftliche Interesse, wie man es in Deutschland findet, ist dort nur selten vorherrschend». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 170.

²²⁵ Vid. el estudio de Hans Kieffner, “Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert”, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*. Ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, págs. 3-26.

²²⁶ Vid. *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*. Berlin, 1983, pág. 168.

último funcionaba también como Derecho *positivo*. En este contexto, ¿cómo organizar y poner los fundamentos de la organización social y política que requería la nueva forma de la convivencia política que se estaba creando, a saber, el Estado? A esta cuestión no contestaban ni el Derecho romano usual ni los tratados de *Naturrecht* que se enseñaban en las Universidades.

En este contexto humano y político, era evidente que se había abusado de la investigación puramente teórica y abstracta, mal llamada “filosófica”, sobre el Derecho. Jakob nos indicaba, a este respecto, que aquellos que se ocupaban con la Filosofía se encontraban en desacuerdo sobre los principios mismos del conocimiento, que las teorías filosóficas eran infecundas e inútiles en la vida práctica. «¿Para qué ha de perder el tiempo el teórico del Estado –se preguntaba Jakob– para descubrir finalmente que sólo se ha ocupado con quimeras?».²²⁷

El carácter excesivamente abstracto del *Naturrecht* perjudicó mucho a la causa de la Filosofía del Derecho. Christian Westermann nos indica que uno de los motivos que desencadenó el “positivismo” jurídico fue la tendencia continua en estos autores a remontarse hasta los fundamentos últimos de la actuación humana; un jurista educado en la Universidad de la mano de Achenwall, por ejemplo, o de cualquier filósofo del Derecho kantiano, comprobaba que los hábitos mentales que había adquirido en sus estudios no sólo no le servían de nada, sino que su afán por reconducir cada problema a los principios filosóficos últimos abría la puerta de par en par a todo tipo de arbitrariedades y errores.

De este modo, la Ciencia jurídica, desasistida de la Universidad –que sólo proporcionaba conocimientos romanísticos o abstrusas explicaciones sobre los fundamentos de la eticidad– no estaba apenas elaborada a finales de la Edad Moderna. Rudhart alude, por esta razón, al complejo de inferioridad que sufría el jurista en el ámbito académico, y cómo los teólogos y los médicos despreciaban a la Jurisprudencia.²²⁸ G.E. August Mehmel entendía que buena parte de la culpa de esta situación la tenía el adjetivo “natural” adjuntado a la palabra *Derecho*, porque «este añadido de *Natur* ha extra-

²²⁷ «Allein es findet sich, dass diejenigen, welche mit dem Studio der Philosophie hauptsächlich beschäftigen, über die Principien der Erkenntniss in steter Uneinigkeit sind... dass vieles, worauf die sogenannten Philosophen gerade den höchsten Werth setzen, im Leben und fürs Praktische ganz unbrauchbar und unnütz erscheint. Wozu also soll der Staatsgelehrte seine Zeit mit dem Studio der Philosophie erdienen, da er am Ende entdecken muss, dass er sich mit nichts als Chimären beschäftigt hat?». Cfr. *Einleitung in das Studium der Staatswissenschaften*. Halle, 1819, parágrafo 147.

²²⁸ Vid. su *Encyclopädie...*, cit., párrafos 98-99.

viado las investigaciones de muchos sobre la verdadera tarea de la ciencia y ha conducido, en cambio, a una locura de la reflexión».²²⁹

3. El apartamiento de la "praxis".

Seidensticker, el primer autor conocido que comenzó la polémica abierta contra el tono abstracto filosófico de los tratados jurídicos universitarios, establecía programáticamente, ya en 1797, que «El fundamento supremo y correcto de la Jurisprudencia es que ésta se refiere a lo práctico. Nada es tan cierto como la frase: La Jurisprudencia es una ciencia práctica».²³⁰ Unos años más tarde, este mismo autor indicaba que «los fundamentos del *Naturrecht* son tan inseguros, y tan distintos unos de otros, que es imposible que sean sólidos los edificios que se construyen sobre ellos».²³¹ En su opinión, la enorme cantidad de libros que estaban apareciendo constituían sólo una inútil consumición de papel, *eine unnütze Papier-Consumtion*.²³²

La investigación del Derecho se encontraba en manos de los universitarios, indica el mismo Seidensticker, y la literatura jurídica presenta la peculiaridad de que no guarda conexión con la Jurisprudencia, siendo así que su finalidad suprema debería ser la de exponer los derechos en su pureza positiva.²³³ Jakob añadía que «para una ocupación filosófica con las ciencias del Estado no es necesario que el jurista se engolfe en todas las explicaciones abstrusas de los filósofos de profesión. Él puede dejar de lado las polémicas y utilizar solamente aquellos resultados que concuerdan con

²²⁹ «...ein Ausdruck welcher durch den Zusatz der Natur die Forschungen Vieler über die wahre Aufgabe der Wissenschaft selbst irregeleitet und ihre Fortschritte durch unbemerkte Verrückung der Reflexion offenbar aufgehoben hat». Cfr. *Die reine Rechtslehre*. Erlangen, 1815, Vorrede, pág. X.

²³⁰ «Der höchste und zugleich richtigste Standpunct ist unstreitig der, wenn man in der Jurisprudenz alles auf das Practische beziehet. Nichts ist so wahr, als der Satz: Die Jurisprudenz sey eine practische Wissenschaft». Cfr. *Geist der juristischen Literatur von dem Jahre 1796*. Göttingen, 1797, pág. 11.

²³¹ «Sind die Fundamente des Naturrechts so unsicher und so sehr von einander abweichend, so können die Gebäude, die darauf errichten werden, unmöglich fest». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 183.

²³² *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 191.

²³³ «Die juristische Literatur, ihrer modernen, allerdings merkwürdige Tendenz nach, hat die Eigenheit, dass sie mit der Jurisprudenz nicht viel Gemeinschaft hat. Ihr vorzüglichstes Geschäft sollte billig seyn, die Rechte in ihrer positiven Reinheit und Lauterkeit darzustellen». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 250.

la sana razón. Debe atenerse a aquellos principios filosóficos que han tenido éxito durante muchos años y que se han acreditado en la práctica».²³⁴

La ocupación con temas puramente academicistas, librescos, provocó la situación que Joseph Karl Schmidt denunciaba a comienzos de siglo: en Alemania no había dos filósofos que estuvieran de acuerdo sobre el significado de la palabra "Derecho".²³⁵ El panorama pintoresco que debían ofrecer los filósofos del Derecho a comienzos de siglo, hacía que Wenck exclamara que «ninguna parte de la Jurisprudencia sufre tanta diversidad de opiniones, tantas mofas y tergiversaciones, tantas opiniones locas sometidas a cabezas que no sirven para la Filosofía, como esta que aquí nos ocupa».²³⁶ y Robert Stöckhardt indicaba que estaba muy extendida la opinión de que el jurista no necesitaba para nada de la Filosofía, ya que ésta sólo ofrecía desventajas y pérdida del tiempo.²³⁷

Karl Theodor Pütter aludía a la inoperatividad de las doctrinas iusnaturalistas²³⁸ y G. Ernst Schulze indicaba irónica y amargamente que las tres codificaciones existentes —la de Prusia, Francia y Austria— que habían mejorado, según él, nuestra condición jurídica, no habían surgido desde el *Naturrecht*.²³⁹ Por esta ineficacia, resultado de la falta de contacto con la vida

²³⁴ «Dass zu einer philosophischen Betreibung der Staatswissenschaften es nicht nöthig ist, dass er sich in alle abstrusen Speculationen der Philosophen von Profession einlasse. Er kann vielmehr ihren Streitigkeiten ruhig zusehen und die Resultate derselben abwarten, die er dann, wenn sie mit der gesunde Vernunft übereinstimmen, benutzt. Bis dahin wird er sich an diejenigen philosophischen Sätze halten, die sich durch vieljährige Beyfall und in der Praxis bewährt haben». Cfr. *Einleitung...*, cit., parágrafo 148.

²³⁵ «In Deutschland, wo die Philosophie des neuesten Zeit Anleitung zu mächtigen Schriften auf dieser Band gegeben hat, sind noch nicht zwey Philosophen über eine allgemeine gültige Definition des Worts Rechts mit einander einig». Cfr. *Versuch einer Grundlage des Naturrechts*. Ausburg, 1801, parágrafo 8.

²³⁶ «Kein Theil der Rechtswissenschaft ist von jeder so mannigfaltigen Verschiedenheit der Ansicht, so vielen Verspottungen und Verdrehungen, so viele thörichten Behauptungen unphilosophischer Köpfe unterworfen gewesen, als der, von welchem hier die Rede ist (se refiere al *Naturrecht*)». Cfr. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1810, parágrafo 109.

²³⁷ «Dieser Gedanke betrifft die so oft wiederholte Aeusserung, dass der Jurist der Philosophie gar nicht bedürftig sei, und dass ihn diese nur Nachtheil und unnötige Zeitversäumniss bringe». Cfr. *Die Wissenschaft des Rechtes oder des Naturrechts*. Leipzig, 1825, Vorrede, pág. V.

²³⁸ Cfr. *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft*, cit., parágrafo 562.

²³⁹ «Drey durch Civilisation sich auszeichnenden Staaten, Preussen, Frankreich, Oesterreich, haben ihre Unterthanen die Wohlthat einer verbesserten bürgerlichen Gesetzgebung zukomme lassen. Aus welcher Quelle stammen denn aber die wichtigsten dieser Verbesserungen? Nicht aus euren Naturrechte, und aus den Lehren

jurídica, Ignatius Rudhart atacaba a los filósofos del Derecho porque éstos, en su opinión, hablan de lo que no conocen.²⁴⁰

desselben über das, was von Menschen erzwingbar seyn soll... sondern aus denjenigen ethischen Ideen, welche durch weitere Ausbildung des moralischen Gefühls... und aus der Anwendung derselben auf die verschiedenen Verhältnisse der Bürger im Staate». Cfr. *Leitfaden...*, cit., Vorrede, pág. XV.

²⁴⁰ Vid. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 46.

II

LA TEORÍA DEL DERECHO POSITIVO.

La crisis de las ideas jurídicas de la Modernidad, crisis que he intentado describir en las páginas anteriores, hizo que volviera la vista hacia la descuidada teoría del Derecho "positivo". Efectivamente, la teorización sobre este Derecho sufre un lapsus que va desde el siglo XVI al XX. Resulta chocante comprobar que los autores, fundamentalmente españoles, que integran la llamada II Escolástica, fueron, en la Edad Moderna los únicos teóricos del *ius civile o positivum*. El racionalismo *iusnaturalista* que desplaza a la *civilis prudentia* a partir del siglo XVII, perdió de vista al Derecho que eficaz y realmente moldea la convivencia y, en su lugar, situó en los planes de estudio de las Universidades europeas unos tratados abstrusos acerca de los fundamentos últimos del acto moral, que no traspasaban los límites—como ya indiqué anteriormente— de la teoría ética o metaética.

El siglo XVIII desconoció, especialmente, la teoría sobre el Derecho positivo. Los primeros *iusnaturalistas*, como Vázquez de Menchaca o Grocio, dedicaron más atención a las cuestiones propiamente jurídicas, pero el afianzamiento de la Escuela del *ius naturale et gentium* supuso, en la mayor parte de sus autores, elevarse a unas regiones muy abstractas que poco tenían que ver con la *civilis sapientia o jurisprudencia*. De hecho, la mayoría de los "iusnaturalistas" de la Ilustración solían ser filósofos de profesión, con mucha frecuencia profesores de Matemáticas, y hubo muy pocos juristas. Johann Stephan Pütter, el fundador de la ciencia "práctica" del Derecho en Europa fue, desde la Universidad de Tübingen, la gran excepción. El hecho de que los autores del *ius naturale* fueran filósofos o matemáticos dejó una impronta fuerte: no conocían el Derecho con profundidad y no supieron ver, en consecuencia, la naturaleza jurisprudencial de los estudios jurídicos.

De todos modos, sería muy fácil—simplista— y supondría desconocer la historia, echar la culpa de la situación de la teoría sobre el Derecho positivo a la falta de formación jurídica de los integrantes del *iusnaturalismo* moderno. En efecto, el Derecho "positivo" comenzó a tener, en el siglo

XVIII, dos significados distintos. Por una parte estaba el Derecho positivo como el Derecho efectivamente alegado ante los Tribunales, el que se enseñaba en las Universidades, que era, cada vez en mayor medida, el Derecho romano que sustituía al *ius commune*; las obras de los juristas medievales fueron perdiendo prestigio a lo largo de los siglos XVII y XVIII y, en consecuencia, las Universidades europeas fueron prescindiendo de sus comentarios al *Corpus Iuris*, que constituían el *ius commune romanorum*, para estudiar sólo y directamente el Derecho romano. El estudio de este último Derecho “positivo” constituía la *iuris sapientia* o *jurisprudencia*; como es lógico, los iusnaturalistas, en sus diseños grandiosos del Estado del futuro, no se ocuparon para nada, ni vieron utilidad alguna, en el estudio caso por caso de las relaciones concretas en las que se desenvuelve la vida cotidiana.

Pero la *jurisprudencia* era la ciencia jurídica típica de las formas políticas pre-estatales; de ahí que floreciera en tanta medida en el Antiguo Régimen. Por el contrario, el “Estado” que diseñaron Vázquez de Menchaca, Hobbes o Grocio, sólo conocía un cuerpo político formado mediante el contrato social, cuyo “Derecho” estaba constituido exclusivamente por las leyes o mandatos del poder supremo; en el *Estado*, tomando este término estrictamente y con propiedad, no existe más “Derecho” que la legislación estatal. En consecuencia, la *civilis sapientia* romanística no encontraba acomodo en el esquema “estado de naturaleza”-contrato social-Estado creado mediante el contrato social. Efectivamente, el Estado sólo admite como “Derecho” a sus leyes y decretos; lo que hasta el siglo XIX se había venido considerando Derecho, *ius*, obra sapiencial y prudente de los juristas, no es reconocido como “Derecho” por el Estado.

Este aparente juego de palabras, es decir, estos diversos significados del término “Derecho” pueden desconcertar a alguien. Veamos. En la época que genéricamente podríamos llamar Antiguo Régimen, el gobernante –fuera un Rey en una monarquía, o un *dux* en una república– estaba sometido al Derecho y a la Justicia, según la terminología de aquel tiempo. El Derecho estaba representado por la *ratio* –de ahí que la doctrina más antigua exigiera que toda ley o dictamen hubiera de ser “racional”– y esta *ratio* se manifestaba, entre otras fuentes, a través del Derecho romano, que era considerado *ratio scripta*, y mediante las obras jurídicas de los juristas, en las que también –además de en el Derecho romano– se concretaba la razón. Por este motivo, el Gobernante del Antiguo Régimen no podía ser un gobernante totalitario; podría ser más o menos arbitrario, autoritario, injusto en sus leyes en el momento de gobernar la nación, pero, por encima de su autoridad, estaba el “Derecho”, *ius* o *jurisprudencia*, que limitaba esencialmente su poder y que permitía justificar la resistencia a la injusticia. De hecho, el Gobernante mismo debía su autoridad al Derecho, y de ahí que el *Codex* romano tuviera tanta importancia durante siglos.

Este Gobernante ejercía su autoridad mediante leyes “positivas”, con las que intentaba organizar la sociedad a tenor de las circunstancias y de su forma personal de ver las cosas. Pero, como legislador, el Gobernante del Antiguo Régimen no era “libre”: estaba sometido al Derecho, esto es, a los principios fundamentales de la Justicia que se expresaban, de hecho, a través del Derecho romano y de las obras de los juristas. El Gobernante podía ser *legibus solutus*, es decir, podía no estar obligado a cumplir las leyes positivas que él mismo dictaba, pero siempre estaba vinculado a la Justicia o *ius*, llamada frecuentemente *aequitas*; así pues, podía ser un Gobernante *legibus solutus*, pero jamás *iure solutus*, porque en el momento en que se apartara de la Justicia devenía un tirano y era lícita la resistencia contra él. Por tanto, las órdenes o leyes del Gobernante, en tanto que simples normas organizativas de la sociedad, podían ser no-vinculantes para el poder supremo.

Los principios fundamentales de la Justicia o el Derecho eran concretados y aplicados a la realidad social mediante las leyes positivas, y el conjunto de la legislación del Gobernante constituía otro Derecho “positivo” que concurría –no siempre pacíficamente– con la *jurisprudencia*. Existía, pues, una duplicidad de ordenamientos jurídicos. Estaba, de un lado, el *ius* o *jurisprudencia*, de origen doctrinal, esto es, privado, hecho por particulares, y con este Derecho concurría la legislación que, en sus líneas generales, había de acomodarse a aquél.

En este contexto, la peculiaridad que presenta el conjunto de la doctrina iusnaturalista es que los “iusnaturalistas” siguen hablando de “leyes”, *leges*, pero ahora con un significado completamente distinto al que tenían en el Antiguo Régimen. Efectivamente, las *leyes* del Estado ya no son decretos, providencias o pragmáticas destinadas a organizar la sociedad por medio del Derecho. Al contrario, ellas mismas constituyen “el” Derecho y, desde este planteamiento, no queda lugar para la *jurisprudencia*, hecha por personas privadas. Ahora, en la Ilustración, es el momento en el que se inventa *lo público*, la instancia *oficial*; hasta entonces, una opinión no era más racional, ni dejaba de serlo, porque estuviera emitida por una persona privada o por un Gobernante; era, en ambos casos, una *opinión* de más o menos valor prudencial acerca del Derecho y de la Justicia. Pero el Estado que surge tras el contrato social no reconoce como vinculantes más que sus propias órdenes (desaparecen de vista las opiniones) y la vinculatoriedad u obligatoriedad deja de ser una noción propia de la Filosofía práctica y pasa a ser considerada exclusivamente como una peculiaridad de la actividad del Estado, es decir, de la Autoridad *pública*.

Resulta obvio que la teorización que hicieron los autores del Antiguo Régimen sobre las leyes positivas no sirve para las leyes del Estado, porque, aunque existan similitudes frecuentes, es distinto el fundamento en que se apoyan y que ellas mismas expresan. Las leyes del Antiguo Régimen eran

solamente medidas para organizar la sociedad de acuerdo con el Derecho; las leyes del Estado, en cambio, son las creadoras, las fuentes mismas, de cualquier Derecho y Justicia. Este tránsito desde la teoría legal del Antiguo Régimen a la teoría de las leyes del Estado, requirió una teorización completamente nueva que, como podremos estudiar en las páginas que siguen, distó mucho de estar clara: más bien lo que destaca en ellas son los titubeos, las contradicciones y los espasmos, porque los autores del siglo XIX no sabían exactamente qué era lo que pretendían.

Centroeuropa presentó la peculiaridad de que, en esta zona geográfica y cultural, la *jurisprudencia* romanística, que era el saber jurídico privado por antonomasia, realizado siempre por personas privadas y, por tanto, inconciliable con las exigencias monopolísticas del Estado, estaba bastante desarrollada. Pero, por otra parte, las diversas nacionalidades de lengua alemana aspiraban a la unidad política, y esta unidad, dadas las exigencias intelectuales, emotivas y políticas del momento, debía ser lograda bajo la forma política del Estado. En consecuencia, la tensión que allí se produjo fue bastante fuerte, y rica.

La época no fue plenamente consciente —como suele suceder en estos momentos de crisis importantes— de las transformaciones que se estaban intentando, y los interlocutores discutían entre sí sin saber muy bien lo que atacaban o lo que defendían. La aparición de la Escuela Histórica del Derecho, con Hugo, Stahl, Savigny o Warnkönig, fue la última reacción de importancia que se produjo en Europa contra las pretensiones del Estado, y estos autores fueron los últimos defensores más o menos organizados, de los *jurisprudentes*, a los que el ente estatal acabó convirtiendo, con el tiempo, en simples repetidores y exégetas de sus leyes. Pero el ambiente confuso a que aludo, hizo que los representantes de la Escuela Histórica, en su vago irracionalismo romántico, contribuyeran a desprestigiar la *ratio* en la que se apoya la Jurisprudencia, aun cuando su influjo en las zonas de lengua alemana contribuyera, como indico, a retrasar en ellas la formación del Estado contemporáneo.

La *ratio juridica* fue sustituida por la *ratio legalis* o, en el mejor de los casos, por la *prudentia legislatoria*, y es que el desmoronamiento de las estructuras sociales, políticas y económicas del Antiguo Régimen reclamaba unas estructuras políticas nuevas que habían de ser creadas desde el poder político, según reclamaba la mentalidad de la época. Las investigaciones históricas sobre el Derecho romano y, en general, la ocupación con el Derecho privado eran obstáculos que dificultaban la tarea del jurista-político en el diseño jurídico-público del Estado nuevo. Feuerbach expresaba esta situación muy claramente cuando escribía que «ya están en pie los enterradores de la tradición, y un tiempo de acción ha sucedido a los días de calma. En donde hay mucho que destruir, existe también mucho que construir, y en

donde late una nueva creación, se animan incluso las fuerzas más inertes. ¡Constitución! ¡Organización! ¡Legislación!, éstos son los grandes temas de nuestro tiempo, que a unos les atemorizan, a otros les animan, y a todos les sacude el ánimo».¹

Alemania vivía un fuerte complejo de inferioridad frente a buena parte de la cultura francesa. Francia, a comienzos del siglo XIX, ya era un Estado, poseía un único Derecho civil legislado, *le Code*, y Alemania no. Thibaut nos cuenta que «En el año 1814, cuando yo, como otros muchos soldados alemanes que queríamos marchar sobre París, me encontraba lleno de esperanzas en el cuartel, mi espíritu estaba muy conmovido. Muchos amantes de mi patria vivían con la esperanza de un mejoramiento de nuestra situación jurídica, y por eso escribí —a lo sumo en catorce días—, con todo el calor de mi corazón, un pequeño escrito sobre la necesidad de un Derecho civil común para Alemania, en el que intenté mostrar que nuestro Derecho positivo, el justiniano concretamente, no era un Derecho acomodado, material ni formalmente a nuestro pueblo, y que para los alemanes no podía haber nada más redentor que un código civil para toda Alemania compuesto por los juristas más destacados».²

Siebenpfeiffer acaba de completar este cuadro cuando nos indica que Alemania necesitaba el nuevo Derecho positivo por la necesidad de unificar constitucionalmente los distintos Estados alemanes.³

¹ «Die Gräber des Herkommens sind gesprengt, und auf die gemächliche Tage der Ruhe ist die Zeit der Taten gefolgt. Wo vieles zerstört ist, da ist auch vieles zu bauen, und wo eine neue Schöpfung lebt, da ragt sich ermuntest selbst die trägere Kraft. Verfassung! Organisation! Gesetzgebung! das sind die grossere Lösungsworte unserer Tage, welche, den einen schreckend, den andern erfreuend, alle Gemüthe ergreifen». Cfr. *Blick...*, cit., pág. 35. Henke repite estas mismas palabras de Feuerbach, exponiéndolas como propias, en *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft...*, cit., pág. XII.

² «Im Jahr 1814, als ich viele deutsche Soldaten, welche auf Paris marchiren wollten, mit frohe Hoffnungen im Quartier hatte, war mein Geist sehr gewegt. Viele Freunde meines Vaterlandes lebten und webten damals mit mir in dem Gedanken an die Möglichkeit einer gründlichen Verbesserung unsres rechtlichen Zustandes, und so schreibt ich, —höchstens nur in 14 Tagen—, recht aus der vollen Wärme meines Herzens, eine kleine Schrift über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, worin ich zu zeigen suchte: unsre positives Recht, namentlich das Justinianeische, sey weder materiell noch formell unsren letztigen Völkern anpassend, und den Deutschen könne nichts heilsamer seyn, als ein, durch Benutzung der Kräfte der gebildetsten Rechtsgelehrten verfasten bürgerlichen Recht für ganz Deutschland». Cfr. *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Schule*. Heidelberg, 1838, pág. 6.

³ Vid. *Ueber die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege*. Heidelberg, 1823, pág. IV.

1. EL DERECHO "POSITIVO": UN TEMA INEXPLICADO.

Ya indiqué que casi ningún "iusnaturalista" de la Edad Moderna era jurista profesional. Este grupo abigarrado de autores cuyas obras componen el *ius naturale et gentium* moderno persiguen, ante todo, un empeño político. Ellos parten desde el individuo "libre" en el *status naturae*, que crea el Estado mediante un contrato, precisamente para proteger esa "libertad" que peligraba en el estado de naturaleza. Como este individuo "libre" no puede estar sujeto a ninguna otra voluntad que no sea la suya (entonces comenzó a afirmarse que era opuesto a la dignidad de la naturaleza humana que un hombre dependiera del arbitrio de otro hombre), las ideas mismas de "libertad" y "naturaleza humana" que propugnaban estos autores rechazaban cualquier dependencia heterónoma; el hombre era radicalmente autónomo, también en el plano jurídico y, por ello, Kant, por ejemplo, evitó cuidadosamente en su teoría jurídica los términos *Heteronomie* y *heteronomisch*. Por este hecho, para explicar cualquier obligación, era preciso postular que el sujeto en cuestión había pactado libremente. En consecuencia, las leyes del Estado creado libremente mediante el contrato social no pueden tener otro origen que la voluntad libre de los ciudadanos que se postulaba que habían pactado en ellas, por lo que cada acto del Poder aparecía como una *communis reipublicae sponsio*.

Así pues, la tarea de la Escuela del Derecho natural de la Edad Moderna fue esencialmente política, guiada en todo momento por unos datos pretendidamente antropológicos, y poco tuvo que ver con la ocupación concreta con el Derecho. Los iusnaturalistas supusieron o postularon que, desde la libertad, sólo podían surgir normas justas, y en ningún momento se ocuparon de los temas específicamente jurídicos. Este hecho lo reconocía Ferdinand Walter cuando escribía, desde la perspectiva que proporcionaba el año 1863, que «bajo el nombre de "Derecho natural" fue creado un sistema

racional que prescindió de cualquier Derecho positivo, y sólo propuso los principios fundamentales del deber. Este método surge en el siglo XVII». ⁴

De este modo, de un lado quedaba el *Naturrecht*, el “Derecho natural”, que se ocupaba de diseñar una sociedad futura de hombres “libres”. Del otro lado quedó el Derecho concreto, pero sin explicación. Esta contraposición se muestra ejemplarmente en Kant y sus discípulos que, junto al edificio del “Derecho natural”, creado según la Razón, se ven obligados a reconocer otra realidad que no es “racional”, porque no procede *necesariamente* de la razón, sino que tiene su origen en el arbitrio empírico del hombre. De un lado queda, pues, la *Metaphysik des Rechts*, racional y por ello necesaria, y de otro lado lo contingente, que no viene determinado por la razón, esto es, el Derecho positivo.

Este tema lo estudiaremos más detenidamente cuando estudiemos la naturaleza de la *Rechtsphilosophie* y del *Naturrecht*. Ahora sólo intento mostrar que la Modernidad encerró al Derecho en el campo de concentración de la irracionalidad, de los *sentimientos*, del arbitrio inmotivado. En efecto, Kant y sus epígonos –que representan la culminación de la Modernidad, en donde esta última encuentra sus conceptos más depurados y afilados– distinguieron estrictamente entre Moralidad, *Moralität*, y Legalidad, *Legalität*. La Moralidad es el campo del deber, el de la voz de la conciencia, en la que el individuo actúa compelido por la idea o representación del deber. La Legalidad, en cambio, es el terreno de lo inexplicable; el Derecho aparece como un “hecho”, un *Faktum* inexplicable, respecto del cual no existe el deber –tomando la palabra “deber” en el sentido kantiano– de obedecer. ⁵ El Derecho según Kant, como explica E. Bloch muy gráficamente, es sólo “el látigo del rebañero”, que impone su arbitrio irracionalmente. ⁶ Obedecemos el Derecho porque, en caso contrario, se nos impondrá una pena: el único móvil (*Triebfeder*) que los kantianos reconocen para cumplir lo preceptuado por el Derecho es el miedo a la sanción. Como no proporcionan ninguna razón que explique por qué el Derecho es obligatorio (el Derecho según Kant

⁴ «Ferner ist versucht worden, unter den Namen Naturrecht ein System der schon nach der Vernunft, abgesehen von allem positiven Recht, gelten sollende Rechtsgrundsätze zu konstruieren. Diese Methode entstand im siebzehnte Jahrhundert». Cfr. *Naturrecht...*, cit., pág. 10.

⁵ Sobre este tema es clásico el estudio de G. Dulckeit, *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Leipzig, 1932, *passim*. Vid. también Wicke, *op.cit.*, págs. 17-18 y 53. El capítulo V de *La Cabeza de Jano* lo dediqué a este tema.

⁶ Citado por Richard Saage en *Besitzindividualistische Perspektiven der politischen Theorie Kants*, en “Neue politische Literatur” 2 (1972) pág. 181.

fuerza pero no obliga), es preciso concluir que esta sanción jurídica es tan irracional como la norma jurídica. ⁷

Leopold August Warnkönig se percató, ya en 1839, de la naturaleza que la Escuela del Derecho natural moderno había atribuido al Derecho positivo, y explicó que para el “Racionalismo filosófico-jurídico”, el Derecho positivo es algo *zufälliges*, esto es, contingente, sin razón expresa y concreta de ser, ⁸ y Friedrich Fischer, siempre agudo, había explicado poco antes que Kant había “supuesto” que el Derecho natural y el Derecho positivo debían de concordar, siendo así que los había separado radicalmente. ⁹

⁷ W. Kersting hizo un esfuerzo notable, y valioso, para mostrar la base ética del Derecho en Kant. Vid. su *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Berlin-New York, 1984, *passim*. Vid. mis observaciones a esta tesis de Kersting en *La Cabeza de Jano*, capítulo V.

⁸ «Das historische Recht gilt in den Augen dieses rechtsphilosophischen Rationalismus als etwas zufälliges, das nur Werth hat, wenn es vor dem Richterstuhl des Vernunftrechts gerechtfertigt werden kann». Vid. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 145.

⁹ «Bewusst und konsequent durchgeführt, tritt jedoch dieser Gegensatz erst mit Kant, und als Wirkung und Gegenwirkung seines Criticismus, namentlich aber seiner 1797 erschienen “Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre” auf. Noch war vor Kant, trotz der ziemlich rationalistischen Konstruktion des System, wenigstens das Princip und das Fundamentalgesetz des Rechts aus der Erfahrung abstrahirt worden, was immer noch die Präsumtion einer wesentliche Uebereinstimmung des letzten Schritt zur Vollendung der rationalistischen Konstruktion, und eben damit zur gänzlichen Losreissen des Naturrechts von positiven Rechte, indem er, zur Begründung eines allgemeingültigen System des Naturrechts, die apriorische Vernunft forderte». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 12.

2. UNA NOCIÓN NUEVA DE RAZÓN.

El Estado, esto es, su aparición y afianzamiento doctrinal, necesitó modificar la noción misma de *ratio* o *Vernunft*. Efectivamente, durante el Antiguo Régimen se había entendido que todos los hombres *participaban* de una misma Razón, por lo que el establecimiento de una tesis racional podía ser una tarea personal; una opinión no era más racional porque se hubiera repetido más veces o porque la sostuviera un mayor número de personas; un aserto, una opinión, era “racional” por su adecuación a la justicia, o al sentido de la justicia, que demandaba la realidad, con independencia de que tal adecuación fuera percibida por muchas, por pocas o por sólo una persona. Sería muy complejo querer describir ahora en qué consiste esta racionalidad,¹⁰ y este tema –así planteado– desborda la finalidad de este estudio. Ahora nos es suficiente retener la idea de que, durante milenios, se ha entendido que existe una razón común a todos los hombres, de la que cada sujeto participa, y que esta razón, a través de las apreciaciones personales y prudentes de cada individuo, expresaba con cierta objetividad el Derecho y la Justicia. Existían personas que, por su formación y estudios, estaban especialmente capacitadas para analizar las situaciones humanas y apreciar los problemas existentes en ellas; a estas personas se las llamaba *jurisprudentes*, y el conjunto de sus obras componía la *jurisprudencia*, es decir, el resultado del arte o la ciencia que trataba de realizar la Justicia.

Este planteamiento sufre una revolución total con la aparición del Estado. Efectivamente, el poder del Estado reclama para sí, exclusivamente, la creación del Derecho que, de esta forma, deja de consistir en opiniones que

¹⁰ Intenté describir someramente la “racionalidad” de los juristas medievales en “En torno al método de los juristas medievales”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (1982) págs. 61-109.

no tienen más fuerza inmediata que el respaldo de la Inteligencia, y pasa a ser considerado el conjunto de las órdenes o mandatos del Gobernante estatal. La *ratio juridica* se desplaza, pues, desde la Inteligencia a la Fuerza. Consecuentemente, una conducta ya no será “jurídica” por ser más racional o justa, sino únicamente porque es la respaldada por la fuerza del Estado: el Gobernante del Estado crea el “Derecho” porque, a fin de cuentas, es él el que manda sobre el ejército. Por este camino, la doctrina filosófico-jurídica fundamentadora del Estado identifica al Derecho –omitiendo normalmente estos pasos intermedios a los que he aludido– por una simple peculiaridad de origen: porque la norma ha sido ordenada por el poder del Estado.

Al Estado le era necesario desentenderse de la racionalidad o justicia de sus órdenes, porque si sus teóricos aludían a un orden racional de justicia anterior o superior al Estado, cualquier persona podría negarse a prestar obediencia a los mandatos del gobernante alegando que no eran racionales. Así pues, como el Estado no ha reconocido, de hecho, ninguna instancia posible superior a él mismo, la primera tarea con que se enfrentaron sus teóricos fue bien la de negar que pudiera existir un orden objetivo de Justicia, bien la de *postular* que toda orden del Estado es, *eo ipso*, justa. Ambas actitudes se produjeron históricamente.

Los hombres de la segunda mitad del siglo XX estamos acostumbrados a leer libros en los que se niega, sin más, la posibilidad de cualquier razón práctica, de que pueda haber conocimiento objetivo de la justicia de una situación; en este sentido, los nombres de Hans Kelsen o Alf Ross son suficientemente evocadores. En los inicios de la Edad Contemporánea no se produjeron, sin embargo, actitudes tan rotundas; es preciso esperar a finales de siglo para encontrar autores que mantengan tesis negadoras de cualquier justicia, como fue el caso de Bekker, por ejemplo. En el momento que estamos estudiando, los autores que comienzan entonces a mantener la supremacía, o la exclusividad, de las leyes del Estado sobre cualquier otro criterio de justicia, insisten, más bien, en el carácter subjetivo de las apreciaciones sobre la justicia, de modo que –según ellos– para acabar con la guerra de las opiniones enfrentadas, se precisa acatar un criterio objetivo que sólo puede ser la ley dictada por el Estado.

De este modo, Schnaubert mantenía que «ningún escrito sobre el Derecho ideal puede estar vigente como un código de la razón en el que todos hubieran de creer; pues cada escrito de este tipo contiene solamente el pensamiento de un particular, que puede ser rechazado por otros pensadores». ¹¹ Theodor Marezoll entendía, en este mismo sentido, que el ciudadano

¹¹ «Kein Schrift über ideales Recht kann als ein Gesetzbuch der Vernunft gelten,

particular no está facultado para criticar las normas del Estado, ya que en este caso se produciría el enfrentamiento de una conciencia (la del ciudadano) con otra conciencia, la del legislador; por ello, prevalece la opinión del Estado, ya que éste es el más fuerte. ¹² G.E. August Marezoll entendía, por su parte, que «El Derecho vive en la razón como un postulado puro, y solamente con el surgimiento del Estado entra él en actividad eficaz. Por esta causa, el concepto de Derecho expresa, no una simple posibilidad ideal o una racionalidad intemporal, sino la posibilidad real en el tiempo. Por este motivo, el Derecho fuera del Estado es absolutamente imposible». ¹³ Una opinión parecida sostenía Franz Schoemann. ¹⁴

El autor que más se distinguió en esta lucha contra lo que se solían llamar “las posibilidades vacías de la razón” fue Anselm Feuerbach. Este autor dice creer en el Derecho eterno e inmutable: «Independientemente de toda legislación positiva, existe la razón en la Naturaleza, que es la última fuente de todos los derechos y obligaciones...El descubrimiento de esta ley es tarea del pensamiento filosófico; su exposición y desarrollo es obra de la Filosofía de la ciencia». ¹⁵ Sólo que tal ley, aunque es general o válida (*allgemeingültig*) no puede ser considerada como vigente (*allgemeingeltend*), por-

an welches Alle glaubten müssten; jede solche Schrift enthält nur das Denken eines Einzelnen, welchem andere Denkenden beypflichten oder es verwerfen können». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 122.

¹² «Wenn dennoch manche unzweckmässige oder harte Rechtsnormen... im Staate vorkommen, so ist zunächst nur der Staat deshalb vor seinem Gewissen verantwortlich. Der einzelne Bürger ist nicht befugt, die bestehende Rechtssätze praktisch zu kritisieren... Es steht denn Gewissen gegen Gewissen; aber der Staat ist meistens der Stärkere, der seiner Ueberzeugung den meisten Nachdruck geben kann». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*. Giessen, 1819, parágrafo 103.

¹³ «Das Recht lebt in der ewigen Vernunft als blosses Postulat; erst mit der Entstehung des Staats tritt es in die Wirklichkeit. Drück daher der Begriff der Möglichkeit des Rechts nicht bloss die ideelle, zeitlose Vernunftmöglichkeit, sondern die reale Möglichkeit in der Zeit aus; so ist das Recht dem Staate absolut unmöglich». Cfr. *Die reine Rechtslehre*, cit., parágrafo 176.

¹⁴ «In der That, es lässt sich ohne positiven Recht vernünftigerweise keine verbindliche Norm gedenken –ohne dasselbe liesse sich das alle Rechtsverhältnisse umschliegende Eigenthum nicht denken und an die Stelle des Rechts könnte ausser dem Staate nur die Gewalt des Stärkeren treten– dies wäre die Folge und die alleinige Folge des angebohrne Eigenthum». Cfr. *Handbuch des Civilrechts*. Giessen und Wetzlar, 1806, vol. I, pág. 113.

¹⁵ «Unabhängig von aller positiven Gesetzgebung liegt in der menschlichen Natur als die letzte Quelle aller Rechte und aller Verbindlichkeiten das Gesetz der Vernunft... Die Entdeckung dieses Gests ist das Werk des Philosophieren; dessen Darstellung und Entwicklung das Werk der Philosophie als Wissenschaft». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 65.

que es una ley puramente racional; por este hecho, esta ley debe trasladarse desde el reino de la razón al campo de la experiencia, de modo que debe dejar de ser una ley racional para convertirse en una ley positiva, que se convierta desde objeto de la Filosofía en objeto del conocimiento positivo, y así la Justicia bajará desde los cielos a la Tierra.¹⁶

Existe, ciertamente, un Derecho de la razón, explica Feuerbach, que es inmodificable como la razón misma, igualmente eterno que nuestro espíritu. Pero yo quiero un Derecho vigente del que pueda tener un conocimiento objetivo, seguro y sin dudas, y este Derecho solamente existe en el Estado.¹⁷ Como entre los hombres solamente existen discordias acerca de lo que es justo,¹⁸ es preciso crear un "estado jurídico" (*ein rechtlicher Zustand*) entre nosotros en el que el Derecho sea seguro, y para esto es preciso que cada cual renuncie a su propio juicio y se someta a un juicio único, que es el juicio público. El sujeto de este juicio es el Legislador positivo, y su sentencia es la ley positiva; la exposición científica de las leyes positivas existentes en un Estado crea la ciencia del Derecho positiva, *die positive Rechtswissenschaft*.¹⁹

De este modo, mientras que el hombre en cuanto hombre posee y reconoce sus derechos mediante la razón, para el ciudadano como ciudadano (*den Bürger als Bürger*) la ley positiva es su primera y más cercana fuente de todos sus derechos y obligaciones, de modo que sólo le es lícito actuar como si sobre el Estado no existiera ninguna instancia superior. En tanto que hombre y pensador filosófico –reitera Feuerbach– él es juez de la ley del

¹⁶ «Allein dieses Gestez, obgleich durch sich selbst allgemeingültig, kann dennoch als blosses Vernunftgesetz nicht allgemeingeltend werden... so muss dieses Rechtsgesetz aus der Reiche der Vernunft in das Reich der Erfahrung... es muss aus einen Vernunftgesetz in ein Positivgesetz, aus einen Gegenstande der Philosophie in ein Objekt des positiven Wissens verwandelt und so die Gerechtigkeit vom Himmel herab auf die Erde in die Versammlungen der Menschen eingeführt werden». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., págs. 65-66.

¹⁷ «Ja, allgemeingültig ist das Recht der Vernunft, es ist unwandelbar, wie sie selbst, es ist ewig, wie unser Geist. Aber ich will allgemeingeltend anerkannte Rechte, ich will eine unwandelbare, unzweifelhafte und unbezweifelte Erkenntnis derselben». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 69.

¹⁸ Vid. *ibidem*.

¹⁹ «Damit ein rechtlicher Zustand unter den Menschen sei, muss das Recht gewiss sein unter ihnen... so muss sich in praktischer Rücksicht das Urtheil Aller, mit Verzicht auf eigene Entscheidung, einen einzigen Urtheile unterwerfen... das öffentliche Urtheil heisst. Das Subjekt dieses Urtheil ist der positive Gesetzgeber; sein Ausspruch das Positivgesetz; die wissenschaftliche Darstellung des durch Positivgesetz begründeten und also in einem bestimmten Staate allgemeingeltend Rechts die positive Rechtswissenschaft». Cfr. *Ueber philosophie und Empirie...*, cit., pág. 70.

Estado; pero como ciudadano, es esclavo del Estado.²⁰ Por esta razón, el jurista práctico no reconoce otro Derecho que el Derecho de su legislador positivo, ninguna otra voluntad que no sea la voluntad de su legislador, ninguna otra razón que no sea la de aquel que le ha dado su código positivo y, a través de él, el pan que come.²¹

Otros autores más influidos por ideas historicistas y organicistas entendieron que no existe una razón absoluta, eterna y universal, sino que la razón, eterna, se manifiesta en el tiempo, es histórica. Así, Ignaz Rudhart entendía que cada Derecho positivo es sólo un período de la historia universal del Derecho,²² con lo que elevaba a cada ordenamiento histórico a la categoría de única manifestación posible de la razón absoluta. Fichte procedió de forma parecida, y explicaba que el avance de la libertad y del entendimiento (*des Verstandes*) desde la falta de libertad y la sinrazón, es posible sólo en la sociedad y, concretamente, en una sociedad directora y maestra que conduzca adecuadamente el entendimiento de los hombres, que deben ser libres en este sentido indicado.²³

Hubo otros autores que no se plantearon la oposición entre la pretendida razón inmutable y eterna y la razón histórica o razón tal como históricamente se manifiesta, sino que con una visión más profesional, más jurisprudencial, del Derecho, entendieron que la razón –que dicen no poner en duda– ha de acomodarse a las circunstancias concretas. Así, C.J.A. Mittermeier explicaba que el grado de cultura de los pueblos, así como todas sus circunstancias cambiantes, que influyen en el Estado sobre las leyes, modifican también las exigencias que se dirigen al Derecho penal, y las penas que pocos siglos antes eran suficientemente fuertes, pierden su eficacia con el

²⁰ «Während der Mensch als Mensch seine Rechte besitzt und erkennt durch Vernunft, ist für den Bürger als Bürger das Positivgesetz die erste und nächste Quelle aller seiner Rechte und seiner Zwangsverbindlichkeiten... er darf nur thun als Bürger und soll handeln, als wäre ausser dem Gesetz des Staats kein höheres vorhanden. Als Mensch und philosophischer Denker ist er Richter über die Gesetze des Staats; aber als Bürger ist er nur ihr Sklave». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 72.

²¹ «..kein anderes Recht als das Recht seiner positiven Gesetzbuhs, keinen andern Willen als den Willen des Gesetzgebers, keine andere Vernunft als die Vernunft dessen, der ihm das positive Gesetzbuch und durch dieses-ihm sein Brot gegeben hat». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 96.

²² Vid. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 140.

²³ «Ueberlegen Sie mit mir Folgendes: Die Entbindung der Freiheit und des Verstandes aus der Unfreiheit und dem Unverstande ist nur in Gesellschaft möglich; und zwar in leitender und beherrschender Gesellschaft, die den Verstand des Einzelnen, der da frei werden soll, zweckmässig leite». Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 116.

paso de las circunstancias morales, religiosas y políticas.²⁴ De forma parecida opinaba Gönner,²⁵ que entendía que los principios puros racionales no bastaban para encauzar la realidad, sino que junto a estos principios de la razón se requiere una prudencia legislativa que proceda desde la experiencia.

²⁴ «Der verschiedene Culturstand der Völker, und alle immer wechselnden Verhältnisse, welche im Staate auf die Gesetze einwirken, verändern auch die Forderungen an die Strafgesetzbuch, und die Strafen, welchen einige Jahrhunderte kräftig genug waren, verlieren ihre Wirksamkeit mit veränderten sittlichen, religiösen und politischen Verhältnissen». Cfr. *Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*. Bonn, 1819, pág. 5.

²⁵ «Allein diese Rechtswahrheiten bedürfen im Staate, um für das bürgerlichen Leben brauchbar zu seyn, mannigfaltiger Modificationen, näherer Bestimmungen, Erweiterungen, Einschränkungen, Ergänzungen, Befestigungen, usw. Zur Auffindung der hierzu dienlichen Principien reicht die reine Vernunft nicht aus, sondern es muss die gesetzgebende Klugheit mit der Erfahrung darüber zu Rathe gehen». Cfr. *Zur Philosophie...*, cit., pág. 5.

3. EL DERECHO NATURAL, FUENTE DE DESACUERDOS.

La Ilustración, haciendo caso omiso de la experiencia jurisprudencial acumulada durante siglos, no entendió que la Justicia se desgrana en cada caso concreto, para el que nace y se crea, de modo que no se puede hablar en el Derecho de la Razón, sino de “las razones” o motivos racionales para hacer o dejar de hacer, para hacer esto o lo otro. No supo reconocer que la “razón” o justicia se adecúa a cada caso particular, y en su alejamiento de la Realidad, se remitió a una *raison* o *Vernunft* antihistórica y atópica a la que pretendió erigir en medida eterna de la verdad jurídica. Gracias a esta creencia en esta especie de Razón Universal, se publicaron en el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX una multitud de libros y escritos sobre “Derecho natural” en los que se encuentran puntos de partida, tesis, motivos, etc. muy distintos.

La consecuencia casi inmediata de este abuso de la idea de “razón” fue que el siglo XIX, y con él la Edad Contemporánea, contempló, con estupor, que de hecho existía una pluralidad de “razones”, y que no había motivos racionalistas para preferir una a otra; todo se resolvió en cuestión de preferencias personales y, en definitiva, en un desprestigio de la Filosofía práctica, porque la Realidad dejó de hablar y, en su lugar, aparecieron imaginaciones parlantes. Dado que cada sistema de “Derecho natural” expresaba sólo las *ideas* de un autor, la ciencia jurídica que se enseñaba en las Universidades sufrió una fuerte confusión.

Este tema es delicado, complicado, y no conviene, por ello, tratarlo groseramente, sin matizar. La herencia de la Modernidad fue que cada Escuela redujo –contra toda la evidencia surgida de la praxis del Derecho– a toda justicia posible a un despliegue de un sistema que se suponía que encarnaba las exigencias necesarias y absolutas de la Razón. Así resultaba que existía una Justicia –es decir, una “razón”– para los partidarios de Grocio y otra para los seguidores de Pufendorf, una para los que seguían a Thomassius o Gundling, y otra para los que leían a Kant. Si la justicia quedó equipa-

rada –como sucedió de hecho– a una visión global y racionalista de los fundamentos de la sociedad (visiones que fundamentalmente contenían propuestas políticas), la multiplicidad de estas teorías, de estos sistemas de “Derecho natural”, todos pretendidamente verdaderos y todos opuestos, condujo al escepticismo práctico.

El primer reproche que he encontrado contra este pensamiento abstracto y atópico es el de Joseph Karl Schmidt, que explicaba, criticando a Kant, que desde el imperativo categórico que cada cual, según Kant, debe hacer, sólo se llega a que cada uno se convierta en su propio juez según su conciencia; pero, desde este solipsismo, no se adquieren derechos o facultades sobre los demás.²⁶

Steubing, del mismo modo que los otros autores a que aludiré a continuación, se desentiende de las críticas concretas dirigidas contra Kant y centra su argumentación en la necesidad de que podamos disponer de un cuerpo preciso de normas que podamos conocer con exactitud.²⁷ Jakob explicaba, en el mismo sentido, que «Nosotros hemos demostrado ya que el Derecho filosófico o Derecho natural es una ciencia indispensable para el tratadista del Estado. Pero sucede que tal Derecho no es suficiente para conocer los derechos reales de un Estado o de sus miembros, ya que el Derecho natural sólo determina aquellos derechos que surgen desde los conceptos más generales de la naturaleza humana y sus relaciones, y cuando un hombre se sitúa en una relación determinada, no se puede deducir desde aquellos conceptos puros cual es propiamente su derecho, sino que surgen varios derechos posibles. Por esto es necesario que una Autoridad determine qué es lo que está vigente como Derecho para los casos futuros posibles, de modo que las leyes que fundamentan estos derechos se llaman leyes positivas en oposición a aquellas que se hacen conocer desde el concepto general y puro acerca del hombre o de sus rasgos esenciales y que, por esto, se las llama “naturales”, es decir, determinadas a través de la ley de la naturaleza».²⁸ Estas leyes positivas son especialmente necesarias, explica Jakob,

²⁶ «Eben durch die Ableitung des Dürfens von der moralischen Gesetze miskennt man selbst nicht, dass man sich in den Grenzen der moralischen Gesetzgebung... befinde... Das moralische Gesetz stellt zwar einen Jeden zu seinem eigenen Richter in seinem Gewissen auf; aber über Andere giebt das Gesetz keine Befugnis, nich einmal innerlich, viel weniger äusserlich zu urtheilen». Cfr. *Versuch...*, cit., párrafo 16.

²⁷ «Wir bedürfen also sichtbare und ausdrückliche Normen für unsere Handlungsweise als Staatsmitglieder, und diese Normen, ausgesprochen von der Staatsgewalt und in Beziehung auf den Staatszweck nennen wir positive Gesetze». Cfr. *Ueber den Urprung und die Grenzen des positiven Privatrechts*, cit., pág. 19.

²⁸ «Wir haben schon oben gezeigt, dass das philosophische Recht oder das Natu-

porque los hombres no se suelen poner de acuerdo sobre cuál es el Derecho vigente, y aun cuando éste es conocido, los hombres no tienen ganas de cumplirlo, especialmente cuando no les favorece.²⁹ Ante esta situación, es necesario: a) que se determine mediante leyes cuál será el Derecho vigente para los casos que sobrevengan y, b) crear un poder que no solamente concrete lo que será Derecho, sino que sea capaz de hacerlo realidad eficazmente.³⁰ «En cuanto los hombres se reúnen con este fin, fundan una sociedad civil o Estado. Tal entidad presupone una fuerza soberana que determina lo que será Derecho positivo y ley, y lo hace cumplir».³¹

Este tipo de argumentaciones, que también reconocimos en Feuerbach, fueron las que triunfaron. E.F. Vogel dedicó las primeras páginas de su *Lehrbuch der Encyclopädie*³² a exponer un pensamiento semejante, y Federico Julio Stahl dedicó su obra fundamentalmente a mantener que sólo

rricht eine für den Staatsgelehrte unentbehrliche Wissenschaft sey. Allein dieses reicht nicht hin, um die wirklichen Rechte eines Staates oder der Glieder desselben zu erkennen: denn durch das Naturrecht werden nur diejenigen Rechte bestimmt, die aus den allgemeinsten Begriffen der menschlichen Natur und ihrer Verhältnisse fließen. Sobald aber der Mensch in einzelne bestimmte Verhältnisse geräth, so lässt sich aus dem blossen Begriffe derselben nicht abnehmen, was einzig Recht sey, sondern es lässt sich mehreres als Recht denken. Hier muss nun doch irgend eine Auctorität ausgemacht, welcher von mehrern möglichen Fällen für Recht gelten solle, und dergleichen Rechte werden positive Rechte, so wie die Gesetze, welche sie begründen, positive Gesetze genannt, im Gegensatz derer, die sich aus blossen allgemeinen Begriffen des Menschen erkennen lassen, oder aus deren wesentlichen Merkmalen fließen, und die man deshalb *natürliche*, d.i. durch die Natur selbst bestimmte Gesetze nennt» Cfr. *Einleitung in das Studium...*, cit., párrafo 156.

²⁹ «Das Positive würde in diesem Falle mit dem Natürlichen stets zusammenfallen. Allein so ist es nicht. In der Erfahrung findet sich vielmehr: 1) dass sich die Menschen in vieler Fällen gar nicht über das, was für Recht gelten soll, vereinigen können; 2) dass sie nicht immer Lust haben, das, was sie auch für Recht erkennen, zu befolgen oder in der Praxis gelten zu lassen, sobald es ihrem Privatvortheilen zu widersprechen scheint». Cfr. *Einleitung in das Studium...*, cit., párrafo 157.

³⁰ «Da nun aber doch ein jeder sein Recht gern behaupten und gegen andere geschützt wissen will, so wird es nothwendig: 1) durch allgemeine Regeln oder Gesetze zu bestimmen, was in einzelnen vorkommenden Fällen für Recht gelten soll; und 2) eine Macht gelten zu lassen, welche das, was Recht seyn soll, nicht bloss bestimmt, sondern auch darauf zu halten im Stande ist, dass das Recht allenthalben geschützt und realisirt werden». Cfr. *Einleitung in das Studium...*, cit., párrafo 158.

³¹ «Sobald sich die Menschen zu diesem Zwecke vereinigen, gründen sie eine bürgerliche Gesellschaft oder einen Staat. Ein solcher setzt also eine souveräne Macht voraus, welche bestimmt, was positive Recht und Gesetz seyn soll, und dasselbe aufrecht erhält». Cfr. *Einleitung in das Studium...*, cit., párrafo 160.

³² Vid. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1829, págs. 1-9.

existe, como Derecho, el Derecho positivo.³³ Pueden existir exigencias racionales dirigidas al Derecho –explicaba Stahl–, pero no existe un Derecho racional.³⁴ El dominio del Derecho natural, explicaba este autor en su afán conservador, supondría sólo la superposición de opiniones arbitrarias de cada cual sobre el orden común, y, con ello, la guerra de todos contra todos.³⁵

Unos años más tarde, Warnkönig denunciaba que existían muchos sistemas de Derecho natural distintos, incluso entre los seguidores de una misma Escuela. Lo deseable –expresaba este autor– es que se superara el elemento subjetivo y que consiguiéramos una legislación que, del mismo modo que las Matemáticas, llevara en sí la garantía de su corrección. «Pero hasta ahora ni la Moral ni el Derecho han conseguido elevarse a las alturas de una ciencia apodíctica, como se vanagloria la Filosofía del Derecho abstracta».³⁶

Fries también alababa las excelencias del Derecho positivo sobre el Derecho filosófico, porque este último se presta a arbitrariedades por parte del juez, y el Derecho positivo legislado, en cambio, trae orden y seguridad a la vida social.³⁷ Friedrich Schmitthenner, como resumiendo estas ideas, definía al Derecho de forma exquisitamente positiva: «El Derecho es el sistema de las formas coercibles y, por tanto, necesarias, de las relaciones humanas».³⁸

³³ Vid. *Die Philosophie des Rechts*, cit., vol. II, por ejemplo págs. 218-221.

³⁴ «Es giebt daher wohl Vernunftforderungen an das Recht, aber es giebt kein Vernunftrecht». Cfr. *op. cit.*, pág. 221.

³⁵ «Die Herrschaft des Naturrechts ist darum im Wahrheit nur die Aufrichtung der Willkühr jedweder Meinung über der gemeinsam öffentliche Ordnung, sie ist die Aufrichtung des Krieges Aller gegen Alle». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., vol. II, pág. 223.

³⁶ «Eben so gross ist die Verschiedenheit der Systeme des Naturrechts, oft selbst unter den zu derselben Schule gehörende Schriftstellern. Nur wenn es unmöglich wäre, aus allem Subjektiven heraustreten, könnte eine rein objective, durch sich selbst als Gesetzgebung geltende Rechtstheorie aufgestellt werde, welche gleich den mathematischen Wissenschaften die Garantie ihrer Richtigkeit in sich trüge und nach Demonstration jedem als verpflichtend sich zeigte. Bis jetzt ist es weder der Moral, noch dem Naturrecht gelungen, auf die Höhe einer apodiktischen Wissenschaft sich zu erheben, wie oft auch die abstracte Rechtsphilosophie dessen sich rühmte». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 217.

³⁷ Vid. su *Politik...*, cit., parágrafo 97.

³⁸ «Das Recht als das System der in der Gesellschaft erzwingbaren, also äusserlich notwendigen Formen der menschlichen Beziehungen». Cfr. *Zwölf Bücher vom Staate oder systematische Encyclopädie der Wissenschaften*. Giessen, 1843, pág. 2.

4. DERECHO NATURAL E HISTORIA: LA POSITIVIDAD DEL DERECHO NATURAL.

La modernidad se había desentendido de la realidad concreta y, por este motivo, situó los criterios de la Justicia en un plano abstracto, que poco tenía que ver con el Derecho realmente posible y existente; a este respecto, ya he aludido a que Kant y su Escuela –que llevan a la máxima perfección conceptual las tesis iusnaturalistas modernas– dejaron sin explicación el Derecho “positivo” que, para ellos, era un sector más del mundo físico (*Sinnenwelt*), sobre el que no cabía una explicación racional, general y necesaria. Sin embargo, al despertar del sueño de la *Metaphysik des Rechts* o de la *natürliche Rechtslehre*, la Filosofía del Derecho decimonónica se encontró con que había de dar una explicación no de grandes y coherentes diseños metafísicos, sino de la realidad jurídica concreta. Este problema estaba agravado por el desprestigio de cualquier doctrina iusnaturalista o, en general, “filosófica”, sobre el Derecho.

En el cambio de siglos se produjo, con gran rapidez, una revolución copernicana en el tema de lo que se entendía por “racionalidad” y, por tanto, también en el de la Justicia. En efecto, mientras que la Ilustración había condenado a lo real-histórico como irracional, en nombre de una Razón reflexiva superior, el siglo XIX condena a esa “Razón” pretendidamente superior alegando tenuemente, casi subliminarmente, que toda creación reflexiva es siempre una creación subjetiva y, por ello, inconcreta e irracional. De este modo, durante los decenios que duró el movimiento antirracionalista, ya no fue la “Razón” la que juzgó a la Realidad, sino que fue esta última la que impuso sus condiciones a la razón. En este sentido, Tegehoff nos indica que una de las aportaciones más destacadas de Schelling fue la de romper el dualismo típicamente kantiano entre “Naturaleza” (en la que no existiría racionalidad, sino sólo la sucesión de las leyes físicas) y “Razón”, que sería “libertad”. Schelling entiende, por el contrario, que todo lo creado

conscientemente es obra subjetiva, de modo que sólo poseería objetividad la creación inconsciente o irreflexiva.³⁹

Como sucede tantas veces, las ideas no fueron formuladas, por lo general, expresamente, pero la revalorización de lo *concreto* que observamos en Schelling, Schlegel o Hegel no fue una aportación personal o específica de estos filósofos, sino que se inscribe en el marco de una forma colectiva de pensar que, aunque no suele estar expresamente formulada por la mayor parte de los que la aceptan y siguen, si estuvo operante, y fue eficaz, durante la primera mitad del siglo XIX.

a. La teoría del Organismo.

La revalorización de lo real concreto frente a lo abstracto lógico necesitó de un cauce, de un pretexto, para irrumpir en la conciencia colectiva y adquirir carta de naturaleza. La teoría que cumplió esta función fue la del organismo, en fuerza de la cual se consideraba a la Naturaleza como un Todo "orgánico" –ningún autor explicó qué quiere decir "orgánico"– compuesto de partes que, por su condición de elementos del Único real, gozaban de la misma realidad –esto es, "racionalidad"– que el Todo Único en que se insertaban y desde el que existían.

Krause explicaba en este sentido, ya en 1803, que el Principio supremo al que todo se ordena, y todo lo subordina, es el Universo, que es un Sistema, ciencia de las ciencias.⁴⁰ Todo es Uno, explica Krause: hay una razón, un mundo, una naturaleza. «El Absoluto infinito –el Mundo– la Naturaleza absoluta o la Razón absoluta solamente pueden ser una... Éste es el presupuesto (hipótesis, axioma) absoluto de todo filosofar... Incluso la conciencia más común está fundamentada en la absoluta fe racional en la unidad y armonía del mundo».⁴¹ Todo es cambiante y vivo (*wechselfeit*), y en el Es-

³⁹ Vid. W. Tegehoff, *Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus insbesondere Kants auf Friedrich Carl v. Savigny*. Tesis doctoral inédita. Frankfurt am Main, 1962, págs. 23 y ss.

⁴⁰ Vid. su *Grundlage des Naturrechts*, cit., págs. 31-32.

⁴¹ «Alles ist eine Vernunft, eine Welt, eine Natur... Das absolut Unendlich –die Welt– die absolut Natur oder absolute Vernunft kann nur *eine*, nur *einmal* sein, denn das absolut Unendliche fast alles... allein die Art zu sein alles einzelnen in ihr ist durch das Unendliche selbst, und sein unednliches organisirendes Gesetz bestimmt. Dieses ist die absolute Voraussetzung (Hypothese, Axioma) alles Philosophierens... Ja selbst das gemeinste Bewusstsein ist auf den absoluten Vernunftglauben an die Einheit und Harmonie der Welt gegründet». Cfr. *Grundlage des Naturrechts*..., cit., pág. 34.

tado todo está determinado por la categoría de la vivacidad, porque en el Organismo cada parte está determinada por el Todo y ella, a su vez, influye sobre el Todo. Por esta razón, prosigue Krause, la naturaleza del Estado ha de ser necesariamente orgánica, de modo que el Estado mismo es un Organismo. «En consecuencia, la tarea del *Naturrecht* puede ser expresada diciendo que es la exposición sistemática de las leyes supremas del Organismo racional, la exposición de las condiciones externas de la racionalidad».⁴² Desde esta racionalidad del Todo Universal, cada hombre encuentra en el Estado las condiciones externas de su libertad y de su vida racional,⁴³ ya que las funciones vitales del Estado, en tanto que un organismo autónomo, son las de conocer, percibir y querer el Derecho.⁴⁴ Supuesta esta racionalidad inmanente del Estado y de sus leyes, a Feuerbach le resultaba fácil mantener que el Derecho positivo se convierte en Derecho natural, o que todo Derecho positivo es Derecho natural,⁴⁵ y Krause explicaba, en su *Abriss* tardío de 1828, que el concepto del Derecho, y también el del Estado

⁴² «Alles halt sich wechselseits, alles ist in der Staatseinrichtung nach der Kategorie der Wechselwirkung bestimmt. Wenn nur dasjenige organisch, ein Organismus, heisst, worin jeden Theil durch das ganze bestimmt und hinwiederum das ganze bestimmend, und ein wesentlicher integrierender Theil des Ganzen ist: so muss die Einrichtung des Staats nothwendig organisch, ein Organismus sein. Daher kann die Aufgabe des Naturrechts also ausgedrückt werden: die systematische Darlegung der obersten Gesetze des vernünftigen Organismus der Darstellung aller äusseren Bedingungen der Vernunftigkeit». Cfr. *Grundlage des Naturrechts*..., cit., pág. 16.

⁴³ «Jeder Mensch, der Mitglied eines gebildeten Volklebens ist, findet, dass er zunächst alle äussere von der Freiheit abhängige Bedingungen seines vernunftgemässen Leben wenigstens zum Theil und mittelbar durch den Staat empfängt...». Cfr. *Abriss der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts*. Göttingen, 1828, pág. 9.

⁴⁴ «Die einzelnen Grundthätigkeiten (Lebensfunctionen) des Staates, sowohl als selbständiges Ganzen, als auch jedes Gesellschaftes sind: Erkennen, Empfinden und Wollen des Rechtes». Cfr. *Abriss der Philosophie des Rechts*..., cit., pág. 125.

⁴⁵ «Kurz, es ist entschieden: damit ein rechtlicher Zustand unter den Menschen sei, muss das Recht gewiss sein unter ihnen; damit es gewiss sei, darf die Trüglichkeit, das Schwankende, der mögliche oder wirkliche Widerspruch menschliche Urtheile nicht mehr Einfluss haben auf das wirkliche Gelten der Rechte: und damit es keinen Einfluss habe... so muss sich in praktischer Rücksicht das Urtheil Aller, mit Verzicht auf eigene Entscheidung, *einen einzigen Urtheile unterwerfen*, das in höchsten Autorität allgemeingültig und allgemeingeltend ausspricht, was überhaupt als Recht ohne allen Widerspruch anerkannt werden soll, und welches nun, im Gesetz von der nicht praktisch geltende Urtheile der Individuen, das *öffentliche Urtheil* heisst. Das Subjekt dieses Urtheils ist die positive Gesetzgeber; sein Ausspruch das Positivgesetz; die wissenschaftliche Darstellung des durch Positivgesetz begründeten und also in einem bestimmten Staate allgemeingeltenden Rechts die positive Rechtswissenschaft». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie*..., cit., pág. 70.

en tanto que institución jurídica, se obtiene mediante la autoobservación, la autopercepción y el autoconocimiento inmediato del Espíritu y del hombre en tanto que seres racionales.⁴⁶

Gönnér, en una obra de título tan significativo como es el de *El Estado desarrollado como Organismo del Universo*, entiende que la comunidad política es orgánica porque el Universo compone un solo organismo, y todas sus partes sólo pueden existir orgánicamente,⁴⁷ y esto motiva que la finalidad de esta comunidad sea idéntica con la finalidad de la Naturaleza, ya que la comunidad «sólo expresa la forma de la existencia».⁴⁸ Ningún planeta –mantiene Gönnér– es autónomo, por lo que separado de sus vínculos con el resto de los planetas, no sería nada; él existe a través de todos, y todos existen a través de él. El planeta se hace el centro de un nuevo organismo, de forma que el Todo es un orden escalonado de Organismos.⁴⁹ El género humano constituye, del mismo modo que todo lo demás existente, un todo orgánico que se inserta en la Totalidad,⁵⁰ y, por esta razón, un Estado no sería nada separado de los restantes Estados. Orgánico es el sistema del sol, orgánico es el sistema de los planetas, orgánica es la Humanidad.⁵¹ Consecuentemente, la actividad de un individuo es una actividad aislada sólo de una manera aparente, porque ese sujeto, con esa actividad influye en el

⁴⁶ «Der Begriff des Rechts, und dadurch auch der Begriff des Staates als Rechtsanstalt, ist hier gewonnen worden lediglich in unmittelbarer Selbstbeobachtung, Selbstwahrnehmung und Selbsterkenntnis des Geistes und des Menschen als Vernunftwesen». Cfr. *Abriss der Philosophie des Rechts...*, cit., pág. 9.

⁴⁷ «Der Verein ist organisch; das Universum ist nur ein Organismus, und alle Theile können im Universum nur organisch existieren». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 10.

⁴⁸ «Der Zweck dieses Vereins muss identisch seyn mit der Natur, weil der Verein nur die Form der Existenz ausdrückt». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 11.

⁴⁹ «Kein Planet ist für sich selbständig; losgerissen aus seinem Verbande mit allen übrigen, wäre er nichts. Er ist durch alle, und alle sind durch ihn. Der Planet macht sich wieder zum Centrum einen neuen Organismus–des Trabantensystems. Er selbst aber ist in sich wieder organisch. Kurz! das Ganze ist eine Stufenleiter von Organismen. Alles, auch das kleinste, ist organisch, und Theil eines grösseren Organismus». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 87.

⁵⁰ «Das Menschengeschlecht auf unsern Planeten ist, wie das in jedem andern, ein organische Ganze... Aber die Menschheit ist Alles in Alle... Kurz! das Menschengeschlecht ist ein organisches Ganze, nicht für sich isolirt, sondern selbst der Vereinigungspunkt des Physischen». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., págs. 89-93.

⁵¹ «Der einzelne Staat darf auch nicht, getrennt von den übrigen Staaten, aufgestellt, es darf nie vergessen werden, dass er organisch Theil der Staatseinheit sei. Alles, alles in der Natur organisch, organisch in sich, organischer Theil eines höheren Organismus. Organisch ist das System der Sonnen, organisch das Planetensystem, organisch das Menschengeschlecht». Cfr. *Der Staat als Organismus...* cit., pág. 109.

todo, y el Todo influye en él; así, el Estado produce a través de los agricultores, transforma los productos mediante los fabricantes, trafica gracias a sus comerciantes, es defendido por sus soldados.⁵² Siendo las cosas así, podemos comprender que la vida en común consiste en que cada sujeto es a la vez fin y medio, ya que él determina a todo lo restante, y el Todo lo determina a él.⁵³ Esta adecuación o vida unitaria no es caótica porque el fin último del Estado es la exposición progresivamente más bella de la Idea de la Humanidad.⁵⁴ Ideas muy similares sostenía Amadeus Wendt, para quien el Mundo es un Organismo infinito para el que los principios creador y cognoscitivo (Naturaleza y Espíritu) están siempre de acuerdo;⁵⁵ por esta razón, el hombre se encuentra en una continua armonía con el resto del Mundo, y él expresa esta armonía en su actividad libre, especialmente en la ley moral.⁵⁶

La lista de autores que exponen ideas similares a las ya apuntadas sería francamente monótona. Rudhart, por ejemplo, exponía la teoría del Organismo desde las primeras páginas de su *Encyclopädie*,⁵⁷ y Julius Schmelzing, tras indicar que cada Estado es parte de un Organismo universal, entendía que el Derecho positivo tiene la misma fuente que el Derecho natural, la

⁵² «Die Menschen sind also zur Befriedigung aller ihrer Bedürfnisse vereinigt». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 111.

⁵³ «Die lebendige Vereinigung besteht aber darin, dass das Mannichfaltige (Einzelne) sich wechselseitig Zweck und Mittel sey, dass das Einzelne nicht erkannt werden kann, ausser wie es alles andere bestimmt, und hinwiederum von allem andern bestimmt wird». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 114.

⁵⁴ «...den Endzweck des Staats: "in die immer schönere Darstellung der Idee der Menschheit als einer organischen Einheit in den von Natur vereinigten Menschen nach Massgabe ihres Verhältnisses zu allen andern eben so vereinigten Menschen" zu setzen». Cfr. *Der Staat als Organismus...*, cit., pág. 119.

⁵⁵ «Die Welt ist ein unendlicher Organismus, in welchem ein schaffendes und ein erkennendes Princip (Natur und Geist) in einer ewiger Uebereinstimmung wirken... Ueber beiden waltet die Seele der Welt (Gottheit), belebend und regierend. Vermöge jenes Organismus findet auch zwischen Natur und Geist eine stete Wechselwirkung Statt; die Natur auf den Geist, der Geist bestimmt die Natur». Cfr. *Grundzüge der philosophischen Rechtslehre*, cit., pág. 5.

⁵⁶ «Indem der Mensch (sofern er Geist) ist die menschliche Kraft der Natur in ihren mannigfaltigen Erzeugnissen und sich in Wechselwirkung mit ihr anzuschauen, und durch beiden die ewige Harmonie der Welt zu ahnen vermag, gibt er sich selbst das Gesetz, diese Harmonie auch in seiner freien Thätigkeit auszudrücken (Sittengesetz überhaupt), welches, in sofern es nur durch Vernunft erkannt wird, Forderung der Vernunft (Vernunftzweck)...». Cfr. *Grundzüge der philosophischen Rechtslehre*, cit., pág. 6.

⁵⁷ Vid. op. cit., parágrafos 6 y 11.

razón práctica.⁵⁸ También Karl Heinrich Hagen fundamenta su doctrina en la teoría del Organismo,⁵⁹ y, en el marco de esta forma de entender la realidad jurídica, Rätze explicaba que el Derecho positivo es Derecho natural.⁶⁰

Anton Arnold von Linck desarrolló una tenue teoría del Organismo universal aplicada al Derecho. Según este autor, únicamente el conocimiento de la naturaleza completa y entera del hombre en su Unidad nos puede hacer conocer nuestros derechos y obligaciones,⁶¹ y hacer explícita esta conciencia que el hombre posee de sí mismo en su desarrollo histórico en el mundo externo (*Sinnenwelt*), atrapar su movimiento y sus orientaciones, es la verdadera tarea de una Filosofía del Derecho, pues el estado conjunto de la Humanidad no es algo acabado, sino que consiste en una tendencia continua en la que cada momento es prosecución y desarrollo del pasado y, a su vez, germen para el futuro.⁶² Por este motivo, la Filosofía del Derecho no puede ser una teoría cerrada que diera reglas externas y absolutas, en las que todo caso futuro pudiera ser subsumido y decidido lógicamente; la función de la Filosofía del Derecho es, más bien, la de despertar el sentido interno hacia el desarrollo vivo y la perfección de una nación.⁶³

⁵⁸ «Das positive Recht hat mit dem Natur-Rechte gleiche Quelle—die praktische Vernunft... Das positive Recht hat also das Natur-Recht immer zur Grund-Lage». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 52.

⁵⁹ Vid. *Von dem Staatslehre...*, cit., pág. 6.

⁶⁰ «Das, was im Staate durch die positiven Gesetze zu dem absoluten Vernunftrechte und Anwendung des Vernunftrechts, und der Mittel und Formen, durch welche dasselbe auf das Möglichste realisirt werden kann...». Cfr. *Das Vernunftrecht...*, cit., págs. 42-43.

⁶¹ «Nur die ganze, ungetheilte Natur des Menschen, die die Einheit seines Denkens und Seyns ist, kann die Erkenntniss seiner Rechte und Pflichten gewähren». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 133.

⁶² «Dieses Bewusstseyn in seiner welthistorischen Entfaltung zu erfassen, sich in den Gang seiner Bewegung und seiner Richtungen zu versetzen, durch die es die Vorsehung seinen Ziele entgegenführt, ist die Aufgabe einer wahren—einer geschichtliche Philosophie des Rechtes. Denn da der gesammelte Zustand des menschlichen Geistes nicht ein fertiger, sondern ein in steten Streben und Werden begriffener—seine Stufe in jeglichen Zeitalter nur Fortleitung und Entfaltung der Vergangenheit, nur Keim für die Zukunft ist». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 134.

⁶³ «Fragt man nun, welchen praktischen Dienst eine also gewonnene Philosophie des Rechtes zu leisten habe; so kann dieser nicht darin bestehen: dass sie eine abgeschlossene Theorie aufstelle, dass die absolute, äussere Regeln finde, welchen jedes einzelne Verhältniss, jeder künftige Fall, um entschieden zu werden, nur logische unterzuordnen wäre. Er kann nur darin bestehen, dass die den innern Geist und Sinn erwecke, der einer lebendigen Fortbildung und Vervollkommung des bestehenden Rechtszustandes eines Volkes, im Ganzen wie in Einzelnen, die eigenthümliche Haltung und zeitgemässe Richtung sichert». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 137.

El autor que contribuyó a lanzar hacia la segunda mitad del siglo XIX estas teorías fue Heinrich Ahrens. Él explicaba, en su *Juristische Encyclopädie* de 1855, que dado que todo lo viviente es una evolución, el Derecho es un principio histórico que, en su desarrollo, configura a los hombres y a los pueblos. El Derecho es, simultáneamente, eterno y temporal. Es eterno porque su fundamento, que es hacer posible el destino o determinación humana, permanece siempre, y es temporal y variable porque las relaciones de la vida conducen a condiciones vitales progresivamente distintas.⁶⁴ El Derecho adopta formas distintas según las necesidades y el grado cultural de cada pueblo; por eso, aun cuando la Idea del Derecho permanece siempre pura en el Espíritu, ella adopta una pluralidad de formas externas sin las cuales no podría existir.⁶⁵ En consecuencia, estas formas, lejos de ser algo superfluo o inesencial, pertenecen a la esencia del Derecho: ellas constituyen, en la vida jurídica, las configuraciones visibles que hacen posible reconocer externamente el Derecho.⁶⁶ Por esta razón Ahrens reprocha a Forster que haya explicado el Derecho natural partiendo desde los individuos: es preciso partir desde el Todo para conocer las formas concretas del Derecho.⁶⁷

⁶⁴ «Das Recht, welches sich stets auf Leben und Lebenverhältnisses bezieht, ist da alles Leben eine Evolution dessen ist, auch ein geschichtliche Prinzip, indem es sich selbst dieser Entwicklung der Menschen und Völker stetig fortbildet. Das Recht ist ewig und doch zugleich zeitlich, ein stets änderliche Erscheinung; es ist ewig, weil sein Grund, die Bedingtheit des Lebens, und sein Zweck, die Ermöglichung der menschlichen Bestimmung, stets dieselben bleiben; es ist änderlich, weil nach den, durch die Entwicklung des Lebens und Fortschritts verschieden sein müssen». Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., pág. 59.

⁶⁵ «Das Recht, obwohl ein ewiges, durch die göttliche Weltordnung gesetztes Prinzip, bildet sich in und mit den menschlichen Lebensverhältnisse stetig fort, und nimmt nach Bedürfnis, nach Stufe und Umfang der Bildung, mehr oder minder allgemeine und klar ausgeprägte Formen an. Die Idee des Rechts kann zwar rein im Geiste leben; aber so wie die Seele zu ihrer Erscheinung eines Körpers bedarf, so gibt es auch in der Wirklichkeit kein Recht ohne eine bestimmte Form, welche seine lebendige Gestaltung ist». Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., pág. 73.

⁶⁶ «Es ist daher eine verkehrte und verderbliche Ansicht, wenn man die Formen als etwas Ueberflüssiges, Unwesentliches und, besonders in dem öffentlichen Rechtsleben, als einen Hemmschuh der gesellschaftlichen Entwicklung betrachtet. Die Formen gehören... zu der Wesenheit der Sache; sie sind in dem Rechtsleben die eigentliche sichtbare Gestalt und die äussere Erkennbarkeit des Rechts». Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., pág. 74.

⁶⁷ Vid. *Naturrecht oder Rechtsphilosophie des Rechts und des Staates*. Wien, 1870, págs. 267 y ss.

b. Los tradicionalistas.

Es bien conocido que el tradicionalismo legitimista, representado fundamentalmente por De Bonald y De Maistre en Francia, por Donoso Cortés en España, y por von Haller, Müller y Stahl en Alemania, rechazó de plano el iusnaturalismo moderno que había servido de soporte intelectual a la Revolución. Como la única teoría sobre el "Derecho natural" que se conocía a comienzos del siglo XIX era la propia de la Modernidad, al rechazar esta teoría se entendía que se estaba rechazando cualquier doctrina posible sobre la objetividad de la Justicia; así, por paradojas de la Historia, los tradicionalistas se convirtieron, durante algún tiempo, en atacantes de cualquier iusnaturalismo en nombre del Derecho positivo existente, ya que este último Derecho, creado entonces en el Antiguo Régimen, favorecía la causa de la Monarquía y de la sociedad tradicional de aquel tiempo.

En este sentido, Ludwig von Haller explicaba que los principales tumultos y disturbios que se habían producido en Centroeuropa se habían debido a la función revolucionaria de las teorías iusnaturalistas existentes⁶⁸ que, con sus exigencias de libertad e igualdad habían erosionado los fundamentos intelectuales del Antiguo Régimen. «Se proclamaron los derechos originarios del hombre –escribía Haller– tales como éstos se pueden pensar al margen de cualquier sociedad y, por tanto, en un estado humano inexistente, y se entendió que ellos constituían la norma suprema a la que debían tender todas las leyes». ⁶⁹ Frente a este "Derecho natural", Müller explica que no ha existido esa sociedad previa al Estado, el *status naturae*,⁷⁰ en la que cada individuo adquiere esos pretendidos derechos absolutos e inmutables; dado que siempre ha existido vida política, allí donde han existido hombres, este *Naturrecht* es una quimera.⁷¹ La culpa de que este error se hubiera difundido tanto, explica Müller, la ha tenido la infravaloración de la Idea del

⁶⁸ «Mehrere bürgerliche Unruhen, z.B. die Genferschen von Anno 1763 und die Neuenburgischen von Anno 1768 verdankten ihre Entstehung blos den ausgebreiteten Ideen jenes spekulativen Staatssystems. Die ganze Französische Revolution aber ist ihrem wesentlichen Inhalt nach nicht anders als die Geschichte seiner versuchten und misslungenen Realisirung». Cfr. *Handbuch der allgemeinen Staatenkunde...*, cit., párrafo 5.

⁶⁹ «Man proklamirte die ursprünglichen Rechte des Menschen, wie man sich dieselben ausser aller Gesellschaft, folglich in einem unmöglichen Zustand, denken kann, und stellte dieselben zur höchsten Norm, zum alleinigen Zweck aller Gesetze auf». Cfr. *Handbuch der allgemeinen Staatenkunde...*, cit., párrafo 5.

⁷⁰ Vid. *Die Elemente der Staatskunst*, cit., pág. 52.

⁷¹ «Die Chimäre eines Naturrechtes», explica Müller en *op. cit.*, pág. 55.

Estado,⁷² porque quien piensa en el Derecho y en el Estado ha de pensar en un tiempo y en un lugar determinados, para los que el Derecho existe, pues el Derecho no es más que «la fuerza natural de los hombres vivos hacia un conocimiento vivo». ⁷³ No existe ni puede existir un ordenamiento jurídico absoluto, al margen del tiempo y de la Historia y, consecuentemente, podemos negar con toda confianza la existencia de un Derecho natural que esté sobre o que exista antes que el Derecho positivo; es más, hemos de considerar que todo Derecho positivo es Derecho natural, puesto que todas las "localizaciones" del Derecho positivo surgen desde la Naturaleza; por esto, podemos decir que todo Derecho positivo es al mismo tiempo Derecho natural, y llamamos Derecho "natural" a la tendencia de la Naturaleza a positivizar el Derecho.⁷⁴

Friedrich Ancillon explicaba, de forma parecida, que todos aquellos "estados" en los que se encuentran los hombres están fundamentados en la naturaleza humana y son, por ello, "naturales". Solamente existen situaciones y estados reales, y por esto no puede o ha podido existir el llamado "estado de naturaleza"⁷⁵ desde el que el individuo derivara unos derechos inmutables o absolutos. No sólo no existe un Derecho eterno e inmutable sino que, al contrario, la racionalidad de las leyes estriba en su alta relatividad, ya que la razón exige que las leyes se acomoden a las circunstancias variables de cada pueblo; como el fin general de la sociedad permanece siempre inalterable, en toda legislación han de existir elementos mutables e

⁷² «Die Chimäre des Naturrechtes, welche vor funfzehn bis zwanzig Jahren alle grossen Köpfen in Europa beschäftigte, ist bloss deshalb in die Welt gekommen, weil man die Idee des Staates nie gross und überschwinglich genug aufgefasst hatte». Cfr. *Die Elemente der Staatskunst*, cit., pág. 55.

⁷³ «Wer sich das Recht denkt, denkt sich unmittelbar eine bestimmte Localität, einen bestimmten Fall, wofür es Recht ist; das ist der natürliche, schöne Drang des lebendigen Menschen nach lebendiger Erkenntnis». Cfr. *Die Elemente der Staatskunst*, cit., pág. 58.

⁷⁴ «Wir dürfen also geströst alles Naturrecht ausser, oder über, oder vor dem positiven Rechte, läugnen; wir dürfen alles positive Recht für natürliches anerkennen, da ja alle die unendlichen Localitäten, welche das positive Recht herbeiführen, aus der Natur herfliessen; wir dürfen künftig, da nun einmal alles positive Recht zugleich natürliches Recht ist, das Bestreben, die wahre Natur im positiven Rechte zu behaupten, Naturrecht nennen». Cfr. *Die Elemente der Staatskunst*, cit., pág. 75.

⁷⁵ «Alle Zustände, wie alle Handlungen des Menschen, sind in seiner Natur gegründet, und sind natürlich; alle sind seiner Natur gemäss, und entsprechen nicht seiner Bestimmung. Es giebt also keinen Zustand des Menschen den man vorzugsweise den Naturzustand zu nennen berechtigt wäre». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 2.

inmutables.⁷⁶ «La naturaleza de cada Estado, prosigue Ancillon, así como la naturaleza de cada hombre individual, es, al mismo tiempo, un ser y un devenir, una permanencia y un fluir en el tiempo; del mismo modo que cada cuerpo orgánico, todo Estado tiene un componente permanente y otro componente variable».⁷⁷ Ancillon concluye, haciendo suya una tesis muy extendida en aquel momento, que «el tiempo, que todo lo cambia, cambia también a los hombres; o mejor, porque la naturaleza del hombre es inseparable de la movilidad continua y él obra tanto en el espacio como en el tiempo, a ambos proporciona él nuevas configuraciones, y de ambos recibe, a través de un intercambio inevitable, nuevas impresiones, inclinaciones, etcétera».⁷⁸

c. La Escuela Histórica del Derecho.

La Escuela Histórica del Derecho no poseyó una fundamentación intelectual uniforme. Warnkönig, Stahl y Savigny argumentaron de formas muy distintas. El pensamiento político-religioso de Stahl es francamente singular, y merece un tratamiento aparte. Savigny, por su parte, casi en ningún momento entra en temas que entonces eran propios del *Naturrecht* o de la *Rechtsphilosophie*; se limita a sentar las tesis típicas de la Escuela Histórica, que todos conocemos.

Warnkönig, que fue el autor que mostró mayor interés por los temas propiamente iusfilosóficos, entiende que las relaciones humanas han de ser distintas según los lugares y los tiempos, y debemos guardarnos de minus-

⁷⁶ «Die Vernunftmässigkeit der Gesetze besteht in ihrer höchsten Relativität. Daraus folgt schon, dass die Gesetze aus dem Zustand des Volkes hervorgehen... dann gehen sie aus den Verhältnisse hervor, und alle Verhältnisse haben Einfluss auf ihre Beschaffenheit. Der Gesetzgeber spricht Sie nur aus, und berechnet die Gesetze nach den Verhältnissen, allein mit steter Hinsicht auf den allgemeinen Zweck der Gesellschaft. Daraus folgt auch das Princip der ewigen Beweglichkeit der Gesetzgebung neben ihrer Beharrlichkeit; denn einige Verhältnisse bleiben immer dieselben, andere sind im Wechseln begriffen». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 16.

⁷⁷ «Die Natur eines jeden Staats, wie die Natur eines jeden einzelnen Menschen, ja eines Wesens, ist zugleich ein Seyn und ein Werden, ein in der Zeit beharrliches, und ein in der Zeit fließendes. So wie ein jeder organischer Körper, hat ein jeder Staat permanirende und veränderliche Bestandtheile». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 33.

⁷⁸ «Die Zeit, die alles verändert, verändert auch den Menschen; oder vielmehr, da die Natur des Menschen von einer steten Beweglichkeit unzertrennlich ist, wirkt er beständig in der Zeit, so wie im Raume, giebt beiden neue Gestalten, und empfängt von beiden, durch eine unvermeidliche Rückwirkung, neue Eindrücke, Ansichten, Neinungen». Cfr. *Ueber Souveranität...*, cit., pág. 70.

valorar esta diversidad. Al contrario, esta multiplicidad muestra precisamente una ley interna de la naturaleza del hombre que fuerza a éstos a obrar de formas distintas según las circunstancias diferentes.⁷⁹ Es ridículo, escribe Warnkönig, recurrir a un patrón puramente intelectual que mida la rectitud del Derecho positivo, porque el Derecho se desarrolla siempre siguiendo una ley innata de la naturaleza humana que nos obliga a admitir como jurídicas determinadas circunstancias; y esta misma ley determina que todas las manifestaciones empíricas del Derecho tengan necesariamente un origen moral, puesto que nacen del impulso de realizar la Idea de la Justicia.⁸⁰ Warnkönig establece lo que él llama la creación "material" o "filosófica" del Derecho, que nos muestra que el Derecho existente, si se ha producido espontánea o "naturalmente", se adecúa siempre a las más altas exigencias de la naturaleza humana; de este modo, los principios y las orientaciones jurídicas fundamentales se amplían según los progresos de la formación del pueblo, aproximándose cada vez más a la Idea suprema del Derecho.⁸¹ Entendiendo así las cosas, es forzoso concluir que cualquier Derecho positivo ha de tener un fundamento más sólido que el simple arbitrio del gobernante, y Hugo expresaba esta misma idea explicando que todas las verdades jurídicas tienen siempre un origen natural.⁸²

⁷⁹ «Die reinmenschlichen Verhältnisse werden bey andern Völkern und zu andern Zeiten verschieden gebildet seyn. Jedoch hüte man sich deshalb diese Verschiedenheit als minder rechtlich begründete Verhältnisse anzusehen, als es die gemeinsamen derselben sind. Ja, im Gegentheile, diese Verschiedenheit beweiset gerade das Daseyn eines der menschliche Natur inwohnenden Gesetzes, welches die Menschen zwingt irgend etwas in der sich unter ihnen bildenden Verhältnissen, als so nothwendig der Natur der Verhältnisse gemäss, mithin als rechtlich anzuerkennen». Cfr. *Versuch einer Begründung des Rechts...*, cit., pág. 15.

⁸⁰ «...welches das letzte Grund alles Recht, alles rechtlichen, alles positiven Rechts sey, gelöst haben, indem wir fanden, dass alles Recht zuletzt auf eines in der menschlichen Natur begründeten Idee beruhe, welche ein Trieb, ein Grundzug, ein Gesetz derselben ist, gewisse Verhältnisse als nothwendig und darum als rechtlich anzuerkennen. Und es ist sofern wahr, dass alles Rechtliche moralischen Ursprung sey, da es aus dem Triebe, die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen abstammt». Cfr. *Versuch einer Begründung des Rechts...*, cit., pág. 23.

⁸¹ «Von ganz anderer Art ist die materielle, politisch, oder auch philosophische Bildung des Rechts. Sie zielt darauf hin, das vorhandene Recht, sobald es nämlich historisch genau erkannt, den Forderungen der höhern Menschennatur immer gemässer zu machen; zu bewirken, dass mit den Fortschreiten der Volksbildung überhaupt auch die rechtlichen Einrichtungen und Grundsätze weiter ausgebildet, der höchsten Idee des Rechts näher gebracht, also philosophischer, wahrer, moralischer werden mögen, kurz, dass das Recht seiner Grundlagen nach vollkommener werde». Cfr. *Versuch einer Begründung des Rechts...*, cit., pág. 40.

⁸² «Es ist ferner auch wahr, dass alles positive Recht, wenn es nur nicht durch

d. La naturaleza jurisprudencial de todo Derecho posible.

A lo largo del siglo XIX publican algunos autores cuyo núcleo doctrinal tiene poca relación con lo expuesto hasta ahora. No mantienen teorías organicistas, ni tampoco son historicistas, pero, del mismo modo, tampoco creen en ese Derecho inmutable y eterno al que casi todos aluden. Son personas –normalmente juristas de profesión– que han captado que la decisión práctica tiene poco que ver con historicismos o razones absolutas.

Nicolaus Falck explicaba, en este sentido, que el método jurídico ha de tener ante sus ojos, ante todo, las relaciones propiamente jurídicas;⁸³ en cambio, una “Teoría general del Derecho” (*eine allgemeine Rechtslehre*) o una Ciencia jurídica natural han de apartarse de las relaciones específicamente humanas y jurídicas, y guiarse por otros cánones.⁸⁴ Parece obvio que Falck desautoriza a esa “Ciencia jurídica natural” que procede de espaldas a la Realidad; pero esto no quiere decir que este autor caiga en la actitud simplista de negar cualquier Derecho natural o cualquier norma objetiva de Justicia. Al contrario, Falck, siempre al filo de la experiencia jurídica, explica que «los juristas han de estar preocupados, ante todo, en mantener la parte puramente científica del Derecho libre del influjo de las leyes, a fin de obtener un espacio para el desarrollo científico libre y racional. El resultado de esta fundamentación científica es lo permanente (*das Bleibende*) y lo eterno (*Ewige*), aquello que puede permanecer libre del flujo histórico; todo lo demás está sometido al cambio del tiempo, a las opiniones políticas e, incluso, al simple arbitrio».⁸⁵ Puesto que el Derecho surge de la voluntad

blasse Willkühr befohlen worden, natürliches Recht sey, oder dass, wie Hugo sagt, alle Rechtswahrheiten einen natürlichen Ursprung haben». Cfr. *Versuch einer Begründung des Rechts...*, cit., pág. 54.

⁸³ «...dass für eine Classe von Regeln eine ausdrückliche Sanction der Gesetzgebung vorhanden ist, während sie für die andere gänzlich fehlt. Unleugbar aber giebt diese Verschiedenheit der Quellen, der Wissenschaft eine ganz entgegengesetzte Richtung. Die Methode der historischen Behandlung kann im Wesentlichen keine andere seyn, als eine streng exegetische, welche nicht unmittelbar die Rechtsverhältnisse vor Augen hat, sondern diese lediglich in den gesetzlichen Darstellung betrachtet». Cfr. *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. en «Kieler Blätter für 1919», ersten Band, pág. 15.

⁸⁴ «Eine allgemeine Rechtslehre oder natürliche Rechtswissenschaft hingegen muss sich unmittelbar den Rechtsverhältnissen des Lebens zuwenden, und ihre Forschungen nach andern Regeln leiten». Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 15.

⁸⁵ «Vor allen Dingen sollten die Rechtsgelehrten bemüht seyn, den reinwissenschaftlichen Theil des Rechts von dem Einflusse der Gesetze frei zu erhalten, und für eine freie, rationelle Entwicklung Raum zu gewinnen. Das Resultat dieser wissens-

conjunta de una sociedad civil –explica Falck en su *Enciclopedia jurídica*– deben existir tantos Derechos como sociedades; esta diversidad es, ante todo, una diversidad formal, que nace del hecho de que la fuerza jurídica de las normas, consideradas conjuntamente, no procede de una causa común a todos los ordenamientos. En efecto, por lo que se refiere al contenido del Derecho, los ordenamientos jurídicos pueden concordar en parte, y en parte ser divergentes, porque, aunque los Derechos de todos los pueblos tienen un fundamento antropológico común, la naturaleza humana no se nos manifiesta nunca como tal, y sus manifestaciones revisten siempre el carácter de la individualidad; este elemento general es determinado especialmente en cada situación jurídica a través de las peculiaridades de cada pueblo. De este modo, circunstancias y relaciones distintas conducen a leyes también distintas, e incluso bajo las mismas circunstancias externas surge una diversidad jurídica motivada por el conocimiento desigual de las relaciones humanas y por las opiniones distintas acerca de ellas.⁸⁶

Falck, del mismo modo que Hopper, Bolognetto o Pierre de la Grégoire en el siglo XVI, o que Hugo de Roy o Hermann Conring, en el siglo XVII, evita la alternativa simplista y superficial de pensar que ha de existir o una Razón absoluta inmutable o eterna (ellos explican que la experiencia enseña que no existe un Derecho así) o que todo ha de quedar sometido al arbitrio de los legisladores que se suceden en la Historia, porque también la experiencia nos muestra que en el Derecho existen elementos objetivos cuya justicia está por encima del arbitrio del legislador. Efectivamente, ha sido una

chaftlichen Ergründung ist doch allein das Bleibende und Ewige, dasjenige, welches frey seyn kann von geschichtlichen Einwirkungen; alles Andere ist dem Wechsel der Zeiten, der politischen Ansichten und oft sogar einer reinen Willkühr unterworfen». Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 16.

⁸⁶ «Da das Recht durch den Gesamtwille einer bürgerlichen Gesellschaft entsteht, so muss es so viele geben als bürgerliche Gesellschaften oder Staaten vorhanden sind. Diese Mehrheit oder Verschiedenheit der Rechte ist zunächst eine formelle, welche dadurch entsteht, dass die Rechtskraft sämmtlicher Normen nicht aus einem gemeinschaftlichen Grunde entspringt. Was die Rechtssätze oder den Inhalt des Rechts betrifft, so können die verschiedenen Rechte mehr oder weniger mit einander übereinstimmen oder von einander abweichen. Zwar haben die Rechte aller Völker eine gemeinsame allgemein-menschliche Grundlage. Wie aber nirgends die menschliche Natur als solche erscheinen kann, sondern in der Erscheinung immer den Charakter der Individualität annimmt, so wird auch das Allgemeine in jedem rechtlichen Zustande durch Volkseigenthümlichkeiten besonders bestimmt. Andere Umstände und Verhältnisse führen zu andern Gesetzen, und selbst unter gleichen äusseren Umständen, entsteht eine Verschiedenheit durch Ungleichheit in der Erkenntniss menschlicher Verhältnisse und durch abweichende Meinungen darüber». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 10.

actitud común de los grandes juristas de todas las épocas entender sin grandes esfuerzos que la atención en el análisis de la Realidad muestra, simultáneamente, relaciones objetivas y permanentes tanto como elementos contingentes y variables. Por esta razón, estos juristas nunca han creído en códigos jurídicos “racionales” inmutables, sino que, más bien, han destacado la dimensión histórica-temporal de la estructura del Derecho y de la Justicia, de modo que la Justicia, lejos de ser Una y para siempre, se manifiesta a través de las distintas configuraciones históricas de los Derechos positivos.

Así entendía también este tema Fr. Fischer, que explicaba que «el Racionalismo no ha sospechado siquiera que existe un Derecho natural que se hace vigente en las sociedades humanas con necesidad inconsciente y que es creado por las relaciones jurídicas de los hombres, bien instintivamente a través de la naturaleza de las cosas, bien por inspiración de un legislador»,⁸⁷ porque «el racionalista no tiene ni la más remota idea de que para obtener el más bello, humano y verdadero contenido del Derecho natural, hay que proceder en una búsqueda natural (*Naturforschung*) y sincera del Derecho y del Estado efectivamente existentes».⁸⁸ El “Derecho natural” (expresión que ahora tiene un sentido muy distinto al que se le dio en el siglo XVIII) es perfectible, admite grados, por lo que varía no solamente de pueblo en pueblo y de época en época, sino también entre nosotros.⁸⁹ Por este motivo, concluye Fischer, no se puede decir que existe un Derecho natural general, vigente para todos los tiempos y todos los pueblos; si procediéramos así, sólo conseguiríamos un pobre esqueleto grosero, pues cada pueblo tiene su propio Derecho natural, que cambia en el tiempo.⁹⁰

⁸⁷ «Von einem Naturrechte, das sich in der menschlichen Gesellschaft mit unbewusster Nothwendigkeit geltend gemacht, und die rechtlichen Verhältnisse der Menschen, wie von selbst und instinkartig, durch die Natur der Sache, und durch Inspiration des Gesetzgeber, erzeugt hätte, hat der Rationalismus keine Ahnung». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., págs. 13-14.

⁸⁸ «Der Rationalist... nicht ahnt, um den schönsten, menschlichsten und wahrsten Inhalt des Naturrecht, der nur durch treue und hingebende Naturforschung des wirklich gewordenen Staats und Rechts zu gewinnen...». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts...*, cit., pág. 23.

⁸⁹ «Die Frage ist wenigstens erst noch zu untersuchen: ob nicht das Naturrecht sich mit der fortschreitenden Kulturstufe der Völker und Zeiten fortentwickelt und seine Verpflichtungen sich erweitern und verschärfen; so dass wir heutigen Europäer ein ganz anders, nämlich umfangreicherer und strengeres Naturrecht hätten, als die Hohentoten und Botocuden oder unsere Vorältern vor Jahrtausenden». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 27.

⁹⁰ «...und es gibt ebenso kein allgemeines, für allen Zeiten und Völkern geltendes Naturrecht, welches nur ein armseliges Urrecht des rohesten Anfangs seyn könnte.

e. Los positivistas estrictos.

Si por “positivismo jurídico” entendemos provisionalmente aquella forma de considerar la legislación del Estado que desliga totalmente la validez jurídica de ésta de cualquier otra instancia –Derecho natural, Dios, Razón– pretendidamente superior, también en la primera mitad del siglo XIX encontramos escritores que son “positivistas” en este sentido indicado. Efectivamente, tenemos a dos juristas, autores de obras especialmente importantes por la extensión y conocimiento que tuvieron en su momento, que entienden que el Derecho sólo puede consistir en el conjunto de mandatos imperativos del Estado, que son ellos mismos la norma de cualquier criterio de justicia. Me refiero a algunas páginas de N. Falck y, especialmente, a toda la obra de J.F. Kielruff.

Kielruff, discípulo de Hegel, que intentó aplicar, a su modo, la doctrina jurídica hegeliana al Derecho “civil”, atiende únicamente a la “praxis” jurídica, es decir, a las normas que real y eficazmente configuran la convivencia jurídica y política de una sociedad determinada. Él nos explica que se ha levantado tanto contra el *Naturrecht* como contra las tendencias codificadoras una nueva corriente del pensamiento jurídico que se llama “Escuela Histórica del Derecho”. Esta Escuela parece no convencerle, ya que explica que «esta dirección histórica olvida, en no menor medida que aquella teoría iusnaturalista, el suelo real de la actualidad. Se atiene, ciertamente, al material positivo, pero esta materia es, en su mayor parte, materia muerta que ha perdido la conexión viva con el Derecho de la actualidad».⁹¹

El punto de partida de Kielruff es el Estado, al que supone en todo momento como realidad existente con substantividad propia; no parte, pues, como había hecho la Modernidad, desde los individuos aislados, sino desde la existencia dada de la comunidad política que se llama “Estado”. Siguiendo el tema kantiano usual en casi todos estos autores –no olvidemos que incluso Hegel atribuye al Estado la tarea final de hacer posible la “libertad”– Kielruff explica que el Estado, que es libertad, exige una limitación recíproca de las voluntades individuales. «Esta necesidad represora del arbitrio individual, que conduce hacia la unidad... es el Derecho. La esencia, el fundamento del Derecho, es la voluntad... La voluntad del Estado como tal

Jedes Volk hat sein Naturrecht, das wieder mit der Zeit fortschreitet». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 69.

⁹¹ «Diese historische Richtung verlässt nicht minder, als jene naturrechtliche Theorie, den praktische Boden der Gegenwart. Sie hält fest am positiven Stoff, aber diese Stoff ist seinem grössten Theil nach todes Material, welches ausser lebendigen Zusammenhang steht». Cfr. *Theorie des gemeinen Civilrechts*. Altona, 1839, pág. XX.

es la Forma del Derecho; lo que a través de ella es querido es el contenido del Derecho. Pero ambos son momentos inseparables del concepto efectivo del Derecho». ⁹² Como comprobaremos a continuación, esta unidad inseparable de forma y contenido del Derecho la resuelve Kielruff sacrificando por completo el contenido a la forma: lo jurídico será tal, exclusivamente, por una peculiaridad de origen, esto es, porque procede de la voluntad estatal.

El criterio único para decidir la juridicidad será el de la eficacia, explican Kielruff y Falck expresamente. ⁹³ «La voluntad general lo es porque posee un reconocimiento universal, y ella se intensifica –escribe Kielruff– a través del forzamiento de la voluntad subjetiva que se le resiste... Mediante su realización muestra ella tanto su verdad como la falta de verdad de la voluntad individual que se le aparta. A través de su eficacia muestra ella tanto su fuerza objetiva como la noñada del querer subjetivo que se le opone». ⁹⁴ Kielruff explica que, hablando con propiedad, no se puede decir que existan “derechos del hombre” anteriores al Estado; cuando un individuo cree tenerlos, tal “derecho” encuentra su expresión concreta (el *Drang und Trieb seines Zeitalters*) en un precepto del Estado. Pero si el individuo, en nombre de sus derechos, se sitúa frente al Estado, esto mismo constituye la prueba real de que sólo posee el nombre de “derecho”. La razón de esto reside en que solamente la vigencia (*Geltung*) práctica y definitiva que se impone es una verdadera voluntad. ⁹⁵ Consecuentemente, el Derecho es la voluntad realizativa de una Nación en tanto que producto del Espíritu, de modo que sólo puede ser comprendido como una manifestación de la vida total de la Nación; una tendencia científica que prescindiera de esta peculiaridad de origen “no es nada, es una nada vacía”, *eine nichtige, ein leeres nutzloses*. Por tanto, el Derecho realmente existente (*wirkliches Recht*) es solamente un Derecho positivo, en tanto que Derecho histórico y determinado de un Estado real, y fuera del Derecho positivo no existe nada jurídico. ⁹⁶

⁹² «Diese die individuelle Willkühr reprimierende und zur Einheit zwingende Nothwendigkeit... ist das Recht. Das Wesen, der Grund des Rechts ist der Wille... Der Wille des Staats als solcher ist die Form des Rechts; das, was von ihm gewollt wird, ist der Inhalt des Rechts. Aber beide sind untrennbar integrirende Momente des wirklichen Rechtsbegriffes». Cfr. *Theorie...*, cit., págs. 1-2.

⁹³ Vid. *op. cit.*, pág. 5. Falck, *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 54.

⁹⁴ «Das Recht ist der Wille des Staats. Darum ist es der allgemeine objective Wille, welcher universelle Anerkennung hat, und sie sich verschafft durch Nöthigung des widerstrebenden subjectiven Willens... Durch seine Verwirklichung beweist es seine Wahrheit und die Unwahrheit eines abweichenden individueller Wissens». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 2.

⁹⁵ Vid. *op. cit.*, pág. 3.

⁹⁶ Vid. *op. cit.*, pág. 4.

En la extensa polémica que Kielruff mantiene con los representantes de la Escuela Histórica del Derecho, deja claro que el Derecho consuetudinario no es más que «la voluntad general de un grupo de hombres», ⁹⁷ esto es, la voluntad de los hombres que forman el Estado. El imperativismo deja de ser un matiz, en Kielruff, y se constituye en la nota fundamental del Derecho. Así, explica que «el Derecho consuetudinario puede ser limitado *ad libitum*. Aquí hay que atender al dogma general y dominante según el cual el espíritu del Estado actual es la fuente primera de la fuerza práctica del Derecho consuetudinario, en el que reside la voluntad tácita del legislador, es decir, que allí donde el Derecho consuetudinario es admitido en la práctica, lo es por voluntad del legislador». ⁹⁸ Exactamente lo mismo había indicado unos años antes Nicolaus Falck. ⁹⁹

En consecuencia, el juez no queda abandonado a su razón individual en el momento de juzgar. «Aquí, como en todo, explica Kielruff, le están dados los principios (del enjuiciamiento) en el Derecho de su Estado», ¹⁰⁰ que se le muestran a través de la ley promulgada. Ésta «es el Derecho que procede de la conciencia, la voluntad abstracta y eficaz del Estado. El legislador es el órgano de la Totalidad... la corporeización inmediata del saber legislativo es la palabra... la palabra es su exteriorización como Derecho publicado. La publicación es una característica integrante del concepto de la ley, a través de la cual ella recibe por primera vez su existencia... La publicación no es, pues, un simple hecho, sino que tiene el sentido y la significación de “poner” el Derecho». ¹⁰¹

Esta voluntad expresada del legislador –prosigue Kielruff– es un saber objetivo, es la conciencia que está sobre la opinión. Por ello, cualquier

⁹⁷ «Das Gewohnheitsrecht ist allgemeiner Wille eines Kreises von Menschen». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 11.

⁹⁸ «Gewohnheitsrecht beliebig einschränken könne. Hierin spricht sich das allgemeine herrschende Dogma aus, dass nach dem Geist des heutigen Staats die Urquelle der practischen Kraft in dem stillweigende Willen der Gestezgebung liege, d.h., dass, wo das Gewohnheitsrecht in anerkannt practischer Wirksamkeit besteht, dies eben Wille der Gesetzgebung sei». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 13.

⁹⁹ Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 9.

¹⁰⁰ Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 13.

¹⁰¹ «Gesetz ist das vom Bewusstsein ausgehende Recht, der abstrakt wirkliche Wille des Staats. Der Gesetzgeber ist der Organ der Totalität... Die unmittelbarer Verkörperung des gesetzgeberischen Wissens ist das Wort... (ésta) ist seine Aeusserung als publicirtes Gesetz. Die Publikation ist ein den Begriff des Gesetzes integrirendes Merkmal, d.h. das Gesetz hat ihre erst sein Dasein... Die Publikation ist nicht bloss Thatsache, sondern hat den Sinn und die Bedeutung des gesetzten (gesetzlichen) Recht». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 16.

saber del individuo, cuando razona sobre la *Zweckmässigkeit* de la ley y le niega su aprobación, es un saber subjetivo, que solamente puede tener influjo en la teoría legislativa. «La ley existente eficazmente es Derecho objetivo y justo (*das rechte und gerechte*), al que no le corresponde el predicado de la justicia, sino que el concepto de la justicia surge desde la ley. Injusto es el particular que no se acomoda a la voluntad de la ley, injusto es el juez que, en sus funciones, se hace culpable de no seguirla. Pero el legislador que se mueve dentro de los límites puestos por la constitución, nunca puede ser injusto. Para él sólo existe la moralidad, pero no la injusticia sobre el Derecho. Pero sucede que sobre lo inmoral sólo cabe un juicio subjetivo».¹⁰²

La ley es, pues, repite el mismo Kielruff como condensando su pensamiento, una voluntad que posee eficacia,¹⁰³ y el Derecho, completa Falck, «no es más que un conjunto de principios, preceptos y reglas, a las cuales están sometidos los hombres que viven en un Estado o en una sociedad civil determinada, que puede ser hecho realidad, dado el caso, mediante la aplicación de la coacción».¹⁰⁴ La estructura del precepto legislativo consiste en vincular una disposición jurídica a un hecho determinado, explica Kielruff con una terminología que recuerda a la de Kelsen. Este hecho y esta sanción jurídica configuran la estructura de la ley y constituyen, dentro de la misma ley, el fundamento (*ratio*) de la determinación (*iuris*). La materia contenida

¹⁰² «Das vom Gesetzgeber als ausgeprochener Wille objectivirte Wissen ist ein objectives, es ist das über der Meinung stehende Bewusstsein. Jedes besondere Wissen von Individuen, welche über die Zweckmässigkeit des Gesetzes raisonniren, und ihm ihre Anerkennung verweigern, ist nur ein subjectives, das als legislative Theorie bloss Einfluss haben kann auf das noch nicht zum Dasein gelangte Gesetz. Das wirklich vorhandene Gesetz ist objectiv das rechte und gerechte... Eigentlich passt das Prädicat der Gerechtigkeit auf das Gesetz selbst nicht. Der Begriff der Gerechtigkeit fällt unter das Gesetz. Ungerecht ist der Richter, welcher den Willen des Gesetzes nicht erfüllt, ungerecht ist der Richter, welcher in seiner richterlichen Function sich eine practische Inconsequenz zu Schulden kommen lässt. Aber ungerecht kann der Gesetzgeber, welche sich innerhalb der ihm gesetzten verfassungsmässige Schranken hält, nicht sein. Es gibt nur eine Unsittlichkeit, nicht aber eine Ungerechtigkeit des Rechts. Ueber das Unsittliche giebt es aber nur ein absolut subjectives Urtheil». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 17.

¹⁰³ «Das Gesetz ist als soches der objective Wille, welche nur noch abstrakte Wirklichkeit hat». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 18.

¹⁰⁴ «Unter Recht aber verstehen wir einen Inbegriff von Grundsätzen, Vorschriften und Regeln, deren in einem Staate oder einer bürgerlichen Gesellschaft lebenden Menschen dergestalt unterworfen sind, dass sie nöthigenfalls durch Anwendung von Zwang zur Befolgung derselben angehalten werden» Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., párrafo 1.

es indiferente, y solamente alcanza relieve jurídico porque ha sido tenida en consideración por el legislador.¹⁰⁵

Lógicamente, la figura del derecho subjetivo, base imprescindible de las teorías iusnaturalistas modernas, no juega en Falck ni en Kielruff ninguna función especial, ya que el punto de partida de su consideración del Derecho no viene dado por los individuos y sus "derechos", por las *juristische Personen*, sino por el Derecho legislado del Estado. Consecuentemente, Kielruff define al derecho subjetivo como «la unidad concreta de la voluntad del Estado con la voluntad de un particular»,¹⁰⁶ ya que todo el Derecho es Derecho creado por el Estado, *ius quaesitum*, y el hombre sólo es un verdadero sujeto de derechos cuando reúne en sí los presupuestos legales para la adquisición de un derecho.¹⁰⁷

Sobre esta dirección del pensamiento jurídico puede servir de juicio de conjunto el que hizo Rosenbaum, a saber, que los juristas del siglo XIX abandonaron las teorías dieciochescas que se volcaban en la especulación, y trataron de ser pragmáticos; dejaron de lado las búsquedas sobre la fundamentación ética del Derecho y centraron su atención sobre la realidad del Derecho positivo vigente en el Estado.

¹⁰⁵ «Das Gesetz ist die Verknüpfung einer Bestimmung oder rechtlichen Disposition mit bestimmten Tatsachen. Diese bilden die Voraussetzung für jene, und sind innerhalb des Gesetzes selbst der Grund (*ratio*) der Bestimmung (*iuris*). Der factischen Stoff ist für sich gleichgültig, und nur dadurch, dass er Gegenstand einer vom Gesetzgeber ausgehende Bestimmung ist, gewinnt er juristische Bedeutung» Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 28.

¹⁰⁶ «Recht im subjectiven Sinn ist die concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 154.

¹⁰⁷ «Das Recht ist entstanden (*ius quaesitum*), und der Mensch ist wirkliches Rechtssubject, wenn er die gesetzliche Merkmale, d.i. die gesetzlichen Voraussetzungen des Erwerbs in sich vereinigt». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 154.

5. LAS LEYES SON SIEMPRE JUSTAS.

Hemos observado, en páginas anteriores, que el siglo XIX rechazó la posibilidad de contar con una razón objetiva y general que garantizara la relativa objetividad de los juicios sobre la justicia. Por este motivo, toda la época fue víctima de un inmenso chantaje colectivo que estos juristas se hicieron a sí mismos, que se concretó, tal como expuse, en plantear a la Ética una disyuntiva falsa: o se admite un orden de justicia racional y, por ello, general, inmutable y eterno, o no existe más Derecho que el dictado arbitrariamente (*willkürlich*) por el Poder, esto es, el Derecho "positivo". Los críticos del racionalismo iusnaturalista moderno se plantearon esta alternativa excluyente de cualquier otra posibilidad, que les cerró el camino para entender la naturaleza racional y objetiva y, al mismo tiempo, tópica e histórica, de la Ciencia jurídica. Planteadas así las cosas, es decir, al no poderse derivar la norma jurídica concreta desde una norma jurídica superior al arbitrio legislativo, surgió el problema de cómo explicar, o fundamentar, la justicia de las leyes positivas.

Nosotros, a finales del siglo XX, estamos acostumbrados a oír que no existe en absoluto la "Justicia", que lo que se designa con este nombre no son más que emociones, ideas o justificaciones. Pero esta negación de cualquier posibilidad de la justicia era impensable en la primera mitad del siglo XIX, por lo que este momento histórico hubo de acometer la tarea de justificar, de algún modo que no fuera el del racionalismo iusnaturalista, que el Derecho, esto es, el Derecho "positivo" o las leyes políticas, eran "justas". Como resulta de lo expuesto, no podía fundamentarse tal justicia en la concordancia o derivación de la norma jurídica respecto de un orden jurídico superior; era preciso, pues, dar otro tipo de explicaciones.

El autor que más se distinguió inicialmente en la lucha contra el *Naturrecht* o *Vernunftrecht*, Anselm Feuerbach, fue también el primero que señaló el camino a seguir, a saber: sentar el postulado, o afirmar sin base especial, que las leyes positivas concuerdan necesariamente con la razón o justi-

cia. Efectivamente, en un tono bastante declamatorio, Feuerbach escribía que el Derecho natural ha de salir desde el reino de la Razón para vivir en el campo de la experiencia, de forma que la ley racional se convierta en una ley positiva, que deje de ser un objeto de la Filosofía para convertirse en objeto de un saber positivo y, así, la Justicia baje desde los cielos a la Tierra.¹⁰⁸ En Feuerbach parece estar disuelta la idea de que toda ley positiva, por el simple de ser “positiva”, concuerda necesariamente con el *Vernunftrecht* en el que él dice creer y que sólo le sirve para mantener a priori la justicia de todo mandato dictado por el Poder. «Toda ley positiva en el Estado –escribe él– no puede tener otro fundamento de su existencia que el principio del Derecho (*das Prinzip des Rechts*) que vive en la Razón antes de que los Estados existieran. A través de la ley positiva –escribe reiterando lo que ya ha afirmado– el Derecho natural (*das Vernunftrecht*) se expone él mismo como un Derecho positivo, y el conocimiento suprasensible de él se transforma en conocimiento a través de la experiencia. Su determinación a través del legislador positivo hace que éste no sea ni un destructor del Derecho natural ni tampoco un creador de Derecho nuevo... Por esto, cada legislación positiva y cada progreso en su mejoramiento es únicamente un intento más y un progreso en la realización de la ley racional de la justicia».¹⁰⁹

Cabalmente, Feuerbach no ha demostrado nada, pero la experiencia enseña que este tipo de discursos como el suyo, huecos de contenido, pero de fuerte brillantez retórica, son más efectistas y producen, por ello, más resultados inmediatos, especialmente cuando sintonizan con las expectativas del momento, que no una demostración razonable o razonada. Julius Schmelzing se deslizó, dentro de esta tónica universitaria, por el mismo camino que Feuerbach.

¹⁰⁸ «Allein, dieses Gesetz, obgleich durch sich selbst allgenmeingültig, kann dennoch blossen Vernunftgesetz nicht allgemeingeltend werden... so muss dieses Rechtsgesetz aus dem Reiche der Vernunft in das Reiche der Erfahrung... es muss aus einem Vernunftgesetze in ein Positivgesetz, aus einem Gegenstande der Philosophie in ein Objekt des positiven Wissens verwandelt und so die Gerechtigkeit vom Himmel herab auf die Erde in die Versammlungen der Menschen eingeführt werden». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 65.

¹⁰⁹ «Jedes Positivgesetz im Staat... soll freilich kein anders Princip seines Daseins haben als das Princip der Rechte, welches da war durch Vernunft, ehe noch Staaten wurden. Durch Positivgesetz soll nur das Vernunftgesetz selbst als ein positiv Recht dargestellt und die übersinnliche Erkenntnis dasselben in eine sinnliche (Erfahrungs-) Erkenntnis verwandelt werden. Seiner Bestimmung nach ist der positive Gesetzgeber weder ein Zerstörer des natürlichen Rechts noch ein Schöpfer von neuen Rechten... Mithin ist jede positive Gesetzgebung und jeder Fortschritt ihrer Verbesserung nur ein Versuch und Fortschritt in der Darstellung und Realisirung des Vernunftgesetzes der Gerechtigkeit». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 71.

En efecto, Schmelzing comienza sentando, como verdad evidente de suyo, que «el Estado existe siempre, y en todos los tiempos en los que hay hombres, ya que él nace como creación externa que se desarrolla en la Historia, de la necesidad natural interna del hombre y de la razón humana. Por este hecho, el encuentro con él sucede independientemente de cualquier influjo histórico, temporal, o espacial, o de otro tipo que nos proporciona el mundo en que vivimos»,¹¹⁰ porque existe una Idea o Esencia del Estado –que comprende en sí la teoría del Derecho– inmutable, que vive en la Idea, por lo que es independiente del Derecho y del Estado que existe por cualquier configuración casual, esto es, histórica o temporal.¹¹¹ Esta Idea eterna del Derecho y del Estado se hace realidad, en principio y necesariamente, en cualquier legislación existente históricamente, ya que todo Derecho existente en el Estado contiene los principios generales de todos los institutos y relaciones jurídicas que, antes o después, aparecerán en la vida estatal. «Ellos son los resultados de la razón iusfilosófica, que jamás se equivoca». Por esta causa, el Derecho positivo es necesariamente Derecho natural aplicado a un Estado concreto en atención a su vida temporal, espacial, geográfica, a su grado de cultura. «Toda legislación –explica Schmelzing– realiza la Idea eterna del Derecho».¹¹²

A tenor de estas tesis, es preciso postular (estamos siempre en el campo de los *postulados*) que «el Derecho positivo no existe por encima o por debajo del Derecho natural, sino que tal Derecho es el mismo Derecho natural aplicado a cada Estado individual, es decir, la búsqueda viva de la realización de la Idea eterna del Derecho a través de la individualidad viiente del Estado».¹¹³ Schmelzing continúa explicando, ya reiterativamente, que lo que él llama la “Ciencia jurídica natural” se concreta en el Derecho

¹¹⁰ «Aber der Staat existirt überall und zu allen Zeiten, wo es Menschen gibt. Denn er liegt als ewig sich entfaltende Schöpfung in der inneren Natur-Nothwendigkeit und Vernunft der Menschen. Die Erfindung aber ist in Unabhängigkeit von endlichen, zeitlichen, raumlichen und andern beschränkenden Einflüssen der concreten Welt gesetzt». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 5.

¹¹¹ «Die Staats-Wissenschaft (die allgemeine Rechts-Lehre in sich begreifend) in ihrer achten und höheren Bedeutung muss nur die Idee, das innere Wesen des Staats und Rechts, nicht seine zufällige äussere Gestaltung zum Objekte ihrer Forschungen machen». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 13.

¹¹² «Jede Legislation realisirt die ewige Idee des Rechts». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 23.

¹¹³ «Das positive Recht steht also nicht unter und nicht über dem Natur-Rechte, sondern Ersters soll das auf den individuellen Staat angewandte Natur-Recht selbts seyn, der lebendige Versuch zur Realisirung der ewigen Rechts-Idee durch die lebendige Individualität der Staten». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 26.

positivo, que sólo puede ser pensado en un Estado concreto, «pues en toda legislación positiva existen las verdades fundamentales, siempre vigentes, de la Ciencia jurídica natural en tanto que declaraciones eternas de la Razón filosófica y jurídica».¹¹⁴

En consecuencia, el Derecho natural y el Derecho positivo no pueden colisionar pues, según la opinión de Schmelzing, el Derecho positivo no sería sino la concreción en la Historia de la Idea eterna del Derecho que se muestra necesariamente en la legislación de todo Estado. Abundando en una idea parecida, este autor mantiene que el Derecho positivo tiene la misma fuente que el Derecho natural, la razón práctica; por este hecho, todo Derecho positivo siempre tiene como fundamento al Derecho natural.¹¹⁵

A pesar de lo expuesto, Schmelzing admite, sin embargo, que el Derecho positivo pueda oponerse a lo que él entiende como las verdades eternas del Derecho natural; en tal caso, esa norma injusta quedaría aniquilada en la propia esencia de la Verdad inmodificable.¹¹⁶ Una tesis parecida externamente sostuvo unos años más tarde Theodor Marezoll, quien entendía que el Derecho positivo, al provenir siempre de una voluntad racional, es obra necesariamente racional.¹¹⁷

Este camino confusamente idealista fue el que tomó también Johann Wening, que postula, del mismo modo que los otros autores ya citados, que el Derecho positivo se fundamenta, en última instancia, en la Razón, por lo que la Filosofía siempre está presente en el inicio mismo de cualquier cono-

¹¹⁴ «Die Natur-Rechts-Wissenschaft in diesem Sinne kann daher nimmer als neben dem positive Rechte, als solches integrirend, in einem concrete Staate gedacht werden. Denn in jeder positiven Gesetzgebung liegen ja ohnedem die allgemeinen Principien, die allgemeingültig Grund-Wahrheiten der Natur-Rechts-Wissenschaft, als veräusserliche Aussprüche der rechtsphilosophierenden Vernunft». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 39.

¹¹⁵ «Das positive Recht hat mit dem Natur-Rechte gleiche Quelle—die praktische Vernunft... Das positive Recht hat also das Natur-Recht immer zur Grund-Lage». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 52.

¹¹⁶ Schmelzing escribe que «Positives Recht und Natur-Recht können diessfalls nie miteinander in Collision gerathen. Was hier die praktischen Vernunft als verbindliche Norm setzt, als ewige unveränderliche Grund-Wahrheit ausspricht, kann sie dort nicht missbilligen, sonst müsste sie sich ja in ihrem eigene Wesen vernichten». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 66.

¹¹⁷ «Diese ganze Bildung des positiven Rechtes steht freilich mit dem Naturrechte in kein unmittelbare Zusammenhang. Denn es hat, seinem Wesen nach, seinem Ursprung aus einem positiven Willen. Aber da der positive Wille ein menschlicher, also ein vernunftfähiger ist, so bleibt immer, durch Vermittlung dasselben, der Einfluss der Philosophie auf das positive Recht möglich». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*, cit., parágrafo 9.

cimiento jurídico; de ello deriva que la Razón y la Historia van unidas forzosamente. «Filosofía e Historia del Derecho componen la ciencia jurídica; en la conjunción reside el espíritu de su estudio».¹¹⁸ El Derecho positivo presupone siempre una causa o fundamento racional,¹¹⁹ y este fundamento parece ser la Idea del Derecho, de modo que el estudio del *Recht in der Idee* compone la Filosofía del Derecho, y el del *Recht im Wirklichkeit* el Derecho positivo.¹²⁰

El resto de los autores que se ocuparon en esta época del tema de las relaciones entre Derecho y Justicia, escribió al filo de unas ideas sincréticas en las que entremezclan teorías sobre el Organismo Universal o la fe en el Progreso perenne e irreversible del género humano, siempre en el marco de una terminología confusa y misteriosa. De este modo, Georg Horn, por ejemplo, escribía que «los individuos que constituyen el Estado son esencias libres y racionales, capaces de un perfeccionamiento infinito, y como consecuencia de esto, ninguno de ellos debe ni puede querer que yo permanezca en el mismo grado cultural, sino que más bien, cada uno de ellos tiende al mayor progreso posible en su formación y a un progresivo acercamiento al Ideal de la perfección».¹²¹ Para Rätzel, la voluntad general en un

¹¹⁸ «Das Recht gründet sich in seinem letzten Ursprunge auf die Vernunft. Darum ist Philosophie die Grundlage der Erkenntniss des Rechtes überhaupt. Das Recht, wenn es wirklich realisirt werden soll, setzt positive Satzungen voraus, wird eine Folge der Gesetze; welche das Produkt vernünftiger Grundsätze und statitischer Beweggründe sind. Deswegen wird neben der Philosophie noch die Geschichte zur Einsicht in das wirkliche Recht unbedingt nothwendig. Philosophie und Rechtsgeschichte machen die Rechtswissenschaft aus. In der Vereinigung beider ruht der Geist des Studiums desselben». Cfr. *Ueber den Geist...*, cit., págs. 144-145.

¹¹⁹ «Alles positive Recht hat immer ein bestimmte Entstehen, eine bestimmte Fortbildung; d.h. beides setzt einer gewissen Grund voraus. Es beruht zwar das positive Recht auf der Willkühr überhaupt gerade darum, weil es ein Positives ist; aber diese Willkühr selbst kann nicht zufällig sein, sondern stützt auf eine nothwendige Ursache. Die Nothwendigkeit aller positiven Gesetze weist die Philosophie nach, die Nothwendigkeit des einzelnen positiven Rechtes aufzuzeigen, ist Gegenstand der Geschichte». Cfr. *Ueber den Geist...*, cit., págs. 110-101.

¹²⁰ «Das wirkliche geltende Recht nämlich ist ein Positives; und weil die Philosophie nur erklärt, was nach der Idee sein soll, in der Wirklichkeit sich aber durch äussere Umstände vieles der Idee Fremdes oder Modificirendes bildet, so kann die Philosophie zur Einsicht in das Positive nicht hinreichen». Cfr. *Ueber den Geist...*, cit., pág. 78.

¹²¹ «Aber die den Staat constituirenden Individuen sind vernünftigen, freie und einer unendlichen Vervollkommung fähige Wesen, und zufolge der Forderungen der Vernunft kann und darf keines von ihnen wollen, dass es immer auf einer gewissen Bildungsstufe stehen bleibe, vielmehr soll jedes dahin streben, dass es grössen Fortschritte in seiner Bildung mache und sich dem Ideale der Vervollkommung immer mehr nähern». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 9.

Estado bien organizado es siempre racional,¹²² tesis o postulado muy repetido por los autores de esta época, de modo que una ley que viole el Derecho natural debe ser considerada «como producto de la ignorancia, del error y del arbitrio y del poder antijurídico».¹²³ Stöckhard hace esfuerzos para compaginar su base kantiana con nociones tales como *Rechtsidee* o *Harmonie*, que le permitían salir de apuros en un caso difícil,¹²⁴ y Fischer, aunque posee una formación muy distinta a la de estos autores mencionados, también suele recurrir, cuando no sabe cómo argumentar, a estas nociones misteriosas.¹²⁵

También Heinrich Ahrens, especialmente en sus obras más tardías, echó mano de ideas delicuescentes. Efectivamente, según Ahrens, la Historia del Derecho nos muestra el desarrollo de la “Idea del Derecho”, que lanza unas exigencias objetivas y permanentes al Derecho que existe empíricamente.¹²⁶ Pero el único filósofo del Derecho que se planteó clara y honestamente este tema, en toda la radicalidad de su análisis, fue Warnkönig. Este jurista, como sabemos, fue uno de los principales teóricos de la Escuela Histórica del Derecho y, en tanto que defensor de la formación consuetudinaria e irreflexiva del Derecho, hubo de hacer frente al problema de la posible injusticia del Derecho existente históricamente. «¿Cómo?!, se me dirá, tú sitúas la Idea del Derecho, de la justicia, del *suum cuique*, como una ley general inmanente a la razón, y le privas a ella de toda eficacia? ¿De este modo el Derecho sería algo puramente convencional, y su principio supremo sería puramente formal, a saber, respetar lo que es considerado como Derecho! Pero esta objeción –se responde el mismo Warnkönig– pierde toda su fuerza porque ya hemos visto antes que la más alta actividad humana está guiada por una ley fundamental, por el instinto innato hacia

¹²² «Obgleich in einem wohleingerichteten Staate nur das Gesetz, als Inbegriff des Vernunftwillens aller Staatsbürger, der eigentliche Regent ist...». Cfr. *Das Vernunftrecht...*, cit., pág. 76.

¹²³ «Alle, dem Vernunftrechte widerstrebende Gesetze und Verfassungen im Staate, müssen als Produkte der Unwissenheit, des Irrthums und der widerrechtlichen Willkühr und Gewalt...» Cfr. *Das Vernunftrecht...*, cit., pág. 78.

¹²⁴ Ejemplos de esta terminología los tenemos, por ejemplo, en la página 29, en donde habla de la *Idee*, de *die vollendete Harmonie*, o en la pág. 317, en donde define al Derecho como la «Mitwirkung zur harmonischen Vollendung des Ganzen». Este Todo al que alude es el Organismo Universal.

¹²⁵ Este autor definía al Derecho como «System der Rechtsansprüche auf der einen, der Rechtspflichten auf den andren Seite verstehen wir die Gliederung der Menschheit, so weit sie in dem freien Wechselverhältniss der Menschen verwirklicht ist, oben kurz: die frei verwirklichte Gliederung der Menschheit». Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 59.

¹²⁶ Vid. las páginas 9-11 de esta misma obra.

cada vez un mayor mejoramiento y perfección de nuestro estado».¹²⁷ Efectivamente, anteriormente había dejado establecido que el tema del posible fundamento último de todo Derecho ha quedado aclarado cuando consideramos que todo lo jurídico se fundamenta en una Idea fundamentada en la naturaleza humana, Idea que nos origina un impulso para admitir como jurídicas determinadas relaciones. Y, en este sentido, es verdad que todo el Derecho tiene un origen moral, puesto que surge del impulso de hacer realidad la Idea de la Justicia.¹²⁸

Los inicios de la Edad Contemporánea fueron unos momentos seguros de sí mismos y de sus posibilidades. La fe en el Progreso irreversible hizo que a ningún autor se le pasara seriamente por la cabeza la idea de que el legislador pudiera cometer injusticias; tal era la fe que aquel momento estaba depositando en el naciente “Estado” y en la legislación estatal.

¹²⁷ «Aber wie! wird man sagen, du stellst die Idee des Rechts, der Gerechtigkeit, des *suum cuique* als ein der Vernunft inwohnendes allgemeines Gesetz auf, und entziehst ihm alle Wirksamkeit... also das Recht wäre bloss etwas conventionelles, und das höchste Grundsatz nur ein formeller, nemlich dar: zu achten, was als Recht angenommen ist! Allein dieser Einwand entkräft die angestellte Ansicht keineswegs. Wir haben oben gesehen, dass die höhere menschliche Thätigkeit noch durch ein anderes Grundgesetz geleitet werde, nemlich das angebohrne Streben nach immer grösserer Verbesserung und Vervollkommung unseres ganzen Zustandes». Cfr. *Versuch...*, cit., págs. 51-52.

¹²⁸ «...welches das letzte Grund alles Rechts, alles rechtlichen, alles positiven Rechtes sey, gelöst haben, indem wir fanden, dass alles Rechtliche zuletzt auf eines in der menschlichen Natur begründete Idee beruhe, welche ein Trieb, ein Grundzug, ein Gesetz derselben ist, gewisse Verhältnisse als nothwendig und darum als rechtlich anzuerkennen. Und es ist sofern wahr, dass alles Rechtliche moralischer Ursprung sey, da es aus dem Triebe, die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen abstammt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 23.

6. RESULTADO FINAL: NO HAY DERECHO FUERA DEL ESTADO.

Frente al exceso de teoría que se estaba produciendo en el cambio de siglos, algunos juristas, cansados de tanta especulación que consideraban inútil, llamaron la atención de los universitarios a fin de estudiar el Derecho efectivamente válido y vigente en cada Estado. J.A.L. Seidensticker concretamente, en sus *Juristische Fragmente* pedía que se considerara al Estado como el origen de toda normación jurídica; reiterando ideas kantianas –a pesar de que él pretende combatirlas– Seidensticker entendía que cualquier doctrina sobre el Derecho debe comenzar por la creación de un poder físico que hiciera realidad coactivamente la generalidad de las conductas que se obtiene mediante el imperativo categórico. Se trataba de crear un *Mechanismus*, explicaba este autor, que proporcione leyes externas para el uso de la libertad, y ese “mecanismo” no puede ser otro que el Estado.¹²⁹

J. Gottlieb Fichte, que fue el primer filósofo que se enfrentó con Kant abiertamente, explicaba que el *Naturrecht*, esto es, una situación jurídica –el *status naturae* o *Naturzustand*– fuera del Estado, no existe. Todo Derecho es Derecho del Estado, *Staatsrecht*.¹³⁰ Lo que le mueve a pensar así es la exigencia de un poder coactivo que haga efectivas las delimitaciones de los respectivos derechos individuales. «La simple declaración de que él se somete al derecho del otro, no produce ningún derecho». Se precisa una ley que proceda con absoluta necesidad (*nach einer absoluten Nothwendigkeit*), es decir, que sea irresistible, y ésta la exigencia fundamental de cualquier doctrina jurídica.¹³¹ «Una absoluta necesidad, digo yo, y, por tanto, una necesidad

¹²⁹ Cfr. *op. cit.*, parágrafo 33.

¹³⁰ Cfr. *Rechtslehre...*, cit., pág. 6.

¹³¹ «Die blosse Erklärung, dass er sich dem Rechte der Andern unterwerfe, gibt drum kein Recht, denn sie führt überhaupt den Rechtszustand nicht ein... Dazu bedarf es nun, dass der im Eigentumsvertrage erklärte Willen Aller gesetzt werde, als

natural, un principio natural, esto es, una fuerza (física) para la realización del Derecho». Esa fuerza debe, mediante el poder físico, hacer volver a su esfera de libertad a la voluntad contraria a la ley. «De este modo el derecho de todos estará asegurado a través del mecanismo natural de una ley igual (para todos)». ¹³² Fichte habla de un principio “natural” o de un mecanismo “natural” porque, influido en muy fuerte medida por el marco conceptual y terminológico kantiano, con el adjetivo natural quiere designar al poder o fuerza física, es decir, la coacción en lo que entonces se llamaba –de la mano de Kant– el *Sinnenwelt* o “mundo externo”, que es el de la Naturaleza, *Natur*, en oposición al mundo inteligible o *Vernunft* que estaba regido por la libertad, *Freiheit*.

El autor que, junto con von Haller, compuso el tratado en el que rebatió de forma más completa, ordenada y profunda las tesis iusnaturalistas modernas fue J.T.Fr. Schnaubert. Lógicamente, dadas estas circunstancias, fue el que trató más extensamente el tema de las relaciones entre Estado y Derecho. Schnaubert, como solía ser usual en este tiempo, concede que existe un Derecho natural o racional, fuera del Estado; pero añade que tal Derecho “sólo existe en el concepto”, *nur im Begriffe*, no en la Realidad. A fin de que cada cual sepa con certeza qué derecho le corresponde, y para que ningún otro le deniegue su derecho, el Estado debe declarar el Derecho y, llegado el caso, debe forzar al reticente para que admita ese derecho. Sin Estado, explica Schnaubert, únicamente existe el contenido del Derecho, esto es, su posibilidad, pero no la coercibilidad, por lo que el Derecho no existe en la Realidad. El Estado aparece, por tanto, como instrumento jurídico (*Rechtsanstalt*), como forzador imprescindible del cumplimiento del Derecho (*Zwangsanstalt*) y, por ello, como cosa necesaria para el Derecho real de sus ciudadanos. ¹³³

ernstlich gemeint, und als unveränderlich: nach einem Gesetze, nach einer absoluten Nothwendigkeit, d.i. dass es unmöglich sei, dass irgend einen andern wenigsten tätigen Willen habe, als denjenigen, den er erklärt, und dass es ebenso unmöglich sei, dass er diesen Wille je ändere. Dies ist das Hauptfordernis». Cfr. *Rechtslehre...*, cit., pág. 18.

¹³² «Eine absolute Nothwendigkeit, sage ich, und zwar eine Naturnothwendigkeit, ein Naturprincip, also eine Macht, ist drum durch die Realisation des Rechtsgesetzts... Jene Macht müsste drum schlechthin jeden gesetzwidrigen Willen am Ausbruche, an der Kausalität verhindern, und nur dem rechtgemässen Freiheit lassen. So würde das Recht durch ein der mechanischen Naturnothwendigkeit gleiches Gesetz sein. Wie keines Kausalität gegen das Naturgesetz handeln kann, so kein Wille gegen das Rechtsgesetz». Cfr. *ibidem*.

¹³³ «Obgleich es auch ohne Staat Rechtssätze, also ein Recht giebt; so ist doch ein solches Recht nur im Begriffe, nicht in der Wirklichkeit vorhanden. Damit Jeder im

Del mismo modo que Feuerbach, cuyos argumentos a propósito de este tema ya expuse, Schnaubert proporciona contra la doctrina iusnaturalista razonamientos extremadamente pragmáticos. Así, explica por extenso que lo que él llama “las leyes puramente racionales” no son suficientes o capaces para vencer la diversidad de opiniones y las pasiones existentes en los hombres. Por esta causa, el Derecho debe ser fijado por el poder preceptivo (*anordnendes Gewalt*) del Estado, que determinará qué Derecho estará vigente. A este acto del Estado se le llama –explica Schnaubert– “sanción del Derecho”, y al Derecho sancionado se le conoce como Derecho “positivo”. ¹³⁴ El Derecho en términos absolutos (*das Recht überhaupt*) es el sancionado por el poder del Estado, a través del cual está vigente, que es conocido como *positives Recht*, *ius positivum*, *ius civile* en el sentido romano; el Derecho no sancionado, que no es, por tanto, Derecho positivo, permanece como un Derecho posible en el pensamiento humano y contiene, bien las reglas de un Derecho ideal, bien normas que no existen en el estado jurídico real porque les falta sanción; en este último caso estas normas componen la “Filosofía del Derecho positivo”. ¹³⁵ Esto es así porque en el estado jurídico real no están vigentes las convicciones racionales existentes entre los ciudadanos, sino sólo el Derecho sancionado; y, como para que el Derecho pueda ser considerado sancionado ha de haber sido expresado en las leyes, sólo

Staate wisse, welche Sätze anzuerkennen seyen, und damit keiner dieser Anerkennung verweigere, so muss der Staat das Recht aussprechen und den Weigernden, nöthigen Falles, zu Anerkennung zwingen. Ohne Staat ist zwar ein Recht dem Inhalte –der Möglichkeit, aber nicht der Erzwingbarkeit– der äussere Wirklichkeit nach, vorhanden. Der Staat erscheint in dieser Beziehung als Rechtsanstalt und Zwangsanstalt, und als nothwendig für den wirklichen Rechtszustand seiner Bürger». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 34.

¹³⁴ «Bloss vernünftige Rechtsgesetze reichen für den wirklichen Rechtszustand nicht aus, so lange Eigennutz und Verschiedenheit menschlicher Vernunftkenntnis es zweifelhaft lassen, was eigentlich vernünftig Rechtens sey. Vielmehr muss in jedem Staate das Recht so festgestellt werden, dass dessen Gültigkeit vom Willen oder den Einsichten der Einzelnen abhänge. Diese Fortstellung ist nur dadurch möglich, dass der Staat, vermöge seine anordnendes Gewalt, ausspricht, was als Recht gelten solle. Diese Handlung der Staatsgewalt nennt man die Sanktion des Rechts, den sanktionirten Rechtssatz positives Gesetz; letzters ist also eine, von der Staatsgewalt ausgesprochene, Vorschrift für den Rechtszustand». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 54.

¹³⁵ «Das Recht überhaupt ist hiernach entweder durch Staatsgewalt sanktionirt, und darum im Staate gültig –positives Recht, *ius positivum*, *ius civile* im weitesten römischen Sinne– oder nicht sanktionirt, also nicht positiv und blos im menschlichen Denken als möglich vorhanden. Das nicht positive Recht umfasst entweder die Rechtssätze für den ideales Rechtszustand –ideales Recht– oder die Rechtssätze,

éstas, las leyes positivas, constituyen la fuente del Derecho. Por este motivo la búsqueda racional y libre de las normas jurídicas no es posible; en el Derecho únicamente cabe el estudio de las leyes estatales.¹³⁶

En este mismo año de 1819, que podemos considerar más o menos convencionalmente como el hito más fuerte en el desmoronamiento del iusnaturalismo moderno, ya que en él aparecen varias obras fundamentales antiusnaturalistas, Falck proporcionaba unas explicaciones parecidas a las de Schnaubert. Este jurista entendía que el Derecho sólo puede existir en el Estado porque "los principios jurídicos" (*die Rechtsprincipien*) no pueden ser deducidos desde la razón o desde un objeto conocido racionalmente a priori; pues el Derecho se crea por vez primera, en su forma propia de ser, cuando es dado por una institución externa, a la que llamamos "Estado".¹³⁷ Puesto que el Derecho sólo puede existir en el Estado, el Derecho natural, caso de que lo admitamos, ha de ser otra cosa muy distinta de un Derecho racional o la teoría de las relaciones sociales en el "estado de naturaleza".¹³⁸ Theodor Marezoll, siempre sincrético, admite la posibilidad y existencia de un Derecho "racional", pero explica que las relaciones verdaderamente jurí-

welche im wirklichen Rechtszustande, zwar nicht wirklich gelten, weil ihnen die Sanktion fehlt, aber doch gelten könnten; letzteres nennt man Philosophie des positiven Rechtes». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 96.

¹³⁶ «Im wirkliche Rechtszustande gilt nicht das, auf Vernünftigkeit und freyer Ueberzeugung der Bürger beruhenden, sondern nur das sanktionirte Recht. Damit das Recht als sanktionirt betrachtet werden könne, muss es in Gesetzen (im weiteren Sinne) ausgesprochen seyn; also können nur Gesetze Quelle des positiven Rechtes seyn... Das Auffinden der positiven Rechtssätze ist nicht möglich durch freyes Denken, sondern einzig durch Studium der Gesetze». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 119.

¹³⁷ «Dass Rechtsprinzipien nicht aus der Vernunft abgeleitet werden, oder ein Gegenstand apriorischer Erkenntniss seyn können, geht schon daraus hervor, dass es unmöglich ist, bei solcher Betrachtungsweise über das Gebiet ethischer Begriffe hinaus zu kommen, und den eigenthümlichen Character des Rechts aufzufinden. Denn das Recht kommt erst in seiner eigenthümlichen Gestalt hervor, wenn eine äussere Anstalt zur Gewährleistung gewissen Grundssätze gegeben ist, -eine Anstalt, die wir *Staat* nennen, wobei nur dem Misverstand vorzubeugen ist, als wenn in diesem Begriffe alle Zufälligkeiten vorhandener Staaten vorausgesetzt werden». Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 7.

¹³⁸ «Wird nur das Daseyn des Rechts nur als im Staate möglich gesetzt, so muss das natürliche Recht, falls ein solches anzunehmen ist, etwas Anderes seyn, als ein Vernunftrecht oder als die Theorie der geselligen Verhältnisse in Naturzustande, und es bleibt kein anderer Begriff übrig, als der Inbegriff solcher Normen, die zwar in einem Staate practisch sind, aber nicht durch den Staat selber hervorgebracht worden». Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 7.

dicas surgen solamente en el Estado a través de las normas legisladas, y éstas componen tanto el Derecho público como el privado.¹³⁹

De acuerdo con esta forma de pensar, la idea que permaneció en la conciencia colectiva consistió en afirmar que el Derecho vigente y eficaz, que está "vigente" porque es el único verdaderamente eficaz, es el conjunto de las leyes promulgadas por el Estado. En este sentido, Karl Theodor Pütter explicaba que «el Derecho es el conjunto de todas las leyes, mandatos y otros preceptos dictados por el Estado, esto es, el llamado Derecho positivo»¹⁴⁰ y más adelante, en el parágrafo 558 de esta misma obra, explica que las *Grundlinien* de Hegel son hoy (en 1846) la piedra angular de toda ciencia jurídica. Siguiendo esta misma mentalidad, Oppenheim entendía, años más tarde, que «Derecho y Estado son conceptos inseparables. Yo poseo derechos, pero sólo en tanto que miembro del Estado».¹⁴¹ A mediados de siglo nadie creía seriamente en la posibilidad de un ordenamiento jurídico "racional" al margen de las leyes del Estado.

¹³⁹ «Die eigentlichen, wahren Rechtsverhältnisse entstehen erst durch die vom Staate, vermöge seiner Regierungsgewalten, aufgestellten Normen, und diese betreffen theils das öffentliche, theils das Privat-Recht». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*, cit., parágrafo 72.

¹⁴⁰ Vid. *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft*, cit., parágrafo 12.

¹⁴¹ «Recht und Staat sind unzertrennliche Begriffe. Ich besitze Rechte, aber nur als Glied des Staat». Cfr. *Philosophie des Rechts...*, cit., pág. 14.

7. EL TEMA DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA.

El positivismo jurídico, en sus diversas variantes: legalista o imperativista, sociológico, realista, empirista, etc., siempre ha sido refractario a tratar el tema de la obligación jurídica, es decir, de por qué razones o motivos *obligan* las leyes del Estado para ser cumplidas. Naturalmente, la palabra “obligar”, indefinible de suyo, la tomaremos en un sentido estricto, como comprensiva de obligar “en conciencia” o “moralmente”, y distinguiremos entre la situación de “estar obligado a” y la de “verse obligado” o forzado a realizar una conducta, pues una cosa es *obligar* y otra, que nada tiene que ver con ella, es la de forzar.

Éste es un tema que, como indico, durante el siglo y medio que ha durado la hegemonía de las explicaciones sobre el Derecho de índole positivista, ha permanecido ignorado, a pesar de que muchos entienden que es problema fundamental y básico –el que da su razón de ser– a la Filosofía jurídica. El primer autor conocido que lo trató expresamente, estudiando las diversas explicaciones que se dieron sobre él en el siglo XIX, fue Hans Kelsen, en sus *Hauptprobleme* de 1917, para acabar concluyendo, como positivista que era, que no existe en absoluto ningún deber “moral” (valga la redundancia) para obedecer a las leyes. Aún hoy, los positivistas rigurosos siguen negando que pueda hablarse de “deber” en el Derecho, y Scarpelli, por ejemplo, distingue entre “deber”, que sería la *obligatio moral*, y la “obligación”, que consistiría en el forzamiento meramente físico al margen de cualquier deber; el Derecho “obligaría”, en este sentido indicado, y no existiría ningún deber de obedecerlo.¹⁴²

El positivismo incipiente del siglo XIX se encontró de lleno con el tema del deber jurídico porque, en definitiva, el iusnaturalismo que llega hasta el

¹⁴² Vid. *L'etica senza verità*. Bologna, 1982, pág. 167.

1800 no consistía sino en explicaciones acerca del motivo por el que hay que obedecer a las leyes; por este hecho, los autores que impugnan el *Naturrecht* usual en la primera mitad del siglo XIX, no pudieron desentenderse de este –para ellos– tema espinoso. Así pues, a diferencia del positivismo posterior, ellos se vieron forzados a estudiar este problema. Aludiré a los distintos talantes que se produjeron en este momento.

a. La terminología misteriosa.

Existe un primer grupo de filósofos y juristas que, como suele ser corriente en toda época de cambios importantes, eluden el planteamiento y análisis de los problemas gracias al procedimiento de usar una terminología oscura que todo lo explica y nada aclara. De ellos solía decir el Hegel joven que «son profundos, como se dice que es profundo el pozo porque no se ve nada». Un primer autor representativo de esta tendencia puede ser Gottlob Ernst Schulze, quien mantiene que «el estado posee, gracias a su naturaleza y autonomía –y no porque haya concluido un contrato con sus ciudadanos– la facultad de oponer resistencia a los ataques contra su existencia y finalidad». ¹⁴³ De este modo, el fundamento último que legitima al Estado para forzar a sus ciudadanos sería la defensa de su “naturaleza y autonomía”; en ningún momento explica Schulze en qué consiste tal autonomía o naturaleza. Poco más adelante, en el párrafo siguiente de esta misma obra, Schulze indica que el Estado está capacitado para dictar órdenes a sus ciudadanos gracias a la *Staatsoberhaupt*, es decir, a la supremacía del Estado que encarna el *Regent* o *Suverän* (sic). ¹⁴⁴ Así, mediante el empleo oportuno de términos tales como soberanía, superioridad o *Regent*, Schulze deja el problema sin explicar.

De forma similar procede Friedrich Ancillon, que también rechaza el contractualismo como fundamento de la obligación de obedecer la legislación del Estado; en el lugar del contrato social repudiado, él sitúa la noción

¹⁴³ «Der Staat besitzt vermöge seine Natur und Selbständigkeit (nicht erst durch einen besondern Vertrag mit den Bürger) die Befugniss, jedem Angriffe auf seine Existenz und seinen Zweck Widerstand zu thun». Cfr. *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerliches und peinliches Rechts*. Göttingen, 1815, párrafo 93.

¹⁴⁴ «Wenn es zukommt, dasjenige anzuordnen, was in Rücksicht auf den Zweck des Staats von seinen Mitgliedern gethan werden soll, oder die Bürger in Rücksicht auf jenen Zweck zu etwas zu verpflichten, heisst das Staatsoberhaupt (der Regent oder Souverän)». Cfr. *Leitfaden...*, cit., párrafo 94.

de “soberanía”, ya que el concepto de Estado –explica este publicista– “presupone” el de *Souveranität*. ¹⁴⁵ De esta forma, el Estado puede legislar porque es “soberano”, y es soberano porque puede legislar. Resulta patente que estos autores, al rechazar el contractualismo como fundamento de la obligación de obedecer a las leyes, no supieron encontrar otro mito alternativo –al menos, un mito convincente– que fuera una alternativa a la solución deseada.

Cada cual hizo lo que pudo ante este problema, insoluble desde sus puntos de partida una vez rechazada la hipótesis iusnaturalista. A. Friedrich von Batz explicaba que la “Razón objetiva” nos ordena respetar la libertad e igualdad de todos. ¹⁴⁶ Desde luego, von Batz no explica en qué consiste esta Razón objetiva y, ya que repudia expresamente a Kant, en qué se diferenciaría tal objetividad de la Razón a la que él alude del *homo noumenon* kantiano. J.S. Beck hizo suya una idea típica, de hecho, en la Escuela kantiana; propone que el mandato supremo de la conciencia (*Gewissen*) ordena al legislador obrar de acuerdo con la voluntad general; ¹⁴⁷ pero Beck tampoco explica en ningún momento en qué consiste o qué es esa “voluntad general”, que no es, desde luego, la voluntad empíricamente manifestada. Stöckhart representa una solución distinta, a medio camino entre las corrientes organicista e idealista, y, según él, es preciso obedecer al Estado porque el Estado «es el fin supremo de la existencia humana». ¹⁴⁸ Parece que Stöckhart, dentro de su relativa fidelidad a Kant, hizo suya alguna tesis idealista no muy bien entendida.

Schnaubert, que suele ser uno de los autores más lúcidos de este momento, muestra ejemplarmente cómo los que rechazaron el contractualismo iusnaturalista se vieron envueltos en dificultades insolubles desde su marco humano y conceptual. Este autor, al enfrentarse al tema del funda-

¹⁴⁵ «Der Begriff des Staates, und der von ihm unzertrennliche seiner Einheit, setzt den Begriff der Souveranität voraus, nemlich einer in allem, was die Erhaltung und die Sicherstellung des Ganzen betrifft, gesetzgebenden und zwingenden Gewalt». Cfr. *Ueber die Staatswissenschaft...*, cit., pág. 18.

¹⁴⁶ «Das natürliche Recht beruht auf der natürliche Gleichheit. Die objective Vernunft gebietet: die menschliche Natur durch Anerkennung der Freyheit und Gleichheit Aller, die sie an sich tragen, zu achten». Cfr. *Abhandlungen...*, cit., pág. 25.

¹⁴⁷ «Das allgemeine Gebot des Gewissens lautet: handle der Idee des Willens als Selbstzweck, der Idee des allgemeinen Willens, durchgängig angemessen». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*. Jena, 1820, párrafo 15. Vid. también párrafo 18.

¹⁴⁸ «Der Staat ist also nicht etwas Zufälliges, sondern er hat seine innere Nothwendigkeit, er ist ferner nicht ein Mittel zu Erreichung eines anderen Zweckes, sonder er ist selber der höchste Zweck des menschlichen Daseins». Cfr. *Die Wissenschaft des Rechtes...*, cit., pág. 318.

mento de la obediencia a la legislación, mantiene que «Todo Estado contiene naturalmente una mayoría de miembros o ciudadanos. El ciudadano no puede vivir en el Estado como si fuera un individuo completamente libre, sino que él se pertenece simultáneamente a sí mismo y a la comunidad, es simultáneamente “persona” y medio para otros... Como súbdito, en virtud del sometimiento o de su condición de súbdito (*Unterthanenpflicht*) él está obligado a obedecer las orientaciones y las órdenes del Estado, ya que él, como particular, debe someter su voluntad a la voluntad de la colectividad».¹⁴⁹ El problema consiste, precisamente, en explicar por qué motivos existe esa obligación de obedecer o *Unterthanenpflicht*. Más adelante, al volver sobre este problema, escribe que «tanto el Derecho consuetudinario como las leyes propiamente dichas, son declaraciones sancionadas de la voluntad general y crean, como tales, a los súbditos, la obligación de obedecer, y para el poder del Estado (crea) el derecho de forzar, llegado el caso, a esta obediencia; aquella obligación y este derecho unidos son conocidos como la fuerza vinculante o *Gültigkeit* de las leyes. Esta fuerza vinculante no se fundamenta en la racionalidad de las normas que contiene la ley, no en su contenido, sino en la sanción legal, en su forma, de modo que también adquieren fuerza vinculante las leyes irracionales mediante la sanción y, al revés, lo que pueda ser más racional, permanece sin fuerza vinculante si le falta sanción».¹⁵⁰

Obviamente, Schnaubert se remite a la “sanción” legal como a un concepto último que crea lo que él llama la “fuerza vinculante”, *Verbindungs-*

¹⁴⁹ «Jeder Staat enthält natürlich eine Mehrheit von Mitglieder oder Staatsbürgern. Der Bürger im Staate kann zwar nicht als unbegrenzt freyes Individuum leben, er ist aber auch nicht blosses Werkzeug des Staatsgewalt; sondern er gehört zugleich sich selbst und der Gesellschaft, ist zugleich Person und Mittel für Andere... Als Unterthan ist jeder Bürger den Einrichtungen und Verfügungen der Staatsgewalt und Beamten Gehorsam schuldig (*Unterthanenpflicht*), denn er einzelne muss seinen Willen dem Willen der Gesammtheit unterordnen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafos 50-51.

¹⁵⁰ «Rechtsgewohnheiten sowohl als eigentliche Gesetze sind sanktionirte Aussprüche des allgemeinen Willens, und erzeugen als solche für die Unterthanen die Pflicht des Gehorsams, für die Staatsgewalt das Recht, diesen Gehorsam nöthigen Falles zu zwingen; jene Pflicht und dieses Recht vereinigt, nennt man die Verbindungskraft (*Gültigkeit*) der Gesetze. Diese Verbindungskraft beruht nicht auf der Vernünftigkeit des Satzes, welches das Gesetz ausspricht (nicht auf dem Inhalte), sondern auf der Sanktion derselben (auf der Form), so dass auch an sich unvernünftige Sätze durch Sanktion verbindende Kraft im Staate erlangen können, umgekehrt aber auch das Allervernünftigste, wenn ihm die Sanktion fehlt, ohne verbindende Kraft ist». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 71.

kraft, de la norma jurídica; pero tampoco nos proporciona ninguna explicación –ni la acomete en ningún momento– de por qué razones la sanción del legislador crea el deber de obedecer la ley.

b. Las teorías sobre el Organismo.

Los que mantuvieron que el Estado –y, con él, sus leyes– constituye un organismo que se inordina en el conjunto del Organismo Universal siempre tuvieron abierta la posibilidad de mantener que es obligatorio obedecer las órdenes del Estado porque así lo reclama el Orden del Universo. Georg Horn, dentro de su confusa doctrina idealista-orgánica, mantuvo que es necesario pensar al Estado como un Todo orgánico y vivo unido por un vínculo interno que, al mismo tiempo que es el alma de este vínculo, somete la vida y movimientos de todos sus miembros.¹⁵¹ De forma parecida, y con más precisión, Schmitthenner escribía, años más tarde, que lo público y lo privado se diferencian según su fundamento, su contenido y la forma del *modus habendi*. Si atendemos al primer dato, es decir, al fundamento, es preciso remontarse a las ideas de “instituto” para lo público, y de “persona” para los particulares; el instituto cumple una función orgánica para alcanzar efectividad o para mantenerla, mientras que la “persona” actúa por definición según la libertad. El instituto crea la capacidad para disponer lo relativo al fin común, mientras que la personalidad se refiere más bien al libre querer individual. Dado que las relaciones jurídico-públicas son orgánicas y, en consecuencia, dominadas por las exigencias del instituto, se sigue de ello la necesidad del Derecho y de su cumplimiento, que es una función del organismo que es cada instituto.¹⁵²

Johann Schoen expuso poco después unas ideas parecidas,¹⁵³ y según Ferdinand Walter, el Estado, como creación humana con pretensiones de

¹⁵¹ Vid. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 9.

¹⁵² «Ein öffentliches und ein Privatrecht unterscheiden sich der gegebenen Entwicklung gemäss dem Grunde, dem Inhalt und der Form des Innehabendes (*Modus habendi*) nach. Das erstere hat seinen Grund in der Idee des Institutes, die durch seine Ausübung, als eine organische Function, zur Wirklichkeit gelangt oder sich darin erhält, das letztere in der Idee der einzelnen Person oder der in der Freiheit derselben, in welcher ihre Idee Geltung hat. Das erstere ist die Befugniss über Etwas zu öffentlichen d.h. zu Gemeinheitszwecken zu bestimmen, das letztere diejenige, über Etwas zu beliebigen Privatzwecken zu verfügen». Cfr. *Zwölf Bücher...*, cit., pág. 3.

¹⁵³ Vid. su *Die Staatsverfassung geschichts-philosophisch gegründet*, cit., págs. 21-22.

duración, subsiste, en tanto que un Todo que ha de tener una existencia duradera en el tiempo, sólo mediante un orden, pues el desorden supone su disolución.¹⁵⁴ Ésta no es propiamente una tesis basada en la idea del Organismo, pero mantiene en común con aquélla la consideración del Estado como un Todo más o menos vivo o viviente cuyas leyes, basadas en el Orden, desde el que surgen y para el que existen, hay que seguir si pretendemos colaborar en el proceso orgánico y vital universal.

c. El derecho y la fuerza.

Puede extrañar al lector que haga una referencia a la identificación de Derecho y fuerza en autores del primer tercio del siglo XIX, porque tal identificación, según se piensa usualmente, sólo se produjo en el siglo XX, de la mano de algunos autores empiristas. A comienzos del siglo XIX nadie, desde luego, mantuvo expresamente que el Derecho fuera la fuerza organizada del Estado, pero sí hubo algunos autores que plantearon algunas explicaciones de la realidad jurídica en las que se desentienden de explicaciones filosóficas o teóricas acerca del deber de obedecer las normas jurídicas, y consideran expresamente que las normas "jurídicas" son aquellas pautas o reglas que real y eficazmente moldean la convivencia.

En consecuencia, el Derecho ya no será un fenómeno "moral", que corresponda ser estudiado por la Filosofía, sino dato sociológico y empírico que se resuelve en una cuestión de preponderancia de fuerzas físicas. Como resulta de esta forma de entender el Derecho, éste no *obliga*, sino que fuerza: es la fuerza dominante en la sociedad. En consecuencia, ya no hay que fundamentar o legitimar las normas jurídicas, sino únicamente mostrarlas, del mismo modo que las ciencias naturales no justifican las regularidades que descubren en el comportamiento de la Naturaleza, sino que sólo las explican.

En este sentido, Nicolaus Falck concibió al Estado, y con él a su legislación, como un dato empírico más que se afirma mediante su eficacia en la realidad social. Efectivamente, en su *Enciclopedia jurídica* de 1821 está como disuelta la tesis, que aparece aquí y allá, según la cual el Estado efectivamente existente es el que ha de ser obedecido. Escribe, al filo de esta idea, que «el carácter jurídico de un precepto, o lo que es lo mismo, la Forma del

¹⁵⁴ «Der Staat, als die von Natur gewollt und von Menschen geschaffene dauernde Gemeinschaft des menschlichen Daseins, besteht wie Alles was eine dauernde Existenz haben soll, nur durch Ordnung. Unordnung ist schon Auflösung». Cfr. *Naturrecht...*, cit., pág. 66.

Derecho, surge únicamente de la admisión o reconocimiento generalizado de éste en un grupo de hombres».¹⁵⁵ Como es evidente, Falck se desentende de la tarea de justificar las normas jurídicas existentes y atiende exclusivamente a la eficacia social de las reglas que real y efectivamente configuran las relaciones sociales.

Fue Kielruff, sin embargo, el que redujo el Derecho a la fuerza organizada del Estado, aun cuando este autor no emplee expresamente esta terminología. Ya hemos visto que, para él, la juridicidad viene de la mano de la eficacia real social, de modo que sólo la voluntad que logra imponerse efectivamente es la única que tiene derecho a exigir obediencia.¹⁵⁶ Él entiende, como ya vimos, que la voluntad del Estado muestra su objetividad y razón en el hecho de que es la voluntad que efectivamente se impone, mientras que la voluntad de un sujeto particular que se aparte de la voluntad del Estado muestra su vaciedad y su falta de sentido precisamente por el hecho de que no consigue imponerse. Consecuentemente, la capacidad para exigir obediencia no se fundamenta en consideraciones que pudiéramos llamar filosóficas o morales, sino en el hecho de que no hay más fuerza jurídica que aquella que se impone fácticamente. M. Tönsen ya había explicado, pocos años antes, que «la necesidad de prestar obediencia a la sociedad civil se fundamenta, ante todo, en la coacción física con la que esta sociedad mantiene sus leyes... y que es designada mediante la expresión "obediencia civil"».¹⁵⁷

d. La naturaleza ética del deber jurídico.

Hubo autores que entendieron que la legislación, por sí sola, no es más que una manifestación de fuerza que no puede pretender imponer ningún deber, ya que esta noción, la de deber, es una realidad tomada de la Moral

¹⁵⁵ «Der rechtliche Character einer Vorschrift, oder die Form des Rechts entsteht durch die allgemeine Anerkennung derselben in dem Vereine, welche zu ihrer Gewährleistung ist gestiftet worden». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 7.

¹⁵⁶ «Denn nur der practische zur endlichen Geltung sich durchsetzende Wille ist wirklicher Wille». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 3. Más datos en el mismo sentido, en la página 5.

¹⁵⁷ «Die Nothwendigkeit der bürgerlichen Gesellschaft zu leisten, liegt zunächst in dem körperlichen Zwang, mit welchen die bürgerliche Gesellschaft ihre Gesetze aufrecht erhalten will... Sie wird bezeichnet durch den Ausdruck, bürgerliches Verbindlichkeit». Cfr. *Grundsätze eines allgemeinen positiven Privat-Rechts*. Kiel, 1828, pág. 10.

(es una realidad moral) y, en consecuencia, únicamente se puede hablar de deber jurídico o legal cuando las leyes son aprobadas por la instancia moral.

Así, Wilhelm Stephan, por ejemplo, escribía que «el fundamento de la validez del Derecho positivo no puede residir en él mismo». ¹⁵⁸ Stephan, con esta declaración, pone el dedo en la llaga del problema, ya que destaca que una cosa es la creación o emisión de las leyes, de modo que éstas son “válidas” etc., y otra cosa muy distinta es que tales leyes sean moralmente aceptables y, por esto, vinculen a través de un *deber*.

Fue Arnold Möhl el que se ocupó más detenidamente de este problema. Möhl se enfrenta a Kant, que había expulsado al deber del terreno jurídico; como sabemos, Kant había distinguido dos móviles (*Triebfeder*) distintos en la actuación humana. Uno sería el móvil verdaderamente ético, moral, que se produce o existe cuando el sujeto actúa movido por la idea del deber; en este caso, hay que hablar de *Moralität*. El otro es un móvil puramente psicológico que lo produce el miedo a la sanción, a la penalidad que se nos impondrá si incumplimos la ley; cuando el sujeto actúa movido por el temor a la pena, entonces estamos en el campo de la *Legalität*, del Derecho. La consecuencia inmediata que se deriva de esta distinción es que el Derecho, la *Legalität*, es un hecho a-moral, en el que no cabe hablar de deber, sino sólo de forzamiento o compulsión de la voluntad individual por el temor a la imposición coactiva de una pena.

Möhl explica que este planteamiento kantiano debe ser invertido. Si existe el *deber* de cumplir los contratos, es porque la Moral nos ordena que los contratos –que constituyen una realidad típicamente jurídica– deben ser cumplidos. Luego, el deber, la *obligatio* o *Verbindlichkeit*, es una realidad moral que fluye de la Ética y que se extiende o alcanza al Derecho. El Derecho –prosigue Möhl– únicamente refuerza la obligación (de cumplir los contratos) ya existente, con un poder coactivo, para asegurar aún más el cumplimiento de esta *obligatio*. ¹⁵⁹

El planteamiento de Möhl es sencillo, muy ajustado a la realidad: una determinada pauta puede ser obligatoria o no-obligatoria. Es obligatoria si existe el deber (moral) de obedecerla; no es obligatoria si no existe tal deber. Por este hecho, toda obligación es una obligación perfecta, y no tiene sentido distinguir entre obligaciones perfectas e imperfectas –como hicieron

¹⁵⁸ «Der Grund der Gültigkeit des positiven Rechts kann nicht in ihm selbst liegen». Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 96.

¹⁵⁹ «Es ist umgekehrt. Aus der Ethik fliesst das Gebot und das Gesetz von der Verbindlichkeit der Verträge und das Jus über. Das Jus verknüpft nur noch mit der Verbindlichkeit den äusseren Zwang, und macht die moralische Pflicht, sein Versprechen zu halten, zur Zwangspflicht». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 55.

los iusnaturalistas del siglo XVIII desde Gundling– según que estuvieran o no reforzadas por la coacción. «Sólo podemos hablar de obligaciones mayores o menores, más importantes o menos importantes; únicamente existen grados en la obligación, pero no diferencias que afecten a su esencia». ¹⁶⁰

La coacción, reitera Möhl, sólo sirve para reforzar la obligación ya existente, pero no crea ninguna obligación nueva. Es tarea del Estado, de acuerdo con su finalidad, que consiste en el fomento de la perfección moral, declarar que algunas obligaciones (*Pflichten*) serán reforzadas coactivamente, esto es, serán obligatorias coactivas, *Zwangspflichten*, ¹⁶¹ pues la legislación toma sus contenidos concretos desde la Moral; por esta razón las leyes del Estado y la Moral no tienen por objeto deberes distintos; sucede únicamente que el legislador impone coactivamente el cumplimiento de las obligaciones que considera más importantes, a las que él añade la nota de la coacción externa, y así es como surge la distinción –si es que la aceptamos– entre obligaciones perfectas e imperfectas, entre las llamadas obligaciones jurídicas y las obligaciones basadas en el amor, *Liebespflichten*. ¹⁶²

¹⁶⁰ «Die Aufgabe und Zweck der Gesetze in der bürgerlichen Gesellschaft ist das moralische Gesetz in ein Zwangsrecht zu verwandelt und die aus dem Zusammenleben der Menschen und den daraus entstehenden Verhältnissen entspringenden Rechte und Pflichten zu schützen und das richtige Ebenmaas aller Beziehungen das Lebens eines Volks festzusetzen. Durch die Gesetze soll das Recht eine Macht werden, den ohne Macht wäre, wie Zachariä sagt, das Recht ein leerer Schall. Das Recht hat aber nur Realität durch den Staat, weil es nur hier durch unwiderstehliche Gewalt geltend gemacht werden kann, nur hier gesichert und garantirt ist. Die Frage, welche Rechte Zwangsrechte, und welche Pflichten Zwangspflichten seien, hat auch nur Bedeutung in dem Zustande unter Obrigkeit, im Staate». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 51.

¹⁶¹ «Es ist daher die Aufgabe des Staats, gemäss seinen Zwecke, welcher in der Beförderung der sittlichen Vollkommenheit besteht, diejenigen Pflichten zu Zwangspflichten zu machen, welche zur Erreichung dieses Zweckes wesentlich nothwendig, oder doch sehr fördern sind». Cfr. *ibidem*.

¹⁶² «Die Gesetzgebung nimmt ihren Stoff aus der Moral. Die Gesetzgebung und die Moral haben daher nicht verschiedene Pflichten zum Gegenstand, sondern dieselben. Nur verbindet die Gesetzgebung mit den für ihren Gegenstand, für ihren Zweck wichtigsten moralischen Pflichten das Merkmal des äusseren Zwangs und daraus entsteht der Unterschied zwischen vollkommene und unvollkommene Pflichten, zwischen den sogenannten Rechtspflichten und Liebespflichten». Cfr. *Ueber das Naturrecht...*, cit., pág. 63.

8. COROLARIOS DIVERSOS.

En pocos años, la teoría jurídica experimentó una transformación muy profunda. Concretamente, a comienzos de siglo la práctica totalidad de la doctrina consideraba que la manifestación primera y esencial del Derecho era el derecho subjetivo, que revestía la forma de los *Urrechte* o *Menschenrechte* originarios en el “estado de naturaleza”. Sin embargo, a finales del primer tercio del siglo, esta consideración de los derechos subjetivos había desaparecido, y la prioridad la tenía ahora el Derecho “objetivo”, es decir, el conjunto de las leyes dictadas por el Estado.

Este cambio de mentalidad lo observamos, por ejemplo, en Paul von Wangeheim que, a pesar de ser un autor moderado que no quiere romper con la tradición entonces existente, declaraba que «el Derecho sólo puede ser objetivo, que reconoce su base subjetiva, su fuente peculiar, en la Personalidad individual que posee una voluntad que actúa de acuerdo con la ley».¹⁶³ Emil Ferdinand Vogel explicaba la noción del derecho subjetivo indicando que «el Derecho, en su acepción subjetiva, es la facultad de cada ciudadano, fundamentada en la ley, asegurada por el poder supremo del Estado, para que en caso de necesidad se usen medios coactivos para influir en la actividad de otras personas».¹⁶⁴ Tal como este mismo autor explica

¹⁶³ «Das Recht kann somit nur ein *objectives* seyn, welches in der individuell gebildeten Persöhnlichkeit, wenn sie nach dem Gesetz des Willens in Thätigkeit kommt, seine subjective Basis, seine eigenthümliche Lebensquelle, anerkennt». Cfr. *Bemerkungen über die Entstehung und Natur des positiven Rechts*. Tübingen, 1841, pág. 14.

¹⁶⁴ «Das Recht in subjectiver Bedeutung ist das, durch die Gesetze gegründete, von der höchsten Gewalt im Staate in Nothfalle durch Zwangsmittel zu unterstützende Befugniss eines Staatsbürgers zur Einwirkung auf die Thätigkeit der andern». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., pág. 8.

más adelante, podemos, ciertamente, hablar de “derechos subjetivos”, pero sabiendo que este tipo de derechos recibe su firmeza desde el Derecho objetivo.¹⁶⁵

En consecuencia, el centro de gravedad de la consideración jurídica se vio desplazado, en pocos años, desde la “Personalidad” o *Persönlichkeit*, esto es, desde un conjunto de facultades centradas en la libertad que competen originariamente a cada individuo, al conjunto de las normas dictadas por el Estado, ante las que el sujeto sólo es relevante cuando él “encaja” –por decirlo así– en algún supuesto previsto por ellas; si posee una capacidad de hacer, de acuerdo con estas normas, entonces posee una “facultad”, un “derecho”. Pero la prioridad la tiene en todo momento la norma estatal, y el “derecho subjetivo” es sólo una consecuencia secundaria de estas normas “objetivas”.

Un segundo punto que quisiera resaltar fue también el cambio de mentalidad respecto a otra faceta de la naturaleza del Derecho. Los modernos, especialmente con mayor claridad los kantianos, habían entendido a los derechos subjetivos originales como una emanación de una libertad originaria *ad omnes usos*, que compete a cada individuo. Por esta causa, la ley jurídica, al estar fundamentada en la libertad “personal” o individual, era ante todo una ley permisiva, *lex permissiva* como explicaban Schmalz y Krug, que brotaba desde una ley radical y originaria que se confundía con la misma naturaleza humana, según explicó Brückner. En cambio, en pocos años, ya en 1810, Amadeus Wendt explicaba que la ley jurídica es originariamente una ley prohibitiva, *ein Prohibitivgesetz*. Concebir a la ley jurídica como una ley permisiva, como hizo Kant, «conduce a resultados equivocados e infecundos». ¹⁶⁶ De este modo, ya en los inicios del siglo, comienza a desaparecer la versión típicamente moderna del Derecho, que partía desde una *Erlaubnis* o *facultas* de la Persona y, en su lugar, al acentuarse el carácter preceptivo del Derecho objetivo, esta naturaleza preceptiva encontró una exposición más fácil e inequívoca en la prohibición, de modo que comenzó a entenderse al Derecho como un conjunto de normas prohibitivas.

¹⁶⁵ «Nun es giebt es zwar ausser dem objectiven noch ein subjectives Recht: allein da letzteres seine Festigkeit nur durch das erstere erhält». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., pág. 15.

¹⁶⁶ «Dieses Gesetz ist ursprünglich ein Prohibitivgesetz... Das Rechtsgesetz als ein ursprüngliches Permissivgesetz an die Spitze der Rechtslehre zu stellen, führ... zu irrigen Ansichten und unfruchtbaren Resultaten... Das Rechtsgesetz sagt aber nicht bloss etwas Erlaubtes, sondern zugleich etwas Nothwendiges aus... das Rechtsgesetz für ein Gesetz halten können, dessen Quelle die reine Vernunft ist». Cfr. *Grundzüge...*, cit., parágrafo 10.

Un tema al que ya he aludido fue el del cambio en la noción de la justicia. Durante la Modernidad, dado que el Derecho consistía ante todo en una facultad o libertad de hacer, de forma que la ley jurídica exigía que estas libertades fueran coordinadas en el “mundo exterior”, en el *Sinnenwelt*, a fin de que cada Persona dispusiera de la máxima libertad posible, la justicia fue entendida como un “respeto”, *Achtung*, ante las libertades ajenas, de modo que la esencia del proceder justo consistía en una *abstención* o *Enthaltung*. Ahora, en cambio, dado que el Derecho ya no consiste originariamente en un “poder hacer” sino en conformar la propia conducta a lo que disponen las leyes, la justicia perdió el carácter negativo que tuvo en la Modernidad, y fue considerada como el acomodamiento personal a lo dispuesto en las leyes. Como explicaba Thibaut, la justicia jurídica es aquella forma de obrar que en todas sus relaciones se adecúa a lo dispuesto por la ley.¹⁶⁷ Fue Kielruff, siempre claro y rotundo, el que expresó con mayor claridad esta noción nueva de la justicia. “Justo”, en sentido jurídico –explica Kielruff– sólo puede llamarse a aquel hombre que actúa según lo dispuesto por las leyes. La “justicia” no es un predicado que se pueda decir de la ley: la ley siempre es justa porque ella es la que crea la medida y el criterio para medir la justicia y la injusticia.

¹⁶⁷ «Eine, den Gesetzen in allen Beziehungen gemässe Handlungsweise heisst die juristische Gerechtigkeit». Cfr. *System des Pandekten-Rechts*. Cannstadt, 1834, parágrafo 34.

III

EL PROBLEMA DE
LA CIENCIA JURÍDICA.

Actualmente hablamos de la Ciencia jurídica o de la Ciencia del Derecho traduciendo, quizá inconscientemente, la expresión alemana *Rechtswissenschaft*. Ciertamente, estas expresiones están lejos de tener un significado inequívoco pero, al menos, con ellas se suele distinguir el trabajo del jurista del del filósofo del Derecho. Incluso, era frecuente en las antiguas "Memorias" de oposiciones a cátedras que se distinguieran como dos grados del saber jurídico, el *científico*, que correspondía a la Ciencia jurídica, y el propiamente filosófico, que era designado como "Filosofía del Derecho". Una consecuencia, entre otras, de este uso terminológico reiterado, es que hoy nos parece normal y natural hablar de Ciencia jurídica –de la que se ocupan nuestros colegas de Derecho Civil, Procesal o Mercantil– y de Filosofía del Derecho, que tiene una asignatura especialmente dedicada a ella en las Facultades de Derecho. Sin embargo, estas expresiones, *Rechtswissenschaft*, *Philosophie des Rechts*, tuvieron un origen turbio y atormentado.

La conciencia colectiva europea no supo, durante el siglo XIX, qué era exactamente la Ciencia del Derecho, *Rechtswissenschaft*, y en qué se diferenciaba de la "Ciencia del Derecho natural" o *Naturrecht*. Leopold August Warnkönig indicaba en 1839 que la "Ciencia del Derecho natural" se encontraba, desde hacía un decenio, en una crisis; el problema consistía, según Warnkönig, en que los sistemas de Filosofía del Derecho contruidos sobre bases kantianas habían perdido su prestigio, y Centroeuropa no encontraba una filosofía jurídica que llenara el vacío dejado por los discípulos de Kant.¹

¹ «Dass die Wissenschaft des Naturrechts seit einem Jahrzehnte im Zustande einer Krisis sich befindet, werden alle, die sich mit derselben beschäftigen, schon längst wissen. Die auf der Basis Kantischen Philosophie aufbegauten Systeme derselben haben das alte Ansehen verloren; der durch jene Philosophie dem Naturrechte vorzeichnete Kreis ist durchlaufen». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., Vorrede, pág. IV.

La confusión terminológica agravaba el problema. Theodor Schmalz indicaba, en 1807, que al "Derecho natural" se le llamaba usualmente "Filosofía del Derecho", *Rechtsphilosophie*,² lo que nos indica que los términos de Filosofía del Derecho y Derecho natural eran sinónimos. La expresión Ciencia jurídica, *Rechtswissenschaft*, apenas era usada entonces en la Universidad, y no designaba ningún saber pretendidamente científico; era una más de las expresiones que aparecen intermitentemente en la literatura jurídica de finales del siglo XVIII y que, del mismo modo que el término *Rechtsphilosophie*, no se sabía muy bien cómo usarla.

Como expresiones equivalentes a *Naturrecht* o *Rechtsphilosophie* se usaban entonces la de *philosophische Rechtslehre*, *reine Rechtslehre*, *Metaphysik des Rechts*, etc. La de Ciencia del Derecho o *Rechtswissenschaft* era un neologismo que difícilmente encontraba acomodo en la profusión de rótulos que encabezaban los libros universitarios sobre la teoría del Derecho. Stöckhardt nos ofrece un ejemplo, entre otros muchos, de esta confusión terminológica cuando propone que al saber universitario sobre el Derecho no se le denomine *Naturrecht* o *philosophische Rechtslehre*, sino *Rechtswissenschaft*.³

² Vid. *Handbuch der Rechtsphilosophie*. Halle, 1807, pág. 29.

³ «Es ist demnach die Rechtswissenschaft: die reine Vernunftlehre von der Idee und den Gesetzen, nach welchen der freien Mensch durch seine äussern Handlungen die vollendete Harmonie der Welt befördert solle». Cfr. *Die Wissenschaft...*, cit., pág. 29.

A. NATURECHT Y RECHTSPHILOSOPHIE: LAS DUDAS DE GUSTAV HUGO.

Hugo es un personaje mítico en el doble sentido de esta palabra. En efecto, por una lado consideramos que él marcó un hito fundamental en la historia de la Filosofía del Derecho y de la Ciencia jurídica y, de otra parte, las aportaciones que se le suelen atribuir –destructor del "Derecho natural", iniciador de la Escuela Histórica del Derecho– no siempre coinciden con los datos que nos suministran las fuentes. Quizá el punto de partida más realista para entender las aportaciones de Hugo es el que nos indica Eichengrün cuando nos informa que Gustav Hugo no fue un filósofo del Derecho, sino que, como romanista que era, dedicó su actividad profesional a investigaciones histórico-filológicas.⁴

Como jurista que era, vio en el Derecho romano un monumento insuperable, verdadera *ratio scripta*, y, como siempre ha solido suceder entre los romanistas, Hugo se desentendió del "Derecho natural" porque él dispone del Derecho romano, que es un ordenamiento jurídico mucho más fiable y completo que cualquier sistema de *Naturrecht* al uso.⁵ Está poco estudiada la faceta romanista de Hugo, que determinó fuertemente su poco aprecio hacia las muchas teorías iusnaturalistas que entonces se enseñaban en las Universidades. El era un *positivista*, un estudioso del *ius positivum* o *ius civile* que viene recogido en el *Corpus Iuris* y, por esta razón, cuando él habla de "Derecho positivo" se está refiriendo a un conjunto de principios y normas –fundamentalmente de principios– que poco tiene que ver con lo que hoy entendemos como legislación del Estado.

Hugo estableció su programa investigador en el volumen primero de

⁴ Vid. *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*. La Haya, 1935, pág. 26.

⁵ Vid. Eichengrün, *op. cit.*, pág. 80.

su *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, de 1799. En esta obra plantea los tres puntos que él entiende que debe abordar toda enseñanza universitaria del Derecho, a saber: 1) *Was ist Rechtens?*, ¿Qué es Derecho? Éste es el tema de la Dogmática jurídica; 2) ¿Es racional que eso sea así?, *Ist es vernünftig, dass es so sey?* De ello se ocupa la Filosofía del Derecho; 3) ¿Cómo ha llegado esta norma a ser Derecho? Éste es el problema de la Historia del Derecho.⁶

Como podemos apreciar, él deja las puertas abiertas a una consideración del Derecho que hoy llamaríamos *iusnaturalista*; este planteamiento puede desconcertar algo al lector, especialmente si recordamos que Hugo rechazaba el “Derecho natural” usual entonces. Pero Hugo únicamente no admite el *Naturrecht* o *Rechtsphilosophie* de la Modernidad que, como explica en el *Lehrbuch* de 1819, establecía fundamentos puramente racionales a priori⁷ y, desde las nociones así postuladas intentaba hacer consideraciones moralizantes –escribe despectivamente– sobre la licitud de las revoluciones y las guerras; no sirven los falsos principios a priori, puramente formales, había escrito en el *Lehrbuch* de 1799, que intentan componer la “Filosofía del Derecho privado”.⁸

Es decir, Hugo, como cualquier romanista del siglo XX que cree en la Ciencia del Derecho y en la Justicia, se opone, en nombre de ellas, a los sistemas iusnaturalistas contruidos a priori de espaldas a la realidad; es una actitud muy similar a la de Albertario, hace algunos años, o a la de Alvaro d’Ors hoy. El “Derecho natural” que él quiere, nos explica el mismo Hugo, debe surgir desde la experiencia que es esencial a cualquier Derecho positivo.⁹ Hugo se hubiera entendido muy bien, sin lugar a dudas, con Pla-

⁶ «Es sind genau genommen nur drey Punkte, welche bey irgend einem Unterrichte in der Jurisprudenz betrachten werden können, seine Form und seine Anfang sey auch noch so verschieden, und diese drey Punkte sind durch den Begriff des positiven Rechts gegeben: I. Was ist Rechtens? Die juristische Dogmatik... II. Ist es vernünftig, dass es so sey? Philosophie des Rechts, theils die Metaphysik über die blosse Möglichkeit (Censur und Apologetik des positiven Rechts nach Principien der reinen Vernunft)... III. Wie ist Rechtens geworden? Die Rechtsgeschichte...» Cfr. *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. I Band. Berlin, 1799, parágrafo 16.

⁷ «Die gewöhnliche Verbindung zwischen Philosophie und Recht ist die, dass man ein Inbegriff von juristischen Wahrheiten aus blossen Vernunftgründen darzutun versuchte». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*, cit., parágrafo 6.

⁸ «Die Philosophie des Privatrechts sollte ein Hauptgegenstand des Naturrechts seyn, aber weder das Moralischen über die Rechtsmässigkeit der Revolutionen und Kriege, –noch das Demonstrieren des heutigen Römischen Rechts aus lauter Definitionen– noch die Censur des positiven Rechts nach falsch verstandenen Principien a priori, bey welchen, da sie blos formal sind, die Anwendung erschlichen wird, so dass man bald alles für nothwendig hält». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 115.

⁹ «Ein solches Naturrecht muss von der Erfahrungssätzen ausgehen, die bey jedem positiven Rechte wesentlich sind». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 116.

centino, Azon, Odofredo, Bellapertica o Bartolo; sólo que a él, por vivir y trabajar a finales de la Modernidad, le tocó enfrentarse al *ius naturale* a priori y “filosófico” de los siglos XVII y XVIII. Su actitud es bastante parecida a la de Nicolaus Falck, jurista que también reniega, pocos años después de aparecer el *Lehrbuch* de Hugo, del “Derecho natural” existente, y que afirma la Justicia objetiva en nombre de la experiencia jurídica.

Efectivamente, Hugo y Falck –paradójicamente considerados por Fisher ya en 1837 como los “padres” del positivismo jurídico¹⁰ mantienen una actitud ambigua sólo aparentemente, que les lleva a mantener la posibilidad de una verdadera Filosofía del Derecho o Derecho natural, aunque estos juristas, en oposición total a la Modernidad, no creen en los delirantes entramados intelectuales que habían creado los modernos.

Efectivamente, en sendos escritos publicados en el mismo año, 1819, Falck y Hugo afirman su reconocimiento de una Justicia objetiva, por encima del arbitrio del legislador. Falck, en sus *Allgemeine Betrachtungen* dejó claro que en todo Derecho positivo existe un cuerpo de verdades objetivas que no dependen del arbitrio del gobernante; se trata de aquellas normas que siempre están presentes en la legislación de un Estado, pero que no han sido creadas –explica Falck– por ningún poder del Estado.¹¹ En la *Juristische Encyclopädie* de 1821 vuelve otra vez sobre esta idea, y deja establecido que «aunque la idea antigua del Derecho natural se ha mostrado impracticable, sin que el vacío ocupado antes por el *Naturrecht* haya sido ocupado por otra ciencia, debe ser posible afirmar la existencia de un Derecho natural, pero en otro sentido de la palabra, de un *natürliches Recht* o de unas verdades jurídicas generales». ¹²

Hugo, por su parte, fue consciente plenamente de la diferencia que existe entre la actividad política –que crea las leyes del Estado– y la actividad específicamente jurídica. Explica, a este propósito, que la Política, en

¹⁰ «... dass mehrere Männer des positiven Rechts auf den Aristotelischen, von Leibniz wieder in Erinnerung gebrachten, Gedanken einer Philosophie des positiven Rechts zurückkamen; so namentlich Hugo, in seinem 1798 zu erstenmal erscheinenden “Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts”. Auf die äusserste Spitze wurde der Begriff einer rein-empirischen Rechtsphilosophie getrieben von Falck, in seiner 1821 erstenmals erscheinenden “Juristische Encyclopädie”. Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*, cit., pág. 15.

¹¹ *Vid. op. cit.*, pág. 7 El texto ya ha sido citado anteriormente.

¹² «Obgleich die alte Idee vom Naturrecht als unausführbar aufgegeben werden muss, ohne dass die an die Stelle des Naturrechts gesetzte Wissenschaft die Bestimmung desselben erfüllt, so wird es doch möglich seyn, das Daseyn eines Naturrechts, in einem andern Sinne des Worts, eines natürlichen Rechts, oder allgemeines Rechtswahrheiten nachzuweisen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 52.

tanto que ciencia, se ocupa preferentemente del Derecho público, mientras que la Filosofía del Derecho positivo surge desde el Derecho privado,¹³ Derecho que expresa unas relaciones que son más permanentes y “naturales” que las creaciones del Derecho público.

Sin embargo, la oposición de estos autores al *Naturrecht* entonces tradicional, escandalizó a sus coetáneos, que no percibieron que Hugo o Falck se oponían a las construcciones racionalistas –y, por ello, irreales– de la Modernidad, y que lo hicieron en nombre de la Ciencia del Derecho, a la que bien puede darse el nombre –como hace, entre nosotros, Hervada– de “Ciencia del derecho natural”. Warnkönig, concretamente, explicaba que Hugo intentó demostrar que entre la Moral y el Derecho positivo no existe ningún *Naturrecht* y que, para él, “examinar” el Derecho positivo no suponía aplicar sobre éste normas morales, sino ideas acerca de la utilidad, como hacía Bentham.¹⁴

Esta pretendida objeción de Warnkönig a Hugo nos muestra lo descuidada que estaba la Ciencia jurídica a mediados de siglo; los juristas y filósofos que se ocuparon entonces de las cuestiones más generales del Derecho estaban tan obcecados por el “Derecho natural” de la Ilustración que no supieron entender que el primer paso necesario para hacer justicia era, precisamente, el desmontar esos sistemas de “Derecho natural” (cosa que hicieron Falck y Hugo concienzudamente) y volver la vista hacia la ocupación jurídica, que trata siempre con datos concretos, positivos.

¹³ «Die natürlichen Grenzen zwischen Politik und unserer Philosophie des positiven Rechts ist die, dass die Politik sich mehr auf das öffentliche Recht, unserer Wissenschaft aber mehr auf das Privatrecht bezieht». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 5.

¹⁴ «...so verwarf er alle a priori deducirten Rechtsgrundsätze und suchte zu zeigen, dass zwischen der Moral und dem positiven Rechte keine Naturrechtswissenschaft in der Mitte stehen könne, und das die Rechtsphilosophie also nur darin bestehe, die Grundsätze des positiven Rechts ihrer innern Güte und Zweckmässigkeit nach zu prüfen... und der Masstab seiner ganzen Kritik nicht die moralische Idee der Gerechtigkeit, sondern das Prinzip des Nutzen ist. Es nähert sich hierin Bentham». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 157.

B. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, TAREA INÚTIL.

Hugo y Falck, y algunos autores algo más tardíos, como Möhl o Fischer, captaron la naturaleza jurisprudencial del Derecho, basado siempre en la experiencia, y explicaron, consecuentemente, que el conocimiento jurídico y la ocupación con la Filosofía del Derecho era cuestión de experiencia, no de la imaginación fabuladora que paga los gastos. Pero, fuera de pocas excepciones, a comienzos del siglo XIX era tan imperiosa y agobiante la necesidad de luchar contra el academicismo especulativo que dominaba las Universidades, que la época se volcó más bien en atacar todo tipo de “Filosofía” o saber no-positivo referido al Derecho. Veamos este tema en una primera aproximación.

Bajo el influjo de la inmensa escolástica kantiana, el 1800 no conocía más Filosofía que la de Kant, aparte de los recién nacidos y aún no desarrollados sistemas idealistas. Dado que Kant y sus epígonos pretendieron hacer una Filosofía práctica a priori, estrictamente racionalista, el término “Filosofía” designaba entonces un saber a priori, hecho por cabezas pensantes que, en su afán de buscar las leyes generales y necesarias de la Razón, desconocían la experiencia. Por este motivo, el término Filosofía y sus derivados, *Rechtsphilosophie* o *Philosophische Rechtslehre* evocaban una actividad puramente intelectual, academicista, que no mantenía ninguna relación con la ocupación propiamente jurídica. Fue lógico que, en este contexto, la misma ocupación filosófica con el Derecho fuera combatida, cuando menos por inútil.

Jakob Fries, ya en 1803, explicaba que la teoría filosófica del Derecho no sirve para nada en los asuntos prácticos, y es una cuestión que corresponde más a la formación general de la persona que no a un estudio jurídico específico. «Quien pretenda mezclar en la aplicación práctica del Derecho positivo sus ideas filosóficas sobre el Derecho, estropeará sus negocios y tendrá pocos motivos de agradecimiento con la Filosofía».¹⁵ Fries, en una

¹⁵ «...in Rücksicht der Anwendung auf das wirkliche Geschäftsleben nich einmal vor dem Nutzen der philosophischen Rechtslehre rühmen lassen. Das Interesse des

actitud comprensible en esta época, entendía que la formación “filosófica” se adquiere de espaldas a los saberes prácticos; el manierismo academicista de la Ilustración, que volcó su afán intelectual, en Centroeuropa, en conseguir leves distinciones conceptuales –éste era de hecho el máximo logro a que podía aspirar un filósofo ortodoxo a finales del siglo XVIII– había creado, finalmente, una visión de la Filosofía que hacía aparecer a este saber como una actividad intelectual abstracta, hecha al margen de la realidad. Podemos entender, en este contexto, que Fries entendiera que «el interés verdadero y general de la Ciencia del Derecho filosófica es puramente filosófica»¹⁶ y que, en consecuencia, no estuviera orientado a la ampliación del conocimiento del Derecho ni, en general, a la de ningún saber que sirviera (tomando el término “servir” en su sentido más amplio) para algo.

Siendo éste el estado de la ciencia de los filósofos a comienzos del siglo XIX, la ocupación filosófica no estaba en condiciones de prestar al Derecho alguna ayuda en la construcción de una “Ciencia jurídica” que sustituyera a los ya anticuados sistemas de “Derecho natural”. Más bien sucedió lo contrario: los juristas que pretendieron crear un saber específicamente jurídico hubieron de ocuparse extensamente, perdiendo su tiempo y buena parte de sus esfuerzos, en combatir la “filosofía jurídica” existente, casi siempre kantiana.

Schnaubert fue un autor que se ocupó detenidamente en explicar la falta de utilidad de la Filosofía en el estudio del Derecho. Él entiende que caben tres tipos de saberes en el estudio jurídico: la exposición de las normas jurídicas vigentes, en primer lugar, según una forma sistemática; éste sería el método dogmático. También se puede mostrar la influencia del Derecho que históricamente ha existido sobre el Derecho actual, y éste compondría el método histórico. Finalmente, sería posible hacer una crítica filosófica de las normas jurídicas existentes, lo que daría lugar al método crítico.¹⁷ Lo peculiar de este último método es que no consideraría a los dog-

letzten ist vielmehr ganz philosophisch, und betrifft nur die allgemeine Bildung des Einzelnen und nicht die juristische Bildung allein. Wer in die wirkliche Anwendung des positiven Rechtes seine philosophische Gedanken über das Recht einmengen wollte, der würde sich damit wenig Dank erwerben und sein Geschäft schlecht verstehen». Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., pág. XII.

¹⁶ «Das wahre und allgemeine Interesse der philosophischen Rechtswissenschaft ist ganz philosophisch». Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., pág. XV.

¹⁷ «Von positiven Rechte kann man entweder 1) nur die wirkliche geltenden Sätze in systematische Form bringen, oder 2) zugleich das geschichtliche Recht mit in das System aufnehmen, oder 3) eine philosophische Kritik der positiven Rechtssätze damit verbinden. Hiernach ergibt es denn drey Methoden, das positive Rechts darzustellen, 1) die dogmatische, 2) die geschichtliche, 3) die kritische. Nach den

mata del Derecho vigente como verdades absolutas, sino que los sometería a un enjuiciamiento racional; aunque –explica Schnaubert– esto no afecta para nada a la validez “externa” de las normas.¹⁸

Este método crítico, sin embargo, presenta muchas desventajas, explica Schnaubert, porque hace que se descuide la investigación histórica y el estudio de las fuentes; pone en cuestión la dignidad de las leyes, ya que tiende a destruir la fuerza vinculante de éstas y, finalmente, con él se crea un Derecho, quizá mejor que el existente, pero al que, al faltarle la sanción del Estado, no es vinculante.¹⁹ De todos modos, ningún libro sobre el Derecho ideal puede estar vigente como si fuera un código de la Razón, en el que todos debieran de creer; pues un escrito así contiene solamente el pensamiento de un sujeto particular, al que otros sujetos pueden adherirse o rechazarlo. Por esta razón, el estudio de libros sobre el Derecho ideal no es nunca estudio de las fuentes, sino únicamente un medio auxiliar para formar el propio pensamiento.²⁰

Adelantándose bastante a su tiempo, Schnaubert escribe que «La ciencia del Derecho positivo se llama “Ciencia jurídica positiva”, y la Ciencia del Derecho no positivo debe ser llamada *philosophische Rechtswissenschaft* que, a su vez, se subdivide en *ideale Rechtswissenschaft* y “Filosofía del Derecho positivo”». ²¹ Este autor propone desentenderse de las ciencias jurídicas

Methoden zerfallen auch die Juristen in drey Sekten oder Schulen» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 138.

¹⁸ «Das Eigenthümliche der kritischen Methode liegt darin, dass die *dogmata* des geltenden Rechts nicht als absolute rechtliche Wahrheiten aufgestellt, sondern einer vernünftigen Beurtheilung ihrer Zweckmässigkeit unterworfen werden. Es wird demnach zwar nicht über die äussere Gültigkeit, wohl aber die Vernünftigkeit positiver Rechtssätze philosophiert, und das Positive von einem höheren freyen Standpunkte aus gewürdigt. Die Freunde dieser Methode bilden die kritische (philosophische) Schule». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 141.

¹⁹ «Zu den Vernunftgründen positiver Rechte führt erst die kritische Methode. Diese, allein angewendet auf positives Recht, hat die Nachtheil, dass geschichtliche Forschungen und Quellenstudium vernachlässigt werden, (weil vernünftige Würdigung des positiven Rechtsstoffes Hauptzweck des Studium wird), dass zur Herabwürdigung der Gesetze führt, und eben dadurch zu den Streben, die verbindende Kraft der Gesetze zu vernichten, und ohne Sanktion des Staates, ein vermeintlich besseres, aber eigentlich unverbindliches Recht einzuführen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 145.

²⁰ «Keine Schrift über ideales Recht kann als ein Gesetzbuch der Vernunft gelten, an welches Alle glaubten müssten; jede solche Schrift enthält nur das Denken eines Einzelnen, welchem andere Denkenden beypflichten oder es verwerfen können. Das Studium von Schriften über ideales Recht ist also niemals Quellenstudium, immer nur Hilfsmittel für das Selbstdenken» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 122.

²¹ Cfr. *op. cit.*, parágrafo 151.

“ideales” y crear una Ciencia jurídica unitaria, ya que la Ciencia del Derecho, en tanto que sistema de conocimientos sobre el estado jurídico de los hombres, es una ciencia con substantividad propia. La doctrina de la Ciencia del Derecho en su conjunto se llamará “doctrina científica del Derecho”, *Wissenschaftslehre des Rechts*, o, más abreviadamente, aunque entonces el término pierde precisión, “doctrina jurídica científica”, *juristische Wissenschaftslehre*.²²

²² «Die Rechtswissenschaft, als System der Erkenntnisse über den Rechtszustand der Menschen, ist eine eigene Wissenschaft. Die Lehre von der Rechtswissenschaft im Ganzen heisst *Wissenschaftslehre des Rechtes*, kürzer, wenn auch nicht ganz richtig, *juristische Wissenschaftslehre*». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 11.

C. ESCRITOS PROGRAMÁTICOS.

La Ciencia del Derecho es un caos durante el siglo XIX, y los abundantes tratados sobre el “Derecho natural” que se prodigan desde 1792 –año en que Theodor Schmalz publica el primer escrito “crítico” sobre la teoría del Derecho– contribuyeron notablemente a enturbiar el panorama del estudio. Ante todo, se preguntaban los juristas: ¿qué valor poseen estos libros, casi siempre hechos de la mano de la filosofía kantiana? ¿Constituyen “Ciencia jurídica” que el jurista deba tener en cuenta? Y aun cuando se deje de lado esta vertiente de la literatura jurídica, ¿cómo compatibilizar el estudio y la docencia del Derecho romano con la masa de leyes legisladas por cada Estado? Savigny, ciertamente, había publicado un escrito sobre la posesión que marcó un camino a seguir por la pulcra elección de las fuentes y el método riguroso con que procede; pero Savigny, como romanista que era, afirma el Derecho romano, al que dedica su trabajo, frente al Derecho legislado del Estado. Pero aun cuando se prescindiera del Derecho romano y nos atuviéramos a las leyes nacionales, ¿qué hacer con ellas? ¿El jurista debe limitarse a aprenderlas, y hacerlas aprender, de memoria? No es extraño que Steubing pidiera, en 1815, una luz «que iluminara desde algún ángulo escondido la masa caótica de las leyes positivas».²³

1. Seidensticker clama contra los juristas filosofantes.

Curiosamente, el empeño humanista de los siglos XVI y XVII por introducir la Filosofía en el Derecho para clarificar el contenido de este último

²³ «...als die Beleuchtung irgend eines verborgenen Winkels in der chaotischen Masse der positiven Gesetze». Cfr. *Ueber die Ursprung...*, cit., pág. 7.

mediante una razón sencilla y clara, había dado por resultado los tratados del *ius naturale et gentium* que ahora, en el 1800, enturbiaban toda la Ciencia jurídica. J.A.L. Seidensticker fue el primero que, fundamentalmente en obras que aparecieron anónimas, se lanzó a denunciar los excesos de la Filosofía (kantiana) en la Jurisprudencia.

Sus ataques se dirigen, según nos confiesa él mismo, contra aquellos que no valoran los fundamentos históricos y positivos de la Jurisprudencia y que, por esto, traspasan la barrera de lo positivo e intentan reelaborar los datos jurídicos según relaciones ajenas al Derecho, que no son más que ideas platónicas extraídas desde los muchos edificios conceptuales y sistemáticos que se están construyendo.²⁴ En su obra satírica *Juristische Fragmente*, publicada en 1802, explica que los filósofos quieren aplicar la Transubstanciación teológica al campo del Derecho; en efecto, del mismo modo que la Transubstanciación de los teólogos, según la cual la Hostia consagrada se transforma en el Cuerpo de Cristo, los "juristas filosofantes" (*die philosophisten Juristen*) pretenden que sus lucubraciones locas se transforman en Derecho positivo, *ius positivum*,²⁵ siendo así que «sólo existe un único y verdadero Derecho positivo», *ein einzig wahre positives Recht*.

Se precisa rigor, indica Seidensticker, y este rigor sólo lo alcanzaremos cuando reconduzcamos nuestros estudios a las legislaciones diversas que han creado los Derechos, y estudiemos el espíritu de estas legislaciones. La primera condición para este nuevo estudio que él propone es el aislamiento (*Absonderung*) de los pueblos y Estados para estudiar cada legislación según

²⁴ «Unsere Verdacht geht bloss gegen diejenigen, welche durch den Missbrauch, den sie mit dem Philosophiren und Systematisiren treiben, es an den Tag legen, dass sie die Jurisprudenz ihren positiven und historischen Gründen nach weder kennen, noch schätzen; welche alle Augenblick über die Schranken des Positiven hinaus philosophiren, und den positiven Stoff nach gewissen äussere Verhältnisse, und nach irgend einer Platonischen Idee über das beste Rechtsgebäude systematisiren». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 124.

²⁵ «Die Transubstantiation der Theologen, nach welcher die geweihte Hostie der wahre Leib Christi seyn soll, wird dadurch bewirkt, dass die Vernunft es als obere Bedingung in sich mit einschliessen muss, nur in so fern gelten zu wollen oder zu können, als die geoffenbarte Religion ihr nicht entgegen ist. Die Transubstantiation der philosophische Juristen, nach welcher das vornornige Recht das wahre *ius positivum* seyn soll, wird dadurch ausgeführt, dass die positiven Aussprüche und Sanktionen die Gesetzgebung die obere Bedingung mit in sich begreifen müssen, nur in so fern verbinden zu wollen oder zu können, als die vornornige Vernunft ihnen nicht widerspricht. Durch die obere Bedingung wird es dort die Vernunft gemäss, die Oblate für den wahren Leib Christi, und hier dem positiven Rechte gemäss, das vornornige Vernunftrecht für das wahre *ius positivum* zu nehmen». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., párrafo 144.

sus diversas épocas, pues el espíritu de las leyes está en la Nación y en su constitución, en el carácter de su espíritu, en sus pensadores. Por este motivo es necesario entender el Derecho romano como el Derecho de Roma, antes de querer aplicarlo a los alemanes.²⁶

Si pretendemos diferenciar a la Jurisprudencia de la Política del Derecho, de la Historia del Derecho, de la Filosofía del Derecho y de la Literatura jurídica,²⁷ que son simples medios auxiliares de ella, es preciso considerar que la Jurisprudencia es la ciencia del Derecho en la práctica. Todo lo que el jurista, como tal, escriba, debe girar sobre la praxis, y por este motivo, la Teoría, en la ciencia positiva, no debe ser más que una copia fiel de la praxis existente. La Teoría debe ser, ante todo, una esclava de la praxis.²⁸ En el *Geist der juristischen Literatur*, de 1797, él recoge la opinión de un autor que cita, pero al que no menciona por su nombre, según la cual también las leyes inmorales constituyen Derecho y son vinculantes; porque la jurisprudencia positiva no es asunto de la opinión, sino del saber, de la Ciencia.²⁹ Seidensticker insiste en lo que ya había escrito Thibaut, a saber, que es preciso remontarse hasta principios (*Grundsätze*) generales, pero ha de tratarse

²⁶ «Der Zweck der Jurisprudenz ist—die Ausübung derselben. Das Mittel einer richtigen und glücklichen Ausübung ist— gründliches Studium. Gründlichkeit lässt sich einzig und allein dadurch erreichen, dass unsere Rechte auf die Verschiedene Legislationen, aus welchen sie geschöpft sind, zurück geführt, und in dem Geiste derselben entwickelt werden. Strenge Absonderung nach den Völkern und Staaten, und dann wieder nach den verschiedenen Zeiten sind wohl die ersten Bedingungen dabey. Der Geist der Gesetze ruht in der Natur und ihrer Verfassung, in dem Zeitalter und seiner Denk- und Handels- Weise. Vorher muss man das Römische Recht als Römer verstehen, ehe man es als Deutscher anwenden kann». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 116.

²⁷ En aquel tiempo eran frecuentes las obras de *Literaturgeschichte*, que solían exponer fundamentalmente las biografías de los juristas. Me parece que Seidensticker, cuando habla de la "Rechtswissenschaft", se refiere a este género literario.

²⁸ «Die Jurisprudenz ist die Wissenschaft dessen, was practischen Rechts ist, wenn man sie von Rechtspolitik, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft scharf zu unterscheiden weiss, welches blosses Hülfmittel derselben sind. In die positive Wissenschaft kann und darf die Theorie nichts weiter seyn, als die in einer treuen Copie wieder gegebenen Praxis...Sie zeigt sich erstlich als eine sklavische, vor allen Ansprüchen auf Methode ganz freye Darstellerin, was in Praxis vorliegt... Wenn aber die Theorie bey Darstellung der Praxis vergisst, die Sachen ganz so zu nehmen, wie sie sind, nicht wie seyn sollten oder können». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., párrafos 251-252.

²⁹ «Auch unmoralische Gesetze müssen beobachtet werden, auch Gesetze, die der Sittlichkeit widersprechen, könne der Regent geben, was in wäre Recht, was der Bestimmung des Menschen widerspreche. Die positive Jurisprudenz muss nicht Gegenstand des Meynens, sondern des Wissens seyn». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 81.

mediante una razón sencilla y clara, había dado por resultado los tratados del *ius naturale et gentium* que ahora, en el 1800, enturbiaban toda la Ciencia jurídica. J.A.L. Seidensticker fue el primero que, fundamentalmente en obras que aparecieron anónimas, se lanzó a denunciar los excesos de la Filosofía (kantiana) en la Jurisprudencia.

Sus ataques se dirigen, según nos confiesa él mismo, contra aquellos que no valoran los fundamentos históricos y positivos de la Jurisprudencia y que, por esto, traspasan la barrera de lo positivo e intentan reelaborar los datos jurídicos según relaciones ajenas al Derecho, que no son más que ideas platónicas extraídas desde los muchos edificios conceptuales y sistemáticos que se están construyendo.²⁴ En su obra satírica *Juristische Fragmente*, publicada en 1802, explica que los filósofos quieren aplicar la Transubstanciación teológica al campo del Derecho; en efecto, del mismo modo que la Transubstanciación de los teólogos, según la cual la Hostia consagrada se transforma en el Cuerpo de Cristo, los "juristas filosofantes" (*die philosophisten Juristen*) pretenden que sus lucubraciones locas se transforman en Derecho positivo, *ius positivum*,²⁵ siendo así que «sólo existe un único y verdadero Derecho positivo», *ein einzig wahre positives Recht*.

Se precisa rigor, indica Seidensticker, y este rigor sólo lo alcanzaremos cuando reconduzcamos nuestros estudios a las legislaciones diversas que han creado los Derechos, y estudiemos el espíritu de estas legislaciones. La primera condición para este nuevo estudio que él propone es el aislamiento (*Absonderung*) de los pueblos y Estados para estudiar cada legislación según

²⁴ «Unsere Verdacht geht bloss gegen diejenigen, welche durch den Missbrauch, den sie mit dem Philosophiren und Systematisiren treiben, es an den Tag legen, dass sie die Jurisprudenz ihren positiven und historischen Gründen nach weder kennen, noch schätzen; welche alle Augenblick über die Schranken des Positiven hinaus philosophiren, und den positiven Stoff nach gewissen äussere Verhältnisse, und nach irgend einer Platonischen Idee über das beste Rechtsgebäude systematisiren». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 124.

²⁵ «Die Transubstantiation der Theologen, nach welcher die geweihte Hostie der wahre Leib Christi seyn soll, wird dadurch bewirkt, dass die Vernunft es als obere Bedingung in sich mit einschliessen muss, nur in so fern gelten zu wollen oder zu können, als die geoffenbarte Religion ihr nicht entgegen ist. Die Transubstantiation der philosophische Juristen, nach welcher das vornornige Recht das wahre *ius positivum* seyn soll, wird dadurch ausgeführt, dass die positiven Aussprüche und Sanktionen die Gesetzgebung die obere Bedingung mit in sich begreifen müssen, nur in so fern verbinden zu wollen oder zu können, als die vornornige Vernunft ihnen nicht widerspricht. Durch die obere Bedingung wird es dort die Vernunft gemäss, die Oblate für den wahren Leib Christi, und hier dem positiven Rechte gemäss, das vornornige Vernunftrecht für das wahre *ius positivum* zu nehmen». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., párrafo 144.

sus diversas épocas, pues el espíritu de las leyes está en la Nación y en su constitución, en el carácter de su espíritu, en sus pensadores. Por este motivo es necesario entender el Derecho romano como el Derecho de Roma, antes de querer aplicarlo a los alemanes.²⁶

Si pretendemos diferenciar a la Jurisprudencia de la Política del Derecho, de la Historia del Derecho, de la Filosofía del Derecho y de la Literatura jurídica,²⁷ que son simples medios auxiliares de ella, es preciso considerar que la Jurisprudencia es la ciencia del Derecho en la práctica. Todo lo que el jurista, como tal, escriba, debe girar sobre la praxis, y por este motivo, la Teoría, en la ciencia positiva, no debe ser más que una copia fiel de la praxis existente. La Teoría debe ser, ante todo, una esclava de la praxis.²⁸ En el *Geist der juristischen Literatur*, de 1797, él recoge la opinión de un autor que cita, pero al que no menciona por su nombre, según la cual también las leyes inmorales constituyen Derecho y son vinculantes; porque la jurisprudencia positiva no es asunto de la opinión, sino del saber, de la Ciencia.²⁹ Seidensticker insiste en lo que ya había escrito Thibaut, a saber, que es preciso remontarse hasta principios (*Grundsätze*) generales, pero ha de tratarse

²⁶ «Der Zweck der Jurisprudenz ist—die Ausübung derselben. Das Mittel einer richtigen und glücklichen Ausübung ist— gründliches Studium. Gründlichkeit lässt sich einzig und allein dadurch erreichen, dass unsere Rechte auf die Verschiedene Legislationen, aus welchen sie geschöpft sind, zurück geführt, und in dem Geiste derselben entwickelt werden. Strenge Absonderung nach den Völkern und Staaten, und dann wieder nach den verschiedenen Zeiten sind wohl die ersten Bedingungen dabey. Der Geist der Gesetze ruht in der Natur und ihrer Verfassung, in dem Zeitalter und seiner Denk- und Handels- Weise. Vorher muss man das Römische Recht als Römer verstehen, ehe man es als Deutscher anwenden kann». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 116.

²⁷ En aquel tiempo eran frecuentes las obras de *Literairgeschichte*, que solían exponer fundamentalmente las biografías de los juristas. Me parece que Seidensticker, cuando habla de la "Rechtswissenschaft", se refiere a este género literario.

²⁸ «Die Jurisprudenz ist die Wissenschaft dessen, was practischen Rechtens ist, wenn man sie von Rechtspolitik, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft scharf zu unterscheiden weiss, welches blosses Hülfmittel derselben sind. In die positive Wissenschaft kann und darf die Theorie nichts weiter seyn, als die in einer treuen Copie wieder gegebenen Praxis... Sie zeigt sich erstlich als eine sklavische, vor allen Ansprüchen auf Methode ganz freye Darstellerin, was in Praxis vorliegt... Wenn aber die Theorie bey Darstellung der Praxis vergisst, die Sachen ganz so zu nehmen, wie sie sind, nicht wie seyn sollten oder können». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., párrafos 251-252.

²⁹ «Auch unmoralische Gesetze müssen beobachtet werden, auch Gesetze, die der Sittlichkeit widersprechen, könne der Regent geben, auch das wäre Recht, was der Bestimmung des Menschen widerspreche. Die positive Jurisprudenz muss nicht Gegenstand des Meynens, sondern des Wissens seyn». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 81.

de unos principios que se dejen abstraer desde las fuentes positivas. «Queremos arrojarnos en los brazos de una filosofía, pero una filosofía que sea histórica, que nos ponga ante los ojos a la legislación con todas sus determinaciones jurídicas, que se deje desarrollar desde las fuentes positivas y que, como tal, sólo es una parte de lo Positivo».³⁰

Esta confianza en el dato «empírico» se explica porque Seidensticker, tal como era corriente en los autores de esta época, tenía confianza en la racionalidad de lo existente: «Todo lo Positivo ha surgido del espíritu humano y ha de tener, por ello, un espíritu; es el resultado de un razonamiento y, por esto, ha de ofrecer materia para razonar; no ha surgido de un juego de dados».³¹ Años más tarde explicaba que, aunque el Derecho positivo no surge desde una relación inmediata con la Filosofía, si ha sido creado mediante una voluntad positiva, y por este hecho, si ha de haber un influjo de la Filosofía sobre el Derecho positivo, este influjo ha de ser una mediación a través de aquella voluntad positiva, pues la voluntad positiva es y permanece como una voluntad humana, es decir, como una voluntad racional. Aquí se abre la única puerta a través de la cual la Filosofía se comunica con lo Positivo.³² Pues la legislación contiene en parte normas y preceptos, y en parte ideas sobre Metapolítica y Derecho natural, especialmente del Derecho natural del que el legislador tiene una vaga idea cuando da sus normas. Estas ideas pueden ser rudimentarias o más perfeccionadas, pero el hecho

es que siempre están presentes. Y es que todas las leyes positivas están hechas atendiendo, tácitamente, a sistemas de Metapolítica y Derecho natural.³³

Aunque la Ciencia jurídica haya de ser una esclava de lo Positivo, esto no quiere decir que no pueda traspasar el dato positivo. Su cometido es, más bien, elaborar más y más la materia positiva, tanto como sea posible, a fin de conseguir un Todo científico. «Pero no hay peligro de que esto suceda hoy», se lamenta.³⁴

El primer paso a dar en esta nueva labor –prosigue Seidensticker– es el de abandonar el título de *Naturrecht* para referirnos a la Ciencia del Derecho, ya que bajo este nombre se mencionan cosas tan distintas que no puede tener una naturaleza y un contenido determinados. «Por este hecho, deberíamos dejar de usarlo, del mismo modo que hacemos con las monedas que ya no están en circulación, que ya no tienen un valor concreto. Pues este dinero ciego solamente origina malentendidos, disputas y peleas».³⁵

2. Thibaut y Feuerbach quieren una ciencia jurídica digna de este nombre.

Thibaut que, por avatares de la Historia, es conocido hoy únicamente por la polémica que mantuvo con Savigny a propósito de la Codificación,

³⁰ «Thibaut: Wir können diese Grundsätzen unmöglich beypflichten, und fügen darüber unser Glaubensbekenntnis hinzu: "Mit den Buchstaben der Gesetze kann man sich nicht gebnügen. Wir müssen uns zu allgemeinen Grundsätzen erhaben; aber zu solchen, welche aus den positiven Quellen sich abstrahiren lassen. Wir müssen uns einer Philosophie in die Arme werfen; aber nur eine historischen, das heisst einer solchen, welche die Legislation bey ihren rechtlichen Bestimmungen vor Augen hatte, welche folglich auch aus den positiven Quellen entwickelt werden muss, und welche selbst ein Theil des Positiven ist"». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 82.

³¹ «Alles Positive ist auch aus dem menschlichen Geiste ausgegangen, und kann daher selbst nicht ohne Geist seyn; es ist Resultat eines Raisonnements, und muss daher Stoff zu Raisonnieren geben; es ist nicht durch Würfel entstanden, und darf daher nicht so, als wäre die Methode bey dem Lehren und Lernen desselben dem guten Glücke zu überlassen, behandelt werden». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 94.

³² «Das positive Recht steht eigentlich in keiner unmittelbarer Verbindung mit der Philosophie. Es besteht lediglich durch einen positiven Willen, von welchem es auch allein abhängen muss. Soll also ein Einfluss der Philosophie auf das positive Recht Statt haben, so kann des möglichen Weise nicht anders geschehen, als durch Vermittelung und Dazwischenkunft dieses positiven Willen selbst... Der positive Wille ist und bleibt aber ein menschlicher, also ein vernunftfähiger Wille. Hier öffnet sich folglich die einzige Pforte, durch welche die Philosophie mit dem Positiven communiciren muss» Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 165.

³³ «Um hier noch etwas klärer zu sehen, frage ich: was ist eine Legislation? und woraus besteht sie? Sie besteht theils aus den eigentlichen Normen und Vorschriften, und theils aus den gleichzeitigen Vorstellungsarten über Metapolitik und Naturrecht, insbesondere denjenigen, welche dem Gesetzgeber selbst bey seiner Gesetzgebung vorschwebten: es seyen übrigens diesen Vorstellungsarten so roh oder ausgebildet, so vollständig oder unvollständig, als sie nur immer wollen. Alle positiven Gesetze werden gemacht mit stillschweigender Beziehung, und Hinweisung auf ein System der Metapolitik und des Naturrechts, und unter Anwendung und Einwirkung desselben». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 171.

³⁴ «Weniger scheinen zwar die Hoffnungen für die bloss interpretirende oder eigentliche positive Jurisprudenz getroffen zu werden, welche darin bestehe, dass der positive Stoff immer mehr und mehr verarbeitet, und zuletzt, so viel möglich, zu einem wissenschaftliche Ganzen ausgebildet werde. Aber in der That kommen sie nicht weniger in Gefahr». Cfr. *Geist...*, cit., pág. 112.

³⁵ «Taugte diese Eintheilung auch sonst nicht, so hat sie doch wenigstens das Gute, dass der Ausdruck *Naturrecht* dabey vermieden wird, mit dem man und so verschiedenartige Dinge bezeichnet, dass er gar keinen bestimmter Charakter mehr behalten hat. Man sollte daher aufhören, ihn zu gebrauchen; gerade so wie man die Münzen ausser Cours setzt, so bald sie kein deutliches und bestimmtes Gepräge mehr haben. Solch abgegriffenes blindes Geld veranlasst nur Missverständnisse, Zank und Streit». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 72.

pero que fue uno de los pandectistas más influyentes del siglo XIX, mantuvo un pensamiento oscilante entre la fidelidad a Kant y la mentalidad más peculiarmente propia de los juristas, que rechazaba las especulaciones abstractas en el estudio del Derecho. Su *Juristische Encyclopädie und Methodologie* de 1797 es una obra de juventud muy influida por la filosofía crítica; en ella hace suyos la práctica totalidad de los tópicos iusnaturalistas de la Escuela kantiana y, por esta razón, estimaba que sólo existe Una Verdad, Una Razón, que alcanza tan lejos como cualquier ley positiva, por lo que el Derecho natural obtenido desde esta única Razón enjuicia a todas las leyes positivas.³⁶

Sin embargo, Thibaut fue uno de los primeros y más influyentes juristas que denunció los excesos del *Vernunftrecht* y propugnó la vuelta al estudio de las fuentes positivas. En una cita suya que se hizo famosa, que recogen diversos juristas de aquella época, Thibaut explica que «no nos podemos contentar con la letra de la ley. Debemos elevarnos a principios generales, pero sólo a aquellos principios que se dejen abstraer desde las fuentes positivas. Debemos arrojarnos en los brazos de una filosofía, pero de una filosofía que sea histórica, esto es, que nos ponga ante los ojos a la legislación con todas sus determinaciones jurídicas, que se desarrolle desde las fuentes positivas y que sea ella misma una parte de lo positivo... Éste es el tono que domina en el *Göttingischen gelehrte Anzeigen*, en los escritos del editor del *Civilistisches Magazin* y que aparece, aquí y allá, en los escritos de diversos autores».³⁷

En estos primeros años del siglo XIX, Thibaut no aportó mucho más de estas líneas, puramente testimoniales. El peso de la tarea programática de la nueva ciencia jurídica que debía sustituir al «Derecho natural» cargó sobre P.J.A. Feuerbach que, en su escrito *Ueber Philosophie und Empirie*, de 1804, ejerció un influjo difícilmente medible. Ya anteriormente, al exponer yo las razones que motivaron el rechazo del iusnaturalismo, aludí a que Feuerbach dice creer en una Razón eterna, norma inmutable de toda legislación positiva, pero es una Razón —explica él ahora— que ha de descender a la Tierra, al reino de la experiencia y debe ser, por lo tanto, positiva.³⁸ Debe

³⁶ «Da nun Eine Wahrheit, nur Eine Vernunft denkbar ist: so muss der Werth jedes positiven Rechtes vor dem Richterstuhl der Vernunft entschieden werden. Das Naturrecht reicht daher so weit, als die positiven Gesetze. Die erste Forderung, welche man an den Gesetzgeber machen kann, ist, dass er vernünftige Gesetze gebe... Im vernünftige Sinn heisst es so viel (das positive Recht), als, ein Inbegriff von Gesetze, welche zwar an sich schon von der Vernunft gegeben, aber noch besonders durch einen Gesetzgeber bestätigt sind» Cfr. *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. Altona, 1797, parágrafo 8.

³⁷ Vid. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 128.

³⁸ Vid. *op. cit.*, págs. 65-66.

tratarse de una Razón que se corporeice en las leyes positivas de cada Estado, de forma que para el ciudadano no exista criterio más elevado que la ley de su Estado.³⁹ Y, «del mismo modo que el legislador es un servidor de la ley de la Razón, el jurista positivo, en tanto que tal, es un servidor de la ley del Estado... Esto es, es un servidor de la ley positiva, y él traiciona su vocación cuando atenta contra la santidad de esta ley, aunque sea en detalles pequeños. Un subordinado que se levanta contra la ley se llama un *rebelde*... y el juez sería un falsario si siguiera lo imaginado por los filósofos, que no harían más que ayudarle en su crimen».⁴⁰

En consecuencia, la materia que el jurista ha de trabajar viene constituida únicamente por las leyes positivas. Su contenido constituye, según Feuerbach, el suelo sobre el que debe ser levantado el edificio. Al venir dado por la experiencia el objeto de la ciencia, esta materia que el jurista ha de elaborar sólo es reconocible a través de la experiencia, y fuera de ella no hay nada.⁴¹ Esto no quiere decir que el jurista sea un simple observador pasivo de la ley positiva; en toda legislación positiva existen unos presupuestos que no los crean ni el legislador ni el jurista, sino que les vienen dados a ambos.⁴² Concretamente, la mayor parte de los conceptos jurídicos sólo se crean a través del legislador, pero no por él, y son descubiertos por los juristas en su trabajo doctrinal.⁴³ Estos conceptos comienzan con las

³⁹ Vid. *op. cit.*, pág. 73.

⁴⁰ «So wie der Gesetzgeber der Diener des Vernunftgesetzes ist, so ist der positive Rechtsgelehrte als solcher ein Diener der Gesetze im Staat... Also es ist Diener des Positivgesetzes, und er schändet seinen Beruf, wenn er gegen die Heiligkeit dieses Gesetzes auch nur im mindesten sich vergisst. Ein Unterthan, der gegen ein Gesetz sich auflehnt, heisst *Rebell*; ein Richter... ist ein *Falsarius*, und der philosophische Rechtsgelehrte, nach dem Bild, das ich oben von ihm entwarf, weiter nichts als der Gehilfe für sein Verbrechen». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 73.

⁴¹ «Der Stoff, den er als positiver Rechtslehrer bearbeiten... sind die positiven Gesetze selbst. Ihr Inhalt ist der Boden, auf dem das Gebäude errichtet werden muss... Da der wissenschaftliche Stoff selbst, den der Rechtsgelehrte ausbilden soll, in der Erfahrung gegeben, nur durch Erfahrung erkennbar und ausser ihr gar nicht vorhanden ist». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 74.

⁴² «Jede rechtliche Bestimmung, jeder gesetzliche bestimmte Rechtssatz bezieht sich aber nothwendig auf eine bestimmte rechtliche Voraussetzung, mit welcher jene durch das Gesetz als rechtliche Folge verbunden wird; auf eine *Thatsache*, für welche und welches er gilt, und welcher also den Umfang seiner Gültigkeit bestimmt und begrenzt. Jene gesetzlichen Voraussetzungen liegen ausser den Grenzen der Gesetzgebung selbst. Diese soll sich zwar auf sie durch die rechtliche Bestimmungen, die sie von ihnen prädiert, beziehen, aber sie darf und kann sie in ihrer ursprünglichen Wesenheit nicht bestimmen, beschränken oder verändern». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., págs. 81-82.

⁴³ «...der Gesetzgeber soll von ihnen und in Ansehung ihrer etwas gebieten, aber er

nociones fundamentales (*Elementarbegriffe*) y continúan, después, por los conceptos secundarios o subordinados. Si los referimos a toda la Jurisprudencia positiva, considerada conjuntamente, estos conceptos fundamentales son, por ejemplo, los de ley, justicia, equidad, Derecho, obligación; en el Derecho público hablamos de ley fundamental del Estado, gobernante, poderes del Estado; en el Derecho penal de pena, ley penal, finalidad de la pena.⁴⁴ Dado que estos conceptos orientan al legislador, fundamentan sus explicaciones y determinan cada actividad legislativa concreta, ellos están sobre el legislador, y existen con independencia de su arbitrio; están presupuestos por la legislación porque son las condiciones de su posibilidad misma.⁴⁵

La ciencia jurídica no puede prescindir tampoco de estos conceptos fundamentales. La ciencia del Derecho los toma como el fundamento de su edificio jurídico y, puesto que no son creados por el legislador, ¿de qué otras manos pueden provenir sino de una Filosofía fundamentadora?⁴⁶ En este trabajo filosófico es preciso descubrir los vínculos que unen a las reglas singulares, de forma que lo particular sea fundamentado por lo general, lo

soll und kann nicht über sie gebieten. Der grösste Teil der rechtlichen Begriffe selbst wird also nicht durch den Gesetzgeber gegeben, sondern muss durch den Rechtsgelehrte geschaffen werden». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 82.

⁴⁴ «Ausser den Begriffen, welche die rechtlichen Voraussetzungen zu ihrem Gegenstande haben, gibt es noch verschiedene andere, welche man, im Gegensatz jener sekundären oder subordinierten Begriffe, die Grund- oder Elementar-Begriffe des positiven Rechts nennen kann, welches als leitende Prinzipien der Gesetzgebung selbst zugrunde liegen und daher mit den höchsten Grundsätzen der positiven Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in einem unzertrennlichen Zusammenhange stehen. Solche Elementarbegriffe sind zum Beispiel für die gesammte positive Jurisprudenz die Begriffe von Gesetz, von Gerechtigkeit, Billigkeit, Recht, Verbindlichkeit; für das Staatsrecht die Begriffe von Staatsgrundgesetz, Staatsverfassung, Oberherrn, Staatsgewalten; für das peinlichen Recht der Begriff von Strafe, Strafrecht, Strafzwecke, Strafgesetz». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., págs. 85-86.

⁴⁵ «Da diese Begriffe... als höchste Prinzipien für den Gesetzgeber, ihn selbst leiten, seine Erklärungen begründen, die einzelnen Akte seiner legislatorischen Tätigkeit bestimmen sollen, so sind sie selbst über dem Gesetzgeber und unabhängig von seiner Willkür. Sie werden von der positiven Gesetzgebung vorausgesetzt, als die Bedingungen ihrer Möglichkeit». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 86.

⁴⁶ «Wenngleich aber jene Grundbegriffe der positiven Gesetzgebung entzogen sind, so darf sich doch ihrer die positive Rechtswissenschaft nicht entziehen. Eben weil sie Wissenschaft sein soll, muss sie diese Elementarbegriffe, als Bestandtheile von dem Fundament des wissenschaftlichen Gebäudes, aufnehmen, und weil sie dieselben nicht von der Gesetzgebung empfangen soll und kann, woher anders könnte sie dieselben erhalten als aus den wohlthätigen Händen der alles ergründenden und erleuchtenden Philosophie?» Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 87.

general por lo que es más general. Sólo así la Jurisprudencia se convierte en una Ciencia.⁴⁷ Porque así como las leyes eternas de la Naturaleza sólo se manifiestan a través de fenómenos singulares, lo general sólo es descubierto en lo particular, lo abstracto en lo individual; lo particular es tan sólo la veste donde la ley se arroja, y al jurista se le reserva el trabajo de extraer lo general desde lo particular positivo y de mostrar, de este modo, el espíritu de la legislación, que es el espíritu de la ciencia que está por encima de la letra.⁴⁸

De esta forma, mientras que el jurista práctico no conoce más ley ni más voluntad que la de su legislador, el científico del Derecho (*der Rechtsgelehrte*), al que Feuerbach llama también "jurista filósofo", es un consejero del legislador, pues él conoce el elemento necesario, el que debe ser, en la legislación, y aunque viva en su legislación positiva, no vive en ella como un esclavo, sino como un hombre libre que intenta conseguir que su vivienda sea habitable y acogedora.⁴⁹

Ignaz Rudhart propuso una dirección nueva en la Ciencia jurídica. Siguiendo en cierto modo los consejos de Feuerbach, Rudhart entiende que el Derecho natural se extrae, por inducción, desde los Derechos positivos existentes,⁵⁰ de modo que el *Naturrecht* sería una parte general de las partes generales de cada disciplina,⁵¹ aunque un "Derecho natural" así formado —reconoce Rudhart— no puede servir como medida crítica del Derecho posi-

⁴⁷ «In ihr müssen die einzelnen Sätze durch inneren Kausalzusammenhang untereinander verkettet, das Besondere muss das Allgemeine, das Allgemeine durch das Allgmeinste begründet, in ihm enthalten, als nothwendige Wahrheit von ihm abgeleitet sein. Nur so erhabt sich auch die Jurisprudenz zur Wissenschaft». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 87.

⁴⁸ «So wie die Natur ihre ewigen Gesetze nur durch einzelne Erscheinungen verkündigt, so ist auch hier in dem Einzelnen nur das Allgemeine, in dem Individuelle das abstrakte, in den Folgen das Princip dargestellt. Das Einzelne, Individuelle ist nur das Gewand, worin das Gesetz sich kleidet... Dem Rechtsgelehrte ist es als Aufgabe vorgelegt: das Allgemeine aus dem Einzelnen, welchem es positiv zugrunde liegt, heraus zu finden und von diesem zu jenem, von dem Buchstaben der individuellen Bestimmungen zu den wahren lebendigen Geist der Gesetzgebung, der zugleich der Geist der Wissenschaft des Rechts ist, hinauszusteigen». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 89.

⁴⁹ «...dem Rechtsgelehrte... aber nur der philosophische Rechtsgelehrte ist zum Ratgeber für den Gesetzgeber des Staats berufen. Denn nur er weiss das Notwendige, neben dem Wirklichen, neben dem, was ist, auch das, was sein und werden soll; er wohnt einheimisch in seiner positiven Gesetzgebung, aber nicht wie ein Sklave, sondern wie ein freier Mann, der auch untersucht, ob seine Wohnung gut und bewohnbar sei». Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie...*, cit., pág. 97.

⁵⁰ Vid. *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft...*, cit., parágrafo 172.

⁵¹ Vid. *op. cit.*, parágrafo 4.

tivo.⁵² Al contrario, la *Zweckmässigkeit* no resulta de su contraste con criterios abstractos, sino de su adecuación con las costumbres, la cultura y las relaciones políticas y religiosas de la nación.⁵³ Este tipo de Ciencia jurídica, así creada, debe llamarse —explica Rudhart— “Doctrina jurídica metafísica”, *Metaphysische Rechtslehre*, y es mejor evitar el título de “Derecho natural” porque el “estado de naturaleza” no ha existido.⁵⁴

D. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO POSITIVO.

La vuelta al estudio del Derecho positivo, propugnada por los juristas a los que he aludido, hizo que apareciera cierta cantidad de literatura acerca del cometido y función de la Ciencia jurídica. Estos libros contienen propuestas distintas, y el sector de ellos más radicalmente empirista constituyó la dirección que se llamó entonces la “Filosofía del Derecho positivo”, *Philosophie des positiven Rechts*. La nota común a los diversos autores que se afiliaron a esta tendencia fue la de recabar una atención excluyente para el estudio de las leyes, dejando completamente de lado las consideraciones que ellos llamaban “filosóficas”. Thibaut, en su *Sistema de Pandectas* de 1834, nos ofrece un programa de esta corriente del pensamiento jurídico; la tarea consistiría en elaborar la materia positiva según criterios lógicos, a fin de descubrir los conceptos y principios fundamentales. Así se lograría una “Parte General” y, después, sería expuesta en “Partes Especiales” la naturaleza de cada instituto jurídico.⁵⁵

Ya Franz Schoeman, que es el autor más radical en estos primeros años, había explicado en 1806 que la Jurisprudencia sólo puede consistir en simple exégesis de las leyes positivas.⁵⁶ Aunque este consejo no fuera se-

⁵² Vid. *op. cit.*, parágrafo 177.

⁵³ «Worin die Zweckmässigkeit des Gesetzges bestehe? Die Zweckmässigkeit eines Gesetzes erhellt aus dessen Uebereinstimmung mit den Sitten, der Kultur, mit den religiösen und politischen Verhältnisse der Nation». Cfr. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 110.

⁵⁴ Vid. *op. cit.*, parágrafo 170.

⁵⁵ «Die Rechtsgesetze bedürfen, wie jedes Mannigfaltige, welches begriffen werden soll, einer wissenschaftlichen, d.h. einer systematischen Darstellung, und werden in diesen Form die Rechtswissenschaft im objectiven Sinn genannt. Nach logischen Regeln ist ein solches Rechtssystem in der Art anzulegen, dass man die, überall durchherrschenden Begriffe und Grundsätze in einem sogenannten *pars generalis* zusammenzieht, und dann die Natur der verschiedenen einzelne Institute in einem *pars specialis* auseinandergesetzt». Cfr. *System des Pandekten-Rechts*, cit., parágrafo 2.

⁵⁶ «Unsere ganze Jurisprudenz ist rein positiv-Exegese der gegebenen Gesetze demnach die Grundlage einer jeden Bearbeitung, welche auf bleibende Werth Anspruch macht». Cfr. *Handbuch des Civilrechts*. Giessen und Wetzlar, 1806, Vorrede.

guido al pie de la letra, pues la mayor parte de estos autores consideraba que el conjunto de las leyes positivas encerraba una riqueza de espíritu (*Geist*) que desbordaba el simple cometido de la exégesis, lo cierto es que buena parte de ellos mantuvieron que la Ciencia del Derecho debe atenerse al dato positivo. El problema mayor que se les planteaba era el de explicar qué se había de hacer con lo que ellos llamaban *Stoff*, esto es, el material positivo.

Como toda teorización suele venir de la mano de una necesidad concreta, la circunstancia que en mayor medida motivó estas primeras teorías sobre el oficio del jurista, fue la de explicar cómo se debían de rellenar las lagunas de las leyes. Feuerbach explicó que «la fuente más viva de todos los descubrimientos es, en las ciencias que dependen de la experiencia, la combinación y la comparación. Solamente mediante oposiciones múltiples llega a ser completa la contraposición; únicamente a través de la consideración de las similitudes y diversidades y del fundamento de ambas cosas, se descubre la esencia interna fundamentadora de cada realidad».⁵⁷

Estos juristas cuyas obras integran la "Filosofía del Derecho positivo" no suelen estar concordantes con lo que pretenden, en cómo se ha de elaborar la legislación positiva. Más bien se afirman como grupo relativamente homogéneo por su rechazo de lo que no quieren, a saber, el *Vernunftrecht*. En este sentido, Wenck explicaba que las lagunas del Derecho positivo no debían ser rellenas mediante una remisión al *Naturrecht*, sino considerando la *Natur der Sache*, la finalidad del instituto jurídico, y atendiendo a la Historia y a la Lógica.⁵⁸ A grandes rasgos, podríamos descubrir dos grupos fundamentales de autores que integran esta corriente metódica; uno sería el de aquellos que quieren extraer desde la sola materia positiva un conjunto coherente y completo de normas y principios que suponen que han de estar en la base de cualquier legislación. El otro sector quedaría representado por aquellos juristas que poseen una visión más amplia de la actividad metajurídica y que, por esto, contemplan a la Ciencia del Derecho como una activi-

⁵⁷ «Die reichste Quelle aller Entdeckungen in jeder Erfahrungswissenschaft ist Vergleichung und Kombination. Nur durch mannigfaltige Gegensätze wird das Entgegengesetzte vollständig klar; nur durch Betrachtung der Aehnlichkeiten und Verschiedenheiten und der Gründe von beiden wird die Eigentümlichkeit und innere Wesenheit jeden Dinge erschöpfend ergründet». Cfr. *Blick...*, cit., pág. 29.

⁵⁸ «Auf dergleichen positive Institute kann denn nun auch das natürliche Recht offenbar nicht angewendet werde, und da, wo die Gesetze eine Lücke lassen, muss nicht das Rechtsprincip, sondern nur der Gesetzgeber selbst, und so lange diese nicht erklärt, die Natur der Sache, und der Zwecke des positiven Institutes, der durch Logik und Geschichte erkannt wird, entschieden». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 27.

dad que ellos llaman "Metapolítica", cuya finalidad sería la de orientar la legislación del futuro.

En el primer grupo habría que situar a Ignaz Rudhart que propone, como tarea de la doctrina, la de descubrir el concepto puro de cada instituto jurídico: *der reine Begriff des Rechtsinstitutes*. El conjunto de estos conceptos debería formar un sistema o, mejor, un orden expuesto con fines educativos.⁵⁹ Rudhart confía en que, procediendo de esta forma, se llegará a un resultado unitario porque legislación, doctrina y jurisprudencia de los Tribunales componen un todo unitario en el que se realiza la *Rechtsidee*,⁶⁰ de modo que cada Derecho positivo es sólo un período de la Historia Universal del Derecho,⁶¹ por lo que cada rama de la Ciencia jurídica es una parte de un Todo que forma un conjunto sistemático.⁶² Así llegaremos a obtener un complejo de institutos jurídicos puros, al que se puede dar el nombre de "Derecho natural".⁶³

Falck, por su parte, entendía que las verdades jurídicas generales se fundamentaban en una especie de necesidad lógica, es decir, en su absoluta conexión con otras reglas y doctrinas. Por este motivo, la "Teoría jurídica General" (*die allgemeine Rechtstheorie*) sólo puede proceder a través de un desarrollo analítico de los conceptos dados, descubriendo las conexiones lógicas que mantienen entre sí.⁶⁴ Falck, de todos modos, tal como apunté anteriormente, entiende que esta "necesidad lógica" trasciende tanto al arbi-

⁵⁹ «Von der Doctrin als Rechtsquelle... wird bey der Behandlung jeder Theorie zuerst der reine Begriff des Rechtsinstitutes, sodann die Ansicht aufgestellt, in welcher das zu erläuternde Gesetzbuch dieselben aufgefasst hat; das Ganze wird in ein gewisses System oder vielmehr in eine Schulgerechte Ordnung gebracht, den Schöpfung in den Begriffen der Rechtsgelehrten gelegen ist». Cfr. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 122.

⁶⁰ *Vid. op. cit.* parágrafo 127.

⁶¹ *Vid. op. cit.* parágrafo 140.

⁶² *Vid. op. cit.* parágrafo 161.

⁶³ «Ich nannte die Naturrechtswissenschaft einen systematischen Inbegriff der reinen Rechtsinstitute überhaupt» Cfr. *Encyclopädie...*, cit., parágrafo 174.

⁶⁴ «Die Aufgabe, welche bei Auffindung der Rechtsnormen für unbestimmte Fälle zu lösen ist, kann keine andere seyn, als die allgemeine Annerkennung einer Regel als einer juristischen nachzuweisen... Die Nothwendigkeit einer Regel wird auf eine doppelte Weise erkannt, entweder durch eine geschichtliche Erforschung des legislatorischen Willens, oder durch Folgerungen aus anerkannten Thatsachen. Die letztere Art der Nothwendigkeit kann auch eine logische genannt werden. Die allgemeine Rechtswahrheiten beruhen auf einer solchen logischen Nothwendigkeit, d.h. auf ihren absoluten Zusammenhang mit andern anerkannten Sätzen und Lehren. Die allgemeine Rechtstheorie kann daher nur durch eine analytische Entwicklung gegebener Begriffe und durch eine logische Verbindung derselben zu Stande kommen... Der Name eines natürlichen Rechts ist ebenfalls passend, weil diese Grund-

trio del legislador como a las reglas de la simple Lógica formal, y esta "lógica" interna de la que él habla consiste en investigar por qué razones existen precisamente esos institutos jurídicos determinados; porque su existencia, mantiene Falck, no es meramente casual, ni depende del arbitrio del Gobernante, sino que viene determinada por unos hechos, *Thatsache*, concretos.⁶⁵

Dado que las verdades jurídicas generales, prosigue Falck, sólo pueden ser encontradas mediante un análisis lógico, de ello se sigue que la Ciencia jurídica sólo puede consistir en el descubrimiento de principios jurídicos de validez general, porque las relaciones jurídicas sólo son determinadas por hechos dados y no según ideas discutibles de *Zweckmässigkeit* o de dignidad moral.⁶⁶

Schnaubert, al que cito como representante del segundo grupo metódico al que me he referido, entiende que «el filosofar sobre el Derecho positivo tiene tres direcciones, ya que es 1) una prolongación y plenitud de las reglas jurídicas según el espíritu del Derecho positivo (*Rechtsanalogie*), o 2) un juicio racional de la *Zweckmässigkeit* de las normas positivas (*Kritik des positiven Rechts*), o bien 3) una búsqueda de nuevas reglas jurídicas aplicables». ⁶⁷ Este autor exige, a fin de hacer realidad las propuestas 1) y 3), que se proceda según la Lógica y que, mediante ella, se descubran los conceptos y reglas más generales, de modo que se cree una "Parte General" de la Jurisprudencia que comprenda los conceptos, divisiones y partes especiales.⁶⁸ Él recomienda que el estudio del Derecho comience por la parte dogmática, y

sätze nicht auf besondern willkürlichen Bestimmungen beruhen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 53.

⁶⁵ Cfr. *ibidem*.

⁶⁶ «Da die allgemeine Rechtswahrheiten nur durch eine logische Analyse gegebener Begriffe aufgefunden werden, so folgt ferner, dass das Recht nur insofern aus allgemeingültigen Grundsätzen bestehen kann, als die Rechtsverhältnisse durch die gegebenen Thatsachen, und nicht nach Ideen der Zweckmässigkeit und der sittliche Würde bestimmt werden» Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 54.

⁶⁷ «Das philosophieren über positives Recht hat übrigens drey Richtungen; es ist entweder 1) ein consequentes Fortbilden und Ergänzen positiver Rechtssätze, im Geiste des positiven Rechtes (*Rechtsanalogie*), oder 2) ein vernünftiges Verurtheilen der Zweckmässigkeit positiver Sätze (*Kritik des positiven Rechtes*), oder 3) ein Auffinden ganz neuer anwendbarer Rechtssätze» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 120.

⁶⁸ «Soll der, aus Quellen, Büchern, Praxis oder Vorträgen ausgefundene Rechtssinhalt Wissenschaft seyn, so muss er systematische Form haben; dazu gehört: 1) Ueberordnung der allgemeineren Begriffe, Eintheilungen und Sätzen über die besonderen, und demnach 2) ein vorangehender allgemeiner Theil, enthaltend die allgemeine Begriffe, Eintheilungen und ein nachfolgender besonderer Theil, das Einzelne unter sich Verschiedene darstellend. Diese logische Form des Systems ist auf

pasar a la crítica únicamente más tarde, ya que primero es necesario conocer la materia positiva antes de juzgar su calidad.⁶⁹ De todos modos, como ya apunté antes, Schnaubert entiende que la función de crítica jurídica no tiene interés.

Según Schnaubert, la "Filosofía del Derecho positivo" es una parte de la Política, en el sentido amplio de este término. Escribe, a este respecto, que «Política en general llamamos a la doctrina que versa acerca de los medios para alcanzar un fin de la forma más inteligente; por este hecho, se llama también "doctrina prudencial", *Klugheitslehre*. La Política abarca todas las actividades humanas y así, por ejemplo, hay una Política para los médicos, para los teólogos (*Pastoralklugheit*), para los militares (*Strategie*), etc. Dado que sólo la reflexión libre sirve para alcanzar aquellos medios, resulta patente que la Política jurídica es idéntica a la Filosofía del Derecho positivo, ya que ésta consiste en un reflexionar sobre la mejor orientación de las relaciones entre los ciudadanos, los pueblos y los Estados, esto es, un conjunto de reglas, encontradas filosóficamente, racionales y posibles».⁷⁰

alles Wissen anwendbar; in Beziehung auf Recht ist theils ein allgemeines System des ganzen Rechtsinhaltes, theils ein besonderes eines einzelnen Rechtstheiles denkbar». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 136.

⁶⁹ «Indesem ist es doch wohl aus Zweckmässigkeiten, das Rechtsstudium blos mit der dogmatischen und geschichtlichen Behandlungsart zu beginnen, und erst später die Kritik anzuwenden; denn früher muss man den positiven Stoff selbst kennen, als es möglich ist, dessen Würdigung zu unternehmen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 146.

⁷⁰ «Politik im Allgemeinen nennt man die Lehre von den Mitteln, einen gegebenen Zweck auf die klügste Weise zu erreichen; sie heisst darum auch Klugheitslehre. Diese Politik schlägt in alle denkbaren Kreise menschlicher Thätigkeit ein, es giebt z.B. eine Politik für Aertze, für Theologen (*Pastoralklugheit*), für das Kriegführen (*Strategie*)... Da aber nur freyes Nachdenken zur Erkenntnis jener Mittel führen kann, so ergiebt sich offenbar, das die juristisch Politik mit der Philosophie des positiven Rechtes identisch seyn. Diese nämlich ist ein freyes Nachdenken über die beste Einrichtung des Völker- Staats- und Bürgerverhältnisses—ein Inbegriff vernünftiger, jetzt möglicher, philosophisch aufgefundenes Rechtssätze». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 152.

E. EL SISTEMA EN LA CIENCIA DEL DERECHO.

La Ciencia jurídica del siglo XIX se orientó colectivamente según un camino conceptual-sistemático. Ya hemos visto que buena parte de estos juristas pretenden encontrar los conceptos superiores que necesariamente, según ellos, engloban las nociones generales y particulares de cada rama del Derecho; planteadas así las cosas, era fácil caer en la tentación de pretender “deducir” conceptos más particulares desde los conceptos más inmediatamente generales, dando origen a la tendencia que, especialmente a partir de Puchta, se llamó “genealogía de los conceptos”.

Las pretensiones sistemáticas no constituían ninguna novedad en la Ciencia del Derecho. Los humanistas del siglo XVI reclamaron el sistema como único método científico,⁷¹ y todo el *ius naturale et gentium* se hizo de forma pretendidamente sistemática.⁷² Pero el verdadero problema, en lo que respecta al sistema en la Ciencia jurídica, se plantea por primera vez a comienzos del siglo XIX, ya que hasta entonces las exigencias sistemáticas se habían limitado al campo del Derecho filosófico o *Naturrecht* y, por así decir, habían dejado en paz a la *jurisprudentia* romanística que se cultivaba en las Universidades. Es ahora, en el 1800, cuando las pretensiones sistemáticas de los teóricos del Derecho desbordan el límite de los tratados teóricos y pretenden instalarse también en la *jurisprudentia*, esto es, en lo que entonces era la Ciencia práctica del Derecho. Como es lógico, éste no fue un tema pacífico, porque los juristas de todos los tiempos se han negado a aceptar la posibilidad –por irreal e imposible– de que todos los principios jurídicos, múltiples y a veces contrapuestos, se puedan deducir inequívocamente desde un principio único.

⁷¹ Vid. mi estudio “*Mos italicus, mos gallicus* y el Humanismo racionalista”, en “*Ius Commune*” VI (1977) págs. 150 y ss.

⁷² Vid. W. Rödl, *Geometrischer Geist und Naturrecht*. München, 1970, *passim*.

1. El sistema jurídico es imposible.

Los juristas que rechazaron la abstracción dominante en la Ciencia jurídica a finales del siglo XVIII, rechazaron también la posibilidad de que el Derecho pudiera ser estudiado de forma sistemática. Seidensticker, siempre irónico, dedicó varias páginas a la pretensión, entonces de moda, según él, del sistema en la Jurisprudencia. En el *Geist* de 1797 se limita a ironizar contra las pretensiones sistemáticas,⁷³ y en los *Juristische Fragmente* de 1802 explica que «método y sistema son importantes y necesarios solamente para el principiante, pero el maestro puede prescindir de ellos, y debe proceder con independencia del sistema si es que quiere llevar con derecho este nombre. Pues todo método tiene algo de unilateral, y todo sistema es incompleto».⁷⁴

Thibaut mantuvo la exigencia del sistema mientras fue fiel a sus primeras ideas kantianas. En 1797 escribía, en este sentido, que la primera ley de la ciencia es: «unión de los principios y de los conceptos generales comunes en un Todo, y desarrollo particularizado de todos los conceptos, no solamente de uno de una ciencia particular. De este modo deben ser construidas sistemáticamente las Ciencias jurídicas principales y auxiliares y, ante todo, debe ser creada una Introducción general que determine las relaciones mutuas de las Partes Generales, que desarrolle sus conceptos y que sitúe a cada ciencia en un lugar determinado. Sin una preparación científica así no es posible ejercer una enseñanza racional del Derecho».⁷⁵

Thibaut pensaba de esta forma porque entendía que aunque el hombre es libre, y como tal actúa según su arbitrio, en cambio, como ser racional que es, debe ser posible captar una última determinación suya, de modo que todos sus comportamientos libres concuerden con ella. La facultad me-

diante la cual es señalada esa determinación última se llama la razón práctica.⁷⁶ Sin embargo, el Thibaut maduro de 1817, que ya ha renunciado a los sueños kantianos, escribía que «no existe ninguna filosofía como un sistema de verdades objetivas; nosotros solamente tenemos opiniones, creencias, intuiciones».⁷⁷

Falck, jurista también y, por tanto, conocedor de la forma peculiar como procede la Razón práctica en la Ética y en el Derecho, escribía con precisión que «en la conjunción de estos tres caracteres, plenitud, fundamentación y orden, reside la naturaleza científica (de la Ciencia del Derecho). Pues reconducir todas las reglas particulares de la disciplina a un principio único y supremo para volver a deducirlas desde éste, esto, en una ciencia como la Jurisprudencia, que recibe sus contenidos desde la experiencia y la Historia, es una completa imposibilidad».⁷⁸

2. La necesidad del sistema en el Derecho.

Pero las objeciones de Seidensticker, Thibaut o Falck contra el sistema no encontraron eco en la literatura sobre Metodología jurídica y del *Naturrecht*. En el siglo XIX sucedió lo mismo que durante la Ilustración, a saber, que la mayor parte de los autores de libros sobre el Derecho no eran juristas profesionales y, para ellos, la posibilidad de establecer un principio único de la actividad práctica, para extraer toda la Ciencia jurídica desde él, les resultó deslumbrante. De este modo, una vez más en la Historia, el ambiente universitario fue formado y caldeado por personas que carecían de una formación y práctica específicamente jurídicas.

⁷³ Vid. op. cit., págs. 94 y ss.

⁷⁴ «Methode und System sind nur dem Anfänger nöthig und wichtig. Der Meister kann ihrer entbehren; ja er muss ganz unabhängig von ihnen seyn, wenn er diesen Nahmen mit Recht führen will. Jede Methode hat etwas Einseitiges; jedes System ist unvollständig». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., parágrafo 216.

⁷⁵ «Das erste Gesetz der Wissenschaft ist: Verbindung gemeinschaftlicher Grundsätze und Gattungsbegriffe zu einem Ganzen; abgesonderte Entwicklung aller, nicht ausschliesslich Einer einzelnen Wissenschaft, angehörende Begriffe. Sollen daher die juristischen Haupt- und Hülfwissenschaften systematische vorgetragen werden: so ist vor allen Dingen eine allgemeine Einleitung vorzuschicken, welche das gegenseitige Verhältniss der einzelnen Hauptheile bestimmt, die Begriffe derselben entwickelt, und jeder Wissenschaft ihren bestimmten Platz anweist. Ohne eine solche Vorbereitungswissenschaft lässt sich keine vernünftige Lehrart möglich machen». Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., Vorrede, pág. VI.

⁷⁶ «Ungeachtet der Mensch frey ist, und als solcher sich nach Willkühr zum Handeln bestimmen kann: so ist er dennoch, als vernünftiges Wesen, genöthigt, sich eine letzte Bestimmung zuzuschreiben, und mit dieser seine freyen Handlungen unbedingt in Uebereinstimmung zusetzen. Das Vermöge, wodurch ihm jene letzte Bestimmung vorgezeichnet wird, heisst *praktische Vernunft*... Der Ausspruch der Vernunft, wodurch die Möglichkeit einer Handlung begründet wird, heisst Gesetz oder das Recht». Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., parágrafo 5.

⁷⁷ «...so giebt es überhaupt keine Philosophie, als ein System objectiven Wahrheiten; wir haben nur Meynungen, Glauben, Ahnungen». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 127.

⁷⁸ «In der Vereinigung dieser drei Eigenschaften -Vollständigkeit, Gründlichkeit und Ordnung- besteht der wissenschaftliche Character. Denn dass alle einzelne Sätze des Disciplin auf Ein höchstes Prinzip zurückzuführen und aus demselben abgeleitet werden, ist bei einer Wissenschaft, wie die Jurisprudenz, die aus der Erfahrung und der Geschichte ihren Inhalt schöpft, eine vollkommene Unmöglichkeit». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., parágrafo 19.

De la misma manera que el *ius naturale et gentium*, la mentalidad dominante en el siglo XIX reclamó una filosofía constructivista aplicada a la Jurisprudencia. La primera exigencia de la ciencia racionalista y deductivista era la de rechazar el intuicionismo moral, ya que ha sido una constante histórica de todo sistema constructivista, desde el siglo XVI hasta hoy, establecer una falsa alternativa según la cual la ciencia práctica ha de ser o enteramente intuitiva o "construida". E.F.G. Schneider explicaba, en este sentido, que «el sentimiento moral, vacilante, no ofrece un fundamento seguro para este edificio»,⁷⁹ y Georg Horn escribía que «La Filosofía del Derecho, como hemos dicho, parte del concepto de Derecho, y su finalidad es la de elaborar un todo sistemático de validez indubitable, cerrado sobre sí mismo. Por esta causa, la Filosofía jurídica constituye una parte del conjunto de la Filosofía, y en ella debe ser seguido el método que sigue la Filosofía en general, que consiste en demostrar estrictamente todas las normas, sin apoyarse en sentimientos oscuros o en la experiencia, ni mucho menos en una legislación ya existente».⁸⁰

Amadeus Wendt, buen representante de la dirección metódica que se impone en el primer decenio del siglo XIX, explicaba que «el concepto completo, así como las partes del Derecho natural, resulta de la aplicación del concepto de la Ciencia al objeto del Derecho. Ante todo se debe deducir y desarrollar el concepto de la Ciencia desde sus más altos fundamentos y, dado que el concepto del Derecho es un concepto práctico, es preciso establecer el principio fundamental del Derecho, es decir, la ley jurídica que es postulada mediante este concepto, y desde la cual deduciremos las normas».⁸¹ Estas ideas acerca del sistema en el Derecho se fueron generalizando y, pocos años después, Schnaubert explicaba que «la doctrina que

⁷⁹ Vid. su *Versuch...*, cit., pág. 5.

⁸⁰ «Die Philosophie geht, wie gesagt, vom Begriff des Rechts aus, und hat keinen andern Zweck, als ein systematischen, in sich beschlossenes Ganzens von unbezweifelten Rechtswahrheiten aufzustellen. Sie macht daher einen Theil der gesammten Philosophie aus, und in ihr muss die nämliche Methode beobachtet werden, welche die Philosophie überhaupt zu befolgen hat, das heisst, alle ihre Sätze müssen streng bewiesen werden, und sie darf sich hierbey nicht auf dunkle Gefühle, oder auf die Erfahrung, noch eine schon vorhandene Gesetzgebung». Cfr. *Ueber den Einfluss...*, cit., pág. 25.

⁸¹ «Der vollständige Begriff und die Eintheilung des Naturrechts ergibt sich aus der Anwendung des Begriffs der Wissenschaft auf das Object des Rechtes. Zuerst muss also der Begriff der Wissenschaft aus seinen höhern Gründe abgeleitet und entwickelt werden, und, da der Begriff des Rechts ein practischer Begriff ist, der Grundsatz des Rechts, oder das Rechtsgesetz, aufgestellt werden, von welchem dann dasjenige, was durch diesen Begriff postulirt wird, abgeleitet werden muss». Cfr. *Grundzüge...*, cit., parágrafo 2.

expone científicamente al conocimiento como a un todo, en conexión, por tanto, con todas sus partes, se llama la doctrina de la Ciencia, *orbis doctrinae*».⁸² «La Ciencia –prosigue Schnaubert– se puede entender como un todo indiviso, es decir, sintéticamente, o dividida en partes según las ideas fundamentales. Así, la Ciencia en su conjunto comprende una serie de ciencias particulares, indeterminadas aritméticamente. La división de las ciencias se fundamenta en parte sobre el modo de conocer, y en parte sobre el objeto del conocimiento».⁸³

A partir de 1819, las exigencias sistemáticas se generalizan en la doctrina jurídica, y el saber prudencial y fronético sobre el Derecho deja de estar representado en los libros jurídicos. Abegg, al explicar qué es una "Enciclopedia jurídica", hace referencias frecuentes al sistema como método único científico,⁸⁴ y Vogel escribe, en tono casi lapidario, que «Las Reglas del Derecho objetivo forman, en tanto que un todo armónico reconducido a un principio supremo, la Ciencia del Derecho».⁸⁵ Paul von Wangenheim, anticipando lo que será la visión de la Ciencia jurídica en el siglo XIX, añade que «la Personalidad descansa en un fundamento inmodificable, desde el cual todas las fuerzas, del mismo modo que los radios de una rueda salen del centro, se exteriorizan en comportamientos según la voluntad del sujeto».⁸⁶

En este contexto fue lógico que Herbart rechazara las obras de Platón y Aristóteles –que entonces comenzaban a ser estudiados después de un paréntesis de varios siglos– porque, en su opinión, no eran lo suficientemente sistemáticas,⁸⁷ y C.F. Gerber, el gran estructurador del Derecho ale-

⁸² «Die Lehre, welche das Wissen als ein Ganzes, also im Zusammenhange aller ihrer Bestandtheile, wissenschaftlich dargestellt, ist die Wissenschaftslehre (*orbis doctrinae*)». Cfr. *Lehrbuch...*, cit. parágrafo 2.

⁸³ «Man kann die Wissenschaft entweder systematische darstellen, als ein ungetheiltes Ganzes, oder analytisch, als ein nach Hauptideen Verschiedenes, in Theile Trennbare. Sonach fasst die eine ganze Wissenschaft zugleich eine, arithmetisch unbestimmbare, Reihe einzelner Wissenschaften in sich. Die Theilung der Wissenschaft gründet sich theils auf die Art des Erkennes, theils auf den verschiedenen Inhalt des Erkannten». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., parágrafo 3.

⁸⁴ Vid. *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft im Grundrisse*. Könisberg, 1823, págs. 3 y 5.

⁸⁵ «Die Sätze des objectiven Rechts bilden, als ein harmonisches Ganzes auf ein höchstes Princip zurückgeführt, die Rechtswissenschaft». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., pág. 9.

⁸⁶ «Der Persönlichkeit aber liegt ein Unwandelbares, in sich fest Bestimmtes zu grunde, von welchem aus alle Kräfte, wenn sie durch den Willen in Handlungen sich äussern, wie Radien vom Centrum auslaufen». Cfr. *Bemerkungen...*, cit., pág. 19.

⁸⁷ «Allein die Werke des Platon und Aristoteles, welche hier den Anfang der wis-

mán del siglo XIX, que desarrolló en esta época una función de importancia similar a la de Jakob Moser en el siglo XVIII, mantenía que la "materia jurídica" (*Rechtsstoffe*) debía agruparse en un Todo cerrado en el que todas las partes se encontraran unidas orgánicamente; todo el conjunto debía deducirse desde un principio unitario, que habría de dominar a cada parte singular, a las que reuniría en sí mediante unos hilos visibles, pues cada rama del Todo, a pesar de su propia autonomía, debía manifestar el parentesco interior con el *Centrum*.⁸⁸

BIBLIOGRAFÍA.

senschaftlichen Bearbeitung machten, sind für den jetzigen Zweck nicht systematisch genug». Cfr. *Analytische Beleuchtung...*, cit., parágrafo 109.

⁸⁸ «Soll die Behandlung des deutschen Privatrechts diesen letzteren Zweck erfüllen, so muss sie eine wahrhaft wissenschaftliche sein, d.h. die deutschen Rechtstoffe zu einem abgerundeten Ganzen vereinigen, in welchem alle einzelnen Theile organisch verbunden sind; die ganze Darstellung muss von einem einheitlichen Princip ausgehen, welches alle einzelnen Theile beherrscht und mit überall sichtbaren Fäden in sich, als den lebendigen Mittelpunkt, vereinigt; es muss jeder Zweig des grösseren Ganzen trotz seiner eigenen Selbständigkeit die innere Verbandtschaft mit dem Centrum beurkunden». Cfr. *Die wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts*. Jena, 1846, pág. 241.

- ABEGG, J., *Encyclopädie und Methodologie im Grundrissen*. Königsberg, 1823.
- AHRENS, H., *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*. Bruxelles, 1844.
- AHRENS, H., *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*. Wien, 1870.
- ANCILLON, Fr., *Ueber Souveranität und Staats-Verfassungen*. Berlin, 1816.
- BATZ, Fr., *Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts*. Tübingen, 1816.
- BECK, J.S., *Lehrbuch des Naturrechts*. Jena, 1820.
- BURKHARDT, J.M.V., *Metaphysik der Organisation des Staats*. Erlangen, 1806.
- CARPINTERO, Fr., *La Cabeza de Jano. La doctrina jurídico-política de la escuela kantiana*. Universidad de Cádiz, 1989.
- CARPINTERO, Fr., *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la "persona jurídica"*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" V (1988), pp. 383-410.
- CARPINTERO, Fr., *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977.
- DUDEN, G., *Ueber die wesentliche Verschiedenheiten der Staaten*. Cöln, 1822.
- DULCKEIT, G., *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Scientia. Aalen, 1973.
- EICHENGRÜN, Fr., *Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos*. Martinus Nijhof. Haag, 1935.
- FALCK, N., *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en "Kieler Blätter für 1819", 1. Band.
- FALCK, N., *Juristische Encyclopädie*. Kiel, 1821.
- FEUERBACH, P.J.A., *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*. Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1968.
- FEUERBACH, P.J.A., *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*. Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1848.
- FICHTE, G., *Die Staatslehre, oder das Verhältniss der Urstaates zum Vernunftidee*, Vortragen gehalten in Sommer 1813. Berlin, 1820.
- FISCHER, Fr., *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Berlin, 1837.
- FREYER, H., *Die Bewertung der Wirtschaft im philosophischen Denken des 19. Jahrhunderts*. Leipzig, 1921.
- FRIES, J., *Rechtslehre, Vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*. Hamburg, 1980.
- FRIES, J., *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*. Jena, 1803.
- GERBER, C.F., *Die wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts*. Jena, 1846.
- GÖNNER, *Die Staat als Organismus des Universums entwickelt*. Landshut, 1805.
- GROSSMANN, H., *La revuelta evolucionista contra la economía política clásica*, en

Spengler-Aller, "El pensamiento político de Aristóteles a Marschall". Tecnos. Madrid, 1971.

HAGEN, K.H., *Von der Staatslehre*. Königsberg, 1839.

HALLER, L.V., *Handbuch der allgemeinen Staatskunde, das darauf gegründeten allgemeinen Staatsrecht und der allgemeinen Staatsklugheit nach den Gesetzen der Natur*. Winterthur, 1808.

HENKE, E., *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft und das Studium derselben in Deutschland*. Regensburg, 1814.

HERBART, J.F., *Analytische Beleuchtung des Naturrechts und de Moral*. Göttingen, 1836.

HOFFBAUER, J.Chr., *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1810.

HORN, G., *Ueber den Einfluss der öffentlichen Denkfreyheit auf die geistige Bildung eines Volkes und das Verhältniss des Naturrechts zum positiven Rechte*. Jena, 1808.

HUFELAND, G., *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*. Jena, 1795.

HUGO, G., *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Berlin, 1799.

HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts*. Berlin, 1819.

JAKOB, L.H., *Einleitung in das Studium der Staatswissenschaften*. Halle, 1819.

KERSTING, W., *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Walther de Gruyter. Berlin-New York, 1984.

KIEFFNER, H., *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. A.*, en "Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert". Ed. por Blühdorn-Ritter. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 1969.

KIELRUFF, J.F., *Theorie des gemeinen Civilrechts*. Altona, 1839.

KRAUSE, K.Chr.Fr., *Abriss der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts*, Göttingen, 1828.

KRAUSE, K.Chr.Fr., *Grundlage des Naturrechts oder philosophische Grundriss des Ideals des Rechts*. Jena und Leipzig, 1803.

LINCK, A.v., *Ueber das Naturrecht als Grundlage des Strafrechtstheorien*. München, 1829.

MAREZOLL, Th., *Lehrbuch des Naturrechts*. Giessen, 1819.

MEHMEL, G.E.A., *Die reine Rechtslehre*. Erlangen, 1815.

MITTERMEIER, C.J.A., *Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in ehr- und Strafgesetzbüchern*. Bonn, 1819.

MÖHL, A., *Ueber das Naturrecht*. Mannheim, 1841.

MÜLLER, A., *Die Elemente der Staatskunt*. Berlin, 1809.

OPPENHEIM, H.B., *Philosophie des Rechts und der Gesellschaft*. Stuttgart, 1850.

PÜTTER, K.Th., *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft*. Berlin, 1846.

RÄTZEL, J.G., *Das Vernunftrecht in Gewande des Staatsrechts*. Leipzig, 1823.

RITTER, H., *Ueber die Principien der Rechtsphilosophie oder der Politik*. Kiel, 1839.

RÖD, W., *Geometrischer Geist und Naturrecht*. Bayerische Akademie der Wissenschaften. München, 1970.

RÖSSIG, C.G., *De cautione in tractando iure naturae nostra in primis aetate maxime necessaria*. Leipzig, 1793 ó 1798.

RUDHART, I., *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Würzburg, 1812.

SAAGE, R., *Besitzindividualistische Perspektiven der politischen Theorie Kants*, en "Neue Politische Literatur" 2 (1972).

SAVIGNY, C.Fr., *Sistema de derecho romano actual*. Madrid, 1878.

SCHEIBE, W., *Die Krisis der Aufklärung. Studie zum Kampf- und Drangbewegung gegen den Rationalismus des 18. Jahrhundert*. Göttingen, 1936.

SCHMALZ, Th., *Handbuch der Rechtsphilosophie*. Halle, 1807.

SCHMELZING, J., *Ueber das Verhältniss des sogenannten Natur-Rechts zum Positiven Recht, zur Moral und Politik*. Bamberg und Würzburg, 1813.

SCHMIDT, J.K., *Versuch einer Grundlage des Naturrechts*. Ausburg, 1901.

SCHMITTHENNER, Fr., *Zwölf Bücher vom Staate oder systematische Encyclopädie der Wissenschaften*. Giessen, 1843.

SCHNAUBERT, J.T.Fr., *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*. Jena, 1819.

SCHNEIDER, E.F.G., *Versuch einer Entwicklung und Berichtigung der Grundbegriffe der philosophischen Rechtslehre*. Giessen und Darmstadt, 1801.

SCHOEMANN, Fr., *Handbuch des Civilrechts*. Giessen und Wetzlar, 1806.

SCHOEN, J., *Die Staatswissenschaft geschichts-philosophisch begründet*. Breslau, 1851.

SCHRÖDER, J., *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 1979.

SCHULZE, G.E., *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerlichen und peinlichen Rechts*. Göttingen, 1815.

SEIDENSTICKER, J.A.L., *Geist der juristischen Literatur von der Jahre 1796*. Göttingen, 1793.

SEIDENSTICKER, J.A.L., *Juristische Fragmente*. Göttingen, 1802.

SEIBENPFEIFFER, Ph.J., *Ueber die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege*. Heidelberg, 1823.

STAHL, F.J., *Die Philosophie des Rechts*. Tübingen, 1778 (1.ª ed. de 1830).

STAVENHAGEN, J.Chr.D., *Versuch den Begriff des Rechts zu bestimmen*. Schwerin, 1793.

STEPHAN, W., *Ueber das Verhältniss des Naturrechts zum Ethik und zum positiven Rechte*. Göttingen, 1845.

STEUBING, R.W.P., *Ueber den Ursprung und die Grenzen des positiven Privatrechts*. Hadamer, 1815.

STÖCKHARDT, R., *Die Wissenschaft des Rechtes oder des Naturrechts*. Leipzig, 1825.

TEGEHOFF, W., *Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus insbesondere Kants auf Friedrich C.v. Savigny*. Tesis doctoral inédita. Frankfurt am Main, 1962.

THIBAUT, A.Fr.J., *System des Pandekten-Rechts*. Cannstadt, 1834.

THIBAUT, A.Fr.J., *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. Altona, 1797.

THIBAUT, A.Fr.J., *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, en "Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts". Jena, 1817.

THIBAUT, A.Fr.J., *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Schuler*, Heidelberg, 1838.

TÖNSEN, M., *Grundsätze eines allgemeinen positiven Privat-Recht*. Kiel, 1828.

TRIPP, D., *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*. Duncker und Humbolt. Berlin, 1983.

VOGEL, E.F., *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1829.

WALTER, F., *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart*. Bonn, 1863.

WANGEHEIN, P., *Bemerkungen über die Entstehung und Natur des positiven Rechts*. Tübingen, 1841.

WARNKÖNIG, L.A., *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftidee*. Bonn, 1819.

WARNKÖNIG, L.A., *Doctrina iuris philosophica aphorismis distincta in usum scholarum*. Aquisgranii-Lovanii, 1830.

WARNKÖNIG, L.A., *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*. Freiburg i.B., 1839.

WELLER, E., *Die Freiheitsbestrebungen der deutschen im 18. und 19. Jahrhundert dargestellt in Zeugnisse ihrer Literatur*. Leipzig, 1847.

WENCK, C.Fr.Chr., *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1810.

WENING, J., *Ueber den Geist des Studiums der Jurisprudenz*. Landshut, 1814.

WICKE, J., *Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Breslau, 1913.

ZACHARIÄ, K.S., *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche*. Leipzig, 1806.