

Naturrecht y Rechtsphilosophie

Los inicios del positivismo jurídico en Alemania

Por FRANCISCO CARPINTERO

Cádiz

I

Indicaba el profesor González Vicén en 1969 que la «Filosofía del Derecho» es un concepto histórico (1). «Histórico es un concepto, no por su mutabilidad en el tiempo, ni porque esté referido, de una u otra manera a la historicidad de la razón cognoscente, sino por su vinculación esencial a una estructura histórica. A diferencia de los conceptos formales de las ciencias del espíritu, los cuales, por definición, pueden aplicarse a muy diversos fenómenos, los conceptos históricos no expresan más que una realidad determinada, y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas... Dicho de otra forma: los conceptos históricos no son formas con las que «desde fuera» nos acerquemos a la realidad histórica para su comprensión, sino estructuras extraídas de esta misma realidad» (2). En este sentido, las expresiones *ius naturale* y *Rechtsphilosophie* son «conceptos históricos» según González Vicén, pues están insertas en un contexto humano-vital del que recibe su sentido. Efectivamente, con «Derecho natural» nos referimos a un talante frente al Derecho que se caracteriza, ante todo, por consistir en Ontología y Metafísica jurídica; con la Ontología se descubren los principios supremos del actuar humano que configuran el núcleo fundamental del Derecho natural; pretensión radical de todo conjunto iusnaturalista es afirmar no «un» Derecho al lado de otros Derechos, sino imponer el Derecho en absoluto, «un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El Derecho natural, inmutable, situado por encima o más allá de la Historia es, en realidad, el único Derecho, y las regulaciones de las comunidades humanas

(1) Cfr. *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (XVI), 1969. Vuelto a publicar en *Estudios de Filosofía del Derecho*, del mismo autor, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 207-257. En adelante citaré este estudio por esta última publicación.

(2) GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., págs. 207-208.

en el tiempo, si son Derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamar derivativo, como deducción o concrección de aquél, de tal manera que es una contradicción en los términos la idea de un Derecho que contradiga el Derecho natural» (3).

La «Filosofía del Derecho», en cambio, no reposa sobre un orden de las cosas metafísico, sino en la concepción del Derecho como obra del hombre, inserta en un tiempo histórico; en este sentido nuevo, el Derecho que estudia esta ciencia no es un Derecho absoluto y atemporal, sino «los» Derechos que regulan históricamente la convivencia en las sociedades humanas, entendidos en su variabilidad y contingencia. «Para entender adecuadamente lo que es la «Filosofía del derecho» en su carácter de concepto histórico, es necesario pensarla siempre, por eso, en relación con la cisura probablemente más profunda experimentada por la conciencia jurídica occidental: el derrumbamiento de la tradición secular del iusnaturalismo y la aparición de lo que convencionalmente suele llamarse positivismo jurídico» (4). El punto de partida de la Filosofía del derecho sería, a diferencia del Derecho natural, no un orden atemporal, sino una regulación normativa válida y vigente, en la Historia, en un concreto grupo humano. «Es por ello, indica González Vicén, que el nombre de «Filosofía del derecho» aparece y va consolidándose en los años que señalan el tránsito del iusnaturalismo al positivismo jurídico» (5). «La aparición de lo que a llamarse «Filosofía del derecho» está, en efecto, indisolublemente ligada a la nueva noción de que el Derecho posee una naturaleza y una existencia exclusivamente históricas, y de que, por tanto, toda reflexión filosófica en el campo jurídico ha de tener como objeto esta existencia histórica» (6). Desde estos presupuestos, el carácter más esencial de este nuevo saber sería el abandono de los problemas ontológicos, metafísicos y éticos, que habían ocupado secularmente la conciencia jurídica occidental, y la concentración exclusiva en temas gneoseológicos, lógico y sociológicos (7).

Hasta aquí un resumen de la tesis del profesor González Vicén; el propósito de las páginas que siguen es contribuir a verificar esta tesis o, por el contrario, mostrar sus insuficiencias. He de aclarar que he ceñido la investigación al último período de vida de la escuela kantiana, es decir, la época comprendida entre 1792 y 1840.

(3) Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., págs. 212-214.

(4) GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., pág. 215.

(5) *Ibidem.*

(6) GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., pág. 227.

(7) Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., pág. 255.

II

EL PRIMER DESARROLLO KANTIANO

«La filosofía crítica ha comenzado a extender sobre todos los sectores de la ciencia humana su luz sublime —escribía Theodor Schmalz en 1795—. ¿Qué es lo que ella no podrá hacer por el Derecho natural? Esta filosofía ha desechado aquellas especulaciones que nos vuelven todo dudoso, y nos ha llevado a desarrollar felizmente en todos los asuntos el sentimiento que posee la Humanidad por la razón, a fin de resolver los problemas de forma científica. No puede fracasar su aplicación al Derecho natural, campo en el que más fuertemente que en cualquier otro tenemos puesto nuestro corazón, y cuyo desarrollo, precisamente a causa de esta claridad (de la Filosofía crítica) tan fácil se promete» (8).

La filosofía kantiana tenía, como piedra fundamental de su construcción en el terreno ético-jurídico, la pretensión de derivar todos sus conocimientos desde la razón pura, abandonando la empiria, que tan nefasto resultado —en opinión de los kantianos— había dado en la Ética y en el Derecho natural de la Ilustración, a través, normalmente, del eudomonismo típico del siglo XVIII. Efectivamente, la necesidad de crear un nuevo *Naturrecht* extraído esta vez del puro discurso racional, constituyó el punto de partida de Kant y sus seguidores que, desde 1792, comenzaron a publicar sus tratados de Derecho natural. «La fuente del Derecho natural —escribía Carl Christian Schmid— no puede ser la experiencia extraída de lo que efectivamente sucede, de lo que suele suceder o de lo que puede o tiene que acaecer según las leyes físicas; tampoco puede serlo el arbitrio de un gobernante o de un jurista, ni tampoco una revelación sobrenatural, sino solamente la razón y, en concreto, la razón pura práctica. Sólo esta última es la facultad que nos permite conocer las leyes originarias y válidas para los hombres. Ella configura la idea de una legalidad general, y es la que determina a la voluntad para realizarla; esto sucede en parte a través de la libertad, gracias a la máxima ética, y entonces estamos ante la moral, y en parte también a través de la coacción externa y en tal caso hablamos del Derecho natural» (9). Se trataba de buscar las leyes uni-

(8) «Die critische Philosophie hat angefangen über alle Theile des menschlichen Wissens ihr erhabenes Licht zur verbreiten. Was muss sie nicht für das Recht der Natur thun? Sie hat jene Speculationen verdrängt, welche gegen der gemeinen Menschenverstand alles uns zweifelhaft machten, worauf uns alles beruhete, und hat überall so glücklich es sich zum Geschäfte gemacht, das innere Gefühl der Menschheit für die Vernunft befriedigend, wissenschaftliche zu entwickeln. Wie könnte ihre Anwendung auf das Naturrecht misglücken, welches deutlicher als alles in unsern Gefühl liegt und dessen Entwickelung eben diesser Klarheit wegen so leicht werden muss?». Cfr. TH. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, pág. 14.

(9) «Die Quelle des Naturrechts ist nicht die Erfahrung von dem, was wirklich geschieht, zu geschehen pflegt oder nach physischen Gesetzen geschehen muss oder kann; noch die Willkür eines Regenten, oder Rechtslehrers, noch eine übernatürliche Offenbarung, sondern die Vernunft, und zwar die reine praktische

versalmente válidas del comportamiento humano que, precisamente por su pretensión de validez universal, no podían ser fundamentadas en la simple casualidad del acontecer fáctico (10). La mayor «contaminación» con la empiria que, en relación con esta cuestión, llegan a admitir estos primeros kantianos, consistiría en el hecho de que en el *angewandtes Naturrecht*, es decir, en el Derecho natural «aplicado», es preciso aplicar el *reines Naturrecht* a la naturaleza peculiar del hombre. De todos modos, los límites entre el Derecho natural «puro» y «aplicado» no están tan claros; la escuela tendió a considerar que el Derecho natural, en general, es decir, comprendiendo tanto el «puro» o el «aplicado», debía ser derivado de la razón pura. G. L. Reiner, en una obra de título tan claro como *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, proponía concebir el Estado —que era el tema usual del Derecho natural «aplicado»— al margen de cualquier experiencia, de acuerdo tan sólo con los principios racionales-jurídicos que lo hacen posible; así lograríamos la *forma* de un Estado en general, que constituye el único criterio válido para el enjuiciamiento; el Estado, así considerado, sería *der Staat in der Idee* (11).

Schmid no exponía nada nuevo dentro de la escuela. «Todas las leyes prácticas resultan de la razón» había escrito en 1793 Johann Christoph Hoffbauer (12); en efecto, la regla fundamental directora de toda construcción jurídica surgía estrictamente de la sola razón práctica: «el *Principium* de todo Derecho es: tú tienes el derecho de no ser tratado jamás por otro como medio arbitrario al servicio de sus fines» (13). Una vez que la razón pura había suministrado la piedra filosófica jurídica, todo se reducía, según Hoffbauer, en un simple desarrollo deductivo y racional a partir del principio fundamental. «Dado que el Derecho natural es una ciencia filosófica, es preciso proceder a: 1.º) definir correctamente todos aquellos conceptos que son suscepti-

Vernunft. Diese ist das Vermögen ursprünglicher, allgemeingültiger Gesetze für das freyen Handlungen der Vernunftwesen. Diese bildet die Idee von allgemeiner Gesetzmässigkeit, und bestimmt den Willen dieselbe zu realisiren— theils innerlich durch Freyheit, vermittelst sittlicher Maximen (Moral), theils auch äusserlich durch Zwang (Naturrecht). Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*. Jena und Leipzig, 1795, § 15.

(10) GOTTLIEB HUFELAND escribía que «Einige leugnen die Möglichkeit, das Naturrecht überhaupt zu erkennen, andre die Möglichkeit, eine genaue bestimmte Wissenschaft desselben aufzustellen; da aber die Frage, die es beantworten soll, nicht von der Zufälligkeit der Erfahrung abhängen, sondern durch Vernunft veranlasst sind; so muss auch diese eine genaue Rechenschaft darüber geben können». Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*, Jena, 1795, § 68.

(11) «Wird der Staat unabhängig von aller zufälligen Einrichtung in der Erfahrung, bloss nach seinen Rechtsprincipien, die ihn möglich machen, gedacht; so heisst er der Staat in der Idee». Cfr. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landsbut, 1801, § 21.

(12) «Alle praktische Gesetze entspringen aus der Vernunft». Cfr. HOFFBAUER, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, Halle, 1793, § 27.

(13) «Das Principium aller Rechte ist: Du hast ein Recht auf etwas, wenn du ohne dasselbe, auf irgend eine Weise, von einem andern als ein willkührliches Mittel seiner Zwecke behandeln werden dürftest». Cfr. ROFFBAUER, *Naturrecht...*, cit., § 63.

bles de un análisis ulterior; 2.º) deben ser deducidas, directa o indirectamente, todas las reglas que no son ciertas por sí, a partir de principios ciertos por sí, y 3.º) debe ser expuesta la conexión entre todas las partes» (14).

Desde que aparece la primera obra jurídica de los discípulos de Kant, la exigencia de derivar todo un sistema jurídico racionalmente desde los principios fundamentales suministrados por la razón pura estuvo presente en toda la escuela kantiana. Sin embargo, Karl Heinrich Heydenreich comenzaba su *System des Naturrechts* con una declaración sorprendente en un seguidor de Kant: «En la explicación del Derecho natural es preciso hacer notar que los principios fundamentales de esta ciencia en modo alguno se obtienen de la simple y pura razón, sino que son desarrollados a partir de las relaciones de la razón con el mundo sensible del hombre» (15). ¿Es consecuente Heydenreich con esta afirmación? No, desde luego, porque toda la obra de este autor está pretendidamente basada en el desarrollo de la razón pura; en este sentido, explicaba que la primera tarea del Derecho natural consiste en exponer aquellos derechos coercitivos del hombre que directamente y sin el presupuesto de ninguna acción humana resultan de la naturaleza de su personalidad (16), con lo que contradice completamente la declaración anterior. Consecuentemente con estas premisas, escribía que «ganamos la regla fundamental del Derecho natural cuando partimos de las leyes supremas de la razón pura práctica... De hecho, la verdadera obligación de la necesidad de una inmodificable forma de comportamiento determinada por la razón, sólo puede depender de una ley de la razón, que nunca está sometida a ninguna condición... En consecuencia, tal ley no puede ser material y empírica; sólo puede ser un principio puramente formal. La ley fundamental de la razón práctica, que expresa la forma de una determinación de la voluntad a través de la razón pura, está contenida en la fórmula: obra siempre según una máxima que, al mismo tiempo, pueda ser válida, como regla general, para todos los hombres» (17).

(14) «Weil das Naturrecht eine philosophische Wissenschaft ist, so müssen 1) alle Begriffe desselben, welche eine Auflösung fähig sind, richtig definirt werden; 2) alle Sätze, welche nicht für sich gewiß sind, aus Principien, die für sich gewiß sind, mittelbar oder unmittelbar abgelsitet werden; 3) Muß der Zusammenhang aller Theile desselben dargestellt werden». Cfr. HOFFBAUER, *Naturrecht...*, cit., § 11.

(15) «In der aufgestellten Erklärung des Naturrechts ist zugleich bemerkbar gemacht, dass die Grundsätze desselben keinesweges aus der blos reinen Vernunft, sondern aus dem Verhältnisse der Vernunft zur Sinnlichkeit des Menschen entwickelt werden». Cfr. K. H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, *Einleitung*, pág. 8.

(16) «Das erste Geschäft des Naturrechts ist, diejenigen äussern Zwangsrechte des Menschen darzustellen, welche sich unmittelbar und ohne Voraussetzung einer Handlung aus dem Charakter seiner Persönlichkeit ergeben». Cfr. *System des Naturrechts...*, cit., *Einleitung*, pág. 25.

(17) «Man entwickelt den Grundsatz des Naturrechts aus sichersten, wenn man von den höchsten Gesetzen der reinen praktischen Vernunft ausgeht... Wenn wahre Verpflichtung die unwandekbare Nothwendigkeit einer Handlungsweise, bestimmt durch Vernunft, ausdrückt, so kann sie sich nur auf ein Gesetz der

Por estos mismos derroteros marchaba Wilhelm Gottlieb Tafinger, otro de los pioneros de la escuela kantiana del Derecho. Explicaba este autor que la autonomía de la razón debe darle a ésta su propio fin, que lógicamente no puede ser empírico, porque la razón, a través de la empiria, quedaría subordinada a las tendencias egoístas del hombre; como no se puede pensar otro fin de la razón, fuera de sí misma, la razón misma debe ser su propio fin. De ello se sigue que en todas las partes donde exista un hombre, él debe existir como fin en sí, puesto que es racional, y esta regla es llamada justamente la ley fundamental de la Etica (18). Desde esta regla suprema es preciso proceder a una deducción de los preceptos para el comportamiento humano (19).

Tafinger se mostró muy coherente, como todos los kantianos, en el desarrollo deductivo-racional de los preceptos iusnaturalistas a partir del principio fundamental; todas las instituciones jurídicas deben ser derivadas racionalmente desde tal principio y, así, escribía que «la regla fundamental del Derecho natural, es decir, no tratar a ningún hombre como medio al servicio de los fines de otro, cuando la referimos a la propiedad entre los hombres no es otra que la siguiente: no sustraigas a nadie nada de lo suyo, no ofendas a nadie» (20). La propiedad, así como ninguna otra institución jurídica, no se deduce, pues, de las necesidades empíricas del hombre, sino que siempre será y tendrá que ser un resultado al que llega la razón pura cuando procede correctamente desde su principio supremo en el campo de la Etica.

En 1798, cuando la escuela llevaba ya un cierto tiempo de rodaje y habían aparecido los primeros críticos, esta exigencia se mantuvo inmovible. Karl Christian Kohlschütter se limitó con indicar, como principio evidente, que la razón pura práctica, o lo que es lo mismo, las leyes de la libertad del hombre, leyes morales, se deducen de la

Vernunft gründen, welches keiner Bedingung unterworfen ist... So gewiss kann es nur ein formaler Grundsatz seyn. Dasienige höchste Grungesetz der praktischen Vernunft, welches, die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt, in wiefern sie diess ist, ist der Formed enthalten: Handle iederzeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst». Cfr. HEYDENREICH, *System des Naturrechts...*, cit., págs. 85-87.

(18) «Die Selbstthätigkeit der Vernunft muß ihren Zweck haben, welcher kein sinnlicher Zweck seyn kann, weil die Vernunft dadurch der Sinnlichkeit, oder weil der uneigennütige Trieb dem eigennütigen untergeordnet würde. Ein anderer Zweck der Vernunft laßt sich ausser ihr nicht denken, folglich ist die Vernunft sich selbst ihr Zweck. Hieraus folgt, daß überall, wo die vernünftige Natur ist, dieselbe Zweck als Zweck an sich existirt... und wird daher mit Recht das oberste Gesetz der Sinnlichkeit genannt». Cfr. W. G. TAFINGER, *Lehrsätze des Naturrechts*, Tübingen, 1794, §§ 13-15.

(19) «Vorschriften für die menschlichen Handlungen und dadurch Bestimmungen für die menschlichen Rechten und Pflichten müssen aus den angeführten obersten Gesetz der praktischen Vernunft abgeleitet werden». Cfr. TAFINGER, *Lehrsätze...*, cit., § 28.

(20) «Der Grunsatz des Naturrechts: behandle kein vernünftiges Wesen als blosses Mittel zu beliebigen Zwecken, auf das Mein und Dein unter Menschen angewandt, ist daher kein anderer, als dieser: entziehe Niemanden Etwas von dem Seinen, Beleidige Niemand». Cfr. TAFINGER, *Lehrsätze...*, cit., § 128.

razón pura, sin necesidad de ningún contacto con la experiencia (21). Wilhelm Traugott Krug, más aficionado a teorizar sobre los últimos fundamentos de lo que expone, explicaba que el principio fundamental del Derecho no podía ser, por ejemplo, lo que nos resulta agradable, es decir, lo que nos hace felices, ni tampoco lo que contribuye a nuestra perfección; de pensar así se seguiría la inconsecuencia de que nadie tendría derecho a hacer aquello que se opone a su felicidad o a su perfección, lo que es absurdo. Por el contrario, la regla fundamental del Derecho sólo puede ser una regla pura, práctica, formal, un producto de la razón, no contaminado con el contacto de cualquier conocimiento empírico. ¿Cómo podría ser extraído de la experiencia el principio fundamental del Derecho natural, argumentaba Krug, si precisamente es la experiencia la que debe ser enjuiciada por él? (22).

P. J. A. Feuerbach, espectador inquieto de la marcha espectacular de los discípulos de Kant, resumía este problema indicándonos que «el concepto usual del Derecho sería el siguiente: el Derecho natural es la ciencia de los derechos del hombre dados y conocidos a través de la razón» (23).

El rótulo de *Naturrecht* fue el usado, con toda naturalidad, aunque coexiste pacíficamente con otros títulos. «Este primer volumen contiene lo que se suele llamar *Rechtslehre*, o lo que Kant denominaba, en un sentido más restringido, *Metaphysik des Rechts*» (24), escribía Krug. «Como quiera que toda esta legislación —apostillaba Reiner— se conoce exclusivamente por la razón, y sus leyes las conocemos y nos vinculan a través de la razón pura, sin necesidad de ninguna noticia

(21) «Die reine praktische Vernunft ist das Vermögen eines Wesens, unabhängig von allem, was ausser ihm ist und vorgeht, sich selbst Gesetze für seine Handlung zu geben... heissen auch Freiheitsgesetze, moralische, sittliche Gesetze: denn nur durch Freiheit im höchsten Sinn dieses Wort, durch vollkommene Unabhängigkeit eines Wesens von allem, was ausser ihm vorhanden ist, sind sie möglich». Cfr. *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1798, págs. 20 y 24.

(22) «Der Grundsatz des Rechtes muss ein reiner, praktischer, formaler Grundsatz sey... ein Erzeugnis der Vernunft seyn dem nichts von Erfahrung oder sinnlicher Erkenntnis beygemischt ist. Wie könnte auch der Rechtsgrundsatz aus der Erfahrung entlehnt sey, da eben alle Erfahrung... nach demselben beurtheilt werden soll!...

Sollte z.B. das Angenehme (was dem Glückseligkeitstrieben angemessen ist), oder das Nützliche (was dem Vollkommenheitstrieb angemessen ist) Merkmal des Rechts seyn: so würde daraus folgen, dass ich kein Recht hätte, etwas zu thun, was meine Glückseligkeit oder Vollkommenheit störte... z.B. kein Recht mein Vermögen zu verschwenden, oder meine Gesundheit zu zerstören» Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, § 19.

(23) «Das Naturrecht wäre demnach die Wissenschaft der durch Vernunft gegebenen, und durch Vernunft erkannten Rechte des Menschen». Cfr. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796, pág. 31.

(24) «... dieser erste Band, da er ungefähr das enthält, was man die reine Rechtslehre nennt oder mit Kant, jedoch in einem etwas beschränkteren Sinne, die Metaphysik des Rechts nennen könnte». Cfr. KRUG, *Aphorismen...*, cit., *Vorrede*, pág. IX.

externa, podemos llamar a esta ciencia legislación natural, y el conjunto de sus leyes compone la *natürliche Rechtslehre*» (25).

III

LAS PRIMERAS CRITICAS AL KANTISMO

El ataque más frontal del siglo XVIII, que ya se acababa, contra la escuela kantiana, lo encontramos en el *Lehrbuch eines civilistischen Coursus* de Gustav Hugo. «La Filosofía del Derecho positivo, escribía este autor, debería ser un tema fundamental del Derecho natural, pero no le va ni el moralizar acerca de la viabilidad de las revoluciones y las guerras ni la crítica del Derecho positivo atendiendo a falsos principios *a priori*, que por no ser otra cosa que una aplicación de aquél —ya que tales principios son puramente formales— nos llevan a la conclusión de que todo es necesario...» (26). «Un Derecho natural como el que nosotros proponemos, proseguía Hugo, debe partir de las reglas que proporciona la experiencia, que son esenciales a todos los Derechos positivos» (27). Por lo demás, Hugo, sin abandonar un cierto barniz kantiano, que le permitía no romper bruscamente con la que ya era escuela dominante en Alemania, había rechazado en la Introducción a esta obra el núcleo fundamental del iusnaturalismo jurídico kantiano, es decir, el contractualismo en la explicación del Derecho y del Estado: «El Derecho positivo está fundamentado en sentimientos. Su realidad descansa sobre hechos y no, como se explica usualmente, en contratos de todos los socios entre sí, de modo que de esta forma se producirían las leyes fundamentales y los otros preceptos acomodados a ellas; pues un contrato en que participen todos los miembros no ha existido realmente —un contrato así no es posible— y, desde luego, tal explicación no se acomoda a lo que sucede en otros ámbitos parecidos de la vida humana. como es el caso del lenguaje o de las costumbres; además, suponer la existencia de tal contrato es cosa innecesaria para explicar la vigencia del Derecho positivo y las obligaciones de los gobiernos» (28).

(25) «Geht aber diese Gesetzgebung bloss aus der Vernunft hervor, so, dass ihre Gesetze durch blosse Vernunft, ohne alle öffentliche Bekanntmachung, erkannt werden und verbinden, so heisst sie natürliche Gesetzgebung, und der Inbegriff ihrer Gesetze ist die natürliche Rechtslehre». Cfr. REINER, *Allgemeine Rechtslehre...*, cit., § 22.

(26) «Die Philosophie des Privatrechts sollte ein Hauptgegestand des Naturrechts seyn, aber weder das Moralisiren über die Rechtmäßigkeit der Revolutionen und Kriege, —noch das Demostriren des heutigen Römischen Rechts aus lauter Definitionen—, noch die Causen 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 eines civilistischen Coursus*, Berlin, 1799, 1, Band, § 115.

(27) «Ein solches Naturrecht muß von den Erfahrungssätzen ausgehen, die bey jeden positiven Rechte wesentlich sind». Cfr. *Lehrbuch...* cit., § 116.

(28) «Das positive Recht ist nur seine Möglichkeit nach in dem Gemüthe gegründet. Seine Wirklichkeit beruht auf Thatsachen, aber nicht, wie man ge-

No era ésta, sin embargo, la primera disensión que ya se había producido contra la escuela kantiana. En efecto Ernst Ferdinand Klein, dos años antes que Hugo, había mostrado sus reparos a la pretensión de que el Derecho natural se obtuviera exclusivamente desde principios *a priori*, había establecido que era necesario atender tanto a la naturaleza específica del hombre como a las condiciones generales en que se desenvuelve la vida humana (29); pero no fue mucho más allá en su conato de crítica.

Un camino distinto fue el que tomó, en cambio, Heinrich Stephani. Este autor comienza los primeros párrafos de sus *Grundlinien* aludiendo al empleo sistemático de lo que se conocía como «estado de naturaleza; lo que se pretendía con tal uso, según Stephani, no era sino presentar en un primer momento un estado presocial del hombre y señalar los derechos que corresponden al individuo aislado; en una segunda fase, partiendo de los derechos del hombre presocial, se construía el edificio jurídico que era propio del hombre que vive en sociedad, mediante un trasplante imaginario desde el primer estadio al segundo (30). «Lo que interesa realmente saber a la Humanidad, escribía Stephani, es lo siguiente: qué es Derecho para ella en todos los tiempos, en todos los lugares y bajo todas las modificaciones de su estado por las que pueda atravesar, pues así como el hombre permanece

wöhnlich sagt, auf Verträgen aller Mitglieder unter einander, wodurch der gemeinschaftliche Wille werde (Grundgesetzen) und Verordnungen dieses einmahl vorhandenen Willens (Gesetze überhaupt), denn ein Vertrag aller Mitglieder ist nicht wirklich gewesen — ein solcher Vertrag ist nicht möglich — er ist dem Gange der menschlichen Angelegenheiten in allen ähnlichen Fällen, z.B. bey der Sprache und der Sitten, nicht gemäß — und er ist ganz unnötig, die Giltigkeit des positiven Rechts und die Pflichten der Regierungen darzuthun». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., *Einleitung*, § 6.

(29) «Was hier natürliche Rechtswissenschaft genannt wird, wird gewöhnlich unter dem Namen des Naturrechts begriffen. Alsdann aber werden die Grenzen des Naturrechts über die Grenzen der übrigen praktischen Philosophie ausgedehnt, als welche sie nur mit dem *a priori* gegebenen Wahrheiten beschäftigen kann... Allein, so gewiß es auch ist, daß Dinge, welche überall unter den Menschen zu finden sind, ihren besondern Grund entweder in der «Natur des Menschen, oder in allgemeinen Verhältnisse desselben haben müssen: so können sie doch darum nicht als *a priori* gegeben betrachtet werden. Dagegen aber ist es nützlich, die Grundsätze des Naturrechts auf die der Erfahrung gegebenen, fast überall anzutreffenden Gegenstände des Menschen anzuwenden». Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, 1797, § 48.

(30) «Man hat dieser Wissenschaft anfänglich den Namen Naturrecht gegeben, nicht um darunter den Inbegriff der Rechte der Natur — dem Sprachgebrauch gemäß — zu verstehen; sondern das System von Rechte, welche dem Menschen in Stande der Natur zukommen (Naturstandrecht). Der Naturzustand setzte man dem Staatsgesellschaften entgegen, und dachte sich unter demselben entweder den vor allem Anfange von Staatsgesellschaften vorhandenen Zustand der Menschheit; oder nur einen hypothetisch angenommenen ausser bürgerlichen Zustand, un durch Hilfe desselben diejenigen Recht des Menschen aufstellen zu können, welche demselben ausser dem Staatsverhältnisse zukommen. Der Menschheit liegt aber weder daran, zu wissen, was in jenem vergangenen Zustande den damals lebenden Individuen desselben heutiges Tages für Rechte zuerkannt werde; noch was sie für Rechte hat, wenn man sie aus ihrem jetzigen wirklichen in einen bloß gedachten Zustand versetzt». Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen, 1797, §§ 1-3.

siendo hombre, ya sea él un niño, un adolescente, un adulto o un anciano, ya viva en sociedad civil o fuera de ella, habite en un Estado europeo, o fuera de Europa, del mismo modo lo que es Derecho permanece inalterable, siempre igual, de forma que el Derecho, que procede de una naturaleza eterna, de ningún modo está sometido a las variaciones que proceden del exterior del hombre, por más que la materia jurídica concreta pueda ser modificada» (31).

Con esta declaración Stephani no sólo no se apartaba de la pretensión central del Derecho natural de la época, sino que quizá el fin que le mueve a hacerla, que él no explicita, es recalcar la objetividad del Derecho obtenido mediante la razón práctica que, en su opinión, no necesitaría de apoyaduras falsas tales como el juego del aludido «estado de naturaleza» y «sociedad civil». Pero lo que convierte a la obra de Stephani en un dato de interés para nosotros es el hecho de que, sin romper totalmente con la escuela kantiana, ni, por tanto, con el iusnaturalismo, rechaza el viejo mito del *status naturae* que había sido el recurso imprescindible de la escuela del Derecho natural desde sus orígenes en el siglo XVI. En efecto, Stephani, muy influido por Fichte, al que dedicó este libro, mantenía que «el hombre no sólo ha "entrado" en la sociedad, sino que ha nacido originariamente en ella. Y también poco puede él, en la medida en que viva en este mundo nuestro social, salir de ella» (32). Como podemos ver, Stephani, al igual que otros tantos críticos posteriores del iusnaturalismo, no se opuso a la existencia del Derecho natural, sino que atacó, simplemente, los mitos sobre los que fue montado el iusnaturalismo de la Edad Moderna.

Por el camino abierto por la escuela idealista se precipitó una riada de autores que escriben en el cambio del siglo XVIII al XIX. En este sentido, Karl Christian Friedrich Krause escribía en 1803 que «Nuestra postura de una esfera infinita para la deducción del Derecho natural (*Weltbürgerrecht*) no descansa en la ficción vacía de un «estado de naturaleza» que todo lo trastoca, no es la de un Derecho extrasocial; pues no existe ningún Derecho fuera de la sociedad» (33).

(31) «Was der Menschheit Noth thut, zu wissen, ist dieses: was für sie zu allen Zeiten, an allen Orten, und unter allen vorkommenden Modificationen ihres Zustandes auf diese Erde recht sey. So wie der Mensch, Mensch bleibt, er sey Kind oder Jüngling oder Mann oder Greis; er lebe in oder ausser einer bürgerlichen Gesellschaft; in einem Europäischen oder aussereuropäischen Staate: so bleibt auch das, was recht ist, sich immer gleich, und es kan die Rechtsform, welche von ewiger Natur und keinesweg dem Gesetze der Veränderlichkeit der Sinnenwelt unterworfen ist, nie; wohl aber die Rechtsmaterie, als Theil der Sinnenwelt, verändert werden». Cfr. *Grundlinien...*, cit., §§ 4 y 5.

(32) «Der Mensch ist nicht erst in Gesellschaft getreten, sondern es wird demselben ursprünglich geboren. Auch kann er nicht, so lange in dem gemeinschaftlichen Sinnenreiche lebt, aus derselben heraustreten». Cfr. *Grundlinien...*, cit., § 36.

(33) «Unsere Annahme einer unedlichen Sphäre für die Deduction des Weltbürgerrecht ist nicht die leere alles Recht verkehrende Fiction eines Naturzustandes, noch auch eines aussergesellschaftlichen Recht; denn es ist kein Naturzustand ohne äusseres Zwangsrecht, und keint Recht ausser in Gesellschaft». Cfr. *Grundlage des Naturrechts oder philosophischer Grundriss des Ideals des Rechts*, Jena und Leipzig, 1803 pág. 93.

La actitud de Krause es, pues, muy parecida a la de Stephani: él no niega la existencia del Derecho natural, pero rechaza el Derecho natural existente.

Una postura similar adoptó Jakob Fries en su *Philosophische Rechtslehre* aparecida este mismo año. Este autor, que estaba a medio camino tanto de la escuela kantiana como de la idealista, evita enfrentamientos con unos y otros y no ataca expresamente los fundamentos del iusnaturalismo dominante; pero parte en todo momento del hombre social, viviendo en sociedad, y prescinde por completo de las construcciones contractualistas que aún usaron los kantianos para fundamentar el Derecho positivo, el Estado o la propiedad (34).

La crítica más radical vino, sin embargo, de un jurista práctico; el campeón de la lucha antikantiana fue J. A. L. Seidensticker, que publicó en 1892, bajo forma anónima, un libro más o menos humorístico que tituló *Juristische Fragmente*. Seidensticker, atacando expresamente a los kantianos, explicaba que la «Metafísica del Derecho consiste en que la razón habla consigo misma sobre sí misma en los asuntos jurídicos, de modo que el metafísico habla con su razón como el ventrílocuo con su estómago» (35). Lo que denuncia, por extenso, el irónico interlocutor de los kantianos es la pérdida en el Derecho del mundo real, y su sustitución por una tramposa y pretendida «razón pura», hecho al que califica de *laesio enormissima* (36). El Derecho, repite Seidensticker, debe ser tratado por juristas, no por filósofos, y de este modo abandonará el mundo de las abstracciones y volverá a la experiencia, en la vida humana real (37). «El Derecho positivo —proseguía

(34) FRIES fue uno de los primeros autores que procedió a una «revalorización» del Derecho positivo, del que parte, y no de los derechos que corresponden al hombre que vive aislado, para construir toda su doctrina jurídica. Su actitud queda claramente expuesta cuando escribe que «Der Wille der einzelnen steht zum Theil unter dem äusseren Einfluß der Natur und nicht einzig unter dem innern Gesetz; das Rechtsgesetz wird also unter Menschen, selbst wo es anerkannt wird, im einzelnen übertreten werden. Außerdem ist aber das Urtheil des einzelnen selbst mangelhaft, er kann deshalb die Rechtsverhältnisse falsch aufgreifen und mißverstehen. Daher ist es nothwendig, das über die innere Gesetzgebung des Rechtes, welches sich philosophisch aus dem Wesen der Vernunft entwickeln läßt, noch eine äussere Gesetzgebung, eine äussere Anerkennung und Sanktion des Gesetzes unter den Menschen hinzukomme, welche nur durch Zwang statt finden kann. Eine solche wirkliche Gesetzgebung unter den Menschen heißt nun eine positive Gesetzgebung». Cfr. *Philosophische Rechtslehre und kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, Vorrede, pág. IX.

(35) «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 Bauche». Cfr. *Juristische Fragmente*, Göttingen, 1802, § 2.

(36) Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., § 5.

(37) «Wenn die Juristen auf die Grunde ihrer Wissenschaft zurückgehen, so gerathen sie auf das Gebiet der Philosophen. Wenn sich die Philosophen aus ihrer Abstraction heraus vorwärts in die Erfahrung und in das menschliche Leben bewegen; so gerathen sie auf das Gebiet des Juristen. Warum wollen beide Theile sich gegenseitig in ihren Häfen bloquieren, und sich Einer dem Andern nicht erlauben, auf seinem Boden lauden?... Kant wäre ein besserer Naturrecht-Philosoph, wenn er mehr Jurisprudenz verstanden hätte». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., § 78.

este autor— no mantiene una inmediata vinculación con la Filosofía, porque aquél procede únicamente de una voluntad positiva, de la que depende. Si puede existir un influjo de la Filosofía sobre el Derecho positivo, ello no puede acaecer de otra forma que por medio y gracias a esta voluntad positiva..., pues la voluntad se deja influir por argumentos racionales, y aquí se abre la única puerta a través de la cual la Filosofía se debe comunicar con lo positivo... El primer paso es proceder a una presión sobre la voluntad del legislador, especialmente a través de la enseñanza, del convencimiento... Nadie está tan necesitado de ser aleccionado como el legislador, mediante el influjo de la Filosofía sobre lo positivo... Pues el gobernante es el único representante de la razón para todas aquellas cosas sobre las que versa la legislación... Y de esta forma llega la Filosofía a ser una parte integrante de la norma positiva» (38).

La aportación de Seidensticker, mucho más extensa de lo aquí expuesto, señala la primera ruptura completa con el iusnaturalismo y, por tanto, con la escuela kantiana; efectivamente, Seidensticker ya no considera posible aquella razón que, al mismo tiempo que inventora es creadora del Derecho; el único Derecho posible, según él, es el Derecho positivo, y la Filosofía debe limitarse a sugerir al legislador aquellas orientaciones que ordene o aconseje la razón. Esta es, resumidamente, la médula del Positivismo jurídico, pero el momento del desarrollo de esta nueva corriente y, con ello, el de la «Filosofía del Derecho positivo» aún no había llegado. Veamos, a continuación, las vicisitudes del iusnaturalismo en los decenios siguientes.

IV

LA ESCUELA KANTIANA EN EL SIGLO XIX

Quizá el primer decenio de este siglo marque el período de mayor auge del kantismo, ya que esta corriente dominó avasalladoramente en toda Alemania, no sólo en la Filosofía jurídica, sino en la Filosofía

(38) «Das positive Recht stent eigentlich in keiner unmittelbaren 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 das möglichen Weise nicht ändern 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... Am nächsten liegt es, die Sache gerade zu durch Einwirkung auf den positiven Willen der Gesetzgebung gehen zu lassen; nämlich mit Hilfe des Unterrichts, der Überzeugung und Anspornung derer, welche Gesetze zu geben... Niemand hat es so nöthig, darüber unterrichtet zu seyn, was die Philosophie über das Positive sagt, als der Regent selbst... Denn der Regent ist der einzige Repräsentant der Vernunft in allen Sachen, die in dem Umfange und Wirkungskreise des positiven Willens liegen... Hier ist nämlich die Philosophie ein integrierender Theil der positiven Norm geworden». Cfr. *Juristische Fragmente*, cit., §§ 165-170.

pura, la Pedagogía, la Estética, la Teología, etc. (39). No es el momento, sin embargo, en el que aparecen mayor número de obras jurídicas kantianas; éstas ya se habían publicado en los años finales del siglo anterior y prácticamente habían agotado todo lo que se podía decir sobre el Derecho desde un ángulo kantiano.

De todos modos, los inicios del siglo XIX marcan también el período de descomposición de la escuela, al menos en lo que hace a la Filosofía jurídica. Efectivamente, conforme avanza el siglo son más patentes los progresos del idealismo, incluso entre filas tradicionalmente kantianas; aparecen ya varios autores de transición que pretenden coonestar las ideas de Kant con las de Fichte. Comienzan a publicar también los primeros enemigos radicales del kantismo, que no se conformaron con realzar la importancia del Derecho positivo, sino que criticaron a fondo los últimos presupuestos filosóficos y jurídicos de la Filosofía crítica, como es el caso de Karl Theodor Welcker (40), Eduard Henke (41), de Anton Friedrich Justus Tribaut (42), etc.

El peso de la ortodoxia kantiana recayó, durante esta segunda etapa de vida de la escuela, sobre Theodor Schmalz, Anton Bauer y Wilhelm Traugott Krug, fundamentalmente. Schmalz, en 1807, seguía reclamando el juego de la razón pura *a priori* como el único adecuado para constituir una verdadera ciencia: «Ciencia significa, según el uso de nuestra lengua, todo conjunto de conocimientos. Ciertamente, las ciencias se podrían dividir en empíricas (es decir, las que recogen conocimientos que proceden de la experiencia) y puras, que se mueven con conocimientos que son independientes de la experiencia. Pero como los conocimientos que proceden de la experiencia, en un conjunto tal como el arriba aludido, nunca pueden ser ciertos, por eso, sólo las ciencias puras pueden ser llamadas tales en el propio y más elevado sentido de la palabra» (43). Es decir, el método del *Naturrecht*, o como Schmalz

(39) ANTON FRIEDRICH JUSTUS TRIBAUT escribía que «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 immer ihren Geist, den deutschen Schriften jeder Art ausdrückten. Die Logik, die allgemeine praktische Philosophie, die Moral, das Natur-Recht, kurz! alle Wissenschaften... haben schon ihre Bearbeiter gefunden, und zwar in solcher Menge, daß ein Mann, dem die Philosophie nur Neben— oder Hilfswissenschaft ist, und welcher gern die classischen Schriftsteller aller Parteyen lesen möchte, kann einen kleinen Theil der neuesten philosophischen Systeme zu umfassen vermag... Die positive Theologie und Jurisprudenz, die Mathematik, die Physik, die Chemie, die Pädagogik, die Staatswissenschaften, die Grammatik, die Katechetik— alles ist nach kantischen Grundsätzen kritisirt, und durch kritische Principien gegründet). Cfr. *Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, en «Versuche über einzelne Theile des Theorie des Rechts», Jena, 1817, pág. 125.

(40) Vid. *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813, págs. 45 y ss.

(41) Vid. *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft und das Studium derselben in Deutschland*, Regensbourg, 1814.

(42) Vid. *Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, cit., *passim*.

(43) «Wissenschaft bedeutet nach dem Gebrauch unsern Sprache jeden bestimmt vollendeten Inbegriff von Erkenntnissen. Nun mögen zwar die Wissen-

prefiere llamarlo, de la *Rechtsphilosophie* (44), no puede ser otro que el funcionamiento de la razón pura *a priori*, que se desarrolla presuntamente desvinculada de la experiencia sensible. Concretamente, el método de la Filosofía del derecho, una vez supuesta la pureza racional; es, según Schmalz, el analítico-sintético, a semejanza de las ciencias exactas: «Así como el método sintético de la Geometría comienza con axiomas, del mismo modo el método analítico de la Filosofía del derecho comienza con la explicación tanto del concepto fundamental que ella debe analizar como de aquellos otros que ella presupone» (45).

Anton Bauer realizó un esfuerzo apreciable por defender, ya que no para fundamentar, las tesis fundamentales de la doctrina kantiana sobre el Derecho. Para Bauer, como en general para todos los kantianos, es la razón práctica la que debe, mediante sus leyes, hacer posible la coexistencia entre los hombres; éstos se encuentran obligados irremisiblemente a coexistir en el mundo y se impone, en consecuencia, una limitación de la libertad externa de cada hombre a fin de que todos puedan vivir con libertad dentro de un orden general de la libertad: es la razón práctica la que, como legisladora, limita la libertad de cada cual a fin de hacer posible la libertad de todos. Estos preceptos de la razón práctica, explicaba Bauer, constituyen la legislación jurídica, también llamada legislación externa, porque se refiere únicamente al comportamiento externo, o bien porque tales acciones se fundamentan en un móvil externo (46).

Desde estas premisas resulta claro el concepto de Derecho natural,

schaften in empirische getheilt werden, das ist, solche die Erfahrung Erkenntnisse sammeln, und in reine, welche Erkenntnisse aufstellen, die von der Erfahrung unabhängig sind. Weil aber wir bey Erfahrungskennntnissen bestimmter Vollendung irgend eines Inbegriffs derselben nie gewiss seyn können; so können nur die reinen im eigentlichen und höhern Sinne Wissenschaften genannt werden». Cfr. SCHMALZ, *Handbuch der Rechtsphilosophie*. Halle, 1807, § 2.

(44) Unter den Namen des Naturrechts, wie man geheinhin die Rechtsphilosophie nennt...». Cfr. *Handbuch...*, cit., § 10.

(45) «Wie die syntetische Methode der Geometrie mit Axiomen beginnt: so muss die analytische der Rechtsphilosophie mit Erklärung des Grundbegriffes beginnen, den sie analysiren soll, und derer, welche er selbst voraussetzt. Die ganze folgende Abtheilung aller Rechtssätze beruht demnach allein auf die Richtigkeit folgenden Erklärungssätze». Cfr. *Handbuch...*, cit., § 16.

(46) «Die praktische Vernunft muss zunächst durch ihre Gesetze die Coexistenz der Menschen möglich machen. Diese leben nemlich in einem unvermeidlichen Zustande der Gemeinschaft und gegenseitigen Einwirkung. Wollte in dieser Lage ein Jeder mit unbeschränkter äusserer Freiheit handeln, so würden sie nicht als Vernunftswesen in der Sinnenwelt neben einander bestehen und wirken können, mithin die Freiheit Aller aufgehoben werden. Auch liegt in dem Ausspruch eines Jeden auf freie Existenz und Wirksamkeit die Gestattung eines gleichen Ausspruchs für alle Andere. Die gesetzgebende Vernunft schränkt daher die äussere Freiheit eines Jeden so weit ein, dass sie mit der Freiheit Aller bestehen kann. Diese Gesetzgebung ist die rechtliche (man nennt sie auch die äussere Gesetzgebung, theils weil sie blos auf äussere Handlungen geht, theils weil sie zugleich auf äusseren Triebfedern beruht), ihre Vorschriften heissen Rechtsgesetze, d.h. Bedingungen, unter denen die äussere Freiheit aller Menschen vereinbar ist. Hieraus bildet sich der Rechtsbegriff». Cfr. A. BAUER, *Elementarsystem der Rechtswissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*. Marburg, 1808, § 6.

también llamado por Bauer, *Vernunftrecht* o *philosophische Rechtswissenschaft*, es, en su sentido objetivo, la exposición sistemática de las leyes jurídicas dadas por la razón, es decir, las condiciones generales y necesarias bajo las cuales las libertades externas de los hombres son compatibles entre sí (47). Esta es la única finalidad del Derecho natural, repite Bauer incansablemente: que la razón pura determine de forma general y necesaria (que se opone a casual, *zufällige*, es decir, proveniente de la experiencia) cómo es posible la coexistencia de las libertades de cada hombre (48).

Unas ideas similares exponía Amadeus Wendt pocos años más tarde. «Nosotros entendemos por el Derecho natural una ciencia sobre el Derecho. Esta ciencia no se ocupa de un Derecho determinado, es decir, de una legislación positiva, sino del Derecho, en general. Por esto, no se trata de una ciencia empírica, sino de una ciencia filosófica. La esfera en la que se encuentra el concepto del Derecho es la naturaleza operativa del hombre y, en concreto, su actuar racional; el Derecho natural es, pues, una parte de la Filosofía práctica, o de la Etica, en sentido amplio» (49).

Ante el avance de ideas filosóficas muy distintas a las suyas, Krug pretendía defender las tesis filosóficas-jurídicas kantianas aún en 1817. En tono polémico, Krug, que tanto se quejaba del creciente número de enemigos del Derecho natural, exponía que la ley jurídica es un principio fundamental de la razón, concretamente de la razón práctica, porque la razón, en la medida en que es legisladora para nuestra actividad práctica, debe determinar también al Derecho, ya que él es un atributo necesario de tal actividad, y por eso llama también al Derecho natural «Derecho racional». A través del Derecho natural, sigue Krug, es determinada la forma del comportamiento humano externo,

(47) «Aus diesen Prämissen ergibt sich also... der Begriff der philosophischen Rechtslehre. Naturrecht (Vernunftsrecht, philosophische Rechtswissenschaft) ist 1) im objectiven Sinn die systematische Darstellung der durch die Vernunft gegebenen Rechtsgesetze, d.h. der allgemeinen und nothwendigen Bedingungen, unter denen die äussere Freiheit aller Menschen vereinbar ist...». Cfr. BAUER, *Elementarsystem...*, cit., § 8.

(48) «Der Zweck der philosophischen Rechtslehre besteht in Lösung des Problems: wie die äussere Freiheit eines jeden Menschen mit der Freiheit Aller, mit denen er in Wechselwirkung stht, vereinbar sey, wie folglich eine Gemeinschaft vernünftiger Sinnenwesen besthen könne?... Doch gehören nicht alle, sondern nur die durch Vernunft vorgeschrieben und erkennbaren, mithin allgemeinen und nothwendigen Bedingungen jener Coexistenz (Zufällige, erst durch Erfahrung bestimmbare und auf Willkühr beruhende Bedingungen können nicht zu ihrem Gegenstande gehören». Cfr. BAUER, *Elementarsystem...*, cit., § 9.

(49) «Wir vertshen unter dem Naturrecht eine Wissenschaft von Rechte. Diese Wissenschaft handelt nicht von einem bestimmten Rechte (d.h. einer positiven Gesetzgebung); sondern von dem Rechte überhaupt. Sie ist daher keine empirische, sondern eine philosophische Wissenschaft. Die Sphäre, in welcher sich der Begriff des Rechts findet, ist die handelnde Natur des Menschen, und zwar das vernunftmäßige Handeln desselben; das Naturrecht ist also ein Theil der praktischen Philosophie, oder der Ethik im weitern Sinne, welche die Wissenschaft ist von den in das Natur vernünftige Wesen begründete Gesetzen, ihres Handelns (Sittengesetze im weitern Sinne), oder die Wissenschaft von dem Ideale des vernünftigen Handelns». Cfr. A. WENDT, *Grundzüge der philosophischen Rechtslehre*. Leipzig, 1811, § 1.

sin atender a su materia u objeto, y tal determinación es originariamente *a priori*, porque no es deducida de la experiencia, pues de esta última se extrae indistintamente lo que es Derecho como lo que es antijurídico, o ninguna de las dos cosas, ya que por ella sólo percibimos hechos que la razón juzga —según aquella determinación originaria— como justos o injustos. Por tanto, no puede ser principio del Derecho natural ninguna regla material y empírica (50).

Krug fue uno de los últimos grandes kantianos que mantuvo las tesis fundamentales del kantismo jurídico; el mismo tono polémico de su obra tardía nos indica que, hacia 1815, ya había pasado la edad de oro de la escuela kantiana. En efecto, por estos años, la totalidad de los pilares iusnaturalistas o kantianos —desde finales del siglo anterior ser iusnaturalista, de hecho, era sinónimo de ser kantiano— eran negados abiertamente en muchas universidades alemanas. La hipótesis del hombre aislado que vive en el *status naturae*, el contractualismo como fundamento del Derecho, del Estado y de la propiedad, la razón pura legisladora de la actividad moral o jurídica del hombre fueron, entre otras cosas, rechazadas como antigüedades incapaces de conformar la vida alemana del siglo XIX. Es preciso tener en cuenta que con la aniquilación de la escuela kantiana no se estaba rechazando únicamente a Kant y sus discípulos; éstos sólo prolongaron la moribunda vida del iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna, a finales del siglo XVIII, el salvavidas momentáneo del *ius naturale et gentium* cumplió su función a costa de hacer propios —eso sí, dándoles una presentación externa y una consistencia filosófica que no poseían anteriormente— los mitos fundamentales del Derecho natural. *Ius naturae* y kantismo jurídico fueron, por tanto, indisolublemente unidos desde 1792 hasta el final del primer tercio del siglo XIX; el hundimiento de la escuela kantiana señaló, en consecuencia, la desaparición de la escena europea del Derecho natural basado en los «estados de naturaleza», contratos sociales, etc....

La mala salud de la escuela kantiana se había dejado sentir desde algunos años antes. Ante la creciente importancia de la *Philosophie del positiven Rechts*, Anton Bauer había explicado, en 1808, en tono conciliador, que «la Filosofía del Derecho positivo consiste en la explicación sistemática de los resultados que se derivan del examen de la juri-

(50) «Das allgemeine Rechtsgesetz... ist ein Grundsatz der Vernunft und zwar der praktischen, weil die Vernunft, wieferne sie für unsre praktische Thätigkeit gesetzgebend ist, auch das Recht als ein von ihr selbst gefordertes Attribut diesser Thätigkeit gesetzlich bestimmen muss. Darum heisst das Naturrecht auch ein Vernunftrecht... Den es wird dadurch bloss die Art und Weise (forma) des äussern Handelns überhaupt bestimmt, ohne Rücksicht auf dessen Stoff (materia) oder Gegenstand (objectum), und diese Bestimmung ist ursprünglich (a priori), nicht aus der Erfahrung entlehnt, als welche eben so viel Unrecht als Recht, im Grunde aber Keins von beiden, sondern, nur Thaten wahrnehmen lässt, welche die Vernunft nach jener ursprünglichen Bestimmung als Recht oder als Unrecht anerkennt. Anmerkung 1: Kein materialer und empirischer Grundsatz kann Prinzip des Naturrechts sein... Denn nicht nur haben die Menschen von dem, was ihrer Vollkommenheit oder Glückseligkeit gehört, unendlich verschieden Begriffe...». Cfr. W. T. KRUG *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg, 1817, § 20.

dicidad y adecuación (*Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit*) de una legislación positiva. El canon de la juridicidad es el Derecho natural, exponía Bauer, mientras que la adecuación de tal legislación es medida por la Antropología, la Política y la Historia, con especial referencia a las condiciones físicas, intelectuales y morales de un pueblo. La Filosofía del Derecho positivo se diferencia, por tanto, del Derecho natural tanto si atendemos a su forma como a su contenido...» (51).

Las concesiones a la Filosofía del Derecho positivo, aún dentro de la escuela kantiana, se debieron al fuerte realce que iba tomando la corriente que mantenía que todo el Derecho existente no puede ser sino positivo. Ya Krung, en 1811, se había lamentado de lo extendida que estaba esta opinión (52), y Wilhelm Gottlieb Tafinger explicaba poco antes que muchos entendían que el Derecho natural no podía ser sino lo que resulta de la comparación entre varias legislaciones positivas afines; de tal comparación resultaría, por ejemplo, que deben extisir los *domina rerum*, que los pactos deben ser observados, etc...., aunque los que así piensan, exponía Tafinger, conceden que en todas las legislaciones debe de existir, presupuesto, un concepto del derecho que sea común y anterior a todo Derecho positivo (53).

Ser kantiano en el segundo decenio del siglo XIX no era tarea fácil. Gottlieb Ernst August Mehmel tuvo que hacer muchos equilibrios para mantener, en 1815, una remota fidelidad a Kant. Salvó, ciertamente, alguna tesis kantiana, a costa, sin embargo, de aceptar la mayor parte de la doctrina jurídica de Fichte. Aunque mantiene la existencia de un Derecho puramente racional, se vio obligado a admitir que la *Reine Rechtslehre*, como todas las ciencias puramente teóricas, no tiene ninguna capacidad conformadora de la realidad; su única efectividad consiste en que aquellos casos que aún no han sido regulados por una ley positiva debe ser resueltos atendiendo a las reglas del Derecho ra-

(51) «Philosophie des positiven Rechts ist die systematische Darstellung der Resultate, welche aus der Prüfung der Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit einer positiven Gesetzgebung fliessen. Der Kanon der Rechtmässigkeit ist das Naturrecht. Die Zweckmässigkeit hingegen prüft man nach der Anthropologie, Politik und Geschichte, mit besonderer Rücksicht auf physische, intellectuelle, moralische un politische Beschaffenheit eines Volks... Die Philosophie des positiven Rechts unterscheidet sich daher von Naturrecht sowohl in Hinsicht der Form, indem sie grössentheils empirische Wissenschaft ist, als auch in Hinsicht des Inhalts». Cfr. *Elementarsystem...*, cit., § 15.

(52) «... wohl gar gemeint, es gebe eigentlich kein natürliches Recht, sondern alles Recht sei positiven Ursprung; man könne daher wohl über das positive Recht, wie über alles Gegebne, philosophiren, aber nimmer könne die Philosophie aus eigener Machtvollkommenheit allgemeingültige Rechtsgesetze aufstellen». Cfr. W. T. KRUG, *Naturrechtliche Abhandlung oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1811, *Einleitung*, pág. 3.

(53) «Was man bey der Vergleichung mehrerer Gesetzungen übereinstimmend findet, das ist Naturrecht. Daß es *dominia rerum* giebt, daß *pacta* gehalten werden müssen, ist Naturrecht... Sie setzen, weil in allen Gesetzgebungen ein Recht des Gesetzgebers, und folglich auch in Recht überhaupt vorausgesetzt wird, gleichfalls voraus, daß es einen Rechtsbegriff geben müsse, der vor allem positiven Recht hergeht, also— einen natürlichen Rechtsbegriffs». Cfr. W. C. TAFINGER, *Die Rechtswissenschaft nach den Verhältnisse und Bedürfnissen der neuesten Zeit*, Tübingen, 1808, págs. 27 y 28.

cional de acuerdo con las circunstancias que concurran en el caso (54). ¡Pobre resultado para un kantiano!

Todavía Theodor Marezoll publicó en Giessen, en 1819, su *Lehrbuch des Naturrechts*, de corte kantiano; ya era bastante tarde porque, precisamente en este año aparecieron los ataques fundamentales y decisivos para la escuela kantiana. El Derecho natural, a mediados del decenio, se había vuelto en algo problemático. En este sentido, Georg Horn denunciaba la presentación de construir un *Naturrecht* como una parte más de la Filosofía, de modo que todas sus reglas debieran ser demostradas estrictamente, que no se apoyaran en sentimientos o en experiencias (55); esto no era posible, y la cuestión que se planteaba Horn era la de si una ciencia de este tipo debía ser tolerada y enseñada (56).

V

LOS ENEMIGOS DE KANT A COMIENZOS DEL SIGLO XIX

«La Filosofía crítica tiene enemigos —explica Thibaut— cuyo número crece de día en día, de modo que la afición a las investigaciones filosóficas se enfría cada vez más en las mejores cabezas. Se ha llamado bastante la atención sobre el estado enojoso de esta Filosofía, si es que con este nombre queremos referirnos impropiamente a lo que los discípulos de Kant han pensado y escrito, cosa ridícula y digna de burla. Sería mucho mejor todo si estas ganas de reír y satirizar fueran empleadas en hacer a los filósofos más sabios, más prudentes, más modestos... de modo que sus errores en su forma de proceder no fueran imputados como defectos de la misma materia que están tratando» (57).

(54) «Die reine Rechtslehre ist wie jede Wissenschaft an sich bloß theoretisch und hat als solche mit Bestimmung der Wirklichkeit nichts zu thun; da aber alles wirkliche Recht nur als die Anwendung des reinen Rechts betrachtet werden kann: so postulirt die Vernunft, alle Fälle die noch keine Gesetz bestimmt sind, nach Grundsätze des reinen Rechts in Uebereinstimmung mit den gegebenen Verhältnissen zu bestimmen». Cfr. G. E. A. MEHMEL, *Die reine Rechtslehre*, Erlangen, 1815, § 104.

(55) «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 Gefühl, oder auf die Erfahrung, noch auch auf eine schon vorhandene Gesetzgebung berufen. Gibt es irgend ein positives Recht, das den Forderungen der Vernunft entspricht...». Cfr. G. HORN, *Ueber den Einfluß der öffentlichen Denkfreiheit auf die geistige Bildung eines Volkes und des Verhältniß des Naturrechts zum positiven Rechts*, Jena, 1814, pág. 25.

(56) «... und, da diese Untersuchungen einer besondern Wissenschaft, welche unter dem Namen «Naturrecht» oder wie man sie in den neuern Zeiten unsers Dafürhaltens besser benannt hat «Rechtsphilosophie» bekannt genug ist, angehören; ob diese Wissenschaft geduldet und gelehrt werden dürfe?». Cfr. HORN, *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 17.

(57) «Wenn die 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 den besseren Köpfen erkaltet... Schon oft genug ist dieser ärgerliche Zustand der kritische Philosophie

Fue tal el predominio de la Filosofía crítica en Alemania que, aún en 1817, ser filósofo era casi sinónimo de ser kantiano; por ello, un enfriamiento en el fervor a Kant significaba necesariamente una menor atención al proceder filosófico y, consecuentemente, un menosprecio por las ciencias filosóficas, entre ellas el *Naturrecht*. De hecho, la revaloración y mayor atención al dato positivo, tan típica de este momento, determinó una fuerte aversión contra la forma abstracta-racional de proceder, típica de los kantianos; así, frente a las «verdades» racionales, extraídas de la razón pura, fue extendiéndose la conciencia, cada año más generalizada en Alemania, de que no puede existir una ciencia puramente racional que suministre verdades *a priori*, universalmente válidas; en el terreno científico sólo existen, como indicaba Thibaut, «opiniones, creencias, intuiciones» (58).

En el terreno concreto del Derecho, proseguía Thibaut, «debemos construir principios generales, pero sólo aquellos que se puedan obtener de las fuentes positivas. Debemos, ciertamente, crear una Filosofía, pero una Filosofía que sea histórica, es decir, una tal que nos ponga ante los ojos a la legislación con sus determinaciones jurídicas que, consecuentemente, debe ser desarrollada desde las ciencias positivas, y que sólo es un sector de lo positivo... Este es el espíritu que domina hoy en el *Göttingischen gelehrten Anzeigen*, en los escritos del editor del *Civilistisches Magazin* y que emerge aquí y allá en otras tantas revistas» (59).

Estas circunstancias, explicaba Thibaut, han motivado que los juristas que estudian las fuentes positivas muestren una fuerte indiferencia para la Filosofía, una indolencia que se proyecta especialmente contra la parte más inmutable de la Filosofía, es decir, la Lógica y que, ciertamente en modo menor, también se extiende contra aquel sector de la Filosofía que es imprescindible para los juristas, a saber, el Derecho natural (60).

—wenn man uneigentlich alles mit diesem Name belegen will, was von den Anhängern Kants gedacht und geschrieben wird— bemerklich gemacht, belacht und bespöttelt worden. Vortrefflich wäre es, wenn diese lachende und satyrische Laune benutzt würde, die Philosophen weiser, vorsichtiger, bescheidener zu machen... wenn man nicht die Fehler des Gebrauchs zum Fehler der Sache zu machen bemüht wäre». Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluß der Philosophie...*, cit., pág. 126.

(58) «... so giebt es überhaupt keine Philosophie, als ein System objectiven Wahrheiten; wir haben nur Meynungen, Glauben, Ahnungen». Cfr. *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 127.

(59) «Mit den Buchstaben der Gesetz kann man sich nicht genügen. Wir müssen uns zu allgemeinen Grundsätzen erhaben, aber nur solchen, welche aus den positiven Quellen sich abstrahiren lassen. Wir müssen uns eines Philosophie in die Arme werfen, aber nur einer 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... Derselbe Ton herrscht überall in den Göttingischen gelehrten Anzeigen, in den Schriften des Herausgebers des Civilistisches Magazins, un hin und wieder in verschiedenen Zeitschriften». Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluß...*, cit. pág. 128.

(60) «... diese und mehrere andere Umstände scheinen den positiven Rechtsgelehrten immer mehr eine gewisse tiefe Gleichgültigkeit gegen philosophischen

Ya Mehmel, unos años antes, había reflejado el ambiente dominante sobre el Derecho natural :«Lo que yo he elaborado en esta Parte como *Reine Rechtslehre* ha sido llamado hasta ahora de forma casi general *Naturrecht*; en opinión de muchos, esa última ciencia, por culpa de la palabra *Natur* en su nombre, ha conducido a tantos por un camino equivocado en lo que respecta a la verdadera tarea de la ciencia y, en consecuencia, sus progresos se han visto detenidos por esta locura de la reflexión» (61).

Ignaz Rudhart, en su influyente *Encyclopädie*, no se mostró expresamente agresivo contra los kantianos, pero, uno a uno, fue desmontando los fundamentos de las construcciones de Kant, y sus discípulos. Explicaba Rudhart que no existen derechos naturales en el *status naturae* por la sencilla razón de que no existe Derecho fuera de la sociedad (62); frente a la opinión dominante exponía que el Estado no surge de un contrato, sino que es un organismo vivo que se desarrolla, según sus propias leyes, en la Historia (63). Así planteadas las cosas, el único *Naturrecht* posible no podía ser otra cosa, según Rudhart, que una Parte General inducida de los Derechos históricamente existentes (64). Dado que la forma de proceder en el Derecho natural había sido hasta entonces puramente abstracta y *a priori* faltaba por completo en la Ciencia jurídica una Filosofía del Derecho y una verdadera ciencia; por este motivo los teólogos, los filósofos y los médicos des-

Untersuchungen einzufößen, eine Indolenz, welche sich selbst auf den unwandelbaren Theil der Philosophie, die Logik, und den, freilich minder gewissen, aber dem Juristen völlig unentbehrlichen Theil derselben, das Naturrecht, erstreckt». Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 131.

(61) «... Was der Verfasser in diesem Theile als reine Rechtslehre bearbeitet hat, wurde bisher beinahe allgemein Naturrecht genannt, 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. MEHMEL, *Die reine Rechtslehre*, cit., Vorrede, pág. X.

(62) «Nur durch die Coexistenz der Menschen ist das Leben der Menschheit überhaupt, so wie die Entwicklung und Realisirung der Idee der Rechtes möglich, weil Recht nichts anders, als die äussere Coexistenz-Ordnung ist». Concluye a tenor de estas líneas que «Kein Recht ausser dem Staate». Cfr. RUDHART, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Würzburg, 1812, § 16.

(63) «Der Natur-vernunftnothwendige Verein von Menschen auf einem durch die Natur begränzten, bestimmten Lande (Gebiethe), heisst: Staat.

Es bedarf also keiner Fiction, um den Staat zu construiren, es ist vorhanden, sobald Menschen auf einem bestimmten Gebiete coexistiren, wenn sich auch dessen Gestaltung noch nicht völlig entwickelt haben sollte: gerade so, wie der menschliche Körper schon vorhanden ist, da er als Foetus existirt.

Am wenigsten bedarf es eines Vertrages, um sich die Entstehung des Staates zu erklären! Verträge setzen vielmehr den Staat schon voraus. Cfr. RUDHART, *Encyclopädie...*, cit., § 27. Más adelante prosigue: «Aus dem Satze: dass der Staat ein vernunftnothwendiges Ganze, oder ein Organismus sey, fließt als nothwendige Folge, dass einer jeden Handlung, welche diesem Organismus...», Cfr. op. cit., § 43.

(64) «Der Zusammenhang der verschiedenen Theile und Richtungen des Rechts, z.B. Staatsrecht, Civilrecht, Criminalrecht, u.s.w., und deren Verhältniss zueinander ist etwas Ewiges, Unveränderliches, und nicht abhängig von historischen Gründen». Cfr. RUDHART, *Encyclopädie...*, cit., § 23.

preciaban a los juristas (65). Como puede verse, para llegar a un completo «positivismo» jurídico —entendido éste en sus coordenadas históricas, no como se expone ahora— no era preciso dar ningún paso más, ya que Ignaz Rudhart había agotado el pequeño arsenal de tópicos del incipiente positivismo. De todos modos, era aún muy pronto para pretender firmar el certificado de defunción de la escuela kantiana; de hecho cuando la Enciclopedia de Rudhart llevaba dos años circulando por las universidades, Eduard Henke se lamentaba de que en Alemania siguiera dominando, en el estudio e investigación jurídica, un método conceptual-abstracto, completamente antihistórico, que dejaba de lado las exigencias imperiosas de la nación. «Organización, constitución, legislación son los grandes temas del momento... la realidad afirma sus derechos contra una simple posibilidad vacía, que es la que pretende situarse en su lugar» (66); pero en la Universidad —se quejaba Henke— no se hacía sitio a estas exigencias, ya que son los amigos de los conceptos los que dominan la mayoría de las cátedras alemanas (67).

De todos modos, los testimonios antikantianos expuestos, en gran medida, no pasaron de ser declaraciones más o menos programáticas de desigual alcance. El ataque definitivo contra la escuela comenzó en el año 1819 con la aparición de varias obras de distinta envergadura y finalidad; la primera a la que aludiré es el *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts* de Julius Theodoricus Friedrich Schnaubert, aparecida este año.

Comenzaba Schnaubert negando el punto de partida de las construcciones jurídicas kantianas, a saber, el origen atomista y contractual de la sociedad. «El hombre es al mismo tiempo animal y ser racional, y desde ambos puntos de referencia está destinado a vivir vida social. Como animal, el recién nacido necesita de sus padres en orden a la protección y alimentación; en tanto que ser dotado con razón necesita él también a los otros hombres, pues la razón no se desarrolla nunca de forma autónoma, sino a través del contacto con otros hombres de finalidad; la primera a la que aludiré es el *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts* de Julius Theodoricus Friedrich Schnaubert, aparecida este año.

(65) «Schon die gemeine Meinung steht dem Stande des Rechtsgelehrten entgegen: manch denkender energischer Jüngling dünkt sich zu talentvoll, als dass er seine Pfunde durch die Rechtswissenschaft vergraben sollte; der Philosoph, Theolog, und Mediziner schätzen sich glücklich gegen den Juristen, welchem jeder wissenschaftliche Geist entfremdet sey». Cfr. RUDHART, *Encyclopädie...*, cit., § 99.

(66) «Organisation, Verfassung, Gesetzgebung, wurden nun die großen Lösungsworte des Tages... die Wirklichkeit behauptete ihr unaustilgbar Recht gegen eine leere Möglichkeit, die sie an ihre Stelle setzen wollte». Cfr. HENKE, *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft...*, cit., Vorrede, pág. XII.

(67) «Sind es nun aber diese, welche auf den meisten juristischen Lehrstühlen Deutschlands thronen...». Cfr. HENKE, *Ueber das Wesen der Rechtswissenschaft...*, cit., Vorrede, pág. XV.

(68) «Im Menschenreiche ist alles dies anders und vollendeter. 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

«Puesto que la sociedad es el único medio para lograr una existencia humana, proseguía Schnaubert, y una formación racional, hay que concluir que un estado del hombre extrasocial es impensable y, desde luego, no ha existido jamás; en consecuencia, el que el hombre viva en sociedad no es un hecho voluntario por su parte y no puede ser fundamento en un contrato, puesto que la vida social no ha surgido de un conocimiento de las ventajas que proporciona; en todo caso, este conocimiento viene más tarde, cuando el hombre ya ha sido formado por la sociedad» (69).

Procede también Schnaubert a demostrar la Moral kantiana en nombre de la Ética cristiana, y frente a la Moral de Kant —basada en el egoísmo, que no logra dar cuenta de las obligaciones positivas con los demás hombres— opone la Ética del amor cristiano (70).

Contra la opinión de los kantianos acerca de la finalidad del Estado, al que dejaron reducido a una maquinaria que creara seguridad en el disfrute de los derechos de libertad y propiedad, Schnaubert opuso una visión muy distinta: «El Estado no existe únicamente para hacer posible y mantener el régimen jurídico, sino que, más bien, el Derecho es un fin subordinado al Estado, medio solamente para la condición externa de vida y educación. Pues el fin general del Estado se orienta a la formación humana en todas sus direcciones posibles, aunque queden fuera del mero mantenimiento del orden jurídico, especialmente las que se refieren a la formación de la virtud, religión, arte y ciencia; y hacia este fin amplio tienden todos los pueblos cultos, como nos enseña la experiencia...

Unilateralmente y de forma falsa, la mayor parte de los juristas han defendido al Estado como una organización para el mantenimiento del Derecho, entendiendo que el Derecho orientaría su poder hacia otros fines sólo de forma secundaria... Aunque es cierto que al jurista, como tal, sólo le interesa el lado jurídico del Estado.

Pero el Estado no se deja caracterizar simplemente como una ma-

und Nahrung durch Eltern gefesselt; als Wesen mir 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 Vernunftswesen. Natur und Vernunft also weisen den einzelnen Menschen in die Gesellschaft, und zwar für sein ganzes Leben. Denn das Familienband wird unter Menschen zu einem geistigen Verhältnisse der Liebe (und wahre Liebe kann nur mit dem Daseyn selbts enden); das größere gesellschaftliche Band bleibt stets unentbehrlich, weil die menschliche Vernunftanlage unendliches Ausbildung fähig...». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*, Jena, 1819, § 17.

(69) «Da Gesellschaft einziges Mittel menschlichen Daseyns und vernünftiger Ausbildung ist, so ist ein außergesellschaftliche 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 nicht erst durch die Erkenntnis der Vortheile, welche aus Eintracht und Geselligkeit hervorgehen entstanden; vielmehr kommt diese Erkenntniß dem Menschen erst später, nachdem er durch Gesellschaft schon gebildet ist. So wie mehrere Menschen zusammentreten, müssen sie entweder in einem vernünftigen gesellschaftlichen oder in einem vernunftwidrigen feindlichen Verhältnisse stehen». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 18.

(70) Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 20.

quinaria coactiva al servicio del aseguramiento del orden jurídico; esto podría ser cierto referido a la convivencia jurídica de los ciudadanos, pero no referido a la meta más alta de la formación, que no se puede forzar mediante una organización externa coactiva; precisamente en este último punto el poder del Estado aparece más bien orientado a promover o fomentar que no a forzar» (71).

Por lo que respecta a las relaciones entre Estado y Derecho, Schnaubert invirtió los términos iusnaturalistas-kantianos; éstos habían entendido que el hombre posee un derecho genérico a la libertad y a la propiedad y que concurre, con otros, hacia el Estado a fin de salvaguardar tales derechos, que correrían peligro en el *status naturae*; en cualquier caso, el Derecho —no en el sentido de ordenamiento jurídico, sino en el derecho subjetivo a la libertad o a la propiedad— era «anterior», cronológicamente entendido, al Estado. A esta visión de las relaciones entre Derecho y Estado se opuso radicalmente Schnaubert: «Las reglas jurídicas (*Rechtssätze*) pueden existir sin el Estado, pero se trataría en tal caso de un Derecho puramente teórico (*ein solches Recht nur im Begriffe*), no existente en la realidad. Sucede que, a fin de que cada cual sepa qué reglas le corresponden como derecho, y para que nadie se las pueda negar, el Estado debe aclarar el Derecho y, en caso necesario, forzar a su cumplimiento. Porque sin Estado existe solamente un Derecho en lo que respecta a su contenido, es decir, su posibilidad simple, sin coercibilidad; el Estado aparece en esta situación precisamente como una organización jurídica y como una máquina de coerción. necesario para el orden jurídico real de sus ciudadanos» (72).

Sobre el origen y fundamentación del Estado, los iusnaturalistas habían entendido que éste no puede tener otro inicio que las volunta-

(71) «Nicht blos un 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 für Leben und Bildung. Der allgemeine Staatszweck geht auf Menschenbildung 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 Erfahrung lehrt, alle gebildeter Völker ..

Einseitig, und darum unwahr, definiren die mehrsten Rechtsgelehrten den Staat als eine bloße Anstalt für den Rechtszustand, meinend, der Staat benutze nur nebenbey seine Gewalt zu anderen Zwecken, oder treffe die übrigen Einrichtungen nur zur größeren Sicherstellung des Rechtszustandes. Freilich dem Juristen als solchem ist nur die rechtliche Seite des Staates von Bedeutung.

Eben so wenig läßt sich der Staat bloß als eine Zwangsanstalt zur Sicherung des rechtlichen Zustandes bezeichnen, denn allenfalls das rechtliche Zusammenbestehen der Bürger, aber nicht das Höchste der Bildung, läßt sich durch äußere Anstalten erzwingen, gerade hier zeigt sich die Staatsgewalt nur befördernd». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 31.

(72) «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 Staate wisse, welche Sätze als Recht anzuerkennen seyen, und damit keiner diese und den Weigernden, nöthigen Falles, zu Anerkennung zwingen. Ohne Staat ist zwar ein Recht dem Inhalte —der Möglichkeit, aber nicht der Erzwingbarkeit— der äußeren Wirklichkeit nach, vorhanden. Der Staat erscheint in dieser Beziehung als Rechtsanstalt und Zwangsanstalt, weil als nothwendig für den wirklichen Rechtszustand seiner Bürger». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 34.

des de los hombres individuales, de modo que el Estado derivaría su fuerza, mediante un contrato, de las voluntades unidas. Por lo que ya hemos estudiado, esta opinión no podía ser sino rechazada por Schnaubert; no son los individuos los detentadores originarios del poder del Estado, sostiene este autor, sino la sociedad misma: los poderes del Estado, ya se entienda esta expresión de forma genérica, ya como los tres poderes concretos (ejecutivo, judicial, legislativo) que integran el Estado, son derechos que competen al pueblo como totalidad, y que él ejerce sobre los ciudadanos concretos (73).

De forma consecuente con esta forma de entender el origen y formación del Estado, éste no puede ya provenir de individuos aislados que, mediante un contrato de sociedad, lo crean, a modo de socios, a fin de proteger su libertad «natural»; el expediente del contrato creador del Estado, que los kantianos normalmente hicieron consistir en una sucesión de contratos distintos llamados por lo general *pacta unionis, subiectionis y constitutionis*, fue el único recurso que encontró el iusnaturalismo para asegurar la efectiva libertad de los «socios» dentro del Estado; su mecánica, a este respecto, se basaba en suponer roto el contrato cuando el gobernante iba más allá de los límites de sus competencias, es decir, del aseguramiento de la libertad individual. Esta solución tampoco convenció a Schnaubert: «Cada Estado contiene naturalmente una pluralidad de miembros o ciudadanos. El ciudadano, en el Estado, no puede vivir como un individuo que posee una libertad ilimitada; pero no es tampoco un simple instrumento al servicio del poder del Estado, sino que él se pertenece, al mismo tiempo, a sí mismo y a la sociedad, es simultáneamente persona e igualmente, medio para otros...» (74). Desde este marco de pensamiento, no es preciso tampoco recurrir a un presunto contrato para fundamentar suficientemente la obligación de obediencia a la comunidad política; el individuo debe obedecer, simplemente, porque es miembro de tal comunidad, sin necesidad de recurrir a un ficticio consentimiento prestado en un tiempo imaginario. No quiere decir esto, argumentaba Schnaubert, que el individuo no posea unos derechos propios e individuales en tanto que persona privada, frente al Estado: por el contrario, los posee, especialmente el derecho a la personalidad y a la protección. Es la constitución la que debe determinar con más precisión los derechos y obligaciones de los ciudadanos frente al poder supremo, especialmente a la libertad civil (75).

(73) «Die eben genannten Rechte sind ursprünglich Rechte der Gesellschaft, Rechte, welche dem Volke als Gesamtheit über jedes einzelne Glied zukommen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 44.

(74) «Jeder Staat enthält natürlich eine Mehrheit von Mitgliedern oder Staatsbürgern. Der Bürger im Staate kann zwar nicht als unbegrenzt freies Individuum leben, er ist aber auch nicht bloßes Werkzeug der Staatsgewalt; sondern er gehört zugleich sich selbst und der Gesellschaft, ist zugleich Person und Mittel für Andere...». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 50.

(75) «Als Unterthan ist jeder Bürger den Einrichtungen und Verfügungen der Staatsgewalt und Beamten Gehorsam schuldig (Unterthanenpflicht), denn der einzelne muß seinen Willen der Gesamtheit unterordnen. Aber als Privatperson hat aus jeder Einzelne Rechte gegen die höchste Gewalt und deren Inhaber, be-

Los contratos, mantiene Schnaubert, no tienen fuerza para constituir un poder permanente y, sobre todo, general. «Cuando dos o más personas, a través de un acuerdo mutuo, establecen una relación entre sí, esto es un contrato. Los contratos no son leyes, ya sea porque sólo fundamentan una relación individual entre los que han tomado parte en él, es decir, porque no valen como preceptos para todos, o bien porque no poseen por sí solos sanción. Solamente en la medida y en el grado en que los contratos son admitidos o prohibidos por la ley, tienen los contratos válidos según la ley una sanción...» (76). Los contratos, por tanto, no tienen nada que ver con las leyes y es incorrecto, en consecuencia, equiparar la ley a un contrato, como era usual en toda la escuela iusnaturalista.

Los kantianos fueron incapaces, a la hora de tratar el contenido de las leyes, de superar su estrecho punto de partida, a saber, que el Derecho, en general, no es más que el aseguramiento de la libertad de cada cual siempre y cuando ello fuera compatible con un orden general de libertad; por tanto, la única fundamentación posible de las leyes, atendiendo a su contenido, era el respeto de la libertad que cada hombre ya poseía «naturalmente» antes de entrar en sociedad. Desde luego, un planteamiento así era puramente teórico y no tenía nada que ver con los motivos reales de la legislación existente; también en este punto Schnaubert se mostró mucho más realista: «El contenido no llega a las leyes positivas simplemente sancionando reglas jurídicas ideales aisladas, ni tampoco se extraen desde lo que ha proporcionado la elaboración científica del Derecho, o de los usos extendidos entre distintas naciones; por el contrario, también la Moral y la Religión determinan el contenido de las leyes positivas, o bien las consideraciones sobre el bien común, es decir, motivos políticos, o el simple arbitrio del gobernante. Conviene tener en cuenta que las leyes surgen bien a través del reconocimiento general de su necesidad, bien por causas externas concretas (*occasio legis*)» (77).

Desechadas las explicaciones contractualistas acerca del fundamento vinculante de las leyes, y al no ser sustituidas por otras, queda el he-

sonders das Recht auf Persönlichkeit und auf Schutz. Die Verfassung hat die Rechte und Pflichten der Unterthanen gegen die höchste Gewalt (bürgerliche Freyheit) genauer zu bestimmen». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 51.

(76) «Wenn zwey oder mehrere Personen durch gegenseitige Einwilligung ein Rechtsverhältniß unter sich festsetzen, so ist dies ein Vertrag (conventio, pactum). Verträge sind keine Gesetze, theils weil sie nur einen individuellen Rechtszustand unter ihren Theilnehmern begründen, nichts als Vorschrift für Alle gelten, theils weil sie ohne Sanktion sind. Nur insofern gewisse Formen und Arten der Verträge gesetzlich anerkannt oder verboten sind, haben die anerkannten verträge eine Sanktion für sich». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 55.

(77) «Die mehrfachen Formen der Gesetze werden sich aus den nachfolgenden Eintheilungen der Gesetze ergeben. Der Inhalt kommt positiven Rechtsgesetzen nicht bloß durch Sanktion einzelner idealer Rechtssätze, nicht bloß aus dem, was wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes aufgefunden hat, nicht bloß aus Völksgewohnheiten; sondern auch Moral und Religion bestimmen bisweilen den Inhalt positiver Gesetze, oder Rücksichten auf das allgemeine Beste (politische Gründe), oder bloße Willkühr der Regenten. Die Gesetze entstehen entweder durch allgemeine Erkenntnis ihrer Nothwendigkeit, oder durch einzelne äußere Veranlassungen (*ocassio legis*)». Cfr. SCHNAUBERT, *Lehrbuch...*, cit., § 57.

cho desnudo de la existencia de una ley y de la necesidad de obedecerla. Esta es la actitud que adopta nuestro autor ante el problema del fundamento de la vinculación legal. «Tanto las costumbres jurídicas como las más propiamente llamadas leyes son declaraciones de la voluntad general sancionadas, y crean como tales, ante los subordinados, la obligación de obediencia, y el poder del Estado le otorga el derecho a forzar a los particulares, si es preciso, para que presten tal obediencia; si unimos este derecho y aquella obligación hablamos entonces de fuerza vinculante de las leyes. Tal fuerza vinculante no se fundamenta en la racionalidad de la regla que expresa la ley, es decir, en su contenido, sino sobre la sanción de la ley, es decir, en su forma, de tal modo que también leyes de contenido irracional llegan a alcanzar en el Estado fuerza vinculante mediante su sanción; y al revés, la regla más racional imaginable, si le falta sanción, carece de cualquier fuerza vinculante» (78). Estamos otra vez, en 1819, ante una exposición clara del «positivismo» jurídico; la corriente positivista tomaba fuerza en la medida en que el contractualismo y la concepción del Estado y del Derecho como una simple maquinaria al servicio del aseguramiento de la libertad perdía terreno; unido esto al desprestigio del método abstracto-racional que pretendían seguir los kantianos, y a la revaloración, en sentido inverso, del dato histórico-positivo, el Derecho natural propio del iusnaturalismo de la Edad Moderna fue perdiendo influencia ya desde el segundo decenio del siglo pasado. Quiere decir esto que una consideración abstracta de los derechos que «naturalmente» competen al hombre ya no era de recibo en un sector creciente más extenso de universitarios alemanes, casi desde comienzos del siglo XIX.

Desde los presupuestos que expone Schnaubert, hablar de un Derecho natural en el sentido iusnaturalista-kantiano es imposible. En efecto, en su obra todas las ciencias jurídicas giran y se fundamentan sobre el dato empírico que es, en él, el Derecho positivo emanado o aceptado por el Estado; desde la mentalidad que él representa, que debía estar muy extendida en 1819 a juzgar por el número de obras similares que aparecieron en los años próximos, es imposible el código iusnaturalista con pretensión de validez universal y eterna; por el contrario, no existe más que el Derecho históricamente existente, distinto en cada comunidad política; Schnaubert dedicó mucha tinta a rebatir la posibilidad de una legislación de validez universal (79), especialmente la fundamentada en «estado de naturaleza» y contratos sociales, que

(78) «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. Dieser Verbindungskraft beruht nicht auf der Vernünftigkeit des Satzes, welchen 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 Allesvernünftige, wenn ihm die Sanktion fehlt, ohne verbindende Kraft ist». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 71.

(79) Vid. *Lehrbuch...*, cit., §§ 101 y ss.

era la línea seguida por Kant (80). La ilicitud de este tipo de obras iusnaturalistas se demuestra, según Schnaubert, porque el objeto de cualquier conocimiento debe siempre preexistir a tal conocimiento, pues todo acto de conocer no es sino reflejar algo ya existente, y esto es lo que explica que existiera Derecho antes de que los hombres fueran conscientes de las reglas de su propio Derecho. Esto es lo que permite explicar suficientemente por qué, entre todos los pueblos, el Derecho nació primitivamente bajo forma de costumbre y no como resultado de una reflexión (81).

Como resultado de la estrecha vinculación de toda reflexión con el dato positivo, tampoco es posible, desde este marco de ideas, la reflexión abstracta-filosófica sobre el Derecho a la que tan aficionados fueron los iusnaturalistas, explicando, por ejemplo, qué es el Derecho en general, sus divisiones, etc.... En su lugar, Schnaubert situó una «Parte General» de cada disciplina extraída por inducción desde el material positivo ofrecido sobre cada rama del Derecho y la Filosofía del Derecho positivo tiene, en consecuencia, tantas divisiones como partes del Derecho son posibles (82).

La obra de Schnaubert contiene el alegato más preciso y extenso que he encontrado contra el antiguo *Naturrecht*; sin embargo, fue una obra de poca difusión e influencia en su momento. Mucha mayor importancia tuvieron los representantes de la Escuela Histórica del Derecho; aludiré brevemente al contenido de las obras de dos de ellos: Gustav Hugo y L. A. Warnkonig.

En 1819 aparece también la cuarta edición del *Lehrbuch des Naturrechts* de Hugo, una de las obras más influyentes del siglo XIX alemán. Explicaba Hugo al comienzo de esta obra que los puristas de la lengua alemana son contrarios a la expresión *positives Recht*, lo que puede ser una explicación de su rareza y poca utilización incluso por parte de los autores que ya no creen en el *Naturrecht* tradicional pero que siguen usando este término.

Si nos ceñimos al contenido iusfilosófico del *Lehrbuch* la impresión es de caos. Efectivamente, Hugo era kantiano a medias, entre otras cosas por su escaso conocimiento de Kant (83); en consecuencia, parte

(80) Vid. el extenso § 176 del *Lehrbuch*, ya citado en parte, dedicado a Kant y sus seguidores.

(81) «Der Gegenstand eines Erkennes muß stets früher vorhanden seyn, als dessen Erkennen selbst; denn alles Erkennen 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...*, cit., § 148.

(82) «Die Wissenschaft des positiven Rechts heißt positive Rechtswissenschaft, die des nicht positiven Rechts philosophische Rechtswissenschaft; die letztere ist entweder ideale Rechtswissenschaft, oder Philosophie des positiven Rechts. Ueber jeden Zweig des Rechts kann man philosophiren, die Philosophie des positiven Rechts hat also eben so viele Unterabtheilungen, als Theile des positiven Rechts möglich sind». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 151.

(83) THEODOR VIEHWEG nos indica que «Freilich war Hugos Kantsverständnis nicht sehr tief, in manchen Punkten sogar irrig». Cfr. *Einleitug al Lehrbuch des Naturrecht* de Hugo, Berlin, 1971 (1819), pág. III.

de su obra permanece bajo la explicación tradicional, es decir, kantiana, especialmente en sus aspectos más populares, y parte, como es bien conocido, representa la explicación de la realidad jurídica propia de la Escuela Histórica del Derecho.

Ahora nos interesa destacar que se opuso a la visión atomista y contractualista del Estado, típica de la tradición iusnaturalista existente hasta entonces. «Estos contratos —se refiere al *pactum unionis, subiectionis, constitutionis*— presentan el defecto de que nunca han existido, pues todos los ordenamientos jurídicos que han existido en el mundo se han ampliado o disminuido a través de conquistas, o por hechos casuales, sin que en ningún caso se requiera el consentimiento de los afectados...» (84).

Su planteamiento sobre la génesis del Derecho queda relativamente claro en el mismo *Lehrbuch*: el Derecho sólo puede provenir de la legislación y de la costumbre; cuando estas dos fuentes sean insuficientes para decidir el problema concreto planteado, es preciso recurrir subsidiariamente al Derecho natural. Pero no se piense, por esto, que Hugo admite un Derecho natural en el sentido kantiano; más bien parece tener en cuenta que el «Derecho natural» sería algo así como lo que el espíritu popular entiende como justo o injusto; de hecho, explicaba él mismo, el Derecho natural sólo sirve para decidir cuestiones controvertidas en la medida en que coincide con la opinión jurídica del pueblo (85). Llevado por su condición de jurista práctico hace suya la opinión sobre la utilidad del Derecho natural abstracto que ya Schmalz expuso en 1807, a saber, que el Derecho natural tiene la misma utilidad ante los tribunales que la doctrina metafísica de los cuerpos en las fábricas (86). Quizá el juicio más penetrante sobre la aportación de Hugo, en relación con el Derecho natural, fue el que formuló veinte años más tarde un discípulo suyo, L. A. Warnkönig: «Hugo rechazó todos los principios jurídicos deducidos *a priori*, e intentó mostrar que entre la Moral y el Derecho positivo no puede existir una ciencia del Derecho natural, y que la *Rechtsphilosophie* sólo puede consistir en el examen de los principios del Derecho positivo atendiendo a su calidad interna y a su adecuación (*Zweckmäßigkeit*)... y la medida de toda su crítica no fue la idea moral de la justicia, sino el principio de utilidad. Se aproximó bastante, en este punto, a Bentham» (87).

Warnkönig explicaba, este mismo año, que las fundamentaciones metafísicas no son suficientes para explicar la posibilidad de una coac-

(84) «Diese Verträge... haben als Thatsachen ersten den Fehler, daß sie nicht wirklich sind, denn alle einzelne Verfassungen in der Welt haben sich durch Eroberung und andere Zufälle vergrößert oder verkleinert, ohne dass dabei die Einwilligung des eroberten oder obgetretenen Laudes erfordert worden wäre... Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 380.

(85) «Selbst der angebliche Nutzen des philosophischen Naturrechts für die Entscheidung von Streitigkeiten in wirklichen Leben ist im Grunde nur von der Meinung des Volks über Rechtssätze wahr». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 153.

(86) Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 29.

(87) Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im Bresgau, 1839, págs. 157-158.

ción en favor de ciertas pretensiones, pues tales cosas son resultado de la simple especulación. En consecuencia, una ciencia que pretendiera establecer normas jurídicas a través de la sola fuerza de la razón y pretendiera hacerlas vigentes socialmente, no es posible que exista. «Y por estas consideraciones pienso que es imposible lo que conocemos como Derecho natural» (88).

Sucede, proseguía Warnkönig, que el Derecho jamás se presenta en la experiencia histórico-real, de forma racional pura, sino que todos los ordenamientos jurídicos presuponen una situación de relaciones que han sido introducidas por hechos determinados. Estos hechos son presupuestos necesarios de las normas jurídicas y, son entre otros, el que un pueblo sea agricultor, ganadero, industrial o comerciante; a través del carácter propio de cada una de estas relaciones se crean las costumbres, las convicciones sobre la propiedad y sobre la forma del Estado, el Derecho de familia, etc.... «Las formas concretas como la opinión popular, siguiendo las leyes supremas de la actividad humana, juzga sobre estos hechos, crea la forma originaria del Derecho. Es imposible hablar del Derecho sin conocer tales relaciones ya dadas, del mismo modo que tampoco es posible pensar los distintos países sin sus peculiaridades, o los hombres sin individualidad y todas sus circunstancias peculiares; lo contrario no son más que sueños exaltados *a priori*, y así se debe considerar el Derecho filosófico que pretende crear un ordenamiento jurídico metafísico, y que se suele llamar «Derecho natural»... (89).

«Estas relaciones jurídicas humanas —escribe Warnkönig— han sido configuradas de forma distinta entre los distintos pueblos en los distintos tiempos; si las consideraciones jurídicamente debemos guardarnos de valorar como inferiores a las diversidades cuando las comparamos a lo que tiene en común los Derechos. Al contrario, la diversidad

(88) «Auch höhere metaphysische Gründe werden nicht hinreichen, die Möglichkeit eines Zwanges um gewisse Ansprüche durchzusetzen darzuthun, denn solche sind Resultate der Speculation... Es möge darum eine Wissenschaft, welche Rechtssätze enthielte, die durch sich selbst, durch die bloße Gewalt als Rechtsätze, mit Gewalt geltend zu machen wären, nicht möglich seyn. Und somit scheint mir die Unmöglichkeit der gewöhnlichen Naturrechte». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftsidee*, Bonn, 1819, pág. 50.

(89) «Wie wir nemlich gefunden haben, setzt das Anerkennen von irgend einem Rechte unter mehreren irgend einen Zustand gegebener Verhältnisse voraus, die durch Thatsachen herbeygeführt worden. In diese Verhältnisse sich befindend, werden nun die Menschen durch die inwohnende Idee gedrängt, gewisse derselben als nothwendig so bestehend, da heißt als rechtlich anzusehen». A continuación explica cuáles son estos *Thatsachen*: el que un pueblo sea agricultor, ganadero, comerciante, agricultor, etc.... A través de este carácter se desarrolla la costumbre, las convicciones sobre la propiedad, el Derecho de familia y la forma del Estado. También influye el clima. «Die Art und Weise wie nun die Volksmeinung, befolgend die höheren Naturgesetze der menschliche 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 geßig sind es nur schwärmerische Träume *a priori*, sich ein philosophisches Recht, einen metaphysischen Rechtsstaat schaffen zu wollen, und dies Naturrecht zu nennen». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch...*, cit., págs. 52-53.

muestra la existencia de una ley reside en la naturaleza humana, que fuerza a los hombres a hacer cosas distintas a tenor de las relaciones diversas, y que es así necesariamente, y es acomodada a la naturaleza de las relaciones, por lo que hay que admitirla como jurídicas. En el modo como se las entiende se separan los pueblos unos de otros, y una consecuencia necesaria de esto es la diversidad de Derechos» (90). Estas relaciones diversas, fundamento de las instituciones jurídicas, son además de las apuntadas poco antes, la situación del país, el carácter de sus hombres, su cultura y sus ocupaciones; «el carácter nacional y el grado de cultura del pueblo son las más importantes de estas causas» (91).

La formación del Derecho sigue, pues, la diversidad de relaciones existentes en cada nación que, a su vez, son también cambiantes en el tiempo. «El Derecho, explicaba Warnkonig, por su propia naturaleza está sometido a un cambio continuo, como todas las cosas humanas» (92). Desde estos presupuestos era necesario que se opusiera al contractualismo típico del iusnaturalismo, porque desde la hipótesis de los contratos sociales los iusnaturalistas y los kantianos pretendieron tanto establecer unos presupuestos antropológicos necesarios para el contrato que, de acuerdo con el Derecho de obligaciones, no podían ser sino los postulados metafísicos de la igualdad y libertad de todos los hombres, como deducir un esquema inmutable a través del contrato de lo que debía ser la sociedad política formada por tales contratos. En definitiva, la figura de los contratos servía para introducir en las explicaciones sobre el Derecho una fuerte uniformidad y rigidez. Lógicamente, una explicación contractualista, con la que no se pretendía tanto describir la realidad como dirigirla, tenía que repugnar a un historicista como Warnkönig, quien escribía que «una doctrina de este tipo debe molestar sin duda a cualquier ánimo elevado, porque despoa al Derecho de su dignidad y le roba su carácter moral» (93). El

(90) «Die reinmenschlichen Verhältnisse werden bey andern Völkern und zu andern Zeiten verschieden gebildet seyn. Jedoch hüte man sich deshalb diese Verschiedenheiten als minder rechtlich begründete Verhältnisse anzusehen, als es die gemeinsamen desselben sind.

Ja im Gegentheil, diese Verschiedenheit beweiset gerade das Daseyn eines der menschliche Natur inwohnenden Gestzes, welches die Menschen zwingt irgend etwas in den sich unter ihnen bildenden Verhältnissen, als so nothwendig der Natur der Verhältnisse gemäß, mithin als rechtlich anzuerkennen. Nur in der Art der Anerkennung weichen die Meinungen der Völker von einander ab, und davon ist nun die Verschiedenheit des Rechts eine nothwendige Folge». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch...*, cit., pág. 15.

(91) «Es hängt aber von der Lage des Landes, vom Charakter des Menschen, ihrer Cultur und ihren Hauptbeschäftigungen ab, welche Rechts-Institute entstehen und auf welche Weise sie gebildet werden... Der National-Charakter und die Culturstufe des Volkes gehören zu den wichtigsten dieser Ursachen. Was nun so, früher oder später bestimmt, durch Sitte befestigt, zur Norm des gesammten Lebens geworden, und so in der gemeinsamen Meinung, in dem Volksglauben, einmal als nothwendig und unantasbar angesehen wird, hat dadurch sein objectives Daseyn, und in dem Glauben Aller liegt auch des Rechts Garantie, das von ihm ausgegangen». Cfr. WARNKÖNIG, *Versuch...*, cit., pág. 26.

(92) «Das Recht ist also seiner Natur nach einem beständigen Wechsel unterworfen, wie die menschlichen Dinge überhaupt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 56.

(93) «Eine solche Lehre muß gewiß alles höhere Gefühl empören, da sie

origen del Derecho y del Estado, proseguía este autor, no se encuentra en pactos, sino en la misma naturaleza del hombre, que exige que no se produzcan disputas entre ellos, de modo que desde el momento en que varios hombres se encuentran, deben ser arbitrados medios que alejen las polémicas (94).

Al alejar conscientemente todo contractualismo, desaparecen las garantías de la libertad e igualdad que toda doctrina de este tipo lleva consigo; la cuestión, en 1819, debía ser más compleja, pues el rechazo del contractualismo conllevaba, en aquella época, la negación de lo que se entendía por Derecho natural, con toda la carga moral y emocional que la expresión *ius naturale* despertaba. Por este motivo, Warnkonig tuvo que defenderse de la acusación de haber sentado las bases para justificar la inmoralidad y la arbitrariedad en el Derecho (95). Para él, estas cuestiones no representaban un problema, al menos en un plano teórico, porque los distintos Derechos —mantenía él— se desarrollan siempre siguiendo una ley fundamental de la naturaleza humana, que consiste en la tendencia natural hacia la justicia (96).

Con L. A. Warnkonig cerramos la serie de críticas contra el iusnaturalismo que aparecen en 1819. Otro año clave para la crítica anti-kantiana es el 1821, pues se publicaron en él dos obras de gran importancia en su momento y para la posteridad; me refiero a la *Juristische Encyclopädie* de Nicolaeus Falck y a los «Principios de la Filosofía del Derecho» de G. W. F. Hegel Comenzaré aludiendo rápidamente a la obra de Falck.

Falck se opuso, desde el primer párrafo de su *Encyclopädie*, a la opinión iusnaturalista-kantiana según la cual la manifestación primera del Derecho sería una potestad o facultad que compete a los individuos aislados. El oponía a esta tesis una concepción del Derecho completamente distinta: «Bajo el nombre de Derecho entendemos nosotros aquel conjunto de principio, preceptos y reglas al que están sometidos los hombres que viven en un Estado o en una sociedad civil, cuyo cumplimiento puede ser forzado dado el caso, mediante el ejercicio de la

dem positiven Rechte seine Würde und den sittlichen Charakter raubt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 17.

(94) «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.

(95) «Aber wie! wird man sagen, du stellst die Idee des Rechts, der Gerechtigkeit, das *sum cuique* als ein der Vernunft inwohnendes Gesetz auf, und entziehet alle Wirksamkeit... also das Recht wäre bloß etwas conventionelles, und das höchste Grundgesetz nur ein formeller nemlich der: zu achte, was als Recht angenommen ist!». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 51.

(96) «... welches das letzte Grund alles Rechts, alles rechtlichen, alles positiven Rechtes sey, gelöbt haben, indem wir fanden, daß alle Rechtliche zuletzt auf einer in der menschliche 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 in sofern wahr, daß alles Rechtliche moralischen Urprungs sey, da es aus dem Triebe, die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen abstammt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 23.

coacción. El Derecho presupone, pues, la existencia de la vida social» (97).

De igual modo, en completa oposición al iusnaturalismo, Falck explicaba que el Estado no ha sido creado de forma contractual, sino que su formación es el resultado de un desarrollo histórico que ha partido desde la familia, de modo que bajo el padre de familia se configuran la obediencia y la acomodación a un orden, y así es como surgen las costumbres y el Derecho; el Estado sólo puede haberse formado por la unión progresiva de distintas familias (98).

Contra la tesis kantiana consistente en la afirmación de que el Derecho encuentra su justificación en la defensa de la libertad de cada hombre, Falck estableció que los preceptos que constituyen el orden del Estado no se limitan a algo estipulado en un momento determinado, sino que se extiende a todos aquellos comportamientos que son condición mediata para el bienestar y seguridad del cuerpo social, a fin de que la vida social sea tan segura, digna y agradable como exige la finalidad natural del estado y el carácter del pueblo de que se trate. «Para la extensión del Derecho no existe *in abstracto* ningún límite, tal como señala la experiencia, pues en un momento concreto unos y otros compartimientos son sustraídos al arbitrio de los individuos y quedan determinados por los preceptos del Estado» (99).

De lo expuesto, estamos en condiciones de entender en su pleno contexto el problema de origen, o del fundamento, de las normas jurídicas. Según los kantianos, era la razón práctica la que planteaba la necesidad de obedecer a unas determinadas reglas; si estas reglas se referían a la actuación exterior del hombre, entonces estamos ante las normas jurídicas: en caso contrario, se trata de preceptos morales. Falck se enfrentó radicalmente a esta visión pues para él, como ya hemos estudiado, el Derecho es un hecho que se manifiesta en las colectividades humanas, y su conocimiento es asunto de simple experiencia. «El

(97) «Unter Recht verstehen wir einen Inbegriff von Grundsätzen, Vorschriften und Regeln, deren die in einem Staate oder einer bürgerlicher Gesellschaft lebenden Menschen dergestalt unterworfen sind, daß sie nöthigenfalls durch Anwendung von Zwang zur Befolgung derselben angehalten werden. Das Recht setzt also das Daseyn von Vereinen voraus...». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 1.

(98) «... 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 Begriffe und verwandtschaftliche Verbindung halten mehrere Familien zusammen, in deren fortgesetzter Vereinigung der erste Staat gebildet wird». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 3.

(99) «Demnächst sind die Vorschriften des Staats nicht nothwendig auf das Gebiet beschränkt, welches durch die aufgegebenen Momente bestimmt wird, sondern können sich auf alle Handlungen, die auch nur mittelbare Weise mit dem Wohl und der Sicherheit des Ganzen in Verbindung stehen, erstrecken, damit durch den Staat das gesellige Leben so sicher, so würdig und so angenehm werde, als mit Rücksicht auf die natürlichen Grenzen der Wirksamkeit der Staatsgewalt, so wie auf den Sinn und Charakter eines Volkes möglich ist. 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 pflegen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 4.

conocimiento del Derecho —explicaba este autor— sólo se consigue, al igual que en tantas otras ciencias, mediante la observación y la experiencia y a través también de la lectura de libros jurídicos» (100). Lo que confirma la experiencia es, según Falck, que el carácter jurídico de un precepto se forma mediante la observancia generalizada de tal precepto en una comunidad. El contenido de las normas surge, en cambio, de tres fuentes diferentes; en primer lugar, de las relaciones en las que los individuos se encuentran por naturaleza, contra cuya violación deben ser defendidos; en segundo lugar, a través de la vida inconsciente y libre de un pueblo y, en un tercer momento, de la actividad legislativa consciente (101).

De manera consecuente con esta explicación histórico-local de la génesis de cada Derecho, cada Estado tiene «su» propio Derecho, mantiene Falck. Los kantianos especialmente y, en general, el iusnaturalismo, sobre todo el Derecho natural tardío de la segunda mitad del siglo XVIII, fueron incapaces de explicar la diversidad de Derechos históricos; para ellos, la razón dicta un Derecho igual para todos los hombres, y la multiplicidad de Derecho históricamente existentes deben ser vistas como una corrupción de la razón. Esta visión del Derecho quiebra completamente en 1821; en efecto, Nicolaeus Falck, entre otros, estableció la tesis opuesta: sólo existen los Derechos concretamente existentes en cada Estado. «Dado que el Derecho surge de la voluntad conjunta de una sociedad civil, habrá tantos Derechos como sociedades civiles, o Estados, existan. Esta diversidad de Derechos, que es ante todo formal, nace del hecho de que la fuerza jurídica de las normas no brota de un fundamento común, porque en lo que concierne a las reglas jurídicas o contenido en el Derecho, los diversos Derechos pueden concordar unos con otros en mayor o menor medida, o ser distintos. Ciertamente, todos los Derechos de los diversos pueblos tienen un fundamento común humano, pero como la naturaleza humana como tal no se nos manifiesta nunca, sino que sus manifestaciones siempre adoptan el carácter de la individualidad, por las peculiaridades de cada pueblo. Pues las circunstancias distintas llevan hacia leyes también distintas, y sucede incluso que, bajo circunstancias externas iguales surge una diversidad a causa también de las opiniones distintas sobre ellas» (102).

(100) «Die Kenntnis des Rechts könnte, wie bei so manchen Kenntnissen noch geschieht, durch eigene Beobachtung und Erfahrung und durch Lesen juristischer Schriften erworben werden». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 18.

(101) «Der rechtliche Charakter 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., § 7.

(102) «Da das Recht durch den Gesamtwille einer bürgerliche Gesellschaft entsteht, so muß es so viele Rechte geben als bürgerliche Gesellschaften oder Staaten vorhanden sind. Diese Mehrheit oder Verschiedenheit oder Rechte ist zunächst eine formelle, welche dadurch entsteht, daß die Rechtskraft sämtlicher Normen nicht aus einem gemeinschaftlichen Grunde entspringt. Was die Rechtsätze oder den Inhalt des Rechts betrifft, so können die verschiedenen Rechte mehr oder weniger mir 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

El que el Derecho sea un simple hecho histórico (Falck hablaba de *historisch erkennbare Thatsache*) (103) no quiere decir que sea superfluo cualquier esfuerzo de reflexión sobre él; es más, se puede hablar, según Falck, de un *Naturrecht*, aunque en un sentido muy distinto del que se daba usualmente a esta expresión. En efecto, se presentan en la vida jurídica muchos problemas para los que no hay reglas disponibles, y ante estos casos no queda más remedio que buscar la norma aplicable. La búsqueda de una norma aplicable, indicaba Falck, puede ser realizada de una doble manera: mediante una búsqueda histórica de la voluntad del legislador, o a través de consecuencias que se desprenden de hechos admitidos, consecuencias que se presentan con una cierta necesidad, que puede ser llamada «lógica». Efectivamente, las verdades jurídicas descansan sobre una necesidad lógica, es decir, sobre su absoluta conexión con otras reglas y doctrinas admitidas. La teoría jurídica general (*die allgemeine Rechtslehre*) sólo puede consistir en un desarrollo analítico desde conceptos ya dados, buscando su vinculación lógica. A esta forma de proceder podemos llamarla «Derecho natural», explicaba Falck, pues tales reglas así adquiridas no proceden de determinaciones arbitrarias (104). «Puesto que las verdades jurídicas generales sólo las podemos encontrar a través de un análisis lógico desde los conceptos existentes, de ello se sigue que el Derecho sólo lo podemos conseguir desde reglas fundamentales y universalmente vigentes, del mismo modo que las relaciones jurídicas, a su vez, sólo pueden provenir de hechos ya dados y de ningún modo según ideas de adecuación al fin (*Zweckmässigkeit*) o de dignidad moral» (105). El

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 Umstände entsteht eine Verschiedenheit durch Ungleichheit in der Erkenntnis menschlicher Verhältnisse und durch abweichende Meinungen darüber». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 10.

(103) Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 51.

(104) «Die Aufgabe, welche bei Auffindung der Rechtsnormen für unbestimmte Fälle zu lösen ist, kann keine andere seyn, als die allgemeine Anerkennung einer Regel als einer juristischen nachweisen... Die Nothwendigkeit einer Regel wird auf eine doppelte Weise erkannt, entweder durch eine geschichtliche Erforschung des legislatorischen Willen, oder durch Folgerungen aus anerkannten Thatsachen. Die letztere Art der Nothwendigkeit kann auch eine logische genannt werden. Die allgemeinen Rechtswahrheiten beruhen auf einer solchen logischen Nothwendigkeit, d.h. auf ihrem absoluten Zusammenhang mit andern anerkannten Sätzen und Lehren. Die allgemeine Rechtstheorie kann daher nur durch eine analytische Entwicklung gegebener Begriffe und durch eine logische Verbindungen derselben zu Stande kommen... Der Name eines natürlichen Rechts ist ebenfalls passend, weil diese Grundsätze nicht auf besondern willkürlichen Bestimmungen beruhen». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 53.

(105) «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 lediglich durch die gegebenen Thatsachen, und nicht nach Ideen der Zweckmässigkeit und der sittlichen Würde bestimmt werden... Die Grenzen des Rationellen und des Geschichtlichen im Rechte ist inzwischen nicht leicht mit Genauigkeit anzugeben. Daß aber der angegebene Unterschied vorhanden seyn, ist nicht zu verkennen. Ein Belag dafür ist unter andern, daß in den neuern Gesetzungen,

«Derecho natural», pues, ha quedado reducido a una elaboración conceptual hecha sobre el Derecho positivo existente, que tiene como fin encontrar los conceptos generales y las normas jurídicas concretas que permitan llenar los vacíos que han dejado las normas positivas: es evidente que esto no tiene nada que ver con el *ius naturae* o *Nurrecht* tradicional, y si Falck conserva este nombre es, quizá, para no romper bruscamente con la tradición.

La otra obra decisiva para la fortuna del iusnaturalismo, aparecida también en 1821, fue la *Rechtsphilosophie* hegeliana; será poco lo que indicaré aquí sobre este tema porque lo que pudiera decir sobre la superación del iusnaturalismo en Hegel ya está escrito por N. Bobbio (106). Me limitaré, en consecuencia, a subrayar algunos aspectos de la «Filosofía del Derecho» de Hegel que muestran la radical oposición entre lo establecido en esta obra y la escuela del Derecho natural, especialmente en la reelaboración kantiana.

Hegel atacó fuertemente a Kant, y centró su crítica en la inadecuación de los puntos de partida de la Filosofía jurídica kantiana, concretamente en el concepto superficial y equivocado de libertad, según Hegel, del que parte Kant. La determinación kantiana admitida generalmente, explicaba Hegel, cuyo momento central es «la limitación de mi libertad o arbitrio de modo que pueda coexistir con el arbitrio de todos de acuerdo con una ley universal», contiene sólo una determinación *negativa*, es decir, la referencia a la mera limitación de la libertad, de modo que toda la construcción de Kant desemboca simplemente en el mantenimiento del principio de no contradicción. La definición citada, por otra parte, contiene la opinión, muy difundida desde Rousseau, según la cual el fundamento esencial y primero del Derecho no es la voluntad en cuanto que racional y existente en sí y por sí, sino en cuanto la voluntad del individuo según su propio arbitrio. Una vez aceptado este principio, lo racional, con ello el Derecho, sólo puede aparecer como una limitación para la libertad arbitraria, que es meramente abstracta y exterior (107). El Derecho, por el contrario, no consiste ni en la libertad exterior ni en la limitación de dicha libertad, como pretendía Kant; el Derecho es algo sagrado porque es la existencia del espíritu absoluto, de la libertad autoconsciente. Frente al Derecho más formal, es decir, más abstracto y más limitado, la esfera o estadio del espíritu tiene un Derecho más elevado, porque en ella el espíritu ha llevado a su determinación y ha convertido en realidad los momentos ulteriores incluidos en su idea, que resultan así más concretos, en sí

bei welchen zugleich die Gründe der aufgenommenen Bestimmungen sind bekannt gemacht worden, bei einem großen Theilen der Rechtsgrundsätze gar keine Motive vorkommen. Das ist aber eben der Charakter der allgemeinen Rechtswahrheiten, daß bei ihnen keine besondere Zweckgedenken sind. Diese Rechtsätze würden nicht durch ihre Zweckmäßigkeit zu begründen seyn, sondern sie gelten bloß und allein, weil sie eine wirkliche Wahrheit ausdrücken». Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 54.

(106) Vid. *Studi hegeliani*, Torino, 1981, *passim*, especialmente págs. 1-34.

(107) Cfr. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política*. Trad. de J. L. VERNENGO, Buenos Aires, 1975, § 29.

mismos más ricos y verdaderamente universales (108). Por ello, frente al mero arbitrio empírico e individual que se autolimita —que no otra cosa es, en definitiva, el Derecho en Kant— Hegel opuso la voluntad racional en sí y por sí, que no depende en sus contenidos del arbitrio individual.

Otro punto en el que tenían que chocar forzosamente Hegel y Kant era el referente al contractualismo; efectivamente, Kant partió en todo momento de las voluntades individuales que se autolimitan recíprocamente, mediante un contrato, a fin de cohonestar y hacer posible la libertad de todos; el resultado de tal limitación impuesta al individuo libre era tanto el Derecho como el Estado que tenían, de esta forma, un origen contractual. En efecto, sólo la figura de un contrato podía salvar, en Kant, la libertad de cada individuo; prescindir del contrato en la explicación del Derecho y del Estado implicaba, al no haber libertad en su creación, una imposición intolerable para las voluntades libres. Hegel, que no parte de las voluntades empíricas, al contrario que Kant, sino de la existencia real y objetiva del Derecho ya existente y del Estado efectivamente constituido, no tuvo muchas dificultades en rechazar el contractualismo. En este sentido, este autor entendía que en las teorías contractualistas las dos partes contratantes se comportan como personas independientes, por lo que a) el contrato tiene su origen en el arbitrio, que no conlleva por sí ninguna especial racionalidad; b) la voluntad que en el contrato entra en la existencia es sólo la puesta por las partes; se trata, en consecuencia, de una simple y empírica voluntad común, no de una voluntad en sí y por sí racional. Tales voluntades empíricas podrían valer, ciertamente, en la esfera del Derecho abstracto, en la que sólo entran en relación voluntades empíricas sin especial valiosidad en sí, pero es absolutamente inadmisibles pretender fundamentar el Derecho y el Estado en un acuerdo de tales voluntades, pues la voluntad racional no surge desde el dato empírico. En consecuencia, explicaba Hegel, no se puede hacer radicar la naturaleza del Estado en una relación contractual, ya que tal relación es inadecuada para explicar el Estado; así, vemos que no depende de los individuos, es decir, de las voluntades empíricas, entrar en el Estado o separarse de él. Por el contrario, la vida en el Estado exige una racionalidad objetiva, independientemente de lo que decidan los individuos y, por ello, frente a la voluntad de las partes, es la razón (objetiva, es decir, existente en sí y por sí) la que decide que los hombres vivan en un Estado, y si éste no existe aún, la razón exige que sea fundado. Es falso, pues, afirmar que el Estado se funda en el arbitrio de todos; por el contrario, estar en un Estado, mantiene Hegel, es absolutamente necesario para todos (109).

El Bien no es, pues, nunca un resultado de la decisión de las voluntades individuales; el Bien referido al Derecho y al Estado mantiene Hegel, es la esencia de la voluntad en su sustancialidad y universalidad, la voluntad en su verdad. Esto no quiere decir que el orden objetivo

(108) Cfr. HEGEL, *Principios...*, cit., § 30.

(109) Cfr. *Principios...*, cit., § 75.

de bondad se sitúe tan por encima del individuo que éste no tenga acceso a él. «El derecho de no reconocer lo que no considero racional, escribía Hegel, es el más elevado derecho de un sujeto, pero por su determinación subjetiva es, al mismo tiempo, *formal*, mientras que el Derecho de lo racional, que para el sujeto es lo objetivo, se mantiene por el contrario firme» (110). Hegel invita, pues, a un acto de modestia intelectual cuando se mantiene una opinión propia frente al Derecho objetivo; mantener la opinión propia es un derecho básico de cada hombre, pero también cada uno debe ser consciente de que puede equivocarse; por ello, Hegel sigue escribiendo que «a causa de su determinación formal, la apreciación puede ser tanto verdadera como una simple opinión y error... yo puedo exigirme, y considero en mí como un derecho subjetivo, examinar una obligación con buenas razones, y estar *convencido* de ella... Pero lo que yo exija para la satisfacción de mi convicción acerca del bien, de lo permitido o no de una acción... no perjudica en nada el *derecho de la objetividad*. Tal derecho (en este caso, la objetividad del Derecho y del Estado) adopta ahora la siguiente figura: dado que una acción es una alteración que debe existir en el mundo real y quiere, por lo tanto, ser reconocida en él, debe ser adecuada a lo que tiene validez en ese mundo. Quien quiera actuar en esa realidad, *justamente por ello* debe someterse a sus leyes y reconocer el derecho de la objetividad... En este terreno objetivo el derecho de apreciación tiene validez como apreciación de lo legal e ilegal, del Derecho vigente, y se limita a su significado más próximo, al de *conocer*, en el sentido de *estar enterado* de lo que es legal y obligatorio» (111). Quiere indicar Hegel que los individuos, lejos de constituir ellos mediante sus voluntades unidas en un contrato el Derecho y el Estado, ven limitada su operatividad, en este campo, a la mera actitud pasiva de conocer lo que ya ha sido decidido jurídicamente por el Estado. Se trata, por tanto, de la crítica más fuerte imaginable contra todo tipo de contractualismo.

Contra Kant, por tanto, el punto de partida para la consideración filosófica del Derecho no es la libertad empírica, que siempre puede errar, sino lo ético objetivo. Con esta forma de entender la realidad jurídica estamos otra vez en las antípodas de la posición kantiana, porque los kantianos no lograron resolver el problema que les planteaba la existencia del Derecho positivo, y lo dejaron en consecuencia sin ninguna explicación, mientras que Hegel hizo del Estado y el Derecho positivo existentes el quicio de su explicación de la realidad. En efecto, según Hegel, «lo ético objetivo es... la sustancia concreta... De este modo, lo ético tiene un *contenido* fijo que es por sí mismo necesario y una existencia que se eleva por encima de la opinión subjetiva y el capricho; a saber, *las instituciones y leyes existentes en sí y por sí*» (112).

Dentro de este recorrido de las principales críticas al kantismo,

(110) *Principios...*, cit., § 132.

(111) *Ibidem*. Los subrayados son de HEGEL.

(112) *Principios...*, cit., § 144. Los subrayados son de HEGEL.

encontramos finalmente —por marcarnos un tope convencional— el conocido *Lehrbuch de Naturrechts* de Claudio Augusto Droste-Hülshoff. Este autor no hizo de la crítica a la escuela kantiana el tema de su obra, al contrario de lo que hicieron, por ejemplo, Schnaubert o Warnkönig, y ni siquiera se muestra especialmente crítico frente a Kant, pero la lectura de *Lehrbuch*, a pesar de esto, es instructiva para el que quiera conocer el estado del *Naturrecht* en la época en que Hegel escribía. Droste-Hülshoff nos relata, efectivamente, los argumentos más usuales que circulaban, en 1823, contra el iusnaturalismo; éstos serían:

1. No ha existido nunca «estado de naturaleza» entre los hombres; en consecuencia, un Derecho que se acomode a lo que fue tal estado, y que estuviera vigente en él, tampoco ha tenido existencia.

2. No se puede hablar del Derecho sin referencia a una autoridad. Donde no existe autoridad ni obediencia sólo puede haber obligaciones en conciencia; como el Derecho sólo existe dentro de un Estado concreto, sólo puede haber Derecho positivo.

3. Si admitiéramos una doctrina moral natural, deberían existir diversos Derechos naturales, de modo que una misma acción, según unos, sería injusta, y según otros, sería justa; pero esto no es posible porque se opone a la razón.

4. La razón no puede producir por sí misma, *a priori*, ninguna regla, ni por tanto ninguna jurídica; siempre necesita de experiencia.

5. Finalmente, ni los juristas, o filósofos, se ponen de acuerdo sobre la existencia de un Derecho natural (113).

Los enemigos del *Naturrecht* habían sustituido esta disciplina por la *Philosophie des positiven Rechts* que no es otra cosa, en opinión de este autor, que «un enjuiciamiento científico del Derecho positivo según los principios fundamentales de la razón legisladora» (114). Droste-Hülshoff no asumió, sin embargo, como propia la tendencia «positivista» que hemos encontrado, entre otros autores, en Falck o Warnkönig, según la cual la única misión de la *Rechtsphilosophie* consistiría

(113) «Von der Behauptung, da es kein Naturrecht gebe: Die vorzüglichsten Gründe gegen die Wirklichkeit des Naturrechts sind: 1. Es habe erweistlich nie einen Naturzustand unter den Menschen gegeben, also auch kein, nach der Vorstellung dieses Zustandes konstruirtes, in einem solchen Zustande geltendes Recht. 2. Von Recht ohne Rücksicht auf eine Obrigkeit nicht die Rede sein. Wo keine Obrigkeit sei, finden nur Gewissenspflichten Statt. Alles Recht sei nur vorhanden in einem Staate, und also nur positiv. 3. Wenn es eine natürliche Sittenlehre gebe, so könne es kein davon verschiedenes Naturrecht geben, weil sonst eine und dieselbe Handlung nach der ersten unrecht (unerlaubt), nach dem zweiten aber recht (erlaubt) sein könne, was nicht möglich sei, da die Vernunft sich nicht widerspreche könne. 4. Die Vernunft könne gar keinen Satz aus sich selbst, oder *a priori* erkennen, also auch keinen Rechtssatz. Sie bedürfe dagegen immer die Erfahrung. 5. Die Rechtslehrer und Philosophen seien nicht einmal über die Existenz eines Naturrechts einig». Cfr. DROSTE-HÜLSHOFF, *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Bonn, 1823, § 12.

(114) «Die Philosophie des positiven Rechts (ist) eine wissenschaftliche Beurteilung des positiven Rechts nach Grundsätzen der rechtsprechende Vernunft». Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 15.

en extraer los conceptos jurídicos más generales que se encuentran en el Derecho positivo. Por el contrario, Droste-Hülshoff entendía que junto a la *Philosophie des positiven Rechts* estaba la *Rechtsphilosophie*, a secas, que se aproxima bastante a lo que se había entendido tradicionalmente como «Derecho natural» (115). El testimonio de este autor nos muestra cómo a finales del primer tercio del siglo XIX la *Rechtsphilosophie* comienza a sustituir, no pacíficamente, como se muestra en el tono polémico que Droste-Hülshoff usa, a la *Philosophie des Positiven Rechts*.

Hasta aquí hemos asistido fundamentalmente a los ataques que sufre la escuela kantiana durante los primeros años del siglo pasado, y también hemos sido espectadores de cómo, en un plano puramente doctrinal, se derrumbaron las tesis de Kant y sus discípulos. ¿Qué quedó para la posteridad de esta discusión?

VI

LA DISCUSION ENFRIADA. ¿QUE QUEDO DE KANT?

Leopoldo August Warnkönig explicaba en 1839 que la ciencia del Derecho natural había entrado en una profunda crisis desde hacía ya una decena de años. El problema consistía, según Warnkönig, en que los sistemas iusnaturalistas contruidos sobre bases kantianas habían perdido su prestigio, ya que, en su opinión, la Filosofía de Kant había consumado su ciclo vital (116). El vacío dejado por el Derecho natural kantiano había sido llenado, de hecho, por otras de distinta índole, entre las que destacaban las de aquellos que rechazaban el rótulo *Naturrecht* o *Vernunftrecht* y preferían, en su lugar, el de *Rechtsphilosophie*; estos últimos se ocuparon de averiguar lo que debe ser *rechters* entre los hombres y centraban sus esfuerzos en la crítica del Derecho positivo; así se encuadrarían Hugo, Lermínier, y otros, y a esta tendencia pertenecían —indica Warnkönig— todos los que se ocupaban de la «Ciencia de la legislación», que tienden a ser poco especulativos; éste es el caso de Filangeri, Bentham, Comte (117). Veamos cómo se desarrolló la crisis a que alude Warnkönig.

C. J. A. Baumbach es un autor en el que podemos percibir el influio de las nuevas ideas que, frente a la abstracción iusnaturalista kantiana, revalorizaron el dato histórico-empírico al tratar la teoría de Derecho. Baumbach presenta un cierto interés para mi propósito porque es un ejemplo de la situación, por estos años, de tantos universi-

(115) Cfr. el § 15 del *Lehrbuch...*, cit.

(116) «Daß die Wissenschaft des Naturrechts seit einem Jahrhundert 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 als Naturlehre des Rechts*, cit., *Vorrede*, pág. IV.

(117) Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie...*, cit., págs. 6 y ss.

tarios alemanes que, formados normalmente en la Filosofía kantiana, intentaron abrirse a nuevas ideas sin renunciar completamente a su formación inicial. Comienza Baumbach su *Einleitung in das Naturrecht* explicándonos que en esta ciencia «Para determinar correctamente el concepto de Derecho natural o de *Rechtsphilosophie* es preciso aludir antes que nada a la conocida oposición entre Historia y Filosofía. La Filosofía tiene como misión investigar los últimos fundamentos de las cosas, del Universo entero y, por tanto, declarar la doctrina eterna de la naturaleza y la razón. La Historia nuestra, por el contrario, qué manifestaciones, temporales y locales, ha tenido la razón...» (116). El hecho de que un kantiano (Baumbach pretende serlo) aluda a la Historia en tanto que creadora del Derecho positivo, e integre el estudio de este Derecho como parte de la *Rechtsphilosophie*, era algo impensable en la edad de oro de la escuela kantiana; lo que quiere decir que los ataques de los «positivistas» e idealistas hicieron blanco entre sus filas.

Baumbach, tras exponer como propios algunos de los tópicos fundamentales de la ortodoxia kantiana —la deducción del Derecho a partir de la libertad, el Estado en tanto que exigido por la razón pura para hacer posible la libertad externa, etc....— tuvo en cuenta las recientes aportaciones de los críticos del kantismo y se opuso al origen contractual del Derecho y del Estado (119). Parece claro que, a la altura de 1823, ya no se podía ser kantiano sin chocar fuertemente con el ambiente, y el que pretendiera aún seguir a Kant tenía que hacer concesiones tan fuertes contra las tesis kantianas, que es problemático que pudiera considerarse seguidor del filósofo de Königsberg.

¿Hasta cuándo perdura la escuela kantiana? Tengo la impresión de que hacia 1825 nadie creía ya en la posibilidad de elaborar un Derecho que se pudiera obtener racionalmente desde principios *a priori*. Quizá el panorama se vuelve más sombrío para los epígonos kantianos si añadimos que, por esta fecha, nadie creía tampoco en la posibilidad de una Filosofía jurídica que se elaborara de la misma forma. Para no trivializar el estado del problema, es preciso hacer algunas matizaciones; en concreto, que una cosa fue la pretensión iusnaturalista de elaborar apriorísticamente un Derecho acabado —que es en lo que se ocuparon los clásicos del Derecho natural en el siglo xvii, como Grocio o, en mayor medida, Pufenberg— y otra muy distinta fue el empeño, también iusnaturalista, de crear una *Philosophia iuris* que no tenía nin-

(118) «Um den Begriff des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie richtig zu bestimmen, ist vor allem Dingen der bekannten Gegensatz der Philosophie und Geschichte festzuhalten. Die *Philosophie* hat zur Aufgabe, die letzten Gründen der Dinge (das All) zu erforschen, mithin die ewigen Lehren der Natur und Vernunft anzusprechen; —die Geschichte dagegen zeigt, welche zeitliche und örtlichen Aeusserungen der Vernunft von jeder das Leben bewegten und hierbei bald mehr bald minder der höchsten Idee nahe waren». Cfr. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie besonders für Deutschlands bürgerliches Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft*, Leipzig, 1823, § 1. Vid. también el § 10 de la misma obra.

(119) Vid. *Einleitung...*, cit., § 13, III *Anmerkung* 1 para lo que se refiere al Estado, y el § 13, III, II, C, *Anmerkung* 1 para lo referente a la propiedad.

guna pretensión de crear un ordenamiento jurídico racional ultimado. Efectivamente, los primeros iusnaturalistas, en el siglo xvii, fueron eminentemente prácticos, jurídicos, y sus disgresiones filosóficas pretendían normalmente fundamentar y defender la nueva ciencia del Derecho natural que ellos estaban creando. Los iusnaturalistas tardíos del siglo xviii, en cambio, abandonaron de hecho la pretensión de crear un ordenamiento jurídico ultimado hasta en sus pequeños detalles y se preocuparon por explicar el concepto del Derecho y los últimos fundamentos del *ius*; en esta segunda dirección cabe encuadrar a las figuras más notables del Derecho natural dieciochesco, tales como Baumgarten, Achenwall, Hufeland, etc.... y, desde luego, a Kant y sus seguidores. De hecho, las pretensiones de estos últimos autores poco tienen que ver con las preocupaciones cotidianas de un jurista práctico y su propósito, cuando existió, fue eminentemente político, a saber, hundir el Antiguo Régimen e iniciar una apertura hacia las nuevas ideas igualitarias y democráticas. Por estas observaciones, me parece incorrecto lanzar contra la corriente iusnaturalista el reproche de su esterilidad práctica, ya que los mismos tratadistas del Derecho natural no se propusieron crear Derecho, sino Filosofía política y jurídica. El problema, para acabar de centrar la cuestión, era: ¿se consideró correcta la Filosofía jurídica elaborada por los kantianos?

Hemos visto que no. Aún en la segunda década del siglo encontramos algunos autores influidos por ideas kantianas, pero conforme avanza el tiempo, en muy pocos años languidece cualquier rastro del kantismo. Esta afirmación no se puede formular de forma absoluta: aún fueron publicadas obras de kantianos rigurosos, como la de Carl von Rotteck, o de publicistas aficionados a la Filosofía, influidos por Kant, como la *Politik* de Jakob Friedrich Fries, obra póstuma; pero se trata de tiros erráticos que han salido fuera del agrupamiento y que no representan nada.

Por el contrario, los tratadistas de Derecho público y privado más influyentes prescindieron tanto del *Naturrecht* como de la *Rechtsphilosophie*. En este sentido, Karl Friedrich Eichhorn comenzaba sus tratados sin hacer ninguna mención a una u otra ciencia aludida (120); partía, simplemente, del Derecho positivo, con alguna mención esporádica a Gustav Hugo con el fin de permitirse utilizar la expresión, bastante extravagante para un alemán de aquel tiempo, de *positives Recht* (121).

Tras los ataques de Fa'ck y Hegel, la Escuela Histórica entró en escena con toda su fuerza diez años después. Ciertamente, hacia 1830, Savigny y su doctrina eran ampliamente conocidos en Alemania, pero faltaban aportaciones que profundizaran y expusieran en tono filosófico la doctrina de la Escuela Histórica del Derecho. El primer teorizador de la nueva corriente que se inició con Hugo y Savigny fue Julius Friedrich Stahl, quien, en 1830 publicó la primera edición de su *Philosophie des Rechts*.

(120) *Deutsche Staats— und Rechtsgeschichte*. Göttingen, 1808, y *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts*. 2. Auflage, Göttingen, 1825.

Stahl fue rebatiendo las tesis kantianas fundamentales. Comienza indicando que el Derecho no es obra de los hombres, sino de Dios; es el orden natural-divino de la convivencia humana: «mantener el reflejo divino en los hombres es tarea de Dios, que lo realiza mediante sus mandamientos y su fuerza interior en las conciencias, con el libre asentamiento del hombre. Pero la ordenación divina del mundo, por lo que se refiere al entero género humano, debe mantenerla la comunidad humana a través de un orden humano... y ese orden es el Derecho» (122).

En consecuencia, «el sujeto del Derecho es el pueblo en su unidad, y con ello el Estado, no los particulares como tales; esto quiere decir que el pueblo es el llamado a hacer el Derecho... El particular permanece bajo los preceptos del Derecho, solamente *en* el pueblo, en medio de él, como una parte del todo, no como individuo particular, es decir, no como *homo*, sino como *civis*» (123). En concreto, quien tiene autoridad para dictar el Derecho para un pueblo son sus Autoridades (124).

Sucede que Stahl desecha la noción de libertad de la que habían partido Kant y sus discípulos, desde la que deducían la existencia del Derecho. (Naturalmente, esto está dicho en un plano puramente teórico, porque lo que realmente movía a Stahl era su conservadurismo político; pero éste es otro tema). El entendía que la libertad jurídica está ya, originariamente y en sí misma, limitada o, mejor dicho, determinada a través de la ordenación vital y moral del pueblo; mediante la ley de las relaciones vitales, a saber, familia, municipio, estamento,

(121) Cfr. *Deutsche Staats...*, cit., pág. 3.

(122) «Das Ebenbild Gottes im Menschen zu erhalten ist nun bloß die Sache Gottes durch seine Gebote und seine innere Macht im Gewissen, und der freien Erfüllung des Menschen. Aber die Weltordnung Gottes im Menschengeschlecht soll zugleich auch die menschliche Gemeinschaft selbst erhalten durch eine menschliche Ordnung, die sie aufrichtet und der sie alle Einzelnen mit äußerer Macht unterwirft, und diese Ordnung ist das Recht». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, Tübingen 1878 (Primera edición de 1830), 2. Band, pág. 191.

(123) «Das Subjekt des Rechts ist das Volk in seiner Einheit, sohin der Staat, nicht der Einzelner als solcher. Das heißt das Recht ist der Beruf des Volkes. Es ist ein Gebot, das zunächst an die Völker und ihre Obrigkeiten ergeht, daß sie es in ihrem Gemeinleben verwirklichen... Des Einzelne dagegen steht unter den Geboten des Rechts nur in und mittelst des Volkes, als Glied des Ganzen, nicht unmittelbar für sich, als Einzelne, als *civis*, nicht als *homo*». Cfr. *Die Philosophie des Rechts...*, cit., pág. 195.

(124) «Darum sind auch die Anordnungen, welche die Obrigkeit für das Gemeinleben, ja selbst für jene Einrichtungen des Gemeinzustandes gibt, nur dann ein Bestandtheil des Rechts, wenn sie entweder die Gebote Gottes oder die Rechte der Menschen zum Gegenstand haben. Enthalten sie dagegen bloß technische Mittel für solche Gebote Gottes... es sind das Befehle der rechtlichen Autorität, aber nicht selbst Bestandtheile der Rechtsordnung». Cfr. *Die Philosophie des Rechts...*, cit., pág. 201. A partir de aquí, hasta la página 213, desarrolla extensamente la tesis indicada arriba, a saber, que para el estudio de la sociedad debe partirse siempre de la sociedad como tal, de su existencia real y no del individuo aislado. Para apoyar esta tesis, hace extensas referencias a la doctrina de Aristóteles acerca de la sociedad como ámbito natural de la existencia del hombre, y se remite también al principio de la sociabilidad establecido por GROCIO, PUFENDORF, SCHELLING, etc....

Iglesia, etc...., todos poseemos posibilidades distintas, luego es absurda la igual libertad para todos (125). El error fundamental en la concepción de la libertad, radica, escribe Stahl, en que en nuestro tiempo se ha concebido a la libertad como una posibilidad formal y vacía, sin contenido ni fin, sin una esencia ética determinada. En consecuencia, aparece el hombre moralmente como libre, de modo que puede elegir entre el bien y el mal, como si su inteligencia fuera una *tabula rasa* (216). En una palabra, Stahl rechazaba el punto de partida de las construcciones jurídicas de los kantianos. Consecuentemente, repudiaba también el *statu quo* y la finalidad que los kantianos atribuyeron a la sociedad civil y al Estado, es decir, la simple coexistencia de los hombres en el respeto de la libertad mutua. «La vida de la comunidad humana, del pueblo, no puede ser simple coexistencia, explicaba Stahl, no puede consistir en un estar los unos juntos a los otros, en el que cada uno persiga su propio fin y se protejan mutuamente. Al contrario, la vida social supone el cumplimiento solidario de un orden más elevado, del plan moral universal, y la libertad de cada uno no es el límite del Derecho, sino solamente una parte de él» (127). Stahl atacaba con estas líneas uno de los puntos neurálgicos de la doctrina kantiana, a su saber, su Ética basada en el egoísmo; en efecto, al concebir Kant el Estado y el Derecho como procedentes de la libertad del hombre, ambas instituciones agotaban su función en la defensa de las libertades y de las propiedades individuales; se trataba, pues, de la fundamentación más audaz posible de la sociedad liberal-capitalista que ya había surgido en Europa. Stahl, en nombre de la Ética cristiana, se opuso a esta visión del Derecho y de la sociedad.

El Derecho es, pues, un orden divino, pero es también un orden humano porque toca realizarlo a los hombres; éstos pueden concretarlo mejor o peor, pero es la única concreción existente, lo que quiere decir, indicaba Stahl, que el Derecho históricamente existente es el único Derecho que puede existir. Dicho de otra forma, todo Derecho es positivo. Ciertamente, por encima del Derecho positivo está la ordenación de Dios, pero tal orden no puede ser considerado como el lla-

(125) «Die rechtliche Freiheit ist schon ursprünglich und in ihr selbst begränzt oder vielmehr bestimmt durch die sittliche Lebensordnung des Volkes, sohin durch das Gesetz der Lebensverhältnisses (Familie, Gemeinde, Stand, Kirche, u.s.w.), verschieden je nach einem jeglichen». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 328.

(126) «Der Grundirrtum in der Freiheitsforderung des Zeitaltes liegt darin, daß man die Freiheit als die leere formale Möglichkeit auffaßt ohne Inhalt und Zweck, ohne bestimmtes sittliches Wesen. Danach erscheint der Mensch moralisch als freier, je mehr er Wahl zwischen Gut und Böse hat, je mehr *tabula rasa* in der Gesinnung ist, bis zuletzt zum Nichtspunkt, auf dem der Mensch, durch nichts gebunden und bestimmt». Cfr. *Die philosophie des Rechts*, cit., pág. 329.

(127) «Das Leben der menschlichen Gesamtheit (des Volkes) ist in Wahrheit nicht bloße Coexistenz, nicht ein bloßes Nebeneinanderbestehen der Menschen, in welchem sie ihre Zwecke als Einzelne verfolgen, sich gegeneinander schützen und allenfalls einander fördern, 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*, cit., pág. 213.

mado «Derecho natural» o «Derecho racional», pues la esencia del Derecho radica en ser un orden de la vida autónomamente humano, es decir, ser Derecho positivo, repite Stahl incansablemente (128).

La negación que hace Stahl de *Naturrecht* o *Vernunftrecht* destila aversión contra todo tipo de iusnaturalismo. Veamos: «Derecho y Derecho positivo, escribe Stahl, son conceptos equivalentes. No hay ningún otro Derecho al margen del Derecho positivo... Pueden existir exigencias racionales dirigidas al Derecho, pero no existe ningún Derecho racional. No le es lícito, por tanto, a los súbditos individual o colectivamente, rechazar el Derecho positivo apoyándose en el Derecho natural» (129).

Este Derecho positivo, concreción humana de la ordenación divina de Dios sobre el mundo, tiene como sujeto primario, como ya indicamos, al pueblo tomado en su conjunto. Por ello, y de forma consecuente con Savigny, al que cita, nuestro autor mantenía que «el Derecho nace de la conciencia del pueblo, de su dignidad vital, de su más interior individualidad como pueblo, y surge en completa concordancia con toda la situación del pueblo, es decir, con la condición del país, clima, población, forma de alimentación, etc.» (130).

El último extremo al que me referiré es la propiedad, según Stahl. Otra vez se sitúa nuestro autor en oposición a Kant; éste había mantenido una doctrina, no muy diáfana, según la cual la propiedad se fundamentaba, en último extremo, en la *ocupatio* individual o colectiva de las cosas sin dueño. Stahl reaccionó, en tonos violentos, contra esta opinión: «El hombre está formado de tierra, pero tiene infundido un orden divino. En consecuencia, él depende de las cosas materiales para el mantenimiento y satisfacción de sus necesidades que son, de esta forma, medios puestos a su servicio. Por ello, el hombre está en la

(128) «Das Recht ist, wie angeführt worden, menschliche Ordnung, aber zur Aufrechthaltung der Weltordnung Gottes. Es besteht daher so wie es die Menschen zu bestimmter Zeit im bestimmten Lande festgesetzt haben, und weil sie es gerade so festgesetzt haben, gut oder übel, nicht weil sie es gerade mußten nach einer Nothwendigkeit in Gottes Gebot, das heißt: das Recht ist positiv; aber es hat an den Gedanken und Geboten der Weltordnung Gottes ein höheres Gesetz, dem es sprechen soll, nach welchem es die Menschen festgesetzt sollen. So steht dem positiven Recht ein Gottgebotenes, Gerechtes, Vernünftiges gegenüber. Dieses Vernünftige, die Gedanken und Gebote der Weltordnung Gottes sind jedoch nicht selbst ein Recht — ein sogenanntes Naturrecht oder Vernunftrecht, denn das Wesen des Rechts ist es ja gerade, selbständig menschliche Lebensordnung, sohin positives Recht zu sein». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 218.

(129) «Recht und positives Recht sind darum gleichbedeutende Begriffe. Es gibt kein anderes Recht als das positive... Sie (die Gottesideen) sind Bestimmungsgründe für die Fortbildung des Gemeinzustandes, nicht bereits geltende Normen des Gemeinzustandes. Es gibt daher wohl Vernunftforderungen an das Recht, aber es gibt kein Vernunftrecht. Es dürfen die Unterthanen, einzeln oder in Masse, sich nicht wider das positive Recht setzen, gestützt auf Naturrecht, das ist der Frevel der Revolution». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 221.

(130) «Das Recht entsteht daher aus dem Bewußtseyn des Volkes, aus seiner Lebenswürdigung, seiner innersten Individualität (Savigny), und steht im Einklang mit dem ganzen Zustand des Volkes, Landesbeschaffenheit, Klima, Ausdehnung, Nahrungweise, Sitte (Montesquieu), und das Recht entsteht eben dadurch als im Bewußtseyn des Volkes lebendig». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 261.

Creación como señor de ella... Por esto es por lo que tiene, por naturaleza, concedido un poder sobre las cosas... En esto se fundamenta la propiedad» (131). El origen de la propiedad, prosigue más adelante, hay que situarlo dentro del pueblo, y no puede consistir en una ocupación hecha por los particulares, sino en una adjudicación realizada por la Autoridad (132).

Warnkönig fue el otro gran teórico de la Escuela Histórica del Derecho, más fiel que Stahl a los postulados de la Escuela y con una explicación más secularizada que la que proporcionó el conservador prusiano. He aludido en páginas anteriores al contenido de una pequeña obra de este autor, la *Versuch einer Begründung des Rechts*, que, publicada en 1819, se trata de una obra de juventud; veamos ahora su obra de madurez.

Constata este autor el fracaso de las teorías del Derecho natural; ante todo, reprocha a los iusnaturalistas de multiplicidad de sistemas que han construido, hecho que, en su opinión, demuestra que los tratadistas del *Naturrecht* no lograron eliminar la subjetividad en la construcción de sus teorías. Sucede, argumentaba Warnkönig, que la razón pura, en el campo del Derecho, no es capaz de desarrollar teorías que, a modo de una legislación que pretenda estar vigente, sean precisas, exactas, como sucede con las ciencias matemáticas, de forma que tales teorías llevaran en sí mismas la garantía de su corrección. Hasta ahora, prosigue Warnkönig, ni la Moral ni el *Naturrecht* han logrado constituirse en ciencias apodícticas, por mucho que la *Rechtsphilosophie* abstracta se hubiera gloriado, en su tiempo, de ello (133).

Este autor no cree, en modo alguno, en la capacidad de la razón para, por sí misma, sin contacto con la experiencia, llegar a una conclusión en el terreno jurídico. En el Derecho, argumentaba él, es pre-

(131) «Er (der Mensch) ist aus Erde gebildet, aber ein göttlicher Odem ihm eingeraucht. Deßwegen ist er einerseits abhängig von der materiellen Welt außer ihm, zur Erhaltung und befriedigung ihrer bedürftig, andererseits ist er erhaben über ihr, sie ist ihm dienendes Mittel und Stoff. In dieser Weise ist der Mensch als Herr in die Schöpfung gesetzt. Die Gegenstände der außenwelt sind ihm angewiesen zu Befriedigung seiner Bedürfnisse, zunächst der leiblichen, mittelst derselben auch der geistigen... Dazu hat der Mensch von Natur die Gewalt über die Sachen... Darauf beruht das Eigenthum». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 350.

(132) «Der Anfang des Eigenthums innerhalb des Volkes, da bereits einheitliche Ordnung besteht, ist nicht Besitznahme durch den Einzelnen, sondern Zutheilung durch die Obrigkeit. Denn alles Eigenthum führt sich zuletzt zurück auf das Grundeigenthum... Das Grundeigenthum aber ist wohl fast bei allen Völkern ursprünglich ausgetheilt und nicht der zufälligen Besitznahme überlassen worden». Cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., pág. 360.

(133) «Eben so groß ist die Verschiedenheit der Systems des Naturrechts, oft selbst unter den zu derselben Schule gehörende Schriftstellern.

Nur wenn es uns möglich wäre, aus allem Subjectiven heraustreten, könnte eine rein objective, durch sich selbst als Gesetzgebung geltende Rechtstheorie aufgestellt werden, welche gleich den mathematischen Wissenschaften die Garantie ihrer Richtigkeit in sich trüge und nach gemachter Demonstration jedem als verpflichtend sich zeigte. Bis jetzt ist es weder der Moral, noch dem Naturrecht gelungen, auf die Höhe einer apodictischen Wissenschaft sich zu erheben, wie oft auch die abstracte Rechtsphilosophie dessen sich rühmte». Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg, 1839, pág. 217.

ciso partir de la experiencia, tomar a los hombres como realmente son y viven, y no especular con ellos como puras esencias racionales, que es lo que hicieron los kantianos. Por esto, es preciso partir, en la explicación del Derecho, de los datos siguientes:

- 1) de los hombres que realmente viven sobre la tierra,
- 2) que tienen una existencia y una vida en un lugar concreto,
- 3) que viven en un tiempo determinado, agrupados en un mismo lugar; hombres que viven, es decir, que sienten, piensan y obran, pues únicamente esto es «coexistir».

No podemos considerar a los hombres como esencias racionales abstractas, proseguía Warnkönig, sino como hombres concretos, que existen y obran en el mundo de la experiencia. No los podemos pensar como seres que viven en el grado de la más alta perfección moral y que, en consecuencia, seguirían sin esfuerzo las más elevadas exigencias de la razón, sino sencillamente, tal como ellos aparecen en la realidad. Es decir, no hombres como deben ser, sino como son de hecho, con sus virtudes y defectos, con un grado determinado de desarrollo cultural y con su entera individualidad (134). En este punto de partida se encuentra la razón del fracaso del Derecho natural; los iusnaturalistas pretendieron partir de hombres abstractos, que no existen y para hombres inexistentes no hay ningún Derecho. No existe, pues, un Derecho natural abstracto (135).

De hecho, la Historia nos muestra que allí donde han existido hombres conviviendo, amistosamente o como enemigos, ha habido máximas, reglas o preceptos, admitidos como vinculantes, que determinan lo que es Derecho entre ellos y que, por tanto, deben ser observados, de modo que su infracción se tiene como injusticia. El conjunto de estos preceptos es el Derecho de estos hombres que, en la medida en que constituye una unidad, es llamado un pueblo. Jamás se ha encontrado un pueblo sobre la tierra que no haya tenido su Derecho propio (136).

(134) «Durch die angenommene Thatsache der Coexistenz von Menschen werden als gegeben angenommen: 1) Menschen, d.h. wirkliche auf Erden lebende Menschen; 2) welche existiren, d.h. ein Daseyn, also ein Seyn und Leben an irgend einem Orte haben und 3) zugleich und mit einander in derselben Zeit und demselben Raume leben, d.h. empfinden, denken und handeln; denn nur dies ist Cöexistiren.

Die Menschen dürfen hier nicht als abstracte Vernunftwesen, sondern als concrete, in der Welt der Erfahrung seyende und handelnde Menschen genommen werden. Sie dürfen auch nicht gedacht werden als Wesen auf der Stufe der höchsten moralischen Vollkommenheit, wie die Moral und die höchsten Anforderungen der Vernunft sie haben wollen, sondern recht und schlecht, wie sie in der Wirklichkeit erscheinen; nicht Menschen, wie sie seyn sollen, sondern, wie sie sind, mit ihren Tugenden und Mängeln, ihrer Culturstufe und ihrer ganzen Individualität». Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 238.

(135) «Für den abstracten, d.h. den nirgends existirenden Menschen gibt es kein wirkliches Recht. Das abstracte Naturrecht ist keins». Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 239.

(136) «... nach dem Zeugniß der Geschichte, näher dahin erörtern, daß wo immer Menschen zusammenleben und in bleibenden Wechselverkehr, er sey ein friedlicher oder feindlicher, stehen, gewisse Maximen, Regeln oder Vorschriften als verbindlich anerkannt werden, welche bestimmen, was unter ihnen Recht ist und

Resulta evidente desde estos presupuestos, escribía Warnkönig, que el Derecho efectivamente configurador de la convicción común de la comunidad de los hombres no necesita de un contrato para producirse, lo que Rousseau llamaba el *Contrat social*. La Historia, por sí sola, nos muestra ordenamientos jurídicos completos que no han surgido de un acuerdo contractual; los más antiguos principios jurídicos de los pueblos son anteriores al mismo Derecho de contratos y, de hecho, en muchos Estados se piensa que la doctrina que mantiene la fundamentación del Derecho en un contrato primitivo es absolutamente rechazable. Si profundizamos más en la naturaleza del contrato, proseguía Warnkönig, reconocemos que cualquier Derecho que fundamenta la convicción común de un pueblo no tiene el carácter de un contrato, porque la esencia del contrato está en el arbitrio de las partes, y la convicción común de un pueblo tiene más bien un carácter de necesidad (137).

Warnkönig ha renunciado, pues, a toda fundamentación abstracta-racional del Derecho. ¿Quiere decir esto que abandona el orden jurídico a la pura espontaneidad del sentimiento popular? En algunos momentos da pie para pensar así, como cuando escribe que «la más próxima causa de la existencia de las máximas seguidas en un pueblo, como Derecho, son comportamientos humanos, es decir, actos de la voluntad humana, a través de los cuales aquellas máximas o preceptos han sido determinadas como reglas jurídicas. Es decir, que todo el Derecho existe porque el hombre lo quiere. Cuando el hombre quiere (*will*), piensa él también (*denkt er auch*), y separa en el momento de este pensamiento lo justo de lo injusto. Nosotros hemos localizado la causa del Derecho en el hombre, concretamente, en su pensamiento y en su voluntad o, más bien en su fuerza mental y decisoria» (138). Sin em-

als solches befolgt wird oder nach ihrer Meinung befolgt werden soll oder muß, und deren Nichtbefolgung für unrecht gilt.

Der Inbegriff dieser Vorschriften ist das Recht dieser Menschen, welche, als eine Gesamtheit, ein Volk genannt ist. Man hat noch nie ein Volk auf Erden gefunden, das nicht sein Recht gehabt hätte». Cfr. WARNKÖNIG..., cit., pág. 176.

(137) «Darf man die das wirkliche Recht bildende gemeinsame Ueberzeugung einer Gesamtheit 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 älteste 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 tiefer in die Natur des Vertrages ein, so erkennt man, daß die alles Recht begründende Gesamtüberzeugung eines Volkes nicht den Character des Vertrages hat. Das Wesen des Vertrages besthet in der Willkühr der contractanten... Die rechtliche Gesamtmeinung eines Volkes hat, gleich der Ueberzeugung des Einzelnen, einen Character der Nothwendigkeit». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 226.

(138) «Die nächste Ursache des Daseyns der als Recht bei einem Volke befolgten Maximen sind menschliche Handlungen, d.h. Acte des menschlichen Willens, durch welchen jene Maximen oder Vorschriften als Rechtsregeln festgesetzt worden sind. So geht also alles Recht unmittelbar vom menschlichen Willen aus: das Recht ist da, weil der Mensch es will. Indem er will, denkt er auch, und unterscheidet im Momente dieses Denkens das Recht vom Unrecht. wir haben

bargo, Warnkönig aspiraba a no separar el orden moral del jurídico, porque, para él, el Derecho es la decisión de un pueblo acerca de lo que es justo; ciertamente, desengañado de las utopías intelectuales de los iusnaturalistas, él no parece creer en un orden inmutable y eterno, racional y abstracto, de justicia; él concretó y fijó la justicia en desarrollo cultural y moral de cada momento histórico, distinto en cada pueblo, pero no prescindió de ella. Por esto, explicaba que «el Derecho sólo puede ser aquello que se manifiesta adecuado a la ley moral de la justicia, ya permita, ordene o prohíba. Obra de forma adecuada al Derecho (*iure agit*) aquel que se adecúa a la justicia... El Derecho es, pues, lo que es reconocido en las relaciones sociales, por los hombres que las configuran, como justicia, es decir, lo que según ellos debe ser observado y mantenido necesariamente» (139).

Warnkonig no prescinde, pues, de la justicia en la explicación del Derecho; sólo que, por no admitir una regla racional y eterna para los asuntos humanos relativiza el concepto de justicia según cada lugar y cada momento histórico. Desde esta forma de pensar no resulta posible un *Naturrecht*, ni siquiera una *Rechtsphilosophie* abstracta: lo único procedente de la justicia concreta en él, es decir, una *Philosophie des positiven Rechts*.

J. F. Kielruff representó en estos momentos la otra corriente superadora del iusnaturalismo, a saber, el incipiente positivismo jurídico. En efecto, la Escuela Histórica del Derecho y el Positivismo jurídico fueron las dos grandes tendencias que dominaron el siglo XIX alemán; durante el primer tercio del siglo coexistieron, combatiéndolo, con el iusnaturalismo kantiano y, más tarde, se adueñaron de la escena universitaria, una vez que el kantismo había acabado. La corriente idealista no logró un papel autónomo y sustantivo, de protagonista, en este proceso; quedó diluida, a modo de citas que aparecen intermitente, aquí y allá, en las obras fundamentales de los positivistas. Tampoco la Escuela Histórica logró el éxito definitivo, ya que los desajustes entre sus ambiciosos escritos programáticos y la realidad del trabajo de los juristas que se acogieron a sus banderas se hizo patente

demnach die Ursache des Rechts im Menschen und zwar in seinem Denken und Wollen oder in seiner Denk— und Willenskraft aufsuchen». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 179.

(139) «Recht kann überhaupt nur seyn was als dem moralischen Gesetze der Gerechtigkeit gemäß erscheint, einerlei ob durch diese etwas erlaubt, geboten oder verboten wird. Recht handelt (*iure agit*) derjenige, welcher der Gerechtigkeit gemäß handelt... Recht ist also: was in dem geselligen Verhältnisse von den sie bildenden Menschen, als der Gerechtigkeit gemäß, d.h. das in denselben nothwendig zu Achtende und aufrecht zu Erhaltende anerkannt wird». Cfr. *Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 225.

(140) «Diese historische Richtung verlässt nicht minder, als jene naturrechtliche, den praktische Boden der Gegenwart. Sie hält fest am positiven Stoff, aber diese Stoff ist seinem größten Theil nach todes Material, welches ausser lebendigem Zusammenhang steht mit dem Recht der Gegenwart... Dieses Princip... hat eine civilistische Doctrin geschaffen... und sich von der Praxis eben so entfernt hält, als jenes Naturrecht. Diese civilistische Literatur... vergisst, das eben dieses Recht nur durch die Praxis in Deutschland Eingang gefunden, und nur so, wie es die Praxis gestattet, und nur das, was durch sie lebendes Recht geworden ist». Cfr. *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, Vorrede, pág. XX.

muy pronto en la conciencia alemana, y este desengaño se muestra en las amargas líneas que Kielruff escribió, ya en 1839, en el prefacio de su tratado (140); por ello, tras Stahl y Warnkönig, los teóricos de la Escuela desaparecen y en su lugar quedó, fundamentalmente, el positivismo. Aparecieron también obras eclécticas que combinaron residuos de tesis kantianas con postulados idealistas y positivistas, pero estos autores no presentan gran interés para mi propósito porque son muy tardíos y, a partir de 1840, la escuela kantiana es, definitivamente, un cadáver.

Kielruff comienza las primeras líneas de su *Theorie des gemeinen Civilrechts* hablando del Estado como marco necesario para explicar el concepto del Derecho; evidentemente, los postulados iusnaturalistas-kantianos relativos al «estado de naturaleza», el origen contractual del Estado, etc..., le debían preocupar muy poco, porque ni hace alusión a ellos (141). El Derecho, explicaba Kielruff, es la voluntad del Estado; no acomete este autor la tarea de fundamentar o legitimar al Derecho en tanto que voluntad estatal; se limita con afirmar que se trata de «una voluntad objetiva y general que tiene reconocimiento universal, que se intensifica a través de la coacción sobre la voluntad subjetiva que se le resiste... A través de su realización se manifiesta tanto su verdad y la falsedad de la voluntad subjetiva que se opone, como su fuerza objetiva y la impotencia del querer individual que se desvía de ella» (142).

Los iusnaturalistas habían hecho de los derechos «anteriores» al Estado el eje de sus construcciones; en una época inmediatamente post-iusnaturalista era preciso ocuparse de este tema. Kielruff enfocó el problema desde un ángulo estrictamente positivista y resolvió la cuestión escribiendo que cuando un individuo cree tener a su favor un derecho de este tipo, tal derecho encuentra su legitimación (*der Drang und Trieb seines Zeitalters*) en un precepto del Derecho del Estado; pero si el sujeto, alegando un derecho anterior al Estado, se sitúa frente a las normas del Estado, este mismo hecho constituye la prueba más contundente de que tal pretendido derecho, por no ser eficaz, sólo tiene de «derecho» el nombre (143). La razón de la irresistibilidad del Derecho estatal radica en su eficacia, pues «solamente aquella voluntad que logra imponerse en la práctica, con vigencia definitiva, es una voluntad verdadera» (144). Una tendencia científica que prescindiera de

(141) Cfr. op. cit., pág. 1.

(142) «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 integrierende Momente des wirklichen Rechtsbegriffs. 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 Willens... Durch seine Verwirklichung beweist es seine Wahrheit und die Unwahrheit eines abweichenden individuellen Wissens. Durch seine Verwirklichung offenbart es seine objective Macht und die Ohnmacht eines abweichenden individuellen Willens». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 2. En la página siguiente desarrolla más pormenorizadamente esta idea.

(143) Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 3.

(144) «Denn nur der praktische zur endlichen Geltung sich durchsetzende Wille ist wirklicher Wille». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 4.

este planteamiento, proseguía Kielruff no es nada, es algo vacío, sin utilidad (145). En consecuencia, también la vigencia del Derecho consuetudinario depende de la voluntad del Estado, «pues según el espíritu del Estado actual la fuente originaria de la fuerza práctica de la costumbre jurídica reside en la voluntad tácita del legislador» (146). En contradicción con la Escuela Histórica, que partía de la costumbre más que de la legislación del Estado, este autor mantiene que los magistrados constituyen la adecuación de las costumbres a los principios del Derecho de su Estado (147).

La ley del Estado es, por tanto, la única fuente del Derecho. El saber de un individuo, cuando razona sobre la adecuación o la justicia de tal ley y le niega acatamiento, es un saber puramente subjetivo, inoperante, porque «La ley existente eficazmente es objetivamente Derecho, y justa, de tal modo que si hablamos con propiedad, el predicado «justo» no se puede aplicar a la ley. Injusta es únicamente la persona privada que no realiza la voluntad expresada en la ley... Pero el legislador que actúa dentro de los límites constitucionales no puede ser injusto. Si nos referimos a la ley sólo puede existir, respecto de ella, inmoralidad, pero nunca injusticia; pero esto importa poco, porque sobre lo que es moral o inmoral sólo puede existir un juicio absolutamente subjetivo» (148). De forma parecida a Hobbes, Kielruff mantenía que es la ley positiva, emanada del Estado, la que crea la justicia.

La misma naturalidad con que Kielruff expuso sus tesis, y la ausencia de polémicas a propósito de ellas, nos indica que los tiempos en los que se creía en el «estado de naturaleza», en los hombres libres e iguales que, mediante su voluntad, creaban el Estado, etc..., han pasado definitivamente a la posteridad; «el dogma fundamental de estos hombres, escribía Kielruff, es que solamente vale como ley, es decir, como voluntad normativa que se impone y cuyo cumplimiento puede ser forzado, lo que el sujeto de derecho ha dado inmediatamente como su voluntad externa. Pero el sujeto que ordena es, ahora, el pueblo

(145) «...eine nichtige, ein leeres nutzloses». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 4.

(146) «dass nach dem Geist des heutigen Staats die Urquelle der praktischen Kraft des Gewohnheitsrechts in dem stillweigende Willen der Gesetzgebung liege». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 13.

(147) Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 13.

(148) «Das vom Gesetzgeber als ausgesprochener 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 raisonnieren, 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». A nota a pie de página continúa: «Eigentlich passt das prädicat der Gerechtigkeit auf das Gesetz selbst nicht. Der Begriff der Gerechtigkeit fällt unter das Gesetz. Ungerecht ist der Private, 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, welcher sich innerhalb der ihm gesetzten verfassungsmässigen 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.

soberano en su totalidad, o el magistrado cuando actúa en la esfera de su competencia...».

La ley, para ser tal, necesita únicamente de la promulgación, y los preceptos que contiene son indiferentes, carecen de valor para determinar su validez jurídica; tales contenidos llegan al plano jurídico solamente porque el legislador los ha hecho objeto de una determinación suya (150). Esta declaración nos sitúa, otra vez, ante ideas diametralmente opuestas a las iusnaturalistas; los seguidores del *Naturrecht* crearon, de hecho, un Derecho no vinculante, fiándolo todo a la racionalidad de sus contenidos, y el primer positivismo alemán creó, como estamos estudiando, una teoría sobre el Derecho que lo hacía reposar sobre su forma externa, sin atender para nada a la racionalidad de su contenido. En esta línea, explicaba Kielruff que el juez es el encargado de resolver definitivamente las dudas sobre el Derecho existente, y que su resolución es eficaz porque se fundamenta en la fuerza del Estado (151). «Un derecho es derecho por el reconocimiento y protección del Estado —explicaba más adelante este autor—, que está presente en ese órgano que es el tribunal» (152). Para llegar a una completa identificación entre Derecho y fuerza no era preciso dar ningún paso más.

Me parece que hemos llegado al término de esta exposición. Hubo aún un autor prestigioso que publicó el último volumen de un extenso *Lehrbuch des Vernunftrechts* en 1840; me refiero a Carl von Rotteck. Pero este dato no debe engañar a nadie; páginas atrás indicaba que se trata de un kantiano que publica una obra iusnaturalista cuando nadie ya, en Alemania, creía en el Derecho natural; basta leer el *Vorrede* de este libro para comprobar el estado del iusnaturalismo kantiano a mediados de siglo; tal como indica el propio von Rotteck, nadie quería oír hablar del Derecho natural, porque se le desprecia y se le considera una quimera; en la Universidad alemana, en 1840, sólo se hablaba del Derecho positivo y del Derecho histórico. El hundimiento y superación doctrinal del kantismo había arrastrado consigo al viejo *ius naturale et gentium* que surge en los inicios de la Edad Moderna.

(149) «Diesen Willen bis in seine Tiefen verfolgen, den wirklichen wollen Gehalt desselben zu erkennen, ist der Beruf des Juristen, und nach dem so erkannten Willen den ihm vorgelegten Fall zu entscheiden, ist die Aufgabe des heutigen Richters... Das Grunddogma dieser Menschen ist, dass nur das als Gesetz gilt d.h. als normirender Wille durchgesetzt und erzwungen werden darf, was das Rechtssubject als seinen Willen unmittelbar äusserlich kund gegeben hat. Das wollende subject ist hier aber das souveraine Volk in seiner Gesammtheit, oder der Magistrat in der ihm angewiesenen Sphäre». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 19.

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

(151) «Er löst definitiv den Zweifel über das vorhandene Recht, und seine Lösung ist eine wirkliche, weil sie auf die Macht des Staats ihre Kraft stützt». Cfr. *Theorie...*, cit., pá. 42.

(152) «Ein Recht ist Recht durch Anerkennung und Schutz des Staats, welcher Präsent ist im Organ des Gerichts». Cfr. *Theorie...*, cit., pág. 156.

VI

A MODO DE CONCLUSIONES

La doctrina filosófico-jurídica de Kant representó la última etapa de vida del Derecho natural; efectivamente, el *ius naturale*, a finales del siglo XVI, tenía acabado su ciclo vital ante el cambio de actitud de la universidad europea, en este caso la alemana, porque ya no interesaban las discusiones eruditas y academicistas a las que se dedicó el iusnaturalismo de la segunda mitad del siglo XVIII. La escuela de Tübingen, encabezada por Johann Stephan Pütter tuvo una influencia decisiva, desde mediados de siglo, en el desprecio por la especulación no orientada hacia la práctica.

Kant y sus discípulos recogieron los tópicos, como digo, del iusnaturalismo decadente. Los muchos años durante los que Kant enseñó *Naturrecht*, de la mano fundamentalmente del manual de Achenwall, le prepararon la cabeza para admitir dichos tópicos como los únicos necesariamente adecuados a la razón. Kant, ciertamente, dotó al Derecho natural de una fundamentación filosófica, coherencia y capacidad de convencimiento, de acuerdo con la mentalidad de la época, como quizá nunca había tenido; pero es preciso no engañarse: lo que Kant y su escuela expusieron como *Metaphysik des Rechts, Naturrecht, Reine Rechtslehre*, etc..., no es más que el Derecho natural que se inicia en el siglo XVI con Fernando Vázquez de Menchaca. La aportación kantiana más relevante fue rechazar el eudomonismo en que Thomasius cimentó el Derecho natural para fundamentarlo, en cambio, en presuntas leyes estrictamente racionales.

La escuela kantiana no cayó víctima de sus contradicciones ni de las disensiones entre sus seguidores; al contrario, los que han estudiado esta época coinciden en mantener que los kantianos formaron un grupo coherente, sin fisuras, al menos durante el período de florecimiento de la escuela. El kantismo cayó por su manifiesta incapacidad de satisfacer las exigencias de la realidad; en efecto, los kantianos nunca fueron capaces de resolver el enigma, para ellos, del Derecho positivo, y sus mismos coetáneos les reprocharon que dejaran tal Derecho sin fundamentación, en manos del arbitrio y de la fuerza. Además, las bases de las que partían eran excesivamente abstractas para ejercer una influencia efectiva sobre la ciencia jurídica; cumplieron una importante función histórica, ciertamente, que se plasmó en algunas reformas legislativas de los estados alemanes del primer tercio del siglo pasado, pero no conquistaron el favor de los juristas, incluso universitarios. Por ello, cuando el Derecho positivo saltó a un primer plano en la enseñanza universitaria, la Universidad alemana, en manos de los kantianos en el cambio de siglos, no fue capaz de afrontar el problema que el *positives Recht* planteaba. Se trató tanto de una insuficiencia teórica como de un exceso de teoría.

Por otra parte, el kantismo respondía bien, y fundamentaba satisfactoriamente, los ideales liberales. Efectivamente, al concebir a los

hombres como mónadas de libertad, y al Derecho y al Estado como garantes de tal libertad y de sus propiedades, Kant y su escuela constituyeron la ideología perfecta para el liberalismo capitalista. En este sentido, Kant cumplió la función de ser el apóstol de la simple coexistencia, del egoísmo social. Son muchos los repudios que encontramos, en esta época, de esta visión del Derecho y del Estado; frente al egoísmo, el momento reclamaba, en un plano teórico, solidaridad social, y fueron los idealistas y los positivistas los que abogaron por dicha solidaridad. Exceso de abstracción, de teoría y de egoísmo fueron los fallos fundamentales de la escuela kantiana.

La explicación más tradicional sobre el fracaso del iusnaturalismo hace recaer el peso de tal fracaso en la imposición, desde finales del siglo XVIII, de ideas historicistas que desplazarían el razonamiento racional y abstracto, es decir, intemporal y ahistórico, de los iusnaturalistas. Es muy dudoso que esta explicación sea suficiente; desde luego, buena parte de los juristas enemigos del kantismo no se refirieron nunca a ninguna doctrina historicista. Es posible que esta tesis sea cierta referida, de forma muy general, a la Historia de la cultura y del pensamiento científico y filosófico, pero no explica lo que sucedió en el plano específico del Derecho; por ello, su aplicación sin matizaciones a la historia del pensamiento jurídico conduce a una fuerte superficialidad en la inteligencia del proceso por el que el iusnaturalismo desapareció de la escena universitaria europea, y denota falta de estudio, de manejo de las fuentes y, en consecuencia, una distorsión del curso real que siguió la Historia. No es correcto explicar la desaparición del Derecho natural alegando profundas y confusas razones filosóficas; el Derecho natural cayó, reitero la idea, por su exceso de abstracción, por ser incapaz, desde sus postulados, de ocuparse del Derecho positivo; en un plano ideológico, el Derecho natural fracasó porque era una ideología adecuada solamente para el capitalismo liberal, y la época, cansada de culto a la libertad individual, reclamaba teorías que fundamentaran una visión más humana, más solidaria, de la sociedad. Así pues, la mayor atención al Derecho positivo y el replanteamiento de los fundamentos de la convivencia fueron las causas fundamentales que motivaron el derrumbamiento de la escuela iusnaturalista-kantiana.

De esta forma, la *Philosophie des positiven Rechts* acabó desplazando al *Naturrecht*, ya anticuado; hemos podido constatar cómo la primera expresión aparece, polémicamente, como sustituta del *Naturrecht*. El término *Rechtsphilosophie*, en cambio, no denota, en el conjunto de esta polémica, nada en especial; lo usaron frecuentemente tanto los kantianos como sus adversarios, lo que nos indica que era un rótulo «neutro» en la lucha. Naturalmente, hay mucha diferencia entre usar la expresión *Rechtsphilosophie* o, por el contrario, *Philosophie des positiven Rechts*; esta última fue la usada por los «positivistas» tales como, por ejemplo, Hugo, Falck o Warnkönig; la *Rechtsphilosophie*, en cambio, de origen más antiguo, quedó como la nueva expresión para designar la teorización filosófica sobre el Derecho que no se fundamentaba ya en «estados de naturaleza» o contratos sociales.

La etiqueta *Naturrecht* estaba demasiado ligada a estos tópicos iusnaturalistas, que se entendieron en el siglo XIX, por ignorancia histórica, específicos del kantismo, y que con la superación de la Filosofía kantiana quedaron desechados. La *Rechtsphilosophie* fue, de esta forma, la nueva ciencia filosófica que, sin fundamentarse en los tópicos contractualistas, concediendo mayor importancia a la inducción desde las fuentes positivas, sustituyó al *Naturrecht* o *Vernunftrecht* propio del iusnaturalismo moderno, representado, en su última época, por Kant y sus epígonos.

Si atendemos a estas razones no me parece correcta la tesis de Felipe González Vicén, a saber, que la «Filosofía del Derecho» es un concepto histórico, entendiendo por tal lo que ya quedó indicado. Al llegar a este punto es preciso hacer varias matizaciones; efectivamente, en primer lugar hay que indicar que el Derecho natural, en tanto que doctrina que mantiene que existe una ley jurídica más o menos inmutable por encima del Derecho positivo, no quedó afectada ni mucho ni poco por el cambio de mentalidad que hemos estudiado en estas páginas. Lo que cayó doctrinalmente a comienzos del siglo XIX no fue la idea del Derecho natural, sino el «iusnaturalismo» propio de la Edad Moderna, que es una realidad muy distinta; en efecto, una lectura atenta de Vázquez de Menchaca, Grocio, Pufendorf, Wolff, Achenwall, nos muestra que estos autores no creían en lo que constituye la esencia del Derecho natural; ellos se limitaron, a partir de unos datos antropológicos superficiales, a hacer posible, en el plano doctrinal, la ideología democrático-igualitaria que irrumpe, finalmente, en el siglo XIX; si subjetivamente creían en una ley jurídica inmutable, por encima del derecho positivo, es algo que no se refleja en sus obras, aunque, en este punto, habría que hacer algunas matizaciones con Grocio. En cualquier caso, frente a Soto, Molina o Suárez, este «iusnaturalismo» moderno se presentó en actitud belicosa, y acabó, finalmente, por desplazar al iusnaturalismo más tradicional, escolástico-tomista, de las universidades, durante la Edad Moderna. Lo que desapareció, pues, en la polémica a que he aludido en estas páginas, no tiene nada que ver con lo que la mayor parte de la Historia ha entendido como *ius naturale*; ciertamente, el hecho de designar a la corriente dominante de la Edad Moderna como «Escuela de Derecho Natural», «iusnaturalismo», etc..., cumple una función confundente, puede llevar a pensar que lo representó esta corriente y, en consecuencia, que desaparece con Kant. Hubiera sido más preciso González Vicén si hubiera mantenido que el conjunto de la filosofía jurídica kantiana es lo que realmente constituye un «concepto histórico», absolutamente ligado al destino del Estado liberal en su versión más primitiva.

La otra matización se refiere al juego de los rótulos de *Philosophie des positiven Rechts* y *Rechtsphilosophie*. Ciertamente, la «Filosofía del Derecho positivo» sí constituye un concepto histórico, referido a los inicios del siglo XIX, pero la «Filosofía del Derecho» no. Esta última denominación aparece a lo largo de todo el siglo XIX usada por aquellos que en oposición a la *Philosophie des positiven Rechts*, recaban una ciencia filosófica del Derecho, un Derecho natural; este es

el caso, por ejemplo, de Heinrich Ahrens, que no duda en emplear indistintamente los términos *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*, y es el caso, también, de varias decenas de autores que, a lo largo del siglo XIX, siguen hablando de *Rechtsphilosophie* como término sinónimo de *Naturrecht*, una vez desechadas las especulaciones kantianas; basta consultar, para conocerlos, cualquier *Bibliotheca iuridica*, de las varias que se publicaron en el siglo pasado. Debe quedar claro, pues, una idea: el iusnaturalismo o la «Filosofía del Derecho», como tales, es decir, en su concepto más general, no desaparecieron con irrupción del Positivismo; murió, en cambio, la deducción del derecho a partir exclusivamente de la libertad o arbitrio del hombre, y con él, los mitos del iusnaturalismo concreto que se desarrolló en la Edad Moderna, a saber, los «estados de naturaleza», los pactos sociales. Ciertamente, mientras la polémica duró, es decir, mientras el kantismo siguió con vida, los adversarios de esta corriente opusieron a la abstracción kantiana tesis radicales que, en nuestro caso, se concretaron, entre otras cosas, en la afirmación de la Filosofía del Derecho positivo como única ciencia filosófica posible sobre el Derecho; pero cuando la discusión se calmó, a mediados de siglo, comenzaron otra vez a aparecer obras importantes e influyentes que pretendían construir unos Derechos naturales distintos del kantiano, y estos autores usaron indistintamente las expresiones *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*. Por lo demás, es bien sabido que se debe a Rudolf Stammler, especialmente, la consagración del término *Rechtsphilosophie* en tanto que saber, para el siglo XX, sustancialmente distinto, y aún opuesto, a la *Philosophie des positiven Rechts*.

