Francisco CARPINTERO BENITEZ

La Cabeza de Jano

Francisco CARPINTERO BENITEZ

LA CABEZA DE JANO

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE CADIZ

© Francisco Carpintero Benítez
Edita: Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz

I.S.B.N.: 84 - 7786 - 973 - 1
D.L.: CA - 318 / 89

Imprime Industrias Gráficas LIPPER S.A.
c/ Tajo 21, Chiclana (Cádiz)

Printed in Spain

Indice

INTRODUCCION 9

I. UNA NUEVA RAZON 21

1. Libertad o necesidad 21
2. Una razón pura, al margen de la experiencia 23
3. Los motivos de la pureza racional a priori 27
4. El sistema como único método científico 30
5. Las normas de la razón 32
6. Una razón formal, vacía y negativa 36

II. METAFISICA DE LAS COSTUMBRES 43

1. La autonomía ético-jurídica 43
2. El problema de la definición de la libertad 46
3. Los *Urrechte*: libertad, igualdad y propiedad 53
   a. Los derechos fundamentales 53
   b. El fundamento de estos derechos 56
   c. El alcance real de los derechos fundamentales 59
4. Derecho y Moral: sus diferencias 61
5. Legalidad y Moralidad. El tema del deber jurídico 69
   a. Una breve alusión histórica 69
   b. Un planteamiento del problema 72
   c. El problema de la obligación ética en el derecho 75
   d. El Derecho como obligación ética 80
6. *Zwangspflichten* y *Gewissenspflichten* 82

III. REINES NATURRECHT 87

1. El punto de partida: la libertad del individuo expresada en el "estado de naturaleza" 88
2. El principio supremo: no ser medio al servicio de otros 94
3. La mentalidad pactista 98

4. La noción del derecho 103
a. La manifestación primaria del Derecho 103
b. La formulación de la regla del Derecho 110
c. Las garantías de la coacción en el uso de la libertad externa 113

IV. ANGEWANDTES NATURRECHT 119

1. La propiedad: 120
a. La fundamentación filosófica del derecho real de propiedad 121
b. La ocupación como única forma originaria de adquirir la propiedad 126
c. El contenido del derecho de propiedad 133
d. Implicaciones ético-políticas 137
2. Propiedad y sociedad civil 145
a. El Derecho "privado" en el estado de naturaleza 146
b. La función de la propiedad en la creación del Estado 149
3. La creación de la sociedad política 154
a. Las exigencias racionales en la creación del Estado 155
b. El contrato, origen de la sociedad política 158
c. La realidad del contrato social 167
4. La finalidad del poder político 171
a. La polémica antieudemonista 172
b. El aseguramiento de los derechos como único fin racional del Estado 175
c. La naturaleza de la sociedad política 179
d. ¿Estado de Derecho? 182
5. Las formas de gobierno y el problema de la democracia 183
6. Los límites del poder político 192
a. Princeps legibus solutus 192
b. El derecho de resistencia frente al poder que actúa injustamente 195

V. EL PROBLEMA DEL DERECHO POSITIVO 205

1. La naturaleza del Derecho positivo 207
2. Derecho natural y Derecho positivo 210
3. Los criterios para la creación del Derecho 216
4. Las aporías del Derecho positivo 220

VI. LA "RECHTSLEHRE" KANTIANA EN SU EPOCA 223

1. El individualismo ético-jurídico 224
a. Los fundamentos teóricos 224
b. La comunidad política 228
c. El egoísmo mutuo como resultado final 230
2. Teoría jurídica y teoría económica 232
3. En el marco de ideas liberal del siglo XVIII 237

BIBLIOGRAFIA 241

I FUENTES DIRECTAS 241
II FUENTES INDIRECTAS 245

Introducción

LA CABEZA DE JANO

Carl Christian Schmid indicaba, en 1.975, que el número de escritos sobre el Derecho natural, especialmente de tratados, había aumentado extraordinariamente en los últimos años (1); esto nos indica que, a finales de siglo, el tratamiento del Derecho natural estaba de moda. Aunque por este tiempo la inmensa mayoría de los universitarios alemanes creían en la posibilidad de un Derecho "natural" (2), y ello justificaba que aparecieran libros sobre este tema, la mayor atención a los temas iusnaturalistas a que alude Schmid se debió al impacto de la Filosofía jurídica kantiana, que revitalizó enormemente la dedicación a la "teoría jurídica" *(Rechtslehre)*, la "metafísica del Derecho" *(Metaphysik des Rechts)*, "Filosofía del Derecho" *(Philosophie des Rechts)*, etc., ocupaciones todas ellas comprendidas usualmente bajo el rótulo de "Derecho natural" *(Naturrecht)*.

Este renacimiento de la atención sobre el Derecho natural se produjo en el área de lengua alemana, sometida en estos momentos a la hegemonía indiscutida que sobre ella ejercía la filosofía kantiana. Allí donde no alcanzó la Filosofía crítica no hubo, por tanto, esta revitalizacion de los estudios iusnaturalistas y por ello Heinrich Ahrens indicaba en 1.884, cuando ya la escuela del Derecho natural moderno era un cadáver, que "es una pena que Francia no hubiese aportado su

1. "Die Zahl der Schriften, und besonders der Lehrbüchers, über das Naturrecht ist zwar seit wenigen Jahren beträchtlich angewachsen". Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*. Jena und Leipzig, 1795, *Vorrede*, pág. III.
2. "Nicht nur die Naturrechtler von Fach, auch die Vertreter der antiquarischen und historischen Jurisprudenz glaubten an das Bestehen eines zeitlosen Rechts". Cfr. A. Weber, *Gustav Hugo. vom Naturrecht zur Historischen Schule*. Göttigen, 1935, pág. 18.

concurso inteligente en la cultura de esta doctrina" (3).

No piense el lector, sin embargo, que este Derecho natural tan de moda en Alemania a finales del siglo XVIII consistió en una aproximación a los problemas jurídicos concretos; los iusnaturalistas del siglo XVII, en mayor o menor medida, sí abordaron temas que hoy entendemos como de Derecho sustantivo, pero conforme avanza el siglo XVIII, los tratadistas del Derecho natural se dedicaron preferentemente al estudio de cuestiones generales, de forma que la ciencia del Derecho natural derivó hacia una teoría general de la Etica o del acto moral, de modo que el Derecho natural dejó de proporcionar pautas configuradoras de la realidad social y pasó paulatinamente a convertirse en una "Filosofía del Derecho" ocupada en temas puramente abstractos (4).

Junto con esta abstracción y generalidad, el *Naturrecht* conservó el carácter predominantemente academicista que ya había adquirido a lo largo del siglo XVIII; efectivamente, en las páginas de los tratados que estudiaremos a continuación no existen estudios de la realidad cultural, política o jurídica de la época; hay ciertamente -de acuerdo con la tradición liberal de la escuela del Derecho natural- propuestas y exigencias de una nueva sociedad, radicalmente distinta de la existente en ese momento histórico, pero todas las discusiones a las que asistiremos son juegos de conceptos en los que no se busca un mejor reflejo de la realidad, o una propuesta más depurada de reforma social, sino solamente la mayor coherencia lógica, el análisis conceptual más depurado, las deducciones más correctas; esta forma de proceder fue entendida en los Estados alemanes como la verdaderamente universitaria y científica, y era tal en la medida en que el juego conceptual se mantenía puro, evitando cualquier contaminación con las polémicas que se referían más inmediatamente a la praxis jurídica (5).

---

3. "Il est à regretter que la France n´ait pas apporté son concours intelligent dans la culture de cette doctrine". Cfr. *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d´aprés l´état actuel de cette science en Allemagne*. Bruxelles, 1844, pág. III.
4. Nicolaeus Falck, a pesar de ser él enemigo de todo iusnaturalismo, explica que los antiguos tratadistas del Derecho natural se ocuparon de explicar y fundamentar las cuestiones jurídicas concretas, mientras que los iusnaturalistas más recientes se dedicaron a especulaciones de naturaleza muy abstracta y general. Cfr. *Juristische Encykplopädie*. Kiel, 1821, § 50.
5. Leopold August Warnkönig contraponía, a este respecto, a la cultura francesa con la alemana. Indicaba, sobre este tema, que la Filosofía jurídica, en Francia, tenía por lo general un carácter político, mientras que en Alemania dominaban los intereses puramente científicos. Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*. Freiburg im Bresgau, 1839, pág. 170.

LA ESCUELA KANTIANA DENTRO DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL MODERNO

La escuela del Derecho natural estaba agotada a mediados del siglo XVIII; los autores más representativos de este momento, como Baumgarten, Köhler, Achenwall, Höphner, Nettelblatt, Darjes, entre otros, estaban empeñados en una polémica sin término según que la adscripción de cada cual fuera a las filas de Thomasius o se estuviera bajo las banderas de Wolff. Este último autor representaba la línea tradicional del Derecho natural, de corte liberal y democrático, mientras que los discípulos de Thomasius concedían mayor valor a la ética eudemonista, tal como ésta fue entendida en la Ilustración; la discusión, por tanto, estaba centrada en los fundamentos últimos del orden moral y jurídico, en la que se discutía cual debía ser el principio fundamental del sistema que cada cual proponía. En cualquier caso, la discusión carecía de interés, de vitalidad, porque las posturas ya estaban definidas desde mucho tiempo antes y todo se reducía a una lucha escolástica en la que o bien se repetía lo ya expuesto muchas veces o bien se lograba una pequeña y minúscula distinción conceptual, y éste era el mayor logro al que un iusnaturalista podía aspirar.

En este contexto histórico la Filosofía práctica kantiana introdujo un aire nuevo, un campo de discusiones, de planteamientos y análisis de los problemas tradicionales que se apartaba parcialmente de los ya conocidos y mil veces expuestos. Sin embargo, no debemos engañarnos acerca del alcance de la innovación kantiana; la filosofía crítica ofreció un marco nuevo para la discusión de los problemas típicos del iusnaturalismo moderno, pero ni cambió los tópicos del Derecho natural, ni ofreció soluciones nuevas. En este sentido, la filosofía kantiana siguió el camino del Derecho natural, y partió de los tópicos del estado de naturaleza, del contrato social, etc., en el conjunto de una visión fuertemente individualista guiada por la voluntad general de la sociedad política que concluye en la exigencia de un orden político representativo; sigue, pues, la línea liberal de la escuela del Derecho natural, es decir, la propia de Fernando Vázquez de Menchaca, Pufendorf, Wolff, Rousseau.

Felipe González Vicén ha mantenido recientemente que "el punto de partida de la filosofía del Estado kantiana no representa tampoco una profundización o una variante de las bases sobre las que se había movido la especulación política precedente, sino un cambio radical en su misma problemática, una traslación del centro de gravedad a una esfera distinta de la reflexión. Este cambio radical es lo que presta significación histórica a la Filosofía kantiana haciendo de ella, como se ha dicho acertadamente, una especie de cabeza de Jano que mira hacia dos vertientes, cerrando de un lado, el proceso anterior a ella, y abriendo de otra, el camino que había de seguir todo el pensamiento subsiguiente" (6). González Vicén sigue, en lo expuesto en esta cita, algunas ideas vertidas

por Landsberg en 1.898, pero dándole más relieve y, en definitiva, exagerándolas (7). Entiendo que un juicio así sobre la relevancia historica de la obra kantiana, que implica necesariamente una comparación entre dos extremos, es decir la doctrina jurídica anterior y posterior a Kant, sólo se puede mantener si se desconoce uno de estos términos de la comparación; en este caso, lo que parece desconocer González Vicén es la doctrina elaborada anteriormente a Kant por la escuela del Derecho natural moderno. En efecto, Kant, lejos de suponer una superación de la escuela citada, es un epígono más de ella; podríamos decir que, junto con sus discípulos, es su último representante, como tendremos ocasión de estudiar en las páginas que siguen; por otra parte, es ilustrativo sobre este punto que el estudio más completo que existe sobre la escuela del Derecho natural moderno, el *Johannes Althusius* de Otto von Gierke, presente al final de cada capítulo una breve referencia a Kant, mostrándolo siempre como el último integrante de esta escuela; el juicio de conjunto que hace Gierke sobre la aportación kantiana queda expresado cuando indica que "La revisión filosófica efectuada por Kant aseguró a la doctrina iusnaturalista acerca del origen contractual del Estado más tiempo de vida" (8).

De todos modos, mejor que alegar autoridades, prefiero remitirme a lo que expongo a lo largo de este estudio. Ahora indicaré solamente que la importancia de Kant y de su Escuela radica, aparte de que los kantianos fueron cronológicamente los últimos iusnaturalistas, en el hecho de que la Escuela kantiana sublimó y perfeccionó, llevándolo hasta sus últimas consecuencias, todo el *Derecho natural* que se inicia en el siglo XVI. Este estudio es, por tanto, solamente un capítulo de la historia de la escuela del Derecho natural, en concreto su último capítulo; he centrado mi atención en la Escuela kantiana porque representa la última fase de la vida del Derecho natural moderno, y no ha existido otro motivo; no me interesa, por tanto, Kant especialmente; me interesa la escuela del derecho natural, configuradora del pensamiento y de la praxis jurídica y política contemporánea, y Kant y su Escuela quedan dentro de mi interés en la medida en que, como he indicado, ellos representan la última etapa del iusnaturalismo, sin cuyo estudio es imposible, además, entender la génesis doctrinal del positivismo jurídico contemporáneo.

---

6. *De Kant a Marx. Estudio de historia de las ideas*. Valencia, 1984, pág. 17
7. Cfr. E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München und Leipzig, 1898. Dritte Abtheilung, Erster Halband, pág. 503.
8. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. Reproducción de Scientia, 1981, pág. 39.

LA RELEVANCIA HISTORICA DE KANT Y SU ESCUELA.

Nunca un pensador ha ejercido un dominio tan intenso sobre una cultura como el que tuvo Immanuel Kant en Centroeuropa durante más de treinta años. J.A.L. Seidensticker nos informaba, en 1.802, que la Filosofía kantiana y las ideas de la Revolución francesa eran las tendencias intelectuales dominantes entonces en Alemania (9), y éste es un testimonio que tiene un valor especial porque Seidensticker era un enemigo radical de Kant. Unos años más tarde, Anton Friedrich Justus Thibaut reconocía que "los seguidores de esta Filosofía, en el corto espacio de algunos años, han conquistado toda la ciencia, de forma que, como indica Garve, los escritos alemanes sobre cualquier materia expresan la forma, ya que no el espíritu, de la Filosofía crítica. La Lógica, la Filosofía práctica general, la Moral, el Derecho natural, en pocas palabras, todas las ciencias... la Teología positiva y la Jurisprudencia, la Matemática, la Física, la Química, la Pedagogía, las ciencias del Estado, la Gramática, la Catequética - todo ha sido criticado y fundamentado según los principios kantianos de la Filosofía crítica" (10). En este mismo sentido, Friedrich Murhard, en 1.832 explicaba que mientras duró el absoluto predominio de la Filosofía crítica, no hubo lugar en Alemania para ningún otro planteamiento sobre el Derecho (11). Fue tal el secuestro de la cultura alemana por la Filosofía kantiana que durante mucho tiempo, según nos informa Thibaut, ser filósofo era sinónimo de ser kantiano, de modo que la aversión a Kant que se suscitó en el primer tercio del siglo XIX llevó a un apartamiento de toda forma de filosofar, ya que las insuficiencias de la Filosofía crítica fueron entendidas como incapacidad de cualquier Filosofía (12).

---

9. Cfr. *Juristiche Fragmente*. Göttingen, 1802, § 35.
10. "...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... Die positive Theologie und Jurisprudenz, die Mathematik, die Physik, die Chemie, die Pädagogik, die Staatswissenschaften, die Gramatik, die Kathechetik- alle ist nach kantischen Grunsätzen kritisirt, und durch kritische Principien gegründet". Cfr. *Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze* en *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. Jena, 1817, pág.125.
11. Cfr. *Der Zweck des Staats*. Göttingen, 1832, pág. 129.
12. "Schon oft genug ist dieser ärgerliche Zustand der kritische Philosophie -wenn man uneigentlich alles mit diesem Name belegen will, was von den Anhänger Kants gedacht und geschrieben wird- bemerklich gemacht, belacht und bespötteln worden. Vortrefflich wäre es, wenn diese lächende und satyrische Laune benutzt würde, die Philosophen weiser, vorsichtiger, bescheidener zu machen... wenn man nicht die Fehler des Gebrauchs künstlich zum Fehler der Sache zu machen bemuht wäre". Cfr. *Ueber den Einfluß...*, cit., pág. 127.

El iusnaturalismo kantiano sucumbió aparentemente hacia 1.820 cuando las obras más influyentes que aparecen se oponen en prácticamente todos sus puntos de partida a los postulados de la doctrina jurídica kantiana; éste es también el momento en el que dejan, definitivamente, de aparecer más tratados kantianos sobre el Derecho natural. Pero la carga iusnaturalista -quiero indicar con este adjetivo las ideas de la escuela del Derecho natural moderno recogidas por Kant- había dominado tanto tiempo de forma tan fuerte que, a pesar del expreso rechazo de Kant -en quién se identificó al Derecho natural- los postulados iunaturalistas-kantianos fundamentales permanecieron en la ciencia jurídica alemana posterior a esta fecha. En este sentido, Friedrich von Raumer escribía en 1.861 que "el principio fundamental del Derecho natural kantiano ha continuado operando hasta el día de hoy, y está admitido por la mayoría con modificaciones insignificantes" (13). La *aversio* Kant del siglo XIX, en el terreno de la teoría jurídica, fue real; pero el iusnaturalismo había moldeado de tal forma la mentalidad que todo el siglo XIX fue, inconfesadamente, kantiano. El positivismo jurídico que se inició en el primer tercio de este siglo hizo que las cabezas se dejaran de preocupar por el Derecho natural, e incluso que lo rechazaran expresamente, como una quimera; pero las ideas motrices, los tópicos que influyeron desde dentro en la legislación y en la ciencia jurídica fueron los de la Escuela del Derecho natural prolongada y perfeccionada por Kant y sus discípulos. A este respecto es muy relevante el estudio de Hans Kiefner sobre la influencia de Kant sobre la teoría y la praxis del Derecho civil en el siglo XIX (14), porque en él demuestra cómo los conceptos fundamentales de los que parte Savigny no son sino los viejos postulados kantianos. Y es que Kant siguió ganando batallas una vez muerto.

EL ALCANCE DE ESTE ESTUDIO

Los estudios realizados en el siglo XX sobre la obra jurídica de Immanuel Kant no ofrecen una imagen unitaria de su doctrina, ya que cada autor ha entendido la aportación kantiana de una forma distinta. El problema tiene su origen en las ambigüedades y contradicciones de las obras de Kant que tratan de temas jurídicos, especialmente la "Introducción a la Metafísica de las costumbres"; en efecto, en este último estudio, Kant lanza ideas que son

13. Cfr. *Ueber die geschichtliche Entwickelung von Recht, Staat und Politik.* Leipzig, 1861, pág. 125.
14. Vid. *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert* en *"Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert".* Ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, *passim.*

susceptibles de ser desarrolladas en direcciones muy diferentes, como muestra la experiencia. Los estudios destinados a describir el "verdadero" pensamiento jurídico de Kant comenzaron a aparecer a finales del siglo pasado; desde entonces Gierke, Eleutheropulos, Bargmann, Lisser, Cohen, Wicke o Haensel entre otros, se enzarzaron en una discusión que duró treinta años; todos encontraron en la Metafísica de las costumbres, en el artículo sobre el *Gemeinspruch* o en *Zum ewigen Frieden* apoyo para sus tesis opuestas. Más recientemente, con la revalorización de Kant y, en general, de las teoría constractualistas, los estudios kantianos se han reiniciado y la polémica ha continuado en términos similares; por ello, las opiniones de Kersting y Deggau, por ejemplo, son completamente inconciliables.

A la vista de la literatura discrepante y contradictoria que existe sobre la doctrina jurídica de Kant, es razonable pensar que es imposible encontrar el "verdadero" pensamiento kantiano, ya que con frecuencia, el problema fundamental que encontramos en esta literatura consiste en que el intérprete correspondiente de las teorías kantianas no pretende exponer, en su contexto histórico, tales teorías, sino que se propone recomponer o reconstruir el pensamiento kantiano a fin de que se corresponda, y sea útil, a la mentalidad dominante en cada momento del siglo XX; por este camino, Kant aparece como socialista (es el caso de la interpretación de Karl Vorländer) o como un liberal que preveía el *Welfare State*, como pretende hoy Kersting. En mi opinión, el esfuerzo más notable para "reconstruir" el pensamiento kantiano ha sido el de Wolfgang Kersting; este autor, igual que otros, no se ha preocupado por entender al Kant histórico, con su entorno, circunstancias y ambiente intelectual, sino que pretende adaptar la doctrina jurídico-política kantiana a una forma de pensar extendida en la segunda mitad del siglo XX. Si tenemos en cuenta el conjunto de esos intentos dirigidos a la adaptación de Kant a los tiempos que corren, nos encontramos ante un hecho similar al de las "relecturas" de Marx en los países socialistas.

Esta forma de proceder, ¿tiene alguna utilidad? ¿No supone una distorsión completa de la Historia, llevada a cabo por motivos ideológicos? Pienso que, en este tipo de investigaciones, empujadas por las exigencias ético-jurídicas del momento presente, son la imaginación y el ingenio los que hacen el gasto y, en consecuencia, el estudio del pensamiento jurídico de toda una época, además de quedar manipulado y por ello distorsionado, se vuelve opaco, como la historia misma, porque ya no es un dato que se puede estudiar con una cierta objetividad, sino una materia maleable según las conveniencias, algo así como la plastilina en manos del escolar.

No pretendo abordar el problema de la objetividad en el estudio de la Historia; soy consciente de que cada época, cada generación, necesita hacer su propia Historia. Pero veo también que el estudio más completo posible de los

antecedentes históricos, del entorno que rodea una doctrina determinada, del modo cómo tal teoría fue entendida por sus epígonos, enemigos y, en general, por la posteridad inmediata, crea un marco de ideas relativamente objetivo que difícilmente se puede romper para poner a un autor al servicio de los intereses ideológicos propios. En realidad, en este tema, es preciso hacer una opción fundamental que podríamos expresar en los términos siguientes: ¿pretendemos mostrar el curso de los procesos -en el caso de la Historia de las ideas, de los procesos intelectuales- o, por el contrario, se quiere con una monografía -sobre Kant, en este caso- ayudar a solucionar los problemas del momento presente, adaptando las tesis, prolongando unilateralmente facetas parciales de su doctrina y llevando, en definitiva, las ideas del autor hasta donde él nunca pensó?

Se trata, pues, de optar entre dos tipos de investigación; una es la ideológica o de tesis, con la que se quiere proponer algo más o menos nuevo con la pretensión de influir en la conciencia colectiva; en ella se suele estudiar (interpretar) a fondo la obra de un autor pretérito, que se supone mal entendido hasta hoy, a fin de rehabilitar sus ideas que se suponen son de utilidad para la actualidad; en este tipo de investigación no suele haber estudio del marco histórico, porque su autor considera, más o menos inconscientemente, que es una pérdida de tiempo dedicarse a estudiar antigüedades cuando las exigencias de hoy son tan acuciantes. La otra investigación es la histórica y con la que se pretende, simplemente, exponer cómo han discurrido las cosas en la época estudiada; en ella no tiene mucho sentido "profundizar" en las obras de autores aislados que se suponen importantes; más bien lo verdaderamente relevante es estudiar a tales autores sólo en la medida en que influyeron en su época y en la posteridad; lógicamente, no interesa tanto el estudio minucioso de la obra del autor principal -que siempre presenta muchas facetas oscuras, contradictorias o irrelevantes- como la multitud de escritos de sus epígonos y de enemigos, en los que se puede reconocer hasta qué punto el autor estudiado encauzó realmente la Historia. Este segundo tipo de estudio de los procesos históricos es el que he pretendido realizar en este libro; consecuentemente, no he centrado mi esfuerzo en "interpretar" las obras de Immanuel Kant, sino que he procedido a estudiar la literatura jurídica aparecida entre 1.790 y 1.840, en la que apreciamos los antecedentes, el entorno, las interpretaciones de sus discípulos y de sus enemigos.

LA ESCUELA KANTIANA

Las observaciones hechas son especialmente interesantes en el caso de Kant. En efecto, a diferencia de otros autores que no consiguieron, o apenas lograron crear una escuela, Kant creó una Escuela poderosa, influyente y dominante en Centroeuropa durante muchos años, cuyos libros eclipsaron a los

del maestro; efectivamente, los discípulos de Kant -*die Kantianer*- no se solían referir, al menos cuando la Escuela cobró vida propia, a las obras de él, sino a los libros de otros kantianos, y los contradictores del kantismo apenas tuvieron en cuenta a Immanuel Kant; tenían ante ellos a una multitud de influyentes kantianos, contra quienes dirigieron sus ataques. Desde esos datos, la Escuela kantiana aparece históricamente como más interesante que la figura aislada de Kant.

Es preciso, además, tener en cuenta otro hecho relevante; la Filosofía jurídica kantiana fue elaborada entre muchos autores, bastantes de los cuales publicaron sus obras años antes de que apareciera la *Rechtslehre* de Immanuel Kant. Por ello, Kant, por paradojas de la Historia, fue un autor tardío, dentro de la escuela kantiana (15); cuando él redactó su *Rechtslehre* disponía y tenía a la vista varios libros que explicitaban, interpretaban o prolongaban su propio pensamiento, por lo que la redacción de su obra no puede considerarse como una producción original. Por otra parte, la parte jurídica de la "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", a pesar de provenir de la pluma del propio Kant, apenas representó, ante la época, una obra más dentro de la Escuela, que concurrió con los otros ensayos jurídicos-kantianos no siempre en situación de superioridad; este libro defraudó a sus seguidores, porque era poco jurídico, con distinciones excesivamente complicadas para la mentalidad del jurista, de escasa utilidad, en una palabra, en el Derecho (16). De hecho, si exceptuamos a algún kantiano que se propuso fundamentalmente volver accesible el conocimiento de Kant al gran público, esta obra no aparece apenas citada en el alud de libros jurídicos "críticos" que aparecen a partir de 1.792. En cambio, los autores de primera hora que establecieron la doctrina jurídica kantiana, Schmalz, Hufeland o Hoffbauer, o los kantianos influyentes posteriores, como Krug, fueron mucho más leidos, comentados y citados.

La *Rechtslehre* kantiana es, a tenor de estas indicaciones, una obra más, y ciertamente no la más influyente, en el desarrollo de la Filosofía crítica. Por esto, centrar toda la actividad investigadora sobre ella demuestra, en mi opinión, falta de conocimiento de la Historia, y de ello resulta una tendencia a jugar con las ideas y no, en cambio, un afán por mostrar el curso histórico real.

En consecuencia, he centrado la atención investigadora en las obras de los epígonos kantianos, de los que el propio Kant, con frecuencia, es un discípulo; ellos forman, en su conjunto, la Escuela kantiana, es decir, el movimiento que realmente influyó en el acaecer histórico y, por tanto, el objeto más plausible del

---

15. J. A. Berk, en 1797, reparaba ya en este hecho. Cfr. *Briefe über Immanuel Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Leipzig und Gera, 1797, pág. 49.
16. Cfr. Kristian Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung. Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre*. Freiburg-München, 1984, pág. 47.

estudio. Por otra parte, si lo que se pretende es conocer con precisión la obra de Kant, nada mejor que estudiar a sus seguidores y contemporáneos; ellos utilizaron las mismas categorías intelectuales que Kant, porque estaban sumidos en las mismas espectativas jurídicas, políticas, económicas -y, con frecuencia, puramente conceptuales- que este autor; ellos fueron los que compartieron el ambiente intelectual y vital de la época, y, por esto, su interpretación del pensamiento kantiano es la más exacta posible.

UNAS OBSERVACIONES

No haré referencias directas a las obras de Kant. He comprobado que los kantianos no se apartan sustancialmente del maestro, al menos en las cuestiones últimas, en las de partida, y, según lo que ya he indicado, el conocimiento mejor de Kant nos vendrá a través del estudio de las obras de los componentes de la Escuela kantiana. De todos modos, no está de más indicar que la lectura de este libro presupone un conocimiento de lo que Kant dejó escrito, especialmente en las dos partes de su "Metafísica de las Costumbres".

Fueron muchos los que integraron la Escuela kantiana y por ello, el examen de esta Escuela exige tener en cuenta muchas páginas; dado, además, que los kantianos suelen formar un bloque compacto en la mayor parte de las cuestiones que tratan, sin exponer discrepancias, en el momento de exponer las ideas de la Escuela he tenido que proceder a una selección entre los muchos autores que repiten lo mismo; el criterio que he seguido ha sido el de citar y tener en cuenta a aquel, o a aquellos autores, que exponen la idea en cuestión con más profundidad, claridad y rotundidad; cuando ocasionalmente, existe alguna discrepancia entre ellos la he hecho notar.

Aparecerán citados en estas páginas algunos autores que pasan por ser muy ajenos, cuando no enemigos, del pensamiento kantiano; este hecho no debe desconcertar al lector; el predominio de las teorías kantianas llegó a tal extremo que a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, casi ningún universitario pudo sustraerse a su influjo; por esto, incluso los idealistas -el primer grupo filosófico que se opuso a las tesis kantianas- fueron, en sus inicios, kantianos. (17).

He hablado mucho de la necesidad del enmarque histórico en cualquier tipo de investigación histórica; tal enmarque es especialmente necesario en el

17. J. G. Fichte, por ejemplo, fue considerado por la época como un seguidor más de Kant. Cfr. sobre este punto a A.A. von Linck, *Ueber das Naturrecht als Grundlage der Strafrechtstheorien*. München, 1829, pág. 21, y a J. J. Roßbach, *Die Perioden der Rechts-Philosophie*. Regensburg, 1842, § 171.

estudio de la Escuela kantiana porque sus tesis más radicales no se reconocen con claridad en la Edad de Oro de la Escuela, sino más bien en plena crisis, cuando las necesidades apologéticas ante los ataques llevan a perfilar las ideas en mayor medida que anteriormente. Además, los modos como los enemigos de Kant entendieron la vertiente jurídica de la Filosofía crítica constituye un conjunto de datos nada despreciable.

Ha sucedido, sin embargo, que me he quedado en la exposición sucinta de las doctrinas de la Escuela kantiana. El plan primitivo de esta obra comprendía tres partes; en primer lugar, el estudio del Derecho natural tardío, en la segunda mitad del siglo XVIII, en el que se encuentra prefigurada en muy buena medida la teoría jurídica kantiana; en un segundo momento vendría la exposición del cuerpo doctrinal kantiano para acabar, en una tercera etapa, con el análisis de las diversas direcciones que tomó la crítica contra las doctrinas kantianas que dieron lugar, en su conjunto, a lo que se conoce como "Positivismo jurídico".

Comencé haciendo un esbozo de la tercera y última parte, es decir, de los orígenes doctrinales del Positivismo jurídico, y adquirió tal volumen literario que me forzó a considerarlo como una monografía distinta a ésta; lo mismo sucedió con lo que, en un primer momento, titulé "El ambiente prekantiano"; por este hecho, estas dos partes aparecerán como obras independientes -aunque conexas- de ésta, y lo que presento ahora es, simplemente, una interpretación de la doctrina jurídica kantiana hecha sobre el fundamento de lo que nos han dejado escrito sus discípulos.

La bibliografía sobre la teoría jurídica kantiana es ingente. Puesto a seleccionar entre ella, he seguido el criterio de tener en cuenta aquellos estudios que expresan las actitudes más nítidas acerca de los diversos problemas que plantea la *Rechtslehre* de la Escuela crítica. Una consecuencia, entre otras, de este modo de proceder es evitar recargar las páginas con un exceso de notas que serían supérfluas.

Por lo demás, he respetado el idioma alemán tal como viene expuesto en las fuentes; efectivamente, no soy partidario de traducir los textos antiguos al respectivo idioma moderno, porque entiendo que esta operación quita vivacidad y literalidad a los textos en cuestión; por esta causa, las citas están reproducidas, en sus términos y en su sintaxis, tal como se solían usar en los Estados alemanes de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo pasado. Por este hecho, lo que pueda extrañar al lector del alemán actual no constituyen erratas de imprenta, sino que son variaciones de un idioma que aun no disponía de reglas ortográficas precisas y generales.

Capitulo I

UNA NUEVA RAZON

1. LIBERTAD O NECESIDAD

Escribía Johann Cristian Gottlieb Schaumann en 1.792 que todo objeto que se nos presenta ante nosotros como determinable, determinado o determinante pertenece necesariamente bien al mundo de la naturaleza física, bien a la libertad; si tal objeto pertenece al mundo de lo natural, se llama "físico" *(physisch)* y, si, por el contrario, permanece en la esfera de la libertad entonces debe ser entendido como moral *(moralisch)*. Porque la libertad es un modo de causalidad independiente de la Naturaleza que comprende bajo sí lo que no es determinado naturalmente, es decir, causalmente (1). Esta es la primera declaración que encontramos -en un tratado de derecho natural- en la que se delimitan excluyentemente dos mundos: el de la causalidad-necesidad, que es el ámbito de lo que los kantianos llamaron *Natur,* es decir, el mundo físico, externo al hombre, y el mundo propio del hombre, que no puede consistir sino en libertad. Se trató de una contraposición dialéctica, a saber: necesidad en el ámbito natural y, por oposición, libertad como única concepción posible de la actividad racional-humana. Esta fue una concepción del mundo, y del hombre, que traspasa toda la Escuela

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

kantiana, desde sus orígenes hasta su fin, treinta años más tarde; uno de los últimos seguidores de Kant, Conrad Johann Alexander Baumbach explicaba, en 1.823, que la tesis expuesta es cierta porque la Etica no tiene como objeto, al contrario que la Física, la necesidad causal , sino sólo la libertad, de modo que sin la libertad ningún derecho es concebible, por lo que la Etica, y todo el Derecho natural, tienen el mismo objeto, la libertad (2). Esta forma de ver las cosas se impuso dominantemente durante cierto tiempo, y, hasta los advesarios de la filosofía crítica, o kantiana, como era el caso del Fichte maduro, participaban de ella (3).

No existía, pues, un término medio. "El conjunto de condiciones bajo las que un hombre se encuentra constituyen su estado; éste es determinado por la naturaleza, o por la libertad, es decir, por su arbitrio" (4). La Naturaleza es una fuerza ciega, que se nos impone sin nuestro asentimiento por lo que, hablando con propiedad, no podemos decir que de ella se deriven "normas"; las fuerzas naturales producen en nosotros un "tener que hacer", un *müssen,* es decir, una necesidad natural ante lo que tenemos que doblegarnos, explicaba Jacob Fries; al *müssen,* se contrapone el *sollen,* es decir, la obligación específicamente humana, que brota de la libertad. Las leyes del *müssen* son leyes necesarias de la naturaleza, mientras que, por el contrario, las leyes del *sollen* son las normas necesarias para la libertad de un ser racional (5).

El avance de la ciencia físico-causal, en la segunda mitad del siglo XVIII, había sido muy fuerte y Kant y sus seguidores quisieron buscar una esfera

---

2. "... denn die Ethik hat nicht, wie die Physik, das Natur-Nothwendige zu ihren Gegenstände, sondern allein das Gebiet der Freiheit im Leben... und ist daher ohne Freiheit kein Recht gedenkbar, so haben offenbar die Ethik und das Naturrecht ganz denselben Gegenstand". Cfr. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie, besonders für Deutschland bürgerliches Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft.* Leipzig, 1823, § 6.
3. Vid. Johann Gottlieb Fichte, *Die Staatslehre, oder über das Verhältniß des Urstaates zum Vernunftreiche.* (Vorträgen gehalten im Sommer 1813). Berlin, 1920, págs. 20-21.
4. "Der Ingegriff der Bestimmungen, welche einem Menschen zukommen, heißt sein Stand. Dieser ist entweder durch die Natur oder durch die Freyheit (d.i. Willkühr) bestimmt". Cfr. Ludwig Heinrich Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht.* Halle, 1795, § 185.
5. "In unserm Wissen findet sich eine zweyfache Art der Nothwendigkeit, eines allgemeinen Gesetzes, eine theoretisch und eine praktische Nothwendigkeit; die erste wird durch *Müssen,* die andere durch *Sollen* ausgesprochen. Das Müssen bezeichnet die Naturnothwendigkeit... das Gesetz des Sollens bezieht sich vielmehr auf einen vernünftigen Willen als Vorschrift, auf die blosse Vorstellung eines Gesetzes, welche mit Nothwendigkeit fordert, diesem Gesetze gemäß zu handeln. Zu demjenigen, was ich thun muß, bin ich gezwungen, das Müssen legt mir einen Zwang auf, als Naturnothwendigkeit. Dasjenige, was ich thun soll, wir hingegen nur mit Nothwendigkeit von meiner Freyheit gefordert... Die Gesetze des Müssen sind also nothwendige Gesetze der Natur, die Gesetze des Sollens hingegen nothwendige Gesetze für die Freyheit des vernünftigen Willen". Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik alle positiven Gesetzgebung.* Jena, 1803, pág. 5.

racional-humana sustraida al acontecer necesario de la Naturaleza física. El problema radicaba en que las cosas, en tanto que fenómenos espacio-temporales, están determinados causalmente sin ninguna excepción, y, en consecuencia, pensaron que desde ellas no se puede extraer una regulación del comportamiento humano; en efecto, si han de existir comportamientos *imputables,* libres, y no simplemente necesarios, es preciso *suponer* la libertad, que no puede subsistir bajo la determinación causal; dada esta incompatibilidad entre mundo físico-causal y libertad, fue preciso suponer que la esfera de la libertad estaba fuera, por así decir, del mundo de los fenómenos, y que debía ser pensada desde sí misma. Por ello, la Filosofía práctica determinó el carácter de la libertad de una forma fundamentalmente negativa; es lo que no está sometido a la Naturaleza (6). Esto planteaba algunas exigencias filosóficas. Veamos las más acuciantes.

2. UNA RAZON PURA AL MARGEN DE LA EXPERIENCIA.

Bajo "experiencia" entendieron los kantianos lo que le llega al hombre a través de los sentidos; dado que éstos son sólo ventanas abiertas al mundo físico-causal, resultó evidente que lo proviniente de los sentidos, es decir, de la experiencia, era inútil en el momento de determinar la actividad racional-moral del hombre. Esta breve declaración debe entenderse en toda su radicalidad. Abicht explicaba que no solamente la experiencia en sentido estricto, sino que tampoco las autoridades humanas, ni los acuerdos entre los hombres, ni sus opiniones, sirven para el Derecho natural (7). El grito de guerra, referido a la Etica, lo dio Hoffbauer en 1.793: "Todas las leyes prácticas surgen exclusivamente de la razón" (8). Por ello, Heydenreich explicaba un año más tarde, que el Derecho natural, en sentido estricto, no puede depender de ninguna ciencia auxiliar, todo lo proporciona la razón pura (9).

Cuando la Escuela llegó a una cierta madurez encontramos declaraciones más precisas y contundentes a este respecto. Theodor Schmalz, que fue el primero que construyó un sistema iusnaturalista digno de este nombre desde la

---

6. Vid. Hans-Georg Deggau, *Die Aporien der Rechtslehre Kants.* Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, pág. 18.
7. "Und die Quelle ihrer Befriedigung? Nicht Erfahrung allein, nicht Auktorität, nicht Uebereinkunft der Menschen nach ihrer Meinungen, nicht Thatsachen... sondern die Geistesnatur, oder die Menschheit, vollständige Zergliederung und Darstellung des bestimmten Zusammenhangs ihrer Theile - ist die einzige ächte Quelle, aus welcher jene bedürflichen Rechtsgrunsätze geschöpft können". Cfr. Johann Heinrich Abicht, *Neues System aus der Menschheit entwickelte Naturrecht.* Bayreuth, 1792, *Vorrede*, pág. 3.
8. "Alle praktische Gesetze entspringen aus der Vernunft". Cfr. *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt.* Halle, 1793, § 37.

filosofía kantiana, escribía que sólo la razón puede determinar y aprobar lo que debe hacer el hombre, sin ayuda de la experiencia, con independencia de todos los fenómenos que provienen del mundo exterior, del tiempo, incluso en contra de éstos (10). Carl Christian Schmid, quizá el más agudo de los kantianos, explicaba sobre este tema que "La fuente del Derecho natural no es la experiencia de lo que sucede realmente, de lo que suele suceder o de lo que tiene que suceder, o puede acaecer según las leyes físicas; tampoco lo es el arbitrio de un gobernante, o de un jurista o una revelación sobrenatural, sino sólo la razón y, concretamente, la razón pura práctica" (11).

La separación entre "racionalidad" y experiencia fue absoluta y, en este sentido, el mismo Schmalz había explicado, desde los inicios de la Escuela, que las acciones libres, para poder ser consideradas como tales, no sólo debían ser realizadas sin atención al posible placer o dolor que de ellas se derivaran, sino que debían ser ejecutadas sin ninguna atención a las consecuencias que de ellas se pudieran desprender (12).

---

9. Cfr. *System de Naturrechts nach kritischen Prinzipien*. Leipzig, 1794, pág. 7. Este autor hace algunas observaciones, en este mismo lugar, que matizan lo anteriormente expuesto; pero no tienen gran importancia porque quedaron ahogadas por el afán de pureza metódica de la Escuela. Hoffbauer era un iusnaturalista tradicional, "convertido" al kantismo y, en estos primeros momentos del desarrollo de la Escuela, conserva aún residuos de su formación anterior, que más tarde desaparecerán. Por esto, Anton Bauer, en 1808, explicaba con precisión que "Man vermeide sorgfältig alle Verswechslung des Naturrechts mit den angränzenden und verwandten Wissenschaften, insbesondere mit Moral und Politik. Die Vernächlässigung dieser Regel ist die Quelle der meisten Controversen und Irrthümer". Cfr. *Elementarsystem der Rechtswissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*. Marburg, 1808, § 32.
10. "Da nun die Vernunft auch ohne alle Hilfe der Erfahrung und unabhängig von allen Erscheinungen die in der Zeit vorausgehen mögen, hat selbst gegen diese, das Widersprichende verwerfen, das Vernünftige billigen kann, so kann das vernünftige Wesen seine Handlungen unabhängig von den Eindrücken dessen, was es ausser sich auschaut, bestimmen". Cfr. *Das reine Naturrech*. Könisberg, 1795, § 5.
11. "Die Quelle des Naturrechts ist nicht die Erfahrung von dem, was wirklich geschieht, zu geschehen pflegt oder nach physihen Gesetzen geschehen muss oder kann; noch die Willkühr eines Regenten, oder Rechtslehrers, noch eine übernatürliche Offenbarung, sondern allein die Vernunft, und Zwar die reine praktische Vernunft". Cfr. *Grundriss..*, cit., § 15. Las mismas ideas sobre este tema las encontramos en otros autores. Vid. J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*. Jena und Leipzig 1796, § 1. K. Chr. Kohlschütter, *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1798, pág.92. G. L. Reiner, *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*. Landshut und Ausburg, 1801, § 22.
12. "Da nun die Vernunft auch ohne Hilfe der Erfahrung und unabhängig von allen Erscheinungen, die in der Zeit vorausgehen mögen, ja selbst gegen diese, das Widersprenchede verwerfen, das Vernünftige billligen kann, so kann das vernünftige Wesen seine Handlugen unabhängig von den Eindrücken dessen, was aeusser sich auschaut, bestimmen". Cfr. *Das reine Naturrecht.*, cit., § 11. Abunda en la misma idea en una obra suya más tardía, *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht*. Könisberg, 1798, pág. 2. Cfr. también Kohlschütter, *Vorlesungen...*, cit., pág. 28.

Ciertamente, varios kantianos distinguieron entre el Derecho natural "puro" y el Derecho natural "aplicado" *(reines Naturrecht, angewandtes Naturrecht)*, y esto podía llevar a pensar que en el Derecho natural "aplicado" la Escuela kantiana tuvo en cuenta los datos que provienen de la experiencia. Schmid aludía a esta distinción explicando que aquella parte del Derecho natural que desarrolla los principios supremos, o la idea racional del Derecho natural, se llama Derecho natural "puro"; en cambio, aquella otra parte que aplica estos principios a la naturaleza y relaciones de los hombres conocidas por la experiencia, la llamamos Derecho natural "aplicado" (13). Pero este tipo de declaraciones no nos debe inducir a error, pensando que en el Derecho natural "aplicado" los kantianos indujeron reglas morales o jurídicas desde la experiencia. El tema clásico del Derecho natural "aplicado" fue la teoría del Estado y de la propiedad, que las construyeron, de acuerdo con los postulados de la tradición iusnaturalista, de espaldas a los datos que suministraba la realidad antropológica, jurídica y política. Concretamente, Bauer, para explicar la "experiencia" que debe tener en cuenta un seguidor de Kant al desarrollar un sistema de Derecho natural, escribía que "el concepto del Derecho se deduce desde la razón. La situación humana que es preciso tener en cuenta, para explicarlo, consiste en la concurrencia de un hombre con otro hombre, y éste es el único presupuesto empírico del concepto del Derecho natural" (14).

La consecuencia más inmediata de esta forma de entender la ciencia fue, para la teoría jurídica, afirmar que toda ella (llamada *Naturrecht)* debe ser racional a priori. Krug, infatigable defensor de las tesis kantianas, mantenía que "El Derecho natural está determinado por la naturaleza racional del hombre y, por tanto, no puede ser otra cosa que lo que es establecido por la razón misma. El Derecho natural es un Derecho puramente racional" (15). De esta forma, cuando el Estado es concebido al margen de los datos causales que proporciona

---

13. "Das Naturrecht hat also reine Principien a priori. Derjenige Theil desselben, welche diese obersten Principien oder die Vernunftidee von dem Rechte entwickelt, heisst reines Naturrecht. Derjenige Theil, welcher diese Principien auf die durch Erfahrung erkannte Natur und Verhältnisse der Menschen, sofern dieselben des Zwängs fähig sind, anwendet, heisst das angewandte Naturrecht". Cfr. *Grundriss..*, cit., § 16.,
14. "Der Rechtsbegriff ist aus der Vernunft abzuleiten. Die Lage des Menschen, welche allein dabei berücksichtigen, besteht in der Concurrenz desselben mit andern Menschen, und dies ist die einzige empirische Voraussetzung dieses Begriffs". Cfr. *Elementarsystem.*, cit., § 37.
15. "Es kann aber keinen Menschen irgend eine Auktorität oder Willkühr schlechthin rechtlich verbinden, das, was sie will, als Gesetz zu respektieren. Denn jeder Mensch ist als Vernunftswesen eine Person für sich und durch sich selbst, d.h. ein selbständiges von der Willen eines Anders unabhängiges, mithin sich selbst gesetzgebendes Wesen. Nur der gemeinsame Wille aller Vernunftwesen überhaupt ist, aus welchen das natürliche Recht hervorgeht, ist verbindlich für alle, nicht aber der besondre Wille einzelner Vernunftwesen, aus welchem das positive Recht hervorgehen soll". Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*. Jena, 1800, § 35.

la experiencia, y nos atenemos a los principios jurídicos puramente racionales que lo hacen posible, tenemos *der Staat in der Idee*, afirmaba Reiner; tal "Estado ideal" nos suministra una *forma*, la forma del Estado en general (*die Form eines Staates überhaupt*) que es el único criterio posible enjuiciador válido para cualquier comunidad de hombres (16).

Este "estado en general", para ser concebido de forma puramente "racional", tuvo que pagar un precio alto; efectivamente, siguiendo la tradición iusnaturalista moderna, lo único que apareció como racional fueron los individuos aislados, al margen de cualquier tipo de sociedad humana. E.L.A. Eisenhart exponía este planteamiento de forma muy simple: "El conjunto de derechos que se deducen desde la ley jurídica, sin suponer el concepto de sociedad civil, crea el Derecho natural en su sentido estricto. Este estado del hombre, al margen del concepto de sociedad, es llamado estado de naturaleza (*Naturzustand*)" (17). La Escuela kantiana entró abiertamente, desde estas bases, por el camino de las ficciones, ya que no otra cosa supone concebir el Derecho y el Estado al margen de cualquier sociedad; esto no suponía nada nuevo, como ya sabemos; pero, en la tesitura de elegir entre el Derecho natural moribundo, o las nuevas tendencias que ya habían sentado otros planteamientos tanto en teoría política como en teoría económica, Kant, y con él sus discípulos, optaron por aferrarse a la forma de proceder propia del iusnaturalismo.

La tesis relativa a la independencia de la razón frente a la experiencia se fue endureciendo conforme se afianzaba la Escuela, de forma que mantuvieron, no solamente en el ámbito de la Etica, sino para todos los saberes, que toda "ciencia" digna de este nombre debe fundamentarse exclusivamente en la razón pura. Schmalz, en este sentido, aunque admitía, en principio, la licitud de las ciencias que se indujeran desde datos empíricos, concluía que "Dado que en las ciencias que se apoyan en la experiencia es imposible un conjunto de conocimientos completo y determinado, por lo que nunca se alcanza certeza, sólo podemos llamar ciencias en sentido propio y elevado a las que son puras" (18).

---

16. "Wird der Staat unabhängig von aller zufälligen Einrichtung in der Erfahrung, bloss nach reinen Rechtsprincipien, die ihn möglich machen, gedacht; so heisst er der Staat in der Idee. Seine Form, ist die Form eines Staates überhaupt, und dient jeder wirklichen Vereinigung der Menschen zu einem Gemeinwesen, zur einzig gültigen Richtschnur". Cfr. Reiner, *Allgemeine Rechtslehre...*, cit., § 21.
17. "Der Inbegriff der Rechte, welche sich aus dem Rechtsgesetze ableiten lassen, ohne dabey den Begriff bürgerliche Gesellschaft voraussetzen, macht das Naturrecht im engern Sinne aus. Der Zustand des Menschen, unbedingt von dem Begriffe bürgerlicher Gesellschaft, wird der Naturzustand genannt". Cfr. *Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen und Hülfswissenschaften*. Helmstädt, 1804, § 22.
18. "Weil aber wir Erfahrungserkenntnissen bestimmter Vollendung irgend eines Inbegriffs derselben nie gewiss seyn können; so können nur die reinen im eigentlichen und höhern Sinne Wissenschaften genannt werden". Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, § 2.

La "pureza racional" fue llevada hasta sus últimas consecuencias. Kant negó la existencia del *ius necessitatis,* y Christian Weiss exponía, como cosa evidente que tal derecho era inexistente porque las necesidades humanas se basan en circunstancias empíricas, y el Derecho como tal es independiente de cualquier relación que provenga de la experiencia (19). Desde estos supuestos, a Schmalz le resultaba fácil afirmar que al jurista le debe resultar indiferente el que la Tierra sea redonda o plana, como mantuvieron los antiguos (20).

La Escuela tuvo confianza en su método a priori, racional, desde el que pretendió normar toda la Historia. La Metafísica -explicaba G.S.A. Mellin- precede a la Historia, porque la Historia no es otra cosa que la exposición de cómo los hombres se han comportado en relación con el concepto metafísico del Derecho (21).

3. LOS MOTIVOS DE LA RACIONALIDAD PURA A PRIORI

Uno de los motivos filosóficos que llevaron a los epígonos de la Filosofía crítica a considerar que toda regulación de la actividad humana debe ser racional a priori, ya ha quedado expuesto: no descubrieron un término medio entre la necesidad físico-natural y la libertad propia del hombre, a la que consideraron como la médula de la razón. Efectivamente, consideraron que el *Sinnenwelt,* es decir, el mundo aprehensible por los sentidos, era no solamente ajeno a la razón sino que, de tenerlo en cuenta en la consideración moral o científica, se destruía toda actividad específicamente humana, es decir, racional-libre.

Además de esta tesis, diversos kantianos hicieron otras consideraciones acerca de la ilicitud de la consideración del dato empírico en la regulación de la actividad específicamente humana. Christian Weiss entendía que la *allgemeine Rechtslehre* debe ser *rationale oder Vernunft-Wissenschaft* porque la generalidad y la necesidad moral sólo surgen de la razón pura a priori; el mundo de la experiencia, por el contrario, sólo suministra datos casuales, *zufällige,* desde los

---

19. "Endlich gibt es auch überhaupt kein Nothrecht... Nothrecht nämlich bedeutet entweder ein Befugnis zu einer an und für sich ungerechten Handlung, welche blos durch den Drang des empirischen Verhältnissen gedacht worden sey: dann liegt seine Unmöglichkeit in seinem Begriffe, denn das Recht als solches ist von dem empirischen Verhältnisse stets unabhängig ". Cfr. *Lehrbuch der Philosophie des Rechts.* Leipzig, 1804, § 57.
20. "Das aber die Erde eine Kugelgestalt habe, ist ein der Rechtslehre ganz fremder Satz. Das Recht würde dasselbe bleiben, wenn die Erde auch, nach der Vorstellung der Alten, eine unendliche Fläche wäre". Cfr. *Erklärung..,* cit., pág. 69.
21. "Jeder Ursprung in facto setzt ihn voraus. Daher fängt auch die allgemeine Geschichte mit einer Metaphysik an; weil Geschichte nichts anders seyn kann, als die Darstellung, wie practische Naturwesen einer gewisen Art sich einander behadelt haben, in Beziehung auf die Begriffe von Pflicht und Recht". Cfr. *Grundlegung zur Metaphysik der Recht oder der positiven Gesetzgebung.* Züllichau, 1796, § 178.

que no se puede concluir nada con necesidad (22). El problema, para estos kantianos, era el del fundamento del deber o, por decirlo con sus propias palabras, el de la necesidad *(Nothwendigkeit)* de una acción. "A través de la experiencia -escribía Fries- podemos conocer aquello a lo que se nos fuerza para evitar ésta o aquella consecuencia política, pero la experiencia no nos muestra ningún fundamento del deber" (23) Se precisa -mantenía Fries- una "necesidad" de realizar una acción, que sólo puede provenir de un deber *(sollen)* (24). La única fuente del deber, para estos autores, es la razón que, en palabras de Tiefrunk, proporciona normas que son siempre generales, necesarias, originarias y válidas (25). Por el contrario, la empiria sólo suministra datos aleatorios y casuales, de los que no se deduce ninguna impositividad (26)

El motivo de fondo, político, de la insistencia de la Escuela en la pureza metódica racional era el afán por rechazar el eudemonismo como criterio rector en la creación del Derecho, que tan nefastos resultados había dado -en opinión de ellos- en la teoría jurídica y política inmediatamente anterior. En efecto, las doctrinas eudemonistas que se desarrollan desde el último tercio del siglo XVII, y que perduran todo el siglo, ofrecían la posibilidad de que el Gobernante impusiera a sus súbditos su modo de ver las cosas, su visión de la vida y del mundo; más espinoso era este tema en lo referente a la "libertad de conciencia",

---

22. "Die allgemeine Rechtslehre ist nun aber keine empirische oder historische, sondern eine *rationale* oder Vernunft-Wissenschaft. Denn alles, was mit strenge Allgemeinheit oder Nothwendigkeit behauptet wird, kann seinen Grund nicht in dem Zufälligen oder Empirischen der Erkenntniß, sondern nur in die Bedingungen derselben *a priori* haben, welche als nothwendige Gesetze der Vernunft erkennbar sind... so ist die allgemeine Rechtslehre ein Theil der Philosophie". Cfr. *Lehrbuch*.. cit., § 7.
23. "Durch Erfahrung können wir wohl belehrt werden, was wir zu thun gezwungen, und diese oder jene politische Folgen zu vermeiden, aber sie kann uns keinen Verpflichtungsgrund aufweisen, welcher die Nothwendigkeit des Sollens mit sich brächte; wir fühlen uns durch solche Gebote nicht auf unumgängligen". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., *Vorrede*, pág.VI.
24. Cfr. *ibidem*. En sentido parecido argumentaba Kohlschütter. Vid. sus *Vorlesungen* citadas, pág. 26.
25. "Da die Formel des Gesetzes für die Freiheit in ihren innern uns äusser Verhältnissen nur aus der Vernunft entspringen kann, indem diese das einzige Vermögen der Principien ist; so können wir schon aus dem Begriffe der Vernunft selbst vorherbestimmen, welche Merkmale dem gesuchten Gesetze unumgänglich zukommen müssen. Alles nämlich, was durch Vernunft entsprigt, zeichnet sich durch unbedingte Allgemeinheit, Nothwendigkeit, Ursprünglichkeit und Gültigkeit aus". Cfr. Johann Heinrich Tiefrunk, *Ueber Recht und Staat*. Zerbst, 1796, pág. 32.
26. "Einige leugnen die Möglichkeit, das Naturrecht überhaupt zu erkennen, andre die Möglichkeit, eine bestimmte Wissenschaft dasselben aufzustellen; da aber die Frage, die es beantworten soll, nicht von der Zufälligkeit der Erfahrung anhängen, sondern durch Vernunft veranlasst sind; so muss auch diese eine genaue Rechenshaft darüber geben können". Cfr. Gottlieb Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften* . Jena 1795, § 68.

pues, de facto, se mantuvo que si el Gobernante podía ordenar o prohibir a los ciudadanos lo que él estimaba conveniente para el bien general, los temas religiosos, e intelectuales, en general, caían dentro del ámbito de su competencia. Es decir, el Soberano -al filo de las teorías eudemonistas- estaba legitimado para imponer su visión moral de la vida (27). La lucha contra esta pretensión del Despotismo Ilustrado fue el nervio genuino que movió a Kant y su Escuela. Señala Stolleis que, para conjurar el peligro de la imposición de ideas morales por parte del Gobernante, el recurso de la Filosofía crítica consistió en separar Derecho y Moral, dejando reducida la esfera de la juridicidad exclusivamente a los temas de la libertad y de la propiedad individuales (28).

El argumento más usual, y más sencillo, que se esgrimió en un primer momento fue el de afirmar que ningún Gobernante puede ejercer su poder para hacer infelices a los ciudadanos; el que hiciera tal cosa sería un "Barbar"; incluso, se concedió, se puede admitir que el Gobernante tiene la obligación de hacer fácil y agradable la vida de sus súbditos. Pero es falso -argumentaba Schauman- que el fin inmediato y jurídico del Estado sea procurar la felicidad de sus súbditos; pues la felicidad es un asunto personal de cada uno, y nadie conoce los deseos y las necesidades de los otros, y, aunque los conociera, no tiene los medios ni el poder suficiente para satisfacerlas (29).

Esta fue una explicación aún primitiva, poco "filosófica" para un seguidor de Kant. Con más precisión conceptual -dentro de las exigencias de la filosofía kantiana- se expresaba Wilhelm Traugott Krug: "Si tomáramos lo agradable (lo que es adecuado al instinto de felicidad), o lo útil (lo que se ajusta a la tendencia a la perfección), como rasgo esencial del Derecho, se seguiría de ello que yo no tendría ningún derecho a hacer algo que fuera contra mi felicidad o mi

---

27. Vid., a este respecto, la polémica tardía entre Christian Garve, *Noch einige Betrachtungen über die Frage: "In wiefern ist es möglich, die Moral des Privatlebens bey der Regierung der Staaten zu beobachten"*. Breslau, 1782, y E. F. Klein, *Schreiben an Prof. Garve Ueber die Zwangs- und Gewissenspflichten und den wesentlichen Unterschied des Wohlwollen und der Gerechtigkeit, besonders bey Regierung der Staaten.* Berlin und Stettin, 1789.
28. Cfr. M. Stolleis, *Staatsraison. Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts.* Meisenheim am Glan, 1972, págs. 20-24.
29. "Es ist wahr, dass kein Staat und kein Regent seine Gewalt dazu ausüben darf, die Staatsbürger unglücklich zu machen oder ihnen wehen zu thun. Das darf kein Mensch. Ein Oberherr, der dieses thäte, wäre ein Barbar.
Es ist ferner wahr, dass der Regent die innere Verbindlichkeit hat, so weit es seine Verhältnisse und die Sache selbst erlauben, den Unterthanen das Leben leicht und angenehm zu machen... Aber falsch ist es, dass Glückseligkeit der *unmittelbare, juristische* Zweck des Staats und der Mittelpunkt aller oberherrlichen Gewalt seyn. Denn... dieser Zustand *kann* kein Mensch, also auch kein Staat und kein Regent bey Andren bewerkstelligen; denn keiner kennt die Bedürfnisse und Wünsche des Ander ganz, und, wenn er sie auch kennte, so hat er doch die Mittel und die Macht nicht sie, wie bey Einem, so bey allen, zu befriedigen". Cfr. *Kritische Abhandlungen zur philosophische Rechtslehre.* Halle, 1795, págs. 221-222.

perfección.... Por ello, el Bien, en la medida en que es o puede ser objeto de la voluntad de una esencia racional, no es materia del Derecho. Pues es perfectamente posible tener un derecho a acciones que son inmorales, que se oponen a la obligación moral" (30). Por este motivo, seguía escribiendo este autor, el principio fundamental del Derecho debe ser puro, práctico y formal, una creación de la razón que en modo alguno se contamine con la experiencia o el conocimiento sensorial. ¡Cómo podría el principio fundamental del Derecho ser extraído de la experiencia cuando precisamente toda experiencia debe ser enjuiciada por él! (31). Con un razonamiento parecido había argumentado un par de años antes Paul Johann Anselm Feuerbach: "En esta cuestión no debemos consultar a la experiencia ni a la Historia... Pues nosotros buscamos conceptos a tenor de los cuales podamos enjuiciar y dominar la experiencia; por ello, no preguntamos: ¿Cuál es el fin del Estado en la experiencia?, sino que buscamos el fin (del Estado) que *debe ser,* aún cuando se oponga a lo que nos muestra la experiencia" (32).

4. EL SISTEMA COMO UNICO METODO CIENTIFICO.

El modo que encontró esta razón pura a priori, para desplegarse en todos los terrenos, fue el sistemático-deductivo. Para que una ciencia sea posible, afirmaba Schaumann, es preciso suponer un principio que articule en una unidad la multiplicidad conceptual (33). Thibaut, cuando aún era seguidor de Kant, ex-

30. "Sollte z. B. das Angenehme (was dem Glückseligkeitstriebe angemessen ist), oder das Nützliche (was dem Vollkommenheitstriebe angemessen ist) Merkmal des Rechts seyn: so würde daraus folgen, dass ich kein Recht hätte, etwas zu thun, was meine Glückeligkeit oder Vollkommenheit störte...z.B. kein Recht mein Vermögen zu verschwenden, oder meine Gesundheit zu zerstören", Cfr. *Aphorismen..*, cit., § 19.
31. "Der Grundsatz des Rechtes muss ein reiner, praktischer, formaler Grudsatz seyn... 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". Cfr. *Aphorismen..*, cit., § 19.
32. "Wir müssen also bis zum Begriff des Staats, seiner Entstehung und seinem Zwecke zurückgehen. Bei diesem Geschäfte dürfen wir aber weder die Geschichte, noch die Erfahrung um rath befragen, so gute Dienste sie uns auch sonst in andern Wissenschaften, oder in den angewandten Theilen unserer Wissenschaft leisten können. Denn wir fragen nach Begriffen, nach denen wie die Erfahrung selbst beurtheilen und meistern wollen: wir fragen nicht: welches der Zweck der Straaten in der Erfahrung *ist?* sondern, welches der Zweck derselben bei allen nur möglichen Widersprüche der Erfahrung, seyn *soll*". Cfr. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn.* Erfurt, 1798, pág. 9.
33. "Das Naturrecht soll eine Wissenschaft seyn: es erfordert daher zu seiner Möglichkeit ein Princip, wodurch dem in ihm begriffenen Mannigfaltigen die systematische Einheit (articulatio), welche das Wesen der Wissenschaft ausmacht, gegeben wird". Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht..*, cit., § 159.

plicaba esta tesis: "La primera ley de la ciencia es la unión de los principios fundamentales afines y la unión también de las especies de conceptos de la misma naturaleza, en un Todo" (34). Poco más adelante indicaba que sólo puede existir una ciencia, en el sentido más general del término, cuando varios conceptos son ordenados de forma sistemática bajo un concepto supremo que los abarca a todos; porque donde no hay un orden sistemático, es decir, la reconducción de los conceptos a géneros y especies, y su inordinación bajo un concepto supremo, falta por completo cualquier tipo de ciencia (35).

No se contentaron los integrantes de la Escuela kantiana con hacer suya la noción de sistema que ya era usual desde un siglo antes; llevados por su afán de pureza racional, exigieron que el principio inordinante de todos los conocimientos, es decir, el axioma o postulado básico, fuera la razón misma, es decir, la estructura propia de la razón y, en este sentido explicaba Zachariä que "los conocimientos no-sistemáticos no cuentan ante la razón. Pues una ciencia es una pluralidad de conocimientos que la razón recibe a través de sí misma, a los que comunican su misma forma; y en la medida en que la razón es razón por esta forma, del mismo modo los conocimientos sólo pueden ser racionales en la medida en que se adecúan a tal forma. Dicho brevemente: razón y conocimiento científico son palabras equivalentes" (36).

Lógicamente, estas exigencias sistemático-racionales fueron trasladadas a la teoría de la Etica. "Todas las normas de la ley moral, todas y cada una de las leyes morales aisladas -escribía Hoffbauer- deben ser reconducidas a un primer principio cuya verdad resulte clara inmediatamente por sí, o bien deben deducirse de otra ley moral" (37). Este primer principio, proseguía Hoffbauer, que

34. "Das erste Gesetz der Wissenschaft ist: Verbindung gemeinschaftlicher Grundsätze und Gattungsbegriffe zu einem Ganzen". Cfr. *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. Altona, 1797, *Vorrede*, pág. VI.

35. "Begriff einer Wissenschaft überhaupt. Eine Wissenschaft in allgemeinster Bedeutung ist alsdann vorhanden, wenn mehrere Begriffe in systematischer Ordnung unter einen gemeinschaftlichen höheren Gattungsbegriff zusammengefaßt sind. Wo die systematische Ordnung (d.h. die Zurückführung auf Arten und Gattungen) und die Zusammenfassung unter einem höchstgen Begriff fehlt, findet keine Wissenschaft Statt". Cfr. *Juristische Encyklopädie..*, cit., § 1.

36. "Unsystematische Erkenntniss ist für die Vernunft keine Erkenntniss. Denn eine Wissenschaft ist eben ein Mannigfaltiges von Erkenntnissen, das die Vernunft dadurch gleichsam in sich selbst aufnehm, dass sie ihm ihre eigne Form mitheile. So gewiss die Vernunft nur wegen dieser Form Vernunft ist, so gewiss können nur Erkenntnisse, in wie fern sie dieser Form gemäss sind, (in wie fern sie den Gesetzen der Vernunft gemäss verbunden wurden) ihr angehöre. Oder kürzer: Vernunft und wissenschaftliche Erkenntnis, sind gleichbedeutende Worte". Cfr. *Grundlinien einer wissenschaftlichen juristischen Encyklopädie*. Leipzig, 1795, pág. 5.

37. "Alle Forderungen des Sittengesetz, oder alle einzelne sittliche Gesetze, müssen sich daher auf eine einzige, oder auf ein erstes Princip zurückzuführen lassen, dessen Wahrheit entweder unmittelbar für sich klar ist, oder doch wenigstens aus keinem andern sittlichem Gesetze dargethan werden kann". Cfr. *Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts*. Halle, 1795, pág. 52.

no puede ser derivado de ningún otro, sólo es cognoscible por la razón, y es, necesariamente, único, puesto que no pueden existir varios (38). A partir de este primer principio deben ser deducidas todas las normas concretas de la Etica, ya que una ciencia filosófica es aquella que hace deducir las verdades especiales desde reglas generales (39).

Karl Christian Friedrich Krause, interlocutor y contradictor de los kantianos, resumía esta teoría en los siguientes términos: "además, surge (para ellos) una doctrina jurídica puramente formal, así como una Etica también formal, que tiene como regla suprema regulativa el siguiente principio: "todos los comportamientos deben ser coherentes", esto es, todas las acciones, con sus finalidades finitas, peculiares, deben concordar en un Fin único, supremo, común" (40).

5. LAS NORMAS DE LA RAZON.

Los kantianos postularon una razón pura, que se desenvolvía al margen de cualquier experiencia; tal razón, en el campo de las ciencias morales-humanas se desplegaba a partir del individuo aislado que no conoce la sociedad. Pero esta libertad del individuo no es anárquica; al contrario, se encuentra normada por las leyes de su propia racionalidad. "Ciertamente la voluntad es libre, porque no se encuentra sometida a la necesidad natural, pero la libertad misma, aún alejada de la causalidad, reconoce leyes" (41). Veamos ahora cuales fueron los criterios o normas, que hacían posible el avance de la razón práctica sometida a sus propias leyes.

"Yo creo -escribía Theodor Schmalz- que es preciso imitar en este tema el

---

38. "Alle natürliche Rechtssätze können nur durch die Vernunft erkannt werden. Ein Rechtssatz, der aus kein andern mehr abgeleiten werden kann, würde ein höchster Rechtssatz seyn. Aus diesen muß jeder andere Rechtssatz erkannt werden können". Cfr. *Untersuchungen*, cit., pág. 67.
39. "Grunsatz einer Wissenschaft heisst ein Satz, durch den alle in den Bezirk einer Wissenschaft gehörige Sätze begründet werden, aus dem sie also alle abgeleitete, und auf den sie alle zurückgeführt können. Da philosophische Wissenschaften in den weitern Bedeutung dieses Wortes alle die sind, in welchen especielle Wahrheiten aus allgemeinen Sätze hergeleitet werden..." Cfr. Kohlschütter, *Vorlesungen...*, cit., págs. 104-105. En sentido similar Hoffbauer, *Naturrecht..*, cit., § 11.
40. "...ausserdem entsteht eine blose formale Rechtslehre, so wie blos formale Sittenlehre entsteht, wenn man zu ihren obersten Grunsatze den blos regulativen Satz erhebt: "es sollen alle einzelne Handlungen durchhaus consequent sein", das ist, alle sollen in ihren besondern endlichen Zwecken zusammenhängen in einem einzigen, höchsten, gemeisamen Zwecke". Cfr. *Grundlage des Naturrechts oder philosophischer Grundriss des Ideals des Rechts.* Jena und Leipzig, 1803, pág. 9.
41. "Wenn nun also zwar der Wille in so fern frey ist, als er nicht von der Naturnothwendigkeit abhängt, so ist die Freyheit selbst, in wie fern sie Kausalität hat, nicht gesetzlos". Cfr. Tiefrunk, *Ueber Recht..*, cit., pág. 26.

método de la Matemática... Ya en la segunda edición de mi *Encyclopädie des gemeinen Rechts* (1.804), he expuesto el Derecho natural en aforismos siguiendo esta estricta forma matemática. En efecto, del mismo modo que el matemático parte de axiomas, yo he partido de definiciones, a fin de determinar con seguridad el concepto de libertad, cuyo desarrollo es el tema de la ciencia" (42). El axioma del que hay que partir para construir el sistema científico-moral es el concepto de libertad, y el despliegue de la libertad era, por tanto, el tema de la ciencia ético-jurídica en los seguidores de Kant.

Se trata, como ya ha quedado indicado, de encontrar verdades racionales *(Vernunftswahrheiten)* generales, necesarias, que tuvieron que ser ciertas forzosamente (43). La regla de oro que encontró la Escuela kantiana fue la coherencia de la razón consigo misma, es decir, la coherencia del arbitrio individual con él mismo. Reiner, que no pretendía sino exponer la doctrina ético-jurídica de Kant explicaba que "el arbitrio humano, el *arbitrium hominis,* puede ser afectado por incitaciones (provinientes del mundo exterior), pero por ellas nunca es determinado. La voluntad de un hombre, es decir, su razón práctica, es siempre coherente con sí y, en consecuencia, necesaria" (44) Con los términos "necesario" o "general" *(nothwendig, allgemeingültig),* los kantianos pretendieron expresar la obligación incondicionada, es decir, ética; una máxima individual, esto es, la aspiración de un individuo concreto es "necesaria" cuando pasa por la prueba de la generalización que conduce a su no contradicción. Por ello, proseguía Reiner, el criterio es: "Obra según una máxima que, al mismo tiempo, pueda estar vigente como ley (general)" (45). K.H. Gros expresaba este mismo criterio con otras palabras: "Obra según una máxima que sea adecuada, en tanto que ley general, para todos los hombres. Esta es la ley suprema de la razón práctica" (46). Estos autores hablaron de *Gesetzmässigkeit,* es decir, de adecua-

---

42. "Ich glaubte die Methode der Mathematik hier nachahmen zu müssen, so weit namlich analytische Form der Synthetischen nachahmen kann. Schon in der zweyte Auflage meiner Encylopädie des gemeinen Rechts (1804) habe ich darum das Recht der Natur in Aphorismen, in dieser strengen mathematischen Form dargestellt. Wie aber der Mathematiker von Axiomen ausgeht; so musste ich von Definitionen ausgehen, von der Begriff der Freyheit sicher zu bestimmen, dessen Entwicklung dann das Geschäft der Wissenschaft ist". Cfr. *Handbuch..*, cit., *Vorrede,* pág. VI. Vid. también el § 16 de esta obra, donde reitera la idea más extensamente.
43. "Von reinen Wahrheiten läss sich, daß sie in dem so eben erklärten Sinne allgemeingültig sind, mit Grunde hoffen, dass sie auch, bald oder spät, allgemein geltend, d.h. allgemein als wahr und richtig werden anerkannt werden". Cfr. Kohlschütter, *Vorlesungen..*, cit., pág. 26.
44. "Nur von ihr kann man sagen, dass sie frey sey. Der Wille eines vernünftigen Wesens, oder die praktische Vernunft, ist immer mit sich selbst übereinstimmend und nothwendig". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., § 11.
45. *Ibidem.*
46. "Wird in einem Gesetz nichts als die Form desselben ausgedrückt, so ergibt sich folgende Formel: Handle nach solchen Maximen, welche zu Gesetzen für alle vernünftige Wesen tauglich sind. Diess ist also das Höchte Gesetz der praktischen Vernunft". Cfr. *Lehrbuch des philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts.* Tübingen, 1802, § 16.

ción de la propia aspiración o comportamiento a una ley superior; pero no deben engañarnos las palabras porque *Gesetzmässigkeit* no suponía la referencia a un orden normativo superior o trascendente al propio individuo, sino tan sólo el hecho de que la aspiración personal, la máxima, pasara por la prueba de fuego de su generalización. Efectivamente, cuando una máxima era generalizada, es decir, cuando un sujeto concreto pudiera pensar que todos los hombres pueden hacer lo que él pretende, entonces era "general" y "necesaria", lícita moralmente. Obviamente, si una aspiración no es generalizable, no alcanza la condición de "general" y, en consecuencia, no puede, según las reglas de la ética kantiana, ser realizada, porque es ilícita, opuesta a la ley moral.

En el sistema ético kantiano tenemos, de esta forma, al individuo aislado, solo consigo mismo, que, mediante el ejercicio de su razón, al margen de la experiencia, debe darse las reglas para un comportamiento. Y el criterio fundamental para el enjuiciamiento fue: es lícito éticamente aquel comportamiento que no encierra contradicción. Por "contradicción" *(Widerspruch)* debe entenderse aquella condición de su comportamiento según la cual, si tal comportamiento se realizara de forma general, se anularía a sí mismo. En este sentido, Hoffbauer explicaba que la mentira es ilícita, porque, cuando yo miento, pretendo encontrar fe en los demás, en lo que yo digo; pero cada mentiroso pretende encontrar la misma confianza, destruyendo la fe que yo he conseguido en él y, de esta forma, finalmente, todas las mentiras se aniquilan mutuamente; por ello, quien miente, obra siempre en contradicción con el fin que él se ha propuesto (47), y por ello es inmoral.

De esta forma, la Etica kantiana, si la consideramos en sus últimos fundamentos, queda reducida al principio de no-contradicción que debe aplicar el sujeto a cualquier comportamiento que él considera. Así fue como la entendió

47. "Moralische Zwecke nenne ich diejenigen, auf deren Erreichung eine Pflich geht, oder zu deren Erreichung der Mensch, so weit er seine Kräfte erlauben, zu handeln verbunden ist. Dieser Zwecke hängen unter einander zusamen; die Beabsichtigung des einen ist entweder um des andern willen nothwendig, oder nach zufälligen Umständen, über welche ich mir weiter erklären werde, zu beschränken. Das System dieser Zwecke, oder, was eins und eben dasselbe sagt, der Zusammenhang der Pflichten unter einander und ihr Verhältniß zu einander, is der Gegenstand der Moral". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit.* Halle, 1816, pág. 24.

Hegel (48), y así fue como los kantianos entendieron lo que ellos mismos proponían; en este sentido explicaba Meister que "es necesario aquello cuyo contrario encierra en sí una contradicción" (49). Más explícito fue Schmalz quien escribía que "Lo adecuado a la naturaleza de la razón o, lo que es lo mismo, a su forma, consiste en que no se incurra en ninguna contradicción. La razón no puede adoptar una ley que, bien en sí misma, o bien respecto de otras leyes que deben ser aceptadas junto a ella, presente una contradicción" (50). Las contradicciones, proseguía Schmalz, pueden ser a priori o a posteriori; estamos ante estas últimas cuando la contradicción no resulta de los conceptos en sí, sino que es descubierta con ayuda de la experiencia. Tener en cuenta estas contradicciones no supone proceder contra la naturaleza de la razón, porque un hombre puede muy lícitamente recurrir a la experiencia, pero son ridículas y desproporcionadas. Las contradicciones a tener en cuenta son las que reconocemos a priori, sin ayuda de la experiencia, a partir de los conceptos mismos en sí, y aquí es donde radica la naturaleza del mal (51).

---

48. "El que una existencia sea *existencia de la voluntad libre* constituye el Derecho, que es, por lo tanto, la libertad de cuanto idea.
Observación. La determinación kantiana admitida generalmente, cuyo momento central es "la *limitación* de mi libertad o arbitrio de modo tal que pueda coexistir con el arbitrio de todos de acuerdo con una ley universal contiene sólo una determinación *negativa,* la de la limitación; por otra parte lo que tiene de positivo la ley racional universal, o sea, la concordancia del arbitrio de uno con el arbitrio de otro, desemboca en la conocida identidad formal y en el principio de no contradicción. La definición citada contiene la opinión, muy difundida desde Rousseau, según la cual el fundamento esencial y primero no es la voluntad en cuanto racional y existente en sí y por sí, sino en cuanto voluntad del individuo según su propio arbitrio... Una vez aceptado este principio lo racional sólo puede aparacer como una limitación para esa libertad, es decir, no como racional inmanente, sino sólo como universalidad abstracta, exterior". Cfr. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política.* Trad. de J.L. Vermal. Buenos Aires, 1975, § 29.
49. "Nothwendig ist dasjenige, dessen Gegenteil einen Widerspruch in sich schließt". Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts.* Züllichau und Freystadt. 1808, § 4.
50. "Die Natur der Vernunft aber oder ihre Form ist die, daß sie nie Widersprüche erträgt. Sie kann nie einen Satz annehmen, der entweder in sich selbst, oder gegen die übrigen Sätze, welche sie neben diesen annehmen soll, einen Widerspruch darstellt". Cfr. *Erklärung..,* cit., § 4.
51. "Nun lassen sich alle Widersprüche, welche möglich sind, auf zwey Classen zurückzuführen. Entweder -sind die a posteriori als Widersprüche erkennbar, so daß der Widerspruch nicht aus den gegebenen Begriffen an sich eingesehen werde, sondern erst durch Hülfe von Erfahrungen, die das Verkehrte darin anschaulich machen. Diese Widersprüche sind nicht gegen die Natur der Vernunft, und eben darum auch nicht gegen ihren Zweck, weil vernünftige Wesen sehr wohl der Erfahrung ermangeln können, aus welcher sie hier allein urtheilen könnten. Darum sind diese Widersprüche nur lächerlich oder abgeschmackt...
Oder -sie sind a priori erkennbar, ohne Hülfe der Erfahrung, aus den gegebenen Begriffen selbst und an sich... Und hierin liegt die Natur des Bösen". Cfr. *Erklärung..,* cit., § 4.

6. UNA RAZON FORMAL, VACIA Y NEGATIVA.

Desde una actividad que es puramente racional a priori, en la que deliberadamente se ha negado cualquier contacto con la experiencia, sólo pueden surgir normas formales, es decir, vacías de contenido, normas que regulan la actividad *interior* del sujeto pero que no pueden referir tal actividad a ningún objeto fuera del sujeto mismo.

Una declaración sobre este tema, que proviene del 1.794, en los inicios de la Escuela kantiana, la encontramos en Heydenreich; después de afirmar que el principio fundamental del Derecho natural sólo provenía de la razón pura práctica, y que la necesidad, es decir, la obligatoriedad del comportamiento sólo puede encontrar fundamento en una ley de la razón que no está sometida a ninguna condición que provenga de la experiencia, por este hecho, esa ley racional, al no poder ser material ni empírica, sólo puede proporcionar un principio fundamental que sea formal *(ein formaler Grundsatz seyn)*, que no puede ser otro que el imperativo categórico expuesto por Kant (52).

Efectivamente, es preciso partir del arbitrio de cada individuo, y regularlo, pero sin indicar ningún comportamiento concreto: "El concepto de Derecho no se refiere a la materia del arbitrio, sino únicamente a su forma", escribía Karl Heinrich Gros (53). Más explícito era Karl Salomo Zachariä: "El principio jurídico resulta de la pura existencia de una ley moral en el hombre, sin atención al contenido de esta ley" (54).

Un argumento más preciso nos lo proporcionaba Tiefrunk: "Dado que la razón, en sí misma, es una facultad puramente formal, sólo puede dar leyes a la libertad a través de su forma" (55). Jacob emprendió, en 1.795, la tarea de explicar razonadamente los motivos por los que la ley ética ha de ser necesariamente formal; a este respecto, escribía este autor que todos los fundamentos posibles y materiales del Derecho han de ser forzosamente subjetivos u objeti-

---

52. "So gewiss ein solches Gesetz nicht materiel und empirisch seyn kann, so gewiss es nur ein formaler Grunsatz seyn. Dasienige höchste Grundgesetz der praktischen Vernunft, welches die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt, in wiefern sie diess ist, ist in der Formel enthalten: Handle ieder Zeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst". Cfr. *System..*, cit., pág. 87.
53. "Der Rechtsbegriff bezieht sich nicht auf die Materie der Willkühr, sondern lediglich auf die Form derselben". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 34.
54. "Das Rechtsprincip ergiebt sich also aus dem blossen Daseyn eines Syttengesetzes im Menschen, ohne Rucksicht auf den Inhalt dieses Gesetzes". Cfr. *Anfangsgründe des philosophischen Privatrechts. Nebst eine Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*. Leipzig, 1804, § 3.
55. "Da aber die Vernunft an sich ein bloß formales Vermögen ist, so werde sie nur durch ihre Form selbst Gesetz für die Freiheit werden können". Cfr. *Ueber Recht..*, cit., pág. 26.

vos. En el primer caso, es decir, cuando se trata de fundamentos subjetivos, éstos pueden ser externos o internos; los externos vienen representados por el Gobierno de la nación, la costumbre, la educación, etc. Entonces se podría decir: "lo que ordena el Gobierno o la costumbre es Derecho". Pero -prosigue Jakob- cualquiera puede ver que tal criterio es completamente insuficiente si pretende la vigencia general *(Allgmeingültigkeit)* que corresponde a un criterio jurídico, pues las órdenes de los gobiernos, o las costumbres, son distintas en cada pueblo, y, en cambio, lo que pretende la Metafísica del Derecho es encontrar un Derecho en general. Podemos considerar los posibles fundamentos internos, tales como los sentimientos de los sujetos, sean físicos o morales; a su tenor, se podría afirmar: "lo que es agradable, es Derecho", y, en consecuencia, tengo derecho a todo aquello que me resulta agradable; pero es evidente que, dado que lo que es agradable a uno es desagradable para otro, nunca se llegaría a la unidad de juicio que es necesaria al Derecho. Podríamos considerar posibles fundamentos objetivos, externos o internos. El más alto fundamento externo es la voluntad de Dios, y en tal caso pudiera afirmarse: "lo que Dios quiere, esto es Derecho". Esta regla es verdadera, indica Jakob, pero no puede ser considerada un principio jurídico, porque y ¿cómo podemos saber cual es la voluntad de Dios? Ciertamente, Dios es una esencia moral, y, en consecuencia, se podrían conocer deductivamente, a partir de esta suprema esencia o concepto, otros conceptos morales; pero esto no es procedente, porque, para caracterizar a Dios como una esencia moral, ya hemos presupuesto conceptos morales, por lo que es a éstas, y no a Dios, a las que hay que examinar. Queda, por último, el tema de la perfección de la naturaleza humana, y, teniendo en cuenta la necesidad de tal perfección, se podría afirmar: "lo que se adecúa a la perfección de la naturaleza humana es Derecho"; pero esta inferencia no es válida, porque hay muchas opiniones distintas acerca de lo que conviene a la perfección del hombre, de lo que resulta otra vez falta de unidad en el criterio supremo del Derecho.

En consecuencia, si existe un principio jurídico supremo, éste no puede ser otro que un principio puramente formal, es decir, un principio de tal naturaleza que exprese solamente la Forma del Derecho, y que tendría que expresarse del siguiente modo: "lo que es lícito que suceda en un sistema de esencias libres, según leyes generales, eso es Derecho" (56).

---

56. "Alle möglichen materialen Bestimmungsgründen des Recht können seyn:
1) subjektive...
a) äussere, wie die Regierungsform, die Gewohnheit, die Erziehung, u.s.w. wo dann der Grundsatz heißen müßte: "Was der Regierungsform, der allgemeine Gewohnheit, u.s.w. gemäß ist, das ist Recht... Daß aber durch ein solches Princip aller Auspruch auf allgemein Gültigkeit eines Rechtsurtheiles, d.h. alle Erkenntniß des Rechts verloren gehen müßte, sieht ein jeder. Denn alle diese äussern Umstände sind bey de verschiedenen Völkern und einzelnen Menschen verschieden und es würde daher nicht nur jedes Volk, sondern auch jeder einzelne Mensch sein eignes Recht haben...

Una explicación del formalismo ético, más abstracta, nos la proporciona Schmid: "Dado que la ley suprema práctica (de nuestro actuar) la conocemos a priori y se desarrolla a partir de los conceptos fundamentales de la razón, por este hecho no puede expresar otra cosa sino lo siguiente: qué tipos de acciones son, por sí mismas, adecuadas o contrarias al concepto de nuestra razón y, en consecuencia, qué acciones son necesarias o imposibles para una voluntad determinada por la razón. Una norma práctica que presenta una acción como necesaria, no a causa de su relación con la empiria, sino por causa de su concordancia con el concepto fundamental de la razón, o por la racionalidad de su forma, se llama una norma formal. La ley práctica, en consecuencia, sólo puede consistir en un principio formal y, por ello, la regla jurídica suprema que emana de ella sólo puede ser formal, es decir, algo puede ser calificado como jurídico únicamente porque concuerda con los conceptos fundamentales de la

---

b) Innere, d.h. Gefühl des Subjekts, es sey das physische oder das moralische. Der Ausdruck des ersteren würde seyn: "Was angenehm ist, ist Recht"..., "Was wahrhaftig, (an sich und zugleich in allen seinen Folgen) angehnem ist, ist Recht, und jeder hat ein Recht zu allen Handlungen, welche so beschaffen sind"... so ist auch offenbar, daß das, was für den einen angenehm ist, ist Recht, und jeder hat ein Recht zu allen Handlungen, welche so beschaffen sind"... so ist auch offenbar, daß das, was für den einen angenehm ist, für den andern unangenehm seyn kann... Es könnte also hier niemals Einheit und Uebereinstimmung der Urtheile heraus kommen.

2) Objektive...

a) äussere, der Wille des höchsten moralischen Wesens oder Gottes. Hier würde der Ausdruck seyn: "Wovon Gott will, daß es nicht verwehrt werde, das ist Recht". Dieser Satz ist wahr, aber kein Rechtsprincip, weil ein neues Kennzeichen erfordert wird, woran man erkennen kann, ob etwas dem göttlichen Willen gemäß, nicht verwehrt werden dürfe; welches denn der eigentliche Erkenntnißgrund des Rechts seyn würde. Denn wenn Gott ein moralisches Wesen ist; so drücken freylich die moralischen Gesetze, folglich auch die Rechtsgesetze seinen Willen aus. Aber um Gott als ein moralischen Wesen zu bestimmen, werden die moralischen Begriffe schon voraus gesetzt.

b) innere, die Volkommenheit der menschlichen Natur: "Was der Vollkommenheit der menschliche Natur im Gazen gemäß ist, darf nicht verwert werden, oder ist Recht". Allein, 1) kann die Vollkommenheit der menschlichen Natur sehr verschiedentlich gedacht werden... Wenn es also ein oberstes Rechtsprincip giebt, so kann dieses kein anderes als ein formales, d.h. ein solches seyn, in welchem die Form des Rechts das allgemeine reale Kennzeichen des Rechts ist... Also wird das allgemeine formale Rechtsprincip wieweit im demselben von dem Unterschiede aller Materie abstrahirt wird, ausgedrückt werden können: Was in einem System freyer Wesen nach allgemeinen Gesetzen gewollt werden kann, daß es geschehen dürfe, ist Recht". Cfr. Jakob, *Philosophische Rechtslehre..*, cit., §§ 80 y 81.

razón" (57). Esta "ley práctica" o "principio fundamental" al que alude Schmid, no es otra cosa que la coherencia de las acciones consigo mismas, la ausencia de contradicción a que ya he aludido páginas atrás; por ello, prosigue este autor: "La razón es la facultad de la suprema unidad de nuestras representaciones (intelectuales). Lo racional es Uno. La relación de lo múltiple a la Unidad es la coherencia. En consecuencia, lo diverso o múltiple se convierte en racional en la medida en que es reducido a unidad, es decir, en la medida en que es presentado como coherente... En la medida en que los múltiples comportamientos referentes al uso de la libertad se refieren a una unidad, tal uso de la libertad debe concordar consigo mismo" (58). Esta coherencia suprema de la libertad, "que no es otra cosa que su misma forma", es llamada por Tiefrunk "la Forma de la legalidad en general" (59)

¿Cómo rellenar de contenidos concretos una regla puramente formal? Todos estos autores hacen referencia a la Humanidad, y a cada hombre concreto, como fin en sí, y este postulado podría ofrecer un punto de Arquímedes para la construcción de un sistema jurídico; si lo consiguieron edificar o no, es un tema que veremos más adelante, al tratar de la teoría jurídica kantiana. Lo que nos interesa destacar ahora es que, los mismos kantianos concibieron un sistema ético-jurídico como *negativo y vacío;* así se expresaba Christian Weiss, que explicaba que la libertad, como criterio supremo ético-jurídico, no lleva en sí contenidos, por lo que, de acuerdo con su concepto, es negativa y vacía *(ist sie*

---

57. "Soll das oberste praktische Gesetz schlechthin a priori erkannt und aus dem Grundbegriffe der Vernunft entwickelt werden; so kann dasselbe nichts anders ausdrücket werden; welche Handlungsweise dem Begriffe unsrer Vernunft von sich selbst gemäß oder zuwider, vernünftig oder unvernünftig, und lediglich um deswillen für einen jeden durch Vernunft bestimmten Willen nothwendig oder unmöglich sey...
Ein praktischer Grundsatz, welcher eine Handlung als nothwendig vorstellt, nicht wegen ihrer Beziehung auf unsre Sinnlichkeit, sondern wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem Grundbegriffe der Vernunft, oder wegen der Vernünftigkeit ihrer Form heisst ein formaler Grundsatz. Das praktische Gesetz kann also nur ein formaler Grundsatz seyn, folglich kann auch der daraus abfliessende oberste Rechtssatz nur formal seyn, d.h. es kan etwas blos darum Recht seyn, weil es mit dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst übereinstimmt" Cfr. *Grundriss...*, cit., §§ 93-94.
58. "Die Vernunft ist das Vermögen der höchsten Einheit unsrer Vorstellugen. Das Vernünftige ist Eines. Die Beziehung des Mannichfaltigen auf Einheit ist Uebereinstimmung. Ein Mannichfaltiges wird also vernünftig vorgestellt, so fern es in der Beziehung auf Einheit, d.h. als übereinstimmend vorgestellt wird... In so fern dieses Mannichfaltige in dem Gebrauche der Freyheit sich auf Eines Bezieht, d.h. in so fern es mit sich selbst durchaus übereinstimmt, in so fern ist der Gebrauch der Freyheit vernünftig. Das praktische Gesetz ist demmach dieses: Der Gebrauch deiner Freyheit stimme mit sich selbst überein". Cfr. *Grundriss...*, cit., §§ 95-97.
59. "Der Zweck der praktischen Gesetzgebung, in wie fern er aus ihr selbst bestimmt werden kann, ist kein anderes als die Form derselben selbst, nämlich die Form der Allgemeinen Gesetzmäßigkeit". Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 65.

negativ und leer) (60). Efectivamente, reconociendo únicamente como principio de la Etica el respeto al libre arbitrio de cada individuo, la única exigencia material que llegaron a demostrar los kantianos fue el respeto a tal arbitrio o, dicho con otras palabras, dado que nadie puede molestar el arbitrio ajeno sino en la medida en que ello es necesario para que yo despliegue mi propio arbitrio, el resultado final fue consagrar la mera coexistencia de los arbitrios individuales. Desde este presupuesto, la Etica, abarcando Moral y Derecho, es radicalmente negativa, y se reduce a no hacer, a abstenerse de aquellos comportamientos que puedan menoscabar la libertad de los demás. Theodor Schmalz dedicó mucho papel a mostrar la naturaleza necesariamente negativa de la Etica; en su *Erklärung...* de 1.798 explicaba que incluso la obligación de cumplir un contrato es negativa, pues tal obligación no consiste en otra cosa que en no sustraer a la otra parte lo que corresponde por el contrato, *also eine bloss negative Pflicht,* concluía Schmalz (61). Unos años más tarde, en su *Hanbdbuch der Rechtsphilosophie,* explicaba este tema con más precisión: " Los derechos y obligaciones jurídicas se refieren al mantenimiento de la libertad externa. Dado que la libertad, en sí misma, es sólo algo negativo, y consiste, concretamente, en la ausencia de determinaciones externas a ella, no se puede hablar de promoción de una actitud positiva, sino sólo de mantenimiento (de la libertad)... Pues los derechos y obligaciones jurídicas tienen que ser negativos con exclusión de todo lo afirmativo. Pues todas ellas se refieren exclusivamente al mantenimiento de la libertad externa y, en consecuencia, a que sea omitido todo aquello que la destruye. La libertad es, en sí, algo negativo: ella no quiere otra cosa sino ser libre de determinaciones extrañas... La libertad exterior no quiere otra cosa que la negación de su destrucción" (62).

Los kantianos a pesar de su formalismo, publicaron bastantes tratados de Derecho natural en los que expusieron sistemas jurídicos pretendidamente a priori. Esto fue posible porque asumieron inconscientemente la experiencia

60. "Die Freiheit traget also weder den Grund ihrer Gewißheit noch den ihrer Ansprüche in sich selber, denn ihrem Begriffe nach ist sie negativ und leer". Cfr. *Lehrbuch..,* cit., § 36.

61. "Selbst die Pflicht, unsern Vertrag zu erfüllen, ist nicht anders, als eine Pflicht, unsern Promissair dasjenige nicht zu entziehen, was durch den Vertrag sein geworden ist, also eine bloß negative Pflicht". Cfr. op. cit., pág. 26.

62. "Die juridischen Rechten und Pflichten beziehen sich also auf die Erhaltung der äussern Freyheit. Denn da Freyheit selbst nur etwas Negatives ist, namlich Abwesenheit alles Bestimmtwerdens von äussern, so kann nicht wo Vermehrung oder Beförderung derselben, sondern nur von Erhaltung die Rede seyn. Die juridischen Rechte und Pflichten beziehen sich auf die Erhaltung der äussern Freyheit Aller Menschen unter einander.. Juridische Rechte und Pflichten müssen nur negative sein, mit Ausschliessung alle affirmativen. Denn sie beziehen sich alle nur auf Erhaltung der äussern Freyheit, also nur darauf, dass alles unterlassen werde, wodurch sie gestört würde. Die Freyheit ist an sich etwas negatives. Sie will nichts, als nur frey seyn von fremder Bestimmung... Aber die äussere Freyheit will nichts als die Negation ihrer Störung". Cfr. *Handuch..,* cit., §§ 70-74.

jurídico-política doctrinal iusnaturalista, de su momento, y es que -como explicaba Max Vorländer a propósito del formalismo de Kant- el contenido vivo de una Etica proviene siempre de su época (63).

63. "Der lebendige Inhalt einer Ethik kann stets nur von ihrer Zeit gegeben werden". Cfr. *Kant, Fichte, Hegel und der Sozialismus*. Berlin, 1920, pág. 41.

Capítulo II

LA METAFISICA DE LAS COSTUMBRES

1.- LA AUTONOMIA ETICO-JURIDICA

¿Que quiere decir "autonomía", referida a la actuación práctica del hombre? Autonomía no es otra cosa -explicaba Karl Christian Kohlschütter-, que la capacidad de que el hombre, en tanto que ser racional, sea su propio legislador (1). Una explicación acerca de la necesidad de que las leyes "racionales" provengan del sujeto, la encontramos en Abicht: "El hombre es una esencia. Toda esencia es una fuerza, y una fuerza es "algo" que posee capacidad creadora por sí misma, sin depender de otros. Como cada fuerza produce efectos que tienen su fundamento en ella misma, esto es, en la propia esencia o fuerza, ella es, en consecuencia, autonómica y, por tanto, autocausadora, porque toda fuerza tiene, en sí misma, sus propios criterios para la determinación... Estos criterios determinantes son los fundamentos por los cuales la fuerza actúa siempre de una forma concreta, y no de otra manera... Estos criterios o leyes son los fundamentos, o la naturaleza, de una Fuerza. El hombre, en tanto que ser espiritual, es una fuerza consciente de sí misma... Una fuerza con conciencia, que opera a través de unos motivos de los que es consciente se llama una voluntad. Toda voluntad tiene, de esta forma, sus propios criterios o leyes para la acción, fijados en sí misma, por lo que se da a ella misma los motivos conscientes de su actuar" (2). De aquí resulta, prosigue Abicht, que todo ser que tiene voluntad "debe, como tal, ser un fin en sí mismo en todos sus comportamientos, es decir, determinar él

---

1. "Als vernünftiges Wesen er ist fähig, sein eigener Gesetzgeber zu seyn". Cfr. *Propädeutik, Encylopädie und Methodologie der positiven Rechtswissenschaft.* Leipzig, 1797, § 3.

las razones propias por las que obra o deja de obrar... Pues el hombre, como ser espiritual que es, es una persona, y una persona es un ser que se constituye a sí mismo en punto final de referencia de todas sus acciones" (3).

Consecuentemente con esto, la justicia no es algo externo al sujeto mismo: "La justicia de los fines, de los medios, de los criterios de la actuación y, por ello, de los actos de la persona en ellos fundamentados, reside en la persona misma; y esto es de tal forma, que la persona no puede tender *(zwecken)* a una cosa, o justificarse por algo, que sea ajeno a ella misma... la justicia de una persona, y las leyes de tal justicia, no pueden depender de un bien externo o de la opinión de otro hombre, pues todas las leyes y criterios que no estén fundamentados en las normas propias y personales de cada uno son leyes injustas, y no obligan" (4). No pensemos que, en estas deducciones, Abicht se refiere a la Moral; las citas transcritas proceden de un tratado de *Naturrecht* y él mismo, más adelante, explica que "los verdaderos derechos no pueden venirles dados a una persona, desde otra, sino que se determinan y deducen, se explican o se demuestran, sólo a partir del fin absoluto que es una persona, pues ellos resultan únicamente de lo que una persona ha conocido y admitido" (5). No cabe considerar que las leyes

2. "Der Mensch ist ein Wesen. Jedes Wesen ist eine Kraft. Eine Kraft ist ein für sich selbst, nicht in etwas andern, bestehendes (substantielles) verursachendes Etwas. Jede Kraft bringt Wirkungen hervor, die in ihr selbst ihren Grund haben; aber weil sie ein selbständiges und also selbstverursachendes Etwas ist, jede Kraft hat ihre selbst eigenen Bestimmungen, so zu wirken und nicht anders... Diese Bestimmungen sind die Gründe, warum die Kraft immer so wirkt und nicht anders. Diese festgesetzten unveränderlichen Wirkungs-Gründe, wodurch eine Kraft an sich bestimmt ist, immer nur eine solche und keine andere zu seyn, d. h., die Geseze der Kraft. Diese Geseze zusammen machen das Wesen oder die Natur der Kraft aus.
Der Mensch, das Seelenwesen, ist eine sich bewuste Kraft... Eine mit Bewustseyn und durch bewuste Gründe wirkende Kraft heisst ein Willen oder eine wollende Kraft. Jeder Wille hat also eigene festgesezte Bestimmungen oder Geseze zu wirken, und kan sich zu bewusten Gründen seines Wirkens, oder (bey Wille) seines Handelns machen". Cfr. *Neues System...*, cit., §§ 1-2.
3. "Grundsaz: Jedes wollende Wesen muß sich als ein solches bey allen seinen Handlugen Selbstzweck seyn, d.h. der eigene Grund, warum es handelt, und warum es nur und nicht anders handelt... Der Mensch, das Seelenwesen, ist eine Persohn; Persöhnlichkeit ist ein unvertilgbarer Charakter der Menschheit... eine Persohn ist ein Wesen das den Endzweck seiner Handlungen in sich selbst hat". Cfr. *Neues System...*, cit., §§ 4-5.
4. "Grundsaz 3: der Gerechtigkeit der Zwecke, der Mittel, der Beweggründe, der Regeln und Geseze, und der davon abhängige Handlungen einer Persohn - in einer jeden Persohn selbst. Es kann demnach keine Persohn von Etwas oder von Jemand äusser ihr zu zwecken und Handlungen berechtig werden...die Gerechtigkeit einer Persohn, und die Geseze derselben können also von keines andern Menschen Meinung und Gutdünken abhängen... Alles, alle vorgelegten Regeln und Geseze... die nicht durch die eignen nothwendigen persöhnlichen Geseze der Persohn... begründet... sind einer Persohn ungerechte Geseze, und verpflichten sie nicht". Cfr. *Neues System...*, cit., § 31, *Grundsatz* 3.
5. "Die wahren Rechte können einer Persohn von andern nicht gegeben werden; sondern sie lassen sich nur aus den absoluten Zwecken einer Persohn bestimmen und ableiten, oder erklären und erweisen, sie lassen sich also blos als etwas, das eine Persohn schon hat, anerkennen und bekannt machen". Cfr. *Neues Sytem...*, cit., § 31, *Grunsatz* 4.

o criterios que crean la legislación jurídica, o ética, son los que emanan de un hombre en general, de un *homo noumenon;* a este respecto, Abicht es muy explícito: "todo hombre tiene un derecho absoluto a la determinación personal, es decir, a ser él un fin en sí mismo y, como tal, a determinar él personalmente los fines que debe alcanzar y la idoneidad de los medios que ha de buscar para alcanzar sus fines" (6).

Klein resumía estas ideas, de forma más abstracta, cuando escribía que "Verdadero comportamiento es sólo aquel que es autónomo, que procede del propio sujeto; ser autónomo quiere decir operar a través de las propias fuerzas. El uso de la razón práctica no puede ser pensado sin autonomía y la mayor autonomía pensable consiste en el uso de la razón, porque la razón solamente puede operar cuado sigue a la ley que ella misma se ha dado" (7). De esta forma, la razón, al actuar autonómicamente, crea sus propios objetos, que, en este caso, son sus propias normas, de modo que ella es la causa de la realidad.

Los motivos de fondo que sustentan la autonomía ética, y me refiero ahora a los motivos prácticos, y políticos, que impulsaron eficazmernte el éxito de la doctrina kantiana, radicaron en la exigencia de considerar a cada individuo como fin en sí mismo (hablaron siempre de *Selbstzweck)* que, mediante el uso de su propia razón fuera el creador de un orden ético autonómico. Este planteamiento lo explicaba Jakob Fries con bastante claridad: "Toda persona tiene un valor absoluto, que es su dignidad, y ella existe como fin en sí misma, de modo que, por mediación de la propia dignidad, cada persona tiene un valor absoluto, igual al de cualquier otra. Y esta ley es lo que llamamos ley moral". Esta autonomía de la razón hace que el sujeto -prosigue Fries- se dé a sí mismo su propia ley, de modo que aunque el individuo determine su voluntad en la idea como una voluntad legisladora universal, cada persona concreta es, al mismo tiempo creadora *(Subjekt)* de la ley -en la medida en que ella misma se somete a la ley- como objeto de la misma, puesto que concede un igual valor a todas las demás personas. "Por ello, acababa Fries, cada persona permanece bajo su propia ley, que se la da ella a sí misma, pero simultáneamente está bajo las leyes de los demás

---

6. "Jeder Mensch hat ein absolutes Recht auf seine persöhnliche Bestimmung, d.h. auf seinen persöhnliche Endzweck als auf einen ihm selbst erreichbaren Endzweck, und auf die Tauglichkeit seiner Kräfte zu demselben". Cfr. *Neues System..*, cit., §. 39.
7. "Wahre Hadlung ist nur da, wo Selbsthätigkeit ist; selbsthätig seyn heißt,durch eigene Kraft Wirkungen hervorbringen. Der Gebrauch der praktischen Vernunft kann ohne Selbsthätigkeit nicht gedacht werden; die großmögliche Selbsthätigkeit besteht in dem reinen Vernunftgebrauche, weil alsdann die Vernunft allein nach dem Gesetze, welches sie selbst gegeben hat wirksam ist". Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst eine Geschichte derselben.* Halle, 1797, § 10.
8. "Ein Begriff ist praktisch, wenn das Daseyn seines Objekts von ihm abhängt, wenn er die Ursache der Wirklichkeit dessen ist, was ihn gedacht werde". Cfr. Tiefrunk, *Ueber Recht..*, cit., § 3.

con los que vive en comunidad, porque todos nos sometemos a las leyes de los que poseen una igual dignidad" (9).

2.- EL PROBLEMA DE LA DEFINICION DE LA LIBERTAD.

Kant, y más raramente sus epígonos, aludieron de vez en cuando a una "libertad trascendental" que, por fundamentarse en la ley ética, o ser ella misma tal ley, quedaría por encima del arbitrio individual, o del arbitrio del legislador, de modo que las aspiraciones de cualquier sujeto quedarían sometidas a una norma superior que proviene de la razón. El problema que nos planteamos ahora es si puede existir en el sistema ético kantiano un orden moral que sea heterónomo respecto de los individuos; dicho de otra forma, dado el carácter formalista de la doctrina kantiana, examinaremos las tesis que mantienen que la razón, llevada por las normas que regulan su propio despliegue, crea un orden ético, con contenidos materiales y concretos que limitan y regulan el arbitrio de cada sujeto.

La tesis a favor de esta pregunta parece tener apoyo en algunos testimonios directos que nos suministran las fuentes, y ha sido mantenida recientemente por algunos intérpretes de Kant. Efectivamente, por lo que se refiere a las fuentes, algunos testimonios hacen pensar en la existencia de un orden moral objetivo por encima del arbitrio individual; concretamente, ante el problema de explicar por qué una norma jurídica puede forzar a todos los hombres, es decir, para poder fundamentar la coacción física imprescindible en el Derecho, varios kantianos argumentaron refiriéndose a la universalidad y, en consecuencia, a la heteronomía, de la ley moral que, gracias a esta condición suya, daría un respaldo objetivo a cada norma jurídica y, en consecuencia, fundamentaría éticamente la posibilidad de forzar físicamente a otros al respeto de los derechos (10). Hufeland se expresaba, a este respecto, de forma muy clara: "Comoquiera que la ley moral tiene que ser igual para todos los hombres, y no puede ser violada, a nadie le

---

9. "Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existirt als Zweck zu, sie existirt als Zweck schlechthin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen absoluten Werth mit jeder andern. Dieses Gesetz wird das Sittengesetz genannt. Die Vernunft jedes Einzelnen gibt sich hin selbst das Gesetz, sie ist autonomisch, bestimmt aber zugleich ihren Willen. Jede einzelne Person ist also einmal Subjekt des Gesetzes, indem sie sich selbst dem Gesetze unterwirft, dann aber auch Objekt desselben, indem ihr durch dasselbe der gleiche persönliche Werth mit jeder andern Person zugeschrieben wird. Jede Person steht also hier unter ihrem eigenen Gesetze, indem sie es sich selbst gibt, zugleich aber unter dem Gesetze jeder andern Person, mit er sie in Gemeinschaft kommt, indem sie sich selbst dem Gesetze ihrer gleichen Würde unterwirft". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., pág. 7.

puede ser tolerado (físicamente) que me impida una acción que me es lícita" (11). Más preciso fue Mellin, quien se planteaba que si toda obligación ética es autónoma, es decir, si surge del sujeto y es válida sólo para ese sujeto, ¿cómo fundamentar una obligación que, como en el caso de la jurídica, abarca a varios sujetos? "¿No será el Derecho una quimera?", se preguntaba él. Contesta que no, porque la ley ética es general *(allgemein)* y, en consecuencia, es superior al ámbito personal de cada individuo (12).

Lo expresado en estas citas, en las que puede quedar condensado lo que encontramos a propósito de la existencia de una ley ética que se sobreponga al juego racional y personal de cada individuo, no encaja, por así decir, con el conjunto del sistema kantiano; por esto, es preciso profundizar más en este sistema, y, aunque esto suponga reiterar algunas ideas, veremos lo que se entendió por ley ética, referida al derecho, en la Escuela kantiana. Lo que vamos a encontrar es que la idea según la cual existiría una Norma superior al individuo -la libertad trascendental- que le proporcionaría, en su actuación jurídica o moral, normas concretas vinculantes por encima del arbitrio individual, es extraña a la Escuela. Examinaremos unas ideas, de Stephani y Bauer, que explicitan con más solidez y coherencia la naturaleza de la ley ética o libertad trascendental en la que se fundamenta el Derecho.

Stephani escribía, a este propósito, que "aquel sector de nuestra actividad que permanece bajo la causalidad de la libertad constituye la zona de nuestra *libertad natural* o de la *independencia física*; y la llamamos *arbitrio;* precisamente, esta parte de los comportamientos arbitrarios debe quedar sometida a la ley suprema de la razón práctica" (13). La razón de este sometimiento del arbitrio individual a una ley superior, continua Stephani, reside en una exigencia de la

---

10. "Da die Gesetze der Vernunft für alle vernunftige Wesen gleichlautend sind, indem Vernunft sich selbst nicht widersprechen kann: so nimmt das Sittengesetz, durch, dass es wird das (moralische) Vermögen giebt, nach Naturtrieben zu handeln, andern das (moralische) Vermögen, mir darin hinderlich zu seyn: und macht es mir dadurch, dass es andern die Unmöglichkeit erklärt, gegen mein Recht etwas vorzunehmen, möglich, diese etwanigen Unternehmungen aus dem Wege zu räumen. Dies führt zu dem Begriffe eines Zwangsrechts (ius cogens), worunter man ein Recht versteht, im welchem zugleich die Möglichkeit enthalten ist, es durch Zwang geltend zu machen". Cfr. Schaumann. *Wissenschaftliches Naturrecht,* cit.,§ 147.
11. "Da aber das Sittengesetz für alle vernünftige Wesen dasselben seyn muss, und sich nicht widersprechen kann, so kann es andern nie verstattet seyn, eine meiner Handlugen zu hindern, die mir vorzunehmen erlaubt ist". Cfr. *Lehrsätze..,* cit., § 74, donde mantiene la misma idea.
12. Vid. *Grundlegung..,* cit., § 33.
13. "Derjenige Theil unserer Wirsamkeit in der Sinnenwelt, welcher unter der Kausalität des Willens steht, macht das Gebiet unserer *naturliche Freiheit* oder *physischen Unabhängigkeit* aus... nennt man auch das Recht der Willkühr. In dem Reiche willkührlicher Handlungen soll das höchste Gesetz der praktischen Vernunft geltend gemacht werden". Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogennanten Naturrechts.* Erlangen, 1797, §§ 34-35. La intensidad es de Stephani.

razón que postula igualdad para todos los hombres, de modo que a nadie le está permitido hacer algo que a otro se le prohíba; con esto alcanza la razón su fin supremo, que es convertir la situación de guerra entre los hombres en un estado de paz, y ello se consigue gracias a que la desigualdad física, que es la causa de las guerras, se subordina a la igualdad moral (14). Unos años más tarde, Anton Bauer argumentaba de forma parecida: "La razón práctica debe, ante todo, hacer posible, mediante sus leyes, la coexistencia entre los hombres, pues éstos viven en un estado necesario de comunidad y de mutuas influencias. Si, en esta situación, uno cualquiera quisiera obrar con una libertad externa ilimitada, dejaríamos de comportarnos como seres racionales y, con ello, la libertad de todos desaparecería. Pero sucede que como la pretensión de uno a su libre existencia y actividad se fundamenta en el derecho de todos los demás a esa misma pretensión, por tanto, la razón legisladora limita la libertad externa de cada hombre en la medida en que ello es preciso para que tal actividad pueda coexistir con la libertad de todos. Esta legislación es la jurídica, y sus preceptos se llaman leyes jurídicas, esto es, condiciones bajo las cuales la libertad externa de todos los hombres es compatible. De esta forma se configura el concepto de derecho" (15)

Estas ideas, expuestas en las citas transcritas, representan lo más preciso que encontramos en la escuela kantiana acerca de la Ley Moral o *Sittengesetz* que norma el arbitrio de los individuos. Nótese que tanto en las declaraciones de Stephani como Bauer, tal ley moral, referida al Derecho o a la Moral, se limita a postular igualdad entre los hombres y a exigir que no desaparezca la libertad a causa de la guerra de todos contra todos; por ello, ni excede de la simple limitación del arbitrio de cada hombre, ni puede, por ello, tener otra finalidad que

14. "... (das) höchste Socialgesetz ist das Gesetz der Gleichheit... wenn keinem Mitglieder dieses Socialverhältnisses mehr als dem andern verboten, und keinem mehr als dem andern verstattet wir. Mithin gelangt die Vernunft zu ihrem grossen Zwecke, den Kriegzustand der Menschen in einen Friedenzustand zu verwandeln, nur allein dadurch: daß die physische Ungleichheit (die Ursache des Kriegs) der moralischen Gleichheit unterordnet". Cfr. *Grundlinien..*, cit., § 38. Vid. también el § 128 de esta misma obra.
15. "Die praktische Vernunft muss zunächst durch ihre Gesetze die Coesistenz der Menschen möglich machen. Diese leben nämlich in einem unvermeidlichen Zustande der Gemeinschaft und gegenseitigen Einwirkung. Wollte in dieser Lage ein Jeder mit unbeschränkter äusser Freiheit handeln, so würden sie nicht als Vernunftwesen in der Sinnenwelt neben einander bestehen und wirken können, mithin die Freiheit Aller aufgehoben werden. Auch liegt in dem Anspruch eines Jeden auf freie Existenz und Wirksamkeit die Gestattung eines gleichen Anspruch 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, 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. *Elementarsystem..*, cit., § 6.

hacer posible el despliegue más libre posible del arbitrio de cada cual, dentro de un orden general y colectivo en el que cada cual pueda hacer posible sus caprichos, ambiciones, etcétera.

La doctrina kantiana dista mucho de ser diáfana, al menos en lo que concierne a su concepto fundamental, es decir, la noción de libertad (16); por otra parte, los intérpretes contemporáneos de Kant, en su afán de acomodar la teoría kantiana a las exigencias del tiempo presente, han exacerbado las contradicciones y oscuridades que se encuentran en los textos kantianos. Por estos motivos, el paso final que hay que dar es el de examinar qué entendieron los kantianos por "libertad".

Ante todo, es necesario recordar que la Escuela kantiana, llevada por la contraposición a la que ella reducía el Universo, es decir, o causalidad y necesidad en el mundo físico, o libertad en el mundo humano, no pudo concebir lo específico del hombre sino como libertad y, en consecuencia, la misma naturaleza humana y, con ella, la Moral, fue entendida como libertad; las leyes morales son sólo, en consecuencia, las leyes de la libertad. Los testimonios que encontramos sobre este punto son numerosos.

Efectivamente, Reidenitz, discípulo de Kant, exponía que "las leyes de la razón se originan desde el concepto de libertad, y no son otra cosa que reglas necesarias para el uso de la libertad.. A partir de estas leyes surge la obligación" (17). La libertad es, pues el dato humano primario, y toda la razón humana, al menos en el terreno ético, gira en torno a la libertad. Esta idea la repetían con bastante precisión Jacob y Krug; en efecto, el primero de estos autores escribía que "todo lo que está vinculado con la libertad se llama práctico, ético, moral, en sentido amplio, y los seres libres, por ser tales, pueden ser llamados también seres morales" (18). Krug, por su parte, explicaba que "el concepto del Derecho es práctico no sólo en un sentido amplio, sino también en sentido estricto. "Práctico", en sentido estricto, se llama a aquello que se refiere a la finalidad de un ser racional, en la medida en que tal finalidad es alcanzada mediante la libertad o leyes de la libertad. Pues todo lo que se refiere a la libertad se llama moral, como es el caso de la Filosofía Práctica, que es Filosofía moral" (19). Abicht,

---

16. Reinhold, contemporáneo de Kant y buen conocedor de la filosofía crítica, reprochaba a Kant que los conceptos fundamentales de su *Rechtslehre*, tales como *Wille, Willkühr, Freiheit*, etc. eran ininteligibles (*unverständlich oder unthalbar*, escribía Reinhold). Cfr. Kühl, *Eigentumsordnung..*, cit., pág. 45.
17. "Die Gesetze der Vernunft leiten aus den Begriff der Freiheit. Sie sind nothwendige Regeln für den Gebrauch der Freiheit... Aus dem Gesetz fließ die Verbindlichkeit". Cfr. *Naturrecht*. Könisberg, 1803, §§ 16-17.
18. "Was mir der Freyheit verknüpft, heißt praktisch, sittlich, moralisch in weitläufigem Sinne, und freye Wesen daher auch moralische Wesen genannt". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., § 14.

ampliando más esta tesis, escribía que "es iluminador que este carácter de la Humanidad consistente en que cada sujeto se obligue por sí mismo, de modo que ninguna persona pueda ser sometida a los dictados de otra, sea una cosa con su naturaleza libre" (20).

Esta última idea expuesta por Abicht nos sitúa ante un nuevo problema, concretamente, el de dilucidar qué cosa entendieron por "libertad" cuando se refiere esta idea, no ya a lo que entendieron como constitutivo de la naturaleza humana, sino en tanto que aquella forma de actuar propia del hombre que constituye su dimensión jurídica. A este respecto Rüdiger explicaba que "un rasgo peculiar de la Humanidad es la conciencia, el conocimiento claro mediante la representación de las cosas, cuyo conjunto constituye la razón, junto con la facultad de determinarse a hacer y omitir. Esta facultad se llama la voluntad, libertad o arbitrio *(arbitrium)*, y ella sola es la que proporciona al hombre la capacidad para la actuación moral" (21). La equiparación expresa entre libertad y arbitrio que hace Rüdiger, nos sitúa ante el verdadero alcance y contenido de la "libertad" en el sistema ético kantiano; esta idea la explicita de forma más literaria Klein: "el arbitrio en sentido amplio, es la capacidad de obrar según las leyes del mundo moral" (22) y, para que no haya confusiones, explica poco más adelante que "voluntaria o arbitraria es aquella acción que la realizamos porque nos da la gana" (23). Más precisión en torno a la naturaleza de la libertad, voluntad o arbitrio en el sistema kantiano, la encontramos en Krug: "Dado que la ley primigenia de la razón práctica surge de la orientación fundamental de la razón, puesto que el hombre no puede conocer otra facultad que esté por encima de la razón... se sigue que debemos referirnos a la razón, pero no a una razón general *(logos koinós)* sino a la razón peculiar del hombre *(logos idiós)* en tanto

---

19. "Der Rechtsbegriff ist nicht bloss praktisch im weitern, sonder auch im engern Sinne; mithin ein moralischer Begriff. Praktisch im engern Sinne heisst das, was sich auf die Zwecke eines vernünftigen Wesens bezieht, wieferne sie durch Freyheit oder nach Freyheitsgesetzen realisirt werden. Alles aber, was sich auf die Freyheit bezieht, heisst moralisch- z.B. praktische Philosophie-Moralphilosophie". Cfr. *Aphorismen..*, cit., § 13.
20. "Es ist einleuchtend, dass dieser Charakter der Menschheit, nämlich Selbstverpflichtung, einerley sey mit ihrem Charakter Freyheit... endlich, dass keiner Person keine Pflichten von einer andern Person vorgeschrieben und aufgegeben werden können". Cfr. *Neues System..*, cit., § 23.
21. "Aber eigenthümlicher Vorzug der Menschheit ist das Bewußtseyn, die deutliche Erkenntnis der Vorstellung der Dinge, oder Verstand, ihres Zusammenhanges oder Vernunft, und das Vermögen sich darnach selbst zu Thun oder Lassen zu bestimmen. Dieses heißt der Wille, die Freyheit oder Willkühr (arbitrium) und giebt den Menschen allein die Fähigkeit zu sittlichen Handlugen". Cfr. *Lehrbegriff des Vernunftrechts und der Gesetzgebung*. Halle, 1798, § 60
22. "Die Willkühr im weitern Sinne ist ein Vermögen, nach dem Gesetze der Geisterwelt zu wirken". Cfr. *Grundsätze ..*, cit. § 13.
23. "Willig oder willkührlich im engern Sinne ist eine Handlung, wenn sie mit Lust gewirkt wird". Cfr. *Grundsätze..*, cit., § 18.

que legisladora para sí misma, es decir, autonómica. Pues el hombre perdería su dignidad si él considerara como ley para sus acciones algo externo o heterónomo a sí mismo" (24). Para la consideración de la Etica no queda, pues, nada más que el individuo empírico, que rechaza cualquier heteronomía. Incluso los defensores más acérrimos de la existencia de una "libertad trascendental" en Kant, que la situaría como orden normativo, por encima del arbitrio individual, se ven abocados a la contradicción, respecto a esta tesis, ante la claridad de los textos kantianos; por ello, Haensel, en plena contradicción con su tesis básica (a la que ya he aludido) reconoce que "el contenido del derecho subjetivo es la libertad regulada por la razón; pero no la libertad en el sentido de "libertad trascendental" considerada en sí misma, sino "libertad" en el sentido según el cual la manifestación de la libertad trascendental, en nosotros, no debe sernos molestada" (25). Haensel introduce, pues, una distinción entre la libertad trascendental en sí, propia del hombre nouménico, y la libertad trascendental "para nosotros", lo que es poco coherente con la pretensión normativa absoluta que este autor, y otros, atribuyen a la "libertad trascendental". Hubiera sido más correcto, es decir, más coherente con el conjunto de la teoría kantiana, puesto que Kant pretendió construir un *sistema,* dejar el concepto de libertad en sus justos límites, que nunca traspasan la actividad del individuo. De hecho, Kant evitó cuidadosamente los términos *heteronomía, o heterónomo,* para referirse al Derecho, ya que no supo vincularlo a un orden normativo anterior o superior (26). En Kant, la libertad, llámese trascendental o no, queda, según Lisser, como un concepto puramente negativo, del mismo modo que toda la definición kantiana del derecho (27), y en esta naturaleza de la libertad jurídica insiste Joseph Wicke, para el que la libertad externa, es decir, jurídica, consiste solamente en la ausencia de presión externa, en la posibilidad de obrar según las propias ganas hasta donde alcance la fuerza física de cada uno (28).

---

24. "Da das Urgesetz der praktischen Vernunft aus der urprüglichen Richtung der Vernunft überhaupt hervorgeht und der Mensch sich keines anderweites Vermögens, das noch über die Vernunft erhaben wäre und in Beziehung auf dieselbe gesetzgebendes Ansehn hätte, bewusst ist: so muss sich die Vernunft, und zwar nicht bloss die allgemeine (logos koinós), sondern auch die besondre (logos idiós) des Menschen, als gesetzgebend in und für ihn selbst (autonomisch) betrachten. Der Mensch würde sonach auf seine eigene Würde Verzicht leisten, wenn er sich als das Gesetz seiner Handlungen anderswoher (etwa von Triebe) empfangend (heteronomisch) betrachten wollen". Cfr. *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre.* Könisberg, 1817, § 246, *Anmerkung* 2.
25. Cfr. *Kants Lehre...*, cit., pág. 15.
26. Cfr. Richard Saage, *Besitzindividualistischen Perpekstiven der politischen Theorie Kants,* en *Neue politische Literatur* 2 (1972) pág. 182.
27. "Er bleibt so negativ und unfruchtbar wie die ganze Definition des Rechts bei Kant selbst". Cfr. *Der Begriff des Rechts bei Kant.* Berlin, 1922, pág. 22.
28. Cfr. *Kants Rechts- und Staatsphilosophie.* Breslau, 1913, pág. 7.

Hasta ahora, he estado estudiando la pretensión a tenor de la cual la ley moral universal, que se concreta en la libertad trascendental, proporcionaría contenidos concretos a las dos partes de la Etica que son el Derecho y la Moral. Queda, sin embargo, un tema por averiguar; dado que los kantianos aluden de vez en cuando a la citada "libertad trascendental" ¿qué fue lo que entendió expresamente la Escuela bajo tal rótulo? Tiefrunk explicaba que la voluntad es "trascendental" y pura, cuando es independiente de la causalidad propia del mundo físico (29), y Gros mantenía la misma idea acerca de la naturaleza de la libertad trascendental cuando escribía que "las leyes de la razón práctica son posibles porque suponemos una voluntad que es capaz de determinarse a sí misma mediante la razón, con absoluta independencia de los otros motivos, y esta cualidad de la voluntad se llama *libertad trascendental* o *libertad de la voluntad*" (30).

Quiere esto decir que el concepto kantiano del Derecho se agota en la limitación del arbitrio subjetivo, y que los criterios para tal limitación son siempre formales, ya que se reducen al principio de no-contradicción y al postulado de la exigencia de la consideración de cada hombre como fin en sí mismo, *Selbstzweck*, que debe realizar cada sujeto. De esta forma desaparece en Kant y en su Escuela la posibilidad de un ordenamiento jurídico o moral superior y normativo respecto a la actuación de cada individuo; quedan -y en esto consiste la aportación kantiana- exigencias que el individuo debe plantearse, y contestar él mismo, lo que nos lleva al tema de la autonomía ética, al que ya he aludido.

Por esto considero que los intentos para *recuperar a* Kant al servicio de las necesidades ético-jurídicas de la segunda mitad del siglo XX deben darse por fracasados. Kant, ciertamente, jugó con los conceptos de libertad *(Freiheit)* y arbitrio *(Willkühr)*, de modo que la libertad apareciera como algo más noble, superior, con respecto al arbitrio de los individuos. Pero esto es, dentro del sistema kantiano, un juego tramposo; Kant partió siempre en la *Rechtslehre* incluida en la "Metafísica de las costumbres", del arbitrio individual, y cuando tropieza con aporías que surgen desde el juego racionalista que él hace desde sus mismos postulados, introduce contradictoriamente con su doctrina la figura del *homo noumenon*, al que corresponde una inexplicada "libertad trascendental"; este misterioso adjetivo, *Transcendentale*, aplicado a la libertad, es una inmensa capa que cubre una multitud de miserias, en este caso, las insuficiencias y

---

29. "...er ist trascendental und rein, in wie fern er von der Nothwendigkeit der Bestimmung durch empirische Gründe unabhängig ist". Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 26.
30. "Gesetze der praktische Vernunft sind nicht anders möglich, als unter Voraussetzung eines Willens, welcher fähig ist sich blos durch Vernunft unabhängig von allen andern Gründen, zu bestimmen. Diese Eigenschaft des Willens... heisst *transcendentale Freiheit* oder Freiheit des Willens". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., pág. 13. La intensidad es de Gros.

contradicciones en que incurrió Immanuel Kant.

3.- LOS URRECHTE: LIBERTAD, IGUALDAD Y PROPIEDAD.

Al hablar de *Urrechte*, que es la expresión que emplearon los kantianos para referirse a lo que se conocían como "Derechos del Hombre", es preciso traducirla como "derechos primigenios", "derechos fundamentales", o con cualquier otra expresión análoga; no podían emplear la expresión "Derechos del Hombre" *(Menschenrechte)* porque, por un decreto del *Reichcammergericht* tal expresión estuvo prohibida en Alemania durante la época que estamos estudiando (31), quizá porque las connotaciones revolucionarias que se desprendían de las "Declaraciones de los Derechos del Hombre y del ciudadano" molestaban a los detentadores autocráticos del poder de los Estados alemanes de la época. De todos modos, la Escuela no se debió sentir molesta por verse obligada a usar el término *Urrechte* pues, por una parte, en la práctica todos sabían que era sinónimo de "derechos del Hombre" y , por otra, el formalismo kantiano, con su exigencia de un único principio desde el que se pudiera enjuiciar sistemáticamente toda creación del Derecho, era refractario a un catálogo minucioso de derechos diversos, ya que tal diversidad rompería el esquema sistemático que postulaba un único punto central de referencia.

a) Los derechos fundamentales.

Karl Heinrich Heydenreich expuso, ya en 1.794, el criterio fundamental de toda experiencia jurídica; a este respecto, argumentaba este autor que los derechos coactivos *(Zwangsrechte)* se derivan directamente del hecho de que el hombre es una persona, y dado que todos somos personas, a todos nos corresponden por igual. A la personalidad va unida necesariamente, esencialmente, la libertad (32). El fundamento de la igualdad, añadía Tafinger en este mismo año, radica en el hecho de que a cada hombre le pertenece una igual autodetermina-

---

31. Cfr. J.A.L. Seidensticker, *Juristische Fragmente*, cit., § 283.
32. "Da die bisher entwickelten ursprüglichen Zwangsrechte sind unmittelbar aus dem Charakter der Persönlichkeit des Menschen ergeben, welcher Allen auf gleiche Weise zukommen; so folgt, dass die Menschen sich einander, in Rücksicht der ursprünglichen Zwangsrechten, vollkommen gleich sind. Und da kein ursprüngliches Zwangsrencht ganz veräussert werden kann, so folgt, dass die Menschen sich in Rücksicht des Ganzen ihrer ursprüglichen Zwangsrechte auch jeder Zeit vollkommen gleich bleiben... Der Satz also, dass alle Menschen frey geboren sind, bezeichnet nichts anders als den mit der Menschheit wesentlich verknüpfen Charakter der Persönlichkeit". Cfr. *System...*, cit., pág. 196-197.

ción de la voluntad, según preceptos racionales, una autonomía racional que fundamenta los derechos que surgen del seno de la razón, por lo que un hombre es igual a cualquier otro, pues todos poseen igual autodeterminación e igual autonomía de la voluntad (33).

Pero principios tales como la "personalidad" o la "igualdad" cuadran mal en el esquema kantiano, porque ya sabemos que, en este sistema, el punto de partida y la materia constitutiva de la vida ética del hombre es la libertad. Para hacer de ésta, es decir, de la libertad el punto central de referencia de todo el sistema iusnaturalista, hubo que esperar a la segunda edición del *Das reine Naturrecht,* de Theodor Schmalz, que apareció al año siguiente, en 1.795. Schmalz expresó esta tesis en tono rotundo: "La ciencia del Derecho Natural no puede ser otra cosa que análisis de un concepto: Libertad" (34). Cuando se parte de este concepto -prosigue Schmalz- vamos por un camino estrictamente científico que nos resguarda de todas las opiniones vacilantes con las que se ha querido explicar el Derecho natural (35). En el momento de desarrollar lo que él entiende por libertad, Schmalz es claro: "El primer *Urrecht* del hombre es el derecho a disponer de sí mismo, es decir, a vivir y a disponer de todo aquello que la naturaleza de su alma y de su cuerpo le ha proporcionado" (36). De este primer derecho, sigue Schmalz, fluye el segundo derecho fundamental de la Humanidad, a saber, el derecho de cada hombre a sus comportamientos, esto es, a hacer o a omitir lo que él quiera; a este derecho que todo hombre tiene a sus comportamientos se le llama libertad, en sentido estricto o, más bien, la libertad externa (37). De ambos derechos mencionados, explica este autor, se sigue el tercer derecho fundamental del hombre, que no es otro que el derecho que posee al uso de las cosas, ya sea para satisfacer sus necesidades ya para usarlas de acuerdo con todos los fines caprichosos *(beliebigen)* que él quiera; y éste es un *Urrecht* por que sin él el hombre no sólo no podría existir como fenómeno, sino tampoco como ser humano o esencia racional, que precisa disponer de las cosas

---

33. "In allen diesen wesentlich in seiner vernünftigen Selbständigkeit gegründeten Rechten der Gebrauch nach Vernunft, der Selbstbestimmung des Willens nach vernünftigen Vorschriften, und der von fremder Willkühr unabhängigen Selbsterhaltung und Vervollkommung ist jeder Mensch dem andern gleich". Cfr. Wilhelm Gottlieb Tafinger, *Lehrsätze des Naturrechts.* Tübingen, 1794, § 115.
34. "Denn sie (die Wissenschaft des Naturrechts) kann nicht anders seyn, als Analyse des Begriffs: Freyheit". Cfr. *Das reine Naturrecht,* cit., *Vorrede,* pág. 15.
35. "...wenn man von diesem Begriff ausgeht; so ist man durch eine strenge wissenschaftliche Methode auch sicher vor allen schwankenden Bestimmungen dessen, was man im Naturrecht selbst erklären will". Cfr. *Das reine Naturrecht,* cit., *Vorrede,* pág. 16.
36. "Das erste Urrecht des Menschen ist das Recht auf sich selbst, das ist, er darf mit allem, was die Natur seiner Seele und seinem Körper gab, daseyn und leben". Cfr. *Das reine Naturrecht,* cit., § 48.

sensibles según su voluntad (38). En el *Handbuch der Rechtsphilosophie* de 1.807, explicitaba algo más Schmalz el fundamento del *Urrecht* a la propiedad, y escribía a este respecto que "el hombre tiene un derecho al uso de las cosas porque nadie le puede impedir, en general, el actuar y de ello se sigue que el que impide el uso de las cosas le está prohibiendo, por este mismo hecho, una actuación suya. El objeto de este derecho no son las cosas consideradas en sí mismas, sino que reside en su propia actuación de hombre... pues el derecho al uso de las cosas está ya contenido en el derecho que todo hombre posee a actuar, como una parte de él" (39).

A partir de Schmalz, el derecho a la propiedad se convierte, junto con la libertad e igualdad, en el tercero de los tres derechos "fundamentales" que reconocieron los kantianos. Por este hecho, Christian Weiss exponía que el *Urrecht* del que hay que partir para construir el Derecho natural, debe ser único (puesto que se trataba de construir un sistema), y que tal derecho debe ser situado, concretamente, en el dominio de la libertad externa, es decir, a actuar según los fines que cada uno quiera. Pero sucede que, ya que el Derecho, en general, tiene un doble objeto, en los llamados *Urrechte* hay que entender dos tipos distintos de su uso, y por eso se diferencia entre:

a) el *Urrecht* a todos aquellos comportamientos que, o bien son necesarios para que exista libertad externa, o bien son simplemente posibles gracias al arbitrio, y

b) el *Urrecht* al uso de las cosas, sin el cual el libre arbitrio quedaría incompleto (40).

De todos modos, el derecho de propiedad no formaba parte del *reines Naturrecht,* sino del *angewandtes Naturrecht,* es decir, era tan esencial como la libertad o la igualdad -y por ello el tratamiento de la propiedad figuró siempre

---

37. "Es fliesset hieraus zunächst das zweyte Urrecht der Menschheit: das Recht des Menschen auf seine Handlungen, das ist, er darf 1) handeln, 2) unterlassen, wie er will... Man nennt dies Recht des Menschen auf seine Handlugen die Freyheit im besondern Sinn, oder die äussere Freyheit". Cfr. *Das reine Naturrecht,* cit., § 49.
38. "Aus beiden Rechte folgt das dritte Urrecht des Menschen auf den Gebrauch der Sachen... zu allen beliebigen möglichen Zwecken oder auf Befriedigung seiner Bedürfnisse durch die Sachen. Denn ohne dieses Recht konnte einestheils der Mensch nicht nur nicht als Erscheinung existiren, sondern noch weniger als vernünftiges Wesen, welches selbst frey das sinnliche um sich her nach seinem Willen bestimmen sollte". Cfr. *Das reine Naturrecht,* cit, § 50.
39. "Der Mensch hat ein Recht auf den Gebrauch der Sachen. Denn da niemand ihn an Handlungen überhaupt hinden darf: so darf ihn auch niemand an dem Gebrauche der Sachen hindern, als welcher ja auch eine Handlung ist. Die Gegenstand dieses Rechtes sind mithin nicht die Sachen selbst, sondern ist lediglich seine eigene Handlung selbst... Das Recht auf die Handlungen sey aber schon enthalten im Recht auf die Person... Aber das Recht auf den Gebrauch der Sachen ist wiederum nur in dem Rechte auf die Handlungen enthalten, als Theil desselben". Cfr. *Das reine Naturrecht,* cit., § 98.

junto con el del Estado- pero era un derecho "deducido" desde la premisa fundamental del sistema, es decir, desde la libertad. Esto lleva a Khristian Kühl a decir que toda la doctrina jurídica de Kant tiene como principio constitutivo la libertad externa del hombre (41), y que, fuera de este derecho fundamental, no existe ningún derecho, y, por tanto, ningún *Urrecht* a la propiedad (42). Quiere indicar Kühl que el derecho a la propiedad no se deriva con necesidad lógica del postulado de la libertad externa, aunque es preciso admitir, contra Kühl, que la propiedad, aunque no puede aparecer como un *Urrecht* extraído de la misma naturaleza del hombre, es decir, de la libertad y de las normas que regulan y limitan tal libertad, está, sin embargo, impecablemente fundamentado -a través de razonamientos deductivos- en el concepto de libertad externa. Debo confesar, sin embargo, que es tal el margen de arbitrariedad que dejan las presuntamente rígidas conclusiones lógico-racionales kantianas que, si en el siglo XVIII hubieran dominado tesis negadoras de la propiedad, a Kant y sus discípulos no les hubiera costado ningún esfuerzo fundamentar la inexistencia del dominio real a partir de la libertad; les hubiera bastado con argumentar, por ejemplo, que la existencia de cosas que pertenecen exclusivamente a otro, lesionan mi libertad de acción al no poder disponer yo de ellas. Teniendo esto en cuenta, se comprende mejor la actitud de Kühl: el único *Urrecht* es la libertad, y conectado con él, la igualdad, ya que todos los hombres son *Selbstzweck,* y todos los demás derechos vienen "exigidos" por la naturaleza de la razón, de la misma forma que podrían venir también "exigidas" cosas muy distintas a las que propusieron Kant y su Escuela.

b) El fundamento de estos derechos.

Ludwig Heinrich Jakob explicitó la fundamentación del derecho de libertad-igualdad. "Las condiciones necesarias -escribía Jakob sin las cuales un sujeto no puede ser pensado son: 1) que el sujeto sea considerado como una

---

40. "Das Urrecht kann nach dieser Erklärung nur ein einziges seyn, nämlich des auf den Besitz des äussern Freiheit zum Handeln nach beliebigen Zwecken. Da aber das Recht überhaupt ein doppeltes Object hat, so sind auch unter diesem besonder so genannten Urrechte zwei verschiedene Arten seines Gebrauches begriffen, und man unterscheidet:
a) das Urrecht auf alle Handlungen, welche entweder nothwendig sind um die außere Freiheit zu besitzen und zu erhalten, oder welcher während des Besitzes derselben durch Willkühr möglich sind...
b) das Urrecht auf den Gebrauch der Sachen, d.h. dessen der freien Willkühr ermangelt". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 47
41. Cfr. *Eigentumsordnung...*, cit., pág. 271.
42. Cfr. *Eigentumsordnung...*, cit., pág. 119.

esencia moral *(als moralisches Subjekt)*, esto es, como una substancia absoluta o como persona, que constituye un fin absoluto en sí mismo, un *Selbstzweck*, que, en consecuencia, no existe para los otros, sino sólo a causa de sí mismo que, por tanto, no puede ser -en un orden moral- simple medio al servicio de otros... 2) que la persona posea libertad, o lo que es lo mismo, una absoluta causalidad de su voluntad... 3) que se constituya en una persona libre que esté en una unión recíproca con otras personas, pues así son y permanecen todas las personas libres, ya que la convivencia no puede destruir este carácter. Pues toda esencia moral, con respecto a los otros, por muy distinto que pueda ser en cuanto a su materia, es exactamente igual si la consideramos desde su forma y, en consecuencia, entre personas libres existe una absoluta igualdad formal... Estos tres derechos fundamentales, normales y puros, que corresponde de forma necesaria a toda esencia moral, bajo todas las relaciones y circunstancias que las podemos considerar son, pues: 1) el derecho a la personalidad; 2) el derecho a la libertad, y 3) el derecho a la igualdad formal (43).

Toda la Escuela se precipitó por este camino; en primer lugar estaba, como exigencia fundamentadora de toda dignidad humana, la autonomía moral, que conllevaba o se fundamentaba -no está claro esto en las obras kantianas- en la consideración de todo hombre como fin en sí mismo, que nunca puede ser puesto al servicio de los fines de otro; desde esta autonomía (designada normalmente bajo término *Selbständigkeit)* que consiste en la exigencia que cada hombre se dé a sí mismo sus propias leyes de actuación bajo las exigencias estereotipadas de la generalización o imperativo categórico, surge la libertad o lo que es lo mismo, la libertad considerada en esta misma autonomía. Dado que todos los hombres somos igualmente autónomos, surge un mundo de "esencias racionales" que está dominado por los principios de libertad, es decir de autonomía e igualdad. Se trataba de un juego que, como tuvimos ocasión de estudiar en las páginas precedentes, surge del concepto único de libertad, que fue considerada la esencia del mundo moral.

Así pues, toda la teoría ético-jurídica de la Escuela en lo que concierne a la "Metafísica de las costumbres", fue edificada sobre los principios de autonomía, libertad e igualdad; dado que autonomía y libertad no eran más que distintas denominaciones de una sola realidad, a saber, la radical libertad de todo individuo, sólo limitado en su actuar por el principio de no-contradicción, pronto

---

43. "Das practische Gesetz kann also nicht ausdrücken,welche Art zu handeln unsrer Sinnlichkeit, der Selbstliebe und ihrem Gegenstande, der Glückseligkeit, gemäss, und um derentwillen nothwendig sey... kann auch in dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst, kein Datum dieser Art enthalten seyn... weil es der Natur unsrer Sinnlichkeit, unsrer Selbtsliebe und Glückseligkeit im Ganzen oder im gewisser Rücksicht, an sich oder unter gewissen Umständen und Bedingungen, gemäss ist". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., pág. 90-91.

apareció como evidente que el único *Urrecht* desde el que había que edificar todo el Derecho natural era el derecho a la libertad.

En autores más tardíos existen disputas acerca de si el principio fundamental debe ser la libertad o si, en cambio, la igualdad. "La igualdad de las personas es la ley suprema para la libertad de las voluntades racionales" (44), explicaba Fries. La razón que la mueve a opinar así consiste en que él entiende que solamente el reconocimiento mutuo de la igual dignidad de todos puede ser el fundamento suficiente para llevar una vida adecuada a la dignidad del hombre (45); por esto, concluye que "la igual dignidad de toda esencia racional es la ley suprema del reino de los fines, y a esta ley de la igualdad de la dignidad personal la llamamos nosotros la ley del Derecho" (46). Ludwig von Dresch, en 1.823, al final casi del ciclo vital de la Escuela, concedía también el primado a la igualdad, frente a la libertad; el punto de partida de su doctrina es -inexcusable en todo kantiano- la esfera de arbitrio *(Sphäre der Willkühr)* de cada individuo, pero pasó rápidamente a considerar que todos los hombres poseen idénticas "esferas de arbitrio", por lo que los límites del arbitrio de uno son los mismos que los límites de los arbitrios de los demás (47). En consecuencia, considera que existen sólo dos derechos fundamentales: primero, el derecho a la igualdad, y, en segundo lugar, el derecho a la libertad. "El *Urrecht* a la igualdad -escribe Dresh- se fundamenta en la fórmula general de la ley del derecho: "Todos los hombres tienen idénticas esferas de arbitrio y son iguales ante su uso". Si todos los hombres tienen un *Urrecht* a la igualdad, de él se sigue necesariamente el derecho a la libertad, porque si uno fuese libre y los otros no lo fueran, desaparecería la igualdad.

De todos modos, quisiera destacar que las disputas internas, en la Escuela, acerca de si el principio fundamental del derecho es la libertad, o la igualdad, carecen de importancia, tanto teórica como práctica. En efecto, en cualquier caso, la igualdad moral y, por tanto, jurídica, la fundamentaron metafísicamente en la igual libertad de todos los hombres, en el hecho concreto de que cada individuo, al ser él el único capacitado para darse a sí mismo las normas éticas -en razón del principio de autonomía moral- es una esencia aislada, libre, que no

---

44. "Die Gleichheit der Personen ist daher für die Freiheit des vernünftigen Willens das höchste Gesetz". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., pág. 3.
45. Cfr. *Ibidem.*
46. "Die gleiche Würde eines jeden vernünftigen Wesen ist hier das höchtes Gesetz des Reiches der Zwecke... Dieses Gesetz der Gleichheit der persönliche Würde nennen wir nun das Gesetz des Rechs". Cfr. *Ibidem.*
47. "Alle Menschen haben gleiche Sphäre der Willkühr oder sind gleich im Gebrauche ihrer Willkühr... Jeder muß den Kreis der Willkühr, den er sich selbst zuschreibt, auch allen Andern zugestehen: daher ist die Gränze der Willkühr eines Jeden die gleiche Willkühr jedes andern: oder das Recht eines Jeden hört da auf, wo das Recht des Andern anfängt". Cfr. *Naturrecht.* Tubingen, 1822, § 23.

puede ser puesto a disposición de los fines de otro sujeto y que, en consecuencia, es siempre un fin en sí mismo, un *Selbstzweck*. Así pues, la igualdad que postulan los kantianos no puede ser confundida con la igualdad que afirmaron, más tarde cronológicamente, algunas doctrinas socialistas. El punto de separación entre una y otras reside en el radical individualismo de la ética kantiana, hecho posible, como ya he indicado, por el principio de la pretendida autonomía ética.

c) El alcance real de los derechos fundamentales

Kant y su Escuela hicieron del binomio libertad-igualdad el fundamento de toda su construcción ético-jurídica, tal como estamos estudiando, y para hacer posible este postulado parten en todo momento de las "esencias racionales", expresión con las que ellos designaban a los "hombres". Un reproche que pronto dirigieron varios autores contra la Escuela consistió en argumentar que entre las "esencias racionales" en su consideración metafísica, y los hombres tal como se presentan en la realidad, hay poca relación; en efecto, los hombres reales en las sociedades reales que históricamente han existido no han aparecido nunca como esencias racionales puras que encarnen, sin más, la igualdad esencial y metafísica, sino que, por el contrario, los hombres reales se han caracterizado, en cualquier sociedad histórica que queramos considerarlos, por su profunda desigualdad. Esta desigualdad se refiere tanto a sus fuerzas físicas, tanto corporales como intelectuales, a sus posibilidades económicas y políticas y a muchas cuestiones más; en cualquier caso, los hombres jamás han aparecido, en la realidad, como seres iguales unos a otros. El problema a plantearse es: ¿qué representa, y qué alcance tiene la tesis kantiana que mantiene la libertad e igualdad de las "esencias racionales"?

Pudiera pensarse que el postulado metafísico de igualdad tiene un valor normativo respecto de los hombres reales, de modo que el kantismo, con tal exigencia, pretendió introducir una igualdad real en la vida jurídica y social, frente a la praxis política, jurídica y social de su tiempo. Esta tesis debe ser muy matizada a tenor de los datos que nos suministran las fuentes. Veamos.

De acuerdo con los postulados kantianos, cada hombre es libre, porque es autónomo, de modo que toda "esencia racional" es un fin en sí misma, por lo que no puede ser utilizada al servicio de los fines de otra persona; cada "persona" se constituye de esta forma, en una mónada de libertad que, por poseer igual libertad que las demás personas, debe ser respetada en su libertad, como un ser igual, y esto es lo que pretende, precisamente, el imperativo categórico: obra siempre de tal forma que respetes la libertad de los demás. Así pues, la igualdad kantiana se agota en el respeto a la autonomía ética ajena, y esta exigencia de respeto a la libertad ajena se traslada, en el plano metafísico propio de cualquier *Rechtslehre*

kantiana a la teoria jurídica, concretamente, la igualdad metafísica se traduce en una igualdad jurídica.

Esta igualdad jurídica consiste en que cada hombre, en sus relaciones con los demás individuos, debe gozar de idéntica protección del Estado. Observamos, ante todo, que en esta argumentación, existe un salto muy fuerte; en efecto, con ella se pasa desde la igual autonomía ética del individuo (tema que es explicado en el Derecho natural puro) a la consideración de la actividad propia y necesaria del Estado, que es un tema que ya no corresponde al Derecho natural puro o *reines Naturrecht* sino al Derecho natural aplicado, al *angewandtes Naturrecht*. En cualquier caso, como ya observé páginas atrás, los kantianos operaron este tránsito inconscientemente, y concluyeron que la igual libertad debe traducirse, en el campo del *angewandtes Naturrecht*, es decir, en la teoría jurídica del Estado, en una igual protección jurídica de los derechos ya adquiridos por cada persona en el *status naturae*.

La igualdad no se extendió, pues, al contenido real de los derechos sino sólo a la forma como tales derechos debían ser protegidos. Efectivamente, en el *status naturae,* cada hombre, de acuerdo con sus propias fuerzas, se apropia, mediante la *occupatio,* de todo lo que quiere y puede; en un segundo momento, el Estado, mediante una protección jurídica formal, asegura a cada uno lo que ya ha adquirido mediante el uso de su libertad. Tafinger exponía esta situación con claridad: "El ciudadano del Estado no tiene ningún derecho a la igualdad natural e inmodificable que no lo poseyera ya fuera del Estado. Pero cada cual tiene la misma participación en el fin del Estado, que es igual para todos. Por esto, todos tienen derecho a la misma protección jurídica para su persona y para su propiedad, y aún cuando la cantidad *(die Quantität)* de los derechos adquiridos, es decir, de las propiedades, es muy desigual según cada uno, sin embargo, todos pueden exigir que la relación legal con respecto al Estado sea igual para todos los ciudadanos" (48).

Toda la igual libertad se redujo, pues, a una igual protección jurídica, por parte del Estado, de los derechos adquiridos. Cuanto adquiere cada uno es cuestión indiferente para la "Metafísica del Derecho" y, en consecuencia la situación de igualdad real entre los hombres libres queda abandonada a lo que de hecho sucede en la sociedad. Por este motivo G. Vlachos escribía que "el autor de teoría y praxis no se preocupa de examinar en qué medida esta igualdad jurídica ofrece realmente a todos los individuos la posibilidad de elevarse al

48. "Der Bürger des Staates hat kein Recht der unveränderlichen natürlichen Gleichheit, die ihm schon ausser dem Staat nicht erkann. Aber an dem Zweck des Staates, der für Alle ist, hat Jeder gleichen Antheil. Daher hat Jeder das Recht auf gleichen öffentlichen Schutz für seine Person und sein Eigentum; und wann gleich die Quantität seiner erworbenen Recht oder seines Eigenthums sehr ungleich ist; so kann er doch fordern, daß das gesetzliche Verhältnis dasselben zum Staate für alle Bürger gleich sey". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 388.

rango que ellos merecen; Kant se contentó con postular esta posibilidad y se remitió, para todo lo demás, al automatismo benefactor de la libertad económica. Digamos, simplemente, que él cierra deliberadamente los oídos al grito de alarma que una parte de la opinión europea había lanzado ya contra la creación de nuevos feudalismos que habían surgido al amparo de la libertad económica"(49).

Así pues, con el juego de los "derechos fundamentales" *(Urrechte)* de la libertad, igualdad y propiedad, Kant, y con él toda su Escuela, consagraron en la teoría jurídica y política la más estricta igualdad formal junto con la más completa desigualdad real.

4.- DERECHO Y MORAL: SUS DIFERENCIAS.

La *Metafísica de las Costumbres*, también llamada *Naturrecht* por los kantianos, se compone de dos partes; la primera está dedicada, como sabemos a mostrar cómo es posible la acción moral desde la libertad del individuo y la segunda trata de fundamentar la existencia de la libertad en la convivencia entre los hombres; dado que la libertad o arbitrio que regula la Moral es la libertad personal del sujeto, la libertad propia de su mundo interior, lo regulado por la Moral fue la "libertad interna" *(innere Freiheit)*, mientras que lo regulado por el Derecho fue , en cambio, la libertad de actuación en el mundo externo; como el punto *de partida,* y la meta última, de todo *Naturrecht* kantiano es la libertad, la teoría sobre el Derecho trató de hacer posible la libertad externa de cada sujeto de forma que las libertades de todos puedan coexistir de la mejor manera posible (50).

Tenemos, pues, un primer punto de referencia para distinguir entre Moral y Derecho en el iusnaturalismo kantiano: la libertad de actuación externa de los hombres. Desde esta premisa, de Escuela pasó rápidamente a considerar que el Derecho sólo se ocupa de los actos externos del hombre, a diferencia de la Moral, que regula los actos internos. Así, por ejemplo, Schmid estimaba que "una legislación externa sólo pueda referirse a los comportamientos exteriores, no a las intenciones o a las máximas, pues lo interno no es objeto de un enjuiciamiento externo y, en consecuencia, no puede ser ejercida acción sobre ello" (51). Otros

---

49. *La pensée politique de Kant.* París, 1962, pág. 392.
50. Estas ideas las exponía resumidamente Schmalz cuando escribía que "Die Ethik will unsre innere, die Rechtslehre unsre äußere Freyheit sichern. Jene will die usurpirte Herrschaft der Sinnlichkeit über den Willen zerstören, diese die Willkühr Anderer von uns abwenden". Cfr. *Erklärung...*, cit., pág. 26.
51. "Eine äussere Gesetzgebung... kann also:
1) nur auf äussere Handlungen, nicht auf Gesinnung und Maximen beziehen. Das innere ist kein Objekt äussere Beurtheilung, folglich ist ieder darauf gerichtete Zwang praktisch unmöglich". Cfr. *Grundriss...*, cit., § 12.

integrantes de la Escuela dando un paso más adelante, entendieron que la Moral enjuicia todos los actos del hombre, mientras que el Derecho se limita a regular sus actos externos (52). Propusieron, pues, una distinción entre Derecho y Moral que devino clásica en la Filosofía del Derecho hasta que Giorgio Del Vecchio, un siglo más tarde, mostró su inconsistencia.

La segunda nota específica del Derecho reside en la coercibilidad. Wilhelm Stephan resumía la historia doctrinal de la relevancia de la coacción como carácter específico del Derecho cuando escribía que "a través de Gerhard, Gundling y los juristas que desde los últimos decenios del siglo pasado se han ocupado con el Derecho natural, fue dominando la doctrina a tenor de la cual el carácter específico del Derecho es la coercibilidad... Esta teoría la tomó la escuela kantiana inconscientemente, y buscó demostrar científicamente su corrección" (53). Efectivamente, para defender la libertad de actuación en el mundo exterior, en el mundo de la empiria, era preciso otorgar a cada individuo la facultad de remover, por la fuerza, los obstáculos que se opusieran al uso de su libertad. Hufeland explicaba con claridad este planteamiento: "Puesto que la limitación de la libertad legítima es lo mismo que la vulneración de un derecho perfecto, debe estarle permitido a cada hombre el rechazar aquella limitación ilegítima de la libertad mediante violencia y, en consecuencia, está permitido limitar la libertad de aquel que se opone a la libertad de los otros según leyes generales. De esta forma surge el principio general de todo derecho coercitivo: todo hombre tiene el derecho de hacer posible, mediante violencia, la libertad

---

52. Escribía Zachariä que "Beyde Gesetzgebungen unterscheiden sich 2) in Beziehunf auf ihren Gegenstand. Die ethische Handlungen geht vermöge ihrer Triebfeder auf alle Handlungen des Menschen überhaupt... Die jurisdische Gesetzgebung aber kann nur auf äussere Handlungen gehen, da nur diese äusserliche erzwungen werden können. Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., § 10. J.P.A. Leisler presenta un interés singular para nosotros porque en su *Populäres Naturrecht* se propuso explicar al gran público la doctrina jurídica kantiana y su obra, por este hecho, nos sirve para conocer cómo fue entendido Kant, de forma simplificada y trivializada. Este autor escribía, a propósito del tema que nos ocupa, que "Die Moral oder das Sittengesetz erstreckt sich auf alle freie Handlungen des Menschen, vor ihm ist nichts gleichgültig... Sie (die rechtliche Vernunft) sichert ihm also hier erst ein Gebiet, worauf er ungestört von dem Zwange anderer Menschen sich nach seiner eigenen Ueberzeugung bestimmen, wo er sittlich handeln kann". Cfr. op. cit., § 10.

53. "Durch Gerhard, Gundling und die Juristen, welche seit den ersten Jahrzehenden des vorigen Jahrhundert mit dem Naturrechte sich beschäftigen, war die Lehre herrschend geworden, daß der specifische Charakter des Rechts die Erzwingbarkeit sei... Diese Folgerung nahm die Kantische Schule unbedenklich an, und suchte deren Richtigkeit selbst wissenschaftlich zu erweisen". Cfr. *Ueber das Verhältniß des Naturrechts zur Ethik und zum positiven Recht.* Göttigen, 1845, pág. 46. Tafinger había intentado exponer monográficamente esta tesis en su *De fundamento separandi ius naturae et philosophiae moralis principio.* Erlangen, 1788.

propia y ajena que sea adecuada al Derecho" (54).

Esta explicación propuesta por Hufeland fue la usual entre la Escuela; la reiteran, en un tenor similar, la mayor parte de sus integrantes, y, quizá, en quien encontramos mayor precisión y brevedad es, otra vez, en Krug, cuando escribe que "si existe un derecho, debe existir también otro derecho que aleje todo impedimento en el ejercicio de aquel primer derecho, es decir, es preciso aniquilar la resistencia que hace imposible el perfecto ejercicio del derecho. Pues el concepto del Derecho encerraría en sí mismo una contradicción si no contuviera en sí mismo el derecho de alejar todo impedimento externo que concierna a su realización. Si este impedimento procede de la fuerza arbitraria de un hombre, que se opone a la fuerza del sujeto capacitado para el ejercicio de su derecho, entonces llamamos a la remoción de este obstáculo "coacción" (*Zwang*). La coacción protege al derecho en la medida en que hace posible su ejecución, y por ello no es otra cosa que la aniquilación jurídica de la resistencia antijurídica en el ejercicio del Derecho, y pertenece al Derecho en tanto que es la condición de su realización perfecta (55). La ciencia que se ocupa de los derechos cognoscibles (*Zwangsrechte*) añadía Thibaut, es decir, "la exposición científica de las leyes que contienen preceptos sobre tales derechos constituye la Ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*) en sentido estricto. Los restantes derechos y obligaciones que no están respaldados por la coacción pertenecen a la Moral, y deben ser tratados allí" (56).

---

54. "Da die Einschränkung der gesetzmässigen Freyheit mit der Verletzung volkommner Rechte einerley ist, so muss es einem jedem erlaubt seyn, jede unrechtmässige Einschränkung der Freyheit vernünftiger Wesen durch Zwang abzuwehren, folglich die Freiheit der Einschränkenden zur Erhaltung der Freyheit der andern nach allgemeinen Gesetzen wieder einzuschränken. So entsteht der allgemeine Grundsatz alles Zwangsrechts: Jeder Mens hat das Recht, seine und andrer gesetzmässige Freyheit durch Zwang zu halten". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., §§ 104-105.
55. "Mit dem Rechte überhaupt ist als Bedingung seiner vollständige Ausübung das Recht oder die Befugnis zu zwingen nothwendig verbunden... Ist nun ein Recht überhaupt (X) da, so muss auch zugleich ein Recht (X) da sein, jedes Hindernis der Freyheit bey Ausübung jenes Rechtes zu entfernen, oder den Widerstand, der die vollständige Ausübung des Rechts unmöglich macht, zu vernichten... Der Begriff des Rechts enthielte also in sich selbst einen Widerspruch, wenn er nicht zugleich das Recht, jedes äussere Hindernis bey Ausübung desselben zu entfernen, in sich hielte. Wenn nun diese Hindernis von der willkührlichen Kraft eines Vernunftwesens (B) berrührt, womit er die Kraft des berechtigen Subjekts A bey Ausübung seines Rechts widersteht: so heisst die Entfernung dieses Hindernisses oder Widerstandes Zwang... Der Zwang schütz also das Recht, indem er die Ausübung desselben in seinen ganzen Umfange möglich macht; er ist daher weiter nichts als die rechtliche Vernichtung der widerrechtlichen Widerstandes bey Ausübung des Rechts, und gehört zum Recht als Bedingung seiner vollständige Ausübung". Cfr. *Aphorismen...* cit., § 23. En el mismo sentido, Tiefrunk, *Ueber Recht...*, cit., pág. 223. Gros, *Lehrbuch* ... cit., § 36.
56. "... so heißt ein solches Recht Zwangsrecht, und die wissenschaftliche Darstellung der Gesetze, welche Vorschriften über solche Rechte enthalten, *Rechtswissenschaft in engerer Bedeutung*. Die ubrigen Rechte und Verbindlichkeiten, bey welchen kein Zwang Statt findet gehören in die Moral, und müssen doch abgehandelt werden". Cfr. *Juristische Encyclopädie...*, cit., § 7.

Es oportuno transcribir esta última cita de Thibaut porque nos sitúa ante un problema de importancia fundamental en la teoría jurídica kantiana, a saber: ¿qué libertades deben ser respaldadas, en su ejercicio, por la coacción -y se erigen, por tanto, en "jurídicas"- y qué otras libertades no deben gozar de protección coactiva, y permanecen, en consecuencia, como simples licitudes morales? Este fue -lo adelanto ahora, y lo estudiaremos más adelante- un callejón sin salida, en el que entró la teoría jurídica kantiana, pues, al partir exclusivamente del arbitrio del individuo, regulado por reglas formales, faltaron criterios para discriminar entre los contenidos morales y los jurídicos.

La Escuela kantiana concedió una enorme importancia a la facultad de coaccionar, de modo que el Derecho fue definido y entendido en función de la coacción; en este sentido Zachariä explicaba que "el derecho externo, en sentido estricto, no es más que la posibilidad moral de forzar a otros" (57) Siguiendo este camino, los kantianos entendieron que lo que constituye a una licitud en "jurídica" es la posibilidad de que su cumplimento pueda ser forzado; esto fue una consecuencia lógica de la carencia de criterios para determinar qué sector de la libertad permanece como moral y qué otro sector, en cambio, debe alcanzar el plano jurídico; ante esta situación, la salida consistió en mantener que aquellas libertades que pueden ser hechas efectivas mediante la fuerza son las "jurídicas" y, siguiendo lógicamente esta forma de pensar, el Derecho fue entendido, tal como indica Zachariä, como la posibilidad de forzar a otros, es decir, como una coacción organizada. Joseph Karl Schmidt -uno de los primeros críticos de la doctrina kantiana- explicaba sobre este tema que "de acuerdo con esto, el Derecho no es otra cosa que la representación, creada en la conciencia, de una posible reacción de una fuerza libre contra la acción de otra fuerza libre: si la libertad (de uno) actúa sobre la libertad (de otro), a favor del que actúa no puede existir ninguna fuerza para obrar, esto es, ningún derecho, si el otro también posee libertad, es decir, una fuerza del mismo tipo, que se le opone. Y conste que esta doctrina no está extraída (por los kantianos) del juego de los impulsos físicos ciegos, sino según los dictados de la razón" (58). Quiere indicar Schmidt, como veremos con más detenimiento en el parágrafo siguiente, que la fuerza, por sí sola, no constituye como "jurídica" ninguna pretensión, pues la fuerza libre se

---

57. "Das äussere strenge Recht ist... die moralische Möglichkeit andre zu zwingen". Cfr. *Grundlinien...*, cit., pág. 20.

58. "Recht ist demnach nicht anderes, als die in dem Bewußtsein selbst erzeugte Vorstellung der einer freyen Kraft möglichen Reacktion gegen die Aktion einen andern freyen Kraft: wenn Freyheit auf Freyheit wirkt, ist auf Seite des Handelden keine d.i. kein Recht vorhanden, eben darum, weil der Andere auch noch Freyheit d.i. eine Kraft, auf eine ganz gleiche Art, ihm zu widerstehen hat, und dieß zwar nicht blos vermöge eines blinden physischen Triebes, sondern dem Urteil der Vernunft selbst". Cfr. *Versuch einer Grundlage des Naturrechts*. Ausburg, 1801, § 63.

opone a otra fuerza libre, y todo acaba, finalmente, en un simple enfrentamiento de fuerzas. Es preciso, pues, un criterio que nos permita discernir qué fuerza es la adecuada al Derecho, y debe por tanto prevalecer; este criterio, y de esto se queja Schmidt, no resulta de la definición kantiana de Derecho.

Jakob Fries, kantiano aunque ocasionalmente seguidor de Fichte y, por ello, discrepante a veces de la Escuela, objetaba, sobre este problema, que "es una regla evidente que todo derecho está unido a una facultad para coaccionar, y tal facultad es ella misma un derecho que me corresponde para forzar a otros". Pero, replica Fries, si la coacción es considerada el determinante esencial de la voluntad, entonces Derecho y coacción están enfrentados y se excluyen mutuamente, pues donde existe un derecho, no hay coacción, y donde se hace valer la fuerza, allí no hay Derecho; pues si los hombres viven en sociedad unos con otros, entre ellos deciden bien el Derecho, bien la fuerza física, y si es la fuerza la que decide, entonces no existe entre ellos ningún Derecho. Las consideraciones de este tipo (como las citadas) proporcionan unas doctrinas iusnaturalistas que Hugo, muy adecuadamente, las ha llamado una *Todschlagsmoral*; las doctrinas de esta naturaleza surgen de la identificación entre lo que no es más que una característica secundaria de la obligación jurídica que no es otra cosa que el acuerdo legal a través del cual una ley jurídica es introducida en una sociedad. Así, lo que no es más que un acompañamiento del Derecho, a saber, la fuerza, es considerado como suficiente para fundamentar una legislación externa (59).

Como consecuencia de lo anterior, otro punto en el que tienen que diferir el Derecho y la Moral es en la forma como se dirigen a los individuos. La Escuela mantuvo unánimemente a este respecto, que la Moral crea deberes para el individuo, mientras que el Derecho origina posibilidades (*Möglichkeiten*) de actuación (60). Efectivamente, llevados por su propia lógica, y por el espíritu de

---

59. "Es ist ein evidenter oder leicht erweislicher Satz, dass jedes Recht mit einer Befugnis zu zwingen verbunden sey. Diese Befugnis ist aber ein Recht, das mir zukommt jeden zu zwingen... Wenn Zwang die Bestimmung des Willen durch äussere physische Gewalt bedeutet, so stehen sich Recht und Zwang einander gerade entgegen und schließen sich einander aus; wo Recht ist, ist kein Zwang, wo Zwang gilt, gilt kein Recht. Wenn Menschen mit einander in Gemeinschaft kommen, so kann zwischen ihnen nur entweder das Recht oder die physische Gewalt entscheiden; ist das letztere der Fall, so gibt zwischen ihnen gar kein Recht... Betrachtungen dieser Art geben nur einen Versuch zum Naturrecht, welchen Hugo sehr passend eine Todschlagsmoral benennt hat. Sie entspringen aus der Verwechselung des zufälligen Merkmals der Rechtspflicht, daß ihre Erfüllung sich erwingen läßt, mit dem wesentlichen, daß sie einen Rechtsanspruch begründet, indem man anstatt der gesetzlichen Uebereinkunft, durch welche überhaupt erst ein Rechtsgesetz in einer Gesellschaft eingeführt wird, die Begleitung des Rechts mit Zwang für hinglänglich zu einer äußere Gesetzgebung aussieht". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*... cit., pág. 25.

60. Vid. por ejemplo, Tiefrunk, *Ueber Recht*... cit., pág. 48. Hoffbauer, *Das Allgemeine*..., cit., pág 73.

la época, el Derecho fue visto como una posibilidad de actuar libremente, mientras que en la Moral no destaca tanto -al menos cuando era confrontada con el Derecho- la libertad del individuo como el hecho de que era la ciencia que dictaba normas constrictivas para el uso de tal libertad.

Esto conllevaba fuertes problemas; en efecto, en el afán por distanciar Moral y Derecho, todos mantuvieron que la Moral no enseña ningún derecho, sino sólo deberes, y que, por el contrario, el Derecho es la ciencia de los derechos: sólo enseña derechos, es decir, posibilidades de actuación (61); por ello la terminología usual para designar la Moral fue la de "lo moralmente necesario" (*moralischnotwendig*), que quedaba contrapuesto al derecho en tanto que "lo moralmente posible" (*moralischmöglich*) (62). Pero este planteamiento conllevaba un fuerte distanciamiento, cuando no a una ruptura completa, entre Moral y Derecho; en este punto, la Escuela se movió entre fuertes discusiones y contradicciones, y al hablar de contradicciones no me refiero a disputas entre sus integrantes, sino a las incoherencias existentes dentro de un mismo autor. Se podría mantener, como hace Schmalz, que el Derecho garantiza una posibilidad de actuación que es lícita según la ley moral (63), con lo que la actuación jurídica quedaría dependiente de la autorización ética; pero esta argumentación es muy endeble, porque la Moral, en los kantianos, regula la libertad del individuo, y desde la regulación personal e individual de la propia libertad -un puro solipsismo- no surgen criterios intersubjetivos que delimiten el ámbito de actuación lícita de cada cual. Ante este problema, la Escuela, que no supo resolverlo, se limitó a insistir en la naturaleza de la moral, en tanto que ciencia de los deberes del hombre, y en su caracterización del Derecho como ciencia de las posibilidades libres de la actuación humana externa. Al final de este parágrafo estudiaremos este problema más detenidamente.

Sin embargo, la diferencia vital clave entre la legislación moral y la jurídica reside no tanto en las que ya han quedado expuestas como en el distinto móvil al que acude el individuo para que su actuación pueda ser considerada como perteneciente a una u otra. Kant había dejado escrito en prácticamente todos sus libros del período "crítico" que la nota esencial del comportamiento moral residía en el obrar "aus Achtung", es decir, por puro respeto, frente a la ley, de modo que el sujeto debería seguir lo indicado en la ley no por las ventajas de cualquier tipo que ello pudiera reportarle, sino porque obedecía, en su actuación, a la pura idea del deber expresado en la norma. Si el individuo realizaba lo

61. Vid. Kohlschütter, *Propädeutik*..., cit., § 14.
62. Vid. Schmalz, *Handbuch*..., cit., § 44. Bauer, *Elementarsystem*.., cit., § 11.
63. "Ich bermerke hier ausdrüchlich dass ich hierbey gar nicht ethische und juridische Pflichten und Rechte unterschieden haben will. Auch dazu, wozu ich bloss ethische Pflicht habe, habe ich auch stets eine juridische Recht, oder es müsste eine juridische Pflicht die angeblich ethische schon aufgehoben habe... Moralische Gesetze sind Ideen moralischer Möglichkeit oder Notwendigkeit, also Ideen von Rechte und Pflichten". Cfr. *Handbuch*..., cit., § 45.

indicado por la ley, pero su móvil interno no era la obediencia por la obediencia a lo dispuesto en la ley, su conducta es entonces irreprehensible externamente, pero no era moralmente valiosa.

Quedaron, así, delimitadas dos esferas: la de la obligación (*Plicht*), que es la propia de la Moral, que existe cuando el individuo obra siguiendo la idea del deber, y la de los demás comportamientos no-morales, en los que el sujeto simplemente adecúa su actuación externa a lo preceptuado por la ley; entre estos últimos queda el Derecho. Como declaró reiteradamente Kant, él no se propuso otra cosa, con esta distinción, que recabar una moral digna de tal nombre; efectivamente, ante la Etica eudemonista dominante en el siglo XVIII, que encarnaba un eudemonismo grosero según el cual el sujeto estaba "obligado" a cumplir una norma, del tipo que fuera, porque ésta le reportaba una ventaja, Kant pretendió construir un concepto estricto de obligación; a tal fin caracterizó la actuación movida por el afán de lucro como "regla técnica", y a tales tipos de reglas opuso la norma ética, que se caracteriza, frente a la regla técnica, porque el sujeto, al querer cumplirla, no pretende conseguir ningún lucro, sino tan sólo cumplir con su obligación.

El principal problema que planteó esta forma de concebir la actuación moral radicó en que Kant diseñó la estructura del acto moral de una manera excesivamente restringida porque -dentro de este pensamiento- toda aquella actuación (hablaba de *afficirt*) proviniente del mundo empírico, quedaba automáticamente fuera del ámbito moral. El Derecho, que fue caracterizado por Kant y sus epígonos como esencialmente unido a la coacción, quedó expulsado del mundo ético, pues su cumplimiento no tiene por qué obedecer a la idea, o a la exigencia del deber; basta, para que se cumpla, con el miedo que inspira la pena que necesariamente acompaña al incumplimiento de cualquier norma jurídica.

Por este motivo, todos los kantianos distinguieron dos tipos de móviles (*Triebfeder*) en la actuación humana, el interno y los externos. El móvil interno sólo puede ser uno, como ya sabemos, la idea del deber; los móviles externos pueden ser infinitos, tantos como metas se propongan los hombres, y en el caso del Derecho lo concretaron normalmente en el miedo que inspira la penalidad anexa a todo incumplimiento de una norma jurídica. Schmalz explicaba, en este sentido que "aunque pensemos la ley de una acción como una ley general, el que obra, sin embargo, puede hacerlo por apetito (*Neigung*), es decir, por algo empírico, y no movido por puro respeto ante la ley de la naturaleza racional; en este caso, la acción no es buena moralmente, sino solamente adecuada a la regla (*rechtmässig*)" (64). Leisler aclaraba, explicitando esta idea de Schmalz, que "la

64. "Wenn das Gesetz einer Handlung zwar als allgemeines Gesetz gedacht werden könnte, aber der Handelnde würde durch Neigung, also durch etwas sinnliches, und nicht durch reine Achtung gegen das Gesetz vernünftiger Natur angetrieben, so ist die Handlung nicht wirklich gut, sondern nur rechtmässig". Cfr. *Das reine Naturrecht*... cit., § 15.

Moralidad, en tanto que la determinación más libre de nuestra voluntad atendiendo a la ley moral, presupone una actividad completamente libre y se fundamenta sobre el móvil más interno; en consecuencia, es completamente imposible que una sola acción moral pueda ser forzada mediante violencia.... Precisamente en el hecho de que un hombre pueda ser forzado está implícito que esta acción no puede ser libre ni voluntaria pues, si así fuera, no se necesitaría forzarle; una voluntad libre acompañada de coacción parece, por ello, tan razonable como un círculo que fuese cuadrado" (65). Como puede verse, desde la posibilidad de ejercer coacción concluyeron la imposibilidad del actuar ético en el Derecho, y presupusieron que el móvil que inducía al cumplimiento de las normas jurídicas tenía que ser forzosamente una motivación "patológica": "Si se realiza una acción en atención al deber, de modo que este deber es al mismo tiempo el móvil de la acción, tal acción es ética, y sólo puede dar una legislación interna. En cambio, si excluimos al deber como móvil, sólo queda un *Triebfeder* que nos fuerza, que es patológico, y en tal caso esta legislación que se produce es la jurídica, que puede ser también una legislación interna" (66).

La diferencia fundamental entre la Etica y el Derecho la hicieron reposar, de esta forma, sobre el distinto móvil que mueve al sujeto a actuar. Karl Salomo Zachariä ampliaba esta tesis cuando escribía que "la legislación jurídica se diferencia de la legislación ética en atención al móvil a través del cual una y otra se relacionan con la ley. Esta diferencia es al mismo tiempo el principio de todas las restantes distinciones entre ambas legislaciones... pues la legislación ética exige del hombre moralidad (*Moralität*), y la jurídica sólo exige legalidad (*Legalität*). Pues desde el punto de vista jurídico es absolutamente indiferente si el hombre se abstiene de matar o de robar, por ejemplo, por la idea del deber, por respeto, por la dignidad de la Humanidad o porque con ella obtiene alguna

---

65. "Moralität, als die freieste Bestimmung unserns Willen nach dem Sittengesetze, setzt ganz frei Thätigkeit voraus, sie gründet sich auf die innersten Triebfedern, die den Handelnden bestimmen, es ist also ganz unmöglich, daß je eine einzige moralische Handlung durch Zwang sei bewirkt worden... Eben darin, daß er dazu gezwungen werden muß, liegt ja schon, daß er diese Handlung nicht frei und gern thut, denn sonst brauchte man ihn nicht zu zwingen, ein freier Wille durch Zwang klingt eben so vernünftig, als ein viereckiger Zirkel". Cfr. *Populäres Naturrecht...*, cit., pág. 14.
66. "Macht sie eine Handlung zur Pflicht, und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder der Handlung, so ist sie ethisch, und kann nur eine innere Gesetzgebung seyn. Schliesst sie die Pflicht nicht mit als Triebfeder ein; lässt sie noch eine andere, pathologisch nöthigende, Triebfeder zu, so ist sie juridisch, und kann auch eine äussere Gesetzgebung seyn". Cfr. Reiner, *Reine Rechtslehre...* cit., § 18.

ventaja" (67). Con esta declaración, Zachariä nos introduce en el espinoso tema de las relaciones entre "legalidad" y "moralidad".

5.- LEGALIDAD Y MORALIDAD. EL TEMA DEL DEBER JURIDICO.

El problema que corresponde plantearnos ahora es el de si el Derecho -tal como fué concebido por los kantianos- además de forzar mediante la coacción que es inherente a toda norma jurídica, obliga a su cumplimiento, o dicho con otras palabras, si el Derecho genera el deber de ser obedecido. El hecho de que nos planteemos esta cuestión obedece al fuerte distanciamiento que crearon los kantianos entre la Moral y el Derecho, que hemos estudiado en las páginas precedentes, y el planteamiento que estoy haciendo, a tenor del cual el problema del deber jurídico queda dependiente de la conexión entre Moral y Derecho, lo explico brevemente a continuación.

a) Una breve alusión historica

Desde Thomasius hasta hoy es usual encontrar en muchos manuales de Filosofía del Derecho un elenco de las distinciones entre Moral y Derecho; los autores de tales tratados no pretenden normalmente separar radicalmente ambos órdenes normativos, sino que sólo persiguen mostrar las innegables diferencias existentes entre ambas legislaciones. No podían separarlos porque durante siglos el Derecho y la Moral, aunque distintos, poseían un origen y fundamento común: la ley natural, a la vez moral y jurídica, de modo que ambos órdenes normativos generaban el deber de ser obedecidos en la medida en que se adecuaban a tal ley, al menos en sus contenidos fundamentales. De esta forma, tanto una como otra legislación se mostraban deudoras, frente a la ley natural, en su pretensión fundamental: la de exigir obediencia. A su vez, como la ley natural era vista como una *participatio* del hombre en la naturaleza divina (en el caso de los autores escolásticos), o bien -dentro de la mentalidad deísta que domina la Escuela del Derecho natural moderno- fue considerado como un decreto de la voluntad de Dios, la última razón de la vinculatoriedad del Derecho residía en la naturaleza

67. "Die juridische Gesetzgebung unterscheidet sich also von der ethischen in Beziehung auf die Triebfeder, welche durch die eine und durch andere mit dem Gesetze verbunden wird. Dieser Unterschied... ist zugleich das Princip alle übrigen Unterschiede zwischen beyde Gesetzgebungen... so fordert die ethische Gesetzgebung von dem Menschen Moralität, die juridische nur Legalität. In rechtlicher Rücksicht ist es ganz gleichgültig, ob der Mensch aus Pflicht, aus Achtung für die Würde der Menschheit, oder seines eigenes Vortheil wegen z.B. nicht tötet, nich stiehlt". Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., § 9. Reiner escribía más sencillamente que "die Uebereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz aus der Triebfeder der Pflicht, ist Moralität- ohne Rücksicht auf die Triebfeder, Legalität. Jene fordert die ethische, diese aber die juridische Gesetzgebung". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre...*, cit., § 19.

o en la voluntad de Dios. Podemos decir que, de acuerdo con esta forma de entender el fundamento supremo del Derecho, el Derecho obliga porque Dios lo quiere: Dios quiere que existan legisladores, y sanciona como vinculante lo ordenado por ellos, y Dios quiere los contenidos materiales y concretos de que se compone cada ley siempre y cuando tales contenidos concuerden con lo que se considera ser propio de la "ley natural".

Este planteamiento acerca del fundamento de la vinculatoriedad del Derecho comienza a quebrar paulatinamente con la Escuela del Derecho natural moderno. Los primeros integrantes de esta escuela aún consideran como fuente y fundamento del Derecho natural una *ratio* que dicta normas, y estas normas deben ser obedecidas porque la *ratio* de la que provienen ha sido creada por Dios; Pufendorf, en este sentido -y aludo a este autor por que es el más representativo de esta primera etapa de la Escuela del Derecho natural- recurre frecuentemente a Dios en tanto que fundamento de la obligación de las normas que nos dicta la razón. Sin embargo, el recurso a la voluntad divina era, en realidad, superfluo en estos autores, del mismo modo que era dudosa la capacidad operativa de *ratio* dentro de sus construcciones iusnaturalistas; en efecto, todos ellos partieron, desde Vázquez de Menchaca, del individuo aislado y libre que mediante su voluntad, es decir, su arbitrio, crea todo el ordenamiento jurídico, mediante pactos con los otros individuos libres. La *ratio* quedó, de hecho, como una instancia última fundamentadora -que no era coherente con los sistemas propuestos- de aquellos comportamientos cuya exigencia no podía ser explicada o fundamentada en el juego de las voluntades libres que pactaban (68); lógicamente, es decir, llevada por su propia dinámica, conforme avanzaba hacia un plano excluyente la tesis del individuo libre que crea el ordenamiento jurídico autónomamente, la *ratio* infundida por Dios en el hombre fue apareciendo como algo superfluo, cuando no molesto -por inexplicable-, e incoherente con el espíritu que animó a la Escuela iusnaturalista. De esta forma, al perder la *ratio* sus funciones, el Autor de ella y creador de la Ley natural que se expresaba en la *ratio* resultó superfluo. En tal tesitura, el recurso inconsciente que explicaba la fuerza vinculante del orden jurídico propuesto fue la tesis de que el individuo, por ser libre, tiene derecho a decidir por sí mismo y, en consecuencia, toda decisión colectiva -creada mediante un pacto- tiene fuerza vinculante.

Esta línea argumentativa de la Escuela del Derecho natural quiebra en la Ilustración porque, a finales del siglo XVIII, los tratados de Derecho natural se pusieron al servicio del Despotismo Ilustrado. Se produjo entonces una situación profundamente contradictoria, porque varios autores -Christian Thomasius fue el más destacado- sin renunciar al esquema iusnaturalista descrito, adecuaron tal

---

68. Sobre estas últimas ideas, vid. F. Carpintero, *Voluntarismo y contractualismo. Una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural*, en "Persona y Derecho" 13 (1985) págs. 79-85.

esquema a una ética eudemonista a tenor de la cual las normas del Derecho y de la Moral "vinculan" porque su obediencia nos proporciona felicidad. Normalmente esta "felicidad" les era conseguida a los ciudadanos por la fuerza, a través de la voluntad del déspota ilustrado, pues los hombres eran -por usar las palabras de Thomasius- demasiado *stulti* e *insapientes* para conocer lo que les convenía realmente. Lógicamente, con esta forma de entender el fundamento de la fuerza vinculante del Derecho natural, el recurso a la voluntad divina y, en general, cualquier remisión a una Ley natural superior al dictado del gobernante, era superfluo, pues bastaba con apelar a la utilidad y felicidad que proporcionaban las órdenes del Soberano. Por otra parte, la época no fue consciente del hecho de que ya no se podía hablar de "obligación", al menos si con este término se quiere aludir a un deber incondicionado de realizar una conducta; desde estos presupuestos eudemonistas sólo cabe admitir una "necesidad" de actuar de una forma determinada si "se quiere" alcanzar una finalidad, en este caso, un provecho, una ventaja. Hubo, pues, varios problemas que se presentaron entrelazados: el Despotismo, la secularización del Derecho natural y la reducción de la norma ética a una simple regla técnica.

Este giro en la Escuela del Derecho natural, al que acabo de aludir, determinó una fuerte conmoción en el edificio intelectual europeo del siglo XVIII, porque numerosos autores iusnaturalistas rechazaron el Despotismo y, con él, las doctrinas eudemonistas que lo fundamentaban. Por este hecho, el segundo tercio del siglo XVIII fue escenario de un hormiguear de doctrinas, sincréticas y confusas, antiabsolutistas y proabsolutistas, antieudemonistas y eudemonistas. En cualquier caso, el fundamento de la fuerza vinculante del Derecho y de la Moral había quedado en entredicho. En efecto, ya no era de recibo recurrir a la voluntad divina, ni tampoco a una ley natural emanada de tal voluntad, pues tanto desde la tesis del individuo libre que crea autónomamente su propia legalidad, como desde las doctrinas eudemonistas, era innecesario recurrir a una instancia trascendente; por otra parte, el secularizado siglo XVIII mostró repugnancia hacia una dependencia de un Dios en el que ya no se creía; existen, ciertamente, abundantes remisiones dieciochescas a la voluntad divina, pero se trataron de cláusulas de estilo gracias a las cuales cada autor se evitaba problemas con la censura eclesiástico-estatal.

El único fundamento de la fuerza vinculante del Derecho y de la Moral con el que, de hecho, se encontró la segunda mitad del siglo XVIII, fue el eudemonista, pues el eudemonismo, muy matizado y mezclado con otras doctrinas, era aún muy fuerte en este momento. El problema radicaba en que a algunos hombres que se elevaron por encima del nivel intelectual del momento, les pareció que la doctrina eudemonista destruía el fundamento de la Moral y del Derecho; entre estos hombres se encontró Immanuel Kant.

b) Un planteamiento del problema

Kant, como expuso al comienzo de su "Crítica de la razón práctica", consideró que toda "norma" que pretende imponerse en atención a que con ella se consigue algún provecho, es una "regla técnica", es decir, una simple necesidad (y no una obligación) de realizar una conducta siempre y cuando queramos alcanzar un fin; además, Kant, llevado por su visión pesimista del hombre empírico, consideró que los fines que persiguen los individuos son siempre egoístas, en daño de sus semejantes y, en este sentido, los ejemplos que suminitra en la obra que he citado, son bastantes ilustrativos. En consecuencia, rechazó radicalmente el eudemonismo.

El punto de partida que adoptó para construir una Etica nueva, ya lo conocemos: el individuo libre que debe darse a sí mismo sus propias leyes en la Moral y que, mediante pactos con los otros individuos libres, construye el entero ordenamiento jurídico, como veremos más adelante. Seguía, por tanto, los carriles fundamentales del iusnaturalismo antes de que éste fuera perturbado por las doctrinas eudemonistas. Al llegar a este punto es preciso recalcar una idea fundamental: Immanuel Kant sublima la tesis del individuo libre y, de acuerdo con lo que ya estaba implícito desde sus orígenes en la Escuela del Derecho natural, no reconoce ninguna "ley natural" anterior y heterónoma respecto de cada individuo excepto las que ya hemos expuesto: la consideración de cada sujeto como fin en sí mismo y la necesidad de que cada cual generalice su máxima a fin de que ésta sea compatible con un orden general de libertad.

De esta forma, la antigua "ley natural" fundamentadora de la Moral y del Derecho queda sustituida, o transformada, en Kant y en toda su escuela, por la *Sittenlehre*, es decir, la doctrina ética; por encima de ella no hay nada más alto, más digno, más sublime -o como queramos llamarlo- que fundamente la licitud de cualquier actuación humana. Así pues, desaparecida la antigua ley natural, no queda otro criterio para la creación del Derecho que la ley moral propuesta por Kant. De aquí proviene la enorme importancia de las relaciones entre Derecho y Moral de acuerdo con la doctrina kantiana, pues si la ley moral abarca al Derecho, éste tiene una garantía de corrección, pero si el Derecho queda separado de la Moral, el orden jurídico queda en manos del arbitrio, presiones, intereses, etc., de la mayoría o del gobernante autocrático, y se erige de esta forma, en algo esencialmente a-moral porque no posee fundamentos o criterios que permitan, bien guiar su creación, bien enjuiciar el Derecho ya existente. Por esto, el problema que corresponde estudiar ahora es el de si el Derecho, en la doctrina kantiana, queda amparado o comprendido o fundamentado por la Moral o si, a causa de la fuerte distinción kantiana entre Moral y Derecho, este último queda preso de las tinieblas del hombre empírico, separado del mundo inteligible-metafísico de la *Sittenlehre*.

El tema central de la Etica kantiana es la explicación de cómo es posible el "deber"; existe *Pflicht, Verbindlichkeit, obligatio*, cuando el individuo, prescindiendo de las consecuencias de su acción, actúa bajo la sola idea del deber; por tanto, la génesis y, por así decir, creación del deber es algo estrictamente personal ya que sólo cuenta en ella la intención interna del individuo que actúa. La norma jurídica, en cambio, en tanto que es la representación de una conducta que pretende imponerse, para que legítimamente sea impuesta o cumplida, no requiere del "deber" kantiano, porque al sujeto le basta adecuar la conducta externa a lo que indica la norma, con absoluta independencia de las intenciones por las que la cumple, por lo que no cabe hablar de "deber" referido al Derecho. Por este hecho Kant y su Escuela acuñaron con tanta precisión la diferencia entre *Moralität* y *Legalität;* en el Derecho sólo se exige *Legalität*, que es una categoría, en este punto, opuesta a la Moralidad.

Ciertamente, un hombre siempre puede cumplir la norma jurídica en atención al deber, es decir, porque la considera obligatoria para él; pero en tal caso se trata de una actuación puramente personal y, por así decir, de un problema "para él", ya que ni la Moral ni el Derecho exigen que se cumplan las normas jurídicas por la idea del deber. La doctrina metafísica de las costumbres exige solamente *Legalität* respecto de las normas del Derecho.

Llegados a este punto es preciso hacer una aclaración. En la doctrina ético-jurídica más tradicional, católica, se ha mantenido siempre que para cumplir el Derecho basta con la mera conducta externa adecuada a la norma; concretamente, la diferencia más relevante entre la virtud de la justicia, en que se concreta el Derecho, y las demás virtudes morales, consiste en la "exterioridad" de la justicia, de modo que un hombre cumple con esta virtud, y en consecuencia puede ser calificado de "justo", si realiza lo preceptuado por la norma del Derecho y porque la justicia, para ser cumplida, no requiere del asentimiento interior. Si entendemos superficialmente la teoría kantiana podríamos llegar a la conclusión según la cual la distinción entre *Legalität* y *Moralität* no expresa más que las distintas formas a tenor de las cuales deben ser cumplidas las normas jurídicas y morales; al ser entendida así esta distinción, se produciría un acercamiento notable entre la doctrina tomista, por ejemplo, y la kantiana, pues el binomio Moralidad-Legalidad quedaría reducido a una simple distinción acerca de la manera cómo pueden o deben ser cumplidos el Derecho y la Moral.

Sin embargo, esta analogía entre la doctrina escolástica y la kantiana es puramente accidental, y puede inducir a error. En efecto, en la doctrina escolástica-católica no se parte del individuo aislado, que es, en cambio, el quicio de todas las teorías iusnaturalistas-kantianas; según la doctrina escolástica existe una ley natural que simultáneamente ordena tanto el que exista un legislador humano como el que sus leyes sean adecuadas a la justicia; si las leyes del legislador son justas, entonces obligan en conciencia a su cumplimiento, aunque

es indiferente para la realización del Derecho el que los hombres las cumplan por conciencia del deber o por otros motivos. Existe, pues, la exigencia moral del cumplimiento del Derecho justo, aunque, llevados por la naturaleza de las cosas, los escolásticos comprendieron que el Derecho se cumple siempre que externamente los hombres realicen lo dispuesto en las normas jurídicas.

Por el contrario, la doctrina kantiana parte de unos planteamientos muy distintos. En ella no existe una ley natural objetiva, y por tanto heterónoma respecto a los individuos, que dicte normas de justicia que deben ser realizadas por el legislador humano. Al contrario, la doctrina kantiana sólo exige al individuo que, mediante su razón privada, su *logos idiós*, generalice sus máximas a fin de que sus aspiraciones no sean lógicamente contradictorias; la máxima que pasa por el criterio de la generalización se convierte, de esta forma, en una licitud moral, mientras que la máxima que resulta contradictoria se alza como prohibición moral. Y aquí se agota toda la Etica kantiana. No existe, pues, una razón nouménica, un *logos koinós* que legisle heteronómicamente para los hombres; suponer la existencia de tal razón representaría destruir toda la Etica kantiana, fundamentada en el principio de autonomía ética de cada individuo; por ello, las alusiones que hace Kant al homo noumenon son plenamente contradictorias con su doctrina ética y, quizá por este motivo, no fueron seguidas por sus discípulos.

De esto se desprende que la *Moralität* agota, en su perímetro, todo deber posible; el Derecho, reitero la idea, queda como un orden normativo a-moral, que fuerza mediante la coacción pero no "obliga" (69). Esta naturaleza a-moral del Derecho se reconoce en las declaraciones de muchos kantianos. Tiefrunk, por ejemplo, distinguía la "voluntad moral" (*der Wille sittlich*) de la voluntad jurídica, que no es moral (*nicht sittlich*) (70). Hoffbauer reparaba en otra faceta distinta de las divergencias entre Derecho y Moral y escribía que "el Derecho natural es la ciencia de las leyes jurídicas naturales, mientras que la Moral, por el contrario, es la ciencia de las leyes que conllevan una obligación (*Pflichtgesetzen*), es decir, de las leyes que obligan a los hombres" (71).

La razón de esta amoralidad del Derecho la Expone Berk, casi en los inicios de la Escuela kantiana: "Kant ha construido un Derecho natural que es una ciencia separada de la Moral, puesto que le ha encontrado un fundamento (al

---

69. Karl Theodor Welcker indicaba en tono de fuerte reproche, que el fallo principal de los kantianos había consistido en que habían deducido leyes jurídicas distintas de la ley ética; en consecuencia, las leyes jurídicas son "normas" inmorales, irracionales, que no pueden ser consideradas vigentes o válidas. Cfr. *Die letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe*. Giessen, 1813, pág. 53.
70. Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 31.
71. "...das Naturrecht sey die Wissenschaft von der natürlichen Rechtsgesetzen, die Moral hingegen die Wissenschaft von de Pflichtgesetzen, oder Gesetzen, welche den Menschen verpflichten". Cfr. *Das Allgemeine...*, cit., pág. 73.

Derecho natural) que es radicalmente distinto del fundamento de la Moral. Ha diseñado un Derecho natural que no es más que la ciencia de la coacción jurídica" (72). Sobre este tema, los testimonios tardíos que nos llegan, de los que escriben cuando la Escuela kantiana es ya un cadáver, son inequívocos. G. A. Walz indicaba que "Kant separó completamente Etica y Derecho. La Etica expresaba la Moralidad, la intención moral. El Derecho expresaba la Legalidad, la adecuación a lo jurídico" (73). Friedrich Murhard, por su parte, escribía, en 1.832, que "mientras dominó la Filosofía kantiana con su estricta separación de lo moral y lo jurídico, no pudo apenas entrar en Alemania ninguna otra consideración sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral" (74).

Sin embargo, Kant explicó reiteradas veces que el Derecho está sometido a la Razón práctica, y esta tesis la hicieron suya sus discípulos. Así, por ejemplo, Tiefrunk, aunque reconocía que la legislación jurídica "no es moral", explicaba que el Derecho sigue a la ley de la razón (75). Gros entendía que la legislación jurídica, además de ser vinculante en el sentido moral, concedía o toleraba otro motivo para su cumplimiento, y concluía que "la ley Etica *(Sittengesetz)* es en parte ley moral (*Tugendgesetz*), en parte ley jurídica" (76), con lo que elevaba a la Moral y al Derecho a una fuente originaria común. Lo mismo mantenían, en términos parecidos, Eisenhart y Zachariä (77).

Nos corresponde examinar ahora la corrección de esta pretensión kantiana; concretamente, analizaremos las tesis según las cuales el Derecho conlleva el deber de ser obedecido porque, de una u otra forma, su cumplimiento viene ordenado por la Etica.

c) El problema de la obligación ética en el Derecho

El intento más elaborado para mostrar que el Derecho, en la doctrina

---

72. "Kant hat daher das Naturrecht zu einer besondern Wissenschaft gemacht, indem er einen Grundsatz aufgefunden hat, welcher gänzlich und der Art von dem Grundsazze der Moral verschieden ist. Er hat gezeigt, daß das Naturrecht eine Wissenschaft des rechtlichen Zwanges sey". Cfr. *Briefe...*, cit., pág. 53.
73. "Kant hat seine Ethik streng vom Recht getrennt, jener eignet die Moralität, die ethische Gesinnung; dieser die Legalität, die rechtliche Gesetzmäßigkeit". Cfr. *Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik und die Staatsphilosophie Fichtes*. Berlin, 1928, pág. 192.
74. "So lange die Kantische Philosophie mit ihrer Sonderung des Rechtlichen und Sittlichen die Herrschaft behauptete, konnte in Deutschland kaum eine andere Grundaussicht über das Verhälthiß des Rechtlichen und des Sittlichen im äußeren Gesellschaftsleben aufkommen". Cfr. *Der Zweck...*, cit., pág. 130.
75. "... zwar der Wille dem Vernunftgesetze folgt". Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 31.
76. "...diejenigen, welche eine äussere Triebfeder zulassen, heissen juristische Geseze, Rechtsgeseze. Das Sittengesez ist daher theils Tugendgesez, theil Rechtsgesez". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 20.
77. Cfr. E.L.A. Eisenhart, *Rechtswissenschaft...*, cit., § 20. Zachariä, *Anfangsgründe...*, cit., § 10.

kantiana, genera el deber de ser obedecido, por lo que, en consecuencia, posee una legitimación y una fundamentación, ha sido, posiblemente, el de Wolfgang Kersting. Este autor parte de la afirmación kantiana de la libertad del hombre como algo horrible, como un principio de autodestrucción que es el origen de todo mal y de todo desorden; por esto, la libertad necesita de un principio ordenador, de una ley, "pues en caso contrario ella es ciega o salvaje" (78). Dado que Kant parte de la libertad, y toda su doctrina ética-jurídica tiene como meta fundamental hacer posible la libertad, le es preciso a Kersting distinguir y contraponer la libertad del hombre empírico -que es a la que he aludido líneas arriba- de la "verdadera" libertad que, momentáneamente, deja sin explicar (79).

Este autor reconoce la verdad de la tesis que hemos expuesto páginas atrás, a saber, que entre la doctrina ética y la jurídica -en las coordenadas kantianas- existe tal hiatus que no es posible derivar el Derecho desde la Etica; la ley jurídica -explica Kersting- no nos es dada como un hecho (*Faktum*) de la razón pura, al contrario que la Moral; en consecuencia, la explicación de la racionalidad jurídica debe provenir desde una instancia distinta, en principio, de la que hace posible el actuar moral (80).

Por ello, el punto de partida correcto para explicar la racionalidad del Derecho, dada la imposibilidad de derivar el orden jurídico desde la ley ética, no puede ser otro, según Kersting, que partir desde "el problema central para el Derecho de la coacción externa", pues si bien desde la razón pura práctica no existe ningún camino que fundamente la coacción (*äusseres Zwang*), siempre nos es posible preguntarnos por las condiciones que hacen posible su realización moral; un tránsito desde la filosofía moral a la filosofía jurídica -reitera Kersting- no es posible, pero sí es posible, en cambio, aplicar los principios normativos de la Filosofía moral a fin de resolver la cuestión genuina filosófico-jurídica, preguntándonos por las condiciones que, de acuerdo con la Moral hacen lícita la coacción de determinadas conductas (81)

El principio normativo fundamental de la Filosofía moral kantiana es el imperativo categórico; se trata, pues, mantiene Kersting, de proceder en el ámbito del Derecho a la misma generalización de la máxima que era impres-

---

78. Cfr. *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Berlin-New York, 1984, pág. 20.
79. Cfr. op. cit., pág. 24.
80. Cfr. op. cit., pág. 27.
81. "Von der reinen praktischen Vernunft führt kein Weg zum äußeren Zwang, aber wohl vom äußeren Zwang zu den Bedingungen seiner moralischen Möglichkeit... Das Zwangsthema wird daher von außern an die Lehre von den Gesetzgebenden praktischen Vernunft herausgetragen; ein immanenter Übergang von der Moralphilosophie zur Rechtsphilosophie ist nicht möglich; möglich ist aber, die normativen Prinzipien der Moralphilosophie zur Lösung der genuin rechtsphilosophische Frage nach den sittlich zulässigen Bedingungen der Zwangsanwendung nutzbar zu machen". Cfr. op. cit. pág. 30.

cindible en la Filosofía moral; en el caso del Derecho, se tratará de preguntarse, y de exigir, por la adecuación de mi aspiración a las aspiraciones de los demás, de modo que, al final del proceso, resulte un orden armónico en el que las pretensiones de todos puedan coexistir. En tal caso, y en la medida en que la ley de la razón formula las condiciones de la posibilidad de la coacción, esta ley racional es la ley de la razón legisladora jurídica, de modo que la razón pura práctica se erige en legisladora para el Derecho, pues ella es la que determina qué comportamientos han de ser considerados moralmente posibles y, consecuentemente, pueden ser forzados, de modo que tales conductas se cumplan a causa de su obligatoriedad, pues las exige, en tanto que son morales, la razón legisladora (82).

No pueden, por tanto, existir -prosigue Kersting- dos leyes de la razón que nos proporcionan contenidos diversos, ni tampoco dos tipos de móviles distintos que nos muevan a cumplir el contenido diverso de ambas legislaciones; en consecuencia, el móvil interno que da origen a la obligación y el móvil externo, la coacción, no pueden ser considerados principios de ejecución alternativos y equivalentes, cada uno en su ámbito. Al contrario, la obligación (*das Pflichtmotiv*) es parte necesaria de la legislación ética y, en consecuencia, la ley ética no se limita con proponer comportamientos determinados, sino que ordena también la forma específica cómo deben ser cumplidos, su *Befolgungsmodus* (83). Por tanto, la ley ética exige no solamente que determinadas conductas sean jurídicas, sino que ella, desde el Derecho o tomando al Derecho como fundamento, exige indirectamente del sujeto que él se acomode a la norma jurídica; el Derecho poseería, de esta forma, una pretensión de obediencia que sin surgir directamente de la ley moral, resulta sin embargo de la aplicación de las exigencias de la ley moral a las condiciones bajo las que debe ser ejercida la coacción. De esta forma, cuando la coacción puede ser ejercida por el sujeto que ha generalizado su conducta mediante el imperativo categórico, aplicado esta vez al Derecho, la norma jurídica resulta poseer -según Kersting- una pretensión de vinculatoriedad, pues estamos ante una "obligación ética indirecta" (*eine indirekt-ethische Pflicht*) (84).

Esta argumentación plantea graves problemas a la hora de justificarse dentro del sistema ético-jurídico kantiano. Efectivamente, si la obligación, en Kant, surge únicamente cuando el móvil de nuestra conducta es el deber, ¿quiere decir esto que para que el Derecho produzca una obligación el sujeto ha de cumplir la norma jurídica atendiendo a la pura idea del deber? Si así fuera, sólo

82. Cfr. op. cit., pág. 31.
83. "Das Pflichmotiv ist Bestandteil der ethische Gesetzgebung; das Sittengestz stellt nicht nur bestimmte Handlungen als notwendig vor, es gebietet auch eine bestimmte Befolgungsmodus". Cfr. op. cit., pág. 32.
84. Cfr. op. cit., pág. 71.

existiría deber jurídico cuando el sujeto, personalmente, acepta interiormente la norma jurídica; si, por el contrario, no la acepta, no la contempla como obligatoria para él, y en ese caso, no existe ningún deber de cumplir con la norma; es decir, si aplicamos la construcción kantiana de "deber" al Derecho, el deber jurídico -cuya existencia se pretende objetiva- quedaría en manos de cada individuo y se convertiría, por tanto, en una cuestión personal, puramente subjetiva; lógicamente, un deber jurídico "subjetivo" es una *contradictio in terminis*, pues el Derecho, en tanto que orden normativo suprapersonal pretende una vinculatoriedad que se sobreponga al juicio personal de los sujetos que se verán "obligados" por él.

Kersting es consciente de esta dificultad y, para superarla, escribe que "la única alternativa que tiene la razón legisladora es renunciar a la idea de la obligación en tanto que móvil... En consecuencia, la legislación jurídica de la razón se limita a presentar el principio del conocimiento de los comportamientos vinculantes, y renuncia a considerar las motivaciones de cada comportamiento" (85). La renuncia a la obligación como móvil, como hace Kersting, supone destrozar todo el sistema ético kantiano y privar al Derecho de su base ética. Este autor quiere resolver esta dificultad y, a este fin, explica que a toda legislación corresponde una distinción entre el principio "discriminador" (*Dijudikationsprinzip*) y el principio que fuerza a la ejecución (*Executionsprincip*). Con respecto al principio discriminador, Moral y Derecho coinciden, pues la Moral proporciona al Derecho sus contenidos, y es en el principio de ejecución donde difieren, pues el principio de ejecución es en la Moral el móvil de la obligación y en el Derecho es, en cambio, la coacción (86). Esta idea la refuerza con una segunda distinción, a saber, la existente *homo noumenon-auctor obligationis y homo phaenomenon-subjectum obligationis*. El homo noumenon proporciona los comportamientos vinculantes, y el homo phaenomenon se limita a seguirlos; de esta forma, la obligación ética queda en el ámbito del hombre nouménico, y el hombre fenoménico, empírico, cumple su función ante el Derecho con el cumplimiento externo de las normas jurídicas, sin que se requiera de él que actúe movido por el deber. Lo específico del ordenamiento jurídico, explica reiteradamente Kersting, es elevar la coacción a la categoría de móvil, y éste es el particular *Befolgungsmodus* del Derecho (87); pues la coacción, al estar legitimada éticamente, se exige también ella misma en categoría ética, en móvil externo que sustituye, en el Derecho, el móvil interno propio de la Moral. El

---

85. "Die einzige Alternative, die die gesetzgebende Vernunft hat, ist, die, auf die Idee der Pflicht als Triebfeder zu verzichten... Die rechtliche Gesetzgebung der Vernunft beschränkt sich folglich auf die Aufstellung einer Erkenntnisprinzips verbindlichen Handlungen und verzichtet auf jede Normierung der Ausführungsmotivation". Cfr. op. cit., pág. 32.
86. Cfr. op. cit., pág. 74.
87. Cfr. op. cit., pág. 32.

hecho de que el orden jurídico no se fundamente en la idea del deber, sino en la coacción, no quiere decir -explica Kersting- que la legislación jurídica sea una legislación ética a medias o venida a menos (88).

Esta argumentación de Kersting es altamente cuestionable. Lo que él persigue no es sino el viejo empeño sostenido hace años por Lefkovits y Eleteropoulos y más recientemente por Kaulbach (89), según el cual existe en la teoría kantiana la posibilidad de una Razón omnicomprensiva común al Derecho y a la Moral. Ya he explicado, sobre este tema, que en la doctrina ético-jurídica kantiana no existe una racionalidad que sea superior a la de cada individuo porque, aferrados rígidamente al principio de la autonomía moral, Kant y su Escuela no pudieron construir una Moral intersubjetiva; por este hecho, la Escuela kantiana fue absolutamente incapaz de construir una Etica social, hecho que se le reprochó amargamente en el primer tercio del siglo XIX. Quiero indicar con esto que la determinación del Bien, en general, es asunto particular de cada individuo, de modo que nadie puede dictarle a otro hombre normas de conducta; Schmalz, en este sentido, se expresaba con gran precisión: "El hombre no puede juzgar en los otros sobre el verdadero Bien o Mal; solamente puede enjuiciar si sus conductas son adecuadas al Derecho, o no lo son" (90). Así pues, para el enjuiciamiento de las conductas ajenas sólo queda el Derecho, ya que la Moral no puede exceder el ámbito estrictamente personal.

Queda el recurso de que un individuo se pregunte acerca de las condiciones que hacen posible éticamente la coacción jurídica, y éste es el punto de partida de la aportación de Kersting. Dicho marginalmente, a Kersting le hubiera venido bien conocer la Escuela Kantiana, porque algunos de sus integrantes eligieron al imperativo categórico como el criterio para discernir los contenidos jurídicos, y ésta es una cuestión que veremos más adelante. Esto también plantea problemas, porque el imperativo categórico es el criterio que posee cada razón autónoma para darse a sí misma sus normas morales; es decir, es cada individuo el que generaliza su máxima mediante el imperativo categórico para verificar si es lógicamente posible o, si por el contrario, la conducta que él se propone se destruiría a sí misma en el caso de que fuera seguida universalmente.

---

88. "Die Pointe der juridischen Gesetzgebung liegt nicht in einer Legalitätsforderung als solcher und damit in einer Verminderung des von der ethisch gesetzgebende Vernunft... die juridische Gesetzgebung ist keine halbierte ethische Gesetzgebung nein, die Pointe liegt in der Ersetzung der inneren Triebfeder durch die äussere Triebfeder". Cfr. op. cit., pág. 74.
89. Vid. M. Lefkovits, *Die Staatslehre auf Kantischer Grundlage*. Bern, 1899. M. Eleutheropulos, *Kritik der reinen rechtlich-gesetzgebenden Vernunft oder Kants Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1896. Fr. Kaulbach, *Der Herrschaftanspruch der Vernunft in Recht und Moral bei Kant*, en "Kant-Studien", 67 (1976) pág. 399.
90. "Der Mensch kann also an andern nicht die wahre Güte und Bosheit, sondern nur die Rechtmässgkeit oder Unrechtmässigkeit ihrer Handlungen beurtheilen". Cfr. *Das reine Naturrecht*, cit., § 18.

El uso del imperativo categórico es lícito, pues, según la teoría kantiana, para cada razón personal. En el caso del Derecho, en el que las razones de los individuos concretos no juegan ninguna función, ¿qué individuo "abstracto" debe juzgar acerca de la moralidad de una máxima que pretende erigirse en norma jurídica? Con esta pregunta nos situamos ante un problema fundamental en el que la teoría jurídica kantiana sufre un fuerte dislocamiento.

En efecto, según la doctrina kantiana nadie está facultado para dictar a otro lo que ha de hacer, para indicarle lo que está bien o mal; pues cuando un hombre no es autónomo moralmente pierde su dignidad de hombre, y esto vale tanto para los comportamientos internos como externos; en consecuencia, nadie está facultado para imponer a otros individuos normas de conducta. ¿Cómo es posible, en tal caso, la existencia del Derecho en Kant? Esta es una pregunta que quedó sin contestar, y constituye una de las aporías de la *Rechtslehre* kantiana.

Sucede que, de hecho, en el tratamiento del Derecho, Kant, y con él su Escuela, abandonan el plano metafísico, normativo, y se trasladan inconscientemente al plano empírico, propio del Derecho positivo, en el que la doctrina kantiana ya no opera normativamente. Los kantianos jugaron, pues, con una teoría "de doble fondo", ya que mezclan continuamente el plano normativo-metafísico con el plano empírico-jurídico, de modo que desde las exigencias de la razón pura a priori descienden, imperceptiblemente, a la consideración del Derecho positivo existente, y por este hecho, adoptan tesis que sólo son ciertas referidas al Derecho; pero estas tesis ni se obtienen desde el postulado de la limitación de libertades, ni se adecúan a la doctrina ética; tal es el caso del "móvil" del miedo a la pena para explicar por qué es obedecido el Derecho ya que deberían haber explicado no por qué de hecho es obedecido el Derecho sino las razones por las cuales debe ser obedecido el Derecho.

d) El Derecho como obligación ética indirecta

Los estudiosos de Kant que pretenden encontrar en la *Sittenlehre* kantiana un conjunto de normas que vinculen la creación del Derecho a la Etica, han insistido desde hace tiempo en la pretensión a tenor de la cual el contenido concreto de cada norma jurídica debe ser proporcionado, según la doctrina kantiana, por la ley moral general. En este sentido, Carolus Victor Fricker sostenía, ya en 1.885, que el *Naturrecht* es el puente por el que los contenidos propios de la Etica se vierten, en forma normativa, en el Derecho positivo (91). Una explicación más elaborada la proporcionó Werner Haensel, en 1.926, quien recogía la distinción kantiana entre "libertad trascendental" y libertad empírica, siguiendo lo que Kant había dejado expuesto en varios lugares de su "Crítica de

91. Cfr. *Zu Kants Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1885, pág. 9.

la razón pura". En este sentido, desde la libertad trascendental, que sería la propia del homo noumenon, concebida como un orden moral y, por tanto, normativo, superior al hombre concreto y empírico u homo phaenomenon, sería posible afirmar, como hace Haensel, que el hombre empírico queda sometido a las leyes de la razón (92). Esto implica mantener, que la Etica kantiana es heterónoma, y para mantener tal tesis, este autor se basa, otra vez, en la distinción entre hombre nouménico y hombre fenoménico (93); pero aquí la argumentación de Haensel opera un quiebro fuerte; el hombre fenoménico no se encuentra sometido a un orden ético ya existente, que emanara de la razón, sino que -según Haensel-lo que ordena la ley moral es el sometimiento a lo que dicta el Poder (94). Tal poder, para que pueda ser considerado como racional, para que pueda hablarse, en su actuación de *Rechtsmässigkeit*, debe tener como principio rector la exigencia de que el legislador dicte sus leyes "como si procedieran de la voluntad reunida de todo el pueblo" (95). De aquí resultaría, como ha sostenido recientemente González Vicén, una "obligación ética indirecta", de modo que el contenido de la norma "no deriva directamente del orden de la razón, sino que procede de un sistema normativo distinto (el del legislador empírico), pero cuyo cumplimiento constituye un imperativo racional... El contenido de las normas jurídicas puede ser muy variado, pero el cumplimiento del Derecho como orden es siempre moral" (96).

Los intentos de Haensel y González Vicén quedan limitados a la teoría de la obligación ética indirecta ya que, al parecer, no encuentran fundamento suficiente en la doctrina kantiana como para mantener la existencia de un orden ético objetivo anterior y heterónomo respecto de los contenidos concretos del Derecho (97).

Recientemente, sin embargo, algunos autores han mantenido, referida al sistema kantiano, esta última tesis. En efecto, para Gerhard Luf existe entre Derecho y Moral una comunidad fundamental: ambos son parte de la ley moral general que comprende Derecho y Moral; en consecuencia, tienen un funda-

92. Cfr. *Kants Lehre vom Widerstanrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie*. Berlin, 1926. pág. 9.
93. Cfr. *Kants Lehre...*, cit., págs. 27-28.
94. Cfr. *Kants Lehre...*, cit., pág. 29.
95. Cfr. *Kants Lehre...*, cit., pág 49.
96. *De Kant a Marx...* cit., pág. 58.
97. González Vicén reconocía que "la libertad que aparece como objeto de limitación en la definición kantiana del Derecho no puede ser, por principio, la libertad trascendental, ni en sí misma ni como manifestación en el mundo sensible, sino que es la libertad en su más elemental sentido de "capacidad de hacer o no hacer, según el propio parecer" (Rechtslehre, pág. 13) o lo que es lo mismo, la libertad como "independencia de toda voluntad condicionante" (Rechtslehre, 31). El Derecho es restricción de la facultad de obrar externa del hombre, entendida esta facultad como una posibilidad de acción susceptible de influir en la esfera de acción de los demás". Cfr. *De Kant a Marx...*, cit., pág 48.

mento común, que no es otro que tal ley, que hace obligatorios y presta fuerza vinculante a ambos órdenes normativos (98). Para mantener esta tesis, explica Luf, es preciso rechazar la distinción entre lo ético (*ethische*) y lo jurídico (*juridisch*) y, concretamente, para hacer posible la vinculación entre el Derecho y la Moral, es preciso afirmar que el cumplimiento de la norma jurídica no puede obedecer solamente a motivos patológicos, sino que tal cumplimiento obedece también a la idea de "deber"; consecuentemente, la motivación que debe originar el cumplimiento de la norma jurídica, prosigue Luf, debe ser supuesta como ética, esto, es necesario afirmar que el que obra (en el campo del Derecho) acepta tanto su autonomía ética como una comunidad jurídica pacífica basada en el respeto a la libertad ajena (99). Por esto, la norma jurídica posee naturaleza jurídica en la medida en que es legitimada por el concepto a priori del Derecho; esta legitimación mantiene Luf, es doble: por una parte se refiere a la legislación de la autoridad legisladora y, por otra parte, concierne al contenido de cada ley considerada individualmente (100). De esta forma, la ley moral ampara y legitima tanto la pretensión de legislador concreto a dar normas, como la pretensión de validez de lo dispuesto en cada norma jurídica.

Estas explicaciones de Luf y de González Vicén parecen insuficientes. En efecto, si la legitimidad del Derecho se fundamenta en la necesidad del Poder, es preciso concluir que al ser necesario el poder político, en general, el Derecho, en general, queda legitimado; hasta aquí no hay nada reprochable; pero si con lo anterior se quiere indicar que cualquier ordenamiento jurídico está legitimado porque la existencia de los Derechos, en general, es necesaria, esto supone dar carta blanca a cualquier despotismo. Sucede que una cosa es la necesidad de un Gobierno entre los hombres y las exigencias para que un Gobierno concreto pueda ser considerado legítimo, y otra cuestión muy distinta es la de la legitimidad de la norma jurídica concreta emanada del Poder que, por muy legítimo que se considera a éste, ha de ser examinada en un momento posterior al de su creación. Por tanto, ni de la necesidad de la existencia de un legislador, ni de la legitimidad de tal poder legiferante surge la obligación incondicionada de obedecer todo lo que tal poder dicte.

6.- ZWANGSPFLICHTEN-GEWISSENSPFLICHTEN.

El problema, ahora, es determinar que máximas generales - es decir, reglas o leyes- son morales y cuales, en cambio, pertenecen al Derecho natural, o lo que

98. Cfr. *Freiheit und Gleichheit. Die Aktualität im politischen Denken Kants.* Wien-New York, 1978, pág 53-54.
99. Cfr. *Freiheit und Gleichheit...*, cit., págs. 54-55.
100. Cfr. *Freiheit und Gleichheit..*, cit. pág. 58.

es lo mismo, dicho con otras palabras, qué conductas deben ser consideradas simplemente internas, morales y cuales otras desbordan el ámbito de la mera eticidad y deben ser jurídicas y, en consecuencia, coercibles. El autor que planteó este problema con mayor lucidez fue A.F.J. Thibaut, quien escribía que "pronto se nos plantea la determinación de esta cuestión, cual es el principio supremo del Derecho natural, cual es la voz propia de la conciencia; es decir, qué derechos han de ser tenidos por derechos coercibles y cuales, en cambio, han de ser considerados obligaciones de conciencia; se trata de determinar dónde reside la línea separadora entre ambos y cuál es el verdadero fundamento de esta división" (101). Se trata, como podemos ver, de un planteamiento claro, pero Thibaut no acomete en ningún momento la empresa de determinar la línea divisoria entre la moral y el Derecho natural.

Heydenreich, en 1.794, había tocado ya este problema espinoso y según este autor, "el hombre posee una conciencia originaria que le indica los derechos coercibles que le corresponden, es decir, una conciencia de la obligación en general que le indica qué comportamientos debe omitir respecto de los otros hombres y qué competencias a determinados comportamientos le pertenecen frente a los demás; en pocas palabras, todo hombre posee una conciencia innata de la obligatoriedad que le lleva a omitir lo que es injusto y lo que otorga la capacidad de oponerse al poder injusto" (102). Esta solución propuesta por Heydenreich no era muy coherente con los postulados de la doctrina kantiana; en efecto, remitirse a la conciencia suponía incurrir en una contradicción total con Kant y su Escuela; los kantianos no creyeron en la "conciencia" -distinta según cada hombre según sus propias declaraciones-; Kant, y con él todos sus seguidores, pretendieron construir una ética racional, en la que la razón, guiada por sus propias leyes, constituía a la conciencia, y no al revés. No existe, pues, en la teoría kantiana, una conciencia que esté por encima de la razón; es la razón, reitero la idea, la que constituye a la conciencia. El redescubrimiento de la conciencia, como cosa opuesta a la razón, corresponde -en un ambiente de

---

101. "... so bald es auf die Bestimmung der Fragen ankommt; welches der höchste Grundsatz des Naturrechts, welches die eigentliche Stimme der Vernunft sey; welche Rechte für Zwangsrechte, welche für Gewissensrechte gehalten werden müssen, wo die Grenzlinie zwischen beyden, und der wahre Grund dieser Unterscheidung liege". Cfr. *Juristische Encyclopädie*, cit., § 13.

102. "Der Mensch besitzt ein urprüngliches Bewusstseyn der ihm zukommenden Zwangsrechte, d.h. ein ursprüngliches Bewusstseyn der allgemeinen Verpflichtung, gewisse Handlungen gegen seinen Mitmenschen zu unterlassen, und der allgemeinen Befugniss zu gewissen Handlungen gegen denselben, unter Voraussetzung gewissen Handlungen von seiner Seite; kürzer, ein ursprüngliches Bewusstseyn der allgemeinen Verpflichtung, Unrecht zu unterlassen, und das allgemein Befugnisses, dem Unrechte Gewalt entgegenzusetzen". Cfr. *System...*, cit., pág. 81. Retoma el tema en las páginas 111-112 de esta misma obra, pero no añade nada nuevo.

completa beligerancia contra las doctrinas ilustradas y kantiana- a los románticos alemanes de la primera mitad del siglo XIX que vieron en la sustitución ilustrada de la razón por la conciencia una completa degeneración de toda la vida (103).

Un año más tarde, Hoffbauer, al que no debió de convencer la explicación de Heydenreich, se enfrentó también con este problema. Su explicación sigue dos líneas diferentes; en un primer momento explicó que "Existen dos tipos de obligaciones; unas que en caso de colisión no pueden ser suprimidas y otras que, en el supuesto también de colisión, deben ceder; a las primeras se les llama obligaciones perfectas, y a las segundas imperfectas" (104). Hay que reparar en que, de acuerdo con la tradición iusnaturalista, era usual designar a las obligaciones coercibles, es decir, jurídicas como "obligaciones perfectas", mientras que las obligaciones morales, no coercibles, quedaban como "obligaciones imperfectas".

La segunda línea argumentativa de Hoffbauer es sustancialmente distinta. Consiste en mantener que todo aquello que hace referencia a que yo, en tanto que esencia racional, no puedo ser tratado como medio al servicio de los fines arbitrarios de otros, es Derecho; en cambio, aquellas conductas que tienden a fomentar el que cada cual pueda perseguir sus propios fines, eso es Moral (105).

El primer argumento que proporciona este autor tiene el inconveniente de que no especifica cuál es el criterio discriminador a tenor del cual unas pretensiones deben ceder ante otras; todo se resume en afirmar que unas licitudes prevalecen, en caso de colisionar con otras, y que éstas son las jurídicas, y que otras no prevalecen, y éstas son simplemente morales. El problema está, justamente, en saber por qué unas se imponen y otras, en cambio, no.

La segunda argumentación de Hoffbauer es muy confusa. Efectivamente, la consideración del hombre como fin en sí mismo es el punto central del Derecho y de la Moral de Kant; por tanto, no cabe hacer de este principio la línea separadora entre Moral y Derecho. Por otra parte, la moral kantiana no ordena fomentar nada, tal como ya estudiamos páginas atrás; por ello, pretender que la peculiaridad de la obligación moral, frente a la jurídica, reside en el hecho de que

---

103. Vid el estudio de Wolgang Scheibe, *Die Krisis der Aufklärung. Studie zum Kampf der Sturm- und Drangbewegung gegen den Rationalismus des 18. Jahrhunderts*. Göttigen, 1936, págs. 26 y ss.

104. "Es gibt demnach zwey Arten von Verbindlichkeiten, nemlich solche, die in keinem Kollisionsfalle aufgehoben werden können, und andere, die in einem Kollisionsfalle aufhören können; die ersten nent man vollkommene, und die letzten unvollkommene Verbindlichkeiten". Cfr. *Untersuchungen...*, cit., pág. 31.

105. "Da jede Verbindlichkeit, welche mir schon deshalb obliget, weil ich kein vernünftiges Wesen als ein willkührliches Mittel meiner Zwecke behandeln darf, eine volkommene, und jede, die ich nur habe, weil ich die Zwecke anderer vernünftigen Wesen befördern soll, eine unvollkommene Verbindlichkeit ist.". Cfr. *Untersuchungen...*, cit., pág. 33.

aquella fomenta el alcance efectivo de los fines que se han propuesto los demás, supone distorsionar la estructura misma de la teoría ética y jurídica kantiana.

El último kantiano que pretendió profundizar en este tema fue Ernst Ferdinand Klein. Para él, un "derecho externo" (*ein äusseres Recht*) es aquel que debe ser reconocido por los demás; si el derecho no alcanza tal reconocimiento, existe sólo un "derecho interno" (*ein inneres Recht*) (106). Del mismo modo que sucede con los otros autores estudiados, Klein tampoco proporciona el criterio que nos permita discernir cuando un derecho debe ser reconocido por los demás, y, en consecuencia, ser considerado como "derecho externo", y cuando -por no ser reconocido por los otros- debe quedar como un "derecho interno"

Como juicio de conjunto sobre este problema, en la escuela kantiana, puede servir lo que Joseph Karl Schmidt exponía: "el Derecho es la relación que se fundamenta en las leyes, la licitud moral, al que se opone la "obligación" (*Pflicht*) que expresa la necesidad moral. La coacción es la consecuecia del Derecho, y toda la división entre Moral y Jurisprudencia reside en la distinción de las obligaciones en internas y externas, de modo que estas últimas, a causa de la coacción que les acompaña son llamadas "obligaciones coactivas" (107). Algunos autores kantianos -prosigue Schmidt- opinan que desde la fórmula según la cual "la Humanidad, en los otros, debe ser tratada siempre como fin en sí y nunca como medio" se deduce el concepto del Derecho; de esta forma se encontraría una línea divisoria entre Derecho y Moral, pues la Moral ordenaría no tratar la Humanidad en sí como simple medio, sino siempre como fin, mientras que el Derecho ordena lo mismo pero no referente al sujeto que actúa, sino a los demás: "No trates a la Humanidad en los otros como simple medio, sino como fin". De esta forma, según que la consideración de fin en sí mismo se refiera al sujeto actuante o a los demás, tendríamos una neta distinción entre la esfera moral y la jurídica.

Esta argumentación no parece, sin embargo, convencer a Schmidt. En efecto, él entiende que del postulado o la exigencia de considerarse a sí mismo, o a otros, como fines en sí, no se sigue una regla jurídica, porque siempre permanecemos en el ámbito de la Moral y que la exigencia de la consideración

---

106. "Ein äußeres Recht ist ein solcher, welches auch von andern, als von dem Besitzer, dafür erkannt werden kann; wo dieses nicht ist, existirt nur ein inneres Recht". Cfr. *Grunsätze...*, cit., § 63.

107. "... das Recht ist das auch den Gesetzen fließende Verhälthis der moralicher Zulassung, wo entgegen Pflicht das Verhältniß der moralischen Nöthigung ist. Der Zwang ist die Folge des Rechtes, und der ganze Unterschied zwischen Moral und Jurisprudenz besteht blos in der Abtheilung der Pflichten in innere und äußere, welche letztere man mitels eines gefolgerten Zwanges «Zwangspflichten» nannte". Cfr. *Versuch...*, cit., § 15.

como fin es siempre una exigencia personal que debe plantearse cada individuo y de la que, en consecuencia, no surgen derechos ni obligaciones para otras personas. "La ley moral -escribe Schmidt- coloca a cada cual, como ser propio jurídico, ante su propia conciencia; pero esta ley no otorga ninguna facultad sobre otros, ni para juzgarlos internamente ni, mucho menos, externamente" (108). Schmidt expone de forma sucinta lo que ya hemos repetido: dado el subjetivismo y la autonomía radical de la ética kantiana, las exigencias que tal ley proyecta sobre un sujeto, son exigencias "para él" y por ello, de ningún modo, puede pretender otro sujeto extraer derechos desde lo que son exigencias personales ajenas.

La Escuela, por lo general, prescindió de este tipo de argumentaciones como las de Heydenreich y Schmalz -que critica Schmidt- y se limitó a indicar que unas obligaciones son coercibles, y éstas son las jurídicas, y otras no son coercibles, y entonces estamos ante las obligaciones morales.

Así, por ejemplo, J.C.C. Rüdiger explicaba que "la importante división de las obligaciones reside en su eficacia y en los medios para su cumplimiento. Por ello, unas se llaman obligaciones externas, perfectas o coactivas, pues su cumplimiento puede ser forzado mediante la coacción y el deber (*das Sollen*) se eleva a necesidad (*zum Müssen*). Las restantes permanecen como obligaciones internas, imperfectas, obligaciones de conciencia o del amor" (109).

Esta actitud llevaba a concluir a Schmidt que el Derecho no es sino una permanente coacción sin explicación moral: "El derecho no es otra cosa que la reacción, imaginada en la conciencia, de una fuerza libre que reacciona contra la acción de otra fuerza libre; si la libertad opera contra la libertad, no existe para el que obra ningún poder para obrar, es decir, ningún derecho, porque el otro posee también libertad, es decir, una fuerza del mismo tipo para resistirla; y esto no sucede a causa de un impulso físico ciego, sino que procede del juicio de la razón" (110).

108. "Eben durch die Ableitung des Dürfens von der moralischen Gesetze mißkennt man selbst nicht, daß man sich in den Grenzen der moralischen Gestzgebung... befinde... Das moralische Gesetz stellt zwar einen Jeden zu seinem eigenen Richter in seinem Gewissen auf; aber über Andere giebt das Gesetz keine Befugnis, mich einmal innerlich, viel weniger äusserlich zu urtheilen". Cfr. *Versuch*..., cit., § 16.

109. "Die wichtigste Eintheilung der Pflichten beruhet auf der Wirksamkeit und die Mitteln zu ihrer Erfüllung. In dieser Absicht heißen einige äußere, volkommene oder Zwangspflichten weil sie so genau bestimmt sind, daß auch durch äußern Zwang auf ihre Erfüllung gezwungen werden darf, und also das Sollen zum Müssen erhöhet wird. Die übrigen aber sind nur innere oder unvollkommene Gewissens- oder Liebenspflichten". Cfr. *Lehrbegriff*..., cit., § 74.

110. "Recht ist demnach nicht anderes, als die in dem Bewußtsein selbst erzeugte Vorstellung der einer freyen Kraft möglichen Reaktion gegen die Aktion einer andern freyen Kraft: wenn Freyheit auf Freyheit wirkt ist auf seite des Handelnden keine Macht zu handeln, d.i. kein Recht vorhanden, eben darum, weil der Andere auch noch Freyheit, d.i. eine Kraft, auf eine ganz gleiche Art, ihm zu widerstehen hat, und dieß zwar nicht blos vermöge eines blinden physischen Triebes, sondern dem Urteil der Vernunft selbst". Cfr. *Versuch*..., cit., § 63.

Capítulo III

REINES NATURRECHT

Una vez examinados los conceptos fundamentales que se incluyen bajo la "Metafísica de las costumbres", nos corresponde ocuparnos de las nociones generales que explican el Derecho, y del concepto mismo del Derecho. Esta parte del *Naturrecht* fue llamado por los kantianos *reines Naturrecht*, a diferencia del *angewandtes Naturrecht* o Derecho natural "aplicado" bajo el que estudiaron la propiedad y la constitución del poder político.

El estudio del Derecho natural "puro" comenzará con el análisis de la premisa imprescindible de toda consideración jurídica en la Escuela del Derecho natural moderno, a saber, el *status naturae*; el examen de este postulado del iusnaturalismo, que hicieron suyo Kant y los kantianos, nos dará ocasión de comprobar como, lejos de ser concepto nítido, bajo la expresión "estado de naturaleza" (*Naturzustand*) se encuentran un conjunto de ideas y aspiraciones que no pueden ser reconducidas a una noción unitaria.

A continuación examinaré los dos criterios fundamentales que la Escuela kantiana postuló para la elaboración del Derecho natural, a saber, el principio que exige la consideración del fin último para cada individuo, y la aplicación del imperativo categórico al ejercicio de la libertad externa a fin de conocer qué conductas son adecuadas (*zweckmässig*) al Derecho.

Posteriormente es preciso tratar un tema de importancia capital en toda la Escuela del Derecho natural moderno; dado que el individuo se constituye en creador de un orden moral y jurídico autonómico, los iusnaturalistas habían mantenido que no puede existir obligación legítima que no proceda del propio consentimiento; en consecuencia, la única fuente de obligaciones jurídicas son los pactos entre los individuos. Se trata, pues, de exponer esta vertiente de la mentalidad individualista en la que el pacto, llamado impropiamente "contrato",

se erige en la categoría suprema para la creación jurídica.

Finalmente trataremos el concepto del Derecho. No pretendemos ahora adelantar ideas y, por ello, me limito con indicar que los kantianos, fieles siempre al iusnaturalismo, concibieron al *ius* como una facultad o libertad (*Befugnis*) que compete al individuo.

Comencemos, pues, con el análisis de lo que los kantianos entendieron por "estado de naturaleza" o *Naturzustand.*

1.- EL PUNTO DE PARTIDA: LA LIBERTAD DEL INDIVIDUO EXPRESADA EN EL "ESTADO DE NATURALEZA"

Indica Diethelm Klippel que, en la escuela del Derecho natural, la noción del "estado de naturaleza" cumplió una función precisa en el proceso de la fundamentación del concepto de libertad; en efecto, el *status naturae* permitía la consideración del individuo aislado, al que corresponde una "libertad natural", pues no está sujeto a ningún vínculo jurídico ni político; la realidad política, en consecuencia, con sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación, es algo que aparece como opuesto a la libertad natural que corresponde al individuo (1).

El recurso al "estado de naturaleza" cuyo empleo metódico encontramos por vez primera en Fernando Vázquez de Menchaca en 1.560, recorre toda la escuela del Derecho natural, a lo largo del los siglos XVII y XVIII; Kant, en este aspecto -como en tantos otros- no innovó nada; se limitó con hacer propio lo que era el postulado más usual entre los iusnaturalistas de la segunda mitad del siglo XVIII (2).

La práctica totalidad de los autores que han estudiado la escuela del Derecho natural coinciden en que el uso sistemático del "estado de naturaleza" no tuvo otra finalidad que acentuar los derechos individuales, especialmente los derechos a la igualdad y a la libertad (3). En este sentido, Hasso Hoffman indica que el "estado de naturaleza" fue el intrumento que permitió concebir al Derecho como un producto de la libertad ilimitada del individuo que, mediante pactos, se convierte al mismo tiempo en la única barrera contra la autodestrucción; se trata de una identificación entre Derecho y libertad natural, de modo que el Derecho

---

1. Cfr. *Politische Freiheit und Freiheitsrechte in deutschen Naturrecht des 18. Jahrhundert.* Paderborn, 1976, págs. 35-36.
2. Cfr. Klippel, op., cit., pág. 57.
3. Cfr. Hans Medick, *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft.* Göttingen, 1973, pág. 36. Lo mismo mantiene Hasso Hoffmann en *Zur lehre von Naturzustand in der Rechtsphilohophie der Aufklärung*, en "Rechtsphilosophie der Aufklärung", ed. por R. Brand. Berlin-New York, 1982, pág. 32.

ya no es deducido desde un *summum bonum*, sino fundamentado exclusivamente en la libertad propia del individuo que vive en "libertad natural" (4). Este es el punto de partida de la construcción kantiana, como reiteradamente se ha señalado, y como tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen.

Una declaración tajante sobre este tema, en los inicios de la escuela kantiana, la encontramos en Hufeland: "Por naturaleza el hombre no vive en el Estado, porque en el Estado sacrifica él una parte de su libertad natural, y de esto se originan muchos males. Estos son motivos contra el Estado" (5). Consecuentemente, Heydenreich, otorga un valor normativo al "estado de naturaleza", a fin de que el hombre no pierda en la vida social la libertad que posee "naturalmente", y de acuerdo con esta idea escribe que "para situar al Estado bajo el único criterio posible correcto, debemos partir del hombre en el estado de naturaleza, y esto no es algo que depende del arbitrio de un estudioso del Derecho natural... Esta es la única premisa para la determinación del fin verdadero del Estado" (6).

El motivo que mueve a estos autores a sentar esta tesis ya lo conocemos: durante dos siglos el *status naturae* había sido el punto de partida imprescindible para toda teoría jurídico-política, y los últimos representantes del iusnaturalismo defendieron, de acuerdo con la tradición a la que pertenecían, esta forma de entender la construcción doctrinal de la realidad jurídica. Por ello, J.C.C. Rüdiger exponía, como dato evidente que "en el Derecho racional general, los hombres pueden ser considerados aisladamente, en relación unos con otros, sin suponer vinculación social, y desde aquí pueden ser determinados sus derechos y obligaciones. Esto es lo que se llama Derecho natural en sentido estricto" (7). Cuando ya la Escuela había sufrido fuertes ataques, aún Anton Bauer escribía, sin apenas polemizar, porque seguía la mentalidad todavía dominante, que "el Derecho natural privado es la exposición sistemática de aquellas relaciones jurídicas que corresponden al hombre fuera del Estado" (8).

---

4. Cfr. Hoffmann, op. cit., pág. 27.
5. "Von Natur lebt der Mensch nicht im Staat; im Staat opfert er einen Theil seiner naturlichen Freyheit auf und setzt sich vielen neuen Uebeln aus. Dies sind Gründe wider den Staat". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 416.
6. "Um der Staat unter seinen einzig richtigen Gesichspunkt zu bringen, muss der Mensch im Naturzustande betrachten werden, und es ist gar nicht der Willkühr eines Bearbeiters des natürlichen Staatsrechts überlassen, ob er von jener Schilderung ausgehen wollen oder nicht. Sie allein kann die Bestimmung des wahren Zweckes des Staates vorbereiten" Cfr. *Metapolitische Prolegomena für das natürliche Staatsrecht*. Leipzig, 1795, pág. 43.
7. "In dem allgemeinen Vernunfrecht können die Menschen wieder zuförderst ganz einzeln in Beziehung unter einander und ohne Rücksicht auf irgend eine gesellschafliche Verbindung betrachtet und danach das Verhältniß ihrer Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt werden. Dieses heißt alsdenn das Naturrecht im engern Sinne". Cfr. *Lehrbegriff..*, cit., § 91.
8. "Natürliches Privatrecht ist die systematische Darstellung derjenigen Rechtsverhältnisse, welche dem Menschen ausser dem Staat zukommen". Cfr. *Elementarsystem...*, cit., § 90.

Como podemos ver, aún para el iusnaturalismo moribundo, la única forma científica de proceder en el tratamiento del Derecho natural era partir del *status naturae* para, desde él, determinar los derechos que corresponden a los hombres, fundamentalmente la igualdad y la libertad; desde esta base se procedía, posteriormente, a la determinación de los conceptos fundamentales jurídicos y políticos.

Cabe plantearnos ahora cómo fue entendido el estado de naturaleza. Existe una primera dirección, a este respecto, que sigue la línea de Grocio, Pufendorf, Locke, Wolff, etc.., es decir, que, al representarse imaginativamente a los hombres viviendo en el *status naturae*, los consideraron tal como se muestran empíricamente; la visión del hombre, en esta primera corriente de la Escuela kantiana, es pesimista. Señalaba Heydenreich, en 1.794, que los derechos de los hombres están en un continuo peligro si ellos no entran en una sociedad mutua, en la cual todos reunidos, mediante el uso de su fuerza común, hacen valer sus derechos y aseguran el despliegue efectivo de su libertad externa (9). Bauer fue más pesimista en su descripción del estado de naturaleza: "No se puede esperar en un estado en el que cada cual es su propio juez, que los juicios de los hombres sobre los límites de sus respectivos derechos sean concordantes; además, el que posee un derecho no siempre tiene prepotencia física para la realización de su derecho contra el infractor. El estado de naturaleza, por estos dos motivos, no ofrece ninguna seguridad jurídica, sino que es un estado continuo de guerra; y esta descripción del estado de naturaleza no necesita de ninguna prueba histórica, sino que se deduce simplemente a priori" (10).

Dentro de una línea parecida, pero más fiel a lo que Kant dejó expuesto en la "Metafísica de las costumbres", se mueven Reiner y Dresch. El primero se limita con indicar que el status naturae consiste en una situación a-jurídica (*ein Zustand der äusserlichen Rechtslosigkeit sey*) (11) y Dresch, ampliando esta idea escribía que "el estado de naturaleza es aquella situación en la que cada hombre está abandonado a sus propias fuerzas en lo que hace a la realización de

---

9. "... sind die Rechte des Menschen in beständiger Gefähr, wenn er nicht eine Verbindung mit seinen Mitwesen eingeht, bey welcher sich alle vereinigen, und durch gemeinschaftliche Verwendung ihrer Kräfte, die Geltung ihrer Rechte, und die Sicherung ihrer äussern Freyheit zu bewirken". Cfr. *System...*, cit., pág. 201.
10. "Es lässt sich nemlich nicht erwartet, dass in einem Zustand, worin Jeder sein eigner Richter ist, die Urtheile der in Konkurrenz kommenden Menschen über die Gränzen ihres Rechts übereinstimmend ausgefallend werden. Ausserdem wir aber auch der Berechtigte nicht immer die, zur Ausübung seines Zwangsrechtes gegen den Beleidiger erforderliche, physische Übermacht haben. Der Naturzustand gewährt also in beiden Hinsichten keine Rechtsssicherheit, sondern ist ein endloser Kriegszustand. (Es bedarf keiner historischen Beweis für diese Schilderung des Naturzustandes, da sich solche a priori deducieren lässt)". Cfr. *Elementarsystem...*, cit., § 209.
11. Cfr. *Allgemeine...*, cit., 2 *Theil*, § 8.

sus derechos naturales... No existe, por tanto, en tal estado, ninguna seguridad jurídica. El estado de naturaleza es un estado sin Derecho" (12).

Realmente, la tesis kantiana según la cual el estado de naturaleza consiste en una situación a-jurídica (*ist ein rechtloser Zustand*), es profundamente contradictoria, al menos si se expresa de la forma simplista como la expusieron Kant y algunos de los kantianos. Es contradictoria porque en el estado de naturaleza kantiano existen derechos, concretamente tres: libertad, igualdad y propiedad; no es, pues, un estado a-jurídico, y el mismo Kant designa a esta situación bajo el rótulo de "Derecho privado", queriendo así contraponer la situación en la que los individuos poseen derechos, pero que no están garantizados por una fuerza pública, con aquella otra de "Derecho público" que comienza cuando se instaura un poder que garantiza el disfrute efectivo de los derechos que ya se poseían en la etapa del "Derecho privado", es decir, en el estado de naturaleza. Quizá por este hecho, los integrantes de la Escuela no siguieron la tesis a tenor de la cual el *status naturae* sería una situación a-jurídica, y prefirieron seguir las teorías que se habían elaborado anteriormente en la escuela iusnaturalista.

De todos modos, el tema del "estado de naturaleza" no podía ser tratado pacíficamente a finales del siglo XVIII. Efectivamente, los avances antropológicos ya habían dado sus frutos y nadie, desde luego, creía en el *status naturae* como en una etapa real de la Historia de la Humanidad (13); por este hecho, la actitud de estos últimos iusnaturalistas fue, en relación con este tema, eminentemente apologética y, dado que no se podía mantener la existencia histórica de tal "estado", el peso de la argumentación pasó desde las descripciones ingenuas propias de los iusnaturalistas del siglo XVII, a defender la licitud del uso del status naturae en el tratamiento del Derecho natural.

Las direcciones que tomó la Escuela kantiana ante este problema fueron dos, fundamentalmente; según una, aunque el estado de naturaleza no ha existido históricamente, es, sin embargo, un concepto que viene exigido por la razón, una hipótesis imprescindible que está al inicio del tratamiento científico del Derecho natural. Otros, en cambio no consideraron tanto al *status naturae* como punto de partida como más bien un resultado a lograr en la sociedad civil, es decir, como un ideal. Veamos ambas actitudes.

Hufeland repite las viejas tesis sobre el estado de naturaleza, a saber, que "El estado de naturaleza (*status naturae*) lo oponemos aquí al estado civil (*status*

---

12. "Der Naturzustand ist derjenige Zustand, in welchem jeder Mensch zur Realisirung der Urrechte blos an seine eigne Kraft verwiesen ist... Es giebt also im Naturzustande auch keine Sicherheit des Rechtes. Der Naturzustand ist ein rechtsloser Zustand". Cfr. *Naturrecht*, cit., § 30.
13. Vid. G. Richard, *La critique de l'hypothése du contrat social avant Jean-Jacques Rousseau*, en "Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique" 1-2 (1937) pags. 45-80.

civilis), y no es más que el conjunto de relaciones jurídicas que le corresponden al hombre fuera del Estado; el estado de naturaleza, en el Derecho natural, no necesita de ninguna otra precisión, y cualquier añadido que no proceda de lo ya indicado debe ser alejado de su concepto. En consecuencia, tal estado de naturaleza es una pura idea" (14). Este autor considera, pues, al *status naturae* como una simple idea reguladora de la razón; se trataba, como indicaba antes, de la actitud propia de los que pretenden mantener el recurso a tal "estado" en el tratamiento del Derecho natural aún siendo conscientes de que tal recurso es una ficción. Lógicamente no hablaron nunca de "ficción", pues tal término es desprestigiante, y, por ello, Hufeland se refiere a él como "pura idea".

Más explícito fue Mellín: "El estado de naturaleza es una idea, o un concepto de la razón, porque en la experiencia no existe nada que se le corresponda; existe solamente en la razón como aquel estado que no puede ser condicionado por otros conceptos jurídicos, sino que él precede a toda otra determinación jurídica" (15). Klein, por su parte, exponía ideas muy parecidas: "El estado de naturaleza es aquella situación en la que el hombre se encuentra fuera de toda sociedad civil; este estado de naturaleza, considerado incondicionalmente, es aquel en el que se encuentran aquellos que no tienen otros derechos que los derechos fundamentales del hombre. Este estado es una hipótesis" (16). Obviamente, desde este presupuesto, es decir, desde la consideración del estado de naturaleza como pura idea racional o hipótesis, no se trata de considerar a los hombres tal como empíricamente se comportan o se manifiestan; en este sentido, escribía Heydenreich que "la cuestión no consiste en preguntarse: ¿Cómo suele comportarse el hombre en el estado de naturaleza? sino ¿Cómo debe comportarse el hombre al margen de cualquier sociedad civil? En la medida en que contesto a esta pregunta presento a la naturaleza humana bajo las leyes de la razón moral, y determino el perímetro, la esencia y la santidad de sus derechos"(17). Se trataba, en otras palabras, de presentar a los hombres no como realmente son,

---

14. "Naturzustand (status naturalis) ist hier dem bürgerlichen Stande (status civilis) entgegengesetzt. Er ist demnach der Inbegriff der rechtlichen Beziehungen, welche dem Menschen ausser dem Staat zukommen.Der Naturzustand im Naturrecht braucht keine weitere Bestimmung, und jeder andre Zustanz, der nicht aus der hier angegebenen Bestimmung fliesst, muss aus dem Begriff desselben entfernt werden. Folglich ist dieser Naturzustand blosse Idee". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., §§ 31-32.
15. "Der Naturzustand ist eine Idee, oder ein Vernunftsbegriff, weil in der Erfahrung kein Zustand ihm entspricht, sondern nur in der Vernunft, als der Zustand, welcher nicht weiter nach Rechtsbegriffen bedingt werden kann, allen übrigen rechtlichen Zustände vorhergeht". Cfr. *Grundlegung...*, cit., § 137.
16. "Naturzustand ist der Zustand des Menschen außer der bürgerlichen Gesellschaft. Der unbedingte Naturzustand ist der, in welchem sich diejenigen befinden würden, welche keine andern, als die ursprüglichen Menschenrechte haben. Dieser Zustand ist eine Hypothese". Cfr. *Grundsätze...*, cit. § 468.

sino como deben ser, a fin de tener una base desde la que construir un Derecho natural ideal.

Otros kantianos mantuvieron una consideración distinta del *status naturae*. Ellos siguen la línea del pensamiento iusnaturalista que expresa Klippel cuando indica que el estado de naturaleza es la esencia del hombre, su Humanidad, pues el *status naturae*, así entendido, designa la inmodificabilidad de la naturaleza humana en todas las situaciones por las que el hombre atraviesa, de modo que las propiedades esenciales de la persona permanecen siempre iguales (18). De esa forma, no se trataba tanto de hacer del tópico del estado de naturaleza el initium del Derecho natural como de considerar un permanente *status naturae* en el que la libertad y la igualdad propias de tal estado tuvieran un valor normativo en cualquier situación en la que se encuentre el hombre. Esta es la idea rectora de Schaumann cuando considera el estado de naturaleza: "Así como el Derecho civil determina el status civil de los hombres que viven bajo él, el Derecho natural determina el status natural del hombre, es decir, las relaciones jurídicas en las cuales el hombre, por la fuerza de la ley de su naturaleza (*das Sittengesetz*), se encuentra en el mundo exterior. Ciertamente, este estado de naturaleza no ha existido, es decir, no ha tenido lugar en la experiencia, del mismo modo que tampoco ha existido el estado de inocencia al que se refiere la Moral; pero, por esto, él no es una Nada, él es Ideal al cual lo fáctico debe aproximarse siempre más y más; no es, pues, el *Principium*, sino el resultado del Derecho natural" (19). Schmid, de forma más concisa, exponía, en este mismo sentido, que el estado de naturaleza puede ser considerado como un *empirischer Vernunftbegriff*, y en tal caso, designa aquel estado en el que el hombre se aproxima, de acuerdo con su naturaleza, hacia su ideal social, que sólo puede ser realizado en el Estado (20).

---

17. "Die Frage ist nicht: wie mag der Mensch im Naturzustande zu handeln pflegen? sondern: wie soll der Mench ausser aller bürgerlichen Gesellschaft handeln? Indem ich diese Frage beantworte, stelle ich mir den Naturmenschen unter den Gesetzen der moralischen Vernunft vor, und bestimme nach diesen das Wesen, dem Umfang und die Heiligkeit seiner Rechte". Cfr. *System...*, cit., pág. 15.
18. Cfr. *Politische Freiheit...*, cit., pág. 116.
19. " So wie das bürgerliche Recht den statum *civilem* das unter jenen stehende Menschen bestimmt, so bestimmt das Naturrecht den statum hominis *naturalem*, d.h. die Rechtsverhältnisse, in welchen der Mensch kraft des Gesetzes seine Natur (das Sittengesetz) in der Natur (Sinnewelt) sich befindet. Dieser Naturzustand ist also freylich nicht wirklich gewesen. d.h. nicht in der Erfahrung gegeben, so wenig, als der Stand der Unschuld, den die Moral bestimmt; aber er ist deswegen nicht ein Nichts, er ist ein Ideal, dem sich das wirkliche immer mehr und mehr nähern soll, und daher nicht das *Principium*, sondern das *Resultat* des Naturrechts". Cfr. *Kritische Abhandlungen...* cit., pág. 134. Las intensidades son de Shaumann.
20. "... c) als empirischer Vernunftsbegriff: derjenige Zustand, worinn sich der Mensch dem seiner Bestimmung in der Gesellschaft gänzlich angemessenen Zustande methodisch nähert. d.i. der Staat". Cfr. *Grundriss...*, cit., § 17.

Como estamos viendo, el estado de naturaleza fue concebido de formas distintas dentro de la Escuela kantiana. Pero, dentro de esta variedad de opiniones, sus integrantes estuvieron de acuerdo, por lo general, en considerar que este tópico era un producto intelectual, un recurso que crea la razón a fin de poner la premisa imprescindible para desarrollar el Derecho natural, y en este sentido se expresaron con bastante claridad Gros y Krug. Para el primero de estos autores, el *status naturae* no puede ser considerado ni como el estado originario de la Humanidad (*status primitivus*), ni como un estado de salvajismo, no como una ficción, ni tampoco como una hipótesis. El estado de naturaleza es, según Gros, *ein Product des abstrahirendes Verstandes*, un resultado del pensamiento que abstrae (21). Krug explicaba, contra los que atacaban ya en 1.817 el recurso al estado de naturaleza, que "se ha dicho que el llamado estado de naturaleza es una simple ficción, y una ciencia no puede partir de ficciones si no se quiere perder en sueños. Nosotros contestamos que el alejamiento de ciertas determinaciones o características en la consideración de un tema científico es una función necesaria del entendimiento que se llama abstracción, que es la condición imprescindible de todo pensamiento y de toda investigación científica. Por ello, es falso calificar de ficción al estado de naturaleza" (22).

2.- EL PRINCIPIO SUPREMO: NO SER MEDIO AL SERVICIO DE OTROS

El tema que abordamos ahora no es otro que el de la exposición y análisis de lo que los kantianos entendieron como regla última y suprema de la ley ética, en su doble vertiente moral y jurídica; me refiero, concretamente, al principio según el cual cada hombre es un fin en sí mismo, un *Selbstzweck*. Lógicamente, al ser considerado este postulado como el principio básico de la ley moral, la

---

21. "Der Naturzustand (status naturalis) ist ein Product des abstrahirendes Verstandes; er ist 1) nicht einerley mit dem ursprünglichen Stande der Menschheit (status primitivus), der als Stand der Kindheit des Menschengeschlechts und als Stand der Unschuld gedacht wird; 2) nicht einerley mit dem Stande der Wildheit, der ein wirklicher, in der Erfahrung gegebener Zustand ist; 3) keine Fiction und 4) keine Hypothese". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 48.
22. "Anmerkung 1... indessen hat man gesagt, der sogenannte Naturzustand sei eine blosse Erdichtung (fictio), und von Erdichtungen dürfe eine Wissenschaft nicht ausgehen, wenn sie sicht nicht in Träumerein verlieren wolle. Hierauf antworten wir.
1. dass das Wegsehn von gewissen Bestimmungen oder Merkmalen bei Betrachtung eines wissenchaftlichen Gegenstande eine notwendige Funkzion des Verstandes ist, welche Absonderung (abstractio) heisst und die unerlässliche Bedingung alles wissenschaftlichen Denkens und Forschens ist. Es ist also schon deshalb falsch den Naturzustand eine Erdichtigung zu nennen". Cfr. *Dikäologie...*, cit., § 11.

teorización que encontramos sobre él es abundante; por este motivo me limitaré a exponer las actitudes más representativas que, sobre este punto, encontramos en la Escuela kantiana.

Johann Cristoph Hoffbauer, en su *Naturrecht aus dem Begriff des Rechts entwickelt,* publicado en Halle en 1.793, exponía -siguiendo los pasos de Hufeland y Schmalz- este principio de forma sencilla: "El *Principium* de todo Derecho es: tú tienes derecho a algo, sin que ello implique que nadie pueda tratarte arbitrariamente como un medio al servicio de sus fines" (23) Zachariä, dos años más tarde, exponía de forma más completa este mismo postulado: "Moralmente es completamente imposible que una esencia que existe como fin en sí -el hombre- sea sometida a nuestro arbitrio como si fuera una cosa.... pues el fin de la ley moral es asegurar la existencia del hombre como fin en sí, o hacer posible la coexistencia de una pluralidad de hombres de forma que cada cual sea considerado como un fin en sí mismo" (24). Tiefrunk, un año más tarde, superaba la carga individualista que contenían las formulaciones ya expuestas, y escribía que "el fin necesario de la legislación racional es, en relación con su posible objeto, la existencia de la Humanidad como fin en sí o como sujeto de todos los fines posibles" (25). Este pensamiento traspasa toda la Escuela kantiana, y Claudio Augusto Droste-Hülshoff, en 1.823, cuando ya la reacción contra el individualismo kantiano estaba generalizada en toda Alemania, explicaba que "nosotros entendemos al hombre como un fin, es decir, como algo cuyo ser y actividad según su voluntad no sólo puede ser deseado, sino que también debe ser querido; lo entendemos como una esencia que es una fuerza que afirma su inteligencia y su libertad y, en consecuencia, que debe proponerse fines para sí mismo. Afirmamos, por tanto, que a él le corresponde la exigencia de no ser impedido en su ser y actuar autónomos, y si suprimiéramos esta exigencia no lo podríamos considerar como fin, sino que quedaría rebajado a la cualidad de

---

23. "Das Principium aller Rechte ist: Du has 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. op., cit., § 63.
24. "Es ist überhaupt moralisch unmöglich, (nach dem Gesetze der vollkommenen Pflicht) ein als Zweck an sich existirendes Wesen, -den Menschen- unserer Willkühr als bloses Naturwesen zu unterwerfen... Der Zweck jenes Gesetzes ist, die Existenz des Menschen als Zweck an sich zu sichern, oder die Coexistenz merherer Menschen, in wie fern sie als Zweck an sich existiren, möglich zu machen". Cfr. *Grundlinien...*, cit., págs. 21-22.
25. "Der nothwendige Zweck der Vernunftgesetzgebung ist daher in Ansehung der möglichen Materie derselben die Existenz der Menschheit als Zweck an sich oder als Subjekts aller möglichen Zwecke". Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 66.

medio, por lo que incurriríamos en contradicción con la condición de fin que le hemos atribuído" (26).

En la obra de Immanuel Kant, la consideración del hombre como fin en sí mismo aparece más bien como un postulado que, por este mismo hecho, no posee una fundamentación precisa; viene a ser, o es presentado, como la primera exigencia de lo que Kant entendió como dignidad humana, y correspondió a sus discípulos fundamentar -dentro del marco sistemático kantiano- esta exigencia.

La tarea de la fundamentación de este postulado fue emprendida, en 1.794, por Heydenreich. "La efectividad de las facultades de mi naturaleza -escribía este autor- está subordinada únicamente a mis propios fines y es, por tanto, independiente de cualquier fin o legislación que no sea la mía. Nadie puede imponerme comportamientos que vayan contra el fin que yo me he propuesto o contra mi voluntad, y nadie puede colocarme en una situación en la que, al margen de mi facultad arbitraria, él me sitúe como un puro medio al servicio de sus fines personales. Y esto es el derecho originario del hombre a su libertad" (27).

Todas las argumentaciones que encontramos en la Escuela acerca de la consideración del hombre como fin en sí poseen este fuerte carácter individualista que percibimos en Heydenreich; efectivamente, la nota común más generalizada fue la apelación a la autonomía de la razón de modo que, basándose en la razón autónoma de cada individuo, rechazaron cualquier impositividad que no fuera estrictamente autonómica. Tafinger explicaba, a este respecto, que "la autonomía de la razón exige tener su fin... No se puede pensar otro fin de la razón y, consecuentemente, la razón es para sí misma su fin. De esto se sigue que allí

---

26. "Das Gebühren der Befugnis, selbsthätig zu thun und zu lassen, begreifen wir (die theoretische Vernunft) aus dem Grunde der Menschennatur vollkommen. Denn wir begreifen daraus den Menschen als Zwecke, d.h., als etwas, dessen Sein und Thätigsein nicht nur um seiner willen gewollt werden kann, sondern nur auch gewollt werden soll, als ein Wesen welches als eine solche Kraft, nämlich als Intelligenz und Freiheit sein soll also insbesondere sich selbst Zwecke setzen soll.
Wir begreifen daraus auch, dass ihm die Forderung gebühre, an dem selbsthätigen Sein und Handeln nicht verhindert zu werden, denn wenn wir ihm diese Forderung absprechen, würden wir ihn eben dadurch nicht mehr als Zweck halten, sondern zu einem Mittel herabsetzen, im Widerspruch damit, dass wir ihn als Zweck begreifen". Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. Bonn, 1823, § 10.

27. "Die Wirksamkeit der Vermögen meiner Natur ist nur meinen Zwecken untergeordnet, ist unabhängig von fremden Zwecken und fremder Gesetzgebung. Niemand darf gegen meinen Zweck und wider meinen Willen Handlungen irgen eines meiner Vermögen bewirken, niemand irgend eines meiner Vermögen willkührlich in eine Thätigkeit, einen Zustand versetzen, wodurch er bloss Mittel für seinen beliebigen Zweck wird. Diess ist das ursprüngliche Recht des Menschen auf seine Freyheit". Cfr. *System...*, cit., pág. 148.

donde existe una esencia racional, existe él como fin en sí mismo, y esto es llamado con razón la ley suprema de la moralidad" (28).

Heydenreich, en sus *Metapolitische Prolegomena...* del año 95 proporcionó una larga explicación del principio del *Selbtszweck* que enriquece estas consideraciones. En efecto, según Heydenreich, el hombre mediante su propia conciencia, es consciente de su capacidad para la libertad externa y, puesto que todos los hombres poseen la misma ciencia, está forzado a reconocer esta misma capacidad en todos los demás, de modo que si no existiera esta conciencia inseparable, no sería posible el Derecho. De la conciencia de la capacidad para la libertad externa en la que me capto yo y capto a los demás, resulta la conciencia de la obligación de no someter a otros hombres a mi voluntad; si esto sucediera, es decir, si yo fuera sometido a la voluntad de otros hombres, u otros hombres fueran sometidos a mi voluntad, nos situaríamos en contradicción con el orden moral; de esta identidad de la conciencia, de esta reciprocidad del conocimiento de la obligación surge lo que llamamos "Derecho" (29).

Pero este tono objetivista que adopta Heydenreich en esta obra no cuadraba con el punto de partida de toda la construcción kantiana, que está centrada en la consideración exclusiva del individuo, en el hecho de que él es el único capacitado para dictarse normas sobre sí mismo y su actuación. Más concorde

---

28. "Die Selbsthätigkeit der Vernunf muß ihrem Zweck haben, welcher kein sinnlicher Zweck seyn kann, weil die Vernunft dadurch der Sinnlichkeit, oder weil der uneigennützige Trieb dem eigennützigen untergeordnet würde. Ein anderer Zweck der Vernunft läßt sich ausser ihr nicht denken, folglich ist die Vernunft sich selbst ihr Zweck. Hieraus folgt, daß überall, wo die vernünftige Natur ist, dieselbe als Zwecke an sich existirt... und wird daher mit Recht das oberste Gesetz der Sinnlichkeit genannt". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., §§ 13-15.
29. "Der Mensch ist durch sein eignes Bewusstseyn seiner Bestimmung zur äusser Freyheit auch zugleich fähig und gedrungen, sich in das gleiche Bewusstseyn jedes seiner Mitmenschen hinüberzudenken. Sich selbst in seiner durch die sittliche Vernunft festgesetzen Bestimung zur äussern Freyheit anerkennen, heisst zugleich auch allen übrigen vernünftigen endlichen Wesen dieselbe zueignen. Hienge beydes nicht so innig und untrennbar zusammen, so wären allgemein gültige nothwendige Rechte unter solchen Wesen nicht möglich.
So wie dieses Bewusstseyn seiner Bestimung zur äussern Freyheit und die davon abhängige Setzung dasselben Bewusstseyn in jeden andern vernünftigsinnlichen Wesen unmittelbar aus dem Verhältnisse der sittlichen Vernunft zu dem Willen entspringt, so folgt aus beyden, mit gleicher Nothwendigkeit, das Bewusstseyn der Pflicht, keines unsrer Mitwesen unsern Willen gegen den seinigen unterzuordnen, und die Setzung desselben Bewusstseyns in jedem andern vernünftig sinnlichen Wesen... überhaupt keines Wesen untergeordnet werden, ohne dass ein Widerspruch in der sittlichen Ordnung erfolge... Das Bewusstseyn der Pflicht in Beziehung auf die äussere Freyheit unsrer Mitwesen hat also einen sehr grossen Umfang; wir sollen keines unsrer Mitwesen gegen seinen Willen dem unsern unterordnen... Aus dieser Identität des Bewusstseyn, dieser Reciprocität des Wissens der Pflicht für äusre Freyheit seiner Mitwesen, entspringt das, was wir *Recht* nennen". Cfr. *Metapolitische...*, cit., págs. 27-30.

con estos postulados fue Hufeland que, en este mismo año, explicaba que todo hombre existe como fin en sí porque la ley moral concierne exclusivamente al individuo y no hace referencia a los demás, de modo que ninguno existe a causa o para los demás; es así, por otra parte, porque ningún hombre está sometido a valores absolutos (*unbedingte Werte*) (30). Efectivamente, la ley moral, en la Escuela kantiana, no traspasa los límites de cada individuo; ella se dirige a cada sujeto, y los demás, en relación con el individuo que se ve afectado por la Moral, son simples sujetos pasivos que soportan la conducta del que actúa según la Moral, sin que en ningún momento tal ley ética les conceda un derecho a exigir nada del actuante.

No existe, pues, ningún tipo de heteronomía en el pensamiento kantiano. Ya dejé indicado que Kant evitó cuidadosamente el adjetivo "heterónomo" en su Metafísica de las costumbres, y Theodor Schmalz explicaba esta actitud indicando que si una ley ordenara que las esencias libres fueran determinadas desde fuera de ellas mismas se destruiría la naturaleza racional, pues la imposición de conductas desde fuera, es decir, heterónomas, es necesariamente un mal (31).

El postulado del *Selbstzweck* kantiano acabó, finalmente, consagrando la simple coexistencia, la indiferencia mutua, toda vez que la ley ética, por dirigirse exclusivamente a cada individuo, otorga un derecho absoluto a la autodeterminación individual y la única exigencia que expresa a cada individuo, respecto a los demás, es que respete en los demás esa misma capacidad de autodeterminación que él posee.

3.- LA MENTALIDAD PACTISTA.

Según Kant y su Escuela, la ley ética no impone obligaciones que trasciendan al individuo y falta, en consecuencia, una instancia superior a las partes que entran en relación que determine los respectivos derechos y obligaciones. Ante esta situación, típica en la escuela del Derecho natural, el recurso que se venía usando desde Fernando Vázquez de Menchaca fue el de considerar que es el individuo el que crea el orden jurídico mediante pactos. En realidad, se trataba,

---

30. "Jedes vernünftige Wesen kann nicht als ein Mittel zu andern Zwecken ausser ihm angesehen und also keinesweg denselben als solches untergeordnet werden, theils weil das sittliche Gesetz nicht in Beziehung auf etwas anders da ist, und also das Wesen, in dem es allein vorhanden ist, nicht wieder um eines andern Willen da seyn kann, theils weil ohne die vernünftige Wesen gar nichts von unbedingten Werthe würde angetrofren werden". Cfr. *Lehrsätze...* cit., § 88.

31. "Wenn ein Gesetz beföhle, das freye Wesen von aussen her bestimmt werden sollten; so würde dies, da es die vernünftige Natur aufhöbe, nothwendig etwas äussert böses befehlen". Cfr. *Das reine Naturrecht*, cit., § 13.

deliberadamente, de llegar a esta situación; es decir, los iusnaturalistas borraron toda ley objetiva que pudiera vincular a los sujetos y, en lugar de una ley suprapersonal, establecieron el principio según el cual nadie puede quedar obligado sino por su propia voluntad; partieron, pues, de un estado de indeterminación y autodominio originarios y establecieron a continuación la tesis según la cual sólo es legítima la obligación que procede del propio consentimiento.

Una forma de expresar este punto de partida de la Escuela kantiana la encontramos en Gros, quien escribía que "en virtud de la libertad e igualdad naturales, nadie está sometido al juicio de otro, por lo que se puede afirmar que, por naturaleza, nadie es juez. Cada persona enjuicia y realiza sus derechos según su entendimiento, y por esto es por lo que se dice: "por naturaleza cada cual es su propio juez" (32). Estos individuos aislados, que no reconocen superior, soberanos en sí mismos, necesitan, sin embargo, entrar en contacto recíproco, adquirir derechos y obligaciones. La única forma de salir de sí mismo y -en un plano jurídico- entrar en contacto con los demás, fue el recurso al pacto, de modo que el sujeto -así entendido- quedaba obligado por su propia voluntad y de esta forma, a pesar de la obligación que ha contraido, queda tan libre como antes, pues todas las obligaciones en las que incurre sólo pueden ser imputadas a su voluntad libre.

Hoffbauer se expresaba a este respecto con bastante claridad: "toda transmisión de derechos entre hombres requiere un acuerdo real de voluntades entre el que quiere ceder y el que quiere traspasar su derecho" (33). Tafinger, más extenso, mantenía que "todas las relaciones jurídicas hipotéticas en las que un hombre entra, que no sean producto de la pura casualidad, presuponen en un primer origen un comportamiento que, si quiere ser enjuiciado según una valoración moral, ha de ser una manifestación de la voluntad libre. Pues la voluntad de aquel que quiere traspasar un derecho a otro es la única fuente a partir de la cual éste recibe este derecho con todas sus determinaciones" (34).

Este acto de la voluntad libre por el que un sujeto cede su derecho a otro

---

32. "Da vermögen der natürlichen Freyheit und Gleichheit keiner dem Urtheile des andern unterworfen ist, so gibt es von Natur keinen Richter. Der Berichtigte beurtheilt und führ seine Rechte nach seiner Einsicht aus; daher sagt man auch: jeder ist von Natur selbst sein Richter". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 101.
33. "Alle Uebertragung der Rechte zwischen Menschen, würde eine wirkliche Einwillung demjenigen, der einem andern ein Recht übertragen will, und demjenigen, dem ein Recht übertragen soll, erfordern". Cfr. *Naturrecht...*, cit., § 169.
34. "Alle hypothetischen Rechtsverhältnisse in die der Mensch tritt, ohne durch blossen Zufall darein versetz zu werden, setzen in ihrem ersten Ursprung Handlungen voraus, welche um einer sittlichen Beurtheilung unterworfen zu werden, Erscheinungen des freyen Willens seyn müssen... Der Wille desjenigen, welcher irgen ein Recht auf den andern überträgt, ist die einzige Quelle, woraus dieser dasselbe mit allen seinen Bestimmungen erhält". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., §§ 131 y 145.

es el pacto, llamado impropiamente en la Escuela contrato (*Vertrag*), que quedó erigido en la única categoría jurídica a través de la cual puede producirse una obligación. "Una acción -escribía Jakob- a través de la cual uno cede derechos a otros y otro los acepta, se llama un contrato... El contrato es la única forma y manera jurídica a tenor de la cual uno puede adquirir de otro, pues el derecho de uno no puede ser traspasado a otro sino a través de la propia voluntad del primero" (35) Jakob Fries se expresaba con más radicalidad sobre este tema: "no es posible ninguna aplicación de la ley jurídica entre los hombres sin contratos, de forma que podemos expresar la ley jurídica en su forma más general indicando que es aquella que se realiza en la sociedad activa bajo la condición del contrato. La ley jurídica ordena pues: que los hombres deben determinar en su sociedad activa las leyes de su tráfico, es decir, sus relaciones mutuas, mediante contratos. Todo hombre está obligado, mediante la ley, en cuanto él entra en intercambio con otros hombres, a delimitar las barreras de su actividad mutua, si es que no existe un acuerdo legal entre ellos, y nadie puede considerarse obligado a algo con respecto a otro antes del contrato... Solamente bajo la condición del contrato es posible aplicar la ley de la igualdad en el intercambio recíproco entre los hombres"(36).

Lógicamente, los *Urrechte* o derechos fundamentales se adquieren en fuerza de la propia personalidad, pero todos los demás derechos dependen, para su adquisición o pérdida, del arbitrio de los individuos. En este sentido, escribía Bauer que "derechos adquiribles son aquellos cuya existencia está condicionada por un acto del arbitrio; pues adquirir derechos no significa otra cosa que ampliar la región jurídica propia mediante actos del arbitrio" (37). Estas ideas las

---

35. "Eine solche Handlung, wodurch Rechte übertragen und von dem, welchen sie übertragen sind, angenommen werden, heißt ein Vertrag... Der Vertrag ist aber auch die einzige rechtliche Art und Weise, wie ein Recht von einem andern erworben werden kann. Denn das Recht des einen kann auf den ander nicht übertragen werden, als durch des ersteren eigenen Willen". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...* cit. §§ 154 y 158.

36. "...keine Anwendung des Rechtsgesetzes ohne Vertrage unter Menschen möglich ist: so können wir überhaupt das Rechtsgesetz so ausdrücken, daß dadurch ihre thätige Gemeinschaft unter die Bedingung des Vertrages gebracht wird. Das Rechtsgesetz gebietet also: daß die Menschen in ihren thätigen Gemeinschaft die Gesetz ihres Verkehrs d.h. ihre Wechselwirkung durch Verträge bestimmen sollen. Jeder Mensch ist durch das Gesetz verpflichtet, so bald er mit einen andern in Wechselwirkung kommt, mit ihm über die Beschränkung ihrer gegenseitigen Thätigkeiten zu kontrahiren, wenn noch keine gesetzliche Uebereinkunft zwischen ihnen statt finden, und niemand kann ihn vor dem Vertrage zu irgend etwas anderem als zum kontrahiren verpflichtet halte, indem sie nur dadurch aus der bloß physischen Wechselwirkung in eine vernünftigen treten. Erst unter den Bedingung des Vertrages wird sich das Gesetz der Gleichheit in ihrer Wechselwirkung weiter anwenden lassen". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., pág. 48.

37, "Erwerbliche Rechte sind solche, deren Daseyn durch einen Act der Willkühr bedingt ist. Rechte erwerben heisst also durch Acte der Willkühr sein Rechtsgebiet vergrössern". Cfr. *Elementarsystem...*, cit., § 102.

completaba Mehmel, en 1.815, indicando que allí "donde reine el principio de igualdad y libertad no existe ningún otro medio para adquirir algo de otro que a través de la voluntad libre; pues el que quiere adquirir no puede vincularse sino por sí mismo, y el vínculo a través del cual él se vincula en las relaciones jurídicas de la vida, se llama un contrato. La única forma posible de todo acuerdo y unión de voluntad jurídica es el contrato" (38).

No existen, pues, derechos anteriores a los pactos, aparte, naturalmente, de los *Urrechte* que otras veces he mencionado. De acuerdo con esta forma de entender la realidad jurídica todo el ordenamiento jurídico recibió una base contractualista, incluso el Derecho penal; Thomas afirmaba a este respecto que el concepto de delito sólo puede surgir en el Estado cuando el ciudadano rompe el contrato que él ha concluído con los demás y con el Estado (39). Feuerbach, cuando aún era kantiano, recondujo la fundamentación de la pena al contractualismo propio de la escuela del Derecho natural, que él personifica en Grocio: "Grocio, tanto tiempo olvidado entre el polvo de las bibliotecas, pero que es tan moderno, me parece que ha encontrado el verdadero fundamento del Derecho penal mucho más correcta y claramente... que muchos de nuestros nuevos filósofos tratadistas del Derecho. "En este tema -decía Grocio- estamos próximos a la naturaleza del contrato, porque así como el que vende, aunque no expresa nada peculiar, se obliga a todas aquellas cosas que son naturales en la compraventa, del mismo modo el que comete delito se obliga a la pena por su voluntad, puesto que un crimen grave no puede dejar de ser castigado; sucede lo mismo en el caso del que directamente quiere pecar, que merece la pena porque él quiere" (40).

---

38. "Wo das Princip der Freiheit und Gleichheit waltet, da giebt es kein Mittel, von Andern etwas zu erwerben, als den freien Willen. Diesen kann nicht binden, als er sich selbst, und das Band, wodurch er in den rechtlichen Verhältnissen des Lebens sich bindet, heißt Vertrag. Die einzig mögliche Form aller rechtlichen Uebereinkunft und Willenseinheit ist der Vertrag". Cfr. *Die reine Rechtslehre*. Erlangen, 1815, § 493.
39. "Der Begriff eines Verbrechens entsteht erst im Staat, weil da der Bürger zugleich auch den zwischen ihn und dem Staat abgeschlossenen Vertrag bricht". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 325.
40. "Grotius der längst vergessene und unter dem Staub der Bibliotheken modernde Grotius scheint mir daher den wahren Grund des Strafrechts weit richtiger und klärer eingesehen zu habe, wenigstens der Wahrheit um ein Grosses näher gekommen zu seyn, als gar viele unserer neuern und sonst gründlich philosophierenden Rechtsgelehrten. "In hac re, sagt er, est aliquid quod ad contratuum naturam accedit: quia, sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censetur ad ea omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit sua voluntate se obligasse videtur poenae, quia crimen non potest non esse punibile; ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit". D.J.B. ac P. L. II, c. XX, § 2, n. 1. Cfr. *Anti-Hobbes...*, cit., pág. 224.

Solamente dos autores abordaron directamente la empresa de fundamentar por qué la obligación legítima sólo puede surgir del consentimiento propio; fueron, concretamente, Abicht y Brückner. Para el primero de ellos, la voluntad humana, o una persona, solamente puede obligarse por sí misma, pues "el acto de obligarse consiste en un forzamiento de la voluntad hacia un determinado comportamiento a través de un motivo del que se es consciente... La persona, sin embargo, y con ella la fuerza de su voluntad, está vinculada o forzada en todo su actuar por su ley propia, o por sus bienes o fines personales; estos fines personales y propios, presentados en su ley de los que es consciente, constituyen exclusivamente los motivos del forzamiento de su voluntad... y en consecuencia la voluntad humana sólo puede obligarse por sí misma" (41). Una vez más aparece la tesis de la autonomía ética del individuo, fundamentada esta vez en el hecho, o presunta descripción psicológica, a tenor de la cual un indidividuo sólo puede ser determinado a obrar por fuerza de sus propias representaciones, es decir, por la fuerza de los fines que él se ha propuesto; como los fines son personales, puesto que cada sujeto se los da a sí mismo personalmente, concluye Abicht que la legitimación para la actuación jurídica solamente puede residir en el comportamiento espontáneo y libre, en el que cada individuo sigue sus propios fines; de esta manera, no puede existir otro modo de obligación, que el asentimiento libremente prestado.

Mucho más claro, tajante y radical fue J. A. Brückner, que suele llevar las tesis kantianas hasta sus últimas consecuencias. Este autor explicaba que "la gran verdad que se hace sentir en la conciencia de todos los hombres es que ningún hombre tuvo primitivamente un derecho sobre la persona de su semejante, de modo que éste último conserva por completo la prerrogativa vinculada a su personalidad jurídica, que es la de disponer exclusivamente sobre sí mismo. De esta forma, la autorización primitiva que atribuye derechos al hombre no se extiende ni se puede extender jamás sobre la persona de sus semejantes sin su consentimiento... El título primordial de todos los derechos se encuentra en la autonomía jurídica de la razón práctica, por la cual el hombre es declarado dueño de sí mismo frente a toda voluntad extraña... Así, el hombre, dueño de sí mismo,

---

41. "Der menschliche Wille, oder eine Persohn kan sich nur durch sich selbst verpflichten, und sie soll auch nur durch sich selbst verpflichtet werden... Verpflichtung ist die Nöthigung des Willens zum bestimmten Handeln durch eine gewisse Art bewuster Gründe... Nun ist aber eine Persohn und ihre Willenskraft in alle ihrem Handeln blos an ihre eigenen Geseze oder, ihre persöhnliche Güter und Zwecke gebunden; diese in ihren Gesezen vorgestellten und zum Bewussein gebrachte eignen persöhnlichen Zwecke sind ausschliessend die bewusten Nöthigunsgründe ihres Willens: nicht aber vorgestellte Zwecke und Güter, die und in so fern sie sich ausser ihrer eignen Persohn verlieren und enden: folglich kan sich der menschliche Wille nur durch selbst verpflichten". Cfr. *Neues System...*, cit., § 23.

pero que encuentra la misma prerrogativa en todos los demás hombres, está autorizado originariamente a celebrar actos de autorización a los que se les llama actos convencionales, por los que puede adquirir o trasmitir derechos y propiedades que no podrían ser reclamados según un título primitivo. Estos son los derechos a los que se llama "derivados", "adquiridos" o "hipotéticos" (42).

4.- LA NOCION DEL DERECHO.

a) La manifestación primaria y esencial del Derecho

El punto de partida para la consideración de la noción del Derecho, en general, viene dado por el individualismo radical propio del kantismo, pues todos los integrantes de la Escuela conciben al Derecho como una emanación o dilatación, en el mundo externo, de la libertad interna que posee el individuo; consecuentemente, el Derecho fue entendido como una facultad o potestad que es propia de cada sujeto.

En este sentido escribía Schaumann que "la ciencia del Derecho es la ciencia de la posibilidad legal de obrar según la propia libertad. Porque mientras que la ciencia de la moral se ocupa sistemáticamente con la contestación de la pregunta "¿qué debo hacer?", la ciencia jurídica se ocupa de la cuestión: "¿que puedo hacer yo?" (43). Por este camino, la manifestación primera y esencial del Derecho fue entendida como una *facultas, Befugnis;* "una acción libre o arbi-

---

42. C'est lá cette grande verité qui se fait sentir dans la conscience de tous les hommes, qu'aucun homme n'a primitivement un droit sur le personne de son semblable, tant que ce dernier conserve en entier la prérrogative attachée à sa personnalité juridique, celle de disposer exclusivement de soi même. Ainsi, l'autorisation primitive, qui accorde des droits à l'homme, ne s'étend, ni se peut jamais s'étendre sur la personne de ses semblables, pour qu'il en fasse des objets de droits, sans leur consentement... Le titre primordial de tous les droits se trouve dans l'autonomie juridique de la raison pratique, par laquelle l'homme est déclaré maître de soi, visá-vis de toute volonté étrangére. Sous a titre sont compris tous les droits qui tiennent immédiatement à la nature de l'homme, comme proprietè primitive et comme condition pour pouvoir en acquerir d'autres...
Ainsi l'homme, maitre de lui-même, mais trouvant la même prérogative dans tous les hommes, est primitivement autorisé a passer avec eux des actes d'autorisation, qu'on appèle des *actes conventionnels,* per lesquels il peut ou acquérir ou transmettre des droits et des proprietés, qui ne pourraient être réclamés d'aprés un titre primitiv. Ce sont lá des droits qu'on appéle *dérivés, acquis,* ou *hypothétiques*". Cfr. *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*. Leipsic, 1810, §§ 200, 205 y 206.

43. "Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzlichen Möglichkeit, nach eignen Wille zu handeln.
Anmerkung 1. Die Wissenschaft der Sittlichkeit beschäftig sich mit einer systematischen Beantwortung der Frage: "Was *soll* ich"? -die Rechtswissenschaft mit der Frage: "was *darf* ich"?". Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, cit., § 7.

traria, en sentido amplio, que está permitida y para la que el actuante se halla capacitado, se llama jurídica o adecuada al Derecho", escribía Hufeland (44), e inmediatamente antes ha explicado que una acción de tal naturaleza constituye una "facultad" o *Befugnis* (45).

Una vez más, al tocar ahora este tema, vuelven a oponerse Moral y Derecho. En efecto, las reglas morales "me limitan en la medida en que yo las admito en las exteriorizaciones de mi arbitrio, explicaba Hoffbauer, y me hacen dependiente de una ley de forma tal que, si no quiero incurrir en una contradicción, no puedo traspasar tal ley. Con el Derecho sucede lo contrario, pues si yo tengo derecho a una acción, tal acto no me está prescrito sino permitido... no me hace dependiente, sino más bien hace dependientes a los demás de mi arbitrio" (46).

Al determinar la noción primaria del Derecho lo que cuenta es, pues, la libertad del individuo. Ya Abicht, en 1.792, había explicado que un derecho no es más que un fundamento justificador para realizar un determinado tipo de acciones u omisiones (*ratio, quae dat facultatem agendi*), de modo que los verdaderos derechos de una persona no pueden ser otra cosa que "derechos de libertad" (47). De esta forma, la libertad del arbitrio se erigió, dentro de la Escuela, tanto en el fundamento como en el fin del Derecho, pues el Derecho se fundamenta en la libertad y tiene como finalidad asegurar la realización efectiva de la libertad en el mundo exterior. Los testimonios que encontramos sobre este extremo son muy numerosos; así, por ejemplo, Leisler, que no pretendía sino divulgar la doctrina jurídica kantiana, cosa que hizo con precisión, explicaba que "los derechos del hombre según el Derecho natural absoluto, se comprenden conjuntamente bajo un derecho general, concretamente bajo el derecho a la libertad social... pues dado que todo derecho, como no es más que un permiso

---

44. "Eine willkührliche Handlung im weitern Sinne, die erlaubt, und wozu der Handelnde befugt ist, heisst *recht* oder *rechtmässig*". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 23. La intensidad es de Hufeland.
45. "Das durch die, andern Menschen obliegende, Verbindlichkeit begründete Vermögen, etwas willkührlich zu thun oder zu begehren, nennt man *Befugnis*". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 22. La intensidad es de Hufeland.
46. "...sie beschränken mir wo ich sie annerkenne, in den Äusserungen meiner Willkühr, und macht mich in denselben abhängig von einen Gesetze, so, daß ich, ohne mir zu widersprechen, diesem Gesetze nicht zuwiderhandeln kann. Mit dem Rechte hat es die engegengesetzte Bewandtmiß. Das Recht zu einer Handlung gebietet mir diese nicht, sondern gestattet sie mir vielmehr..., es macht mich nicht abhängig, sondern macht vielmehr Andere von meiner Willkühr abhängig". Cfr. *Das allgemeine oder Naturrecht...*, cit., pág. 34.
47. "...ein Recht ist ein Berechtigungsgrund des Willen zu einer bestimmten Art von Handlungen oder Unterlassungen (ratio, quae dat facultatem agendi)... Die wahren Rechte oder Berechtigungsgründe einer Persohn können keine andern seyn, als Rechte der Freyheit... Berechtigende Handlungsgründe heissen aber Rechte; folglich kan es für eine Persohn keine andern wahren Rechte geben als Rechte der Freyheit". Cfr. *Neues Sytem...*, cit., § 31.

concedido por la ley jurídica, sólo puede existir en la zona del arbitrio" (48). Gros ampliaba esta idea indicando que "la ciencia de lo que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa se llama Rechtslehre, ciencia filosófica del Derecho (*philosophische Rechtswissenschaft*)" (49). Esta opinión se extendió hasta tal punto que Christian Weiss explicaba que "según el uso lingüistico" se llama Derecho a la facultad originaria que tiene cada sujeto para realizar comportamientos arbitrarios forzando a aquellos que se los impidan (50).

Todos los derechos, sin excepción, fueron explicados desde el prisma de la libertad. Así sucede incluso con el derecho a la vida; para ilustrarnos esto último Krug reproduce el ejemplo clásico -que Kant también propone- de los náufragos que se agarran a una misma tabla para sobrevivir; el que consiga arrojar de ella al otro realiza una conducta que queda impune, pues es evidente que sus respectivas esferas de libertad (*Freiheitsphären*) no pueden subsistir la una junto a la otra y por esto una de ellas puede sobrevivir impunemente aunque sea a costa de hacer desaparecer la otra (51). Llevado de esta forma de entender la realidad jurídica Amadeus Wendt entendía que la *laesio iuris* se reduce a aquel comportamiento que supone un ataque a la zona de la libertad de otra persona (52).

Esta inteligencia de la realidad jurídica se impuso arrolladoramente durante la hegemonía de la Escuela kantiana, de modo que los únicos que pudieron habérsele opuesto, es decir, los idealistas, aceptaron este postulado sin reservas. Por ello, Jakob Fries escribía que "la ley del Derecho surge de nuestro

---

48. "Die Rechte des Menschen nach dem absoluten Naturrechte, lassen sich füglich unter einem allgemeinen Rechte begreifen, nämlich unter den Rechte auf gesellschaftliche Freiheit... Von diesen Rechte lassen alle andere Rechte des Menschen sich ableiten... Denn da jedes Recht, als eine vom Rechtsgesetze ertheilte Erlaubniß, nur auf dem Gebiete der Willkür statt finden". Cfr. *Populäres Naturrecht...*, cit., § 32.
49. "... die Wissenschaft dessen, was durch die praktische Vernunft als Gesetzgebung der äussern Freyheit bestimmt ist, heisst *Rechtslehre*, *Philosophische Rechtswissenschaft*." Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 43. La intensidad es de Gros.
50. "Dieses ursprüngliche Befugnis zu beliebigen Handlungen in jedem Einzelnen gegen die willkührlichen Störungen Andrer nennt der Sprachbrauche das Recht (ius) des Menschen in der allgemeinsten Bedeutung (in abstracto)". Cfr. *Lehrbuch...*, § 3.
51. "...weil die Natur selbst zwei Personen in eine solche Lage gegen einander gesetz hat, dass ihre Freiheitsphären nicht zugleich neben einander bestehen können, sondern entweder beide zu Grunde gehen müssen oder nur eine auf unkosten der andern erhalten werden kann". Cfr. *Dikäologie...*, cit., § 22, *Anmerkung* 2.
52. "Rechtsverletzung (laesio iuris) ist jede natürliche Handlung, welche ein Eingriff in das Freiheitsgebiet des ander ist - und mithin von den Rechtgesetze verboten". Cfr. *Grundzüge...*, cit., § 52.

propio interior, de modo que no surge de la naturaleza, sino que la captamos como una ley de libertad" (53). El mismo Fichte, aún en 1.812, cuando ya se había apartado notablemente de la doctrina jurídica kantiana, explicaba la necesidad de que cada cual limitara su libertad, mediante un acuerdo mutuo, a fin de hacerla compatible con las libertades de los demás. Este acuerdo, escribía Fichte, debe tener lugar no por causa de un motivo tal como el poder, la prudencia, la moralidad o la utilidad, sino únicamente en fuerza del Derecho, es decir, del concepto de la libertad de todos (54); esto es así porque -prosigue Fichte- el concepto de libertad, *formaliter* y sin limitación proporciona el concepto del Derecho fundamental, esto es, de aquel derecho que corresponde a toda persona, en cuanto tal, de un modo absoluto (55).

La libertad, así entendida, se presenta ante todo de una forma negativa, es decir, como un no hacer, un respetar la capacidad de arbitrio de los demás. Por ello, Klein escribía que "todos los derechos, originariamente, son negativos" (56), y Gros, algunos años más tarde, añadía que los derechos fundamentales no pueden colisionar unos con otros, pues a ellos les corresponde una obligación que es solamente negativa, de modo que, a causa de esta naturaleza suya, no pueden entrar en fricción (57). Más explícito fue Fries, quien explicó que "todas las obligaciones jurídicas son originariamente obligaciones negativas que sólo ordenan una omisión... pues la obligación jurídica sólo puede surgir del precepto que nos ordena que cada persona sea respetada como un fin en sí" (58).

La Escuela también abordó la tarea de responder por qué el Derecho consiste, ante todo, en una manifestación de la libertad. Weiss exponía, sobre este tema, que este problema, presentado en su forma más general, está contenido en la pregunta: ¿con qué fundamento afirma el hombre poseer una facultad para

---

53. "Das Gesetz des Rechts entspringt aus unsern eignen Innern, wir lernen es nicht von der Natur, sondern wir stehen durch dasselbe als ein Gesetz der Freyheit" Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., *Vorrede*, pág. VIII.
54. "Nun soll diese Übereinkunft geschehen nicht zufolge irgend eines anders Motivs (der Gewalt, der Klugheit der Sitlichkeit Nutzens) sondern lediglich zufolge des Rechts, oder des Begriffs der Freiheit aller". Cfr. *Rechtslehre. Vorgetragen von Ostern bis Michelis 1812*. Hamburg, 1980, pág. 15.
55. "Der Begriff der Freiheit eben shlechtweg, formaliter und ohne Beschränkung giebt den Begriff des Urrechts, d.i. desjenigen Rechts, das jeder Person, als einer solchen, absolut zukommen soll". Cfr. *Rechtslehre...*, cit., pág. 33.
56. "Alle Rechte sind ursprünglich negative". Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 62.
57. "Ursprüngliche Rechte können nicht miteinander collidieren; den ihnen entsprechenden auf der andern Seite nur negative Verbindlichkeiten, welche ihrer Natur nach nicht miteinander in Widerstreit gerathen können". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 94.
58. "Alle Rechtspflichten sind ursprünglich negative Pflichten der Unterlassung... die Rechtspflicht kann nur aus dem Gebote entspringen: daß jeder die Person des andern als Zwecke respektieren solle". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., págs. 13-14.

orientar libremente sus comportamientos y con qué motivo exige él de los demás, con los que se sitúa como su igual, que ellos limiten el uso de su arbitrio en lo que se refiere a las posibilidades externas de su actuación libre? Para solucionar este problema, proseguía Weiss, es preciso hacer notar que la obligación jurídica natural nace del arbitrio, por lo que presupone a la libertad como su característica esencial, necesaria y permanente (59). Krug, por su parte, entendía que "el fundamento del Derecho es la naturaleza racional del hombre, o su personalidad, pues una esencia racional es aquella que puede darse a sí misma sus propios fines; ella posee la finalidad de sus actuaciones y omisiones en sí misma, es fin en sí misma y, por tanto, es persona... Ella quiere su fuerza libre, es decir, no impedida por la fuerza de otras esencias racionales, a fin de realizar sus propios fines. Exige que a ella se le reconozca un uso de la libertad por parte de las otras esencias racionales con las que entra en contacto, y ella concede y permite el mismo uso de la libertad para las otras esencias racionales. Esta permisión general del libre uso de la libertad no es otra cosa que un "poder hacer" o ser lícito externo, es decir, el Derecho" (60).

En tiempos más tardíos, cuando ya la Escuela caminaba en su declive, otros autores siguieron manteniendo esta fundamentación del Derecho. C.F. Mühlenbruch explicaba que "el Derecho es la posibilidad moral de hacer algo u omitirlo, en consecuencia, algo exclusivamente subjetivo. Pues la libertad de la voluntad o la capacidad de autodeterminación en el hombre es la condición de toda realidad jurídica" (61). Brückner explicó este tema de forma mucho más extensa:

---

59. "Das Problem, allgemein vorgestellt, ist enthalten in der Frage: Mit welchem Grunde behauptet der Mensch ein unbedingtes Befugnis zu beliebiger Einrichtung seiner Handlungen zu haben? und mit welchem Grunde verlangt er von Andern, welche er sich doch gleich setzet, daß sie ihre Willkühr, um des außer Möglichkeit seiner beliebigen Handlungen willen, beschränken solle? Zur Lösung dieses Problem ist für erste zu bemerken, daß die natürliche Rechtsförderung in der Willkühr von welcher aus und gegen sie ergehet, die Freiheit als wesentliches und bleibendes Merkmal derselben nothwendig vorausgesetzt". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., §§ 29-30.
60. "Der Grund des Rechts selbst ist die vernünftige Natur des Menschen oder seine Persönlichkeit. Ein vernünftiges Wesen ist ein solches, das sich selbst seine Zwecke zu setzen vermag. Es hat den Zweck seines Thuns und Lassens in sich selbst; es ist Selbstzweck; es ist Person... es will seine Kraft frey, d.h. ungehindert von der Kraft andrer Vernunfwesen brauchen zur Realisirung seiner selbsteignen Zwecke. Es fordert, das ihn ein solches Freyheitsgebrauch von allen vernünftigen Wesen, mit denen es in Wechselwirkung steht, zugestanden und gestatten werde, und gesteht auch allen andern Vernunftwesen. Dieses allgemein Gestattenseys des ungehinderten Freyheitsgebrauch ist nicht anders, als ein äusseres Dürfen, das Recht". Cfr. *Aphorismen..*, cit., § 18.
61. "Recht ist die moralische Möglichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen, also einzig subjectives. Freiheit des Willens, oder Selbstbestimmung im Menschen ist die Bedingung eines jeden rechtlichen Zustandes". Cfr. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts*. Rostock und Leipzig, 1807, § 6.

"Existen acciones que no tienen un carácter de necesidad práctica, aunque se les atribuye un valor absoluto en la estimación. Las acciones están motivadas y normadas no por principio determinante que ordene lo que el hombre debe hacer, sino por un principio que, sin ordenar nada al agente, imprime sin embargo el sello de legitimidad a sus acciones fijando de manera absoluta o perentoria lo que él puede (*ose*) hacer o querer. Este es el principio que nosotros llamaremos el principio del Derecho o principio jurídico.. Este principio proclama autorizadamente que el hombre puede querer o hacer determinadas cosas, de una forma arbitraria, es decir, sin ser molestado por ninguna consideración, tan lejos como el permiso se extienda. Estamos ante la idea de una autorización positiva y expresa a favor de un agente, en la medida en que él juzga servirse de ella. La legitimidad de una acción resulta de esta autorización, por la cual el agente se determinará. Autorizar a alguien es investirle de un poder absoluto de querer y de obrar, de una manera determinada, pero libremente, sin estar obligado a actuar... Este poder otorgado al agente es llamado un derecho. La idea de un derecho se remonta, pues, en último análisis, a la de una autorización, en virtud de la cual un agente puede formar libremente pretensiones a ciertas cosas, como perteneciéndoles a él, a título de propiedad mediata o inmediatamente disponible, y estas pretensiones las hace valer por una determinación actual de su voluntad... El título primitivo de todos los derechos está en la declaración, emanada de la autonomía jurídica de la razón, que dice que todo agente racional es primitivamente dueño de sí mismo. Es así como esta autonomía se proclama como la autoridad suprema en materia de Derecho" (62).

La manifestación primaria y esencial del Derecho fue entendida, de esta forma, como una *facultas* o *licentia* que compete al individuo originariamente, en fuerza de su personalidad, radicada en el hecho de que todo sujeto puede darse a sí mismo los fines de su actuación. Esta facultad, potestad o licencia fue articulada dentro de la Escuela como aquel comportamiento que moralmente es

62. "Mais il y'a des actions qui n'ont aucun caratére de nécessité pratique, quoiqu'on leur attribue indubitablement une valeur absolue dans l'estimation. Les actions sont donc motivées et reglées, non pas par le principe déterminant qui commande ce que l'homme *doit* faire, mais par un principe qui, sans rien prescrire à l'agent, imprime néanmoins le sceau de legitimatión à ses actios, en fixant d'une maniére absolue ou péremptoire ce qu'il *ose* faire et vouloir. C'est ce principe que nous appélerons le *principe du droit*, ou *principe juridique*... Le principe juridique proclame d'autorité, que l'homme *ose* vouloir et faire certaines choses, d'une manière arbitraire, c'est à dire, sans être géné par aucune considération, aussi loin que la permission s'étend. C'est là l'idée d'une *autorisation* positive et expresse, pour et en faveur d'un agent, et pour autant qu'il juge à propos d'en profiter. De cette autorisation résulte la *legitimité* de l'action, pour laquelle l'agente se déterminera.
L'idée d'un droit remonte donc, en dernière analyse, à celle d'une autorisation, en vertu de laquelle un agent *ose librement* former des prétentions, a certaines choses comme lui appartenant, à titre de propriété médiatement ou inmédiatement disponible; prétentions qu'il peut faire valoir par une détermination actuelle de sa volonté". Cfr. *Essay*..., cit., §§ 145-157. Las intensidades son de Brückner.

posible, como lo "moralisch-möglich" (63). Planteadas así las cosas, quedaba por determinar la expresión lingüística que expresaba esta facultad. "La posibilidad representada en la ley de la realización de una acción se llama permisión (*permissio*); la acción misma, en la medida en que su ejecución es posible, se llama "permitida", y a esta condición de estar permitida se llama autorización. Para el sujeto del comportamiento permitido resulta así una permisión de la ley, una licencia, y entonces decimos que a la persona "le es lícito" (*die Person darf*), es decir, que ella posee la facultad legal de realizar una acción" (64).

Por este camino, el Derecho fue entendido como un *dürfen*, es decir, como una posibilidad lícita de hacer; se trata de aquel conjunto de conductas que no viene prescrito por la ley moral, sino que resultan moralmente indiferentes: "*Dürfen* quiere decir -escribía Schmalz- que la voluntad se determina a través de la intelección según la cual una acción u omisión no es mala. Una tal acción u omisión es, por tanto, moralmente posible. La determinación de la persona mediante la ley, a tenor de la cual a ella algo le es lícito, se llama un derecho... que no es otra cosa que un estar permitido *(dürfen)*, de modo que "a mí me está permitido" es equivalente con la expresión "yo tengo un derecho" (65). Diversos kantianos jugaron con los verbos alemanes que expresan una impositividad o una posibilidad de hacer; distinguieron, concretamente, entre el *können, müssen, dürfen*, y *sollen*. "Können", cuya traducción exacta al castellano es la de "poder" físicamente, fue desechado, pues expresa una posibilidad física, propia del mundo natural, y ya vimos que lo que corresponde al *Sinnenwelt* no encuentra acomodo en el campo de lo normativo; por este mismo motivo fue rechazado el *müssen*, verbo con el que se expresa el "tener que" hacer u omitir algo, por fuerza, pues expresa la necesidad física en la que no cabe la libertad. Excluyeron el *sollen*, que expresa la necesidad "moral" de hacer u omitir alguna conducta, pues el "deber ser" es decir, la impositividad moral, es la zona propia de la Etica, no del Derecho. "En consecuencia -explicaba Krug- el Derecho no es originariamente un imperativo *(lex praeceptiva)*, puesto que no representa un "deber de" *(kein sollen bedeutet)*, sino que es un permiso *(lex permissiva)*, en la medida en que él determina lo que le es lícito hacer u omitir a cada esencia racional

63. Cfr. Schaumann, *Wissenschaftliches Naturrecht*, cit., § 137.

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

65. "Dürfen heißt das Bestimmtwerden des Willens durch die Einsicht daß eine Handlung oder Unterlassung nicht böse sey. Eine solche Handlung oder Unterlassung ist also moralisch möglich. Die Bestimmung der Person durch das Gesezt, nach welcher sie darf, heißt ein Recht... Es bezeichnet also das Dürfen, und: ich darf, und: ich habe ein Recht, sind gleichbedeutende Ausdrücke". Cfr. *Erklärung...*, cit., pág. 13.

cuando se encuentra en relación con los demás (66). "El Derecho consiste en un *Dürfen,* prosigue este mismo autor; yo puedo lo que me es lícito; yo tengo un derecho a arar, sembrar, cosechar mi campo... El Derecho no representa un poder hacer según todas las posibilidades morales, sino que expresa el *Dürfen* externo o una posibilidad moral externa de hacer u omitir" (67).

Como juicio final de conjunto podemos seguir el que expuso Raumer en 1.861: "Kant fundamentó el Derecho sobre la facultad moral, e intentó fundamentar a ésta, aunque no de forma muy clara, sobre la ley permisiva".

b) La formulación de la regla del derecho

Hasta ahora hemos estudiado cómo la manifestación primaria del Derecho es un poder hacer que compete al individuo sobre aquellas cosas que son moralmente indiferentes; pero esta noción resultaba insuficiente, porque el Derecho es forzosamente una relación suprasubjetiva de conductas y requiere de una formulación que permita situarlo por encima del arbitrio de los sujetos.

En Kant y en toda su Escuela, el punto básico de partida vino dado por la libertad individual; se trataba, al teorizar sobre el Derecho, de conseguir que tal libertad permaneciera, pero ahora coordinada cada libertad sujetiva con las libertades de todos los demás hombres, de modo que el Derecho apareciera como la coordinación suprema de las libertades. "El uso de la libertad de una esencia racional -escribía Feuerbarch- no puede contradecir el uso de la libertad de otra esencia racional. Esta es la ley suprema de la justicia, la condición fundamental de la afirmación de nuestra naturaleza racional en el mundo de los fenómenos" (69) ¿Qué es el Derecho para los kantianos? se preguntaba J. A. Berk; "puesto que el Derecho no juzga los pensamientos ni las intenciones, sino sólo aquellos comportamientos de una persona que afectan a otra, es injusta toda aquella

66. "Es ist folglich kein Imperativ (lex praeceptiva), indem das Recht kein Sollen bedeutet, sondern ein Permissiv (lex permissiva), indem es bestimmt, was jedes Vernunfwesen im Beziehung auf das andre thun oder lassen oder lassen dürfte, oder was jedem innerhalb der Sphäre seiner Wirksamkeit äusserlich erlaubt sey". Cfr. *Aphorismen...*, cit., § 20. Vid. también los §§ 2 - 10, en los que analiza los términos citados arriba; sobre este mismo tema, vid. A. Bauer, *Elementarsystem...*, cit., § 4.
67. Das Recht bedeutet ein Durfen. Ich darf, was mir erlaubt ist. Ich habe das Recht, meinen Acker zu pflügen, zu besäen, und zu abzuernten... Das Recht bedeutet nicht ein Dürfen in jeder Hinschit, oder jede Art der moralischen Möglichkeit. Das Recht bedeutet nur ein äusseres Dürfen oder eine äussere moralische Möglichkeit des Thuns und Lassens". Cfr. *Aphorismen...*, cit., §§. 10-12.
68. Cfr. *Ueber die geschichtliche Entwicklung...*, cit., pág, 123.
69. "Der Gebrauch der Freiheit eines vernünfiges Wesens darf dem Gebrauche der Freiheit jedes andern vernünftigen Wesens nicht widersprechen. Dies ist das letzte Gesetz der Gerechtigkeit, die Grundbedingung der Behauptung unsrer vernünftigen Natur in der Welt der Erscheinungen". Cfr. *Anti-Hobbes...*, cit., pág. 13.

acción que no se somete, según su máxima, al arbitrio libre de todos según una ley igual; por el contrario, es justa toda aquella acción que hace que el arbitrio, es decir, los efectos externos de la voluntad y las exteriorizaciones de las potencias de todo hombre, pueda subsistir junto con el arbitrio de otro cualquiera según una ley general, y, por tanto, válida. En consecuencia, se puede llamar Derecho a la limitación de los comportamientos de todos bajo la condición de que ésta pueda ser compatible con la libertad de cada cual según una ley general. Por tanto, lo que se puede pensar como una ley general del arbitrio es justo, y lo que se opone a esta ley o la destruye, es injusto" (70). Todos los kantianos, siguiendo la tradición iusnaturalista, partieron de los peligros que se derivan del uso de la libertad individual para determinar el concepto del Derecho; con una argumentación que con frecuencia recuerda a la de Hobbes, exponen la guerra de todos contra todos y la necesidad de limitar las libertades a fin de conseguir una libertad general. Sobre este extremo escribía Anton Thomas que "el hombre está determinado a vivir en el mundo externo con otros seres iguales a él. Todos poseen las mismas cualidades, con lo cual todos pueden y a todos les es lícito actuar sobre los objetos del mundo externo. Pero con una actuación sin límite, nuestras fuerzas físicas nos llevan necesariamente a una colisión entre nosotros mismos que se resolvería finalmente en la destrucción de todos o de los más débiles a través de los fuertes... en ambos casos, la determinación libre y, con ella, el hombre mismo, estaría perdido irremediablemente". Para no caer en esta situación -indica Thomas- la razón nos proporciona su regla fundamental: "Todos deben, mediante la limitación de su arbitrio, hacer posible la existencia del arbitrio de los demás" (71); se trata, pues, de encontrar una ley de la paz social, una *Frieden-*

70. "Was ist denn nun also recht? Da wir nicht die Rechtmässigkeit der Gesinnung noch der Gedanken, sondern bloß der Handlungen, in so fern sie sich im Verhältniße zu Andern denken laßen, wissen wollen; so ist jede That unrecht, welche nicht die Willkühr Aller als frei und einem gleichen Geseze unterworfen, ihrer Maxime nach, betrachtet; und recht ist jede Handlung, nach deren Maxime die Willkühr, d.h. die äußern Wirkungen des Willens und die Aeußerungen des Begehrungsvermögens aller Menschen, mit der Willkühr von jedermann, nach einem allgemeinen und also für alle gültigen Gesezze zusammen bestehen kann. Man kann daher das Recht auch die Einschränkung der Handlungen Aller auf die Bedingungen nennen, daß diese mit der Freiheit eines Jeden nach allgemeinen Gesezzen zusammen bestehen können. Was sich daher als ein allgemeines Gesez der Willkühr denken läßt, ist recht, und was dieses Gesez hindert oder ganz aufhebt, unrecht". Cfr. *Briefe...*, cit., pág. 13.

71. "Der Mensch ist nur bestimmt, mit anderen seines gleichen in der Sinnenwelt zu leben. Alle finden wir wie jenen, mit gleichen Eigenschaften versehen, somit alle können und dürfen wie jener uneigeschränkt auf die Objekte der Sinnewelt handeln. Allein hier springt die Unmöglichkeit eines unbeschränkten durch nichts bedingten Würkens von allen Menschen sogleich in Augen... Durch ein unbeschränkter Würken aber unserer physischen Kräfte muss nothwendig eine Collision unter denselben stehen, die nach dem Naturgesetz entweder, wenn gleiche Krafte zusammenabstossen, das Aufheben aller, oder die Zerstörung der schwächeren durch die stärkeren bewirken muss... In beiden Fälle würde das willkührliche Bestimmen und mit ihm der Mensch selbst... unretbarverloren sein". A fin de evitar esta situación, la razón proporciona la regla fundamental: "Jeder soll durch Einschränkung seiner Willkühr das Bestehen der Willkühr alle übrigen möglich machen". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., §§, 49-50

gesetz (72).

Las formulaciones que encontramos en la regla del Derecho son muy numerosas -ninguna es igual a otra- pero todas coinciden substancialmente. Así, por ejemplo, Mellin formulaba esta regla bajo la forma siguiente: "tu propia libertad debe acomodarse a las condiciones bajo las cuales ella puede existir con cualquier otra libertad según una ley general" (73). Tafinger se había limitado con indicar que el Derecho es "todo uso de mi libertad que puede coexistir con la libertad de todos los demás" (74). Según Krug, "la ley del Derecho está contenida originariamente en esta fórmula: tú debes hacer y omitir externamente todo aquello con lo cual el uso de la libertad externa de cualquier otra esencia racional puede subsistir o, mejor: tú tienes el derecho a hacer u omitir todo aquello de modo que toda esencia racional puede ser pensada exteriormente como fin en sí misma" (75). De acuerdo con estas premisas a Zachariä le resultaba fácil explicar que la ciencia jurídica es aquel saber que se ocupa de determinar "cuáles son las condiciones prácticas bajo las cuales la libertad externa de todos puede existir con la libertad de otros en las relaciones del tráfico (76).

Esta fue la definición del Derecho más seguida en Alemania durante treinta años; el mismo Fichte la siguió literalmente (77) y Mehmel, que en 1.815 ya había adoptado algunos puntos de partida teóricos opuestos a los kantianos, la explica y reproduce fielmente (78).

Hubo intentos para facilitar una definición del Derecho que superara el

---

72. Cfr. Thomas, *Lehrbuch...*, cit., § 52. Toda la argumentación anterior, con palabras casi idénticas, ya la habían propuesto anteriormente Leisler, en *Populäres Naturrecht..*, cit., págs. 5-6, y Gros en su *Lehrbuch..*, cit., §§ 25-29.
73. "Aller physische Zwang hebt die rechtliche Freiheit oder Unabhängigkeit von andern practischen Naturwesen auf. Es ist folglich die Pflicht practischer Naturwesen gegen sich selbst: *ihre eigene Freiheit auf die Bedingungen einzuschränken, unter denen sie mit jedes andern Freiheit, nach einem allgemeinen Gesetze, zusammen bestehen kann*". Cfr. *Grundlegung...*, cit., § 188. La intensidad es de Mellin.
74. "...jeder Gebrauch meiner Freyheit, der mit der Freyheit aller Andern bestehen kann". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 31.
75. "Wen das Recht die Bedingung ist, unter welcher das Freye Handeln vernüntigen Wesen neben einander und auf einander beysammen möglich ist; so muss das Rechtsgesetz ursprünglich in folgender Formel enthalten seyn: Du darfst äusserlich alle thun und lassen, wobey du äussere Freyheitsgebrauche jedes andern vernünftigen Wesens bestehen kann - oder, welches eben so viel heisst: Du hast das Recht, alles zu thun und zu lassen, wobey jedes Vernunftwesen als Selbstzweck äusserlich gedacht werden kann". Cfr. *Aphorismen..*, cit., § 21.
76. "Dedution der Rechtswissenschaft. Aus dem aufgestellten Principie des Recht geht nun die Aufgabe hervor: Welches sind die praktischen Bedingungen unter welchen die äussere Freyheit aller andern, mit welcher jene in dem Verhältnisse der Wechselwirkung steht, zusammen bestehen kann?." Cfr. *Anfangsgründe..*, cit. § 5.
77. Cfr. *Staatslehre..*, cit, pág. 28.
78. Cfr. *Reine Rechtslehre..*, cit., §§ 112, 132, 201, 211, 213, 253 y 255.

formalismo kantiano. En este sentido, aún en pleno apogeo de la Escuela, Karl Christian Friedrich Krause explicó que "el sistema de las condiciones externas de la racionalidad es el sistema de los derechos" (79), con lo que apuntaba, en plena disputa con los kantianos, hacia unos puntos de referencia para la definición del Derecho que desbordaban la mera limitación de las libertades individuales; pero sucedió que Krause no explicitó convincentemente el "sistema de las condiciones externas de la racionalidad". Jakob, unos años antes, había explicado que "una ley general de la voluntad es aquella en la que la voluntad de todas las esencias racionales podrían convenir" (80), con lo que parece tender hacia unos contenidos materiales del Derecho; pero Jakob, como seguidor de Kant que era, entendía que esa ley en la que podrían convenir todos los hombres no es otra que la consideración de todos ellos como fines absolutos en sí mismos (81).

Joseph Karl Schmidt, crítico por lo general del kantismo jurídico, resumía la concepción kantiana del Derecho -que él también hace suya- indicando que "el principio fundamental del Derecho no es otro que el principio teorético de la igualdad de acción y reacción aplicado a través de la razón sobre el concepto de fuerzas libres que operan mutuamente unas sobre otras" (82). Mucho más recientemente Kurt Lisser estimaba que Kant llevó inconscientemente al terreno de la Etica la ley de la igualdad de la acción y reacción, de modo que el Derecho fue definido como un estado de tal igualdad que se opera a través de los arbitrios que se encuentran (83).

c) Las garantías de la coacción en el uso de la libertad externa

Hasta ahora hemos estudiado el proceso al filo del cual el Derecho fue entendido como un orden de libertad que hace posible la libertad de cada hombre dentro de una ley general de libertad; es preciso reconocer, sin embargo, que esta formulación es excesivamente formal, vacía, que está necesitada de puntos de

---

79. "Das System der äussere Bedingungen der Vernünftigkeit ist das System der Rechte". Cfr. *Grundlage..*, cit., pág. 116.
80. "Ein allgemeines Gesetz des Willens ist ein solchen, in welches der Wille eines jeden, oder alle vernünftige Wesen einstimmen können". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit. § 82.
81. "In demselben ist also die durch Vernunft mögliche Einstimmung aller vernünftigen Wesen der letzte und höchste Bestimmungrund des Willens, d.h. der letzte und absolute Zweck oder als Selbstzweck betrachtet, weil es mit einstimmen also das Gesetz selbst mit geben muß. Daher kann das Gesetz auch so ausgedrückt werden: Recht ist das, wobey alle vernünftige Wesen als Selbstzweck gedacht werden können". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., § 82.
82. "Formel des Urgrunds des Recht. Der Grundsatz des Rechts ist also kein anderer als: das theoretische Grunsatz der Gleichheit der Aktion und Reaktion angewandt durch die Vernunft auf den Begriff wechselseitig auf einander handelnder freyer Kräfte". Cfr. *Versuch..*, cit., § 67.
83. Cfr. *Der Begriff..*, cit. pág. 23.

referencia que guíen la creación jurídica.

La Escuela kantiana, ante este problema, adoptó una dirección doble; en efecto, muchos de sus integrantes insistieron en la libertad individual como criterio orientador de la actividad jurídica y, en cambio, otros buscaron un imperativo categórico que se aplicara esta vez al uso de la libertad externa, buscando las condiciones que hacen lícito el uso de la coacción.

Dentro de la primera dirección podría quedar encuadrado Heydenreich, quien explicaba que "la razón moral, por su carácter de tribunal externo, fundamenta derechos pero sólo en la medida en que también crea obligaciones.... Así, si yo establezco esta regla: a ningún hombre le es lícito limitar la libertad externa de sus semejantes procediendo contra la voluntad de éstos, la regla jurídica sería: todo hombre cuya libertad externa es limitada, contra su voluntad, por otro hombre, puede oponerle poder (coacción) a causa de esta limitación" (84). De esta forma, Heydenreich a la hora de definir el Derecho destaca no tanto el uso libre del arbitrio de cada cual, como el deber que tiene cada hombre de respetar la libertad ajena. Krug, unos años más tarde, explicaba prácticamente lo mismo: "aunque la ley jurídica, originariamente, es puramente permisiva, contiene, sin embargo, dentro de sí un imperativo, que se puede reducir a la fórmula siguiente: tú debes limitar el uso de tu libertad externa de modo que el uso externo de la libertad de todos los demás pueda coexistir con el tuyo. No se trata, en consecuencia, de ningún precepto, sino de una prohibición, pues pertenece a la naturaleza de las cosas que cada permiso para uno encierra inmediatamente en sí una prohibición para los otros" (85). En Krug, del mismo modo que sucedía con Heydenreich, la libertad no sólo origina un derecho, sino también un deber, al menos el deber que existe de respetar la libertad ajena. Fichte opinaba sobre este extremo que el reconocimiento de la libertad debe ser mutuo, pues quien no se somete a los demás no posee él tampoco ningún derecho

---

84. "Die sittliche Vernunft, im Charakter des äussern Gerichts, begründet Rechte, aber nur, in wiefern sie auch Pflichten begründet. Die Gewalt, zu der sie berechtigt, setzt Pflicht voraus, zu der sie verbindet... Falle ich diesen Pflichsatz so: kein Mensch darf die äussere Freyheit seines Mitwesens wider dessen eignen Willen einschränken; so ist der Rechtssatz: Jeder Mensch, dessen äusere Freyheit von seinem Mitwesen wider seinen Willen eingeschränkt wird, darf dieser Einschrankung Gewalt entgegensetzen". Cfr. *Metapolitische...*, cit., pág. 34.

85. "Obgleichs das Rechtsgesetz ursprünglich blosser permisiv ist, so enthält es doch zugleich auch ein Imperativ in sich, welcher sich in folgende Formel einkleiden lässt: Du sollst deinen äussern Freiheitsgebrauch auf die Bedingung beschränken dass dabey der äussere Freyheitsgebrauch jedes andern Verfnunfwesen neben dir bestehen kann.
Es ist daher eigentlich kein Gebot, sondern ein Verbot (lex prohibitiva), und kann auch der Natur der Sache nach nichts anders seyn; denn jeder Permissiv für den Einen schliesst unmittelbar in sich einen Prohibitiv für den Andern". Cfr. *Aphorismen...*, ct., § 22.

(86). El Hoffbauer anciano, que publica en 1.816, entendía que también existen obligaciones en el Derecho, ya que el hombre que quiere una libertad externa del arbitrio tiene también que querer que cada cual, además de él, pueda exteriorizar su arbitrio, por lo que él se limita a unas condiciones comunes a todos (87). Nótese, sin embargo, que todos los esfuerzos de esos autores kantianos quedan limitados por sus propios puntos de partida, es decir, el único criterio que debe guiar la creación del Derecho es -a tenor de lo que ellos proponen- el respeto a la libertad ajena; fuera de la libertad formal no existe, como estamos viendo, ninguna prescripción jurídica.

Otros autores, en cambio, prefirieron destacar el hecho según el cual el hombre es una "persona", de modo que esta cualidad suya condiciona las regulaciones que pueden hacerse sobre su conducta; así se expresaba Amadeus Wendt cuando escribía que la fórmula "derecho subjetivo" puede ser expresada de la siguiente forma : "Te es lícito exigir a cualquier hombre que entre en contacto contigo, que él te trate como una esencia "racional-sensitiva", es decir, como a una persona" (88) F. von Zeiller, por su parte, expresaba la misma idea indicando que "todos los comportamientos externos libres que, entre los hombres, como personas, pueden ser pensados como haciendo posible un estado social, son jurídicos, y todos los que se le oponen son antijurídicos, violaciones del Derecho" (89). Con estas declaraciones, ni Wendt ni Zeiller se apartaban sustancialmente de Heydenreich, Krug y de los demás autores que he expuesto inmediatamente antes, pues "persona", en la Escuela jurídica kantiana, quería indicar aquel ser que es capaz de proponerse fines; se trataba, por tanto, con la referencia a la "personalidad", de insistir -con una terminología nueva- en la idea

---

86. "Wer drum nicht sich demselben unterwift, gehört nicht unter dieser aller: und hat drum kein Recht, und da in diesem Zustande aller sein Anspruch auf Freiheit ohne Ausnahme sich nur auf das Recht gründen kann, keinen Anspruch auf Freiheit...
Also: Das Recht jedes einzelnen ist dadurch bedingt, daß er die Rechte aller übrigen anerkennt: und außer dieser Bedingung hat niemand ein Recht.
Rechtszustand nur durch Unterwefung aller. Wer sich nicht unterwirft, gehört nicht unter alle und hat kein Recht." Cfr. *Rechtslehre..*, cit., pág. 13.

87. "Denn der Mensch, der eine äussere Freyheit der Willkühr wollen, und daher auch wollen muß, daß Jeder ausser ihm die Aeusserungen seiner Willkühr auf eine gewisse Bedingung einschränke, muß eben deshalb auch eine gewisse Handlungsweise wollen... weil er eine Handlungsweise, deren Allgemeinheit er wollen muß, zu beobachten für Pflicht halten muß". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht..*, cit., pág. 69.

88. "... und die Formel... (Recht im subjetiven Sinne) ausgedrückt wird: Du darfst von jeden Menschen, welcher mit dir in Wechselwirkung tritt, verlangen, daß er dich als vernünftigsinnliches Wesen (Person) behandle". Cfr. *Grundzüge..*, cit., § 9.

89. "Alle freyen äußeren Handlugen, bey denen unter Menschen, als Personen, ein Geselliger Zustand als möglich gedacht werden kann, sind rechtlich; alle entgegengesetzte sind widerrechtlich, oder Rechtsverletzungen". Cfr. *Das natürliche Privat-Recht.* Wien und Triest. 1811, § 4.

de que cada hombre debe ser considerado como un fin en sí mismo.

La segunda tendencia a la que me refería páginas atrás pretendía aplicar la estructura del imperativo categórico kantiano al uso de la libertad externa, de modo que todo sujeto, al proponerse una acción debía generalizar su máxima a fin de conocer si ésta podía devenir una ley. Hoffbauer, casi en el inicio de la Escuela kantiana, mantenía que la ley ética está vigente para nosotros porque necesariamente hemos de querer que exista concordancia en nuestro propio actuar; las leyes éticas, en tanto que leyes éticas -proseguía Hoffabuer- están igualmente vigentes para todos los hombres, ya que el fundamento de su vigencia reside en la razón misma, que es común a todos los hombres. Una máxima, que es subjetiva, puede devenir general si su seguimiento sin excepciones puede ser querido por cada sujeto sin que exista contradicción, y dado que la razón no ordena nada imposible, resulta por sí mismo que las leyes éticas, consideradas como máximas, deben ser generales (90). Es interesante esta cita de Hoffbauer porque en ella apunta la esperanza, que también han mantenido otros autores recientes, como es el caso de Kersting, de que la aplicación del imperativo categórico a cualquier máxima crearía un *corpus* de normas intersubjetivo, ya que la razón, por ser igual para todos, crearía normas que también son válidas para todos; diríamos entonces que la objetividad de la razón es la que garantiza la objetividad de las normas que ella produce.

Esta generalización de la máxima, en el caso del Derecho, a fin de conocer si, mediante tal generalización es contradictoria o no consigo misma, fue el recurso que Tiefrunk pretendió aplicar al Derecho a fin de encontrar una garantía de corrección en la creación jurídica. A este respecto, escribía este autor que el principio completo de la Moral aplicado también al Derecho, reza así: "Obra según una máxima que tú puedes querer que se convierta en ley general, a través de la cual tú puedas ser autolegislador en el orden moral y sensorial... Pues el Derecho no es sino la adecuación de la actuación a una máxima que puede ser pensada como ley general; o, con otras palabras: Derecho es la limitación del arbitrio a la condición de que su máxima pueda ser pensada como ley general, de modo que injusto es aquella determinación según una máxima que no puede

---

90. "Das Sittengesetz ist also deshalb gültig für uns, weil wir es nothwendig übereinstimmen mit uns selbst zu handeln... Sittengesetze sind für uns alle vernünftige Wesen allgemeingültig. Denn der Grund ihrer Gültigkeit liegt in der Vernunft selbst. Eine Maxime aber kann (subjektiv) allgemein seyn, wenn ihre durchgängige Befolgung von jedem Subjekte ohne Widerspruch gewollt werden kann. Da die Vernunft als Vernunft nicht unmöglich fordern kann; so erhellet von selbst, Sittengesetz, als Maximen betrachtet, müssen allgemein seyn können". Cfr. *Untersuchungen...*, cit., págs. 60-61.

ser pensada como ley general" (91).

Este camino, es decir, la aplicación del imperativo categórico a la máxima que regula el uso de la libertad externa, no alcanzó fortuna; de hecho, el único autor que lo siguió fue el ya citado, Johann Heinrich Tiefrunk. El motivo de este hecho radica en lo que ya expresé páginas atrás a propósito de la tesis de Kersting, a saber, que la estructura del imperativo categórico gira en torno al sujeto, en torno a cada individuo, de modo que es éste, considerado aisladamente, el que debe proponerse a sí mismo si su máxima es generalizable según un solipsismo estricto. El imperativo categórico es, por tanto, un recurso útil en la Etica kantiana, que se desarrolla a partir del individuo, pero se demuestra absolutamente insuficiente cuando pretende alcanzar el plano jurídico, pues en el Derecho la generalización que realice un sujeto con respecto al uso de su libertad externa, es irrelevante para determinar un orden general de la convivencia; el motivo reside en que, en el Derecho, se requiere la existencia de un cuerpo de normas suprapersonal, y las generalizaciones que haga cada sujeto de sus máximas permanecen siempre en el plano personal, por lo que no alcanzan a los demás; tales generalizaciones son exigencias morales que afectan al discurso interior del individuo, pero que no afectan en absoluto a los otros sujetos que conviven con él; de hecho, estos otros sujetos, poseen sus máximas personales que, susceptibles de generalización, formarán otro conjunto de normas que concurren entre sí, sin poder pretender ninguno que las suyas sean las únicas posibles. Quiero indicar con esto que la aplicación del imperativo categórico a una máxima no crea forzosamente una ley general que vincule a todos los hombres, pues cada sujeto, al generalizar la máxima, no hace sino aplicarse a sí mismo la exigencia de la coherencia, y lo que aparece como coherente para uno, puede no ser coherente para otro, que es uno de los reproches clásicos que se han dirigido contra la Etica de Kant; en el caso de la conducta que sigue el terrorista, éste ha podido perfectamente generalizar su máxima, y acepta las consecuencias que se derivan de tal generalización, pero la conducta del terrorista aparece como reprobable ante la gran mayoría, que sigue otras máximas distintas.

---

91. "Das vollständige Princip der Moral auch derselben als Rechtslehre, lautet demnach so: Handle nach einer Maxime, von der wollen kannst, daß sie allgemein Gesetz sey; wodurch du also selbstgesetzgebend in der sittlichen und sinnlichbedingten Ordnung der Welt seyn könnest... Recht ist die Angemessenheit der Hanlung zu einer Maxime, die als allgemeines Gesetz gedacht werden kann; oder mit andern Worten: Recht ist die Einschränkung der Willkühr auf die Bedingung, daß ihre Maxime als allgemein Gesetz gedacht werden könne - Unrecht ist die Willensbestimmung nach einer Maxime, die als allgemein Gesetz gar nicht gedacht werden kann". Cfr. *Ueber Recht..*, cit., págs. 38-39.

Capítulo IV

ANGEWANDTES NATURRECHT

La rúbrica de "Derecho natural aplicado" es bastante confusa (1), y sólo puede ser descrita por exclusión; en efecto, los kantianos tocaron los temas más generales, relevantes para la teoría del Derecho, en la "Metafísica de las costumbres", y tras de ésta, la noción del *ius* en el "Derecho natural puro". A tenor de esta forma de proceder, les quedaban una serie de problemas, tales como la deducción de la propiedad y del Estado, que aún no habían sido explicados y crearon el rótulo de *Angewandtes Naturrecht*, es decir, "Derecho natural aplicado", como solución para tratar cómodamente esos temas.

Tal como expliqué páginas atrás, el adjetivo "aplicado" referido al Derecho natural no pretende indicar que los kantianos abandonaran en este sector de sus obras la pretendida pureza racional que quieren seguir, y, en consecuencia, tuvieran en cuenta a la experiencia. Por el contrario, tendremos ocasión de comprobar, en las páginas que siguen, cómo la deducción o demostración de la propiedad y del Estado fue operada a través de un razonamiento que evita cualquier contacto con la experiencia; es decir, la Escuela sigue, también en esta parte de su explicación de la realidad jurídica y política el postulado de la pureza racional a priori en tanto que único camino, tal como lo entendieron ellos, que permite llegar a verdades no-contingentes, sino universales y "necesarias".

En este capítulo trataré, en primer lugar, de la propiedad, concretamente, de su fundamentación filosófica última, de su forma de adquisición, y del

1. Julius Kraft explicaba que la teoría jurídica kantiana sólo puede ser estudiada como *angewandtes Naturrecht*, pero el verdadero problema, según este autor, reside en la determinación de donde acaba el Derecho natural "puro" y donde comienza el "aplicado". Cfr. *Die Methode der Rechtstheorie in der Schule von Kant und Fries*. Berlin-Grünewald, 1924, pág. 13.

contenido de este derecho; dado que la escuela del Derecho natural, y con ella el kantismo jurídico, habían concebido a la propiedad de una forma fuertemente individualista, aludiré, según el testimonio de Fichte, a una manera de pensar, extendida por las universidades alemanas ya a finales del siglo XVIII, que preludia el marxismo, y que fue la reacción lógica ante el fuerte egoísmo individualista propio de estas construcciones iusnaturalistas.

A continuación trataré de las relaciones entre propiedad, Derecho y Estado. Pretendo mostrar, en este capítulo, cómo el determinante real de la creación del Estado fue, en el sistema de ideas kantiano, la protección de la propiedad ya adquirida, sin ninguna limitación, en el *status naturae*.

El tema siguiente es el de la exposición de las condiciones racionales -por expresarme según la terminología kantiana- que hacen posible el Estado; la primera de estas condiciones es que toda asociación, y el Estado es para los kantianos como en general para lo iusnaturalistas una "asociación", solamente puede ser creada mediante un acuerdo de voluntades; en consecuencia procederé a exponer el contractualismo en la creación del Estado, para pasar, a continuación, al tema de la finalidad del poder político que no es otro, en estos autores, que el mantenimiento de los derechos que ya poseía cada individuo en el "estado de naturaleza". Posteriormente me ocuparé del problema de la democracia como única forma posible, según la ley del Derecho, de gobierno; tendremos ocasión de contrastar, en este tema, que la Escuela distó mucho de tomar una postura única.

Y, finalmente, estudiaremos los problemas de si el gobernante está sometido a las leyes del Estado y si existe un derecho de resistencia frente al poder opresor; las respuestas de Kant y su Escuela a estas cuestiones resultarán chocantes, sin duda, para el lector que quiera acomodar el pensamiento kantiano a los tiempos de hoy.

Veamos ahora el tratamiento que dio la Escuela kantiana al derecho real de propiedad.

1.- LA PROPIEDAD.

Tal como indicaba en la breve introducción a este capítulo, trataré en primer lugar la fundamentación filosófica última que la Escuela propuso para legitimar y hacer posible la existencia de las propiedades privadas; a continuación examinaremos la forma que los kantianos entendieron era única para adquirir la propiedad, y me refiero a la *occupatio*, ya que a lo largo del siglo XVIII fue imponiéndose la opinión según la cual la única posibilidad adecuada al individualismo propio del Derecho natural para adquirir propiedades era la ocupación individual; tras el examen de cómo entendió la Escuela el contenido

del derecho real de propiedad -que, lo adelanto desde ahora, fue visto únicamente como una capacidad de excluir a los demás de la cosa que me es propia- pasaré a estudiar las primeras reacciones, ya existentes en el siglo XVIII, que pueden ser calificadas de "socialistas", y que supusieron la contrapartida lógica al absoluto individualismo ético-jurídico que había ido gestando la Escuela del Derecho natural a lo largo de dos siglos. Pasemos ahora a estudiar la fundamentación última que legitima la existencia de propiedades.

a) La fundamentación filosófica del derecho real de propiedad.

J. A. Berk explicaba que "hasta ahora se ha creido que en toda posesión debe de existir algo físico o práctico *(Praktisches)* y se exigía, por ello, algo más que el sujeto tuviera algo en su posesión, algo así como trabajo, un contrato, un intercambio, una compra, etc.. para poder hablar de una verdadera posesión. Por el contrario, un mío jurídico es aquel en el cual alguien molestaría y dañaría mi arbitrio si él quisiera servirse de esa cosa sin mi consentimiento, aún cuando yo no la tuviera físicamente en mi poder... En efecto, para pensar algo como puro objeto de mi arbitrio es suficiente con que yo sea consciente de que yo la tengo en mi poder. ¿Qué otra cosa, si no, se podría entender bajo las palabras : "tenerlo en mi poder"?... Si yo pensara una máxima que, si fuera convertida en ley, todo objeto del arbitrio en sí, objetivamente quedara sin dueño, entonces tal máxima sería antijurídica... pues nada puede ser pensado como no teniendo propietario, porque esto se opone al Derecho" (2).

Con esta argumentación Berk se opone a los juristas que, formados en el Derecho romano, exigían un *modus acquirendi* para que pudiera hablarse de propiedad. A raíz de la publicación de la *Rechtslehre* de Immanuel Kant, en 1.796, Berk, que publicó sus *Briefe...* al año siguiente, sigue los pasos de Kant y rechaza definitivamente -dentro de la Escuela kantiana- la necesidad de un *modus acquirendi* que no consista en la simple representación intelectual de que

---

2. "Bisher glaubte man, daß zu jedem Besizze etwas Physisches und etwas Praktisches gehöre, und man forderte daher, der Andere solle nicht allein etwas im Besizze haben wollen, sondern er solle es auch durch Bearbeitung, Fomirung, Vertrag, Tausch, u.s.w. in wirklichen Besiz genommen haben...
Ein Rechtlichmeines aber ist dasjenige, wodurch mich jemand im Gebrauche meiner Willkühr stört und lädirt, wenn er sich daßelben ohne meine Einwillung bedienen will, auch wenn ich daßelbe nicht inne hätte... Um aber Etwas als bloßen Gegenstand meiner Willkühr zu denken, ist hinreichend, mir bewußt zu seyn, daß ich ihn in meiner Macht habe. Was ist denn aber unter den Worten: in meiner Macht haben, zu verstehen?...Dächte ich mir nun eine Maxime, nach welcher, wenn sie Gesez würde, jeder Gegenstand der Willkühr an sich (objektiv) Herrenlos werden müßte, so wäre sie rechtswidrig... Nichts aber darf herrenlos gedacht werden, weil es dem äußern Rechte widerspricht". Cfr. *Briefe..*, cit., págs. 59-61.

tengo algo en mi poder. Ciertamente, no es ésta la parte más diáfana del pensamiento kantiano; Kant había dejado establecido en su *Rechtslehre* que aquel que quiere afirmar que tiene una cosa como suya debe hallarse en posesión de ella, pues si no fuera así no podría recibir perjuicio por el uso que otros hicieran de ella sin su consentimiento; con esto, Kant erigió a la posesión en la categoría suprema para explicar la propiedad, pero nótese que se trata de una posesión inmotivada, fáctica, que le viene impuesta a los demás no posesores porque ya nos hemos posesionado de la cosa; la forma jurídica a través de la cual ha tenido lugar esta toma de posesión es la *occupatio*; y todo el tema de la explicación de la propiedad se resuelve, en Kant, en el hecho de que existe un primer poseedor porque ha sido él el primero que ha tomado posesión de la cosa, mediante una ocupación individual. De esta ocupación se deriva una posesión, por la que el sujeto vincula la cosa a su arbitrio de tal modo que todo el que haga uso de tal cosa sin su consentimiento lesiona necesariamente el arbitrio del poseedor. Con esta explicación el círculo se cierra, y desde la *occupatio* original resulta la lesión antijurídica del arbitrio del poseedor, es decir, la vulneración del Derecho. Por tanto, de una forma casi imperceptible, resulta que la ocupación originaria, fáctica, acaba fundando un *titulum iuris* en virtud del cual nadie puede atacar la posición privilegiada del primero que ha ocupado una cosa.

Esta argumentación kantiana, completamente separada del acontecer real, es así porque proviene de la razón pura a priori, que no tiene en cuenta las circunstancias, perceptibles, empíricamente, de los hombres. Sobre este extremo, Heydenreich había dejado escrito, dos años antes que apareciera la *Rechtslehre* de Kant, que "después de estas advertencias, se sigue con toda facilidad que el derecho de propiedad no se puede deducir: 1.º) del poder físico del hombre; 2.º de las necesidades del hombre; 3.º) de la imposibilidad de extraer utilidad de ciertas cosas sin que exista un uso exclusivo, etc..." (3). Las circunstancias reales, por tanto, percibidas en la observación de las exigencias de la naturaleza del hombre y de las cosas que le rodean, no son tomadas en consideración en el momento de determinar la fundamentación de la propiedad. La única circunstancia que tiene en cuenta Heydenreich es la disponibilidad de la cosa, que es, según sus palabras, el único título exigible para la adquisición, pues la forma a través de la cual se produce la adquisición es un acto de la voluntad del sujeto, por el que él se decide a subordinar una cosa como medio al servicio exclusivamente

3. "Nach diesem Bemerkungen lässt sich schon vorläufig folgen, dass das Eigenthumsrecht sich nicht ableiten lassen werde: 1) aus der Stärke des Menschen; 2) aus dem Bedürfnisse des Menschen; 3) aus der Unmöglichkeit, von gewissen Dingen, ohne ausschliesslichen Gebrauch, den erforderlichen Nutzen zu siehen u.s.w.". Cfr. *System...*, cit., pág. 213.
4. "Die Freyheit der Sache ist nach dem Naturrechte der einzige erforderliche Rechtstitel der Erwerbung, und die Erwerbungsart ist bloss die Handlung des Willens, mit welcher er sich entschliesst, eine Sache ausschliesslich als Mitel für seine Zwecke unterzuordnen". Cfr. *System...*, cit., pág 218.

de sus fines (4).

La razón nos indica que la propiedad debe existir, mantuvo Kant, y Reiner reproduce fielmente la argumentación kantiana: "Una máxima que ordenara, si fuera convertida en ley, que un objeto del arbitrio en sí debe quedar sin dueño, es contradictoria" (5). Resultó evidente, para Kant y su Escuela, que las cosas, definidas en un primer momento como "objetos del arbitrio del hombre", deben estar necesariamente bajo el arbitrio de algún hombre, pues en el caso de pensar a los "objetos arbitrarios" como no sometidos a ningún arbitrio, se incurre en una contradicción. Esta es la fundamentación primera que Kant otorgó a la propiedad, pero es preciso profundizar más este tema y examinar con más detenimiento este arbitrio *(Willkühr)* o libertad *(Freiheit)* en el que fundamentaron el derecho de propiedad.

A este respecto, Heydenreich había dejado establecido que "el derecho a la propiedad resulta del derecho fundamental a la libertad y a la disposición sobre las cosas sin dueño del mundo real" (6). Pero una fundamentación como ésta resulta, dentro del pensamiento kantiano, aún muy deficiente; en efecto, sabemos que lo esencial del hombre es la libertad, que es la barrera separadora entre él o la razón, y el mundo sometido a la necesidad causal; un desarrollo coherente de los puntos de partida kantianos requería que también la propiedad -como cualquier otro derecho- fuera fundamentado en la libertad. Por esto, una referencia imprecisa al "derecho a disponer de las cosas sin dueño", como hizo Heydenreich, sólo es explicable por ser éste un autor muy de primera hora; el desarrollo de la Escuela, llevada por la dinámica que le imponían sus postulados básicos, estaba orientado a superar este tipo de declaraciones y a fundamentar la propiedad exclusivamente en la libertad del individuo.

La primera expresión precisa del fundamento del derecho de propiedad la encontramos en Schmid: "Si yo tengo un derecho a ser persona y, en tanto que persona, a obrar libremente... entonces me debe corresponder un derecho sin el que la práctica de mi libertad personal sería imposible... debo tener un derecho a las cosas, esto es, yo debo hacer a las cosas que no son libres y no poseen razón objetos de mi actividad libre, de modo que pueda utilizarlas como medios para alcanzar mis fines" (7). Más extensamente, aunque quizá no con tanta precisión, se expresaba Tiefrunk un año más tarde: "Dado que esta ley es negativa y sólo

---

5. "Eine Maxime nämlich, nach welcher, wenn sie Gesetz würde, ein Gegenstand der Willkühr an sich herrenlos werden müsste, ist widersprechend". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre...*, cit. § 45.
6. "Aus dem Urrechte auf jede Freyheit und auf die freyen Sachen der wirklichen Welt, ergiebt sich das Recht auf Eigenthum". Cfr. *System...*, cit. pág. 205.
7. "Habe ich das Recht, Person zu seyn, und als Person frey zu handeln... so muss mir auch ein Recht zukommen, ohne welches die Ausübung meiner persönliche Freyheit schlechterdings unmöglich wäre... so muss mir auch ein Recht auf Sachen zukommen, d. h. ich muss unfreye und vernunflose Wesen zu Objekten meiner freyen Thätigkeit machen, als Mittel für meine Zwecke gebrauchen können". Cfr. *Grundriss...*, cit., § 138.

ordena que las esencias libres no sean tratadas como si no lo fueran, se sigue de esto que todo ser que no es libre, es decir, que esté simplemente sometido a la necesidad natural, existe a causa se la autonomía del hombre... El hombre tiene, pues un derecho a actuar sobre las cosas... El concepto de propiedad resulta de la unión de la libertad incondicionada con la autonomía incondicionada en un sujeto. Pues aunque la autonomía hace referencia solamente al ser absoluto, la libertad, en cambio, vincula a la existencia una capacidad de causalidad, y la substancia es la causa operante. Aquí surge la cuestión acerca de qué puede ser objeto de su causalidad. Dado que las otras esencias, en la medida en que son sustancias incondicionadas y causas libres no pueden ser objeto de nuestra actividad... quedan, pues, en tanto que objeto de nuestra actividad, las que son simplemente cosas... Si consideramos que la libertad es el *Principium* del ser de la humanidad -concluye Tiefrunk- entonces el derecho a la libertad es originario y, puesto que el derecho a la propiedad está unido esencialmente con el de libertad jurídica a través de su concepto, este derecho (a la propiedad) es un derecho fundamental del hombre *(Menschenrecht)* originario, general y necesario" (8).

Estas declaraciones de Schmid y Tiefrunk agotaron lo que se podía escribir, a propósito de la fundamentación de la propiedad, desde una perpectiva kantiana. Quizá por este hecho, las referencias más tardías que encontramos se limitan a reiterar el origen de la propiedad en la libertad, o a hacer algunas matizaciones. En esta línea, Klein explicaba que "el título jurídico de la adquisición originaria de la propiedad es la libertad natural" (9), y Thomas escribía que "él (el hombre) debe, junto con su cuerpo, tener objetos, a través de

---

8. "Da aber jene Gesetz nur negativ ist und weiter nicht gebietet, als daß man freie Wesen nicht als unfreie behandelt, so folgt daß alle unfreie oder bloße sinnlichbedingte Naturwesen Objekte für die Selbsthätigkeit des Menschen sind... Der Mensch hat also ein Recht auf Sachen zu wirken. Da aber durch die Wirkung des Menschen auf Sachen, die Sache selbst dem Menschen in eine Verbindung gebracht wird, die vorher nicht war, die hervorgebrachte Verbindung aber gesetzlich (ohne Verletzung der rechtlichen Freiheit Anderer) zu Stande kann...
Der Begriff des Eigenthums entspringt durch Verbindung der unbendingten Freiheit mit der unbedingte Selbstständigkeit in einem Subjekte. Denn die Selbstständigkeit betrifft bloß das absolute Daseyn; durch die Freiheit wird aber mit der Existenz ein Vermögen der Kausalität verknüpft und die Substanz ist wirkende Ursache. Hier entsteht nun die Frage, was Objekt ihrer Kausalität sey. Da andere Wesen, in so fern sie unbedingte Substanzen und freie Ursachen sind, nicht bloße objekte der Wirksamkeit sind, so bleiben nur bloße Sachen, als bloße Objekte der Wirksamkeit übrig...
Da die Freiheit das Principiun des Daseyn der Menschheit ist, so ist das Recht der Freiheit ursprünglich und da das Recht auf Eigenthum mit der rechtlichen Freiheit durch den bloßen Begriff derselben überhaupt ein ursprüngliches, allgemeines und nothwendiges Menschenrecht". Cfr. *Ueber Recht..*, cit., pág. 202.
9. "Der Rechtstitel der ursprüglichen Erwerbung des Eigenthums, ist die naturliche Freiheit". Cfr. *Grundsätze..*, cit., § 244.

los cuales él, mediante su cuerpo, pueda actuar, por lo que tiene el derecho del poder actuar sobre ellos, del que surge el segundo derecho fundamental de hombre" (10). Precisando esta idea de Thomas, Zachariä añadía que "este derecho solamente puede surgir cuando un objeto, bien sea por leyes físicas, bien por leyes prácticas, es una condición de mi causalidad en la Naturaleza" (11).

Una fundamentación sustancialmente idéntica, aunque con terminología y tono idealista, es la que proporcionó Jacob Fries. "Nosotros tenemos que limitar, en nuestras relaciones mutuas, nuestros respectivos ámbitos de actuación, y determinar una parte como lo suyo de cada uno, que le corresponde a él exclusivamente. Por consiguiente, cada cual debe recibir una esfera de cosas externas para su uso exclusivo. Si esta exclusión es realizada mediante la razón y no mediante la fuerza, esto implica que a todo hombre le debe ser adjudicado a un ámbito dentro del cual algo exterior (sus cosas) esté al servicio de su arbitrio y actividades libres; en consecuencia, él puede excluir de esta esfera a cualquier otro, mediante su pura voluntad y aquí se determina el concepto del mío jurídico o de la propiedad en sentido amplio" (12).

Mehmel, en 1.815, cuando ya la Escuela había sufrido fuertes ataques, sigue manteniendo, en líneas generales, esta fundamentación del derecho de propiedad. "Si el hombre existe verdaderamente como una esencia libre -escribe este autor- entonces debe serle asegurado no sólo el libre ejercicio de sus derechos, sino que él debe al mismo tiempo poseer aquellos medios que le permitan vivir libre del arbitrio de otro, es decir, autónomamente. El conjunto de estos medios compone la propiedad del hombre, pues los hombres no pueden

---

10. "Er muss somit noch Objekte haben, worauf er vermittelt seiner Körpers handeln kann, und nothwendig das Recht, auf dieselbe Würken zu dürfen, wodurch das zweite Urrecht des Menschen entsteht". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 79.
11. "Diese Verbindlichkeit aber kann nur daraus entstehen, dass der Gegenstand entweder nach physischen oder nach praktischen Gesetze eine Bedingung meiner Causalität in der Natur ist". Cfr. *Anfangsgründe..*, cit., § 50.
12. "Wir müssen also in der Wechselwirkung unsre Wirkungskreise gegenseitig gegeneinander Beschränken, und jedem einen Theil als den seinen bestimmen, der ihm ausschließlich zukommt...
    Es soll also ein jeder eine Sphäre seines ausschließlichen Gebrauchen von äusseren Sachen erhalten. Soll diese Ausschließung aber durch Vernunft und nicht durch bloße Gewalt bestehen, so liegt in ihr, daß einem jeden eine Sphäre bestimmt wird, innerhalb welcher alle freyen Thätigkeiten zum Gebrauche von etwas von seiner Willkühr abhängen; er wird also durch seinen bloßen Willen jeden andern aus dieser Sphäre ausschließen könne. Hierdurch wird der Begriff des *rechtlich Meinen* oder des *Eigenthums* in weiterer Bedeutung bestimmt". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., págs. 49-50. La intensidad es de Fries.
13. "Soll der Mensch warhaft als Vernunftwesen existiren; so muß ihm nicht nur die freie Ausübung seiner Rechte gesichert seyn, sondern er muß zugleich die Mittel besitzen, unabhängig von der Willkühr andrer, das ist, selbständig zu leben. Der Inbegriff dieser Mittel macht das zeitliche Eigenthum des Menschen aus; der Mensch kann nicht als Mensch existiren ohne erworbene, oder zeitliches Eigenthum!". Cfr. *Die reine Rechtslehre..*, cit., §§ 312-313.

existir como tales sin una propiedad adquirida, en el mundo exterior" (13).

Kant, y con él su Escuela, en la fundamentación del derecho de propiedad siguió la línea iusnaturalista que se había impuesto, a partir de Locke, desde un siglo antes. "Desde Locke, -explicaba Karl Pribram- se dedujo el derecho a la propiedad de bienes materiales a partir del derecho de los individuos a la libertad personal... Desde la idea de una libertad innata resultó para ellos la exigencia de que el individuo poseyera la mayor capacidad de disposición libre sobre sus bienes" (14). Esta inteligencia de la realidad, continúa apuntando Pribram, trajo graves consecuencias, pues de esta manera, en nombre del imperio de la razón, los intereses individuales constituyeron el punto de partida para la configuración de la vida económica (15). Algo parecido nos indica también Klippel, quien entiende que es típico del Estado liberal concebir a la propiedad como una emanación de la libertad individual, de modo que las categorías antropológicas encontraron una inmediata aplicación a la vida económica; por este camino, la propiedad pronto fue considerada como un "Derecho del Hombre", de modo que el binomio conceptual libertad y propiedad apareció en el horizonte intelectual como el fundamento del nuevo Estado liberal (16).

b) La ocupación como única forma originaria de adquirir la propiedad.

Toda la primera mitad del siglo XVIII fue escenario de un surgimiento prodigioso, por lo numeroso, de obras, normalmente *Dissertationes*, que trataban acerca de la forma originaria de la adquisición del dominio. Durante el siglo anterior, el iusnaturalismo había entendido que la propiedad surge originariamente de un acuerdo entre los hombres, que pactan acerca de lo que será "tuyo" y "mío"; pero desde comienzos del siglo XVIII fue imponiéndose paulatinamente la idea según la cual la propiedad, originariamente, sólo pudo comenzar mediante una *occupatio* de los bienes que ofrecía la Naturaleza. En los tiempos más próximos al surgimiento de la doctrina jurídica kantiana, esta tesis fue defendida, entre otros, por G. W. Ring, en su *De originaria dominii adquisitione per occupationem*. Trajectum cis Via, 1.740, P. Iac. Marperger, *De adquisitione dominii originaria in statu naturae*. Lipsiae, 1.741, y por Chr. Fr. Gruner, *De modis adquirendi ius in re, et praesertim dominium secundum ius naturae*, Jena,

14. Cfr. *Die Entstehung der individualistischen Socialphilosophie*. Leipzig, 1912, pág. 82.
15. Cfr. *Die Entstehung..*, cit., pág 83.
16. Cfr. *Politische Freiheit..*, cit., págs. 144-146.
17. Anteriormente este tema había sido discutido entre J.H. Berger, *De exordio propietatis, sive de origine dominii*. Viterbae, 1709, Chr. A. Heunmann, *De dominii origine*. Jena, 1719, y A. Leyser, *De iure privatorum circa occupationem*. Helmstadt, 1727.
18. Vid. C.B. Acoluthi, *Dissertatio de origine et fundamento dominii ex iure naturae*. Viterbae, 1756. Chr. Fr. Schott, *De origine dominiorum sive proprietatis*. Tubingae, 1760.

1.747 (17); posteriormente, en la discusión entre Schott y Acoluthi (18), resultó triunfante la tesis a tenor de la cual el único modo racionalmente admisible para fundamentar la propiedad originaria, es decir, primera, era la ocupación. Una vez que los iusnaturalistas consagrados del momento, como era el caso de Nicolás Jerónimo Gundling y Gottfried Achenwall proclamaron que la *occupatio* era el único modo, adecuado al Derecho natural, para adquirir originariamente la propiedad (19), resultó evidente a toda la época esta tesis.

El primer testimonio kantiano que encontramos sobre este tema no es, sin embargo, favorable a la consideración de la ocupación como única forma de adquirir originariamente el dominio. "Varios tratadistas del Derecho natural -escribía Schaumann en 1.792- han confundido la pregunta "¿Cómo puede ser adquirida la propiedad?" con el tema de "¿Cómo acaece la ocupación de cosas singulares?" (20). Es comprensible este reproche de Schaumann a lo que era la tendencia dominante en su momento, porque a ningún universitario formado en una Facultad de Derecho se le escapaba que la *occupatio* era sólo una forma de adquirir la propiedad que concurría con otros modos de adquisición del dominio; aunque los iusnaturalistas se apartaran deliberadamente de la jurisprudencia acumulada en los siglos anteriores, en nombre de la mayor libertad de espíritu que proporciona la ocupación filosófica con el Derecho natural, no vinculado a ningún Derecho positivo, a ningún jurista se le escapa que la *occupatio* era sólo un modo menor de adquisición, de escasa trascendencia en la vida real. Por estos motivos, pareció a muchos abusivo que el *Naturrecht* existente erigiera a la ocupación en el único modo, atendido el Derecho natural, de adquirir propiedades; tal fue el caso de Schaumann, pero su resistencia, aunque continuada por otros compañeros de Escuela a los que aludiré más tarde, tuvo momentáneamente poca trascendencia, pues los autores kantianos más representativos, siguiendo a los iusnaturalistas y a Kant, erigieron a la *occupatio* en la única forma admisible de adquisición de la propiedad según la razón pura.

De esta mentalidad participaba Hoffbauer, quien escribía que "con anterioridad a cualquier ocupación no existía ninguna propiedad y, consecuentemente, nadie tenía derecho exclusivo a una cosa... Se puede decir por esto, que a través de la ocupación fue introducida primeramente la propiedad" (21). Klein, sin aportar ninguna idea nueva, explicaba que "toda propiedad presupone una

---

19. Cfr. Gundling, *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii zwey Bücher De Officio hominis et civis*. Hamburg, 1744, § 5, y Achenwall, *Prolegomena iuris naturalis*. Gottingae, 1763, §§ 120 y ss.
20. "Mehrere Naturrechtslehrer haben die Frage "wie Eigenthum erworben werde? " mit der Frage verwechselt: "wie die Occupation der einzelnen Sachen geschehen müsse?. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht..*, cit. § 397.
21. "Vor aller Occupation war mithin gar kein Eigentum vorhanden, und niemand hatte ein ausschliessendes Recht auf irgend eine Sache... Man kann daher sagen, daß durch die Occupation das Eigenthum zuerst eingeführt wurde". Cfr. *Naturrecht..*, cit., § 222.

adquisición originaria *(occupatio rei nullius)*, y no se hace ninguna distinción sobre si la cosa no había tenido antes otro propietario, o sobre si el propietario anterior había perdido su derecho... El Derecho sobre la propiedad inmobiliaria no pudo tener lugar hasta que la ocupación se hubo consumado" (22). Schmalz proponía, sobre este tema, que "la aprehensión *(adprehensio)* es aquella acción a través de la cual comenzamos nosotros la posesión, es decir, aquel acto por el que con la voluntad de usar exclusivamente de una cosa, nos podemos poner en la situación de dueños. La toma de posesión de una cosa sin dueño, con la intención de tenerla como propia se llama ocupación, y esto es lo que da fuerza a nuestro Derecho civil para adquirir realmente la propiedad" (23).

Para completar estas ideas, Reiner, limitándose a exponer a Kant, explicaba que la adquisición jurídica originaria, la ocupación, se descompone en, primer lugar, una toma de posesión, *apprehensio*, de una cosa que no pertenece a nadie; en segundo lugar se precisa una declaración, *declaratio*, en la misma acción, en la que se prohiba a cualquier otro que use la cosa; en tercer lugar debe de existir una apropiación (*appropiatio*) en la que se muestre la voluntad de poseer al objeto de una forma exclusiva y se exige a los demás que se abstengan de él, porque el adquirente está facultado por una legislación general (24).

Todo lo referente a la adquisición de la propiedad depende, como estamos estudiando, de la voluntad del sujeto que quiere adquirir. En este sentido, escribía Thomas que "el fundamento de por qué los otros están obligados a respetar al propietario de una cosa determinada reside únicamente en la voluntad, adecuada al derecho, expresada y recognoscible. Por ello, tan pronto como cesa

22. "Jedes Eigenthum setzt irgend eine ursprüngliche Erwerbung (occupatio rei nullius) voraus; es macht aber dabey keinen Unterschied, ob die Sache vorher noch gar keinen Eigenthümer gehabt, oder der vorige Eigenthümer sein Recht verloren habe... so kann eine solche verlassene Sache durch die ursprüngliche Besitznehmung erworben werden. Das Recht auf Grund und Boden... auch ist das Eigenthum nicht eher erworben, bis die Besitzergreifung vollendet ist". Cfr. *Grunsätze..*, cit., §§ 248-252.
23. "Besitzergreifung (apprehensio) ist jede Handlung, wodurch wir den Besitz anfangen, jede Handlung also, wodurch wir mit dem Willen eine Sache ausschließend zu gebrauchen, uns in die Lage setzen dieß zu können. Die Besitzergreifung einer herrenlose Sache, in der Absicht, das Eigenthum daran zu haben, heißet Ocupation, und dieser legt unsern bürgerliches Recht die Kraft bey, wirklich das Eigenthum uns zu erwerben". Cfr. *Erklärung..*, cit., pág. 51.
24. "Das ursprüngliche rechtliche Erwerben -die Bemächtigung, Ocupation, besteht demnach 1) in der Besitznehmung, apprehensio, eines Niemanden angehörigen Gegenstandes im Raume; oder in der Zeit; wodurch man denselben in seine Gewalt bringt. 2) In der Bezeichnung, declaratio, in der Handlung, wodurch man jedem Andern anzeigt, dass man den Gegenstand gebraucht. 3) In der Zueignung, appropiatio, indem man nun den Gegenstand ausschliessend für Sein hält, und verlangt, jeder Andere soll sich dessen enthalten, weil man dazu, noch einer allgemeinen Gesetzgebung befugt ist". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., § 63.

la voluntad de un sujeto respecto de una cosa, el fundamento jurídico desaparece" (25). La *occupatio* es, pues, un acto de una voluntad individual en la que se declara, simplemente, que se quiere tener una cosa como propia; este acto realizado por un sujeto produce efectos jurídicos ante todos porque, explicaba Zachariä, es evidente que esta obligación se fundamenta inmediatamente en los derechos innatos del hombre (26).

Sin embargo, no todos los integrantes de la Escuela kantiana estuvieron de acuerdo con que la *occupatio* fuera el único título adecuado a las exigencias del Derecho natural para adquirir la propiedad. Por el contrario, existió un fuerte grupo de disidentes que rechazó la ocupación y reclamó como único modo suficiente para la adquisición del dominio el acuerdo entre los ciudadanos o el otorgamiento de las propiedades por parte del Estado.

En este sentido, Mellin mantenía que el fundamento último de toda propiedad positiva es, según la idea de la razón, el acuerdo de la voluntad de todos en una partición arbitraria pero unánime. Esta exigencia, explicaba este autor, es un concepto racional práctico, que resulta de la idea (27). En efecto, prosigue Mellin, en la idea del acuerdo de la voluntad para el uso jurídico de las cosas naturales por parte de varios hombres están implicadas cuatro ideas racionales, a saber: 1) un derecho originario; 2) un contrato originario; 3) una partición originaria, y 4) una propiedad positiva originaria. En consecuencia, la propiedad no surge por sí sola en el mundo sensible, sino que más bien deben ser considerados todos los hombres que han vivido, que viven y que vivirán en el

---

25. "Der Grund, warum Andere gebunden werden, jemanden als Eigenthümer eines bestimmten Objekts zu achten, liegt lediglich in dem rechtgemäss Andern erkennbar gegenbenen Willen. Sobald daher der Willen eines Subjekts in Hinsicht eines Gegenstandes aufhört, so ist der Rechtsgrund... entfernt". Cfr. *Lehrbuch...*, cit. § 108. Si tenemos en cuenta el individualismo radical expresado en la *occupatio* como único modo de adquisición de la propiedad, aparece especialmente chocante lo que escribe González Vincén a propósito de este tema, a saber, que "Para Kant, el Derecho existe con anterioridad al Estado e independientemente de él; su contenido normativo está determinado no por una declaración autoritaria de voluntad, sino por hechos *de naturaleza social*, por la ocupación". Cfr. *De Kant a Marx...*, cit., pág. 73.
26. "Dass der physischer Besitzer eines Gegenstandes Andere rechtlich verpflichte, sich einer jeden Störung dieses Besitzes zu enthalten, versteht sich von selbst, indem diese Verbindlichkeit durch die angebornen Rechte des Menschen unmittelbar begründet wird". Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., § 51.
27. "Der Urgrund jedes positiven Eigenthums ist also nach die Vernunftidee der Zusammenstimmung des Willens Aller zu einer willkührlichen aber einstimmigen Theilung.. Dieser Urgrund ist ein praktischer Vernunftbegriff, und entspringt aus der Idee". Cfr. *Grundlegung...*, cit., 153.

futuro como tomando parte en un contrato racional en el que las propiedades son divididas (28). Para clarificar su pensamiento, Mellin nos propone un ejemplo: que los ciudadanos de una nación ocupen una isla desierta bajo la protección del Estado al que ellos pertenecen. "No es el hecho de la primera toma de posesión la que puede fundamentar su derecho, sino más bien es el acuerdo de todos los restantes Estados el que debe fundamentar esta primera toma de posesión; el derecho del primer poseedor no es, pues, originario, sino que se fundamenta en el contrato tácito que tiene como objeto una partición" (29).

Tras una breve declaración de Lazarus Bendavid, en la que este autor explica que la propiedad ha surgido de un pacto que es anterior al contrato por el que se crea la sociedad (30), tenemos, en 1.804, la doctrina que sobre este tema dejó Christian Weiss. Mantenía este último autor que es imposible fundamentar jurídicamente la propiedad mediante un hecho puramente sensible, como es el caso de *la apprehensio* o de la *occupatio* de la propiedad en el tiempo; concretamente, la declaración unilateral de la voluntad de tener una cosa como propia *(occupatio rei cum animo eam sibi habendi)* es insuficiente porque tal voluntad está igualmente justificada en todos los hombres y ninguno tiene un derecho preferente sobre los demás. En consecuencia, sólo a través de un acuerdo en el que todos participen puede un hombre limitar una posesión para el uso exclusivo de sus fines, y sólo de esta forma es como la propiedad puede ser introducida o fundamentada. Si este acuerdo no tiene lugar, las cosas del mundo deben ser consideradas como *res nullius*, pues aquella porción del miembro de la sociedad que representa su participación en un bien común que es la

---

28. "In der Idee der Zusammenstimmung des Willens zum rechtlichen Gebrauch der Naturdinge durch mehrere practische Naturwesen liegen also vier Vernunftideen, die:
    1) eines ursprünglichen Recht.
    2) eines ursprünglichen Vertrags
    3) einer ursprünglichen Theilung
    4) eines ursprünglichen positiven Eigenthums.

    Folglich ist in der Zeit allein keine Entstehung des Eigenthums möglich. Vielmehr müssen alle Menschen, die je lebten, noch leben, und künftig leben werden als Paciscenten eines Vernunftvertrags gedacht werden, durch welchen sie eine allgemeine Theilung vornahmen". Cfr. *Grundlegung..*, cit. §§ 173 y 175.
29. "Hiernach handeln auch diejenigen, welche, unter dem Shutz des Staats, zu welchem sie gehören, ein wüstes Land ausserhalb ihres Vaterlands z.B. eine wüste Insel in Besitz nehmen. Nicht die erste Besitznehmung ist es, worauf sie ihr Recht gründen können, sondern darauf, dass nach der Zusammenstimmung alle übrigen (Staaten) diese erste Besitznehmung ein Recht begründen soll. Das Recht der ersten Besitznehmung ist also nicht ursprünglich, sondern beruhet auf dem stillschweigende Vertrage zu einer Theilung". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 176.
30. "Das Mein und Dein, wörtlich genommen, ist daher freylich bloß übereinkünstlich (ex convento) und nicht aus dem gesellschaftlichen Vertrage (ex pacto sociale) entstanden". Cfr. *Versuch..*, cit., § 116.

Naturaleza solamente puede ser fijada mediante una división contractual (*distributio bonorum*) (31). Más adelante indica Weiss que el fundamento jurídico del primer origen del derecho de propiedad sobre una cosa se encuentra en la adjudicación de tal cosa mediante la ley (32).

El último kantiano que mantuvo una fundamentación contractualista del dominio fue Amadeus Wendt, en 1.810. "Referida a la adquisición originaria y jurídica de la propiedad es falsa la regla que indica: *res nullius cedit primo occupanti*; es así porque la ocupación, aunque es condición y señal de un derecho ya adquirido, es, sin embargo, un simple hecho y en consecuencia, no puede ser el fundamento de la adquisición... porque en tal caso la adquisición no dependería del Derecho sino de la pura casualidad del primer inventor" (33). Por esto, debemos entender, proseguía Wendt, que la propiedad ha surgido originariamente de un contrato (34).

Pero las teorías de Mellin, Weiss o Wendt representaron un cuerpo extraño dentro de la Escuela kantiana y se oponían frontalmente a lo que Kant había dejado establecido en la *Rechtslehre* de 1.796. De hecho, ni fueron seguidas por los integrantes más conocidos de la Escuela, ni fue así como la época entendió a la corriente kantiana, sobre este tema. Wilhelm Traugott Krug, que es el epígono kantiano tardío más representativo, se enfrentó directamente con los que querían fundamentar la propiedad sobre un pacto; acerca de este extremo escribía Krug que "si existe originariamente un derecho sobre las cosas, entonces

---

31. "Hieraus folgt unmittelbar, daß es unmöglich ist, dieses Recht durch irgend ein blos sinnliches Factum, z.B. die Ergreifung (apprehensio) oder die Besitznehmung (occupatio), oder auch durch die Priorität der Zeit... rechtlich zu begründen...Eben dieß gilt gegen den einseitigen Willen eine Sache als eigen zu haben (ocuppatio rei cum animo eam sibi habendi). Denn eben der Wille ist das in allen auf gleiche Weise berechtigte, und nur durch gemeinschafliche Vereinigung deselben in Alle kann er dem Zwecke eines ausschließichen Besitzes gemaß beschränkt, und Eigenthum dadurch rechtlich eigenführt oder begründet werden. So lange also und sofern jene rechtliche Uebereinkunft nicht getroffen ist, müssen die Dinge in der Welt sämmtlich für herrenlos (res nullius) gehalten werden... Der ausschließliche Antheil der Mitglieder aber an der Theilen eines solchen Gemeingutes (communio primaeva) würde dann immer nur durch vertragmäßige Vertheilung (distributio bonorum) festgesetz werden können". Cfr. *Versuch..*, cit., §§ 241- 244.
32. "Der rechtliche Grund der ersten Entstehung des Eigentumsrechtes an einer Sache beruht, wie gezeigt worden ist, auf der Zutheilung derselben durch das Gesetz". Cfr. *Versuch..*, cit., § 251.
33. "Falsch ist also in Rücksicht der ursprünglichen rechtlichen Erwerbung des Eigenthums der Satz: res nullius cedit primo occupanti, a) weil die Besitznehmung (occupatio), obgleich Bedingung und Zeichen der Ausübung eines zu erwerbenden Rechts - dennoch ein reines Factum nicht Grund der Erwerbung desselben seyn kann... und es würde eine solche Erwerbung nicht vom Rechte, sondern von dem bloßen Zufalle des frühern Findens abhängig seyn". Cfr. *Grundzüge..*, cit., § 21.
34. "Wir nehmen also an, daß das Eigenthum ursprünglich aus Vertrag entstehe". Cfr. *Grunzüge..*, § 39.

todas las cosas concretas que existen fuera de las personas en el mundo externo deben ser consideradas originariamente como sin dueño. Una propiedad externa, en consecuencia, sólo puede surgir del modo siguiente: que una persona aprehenda una cosa externa, sin dueño, y se la apropie, con lo cual entra en posesión de ella... A través de este acto único de la libertad, en la ocupación es dada la realidad de la propiedad externa, y para la fundamentación de este derecho no se precisa otro fundamento que considerar que el *modus adquirendi* contiene en sí el *titulus adquirendi*" (35). En la "observación" 2 a este epígrafe, Krug continúa indicando que para considerar como válida la adquisición del dominio mediante la ocupación, no es preciso suponer la existencia de un contrato, sea éste expreso o tácito. La razón que le lleva a descalificar la tesis del fundamento contractualista de la propiedad se fundamenta en la consideración según la cual si algunas personas quieren contratar acerca de derechos sobre cosas determinadas, tales derechos deben ya existir, previos al contrato; en el caso de la propiedad, tales propiedades deben ser ya existentes si se pretende celebrar un contrato sobre ellas y, en tal caso, surge la cuestión de cómo se ha producido esta adquisición. Si estas cosas no hubieran sido adquiridas por una pura ocupación, mucho menos serían adquiribles mediante un contrato (36).

Dentro del marco de ideas kantiano no era necesaria tanta argumentación ingeniosa, como proporcionó Krug. De forma mucho más coherente con los postulados de la Filosofía crítica había desarrollado, ya en 1.802, Karl Heinrich Gros este tema. Gros había dejado escrito que "a través de la ocupación se adquiere una propiedad; pues la ocupación se fundamenta en un derecho innato de todo hombre, a saber, el derecho a adquirir, que quedaría sin efecto si a través

---

35. "Wenn es ursprünglich nur ein Recht auf Sachen überhaupt gibt, so müssen alle bestimmte Sachen, die ausser den Personen in der Sinnenwelt existieren, ursprünglich als herrenlos betrachten werden. Ein äusseres Eigenthum kann also nur dadurch entstehen, dass eine Person irgend eine äussere, bis dahin herrenlose, Sache ergreift und sich zueignet, mithin für sich in Besitz nimmt...
Durch diesen einzigen Akt der Freiheit -die Ockupation- ist also auch die Wirklichkeit des äussern Eigenthums gegeben und es bedarf zur Begründung des auf diese Art erwerbenen Rechts auf eine bestimmte äussere Sache gar keines anderweiten Gründes, sondern die Erwerbungsart (modus adquirendi) enthält auch zugleich der Erberwungsgrund (titulus adquirendi)... Cfr. *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürliche Rechtswissenschaft.* Leipzig, 1811, § 10.

36. "Es ist ferner nicht nötig, dass man sich, um die Wirklichkeit einer Rechtserwerbung durch Ockupation eines herrenlosen Äussern zu begreifen, noch auf besondere (ausdrückliche oder stillweigende) Verträge berufe... *Ratio*: Wenn Personen sich über Rechte auf bestimmte äussere Sachen vertragen sollen, so müssen dergleichen Rechte schon da sein, d.h. die Personen müssen schon ein äusseres Eigenthum erworben haben; und dann entsteht die Frage von neuen, wie sie ein solches erwerben konnten. Hätten sie es nun nicht durch blosse Ockupation erwerben können, so war es auch ninmer durch Vertrag erwerblich". Cfr. *Naturrechtliche Abhandlungen...*, cit., *Zweite Abhandlung, Anmerkung* 2, § 10.

de su ejercicio no surgiera para todos los demás la obligación de abstenerse del uso de la cosa ocupada" (37). Gros se ocupa de las doctrinas de Grocio y Pufendorf, que fundamentaron el dominio en un acuerdo de todos los hombres. Tal presunto acuerdo, mantiene Gros, ni puede fundamentar una propiedad estable, porque los hombres nacidos después de él no tienen por qué sentirse vinculados por él, ni se necesita para explicar este tema, pues al derecho innato del hombre corresponde una voluntad jurídica general gracias a la cual el acto de la voluntad privada de uno que ocupe una cosa sin dueño es vinculante para los restantes hombres (38). Esta opinión de Gros, que reproduce lo indicado por Kant para este tema, se ajusta mejor, tal como indicaba antes, a los postulados de la filosofía crítica; efectivamente, si se parte de la libertad del individuo, lo consecuente es postular que la libertad y, con ella, los efectos jurídicos que de ella se siguen, no detienen su efectividad en el ámbito estrictamente personal sino que, del mismo modo que la libertad personal debe ser reconocida y respetada por los demás -y éste es el postulado básico- los efectos jurídicos que se originan de ella, es decir, de su ejercicio, producen también una obligación de respeto *coram omnes*; y éste es un postulado que se deriva del primero. De este modo el respeto a la libertad del que quiere adquirir una cosa sin dueño, se manifiesta, en el plano jurídico en el reconocimiento de la propiedad adquirida por quien quiere adquirir. Cuanto se adquiera, y si esta cantidad de adquisición daña a los demás son problemas que quedan excluidos del tratamiento de la propiedad según el marco de la filosofía kantiana; de este tema nos ocuparemos al final de este capítulo, cuando aluda a algunas implicaciones ético-jurídicas de la doctrina que estoy exponiendo.

c) El contenido del derecho de propiedad

Schaumann exponía, en los comienzos de la Escuela kantiana, que "la propiedad es la relación que se estima que existe entre una cosa y una persona, por medio de la cual aquella es usada exclusivamente por tal persona" (39). El

37. "Durch Occupation wird ein Eigenthum erworben; denn die Occupation gründet sich auf ein angebohrnes Recht aller Menschen, das Erwerbungsrecht, welches ohne Wirkung wäre, wenn nicht durch die Ausübung desselben Andern die Verbindlichkeit, sich des Gebrauchs der occupirten Sache zu enthalten, aufgelegt würde". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 148.
38. "...wordurch ohnehin kein fortwährendes Eigenthum begründet werden könnte, weil wenigstens die später gebohrnen Menschen nicht daran gebunden wären... bedarf es nicht, weil dem angerbohrnen Recht der Menschen an sich ein allgemeiner rechtlicher Wille entspricht, vermögen dessen der eine herrenlose Sache occupirt, für alle Uebrigen verpflichtend ist". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 148.
39. "Eigenthum (proprietas) ist das Verhältniss einer Sache zu einer Person, vermittelst dessen jene von dieser ausschliessend gebraucht wird". Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht..*, cit., § 309.

adverbio "exclusivamente" que aparece en esta definición de Schaumann compone el nervio de la concepción iusnaturalista kantiana de la propiedad, porque toda la Escuela de Kant entendió a este derecho como una facultad o capacidad que le corresponde a un sujeto -el propietario- de excluir a los demás del uso de la cosa que le pertenece. Por esto, Hoffbauer, dos años después de Schaumann, entendía que este instituto quedaba suficientemente definido cuando escribía que "el derecho excluyente, para todos los usos, sobre una cosa corporal se llama propiedad" (40).

Tenemos, pues, dos elementos en esta concepción de la propiedad; en primer lugar, el uso excluyente de la cosa por parte de su propietario, es decir, la capacidad de excluir a los demás; en segundo término, la absoluta capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de una propiedad. En torno a estos dos ejes fue montada toda la construcción kantiana acerca del derecho de propiedad. En este sentido, Heydenreich escribía que "tener un derecho coactivo a la propiedad no es otra cosa que poseer la posibilidad moral de utilizar una cosa, con exclusión de todos los demás, como medio para sus fines arbitrarios, o bien subordinar una cosa, atendiendo a su substancia y utilidad, únicamente a su voluntad, como medio para sus fines; el concepto de posibilidad moral expresa que la razón prohibe a un hombre que no sea el propietario impedirle a éste bien tal uso exclusivo, bien tal subordinación excluyente" (41).

A partir de estas ideas, todos los integrantes de la Escuela repitieron monótonamente lo ya expuesto; unos acentuaron unilateralmente uno de los extremos de la definición, es decir, la capacidad de exclusión inherente al derecho de propiedad. Otros, en cambio, insistieron en la facultad de usar de las cosas objeto de la propiedad, según la voluntad libre del dueño, pero ninguno añadió nada nuevo; algunos testimonios pueden confirmarnos en esta opinión. Jakob, un año antes de que apareciera la *Rechtslehre* de Kant, escribía que "si la Naturaleza ha unido ciertas cosas con ciertas esencias morales de modo que éstas puedan usar de aquellas de forma excluyente sin que por ello vulneren a otras personas, entonces tales personas tienen un derecho sobre estas cosas. Consecuentemente, tienen derecho a excluir a otras personas del uso de estas cosas, es

40. "Das ausschliessende Recht auf jedem Gebrauch einer körperlichen Sache, heißt Eigenthum". Cfr. *Naturrecht..*, cit., § 159.

41. "Zwangsrecht auf Eigenthum ist hier nichts anders, als die sittliche Möglichkeit, eine Sache mit Ausschliessung aller andern Menschen als Mittel für seinen beliebigen Zwecke zu brauchen, oder, eine Sache, nach Substanz und Nutzung seiem Willen allein, als Mittel für dessen Zwe-cke unterzuordnen; der Begriff der sittlichen Möglichkeit drückt aus, dass die Vernunft den Menschen ausser dem Eigenthümer verbiethet, ihn an einem solchen ausschliesslichen Gebrauche, an einer solchen ausschliesslischen Unterordnung zu hindern". Cfr. *System..*, cit., § 211.

decir, tienen un derecho excluyente, y una cosa, sobre la que adquieren un derecho excluyente, se dice "suya", es su propiedad" (42). Theodor Schmalz, siguiendo esta misma línea argumentativa explicaba que "lo esencial de la propiedad no es el derecho de determinar según el propio juicio la cosa o sus frutos, que por naturaleza corresponde a todo hombre, sino el derecho a apartar a cualquier otro hombre del uso y determinación de la cosa" (43).

Otros integrantes de la Escuela, en cambio, tuvieron una visión más amplia de la propiedad y definieron a este derecho atendiendo tanto a la potestad de excluir a los demás del uso de las cosas que ya tienen propietario, como al contenido de este derecho tal como ellos lo entendieron, es decir, a la capacidad para usar de las cosas según cualquier fin que el propietario se hubiera propuesto. Daniel Chistoph Reidenitz explicaba, sobre este tema, que "el primero de todos los derechos que se adquieren sobre las cosas y sobre el que todos los demás se fundamentan, es la propiedad. Pues ésta es un derecho a excluir a todos los demás hombres del uso de una cosa, y a disponer de ésta según las propias preferencias, en la medida en que la voluntad de todos se armonice según una ley general" (44). Anton Bauer escribía que "el derecho de propiedad es aquel derecho al absoluto y perfecto uso de una cosa" (45), y Theodor Schmalz fue el que, anticipadamente con respecto a la mayor parte de los integrantes de la Escuela, proporcionó la definición más precisa de la propiedad: "Propiedad es el derecho del hombre a usar de una cierta cosa de forma exclusiva... Este derecho consiste, por lo tanto, en primer lugar, en el derecho a excluir a los otros hombres del uso de la cosa, en lo que propiamente consiste la propiedad. De aquí se sigue el segundo derecho

---

42. "Wenn die Natur mit gewisse moralischen Wesen gewisse Sachen (Substanzen und deren Kräfte) also verbunden hat, daß diese sie ausschliessend gebrauchen können, ohne andere Personen dadurch zu verletzen; so haben diese allein ein Recht auf diese Sachen; sie haben folglich ein Recht, andere Personen von dem Gebrauche dieser Sachen auszuschließen, d.i. ein ausschließendes Recht, und eine Sache, worauf jemand ein ausschließendes Recht hat, heißt Sein, ist sein Eigenthum". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, § 144.
43. "Das Wesentliche des Eigenthums ist also nicht das Recht, die Sache selbst oder ihre Früchte nach Gefallen zu bestimmen, welches ja von Natur allen Menschen auf alle Sachen zusteht, sondern das Recht, allen andern Menschen den Grebrauch und die Bestimmung der Sachen, welche ihnen sonst von Natur zustehen würde, zu verwehren... Bey der Erklärung der Erwerbung des Eigenthums ist also nicht bloß zu erwägen, daß uns eine Sache gewonnen werde, sondern vornehmlich, wie sie allen übrigen verloren werde". Cfr. *Erklärung..*, cit., pág. 45.
44. "Das erste aller Rechte, was an Sachen erworben wird und auf welchem sich alle andere gründen, ist das Eigenthum. Ein Recht alle Menschen vom Gebrauch einer Sache auszuschließen und über sich nach Belieben zu verfügen, insoweit hierdurch der Freiheit anderes nach einem allgemeinen Gesetze kein Eintrag geschiehet". Cfr. *Naturrecht*, cit., § 51.
45. "Eigenthumsrecht ist das absolute Recht auf ausschliesslichen, vollständige Gebrauch einer Sache". Cfr. *Elementarsystem..*, cit., § 105.

que está contenido en la propiedad, el derecho al uso, esto es, en usar la cosa o en hacer con ella lo que me agrade" (46).

Consecuentemente con esta visión de la propiedad, fundamentada toda ella en la facultad del propietario para excluir a los demás del disfrute de su propiedad y en la potestad que también posee el dueño para hacer con las cosas que constituyen su propiedad lo que le parezca, según su arbitrio, las formas de terminar la propiedad fueron hechas depender de la voluntad del propietario. Se trataba, una vez más, de mantener un individualismo radical, esta vez en el campo propio del Derecho privado, gracias al cual toda adquisición o pérdida de un derecho sólo puede tener como causa la voluntad del individuo. A este propósito es muy ilustrativo lo que Heydenreich dejó escrito -siguiendo a Kant- acerca de la imposibilidad del "derecho de necesidad" *(ius neccessitatis, Notrecht)*; sostiene, en efecto, este autor, que "no existe ningún despojamiento de un bien ajeno que sea adecuado al Derecho, que no origine daño... No existe, pues, ningún "derecho de necesidad"... Por muy obligado que esté un propietario en su conciencia a dar a otro un bien que a él le sea completamente superfluo, aunque este otro padezca una extrema necesidad, éste no puede forzar (al propietario); pues tal violencia sería antijurídica, y podría ser rechazada por el propietario con buenos motivos" (47). La negación de la existencia del *ius necessitatis* nos muestra en toda su crudeza humana la falta de solidaridad que se manifiesta detrás de las construcciones jurídico-filosóficas kantianas, en las que únicamente se exige, en lo referente a la propiedad, el respeto a los derechos ya adquiridos y a la voluntad libre del propietario, que puede disponer de sus propiedades como le plazca.

De forma consecuente con esta visión de las relaciones entre los propietarios y los demás, la Escuela mantuvo que la propiedad sólo puede acabar por voluntad del propietario, "La propiedad acaba -escribía Schmalz- cuando el hasta ahora propietario no quiere en lo sucesivo excluir a otros o, aunque los

---

46. "Eigenthum ist das Recht des Menschen, eine gewisse Sache ausschliessen zu gebrauchen... Es bestehet also dies Recht 1) in dem Recht, andere Menschen von dem Gebrauch der Sachen ausschliessen, oder der Propietät. Hieraus folgt denn, was als zweytes Recht im Eigenthum enthalten sey, 2) das Gebrauchsrecht, das ist, die Sache zu gebrauchen, oder mit ihr zu thun, was mir gefällt". Cfr. *Das reine Naturrecht*, cit., §§ 66-74.
47. "Es giebt keine rechtmässige unschädliche Entreissung eines Fremden Gutes, keine rechtmässige nothgedrungene Entreisung eines solchen. Es giebt kein Recht des unschädlichen Gebrauchs, kein Recht des Nothgebrauchs... Mag immer ein Eigenthümer durch sein Gewissen verpflichtet seyn, einem Andern ein für ihn gänzlich überflüssiges zu überlassen; oder es im Falle der äussersten Noth dem Andern, der sich darin befindet, abzutreten, so darf doch dieser ihn nicht dazu zwingen; ein solcher Zwang würde unrechtmässig seyn, und von dem Eigenthümer mit gutem Grunde durch Gewalt abgewiesen werden". Cfr. *System..*, cit., págs. 234-235.
48. "Der Besitz hört auf, so bald der bisherige Besitzer nicht mehr andre ausschliessen will, oder sie ausschliessen, ihm physich nicht mehr möglich ist". Cfr. *Handbuch..*, cit., § 109.

excluya, no le es posible físicamente el seguir haciéndolo" (48). En otro momento expone extensamente que la propiedad cesa cuando se extingue su misma posibilidad física o moral, concretamente: 1) con la muerte del propietario; 2) cuando falta la voluntad del dueño de tener la cosa como suya; 3) cuando por un accidente, la cosa deja de estar vinculada al derecho fundamental del dueño, es decir, cuando desaparece la relación entre la libertad originaria del propietario y el objeto de su propiedad; 4) si cesa la detentación o la posesión de tal forma que el continuar poseyéndola es imposible, por lo que, en tal caso, la voluntad del propietario de tenerla desaparece también; el único supuesto en el que Schmalz se hace eco de la doctrina civilista acerca de las formas de perder la propiedad es el quinto y último, en el que reconoce que cesa la propiedad, incluso sin voluntad del dueño, cuando otro, que no sabía que la cosa era propiedad ajena, se hace él propietario de una manera reconocida por el Derecho (*bona fide*) (49). De todos modos, era muy fuerte para un kantiano admitir que la propiedad puede perderse contra la voluntad del dueño y, por ello Christian Weiss rechazaba, como antijurídica, la existencia misma de la *praescriptio* (50). Anton Bauer completaba este extremo indicándonos que el único título jurídico de cualquier adquisición derivada (es decir, de cualquier forma de adquirir que no fuese la *occupatio* debía ser encontrado en la declaración de voluntad del hasta ahora propietario en la que él cede la propiedad a favor de otro (51).

d) Implicaciones ético-políticas

La doctrina kantiana sobre la propiedad suscitó, ya en su época, muy fuertes recelos entre bastantes autores coetáneos. No se trató de disputas academicistas, de escuelas, entre otras cosas porque la escuela dominante, avasalladora desde hacía siglo y medio, fue la iusnaturalista, cuyos postulados siguen estrechamente Kant y sus epígonos y a causa de esta prepotencia no había lugar para

---

49. "Das Eigenthum hört auf, wenn die physiche oder moralische Möglichkeit desselben aufhört. Es fällt also I) weg mit dem Tode des Eigenthümers... II) wenn der Wille des Eigenthümers, es zu haben, wegfällt... III) Hört das Eigenthum auf, wenn die Sache durch Zufall aufhört an die Urrechte des Eigenthümers geknüpft zu seyn... IV) Hört das Eigentum auf, wenn aller Besitz so aufhört, dass die Wiederlangung desselbe unmöglich wird -als in welchem Falle der Wille des Eigentümers, es zu haben, wegfällt. V) Fällt das Eigenthum weg, wenn auch ohne willendes Herrn ein anderer, der an der Sache nicht erkannte, das sie fremdes Eigenthum war (bona fide) sie sich auf rechtliche Art eigenthümlich machte". Cfr. *Das reine Naturrecht..*, cit., §§ 85-90.
50. "... es gibt nach seinen Rechtsbegriffen keinen Verjährung (praescriptio), und kein Recht des Besitzes (usucapio)". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 262.
51. "Abgeleitete Erwebung des Eigenthums ist diejenige, deren Gegenstand in einer Sache besteht, welche im Eigenthum eines Andern befindet. Der Rechtstitel diese Erwebung ist die Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers, wordurch er die Propietät zu Gunsten des Andern aufgibt". Cfr. *Elementarsystem..*, cit., § 113

otras opiniones consolidadas; la discrepancia, y con ella la crítica, estaba fundamentada en la inadmisión de la teoría kantiana sobre la propiedad, que no era más que el respaldo iusfilosófico del liberalismo económico más audaz imaginable. Las personas con sensibilidad para percibir exigencias del ambiente, que se les escapaban por completo a los kantianos, fueron los primeros en oponerse a Kant y a sus discípulos, y precisamente la primera gran resistencia, cronológicamente, contra la corriente kantiana tuvo lugar en la teoría sobre la propiedad.

Incluso los partidarios actuales del sistema kantiano reconocen la inadecuación de la doctrina kantiana acerca de la propiedad a lo que ya entonces demandaban las exigencias humanas y sociales. El problema estribaba en que con la teoría de la ocupación como único modo adecuado al Derecho natural para adquirir la propiedad, los kantianos consagraron el *statu quo* económico existente a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, caracterizado, como es bien sabido, por una fuerte desigualdad; a este fin, bastaba con argumentar que las propiedades habían sido "ocupadas", sin la menor preocupación por qué y cuánto poseyera cada uno; en este tema Kant había dejado establecido que la capacidad de ocupación del suelo se extiende tanto como el poder físico de cada cual para mantener tal ocupación, para defenderla, y A. Schopenhauer no dudaba en calificar a esta doctrina de *Faustrecht*, de "derecho del más fuerte" (52). Incluso Kersting reconoce, sobre este tema, que "no existe ninguna teoría (en Kant) sobre los límites de la apropiación que contenga criterios generales sobre la cantidad y calidad" (53).

Algunos defensores de las teorías kantianas han pretendido, actualmente, adecuar la doctrina kantiana sobre la propiedad a la mentalidad del tiempo presente; así, Gerhard Luf, aunque reconoce que es evidente que las reflexiones de Kant -que podemos reconocer en toda su Escuela- nos llevan hacia el patrimonio intelectual liberal, exige que se pongan en relación las premisas trascendentales kantianas con las condiciones socio-económicas de su tiempo. Toda la Filosofía social, admite Luf citando a Grimm, es siempre una Filosofía de una determinada sociedad histórica, y alcanza un modelo de justicia que debe ser realizado entre las condiciones que ofrece esta sociedad. Pero esta interpretación del pensamiento kantiano, matiza Luf, debe tener presente que la trascendentalidad es, en sí, una pura forma *(Trascendentalität sei bloss Form an sich)* desde la cual no surge ningún orden económico empírico y concreto; por ello, y teniendo en cuenta este carácter de la trascendentalidad, el punto de partida de la construcción jurídica debe ser el sujeto abstracto -igual que Kant propone- de

52. *Cfr. Der handschriftliche Nachlaß.* 2. Band. Frankfurt am Main, 1967, pág 262. Cit., por W. Kersting en *Wohlgeordnete Freiheit..*, cit., pág. 154.
53. *Cfr. Wohlgeordnete Freiheit..*, cit., pág.157. La misma idea en G. Gliozzi, *Le teorie della proprietá da Lutero a Babeuf.* Torino, 1979, pág. 100.

modo que, fundamentados en esta igualdad abstracta, debemos reconocer que todos los sujetos poseen la misma pretensión a la propiedad (54). Christian Kühl, más recientemente ha sostenido una pretensión parecida; no es posible, sostiene Kühl, que alguien adquiera cosas en propiedad sin que admita también esta posibilidad para los demás (55). Estas, desde luego, son soluciones muy pobres, que no resuelven nada; en efecto el pensamiento liberal, postula una igualdad abstracta entre los individuos, que reclama una igualdad teórica de derechos en el plano legislativo, pero deja abandonados a estos mismos individuos al juego de la libre concurrencia en la que triunfa el más fuerte; todo esto es demasiado conocido como para insistir en ello. Pretendo indicar únicamente, a propósito de las explicaciones de Luf y Kühl, que el acentuar la igualdad trascendental o formal de los individuos no resuelve en modo alguno el problema de la desigualdad real económica en que estos mismos individuos se encuentran en la sociedad en situaciones desiguales, desigualdad que Kant, con su teoría de la ocupación individual como modo primigenio de adquirir la propiedad, potenció y justificó.

La primera reacción que encontramos contra la forma cómo el iusnaturalismo, y con él la corriente kantiana, había entendido a la propiedad, fue la de Jakob Fries. Este autor hizo propios los conceptos usados por Kant al tratar este tema, pero les dió una interpretación y una aplicación muy distintas a la de los kantianos. "La limitación jurídica recíproca de nuestro ámbito de actuación hace necesaria para el concepto del Mío y el Tuyo jurídico la distinción entre posesión física y la posesión inteligible. La posesión física de una cosa presupone su detentación, es decir, que ella está en mi poder, mientras que la posesión inteligible, por el contrario, es una idea de la razón práctica que consiste en una vinculación puramente intelectual de la cosa con mi voluntad, aunque ella no esté en mi poder. En el trato racional recíproco, la posesión puramente física mediante detentación queda sustituída por la posesión inteligible, que opera a través del derecho de la propiedad, y la aplicación de la ley jurídica exige que el uso de las cosas sea repartido, en la sociedad, según la ley de la igualdad, en tanto que propiedad...

Nos preguntamos ahora cómo es posible la posesión inteligible y la división de la propiedad en el mundo externo. La respuesta la tenemos pronto: solamente mediante un contrato y el acuerdo social, pues éstos constituyen la primera condición de una sociedad racional. Pues la pretensión jurídica originaria de cada cual sólo puede ser Derecho si pactan bajo la ley de la igualdad, y este primer contrato sólo puede versar sobre la división de la propiedad.

La primera condición de una sociedad racional entre los hombres es el contrato, la segunda es la determinación de la propiedad; ninguna de ellas puede

---

54. *Freiheit und Gleichheit..*, cit., págs. 74-84.
55. *Cfr. Eigentumsordnung..*, cit., págs. 160-161.

subsistir sin la otra. Si nosotros queremos entrar en un intercambio racional, sólo podemos hacerlo mediante contratos, y mediante ellos no podemos hacer otras cosas que determinar el mío y el tuyo en la sociedad. El principio completo de la aplicabilidad de la ley jurídica entre los hombres es, pues, la determinación de la propiedad en la sociedad mediante el contrato.

La idea plena de la ley jurídica, tal como se aplica a los objetos concretos, es, pues*: Los objetos externos sometidos al arbitrio deben ser determinados en la sociedad mediante un contrato que se adecúe a la igualdad personal de los hombres, de lo que resulta la propiedad.* Esta idea de la igualdad contractual de la propiedad que sigue las leyes de la igualdad personal es la que determina la tarea de la Política. Con la realización de esta ley en la sociedad había cumplido ésta su fin" (56).

Estas ideas de Fries -que es un autor, por lo demás tan apegado a Kant- son típicas de la Filosofía idealista que fue la primera gran corriente de pensamiento que se opuso decididamente a algunas tesis del iusnaturalismo, concretamente al liberalismo económico. El mismo Fichte, en su *Rechtslehre* de 1.812, descalificaba decididamente a la *occupatio* individual como único modo de adquisición

---

56. "Die rechtliche welchselseitige Beschränkung unsers Wirkungskreises macht für den Begriff des rechtlichen Mein und Dein einen Unterschied *zwischen physischen* Besitz *und einem intelligibeln* Besitz nothwendig. Der physische Besitz einer Sache setzt Inhabung derselben voraus oder daß sie in meiner Gewalt sey, der intelligible Besitz ist hingegen eine Idee der praktischen Vernunft und besteht in einer bloß gedachten Verknüpfung der Sache mit meinem Willen, wenn sie auch nicht in meiner Gewalt ist...
Für die *vernünftige* Wechselwirkung tritt also an die Stelle des bloß physischen Besitzes durch Inhabung ein intelligibler Besitz durch Eigenthumsrecht oder Propietät und die Anwendung des Rechtsgesetzes fordert, *daß der Gebrauch von Sachen nach dem Gesetze der Gleichheit als Eigenthum in der Gesellschaft vertheilt werden soll...*
Es fragt sich daher nun, wie ist intelligibeln Besitz und Vertheilung des Eigenthums in Aeußern möglich? Wir können hierauf die Antwort bald geben. Nur durch Vertrag und gesetzliche Uebereinkunft, denn diese sind die erste Bedingung einer vernünftigen Gemeinschaft. Der ursprüngliche Rechtsanspruch eines jedes kann nur das Recht seyn: unter dem Gesetze der Gleichheit zu kontrahieren, und dieser Vertrag kann nichts betreffen als die Vertheilung des Eigenthums...
Die erste Bedingung einer vernünftigen Gemeinschaft unter den Menschen ist der Vertrag, die zweyte ist Bestimmung des Eigenthums; keine von diesen beyden wird ohne die andere seyn können. Wenn wir in vernünftige Wechselwirkung treten sollen: so können wir dieß nur durch Verträge können wir aber nicht thun, als das äussere Mein und Dein in der Gesellschaft bestimmen. Das vollständige Princip der Anwendbarkeit des Rechtsgesetzes unter Menschen ist also die Bestimmung des Eigenthums in der Gesellschaft durch Verträge.
Die vollständige Idee des Rechtsgesetzes, so wie es sich auf einzelne Gegenstände weiter anwenden läßt, ist also: *Die äußern Gegenstände der Willkühr sollen in der Gesellschaft durch Vertrag gemäß der persönlichen Gleichheit der Menschen als Eigenthum bestimmt werden.* Diese Idee der vertragmäßigen Vertheilung des Eigenthums, nach dem Gesetze der Persönliche Gleichheit ist es nun, welche der Politik die Ausgabe bestimmt. Mit der Realisirung diese Gesetzes in der Gesellschaft wäre ihr Zweck erreichet". *Cfr. Philosophische Rechtslehre...*, cit., págs. 50-51. Las intensidades son de Fries.

originaria, y mantenía que la adquisición primera es una adquisición para el Estado, de modo que éste acrecienta con ella su patrimonio (57), ya que no existe ninguna propiedad, explicaba en el verano de 1.813, que no esté bajo la ley, pues antes de la ley del Estado no existe ninguna juridicidad (58). Estas ideas del Fichte maduro supusieron la primera gran subversión de las tesis fundamentales, dentro de la Escuela kantiana, pues Fichte fue, al menos en sus primeras obras, un discípulo fiel del iusnaturalismo de Kant.

Indicaba poco antes que algunos universitarios con sensibilidad ante los problemas sociales que se le estaban planteando a Alemania ya a finales del siglo XVIII superaron, al menos en la teoría sobre la propiedad, el individualismo propio de las construcciones iusnaturalistas para dar paso a una visión distinta de las relaciones entre el hombre y las cosas. La Escuela kantiana se sintió atacada en su dominio absoluto de la universidad alemana y la consecuencia fue que, siguiendo otra vez más las tesis expresas de Kant, vincularon la representación política al hecho de ser propietario de bienes inmuebles (59). Quizá el autor que con más tenacidad defendió esta tesis fue Friedrich Ancillon, que mantenía, aún en la segunda edición de su obra más conocida, que los llamados a gobernar son los propietarios; él se oponía a una aristocracia permanente de la riqueza, aunque este tema no le preocupaba gran cosa porque constataba que, de hecho, la riqueza cambia continuamente de manos (60).

La consagración si no del feudalismo -aún existente en Alemania en esta época- sí de los nuevos feudalismos que se estaban formando al amparo del liberalismo, la creación del Estado -en un plano puramente académico e intelectual- para proteger los derechos adquiridos en el *status naturae*, que consistían fundamentalmente en las propiedades ya existentes, la limitación de la representatividad política a los *Grundeigentümer*, es decir, a los detentadores de la riqueza inmobiliaria, fueron factores que motivaron una fuerte reacción contra la ideología iusnaturalista, y esta reacción se concretó en la aparición de una mentalidad, que Fichte nos describe, en 1.813, como muy extentida por la Universidad alemana. Esta nueva corriente, que no alcanzaría forma teórica y literaria, al menos conocida para nosotros, hasta los *Manuscritos* de Carlos Marx de 1.844, la describe Fichte en los siguientes términos: El Estado es una organización de propietarios, y el poder del Estado es sólo el servidor de estos propietarios, que es pagado por ellos para que preste este servicio. Los propie-

---

57. "Eben so wenig ist die Rede von der ursprüngliche Erwerbung, die zugleich eine Erwebung für den Staat, eine Vermehrung des Staatsvermögens selbst sein würde". Cfr. *Rechtslehre*.., cit., pág.116.
58. "... und es giebt keine Befugniß oder Besitz, der icht stehe unter dem Gesetze, und vor dem Gesetze keine Rechtsmäßigkeit beweisen müsse". Cfr. *Die Staatslehre*.., cit., pág. 50.
59. Cfr. Klippel, *Politische Freiheit*.., cit., pág. 152.
60. Cfr. *Ueber Souveranität und Staats-Verfassungen*. Zweite Auflage. Berlin, 1816, pág. 29.

tarios de inmuebles son los ciudadanos originarios y los fundadores del Estado, y los que sobrevienen después ven determinados sus derechos por lo que aquellos decidan; en su celo por la libertad no se esconde sino el afán por la falta de regulación, de Derecho, en sus adquisiciones. Con la afirmación de que la iglesia, escuela, corporaciones de comercio, gremio y en general todo aquello que no se refiere a la legislación, no forman parte del Estado sino que constituyen organizaciones para personas privadas, no pretenden sino que el Estado no se haga cargo de ellas y que en consecuencia, no les sean onerosas económicamente; por ello entienden que el Estado desaparecía si no hubiera más ladrones.

De todo esto se sigue lo siguiente. En primer lugar, la Humanidad se divide en dos grandes ramas: la de los propietarios y la de los no-propietarios. Los primeros no constituyen, propiamente hablando, el Estado, ya que ellos son anteriores al Estado; más bien son ellos los que mantienen al Estado, del mismo modo que un señor mantiene a sus sirvientes, de modo que éstos son sus servidores. Quien se puede pagar un criado, él no trabaja, y esto -ya que el Estado es sólo un sirviente de los propietarios- explica que sólo lleguen a ser miembros del Estado los no-propietarios, pues quien tiene su propio patrimonio no se rebaja a servir: el servidor sirve porque él no tiene nada, buscando un sueldo, como el soldado.

El Estado es (para el propietario) un mal necesario porque cuesta dinero; en consecuencia, se trata de hacer ese mal tan pequeño como sea posible.

Toda guerra destruye las propiedades, y por ello la paz es la primera obligación cívica. Ser ciudadano quiere decir ser propietario y ejercer una industria, en oposición al que cobra un sueldo. La prolongación de la guerra destruye la propiedad, el supremo bien del hombre junto con la vida, y amenaza a la vida y a la salud, los bienes supremos. Por esto, es preciso, a través de todos los medios, acortar la guerra.

Prejuicios propios de tiempos bárbaros, como el origen divino de los reyes, la santidad de los juramentos o el honor nacional no representan nada para el que tiene claro esta sencilla regla: la vida es lo primero, el dinero lo segundo y la nación es lo tercero. Por ello, los propietarios no pierden nada cuando, perdida la guerra, pagan a un nuevo señor y siguen estando seguros; se trata simplemente de una relación de dependencia, que cambia. Lo importante es que el vencedor asegure efectivamente la propiedad del que ha sido desarmado, que no permita a sus soldados el pillaje, que deje libre el comercio y no introduzca barreras

aduaneras (61).

Esta forma de pensar, en la que el Estado queda reducido a un instrumento de los propietarios para asegurar sus intereses, en la que se describe la actitud vital de la nueva burguesía, para la que nada importa realmente sino conservar la vida y la propiedad, de modo que fidelidad, honor o patria son palabras carentes de significado, representa la cara vital de la moneda de lo que la Escuela kantiana estaba exponiendo teóricamente. Efectivamente, esta Escuela, con su insistencia unilateral en la libertad individual y en la propiedad estaba legitimando, en un plano teórico, universitario, las aspiraciones prácticas de la burguesía, que Fichte nos la describe como muy entendida en las universidades alemanas *(Diese Ansicht des Staates ist sogar in den Schulen der Weisheit*

---

61. "Der Staat ein Anstalt der Eigenthümer... Die Staatsgewalt der Diener dieser Eigenthümer, der vorihnen diese Dienste bezahlt wird.
Diese Ansicht ist sogar in den Schulen der Weisheit ziemlich allgemein. Sie zeigt sich in Lehren wie die: daß eigentlich die Grundeigenthümer die ursprünglichen Bürger und Stifter des Staatsverein seyen, und die nachher Hinzukommenden sich müßten gefallen lassen, was diese für Rechte ihnen abtreten wollen; in dem Eifer für die Freiheit, das ist, Gesetzlosigkeit der Erwerbs, der Behauptung: daß Kirche, Schule, Handelsgilden und Innungen, und überhaupt so ziemlich Alle, was sich nicht auf die bürgerliche Gesetzgebung bezieht, nicht Staatsanstalten, sondern nur Anstalten von Privatpersonen seyen, nicht dem Staate bloß angezeigt werden müßten für seine Schutzschuldigkeit; daß der Staat gänzlich wegfallen würden, wenn es nur keine Räuber mehr gäbe...
Hieraus folgt nun im Allgemeinen:
1) Die Menschheit zerfällt in zwey Grundstämme: die Eigenthümer und die Nichteigenthümer. Die ersten sind nicht der Staat, -sie sind ja als solche vor allem Staat, und ohne seine Kundnehmung, wie sie es sind - sondern sie halten den Staat, wie ein Herr sich einen Bedienten hält, und der letztere ist in der That ihr Diener. Wer nun einen Diener bezahlen kann, der dient nicht: mithin kommen auf die Mitglieder der Staatsgewalt nur die Nichteigenthümer. Wer eigenes Vermögen hat, dient nicht: der Diener dient, weil er Nicht hat, um seinen Sold -der Soldat.
2)... Der Staat ist (para el propietario) ein nothwendiges Uebel, weil er Geld kostet, man muß aber jedes Uebel so klein machen als möglich... denn aller Kampf verheert das Eigenthum. Während desselben ist Ruhe die erste Bürgerpflicht. Bürger heißt Eigenthümer und Geerbtreibende, im Gegensatze des Söldners.. Die Fortdauer des Kampfes verheert das Eigenthum, das höchste Gut des Menschen nächts dem Leben, und bedrohet selbst Leben und Gesundheit, die allerhöchste Güter. Man muß dieselbe darum durch jedes Mittel abzukürzen suchen...
Vorurtheile aus barbarischen Zeiten, von göttlicher Einsetzung der Könige, Heiligkeit des Eides, Nationalehre, sind nicht für den, der klar geworden ist über die so einfachen Sätze: daß das Leben das Erste, die Güter das zweite, und der Staat ist das Dritte... Die Eigenthümer haben Nichts verloren, wenn sie dem neuen Herrn zahlen, was dem alten, und nun für's Uebrige sicher sind; darauf allein kommt es ja an. Selbst der besiegte Herrscher hat nichts verloren... So -wenn der Sieger das Eigenthum der Unbewaffneten wirklich sichert, nicht seinen Söldner Raub und Gewaltthätigkeit erlaubt; wenn er das Gewerbe wirklich frei läßt, und nicht etwa eine Handelsperre einführt". Cfr. *Die Staatslehre...*, cit., pág. 40-45. La editorial Scriptor, de Frankfurt am Main, está realizando un serio esfuerzo por dar a conocer el pensamiento revolucionario, antiburqués, de los últimos decenios del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX; de tener en cuenta la quincena de libros reeditados por Scriptor, lo expuesto arriba quedaría mucho más extenso y preciso.

ziemlich allgemein). ¿Qué solución de recambio había? Una posibilidad de corte socialista, basada en la repartición igual de la propiedad, que sería un correlato de la igualdad de los hombres, es la que expuso Fries en 1.803, a la que ya he aludido. Entre los autores relevantes de aquel momento, el que mostró más sensibilidad ante estos problemas fue Fichte; veamos su propuesta.

El iniciador de la escuela idealista parte, igual que Fries, de un contrato por el que se divide la propiedad. Por este contrato se le asigna a cada cual su esfera de cosas que pueden usar de forma exclusiva, ésta y nada más *(dies und sonst Nichts)*; este contrato determina, pues, un ámbito que es jurídico (62). La libertad que está en la base del contrato por el que se determina la propied*ad (Eigentumsvertrag)* no es la libertad absoluta kantiana; es una libertad concedida o reconocida *(eine zugenstandene Freiheit)* por los demás miembros que intervienen en el contrato, por lo que, sugerimos nosotros, nadie puede alegar un derecho absoluto o indeterminado a poseer propiedad. En consecuencia, la propiedad sobre las cosas se limita al ámbito al que alcanza esta libertad (63).

Además de rechazar la ilimitada libertad kantiana, la peculiaridad de Fichte se nos muestra en el hecho de que vincula la propiedad a un fin; los kantianos la habían fundamentado exclusivamente en la libertad del individuo, tan amplia como el Universo entero, sin más límites que el respeto a la libertad ajena, pero estos límites no fueron proyectados sobre la cantidad de propiedades que cada individuo podía tener, por lo que la propiedad quedó como una dilatación de la libertad del sujeto, no vinculada a ninguna necesidad, propia o ajena y, en consecuencia, el *quantum* de las propiedades quedó absolutamente indeterminado. Fichte, por el contrario, mantuvo que "el fin es el fundamento, y por ello, la medida del derecho" (64). Este fin que debe ser realizado comprende las necesidades físicas del sujeto, y sus obligaciones cívicas, de modo que le quede libertad, es decir, "fuerza y tiempo y Derecho" para realizar los demás fines que él se proponga (65).

Es el fin también lo que determina la repartición de la propiedad inmobiliaria; concretamente, mantiene Fichte, el fin viene dado por el cultivo del suelo, de modo que el derecho del agricultor a poseer tierras se fundamenta en el cultivo

62. "Der Eigenthumsvertrag gründet sich auf dieses Urrecht; denn er weist einem jeden seine Sphäre, sein Quantum ausschließenden Freiheitsgebrauches an dies und sonst Nichts. Er bestimmt seine Sphäre als sein Recht, sein ausschließendes Recht, oder besser als sein Eigenthum". Cfr. *Rechtslehre*.., cit., pág. 38.
63. "Die zugestandne Freiheit ist im Eigenthumsvertrag des bestimmende erste prius... nicht aber umgekehrt. Das Eigenthum an als Objekt geht soweit, diese zusgestandene Freiheit geht; nicht aber umgekehrt". Cfr. *Rechstslehre*... cit., pág. 39.
64. "Der Zweck ist der Grund, drum der Maßtab des Recht". Cfr. *Rechtslehre*.., cit., pág. 39.
65. "Der Vertrag muß so geschlossen werden, daß jeder eine solche Sphäre für den Gebrauch seiner Freiheit als Eigenthum erhalte, in welcher nach Befriedigung seiner Notdurf, und seiner Bürgerpflicht, ihm noch Freiheit (d.i.) Kraft und Zeit und Raum und Recht, für frei sich aufzugebende Zwecke übrig bleibe". Cfr. *Rechtslehre*.., cit., pág. 46.

efectivo; el trabajo es lo que crea el derecho a someter un trozo de tierra a una persona determinada. "Otro derecho de un sujeto para la tierra no existe". En consecuencia, niega radicalmente el dominio señorial sobre las tierras, la *Grund-Eigentum*; sólo el Estado es el titular del dominio señorial (66).

Argumenta Fichte, a favor de esta tesis, que la tierra es el patrimonio común de la Humanidad en el mundo exterior, es la condición de su existencia en el espacio. La tierra, considerada como una masa, no puede ser objeto de una propiedad, pues ella no puede ser sometida a los posibles fines excluyentes de un hombre; por esto, es antijurídico excluir a los demás del uso de una cosa sin ofrecerles el uso de este mismo objeto. Por tanto, el derecho del agricultor a una determinada porción del suelo se fundamenta únicamente en el hecho de que la cultiva y obtiene productos. Los campos, pues, deben ser repartidos entre los particulares bajo la garantía del Estado (67).

2.- PROPIEDAD Y SOCIEDAD CIVIL.

Toda la doctrina jurídica kantiana está construida sobre el concepto de libertad individual, de modo que todos los derechos, incluida la propiedad, fueron presentados como una secuela necesaria de la libertad del sujeto. Sin embargo, esta línea argumentativa, seguida tan férreamente en lo hasta ahora expuesto, quiebra al tratar de explicar la génesis de la sociedad civil o, como solían denominarla los kantianos, el "Estado". La razón de este hecho estriba en que el Estado, de facto, no fue explicado desde el postulado de la protección de las libertades de los sujetos, sino desde la exigencia de proteger las propiedades que ya habían sido adquiridas por los individuos en el "estado de naturaleza", de modo que toda la máquina estatal fue vista como un complejo asegurador, un *Assicuranzanstalt,* de las propiedades. Dada la existencia de esta peculiar relación entre la propiedad y el Estado, era preciso ocuparse en esclarecerla, que es lo que

66. "Satz: das Recht des Ackerbauers an Grund und Boden ist das auf demselben zu erbauen: diesem deklarirten, und ihm zugestandne Zweck seiner Arbeit den Acker zu unterwerfen, ein anderer Recht des Einzelnen an Grund und Boden giebt es nicht. Es giebt also kein Grund-Eigentum... Der Staat allein hat das Recht des Grundeigenthums". Cfr. *Rechtslehre*.., cit., págs. 58-60.

67. "Negativer Beweis. Der Boden ist die gemeinschafliche Stütze der Menschheit in der Sinnenwelt, die Bedingung ihres Bestehens im Raum, sonach ihrer ganzen sinnlichen Existenz. Die Erde, insbesondere als Masse betrachtet, ist gar kein möglicher Gegenstand eines Besitzes; den sie kann, als Substanz, keine möglichen ausschließenden Zwecke eines Menschen unterworfen werden; von dem Gebrauche eines Dinges aber aller übrigen auszuschließen, ohne selbst einen Gebrauch desselben angeben zu können, ist nach dem Obigen widerrechtlich. Also das Recht des Landbauers auf ein bestimmtes Stück Grund und Boden ist lediglich das Recht, darauf Produkte zu erbauen. Die Äcker werden an die Einzelnen unter der Garantie des Staates verteilt". Cfr. *Rechtslehre*.., cit., págs. 60-61.

hacemos en este apartado del *Angewandtes Naturrecht*. Se trata, pues, de explicar las génesis -los kantianos hablaban de "deducción"- del Estado a partir de la necesidad de la protección de las propiedades ya adquiridas.

Esta tarea requiere, sin embargo, de una precisión previa; efectivamente, en primer lugar hay que determinar si en el *status naturae*, que es la fase anterior a la estatal, existían realmente propiedades en el sentido jurídico del término o, si por el contrario, el estado de naturaleza era una situación a-jurídica, como ha mantenido algún intérprete de Kant. Una vez resuelta esta cuestión estamos en condiciones de abordar lo que es más estrictamente el objeto de este estudio, es decir, la función de las propiedades en la creación del Estado.

a) El derecho "privado" en el estado de naturaleza

Indica Kurt Lisser que es difícil caracterizar el concepto de propiedad en Kant; Lisser no se refiere, obviamente, a la definición de propiedad, que ya hemos estudiado, sino a su caracterización en el *status naturae*, pues ante la manera como Kant la presenta, este instituto aparece como algo fáctico, fundamentado únicamente en la posesión (68). Ante este estado de la cuestión, lo procedente es estudiar, ante todo, si la propiedad que aparece en el estado de naturaleza es una verdadera propiedad, entendiendo a este término en un sentido jurídico.

Ni Kant ni ninguno de sus discípulos dejó nada escrito expresamente sobre este problema; se contentaron con hablar del *meum et tuum*, de la propiedad provisoria, etc. Pero del conjunto de cada uno de sus libros, resulta claro que la propiedad a que ellos aluden antes de constituirse en Estado, es una verdadera propiedad; de hecho, los kantianos hablan de *Eigentum*, es decir, "propiedad", y la distinguen nítidamente de la posesión, *Besitz*, de la que toma origen. Toda la teorización sobre la propiedad que he expuesto en la primera parte de este capítulo está referida a la propiedad en general, sin distinguir entre la propiedad *provisoria* propia del *status naturae* o la *perentoria* que se crea en la sociedad civil; existe, pues, en las obras kantianas un único concepto de propiedad que se aplica por igual a la situación pre-estatal o estatal.

Saage mantiene esta misma opinión. "Kant optó inequívocamente -escribe este autor- por el carácter iusnaturalista de la propiedad privada. Esta existe, antes de la fundación del Estado, como un mío y tuyo provisional y en un momento segundo es convertida, a través de la potestad estatal, en una propiedad perentoria" (69). Lisser entiende que, aunque Kant alude en alguna ocasión al estado de naturaleza como un "estado de falta de derecho" *(ein Zustand der Re-*

68. Cfr. *Der Begriff des Rechts bei Kant*, cit., pág. 36.
69. Cfr. *Besitzindividualistischen Perspektiven..*, cit., pág. 169.

chtslosigkeit), lo cierto es que Kant mismo sitúa la finalidad del Estado en conseguir "paz y seguridad", y esta tarea presupone -al menos si la referimos a la seguridad- que existen algunos bienes jurídicos que deben ser protegidos; por ello, si el *status naturae* hubiese sido entendido como una situación a-jurídica, no existiría ningún motivo para reclamar protección jurídica al Estado (70). Johann Heinrich Tiefrunk se expresaba, a propósito de este problema, con bastante claridad: "La situación en la que el hombre se encuentra mediante la adquisición constituye el estado de la propiedad, y aquel otro en el que se sitúa mediante el contrato es el estado de sociedad. Disposición sobre las cosas y contrato son los dos únicos modos mediante los que, a través del arbitrio, pueden surgir derechos materiales de una forma jurídica" (71). De acuerdo con este testimonio de Tiefrunk, la adquisición de las cosas, es decir la propiedad, es algo anterior e independiente a la sociedad, del Estado; conviene tener presente que los kantianos, según la tradición iusnaturalista, sólo conciben la formación de la sociedad estatal como teniendo su origen, necesariamente, en un contrato. Tiefrunk nos ofrece, de esta forma, una distinción neta entre el "estado de propiedad" y el estado social o estatal; la propiedad, pues, es una "situación" -por seguir la terminología de este autor- distinta a la del contrato que origina el Estado.

De hecho, bajo la denominación de "estado de falta de derecho", *Zustand der Rechtslosigkeit* o *statum iustitiae vacuus,* como Kant designa a veces al estado de naturaleza en la "Metafísica de las costumbres", Kant explica que debe entenderse aquel estado en el que, cuando surge una controversia jurídica *(ius controversum)* no existe ningún juez competente que haga valer una pretensión autoritariamente (72). El Derecho, así pues, existe con anterioridad a la sociedad que instaura jueces para dirimir las disputas sobre los derechos. Saage aclara sobre este tema, que el estado de naturaleza, en Kant, no debe ser entendido como algo opuesto a la sociedad civil, pues de acuerdo con las palabras del mismo Kant, "en el estado de naturaleza puede existir sociedades jurídicas", es decir, el *status naturae*, por sí mismo, es un estado de sociedad, y lo único que lo diferencia del estado propiamente social es el hecho de que no existe en él impartición de justicia. "Con otras palabras: en el *status naturalis* y en el estado de sociedad *(status artificialis)* ya existen todas las "obligaciones del hombre"; en el estado de naturaleza no existen en menor medida que en el Estado, pues"la

70. Cfr. *Der Begriff des Rechs bei Kant*, cit, pág. 33.
71. "Der Stand, in welchen sich der Mensch durch Erwerb versetzt, ist der Stand des Eigenthums und derjenige, in welche er sich durch Vertrag versetzt, der Stand der Gesellschaft. Kraft aufwand auf Sachen und Vertrag sind die einigen Arten, wie materielle Rechte durch die Willkühr auf eine rechtliche Weise entspringen können". Cfr. *Ueber Recht und Staat..*, cit., pág. 309.
72. Cfr. Haensel, *Kants Lehre..*, cit., págs. 42-43.

materia del Derecho privado es en ambos la misma" (73).

El estado de naturaleza es, de este modo, una situación no-estatal en la que existen verdaderos derechos y obligaciones, y entre los primeros destaca de forma muy especial la propiedad. De hecho, Immanuel Kant lo llamó reiteradamente estado de "derecho privado" *(Privatrecht)*, con lo que quería dar a entender que en él faltaban órganos que impartieran justicia públicamente, y así quedaba contrapuesto a la sociedad civil que era, en cambio, un estado de "Derecho público" *(ein Zustand des öffentlichen Rechts)*. Lo que caracteriza, pues, al Derecho en el estado de naturaleza es la falta de un poder público que asegure efectivamente a cada uno el disfrute tranquilo de sus derechos ya existentes. Explica Kersting, sobre este tema, que el estado de naturaleza es una construcción conceptual, un experimento del pensamiento, en el que nos es propuesta una situación en la que los hombres se relacionan según los criterios del Derecho privado (74). En el mismo sentido, Hasso Hoffmann escribe que "cuando Kant habla aquí de Derecho privado no se refiere él al *ius privatum* en al antiguo sentido de las normas jurídicas que excluían al Derecho procesal y penal, sino que usa el término en el sentido, entonces nuevo aunque ya ahora usual, de relación jurídica entre personas privadas" (75). El *status naturae* es, pues, un estado en el que existen derechos, con las matizaciones que han quedado indicadas.

Estas precisiones nos acercan a nuestro tema. En efecto, tenemos un estado de naturaleza en el que existen relaciones jurídicas y, de forma confusa entre los kantianos -del mismo modo que, por lo general, en la mayor parte de los iusnaturalistas del siglo XVIII- estos derechos peligran en tal estado porque están faltos de seguridad; es preciso, pues, proceder a crear un *status artificialis* que asegure los derechos existentes. En este sentido, escribe Haensel que "a partir del Derecho privado en el estado de naturaleza surge el postulado del Derecho público... pues el Estado encuentra su justificación jurídica en la necesidad de seguridad de los derechos naturales" (76). El problema que se nos plantea ahora es el de determinar qué derechos deben ser protegidos por el Estado; el tema podría parecer ocioso, ya que Kant y sus epígonos hablaron de "asegurar" el *Privatrec*ht, es decir, los derechos que los individuos poseen en el *status natur*ae sin hacer ninguna distinción especial entre tales derechos, pero una consideración más pausada del proceso de la creación del Estado nos lleva a consideraciones más matizadas.

---

73. Cfr. *Naturzustand und Eigentum*, en "Materialien zu Kants Rechtsphilohophie", ed. por Batscha, Frankfurt am Main, 1796, pág. 211.
74. Cfr. *Wohlgeordnete Freiheit...*, cit., pág. 205.
75. Cfr. *Zur Lehre von Naturzustand...*, cit., pág. 25.
76. Cfr. *Kants Lehre...*, cit., pág. 54.

b) La función de la propiedad en la creación del estado.

Todos los intérpretes de la teoría jurídica kantiana están de acuerdo sobre el hecho de que la constitución jurídica de la sociedad civil supone sólo un respaldo, organizado y asegurado por la fuerza del Estado, de las relaciones jurídicas que existían con anterioridad al poder estatal. "La relación entre el Derecho en el estado de naturaleza y el Derecho en la sociedad civil -escribe Haensel- la expresa Kant calificando a aquel como "provisorio" y a éste como "perentorio". De esta forma el Estado tiene como única misión -de acuerdo con el punto de partida de Kant- asegurar los derechos de los individuos particulares: "la constitución civil es sólo aquel estado jurídico a través del cual a cada uno se le garantiza lo suyo, sin que le sea creado o determinado por ella"; el Derecho publico "no contiene más, u otras, obligaciones de los hombres entre sí que aquellas que puedan ser pensadas en el estado de Derecho privado. El contenido del Derecho privado es el mismo en ambas situaciones" (77). Wicke, reiterando esta idea, nos indica que "el Derecho privado (es decir, el Derecho propio del estado de naturaleza) se prolonga hasta el Estado. En el Estado, y a través de él, recibe el Derecho privado su plenitud, su elevación al plano de ley jurídica... Desde el Derecho privado en el estado de naturaleza surge el postulado del Derecho público" (78)

El problema se sitúa en el hecho de que Kant, y con él sus discípulos, al referirse a los derechos que reclaman protección en el *status naturae* sólo mencionan, de hecho, la propiedad. Ciertamente, el punto de partida de la construcción jurídica kantiana es la libertad, pero ¿podría mantenerse que el Estado es un postulado de la razón práctica para hacer posible la libertad de los individuos? No, desde luego, y no fue éste el propósito que animó a la mayor parte de los seguidores y creadores de la Filosofía crítica. De hecho, observamos en las obras de estos autores, incluido Immanuel Kant, que ellos fueron conscientes del salto mortal que existía entre la libertad "trascendental", que era un juego de la razón, y la exigencia de libertades políticas concretas; desde la libertad trascendental del individuo no derivaron, por lo general, aunque hay también excepciones numerosas, un orden político de libertades cívicas. Haber hecho esto les hubiese introducido por un camino propio, en aquel tiempo, de agitadores políticos y, ni Kant ni sus seguidores pretendieron tal cosa. Por este hecho, quizá, la libertad individual pierde aquí su función rectora y cede su puesto a la necesidad de asegurar las propiedades que existían en el estado de

77. Cfr. Haensel, *Kants Lehre..*, cit., pág. 40.
78. Cfr. *Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., pág. 36.

naturaleza.

A este respecto, es significativo el hecho de que los intérpretes de Kant, cuando explican que el Derecho público no es sino una prosecución de las relaciones existentes en el Derecho privado, tienen que referirse necesariamente a la propiedad; Bargmann, al abordar este tema en 1.902, explicaba que "el Derecho privado ha fundamentado a la propiedad a través de su postulado. Cada cual se encuentra, antes de la introducción del Estado no en una definitiva, sino tan sólo en una posesión "provisional", a pesar de que está capacitado por la razón para hacerla valer. En consecuencia, él debe estar habilitado para introducir una posesión "perentoria", por la fuerza si es preciso... De esta forma, Derecho privado y público se encuentran en estrecha relación. Aquel es, sin éste, irrealizable, mientras que éste sin aquel es impensable" (79).

Rudolf Dünnhaupt se encontraba en la misma tesitura en el momento de explicar la aparición del Estado; "en el estado de naturaleza -escribía Dünnhaupt- existía solamente un mío y tuyo externo provisional... Se precisaba, por ello, una instancia que resolviera las disputas de tal estado sin Derecho "según el concepto del Derecho y leyes generales, con poder" (80). Kühl, mucho más recientemente, explicaba que "libertad externa y propiedad (en tanto que ésta es una dilatación de aquella) están unidas en la idea del Derecho. A fin de que la libertad se pueda realizar efectivamente se precisa una instancia que decida en todo tiempo sobre cualquier posible disputa sobre la adjudicación de una práctica de la libertad. Si no existiera tal instancia , nadie podría estar seguro de que su libertad y su propiedad serían respetadas" (81). Aunque Kühl introduzca la idea de la libertad en tanto que bien jurídico que reclama protección, tal libertad se corporeiza y concreta en la propiedad, de modo que, al final del proceso, el bien que resulta protegido por el Estado es la propiedad, aunque se argumente que ésta no es sino una prolongación o dilatación de la libertad individual.

Hacer del Estado un garante de las propiedades suponía tan sólo seguir la tradición iusnaturalista dominante en el siglo XVIII; sobre este extremo, Giorgio Rebuffa explica que la expresión más frecuente y más significativa en esta época para referirse al Estado es la de "autoridad tutelar", con la que se quería expresar que la finalidad específica y exclusiva de la autoridad es la de velar por el respeto de los derechos naturales, es decir, garantizar a los propietarios en su riqueza y en la seguridad de sus personas (82). Adam Smith, que es quizá la voz más autorizada para expresar las relaciones entre propiedad y poder público en la mentalidad dominante en los círculos progresistas del siglo XVIII, mantenía que

---

79. Cfr. H. Bargmann, *Der Formalismus in Kant's Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1902, págs. 19-20.
80. Cfr. *Sittlichkeit, Staat und Recht bei Kant*. Greifswald, 1926, pág. 87.
81. Cfr. *Eigentumsordnung*.., cit., pág. 223.
82. Cfr. *Origine della richezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*. Milano, 1974, pág. 16.

el "gobierno civil en la medida en que está instituido para defender la propiedad, en realidad está instituido para defender al rico contra el pobre, o a los que tienen alguna propiedad contra los que no tienen ninguna" (83). Eric Roll nos indica que en esta concepción de las relaciones entre propiedad y poder, jugó un papel decisivo la creencia en un orden natural económico y humano a tenor del cual cada individuo, cuando busca su propio provecho, "es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en su propósito" (A. Smith), de modo que el sujeto favorecía así el interés de la sociedad de modo más eficaz que si se propusiera hacerlo" (84). Esta idea la recogía Hoffbauer, que entendía que "la práctica de la obligación de beneficencia estará mejor asegurada en el mundo en la medida en que más invulnerable sea la propiedad de cada cual, del mismo modo que el cumplimiento efectivo de las obligaciones, es más de esperar cuanto el derecho de cada cual está más seguro" (85).

Si nos asomamos a los testimonio que nos explican más directamente las relaciones entre la propiedad y la creación del Estado en Kant confirmamos esta opinión. Lisser entiende que el presupuesto de todo Derecho positivo, en la doctrina kantiana, es la propiedad (86); "según esto -escribe Lisser- no es el derecho natural al libre despliegue, que podría ser vulnerado en el estado de naturaleza, lo que debe procurar el Estado y servir al ordenamiento jurídico; más bien este derecho (a proteger) es la propiedad" (87). Kühl entiende que la creación del Estado obedece fundamentalmente a la necesidad de crear las condiciones para que sea posible la adquisición de la propiedad privada (88). Marcuse afirma que "la sociedad civil es para Kant aquella sociedad que "mediante leyes públicas garantiza el mío y el tuyo". Solamente en un estado civil puede existir un mío y tuyo externo, pues únicamente en él una legislación pública "dotada con fuerza" garantiza "a cada uno lo suyo"; solamente en la sociedad civil es convertida toda adquisición "provisional" en una posesión perentoria. Tal aseguramiento legal de la propiedad lo alcanza la sociedad civil fundamentalmente en la medida en que se constituye como un ordenamiento jurídico", y esto es "el último fin de todo Derecho público: otorgar un seguro perentorio al mío y al tuyo" (89). Finalmente, al filo de estas consideraciones,

83. Cfr. E. Roll, *Historia de las doctrinas económicas*. Mexico, 1974, pág. 135
84. Cfr. *Historia..*, cit., pág. 135.
85. "Die Ausübung der Pflicht der Wohlthätigkeit wird in der Welt um so mehr gesichert seyn, je unverletzbarer jedem das Eigenthum anderer ist, wie überhaupt eine werkthätige Erfüllung der Pflichten um so mehr in der Welt zu hoffen ist, je mehr jeder sein Recht gesichert sieht". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht..*, cit., pág. 91.
86. Cfr. *Der Begriff..*, cit., pág. 29
87. Cfr. *Der Begriff..*, cit., pág. 35.
88. En la página 204 de su *Eigentumsordnung...* habla este autor de "Die Notwendigkeit eines bürgerlichen Rechtszustandes für die Erwerbung von Privateigentum".
89. Cfr. *Kant über Autorität und Freiheit*, en G. Prauss, ed., "Kant. Zur Deutung seine Theorie von Erkennen und Handeln". Köln, 1973, pág. 32.

Kersting entiende que "con esto se muestra al Estado como un elemento teórico del concepto jurídico pleno de la propiedad" (90), con lo que destaca la estrecha relación existente entre el mío y el tuyo" y el Estado, en tanto que éste supone -en opinión de Kersting- el perfeccionamiento definitivo del concepto mismo de propiedad, al trasformar la posesión provisional en propiedad definitiva, garantizada con la fuerza del poder público.

Mellin se ocupó, en 1.796, de este tema. "En este estado (el *status naturae*) el hombre es capaz para poseer derechos gracias a su razón práctica y a las de los demás; pero la adquisición y mantenimiento de tales derechos no es posible, pues no existe nada que pueda poner fin a la falta de acuerdo de dos sobre la posesión y uso de una cosa, a no ser que recurran al poder que posee cada uno. Por este hecho, el estado de naturaleza es antijurídico" (91). Poco más adelante explica que la unidad colectiva de la voluntad propia de la sociedad es posible solamente a condición de que use la facultad que cada uno posee a todas las cosas; en caso contrario, todos podrían querer poseer y usar la misma cosa, y la armonía de la voluntad de todos se convertiría en una completa desarmonía (92). Así pues, el único punto de referencia que tiene en cuenta Mellin para fundamentar la necesidad de un poder público era la necesidad de que exista una voluntad superior a la de los individuos que ponga fin a los desacuerdos sobre propiedades.

El autor que más lejos llevó el condicionamiento del Estado, y de su legislación, por la propiedades, fue Schmalz siguiendo estrechamente a Kant. Para este autor, "aquella parte del suelo dentro de la cual se crea el Estado para la protección de los derechos, se llama su *territorium*. Este territorio no es otra cosa que el conjunto de solares que son propiedad de cada ciudadano... La nación se divide en dos clases muy distintas: los señores y los habitantes. Los señores son los propietarios del territorio, ya que éste es sólo un agregado de sus solares. Los habitantes viven sobre suelo extraño, para lo que han necesitado un contrato especial con cada propietario. El contrato de asociación por el que se crea el Estado ha sido concluído únicamente por los señores, con absoluta exclusión de todos los habitantes... es algo parecido al caso del arrendatario de una casa, que no tiene

---

90. "...damit endeckt sich der Staat als geltungstheoretischer Bestandteil des vollständigen Rechtsbegriffs des Eigentums". Cfr. *Wohlgeordnete Freiheit..*, cit., pág. 206.
91. "In diesem Zustande ist das practische Naturwesen der Rechte vermöge seiner und andrer practischen Vernunft fähig; aber die Erwerbung und Erhaltung derselben ist ihm nicht möglich. Denn es ist nichts vorhanden, was die Uneinigkeit zweier practischen Naturwesen über den Besitz und Gebrauch einer Sache beendigen könnte, als jedes eigene Gewalt. Daher ist der Naturzustand pflichtwidrig und rechtswidrig". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 142.
92. "Diese collective Einheit des vereinigten Willens ist aber nur möglich unter der Bedingung, dass die Befugnis aller zu allem aufhöre. Sonst könnten alle dasselbe Ding besitzen und gebrauchen wollen, und die Harmonie des Willens aller wäre die vollkommenste Disharmonie". Cfr.. *Grundlegung..*, cit., § 150.

voz si el propietario quiere asegurar la casa contra incendios" (93). Schmalz, pues, no sólo concibe a la sociedad civil como un seguro para los propietarios, sino que vincula la representación política a la condición de propietario; dado que Alemania, en esta época, era un estado feudal, la dirección del poder político queda exclusivamente en manos de la aristocracia (94). Pensar así era consecuencia de una prolongación lógica de los postulados kantianos básicos, que tanta importancia concedían al *meum et tuum* en el momento de determinar las razones por las que debía ser abandonado el estado de naturaleza y crear la sociedad política.

La Escuela kantiana no fue consciente de que, con esta forma de pensar, estaba poniendo las bases para justificar la aparición de nuevas desigualdades más fuertes que las propias del Antiguo Régimen, al que por lo general combaten los kantianos. Al contrario, los integrantes de esta Escuela, seguros de sí mismos, con un complejo de superioridad típicamente ilustrado, entendieron que lo que ellos mantenían era lo único forzosamente adecuado a lo que demandaba la estructura racional del hombre; en consecuencia, en ningún momento vieron la completa supeditación de lo que ellos entendieron como "racional" a lo que no era sino la moda intelectual defendida por la incipiente burguesía liberal; filosofía, iusnaturalismo y teoría económica se unieron en sus doctrinas al servicio de intereses políticos y económicos que hasta entonces sólo habían encontrado una fundamentación filosófica y antropológica menos convincente en el iusnaturalismo anterior.

A la luz de estos testimonios, la tesis de Kersting sobre este tema, según la cual el Derecho, en el estado de naturaleza, hace depender la capacidad de ocupar, de poseer, de la obligación de entrar en un estado en el que existe justicia distributiva, que no es otro que la sociedad civil, de modo que la transformación de la propiedad desde provisional en perentoria implica someterse a unas reglas racionales de distribución de la riqueza, nos parece inadmisible. Desde luego, a lo largo de su extensa argumentación (95), Kersting no cita ni una sola vez a Kant,

---

93. "Der Theil des Erdbodens, innerhalb dessen der Staat den Schutz der Rechte übernimmt, heisset sein Gebiet (territorium). Diess Gebiet ist nichts anders als der Inbegriff der Gründstücke, welche ein Eigenthum der einzelnen Staatsgenossen sind.
Die Nation besteht in zwey sehr verschieden Classen: Grund-Eigenthümer sind die Herren des Gebietes, weil diess nur das Agregat ihrer Grundstücke ist. Die Beywohner wohnen auf fremden Grunde, Boden, also nur auf besondern Contract mit dem einzelnen Eigenthümer. Der Vereinigungs-Vertrag des Staats beruht allein auf den Grund-Eigenthümer, mit gänzlicher Ausschliessung aller Beywohner... so etwa, wie der Miether keine Stimme hat, mit wenn oder wie sein Hauswerth ein Deichband oder einer Brandassecuranz-Gesellschaft für sein Haus schliessen solle". Cfr. *Das natürliche Staatsrecht*. Könisberg, 1804, §§ 42-57. La misma idea la repite en el *Handbuch*.., cit., págs. 266 y 280.
94. Cfr. *Handbuch*.., cit., pág. 266.
95. Cfr. *Wohlgeordnete Freiheit*.., cit., págs. 206-214.

ni a ningún kantiano, pues a nadie de la Escuela se le ocurrió tal cosa. Efectivamente, Kant y su Escuela hicieron propias las tesis dominantes en los círculos progresistas del momento, y siguieron los postulados iusnaturalistas al pie de la letra, con algunas excepciones que se debieron al conservadurismo kantiano, tales como, por ejemplo, la negación del derecho de resistencia o la vinculación de la participación política a la condición de propietario; por lo demás existe una substancial continuidad con el iusnaturalismo individualista que se inicia en el siglo XVI con Fernando Vázquez de Menchaca. Por este hecho, la idea de que las propiedades deben ser divididas o repartidas más humanamente es ajeno por completo a Vázquez, Pufendorf, Locke, Wolf, Achenwall o Kant (96). El empeño de Kersting podrá, ciertamente parecer loable a algunos; pero para mantenerlo -en el caso de la propiedad como en otros temas- Kersting se ha equivocado de autor; no es la tradición iusnaturalista moderna la que debiera tener en cuenta, sino Tomás de Aquino o la segunda Escolástica del siglo XVI; en estos autores sí podría encontrar un apoyo razonable para sus tesis. En Kant, desde luego, no, por mucho que Kersting se empeñe en recuperarlo para la sensibilidad y las exigencias morales de la segunda mitad del siglo XX.

3.- LA CREACION DE LA SOCIEDAD POLITICA.

Entramos a tocar ahora aquello que más específicamente representa la teoría política kantiana, a saber, la teorización de estos autores sobre el fundamento, naturaleza y límites del poder político. La exposición de este tema ha quedado dividida en varios apartados de desigual extesión y contenido, hecho que se debe a que existen algunos temas, como es, por ejemplo, el de los contratos por los que se origina el poder, a los que la Escuela concede fuerte atención, mientras que otros quedan más descuidados; lógicamente, la mayor o menor abundancia de datos que nos suministran las fuentes, determina en buena medida lo que se puede decir sobre cada problema.

Es bien sabido que Kant, y con él toda su Escuela, siguió una explicación contractualista, típica en la escuela del Derecho natural, en el momento de explicar la misión del Estado; por ello, la explicación del contrato por el que se crea la sociedad política constituye el punto central de esta exposición. Junto con éste hay otros temas conexos que es preciso dilucidar; concretamente, entre esos temas, el primero a tratar será el de las exigencias racionales que hacen que el con-

96. Gliozzi indica sobre este tema, en completa oposición a Kersting, que "Il diritto naturale nello stato di constituzione civile (vale a dire quel diritto che in questo stato può essere derivato da principi a priori) non può essere damnegiato dalla leggi positive di questo stato... Infatti la constituzione civile non è altro che uno stato giuridico che assicura ad ognuno il suo, ma non lo constuisce e non lo determina propriamente". Cfr. *Le teorie..*, cit., pág. 98.

trato sea la única forma admisible para exigir un poder público, que es un problema que ya ha sido parcialmente abordado al explicar, en el capítulo del "Reines Naturrecht", además de la mentalidad pactista que llevó a toda la escuela del Derecho natu-ral a proclamar que no puede existir obligación que no se fundamente en el propio consentimiento del sujeto que se verá afectado por ella. Más tarde, tras exponer el contrato a través del que surge el poder político, nos ocuparemos de la natura-leza que le fué concedida a este contrato; efectivamente, se trata de saber si los kantianos entendieron al "contrato social" como un hecho histórico realmente acaecido, o si se trata de un postulado de la razón práctica, o, si más bien, este contrato es un hecho permanente que se renueva todos los días; sobre este tema, tal como tendremos ocasión de estudiar, las opiniones estuvieron divididas. Ini-cialmente, este epígrafe se cierra con una larga digresión acerca de la finalidad del cuerpo político creado mediante contratos; esta finalidad no es otra -aunque escribir esto suponga adelantar ideas- que la de asegurar los derechos fundamentales del hombre o *Urrechte* que se ven amenazados en el "estado de naturaleza"; a este respecto, se trataba, en Kant y su Escuela, de crear un mecanismo político que hiciera posible que se mantuvieran intactas las relaciones jurídicas provinientes de la etapa del "Derecho privado" -en el sentido que los kantianos dieron a esta expresión- y, en consecuencia, la finalidad del poder público quedaba re-ducida a la de una *societas defensoria* de la situación jurídica previamente existente.

Finalmente, me ocupo del problema de las formas del gobierno y de los límites del ejercicio del poder político. En estos temas la argumentación kantiana experimenta una quiebra muy fuerte, porque ni Kant ni sus seguidores fueron consecuentes con el postulado de los hombres libres, que requiere e implica unas determinadas consecuencias políticas. Pero más que adelantar ideas, prefiero remitir al lector al lugar correspondiente. Pasemos ahora a estudiar las razones de por qué el Estado solamente puede ser creado mediante un contrato.

a) Las exigencias racionales en la creación del Estado.

Ya expliqué, páginas atrás, que la escuela del Derecho natural había defendido la tesis según la cual no puede existir obligación legítima que no surja del propio consentimiento del que incurre en tal obligación; dado que la forma más usual de prestar el consentimiento es el contrato, los kantianos mantuvieron unánimemente que la obligación legítima no puede nacer sino por un contrato y lógicamente, el poder político -fuente continua de obligaciones- sólo puede tener su origen en un pacto, al que los kantianos, igual que un sector de la escuela del Derecho natural, llaman impropiamente "contrato".

En este sentido, escribía Hufeland que "puesto que el Estado presupone determinaciones peculiares de la sociedad, no puede ser fundado de otra forma

que a través del acuerdo de aquellos que vivirán en ella.. y, en consecuencia, el único fundamento del Estado sólo puede ser un contrato. Toda otra explicación se encontrará frente al siguiente dilema: o bien los Estados han surgido a través de la fuerza, sin acuerdo, y, por tanto, los príncipes y regentes no tienen en absoluto ningún Derecho, o bien, ellos poseen un Derecho, porque se fundamentan en el acuerdo" (97). Por este camino, tal como expone Hufeland, toda obligación que no sea reconducible a un pacto aparecía, a finales del siglo XVIII, como una imposición autoritaria, como una manifestación de la fuerza; consecuentemente, para que un poder -en este caso el poder político- apareciera como legítimo, tenía que fundamentarse en un pacto celebrado entre todos los que se verán afectados por la constitución de tal poder. Esto no es sino una consecuencia de lo que ya he expuesto anteriormente, a saber, que al partir la escuela del Derecho natural desde el individuo aislado y libre, que no reconoce naturalmente ninguna sujección excepto el respeto que él debe a la libertad ajena, no es pensable ninguna obligación para tal individuo excepto aquellas que él libremente quiera asumir, para lo cual ha de prestar su consentimiento; el origen y fundamento contractual del Estado no es, pues, sino una secuela de los presupuestos antropológicos precisos de los que parte esta escuela.

Klein, dos años más tarde, explicitaba algo más estas ideas cuando explicaba que "una tal sociedad, que afecta a seres que tienen fines necesarios dados por la razón o por la naturaleza, no puede constituirse de otra forma en sentido jurídico, que mediante un acuerdo mutuo en el traspaso de las obligaciones sociales y, por tanto, mediante un contrato" (98). Estos "fines necesarios dados por la razón o por la naturaleza", a que alude Klein, no son otros que el mantenimiento de la propia libertad y autonomía, tal como se desprende de otros escritos suyos; especialmente interesante para este propósito es el "Sobre la naturaleza de la sociedad civil", dedicado a investigar la finalidad específica de la sociedad política, que la distingue de otras sociedades menores; mantiene aquí, como conclusión de su investigación, que todo aquello que concierne a las cosas externas solamente puede ser valorado en tanto es medio para el uso libre de nuestras fuerzas espirituales, y este libre uso es el último fin racional de todas

---

97. "Da der Staat besondre Bestimmungen der Gesellschaft voraussetzt, so kann er nichts anders als durch Einwillung derer, die in demselben leben sollen, begründet werden... folglich kann der einzige Grund des Staats nur Vertrag seyn. Alle andern Darstellungen steht folgendes Dilemma entgegen: Entweder sind die Staaten durch Gewalt, etc... kurz ohne Einwillung, entstanden, alsdann haben die Fürsten und andern Regente gar kein Recht oder wenn ihnen ein Recht beylegt werden soll, so muss man Einwillung vorausgesetzen". Cfr. *Lehrsätze..*, cit., § 423.

98. "Es kan also selbst eine solche Gesellschaft, welche einen von der Vernunft oder der Natur gegebenen nothwendigen Zweck hat, im rechtlichen Sinne nicht anders, als durch wechselseitige Einwillung in die Uebernahme der gesellschaftliche Verbindlichkeiten und also durch einen Vertrag gegründet werden". Cfr. *Grundsatz..*, cit., § 388.

las constituciones políticas (99). En consecuencia, todo poder político está necesariamente, es decir, racionalmente orientado a hacer posible el despliegue más libre posible de nuestra libertad interior mediante el uso más libre imaginable de las cosas que tenemos a nuestra disposición; así pues, el punto de partida -el individuo libre- es al mismo tiempo la meta de llegada de la constitución política.

También Mellin, en los inicios de la Escuela jurídica kantiana, se ocupó de este tema. De forma escueta, pero con notable precisión, dejó establecido que "el Estado debe ser fundado sobre los principios de la libertad jurídica, es decir, sobre la independencia de la voluntad de cada sujeto respecto de las voluntades de los demás" (100), con lo que hace resaltar, ante todo, el punto de partida individualista en la constitución del poder político, que expresa, en este caso, la exigencia según la cual a nadie le puede venir impuesta una obligación que él libremente no ha contraído.

Existe una substancial continuidad en la Escuela kantiana en la consideración de estas exigencias racionales que hacen necesario que el Estado no pueda ser creado sino por un pacto. Christian Weiss escribía, en 1.804, que "el principio a tenor del cual pueden tener lugar las modificaciones arbitrarias de los derechos, es el del mutuo acuerdo o el de la igualdad; y el acuerdo de voluntad de varios hombres, adecuado a este principio, que tiene como objeto la modificación arbitraria del Derecho Privado, se llama un contrato o pacto" (101). Es decir, la alteración de las relaciones jurídicas propias del "estado de naturaleza", o Derecho privado, como consecuencia del abandono de tal estado a causa de la creación del poder político, con el que se entra en un estado de "Derecho público", sólo puede tener lugar mediante un pacto. La razón última de la exigencia del pacto para constituir el poder político la había expuesto claramente Gros, en 1.802, al escribir que "originariamente ningún hombre tiene el derecho de determinar la promoción de los fines ajenos contra la voluntad de los afectados; por este hecho, toda sociedad se fundamenta en un contrato por el que surge la obligación para cada sujeto de cooperar en la promoción del fin común, así como el derecho de todos los demás de exigir tal cooperación. Este contrato, por el que la sociedad recibe su existencia, se llama el contrato de asociación o *pactum*

---

99. "... alle Anstalten, welche die äußern Dinge betreffen, nur als Mittel zu dem freyen Gebrauche unserer Seelenkräfte schätzbar, um es ist also dieser freye Gebrauch der letzte vernünftige Zweck aller politischen Verfassungen". Cfr. *Ueber die Natur der bürgerlichen Gesellschaft.* Halle, 1797, pág. 75.

100. "Der Staat muss also auf Principien der rechtlichen Freiheit (Unabhängigkeit des Willens jedes Einzelnen von dem Willen aller übrigen) gegründet werden". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 192.

101. "Das Princip, nach welchem dann die beliebigen Modificationen des Rechts erfolgen können, ist das der gegenseitigen Einwillung oder der Gleichheit; und die ihm gemäß geschehende Vereinigung des Willens Mehrerer zu einer beliebigen Modification des gesellschaftlichen Privatrechts heißt ein Vertrag (*pactum*)". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 279.

unionis" (102). Así pues, el fundamento último de la exigencia del pacto en la constitución del Estado se encuentra en la prohibición de que alguien decida por otro o, por usar la terminología kantiana, en la exigencia de que sea cada individuo el que determine sus propios fines de acuerdo con su arbitrio libre; un Estado impuesto a los individuos, que no surja de la libre voluntad de cada uno, conllevaría una imposición que destruiría la libertad del sujeto; de todos modos, ni Kant ni los kantianos más estrictos, admitieron tal voluntariedad para el ingreso en el cuerpo político, aunque éste es un tema que veremos más adelante.

b) El contrato, origen de la sociedad política.

Recurrir al contrato como origen y fundamento de la sociedad política no suponía ninguna novedad: éste había sido el fundamento que se le había dado en el iusnaturalismo desde Fernando Vázquez de Menchaca en 1.560. Quizá por este hecho, las digresiones sobre este tema de estos últimos iusnaturalistas son más fluidas que las de otros sectores de sus doctrinas, y las tesis a propósito de la constitución contractual del Estado aparecen, en ellos, como si expusieran verdades evidentes, que no necesitan apenas de justificación.

Por ello, Heydenreich exponía en 1.794, con entera naturalidad, y con el tono propio de un catecismo, que el gobernante legitimado jurídicamente sólo puede surgir mediante el acuerdo de los socios de la sociedad, y que el acuerdo a través del cual una Sociedad recibe un gobernante se llama el "contrato de sometimiento" *(Unterwerfungsvertrag)* (103). Schmid, un año después explicaba que la sociedad civil presupone necesariamente, de acuerdo con el Derecho, un contrato social; en concreto, el Estado requiere de un "contrato civil" *(Civilvertrag)* que se descompone, en parte en un contrato de asociación civil, y en parte en un contrato de sometimiento (104). Esta tesis traspasa toda la Escuela kantiana, y Mehmel, en 1.815, cuando ya las doctrinas contractualistas habían sufrido muy duros ataques por parte de los primeros representantes del positivis-

---

102. "Ursprünglich hat kein Mensch das Recht, andere zu Beförderung seines Zwecks gegen ihren Willen zu bestimmen; mithin beruht jede Gesellschaft auf einem Vertrag, wodurch für jeden Eizelnen die Verbindlichkeit, zur Beförderung des gemeinschafliches Zwecks mitzuwirken, und das Recht von allen übrigen, die Mitwirkung zu demselben zu forden, entsteht. Dieser Vertrag, wodurch die Gesellschaft ihre Existenz erhält, heisst der Vereiningunsvertrag (pactum unionis)". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 254.

103. "Der rechtmässige Oberherr kann nur durch Einwillung der Gesellschaftler entstehen. Der Vertrag, durch welche eine Gesellschaft den Oberherrn bekommt heisst der Unterwerfungsvertrag". Cfr. *System..*, cit., § 161.

104. "Die bürgerliche Gesellschaft überhaupt setzt ihrer rechtlichen Möglichkeit nach einen gesellschaflichen Vertrag; der Staat insbesondere einen Civilvertrag, d.i. theils einen bürgerlichen Vereinigungsvertrag, theils einen bürgerlichen Unterwerfungsvertrag, voraus".Cfr. *Grundriss..*, cit., § 273.

mo jurídico, que sostienen una visión aristotélica del origen de la sociedad política, mantenía que "la organización del Estado, jurídicamente, es pensable solamente en la forma de un contrato. Se trata de un contrato que contiene en sí las condiciones racionales de la existencia jurídica del Estado, y entonces es llamado el contrato del Estado" (105). De lo que ha expuesto inmediatamente antes, resulta que "las condiciones racionales de la existencia jurídica del Estado" no son otras que el mantenimiento, en la creación del Estado, de la libertad e igualdad.

El autor, sin embargo, que más extensamente teorizó sobre el origen contractual del Estado fue Karl Heinrich Heydenreich, un año antes de que apareciera la *Rechtslehre* kantiana, en una obra dedicada exclusivamente a exponer el *natürliche Staatsrecht*. Parte Heydenreich de la tesis a tenor de la cual un Estado solamente puede ser erigido de forma jurídica a través de un libre acuerdo; este acuerdo de voluntad se complementa con el "Derecho estatal natural" que expone las condiciones bajo las que los hombres deben reunirse para crear el Estado (106).

Si queremos construir un Estado -explica Heydenreich- las voluntades deben estar concordes respecto a tres puntos, que hacen referencia uno al fin de la reunión, otro a los medios que se emplearán y el tercero a la forma como se han de usar estos medios. A cada uno de estos extremos corresponde un contrato distinto, que son el contrato de asociación *(Vereinigungsvertrag)*, el contrato constitucional *(Verfassugsvertrag)* y el contrato de sumisión *(Unterwerfungsvertrag)*. El primero de estos contratos lleva necesariamente al segundo, y el segundo al tercero, de modo que los tres juntos pueden ser considerados como un único contrato (107). Desglosando algo más estas ideas, prosigue Heydenreich:

1) Las voluntades de todos deben concordar en relación al fin que se proponen: crear una unión en la que los derechos de cada individuo sean asegurados por la totalidad, y los derechos de la totalidad sean asegurados por cada indivi-

---

105. "Die Organisation des Staats ist rechtlich nur denkbar in der Form des Vertrags. Ein Vertrag aber, welcher die Vernunfbedingung des rechtlichen Daseyn des Staats enthält (Freiheit und Gleichheit), wird der Allegemeine Staatsvertrag genannt". Cfr. *Die reine Rechtslehre*.., cit., § 915.

106. "Ein Staat kann rechtmässiger Weise nur durch äusserliche freye Einwillung entstehen, und das natürliche Staatsrecht stellt die Bedingungen, über welche sich die Menschen vereinigen müssen, um Staat zu errichten, in bestimmten Vertragen dar". Cfr. *Grundsätze des natürlichen Staatrechts und seiner Anwendung nebst eine Anhange staatlichen Abhandlungen*. Leipzig, 1795, § 1

107. "Da, wenn Staat errichten werden soll, die Willen sich in dreyfacher Rücksicht vereinigen müssen, im Rücksicht der Mitel, und in Rücksicht der Art und Weise, die Mittel anzuwenden... Diese Verträge sind der Vereinigunsvertrag, der Verfassungsvertrag und die Unterwerfungsvertrag. Der erste derselben führt mit Nothwendigkeit den zweyten, und der zweyte mit Nothwendigkeit den dritten herbey, so das man sie zusammen als einen Vertrag ansehen kann und muss". Cfr. *Grundsätze*.., cit., § 2.

duo. La armonía de las voluntades a este respecto expresa el contrato de asociación.

2) Las voluntades de todos deben ponerse de acuerdo en relación con las condiciones sin las que una unión de este tipo no puede alcanzar su fin; estas condiciones crean la forma de la sociedad que, en tanto que objeto de la voluntad general, es expuesta en la ley fundamental, y que constituyen el contrato de constitución.

3) Dado que el fin del Estado debe ser alcanzado en la forma determinada por la ley fundamental, las voluntades de los particulares deben someterse, según el contrato constitucional, al poder supremo, esté éste representado por todos, por algunos, o por una sola persona. El acuerdo de voluntades a este respecto se expresa con el nombre de contrato de sumisión (108).

A continuación, pasa Heydenreich a exponer más detalladamente las peculiaridades de cada uno de estos tres contratos. "En el contrato de asociación se unen los hombres unos con otros, a través de la ampliación conjunta de sus fuerzas, a fin de hacer efectiva la sociedad en la que los derechos de cada particular son asegurados por la totalidad, y los derechos de éste son asegurados por cada sujeto... A través del contrato de asociación los hombres que lo han concluido contraen determinadas obligaciones mutuas, que pueden ser esenciales -que son las que resultan del fin de la asociación- o accidentales... Las obligaciones esenciales se refieren a la efectiva aplicación de las fuerzas a la fundación del Estado, de acuerdo con el principio expresado en el contrato de

108. "Nämlich:

1) Die Willen Aller müssen übereinstimmen in Hinsicht des Zweckes: eine Verbindung zu stiften in der die Rechte jedes Eizelnen durch das Ganzen, und die das Ganzen durch jeden Einzelnen gesichert sind. Die Harmonie der Willen in dieser Rücksicht drückt der Vereniguns-vertrag aus.

2) Die Willen Aller müssen übereinstimmen in Hinsicht der Bedingungen, ohne welche eine Verbindung dieser Art ihren Zweck nicht erreichen kann. Diese Bedingungen machen die Form der Gesellschaft aus; die Form der Gesellschaft, als Gegenstand des Allgemeinen Willens wird in den Grundgesetzen der Gesellschaft dargestellt...

3) Soll der Zweck des Staates reiner in den Grundgesetzen bestimmen Form gemäss erreicht werden, so müssen sich die Willen der Einzelnen dem Verfassungsvertrag gemäss dem zu wählenden Inhaber der Höchsten Gewalt unterwerfen; seyen diess nun Alle, oder Einige, oder sey es Einer. Die Uebereinstimmung der Willen Aller in dieser Hinsicht drückt der Unterwerfungsvertrag aus". Cfr. *Grundsätze*.., cit., § 2.

asociación" (109).

Posteriormente, pasa este autor a explicar quienes pueden tomar parte en el contrato de asociación. Indica que todos los hombres que posean bienes o fuerzas suficientes pueden concluir el contrato de asociación; aquellos que no reúnan estas condiciones, quedan excluídos del contrato. Pueden concluirlo las personas de ambos sexos, aunque se requiere que los indiviuos estén en pleno uso de su facultades mentales. Los participantes en este contrato son todos iguales, y si entre ellos existen propietarios del suelo, ellos no poseen ningún privilegio respecto de los que no reunen esta cualidad (110).

Si este contrato de asociación -prosigue Heydenreich- pretende ser correcto, todos y cada uno, mediante él, deben entregar a la totalidad sus bienes, sus fuerzas, su cuerpo y su vida; precisamente en el hecho de que cada uno entrega su vida en aras del fin del Estado indica el fundamento de la igualdad de todos los miembros de la unión. Esta declaración -en la que sigue estrechamente a Rousseau- debió de parecerle excesivamente fuerte a él mismo, porque se detiene a explicarla. "¿No es acaso locura, si consideramos las cosas desde el punto de vista de la sensatez, que el hombre que entra en la sociedad civil haya de entregar también su vida como medio para los fines de la totalidad, siendo así que él toma parte de esta sociedad llevado por el afán de conservar la vida? No, él tiene plena libertad para elegir entre el estado extrasocial, en donde su vida no está segura en ningún momento, y la sociedad civil, en donde existe la máxima seguridad posible de que, en caso de necesidad, todos para éste y éste para todos ofrecerían

---

109. "In dem Vereinigunsvertrag verbinden sich Menschen gegen einander, durch vereinigte Verwendung ihrer Kräfte eine Gesellschaft wirklich zu machen, in welcher die Rechte jedes Einzelnen durch das Ganze, und die Rechte des Ganzen durch jeden Einzelnen gesichert seyen...
Durch die Vereinigungsvertrag bekommen die ihn schliessenden Menschen bestimmte Zwangspflichten gegen einander; diese a) sind wesentliche, die aus dem Zwecke der Vereiningung entspringen; b) können auch zufällige seyn...
Die wesentlichen aus dem Vereinigunsvertrag entspringenden Zwangsplichten beziehen sich auf nichts weiter, denn auf die wirkliche Verwendung der Kräfte, zur Stiftung des Staates, angemessen dem im Vereinigunsvertrage ausgemachten Princip". Cfr. *Grundsätze*.., cit., §§ 1,3 y 4. A partir de la página 84 comienza este autor una nueva numeración de los epígrafes en que está dividida esta obra.

110. "Alle Menschen, welche in ihren Gütern oder Kräfte Mittel für den Zweck des Staates besitzen, können am Vereinigungsvertrag Antheil nehmen. Nun derjenige, welcher auch nicht einmahl verhälthismässige Kräfte darbiethen kann, ist dieser Theilnahme unfähig. Beyde Geschlechter können ihn schließen, und zwar die Individuen, von der Zeit an, wo sie das Gebrauchs ihrer Vernunft und Urtheilskraft fähig sind. Die Theilnehmer am Vereinigungsvertrage sind als solche einander gleich, wenn sie nicht selbst unter sich eine gewisse Ungleichheit übereinkunftlich festsetzen. Wenn unter diesen Theilnehmer Eigenthümer von Grund und Boden sind, so haben sie als solche , vor den übrigen Mitgliedern, die es nich sind, keine Vorrechte". Cfr. *Grundsätze*.., cit., §§ 5-8.

su vida. Entre estos dos peligros, el hombre sensato elige el más pequeño" (111).

"El contrato de asociación se extiende también a los hijos procreados por los mienbros de la sociedad; ellos pertenecen al Estado, y no pueden, sin el consentimiento del Estado, salir de él". Con esta declaración, Heydenreich se aparta, por ser realista, del estricto individualismo kantiano, pues hubiera sido más coherente con los postulados de la teoría kantiana si hubiera establecido que los únicos hombres vinculados al Estado son aquellos que han prestado libremente su consentimiento, ya que con la solución que él propone resulta que también quedan vinculados los hijos de los que han concluido el contrato, siendo así que ellos no han consentido en el contrato de asociación. "Yo confieso, escribe Heydenreich, que no me gusta que los hombres, por su nacimiento, queden vinculados a un determinado Estado". Pero, prosigue este autor poco más adelante, "solamente un terco espíritu contradictor puede levantarse contra la afirmación tan evidente de que ningún Estado puede estar seguro en la consecución de su fin si los miembros nacidos en él pudieran abandonarlo según su voluntad". En la afirmación anterior, prosigue este autor, se contiene la principal dificultad: si los padres tienen el derecho de incluir en el contrato de asociación también a sus hijos, e incluirlos de forma que queden vinculados al Estado para toda su vida, no será esto una limitación antijurídica de la libertad propia de un ser racional y autónomo? No es así, contesta Heydenreich, pues ningún Estado puede alcanzar su fin si continuamente los que mueren no son sustituidos por los nacidos, de modo que los que ya no tienen fuerzas sean suplidos por los fuertes; además, el Estado es absolutamente necesario para la Humanidad, en especial para los padres, a fin de que éstos cumplan las obligaciones que se refieren a la alimentación y educación de los hijos, y por esto no es antijurídico el que los padres determinen a sus hijos para ser ciudadanos de un Estado, y que el Estado adquiera el derecho sobre ellos. Pues sólo si los nacidos (en un Estado) son incluidos en el contrato de asociación, tal Estado es una sociedad perpetua; un Estado en el que no se procediese así, no es un Estado, sino tan sólo una liga para

---

111. "Wenn der Vereinigungsvertrag nicht etwas ganz Widersinniges seyn soll, so giebt sich durch denselben Jeder mit allen seinen Gütern, Kräften, mit Leib und Leben den Ganzen hin. Und eben darin, dass jeder auch sein Leben für den Zweck des Staats wagt, liegt der Grund der Gleichheit aller Miglieder der Verbindung...

...ist es nicht, aus dem Gesichtpunkte der Klugheit betrachtet, widersinnig, dass der in bürgerliche Gesellschaft eintretende Mensch auch sein Leben als Mittel für das Ganze hingiebt, da er doch eben aus dem Grunde an der Gesellschaft Theil nimmt, um sein Leben zu erhalten? Nein; er hat freye Wahl zwischen dem aussergesellschaftlichen Zustande, wo er seines Lebens keinen Augeblick sicher ist, und der bürgerlichen Gesellschaft, wo die grösste mögliche Sicherheit eben dadurch entsteht, dass Alle Jedem und Jeder Allen im Fall der Nothwendigkeit, auch sein Leben widmet. Unter zwey Gefahren wählt der Kluge die geringste". Cfr. *Grundsätze*.., cit., § 9.

defensa *(ein Sicherheitsbund)* constituida para un tiempo determinado (112).

El segundo paso que es preciso dar en la creación del Estado es el contrato de constitución, también llamado por Heydenreich "contrato del Estado" *(Staatsvertrag)*. "A través de este contrato recibe la sociedad las leyes fundamentales, y entonces surge el Estado". Las leyes fundamentales del Estado determinan: a) la forma jurídica de la constitución; b) la forma jurídica de las reformas del Estado (113). El contrato de constitución, así pues, se refiere fundamentalmente a la determinación de las condiciones bajo las que es posible la legislación. Aquí juega una función fundamental la razón moral legisladora, pues las leyes fundamentales del Estado no pueden contener ninguna disposición que esté prohibida por la ley ética; la razón de ello, prosigue este autor es que la vulneración de un derecho del hombre nunca puede ser medio para el mantenimiento y defensa del Estado, y si se produjera tal vulneración, jurídicamente sería inválida, ya que la posibilidad moral de lo que se ha de realizar es, para los que pactan, condición fundamental de la vigencia jurídica de un contrato social (114).

El criterio que debe guiar la elaboración de las leyes fundamentales, expresado en la terminología de la Escuela es el siguiente: "ellas deben ser el

---

112. "Der Vereinigunsvertrag erstreckt sich auf alle in der Gesellschaft durch ihre Mitglieder erzeugte Kinder. Sie gehören dem Staate, und dürfen, ohne dessen Einwillung, nicht aus ihm treten...

Ich gestehe selbst, dass mir das Schiksal des Menschen, durch seine Geburt an einen gewissen Staat gebunden zu seyn... nicht gefällt. Nur hartnäckiger Widersprechungsgeist kann sich gegen die so evidente Behauptung ergeben, dass kein Staat der Erreichng seines Zweckes sicher seyn könne, aus welchem die von seinen Mitgliedern Gebohrnen nach Belieben heraustreten dürfen...

Wenn kein Staat kein Zweck erreichen kann, wenn nicht immer fort die Sterbenden durch Gebohrne, die Kraftlosen durch Starke ersetzt werden, Staat aber überhaupt nothwendig für die Menschheit, im Besondern nothwendig für Eltern ist, um ihre Pflichten in Beziehung auf Erhaltung und Erziehung ihrer Kinder zu realisiren, so ist es nicht rechtswidrig, wenn die Eltern ihrer Kinder zu Bürgern des Staats bestimmen, und der Staat das Recht auf ihre Mitgliedschaft übernimmt...

Nur wenn die Angebohrnen mit in dem Vereinigungsvertrage begriffen sind, ist der Staat eine ewige Gesellschaft. Ein Staat, in welchen keine verhälthnismässige Menge von Menchen erzeugt werden kann, ist gar kein Staat, sondern blos ein Sicherheitsbund auf einige Zeit". Cfr. *Grundsätze*.., cit., §§ 10 y 11.

113. "Durch diesen Vertrag bekommt die Gesellschaft Grundgesetze, und es entsteht nun Staat... Die Grundgesetze des Staats bestimmen also: a) die rechtmässige Form der Verfassung; b) die rechtmässige Form der Regierung; die rechtsmässige Form des Widerstandes gegen rechtswidrige Regierung; d) die rechtmässige Form der Reformen des Staats". Cfr. *Grundsätze*.., cit., págs. 104-105.

114. "Die Grundgesetze des Staates dürfen keine durch die moralische Vernunft verbothene Anordnung enthalten; Verletzung einer unaufheblichen Menschenpflicht darf nie Mittel der Unterhaltung oder Vertheidigung des Staats seyn... er wäre innerlich nicht rechtsgültig, da die moralische Möglichkeit des zu realisirende Objekts und der Mittel Grundbedingung der Rechtsgültigkeit eines gesellschaflichen Vertrag für die Paciscenten ist". Cfr. *Grundsätze*.., cit., pág. 106.

objeto eterno del querer de las esencias finitas racionales"; pretende indicarnos Heydenreich que el contenido de las leyes fundamentales del Estado ha de ser necesariamente aquello que no pueden dejar de desear los hombres, y éste sería el criterio supremo de la juridicidad de estas leyes y de todas las demás, puesto que las leyes de rango inferior (este autor habla de *abgeleitete Gesetzen)* han de armonizar con las leyes fundamentales (115).

Sin embargo, este criterio orientador de la legislación, de factura rousso-niana, no nos puede llevar a pensar que Heydenreich , ni en general los kantianos más estrictos, propusieron una doctrina política de corte democrático igualitario. Al contrario, para aclarar las ideas, a continuación de lo expuesto, Heydenreich comienza el tratamiento acerca de los estamentos que componen el Estado. Son las leyes, explica este autor, las que deben "decidir acerca de la diversidad de los estamentos del Estado, concretamente, las leyes fundamentales para la clasificación de los ciudadanos. Al Derecho natural estatal le es lícito aceptar la diversidad de los estamentos como cosa necesaria, sin temor a incurrir en contradicción, ya que se sigue desde sus principios que esta diversidad y, al mismo tiempo, la igualdad civil completa son perfectamente compatibles" (116). Poco más adelante explica que la distinta significación política de los estamentos en un Estado se explica por la diversidad de las fuerzas de los ciudadanos de contribuir al Estado, y que cualquier otro principio de distinción es antijurídico. Ello se debe a que un estamento es una clase de ciudadanos que, bien por sus bienes bien por sus fuerzas corporales o intelectuales, están capacitados para realizar prestaciones especiales para el Estado, y ningún Estado es pensable sin la distinción de los ciudadanos en estamentos. En cuanto a la significación política de los estamentos, Heydenreich explica que "entre los diversos estamentos de un Estado domina la igualdad absoluta en lo que se refiere a los derechos civiles; pero pretender para todos ellos la misma participación en

115. "Das allgemeine Princip für alle Grundgesetz eines Staats ist: Sie müssen der ewige Gegenstand des Wollens vernünftiger Wesen seyen können... Die Grundgesetze bestimmen die unveränderliche Form der Mittel, den Zweck der bürgerlichen Gesellschaft zu erreichen. Alle andere abgeleitete Gesetze müssen mit jene Grundgesetzen harmonisiren. Ein abgeleitetes Gesetz is rechmäsig, wenn es den Grundgesetzen des Staats nach, Gegenstand des allgemeinen Wollens seiner Mitglieder seyn kann". Cfr. *Grundsätze..*, cit., pág. 108.

116. "Gesetze, welche über die Verschiedenheit der Stände entschieden: Grundgesetze für die Klassification der Bürger. Das natürliche Staatsrecht darf, ohne Widerspruch zu fürchten, Verschiedenheit der Stände als nothwendig im Staate annehmen, während sogleich aus seinen Prinzipien folgt, dass sich diese Verschiedenheit und vollkommene bürgerliche Gleichheit, den Rechten nach, sehr wohl zusammen vertragen". Cfr. *Grundsätze..*, cit., pág. 109.

los negocios del Estado sería contradictorio con la voluntad general" (117).

El último de los tres contratos, por los que se constituye el Estado es el contrato de sometimiento; "a través de este contrato los ciudadanos se obligan a obedecer al gobernante, y se manifiestan como súbditos... El contrato del gobernante con los súbditos es un contrato de apoderamiento, cuya fuerza vinculante procede de la naturaleza de este mismo contrato, por el cual la comunidad otorga el poder al *Oberherrn*" (118). El criterio de la juridicidad de una disposición del poder supremo, prosigue Heydenreich, consiste en que sea posible que tal disposición pueda provenir de la voluntad reunida de toda la comunidad, pues esta simple posibilidad decide acerca de la adecuación al Derecho de lo que dicte el gobernante; por tanto, el arbitrio del poder está limitado por los límites que implica la posibilidad del acuerdo de todas las voluntades en una disposición pactada, y esta posibilidad es el único y verdadero criterio del proceder adecuado al Derecho de un Gobierno (119). No se piense, sin embargo, a tenor de estas declaraciones, que Heydenreich está situando un límite preciso para prevenir posibles abusos de poder por parte del gobernante; teóricamente, este límite existe, tal como ha sido expuesto, pero a continuación explica que ningún ciudadano está capacitado para juzgar sobre la actuación del que detenta el poder, por lo que el gobernante queda por encima del juicio de los ciudadanos, sin más límites en su actuar que su propia conciencia. Por lo demás, es conocido que Kant y su Escuela no admitieron el derecho de resistencia frente al poder que obra injustamente, con lo que desaparece el último límite eficaz que pudiera existir frente a la autocracia; el gobernante, en la teoría jurídico-política kantiana, es un

---

117. "Die politische Verschiedenheit der Stände in einem Staat beruht auf der Verschiedenheit der Vermögen der Bürger, für den Staat zu leisten. Jedes andre Prinzip der Theilung ist entweder rechtswidrig oder zwecklos.
Ein Stand ist eine Klasse von Staatsbürgern, welche durch ihre Güter, oder geistige oder körperliche Kräfte fähig sind zu bestimmten besondern Leistungen für den Staat.
Kein Staat ist ohne verschiedene Stände denkbar. Die Anwendung derselben ist also ein nothwendiger Gegenstand des allgemeines Willens.
Unter den verschiedenen Ständen eines Staats herrsch vollkommene Gleichheit in Hinsicht der bürgerlichen Rechte. Allein gleicher Anspruch auf Theilnahme an den Geschäften des Staats würde den allgemeinen Willen widersprechen". Cfr. *Grundsätze..*, cit., pág. 120.

118. "Durch diesen Vertrag machen sich die Bürger gegen den Oberherrn zum Gehorsam verbindlich und erklären sich für Unterthanen... Der Vertrag des Oberherrn mit der Unterthanen ist ein Bevollmächtigungsvertrag, dessen verbindende und berechtigende Kraft aus der Natur des Geschäftes erkannt wird, zu welchem die Gemeinheit den Oberherrn bevollmächtig". Cfr. *Grundsätze..*, cit., págs. 152 y 154.

119. "Das Criterium der Rechtsmässigkeit einer Verfügung der höchsten Gewalt gesteht darin: ob es möglich sey, dass eine gewisse Verfügung der höchsten Gewalt aus dem vereinigten Willen der ganzen Gemeinheit entspringen könne. Die blose Möglichkeit dieses Falle entscheidet die Rechtsmässigkeit der Verfügung... Die Willkürhr des Oberherrn ist also nur durch die Grenzen der Möglichkeit der Einstimmung aller Willen in eine getroffene Verfügung eingeschränkt, und diese Möglichkeit ist das einzige wahre Criterium der Rechtmässigkeit einer Regierung". Cfr. *Grundsätze..*, cit., §§ 156-157.

"soberano" -en el sentido que se dió a este término en la Edad Moderna- aunque, teóricamente, está sometido a una *Rechtsmässigkeit*. Este tema lo trataremos con más detenimiento al tocar el problema de los límites del poder.

He expuesto detalladamente la teoría de Heydenreich sobre los contratos que dan origen a la sociedad política, sin apenas referirme a otros autores, porque la doctrina de la Escuela sobre este punto es marcadamente monótona; efectivamente los seguidores de Kant se limitan con indicar unánimemente que el Estado ha de constituirse mediante contratos, y he creido preferible exponer al autor que más extensamente desarrolla este tema que no echar mano de citas, aquí y allá, con lo que resultaría una exposición más farragosa y fragmentada. Con lo expuesto, a propósito de Heydenreich, queda bien representado el pensamiento de la Escuela crítica.

Restan aún, sin embargo, algunos puntos sin la aclaración suficiente. En efecto, ya estudiamos que Heydenreich se planteó el problema de por qué un contrato celebrado por una generación obliga a las generaciones siguientes; la solución que él proporcionó, fundamentada en el hecho de que el Estado no puede subsistir si sus ciudadanos lo abandonan, no encajaba con las explicaciones que Immanuel Kant había dejado sobre este tema. Jakob, también en 1795, abordó este problema, y sus explicaciones son más acordes con el espíritu que animaba a la Escuela kantiana.

Efectivamente, Jakob parte de que el contrato concluido por unas personas obliga también a los que no han tomado parte en él a causa del acuerdo de todos ellos sobre la propiedad del suelo o -en caso de que no sea propietario- por la voluntad de vivir sobre un territorio determinado. "Un Estado no puede subsistir, escribía Jakob, si todos los sucesivos propietarios y habitantes del suelo no están de acuerdo con el Estado; así se concluye el contrato de asociación primitivo, que encierra en sí la voluntad comunitaria de no permitir a nadie ser propietario del suelo o vivir sobre él sino bajo la condición de que él quiera al Estado y se someta a sus leyes" (120). De esto se sigue, continúa Jakob, que todos los descendientes están vinculados perpetuamente al contrato por el que se creó el Estado, si es que ellos quieren tener parte en el suelo del Estado y si, bajo ninguna otra condición, desean adquirir un solar en el Estado (121).

120 "Da nun ein Staat nicht anders bestehen kann, als wenn alle folgenden Eigenthümer und Beiwohner des Bodens ebenfalls in den Staat einwillen; so schlißt der ursprüngliche Vereinigunsvertrag zugleich den gemeinschaftlichen Willen in sich, Niemanden weder ein Eigenthum an dem Boden des Landes, noch einen Aufenhalt auf demselben zu verstatten, als unter der Bedingung, daß er selbst den Staat wolle und sich dessen Gesetzen unterwerfen". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., § 632.

121. "Hieraus folgt also, daß alle Nachkommen oder künftiger Geschlechter auf ewig an de Staatsvertrag gebunden sind, wenn sie anders Theil an dem Boden des Staats haben wollen, und daß sie unter gar keiner andern Bedingung ein Grundeigenthum im Staate erwerben können". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., § 637.

c) La realidad del contrato social.

La Escuela kantiana se planteó, desde sus mismos orígenes, qué tipo de realidad es la que corresponde al "contrato social". Algunos de los integrantes de la Escuela quisieron ver en esta figura un hecho, es decir, algo que se ha producido o se produce en las coordenadas espacio-temporales, y así fue como argumentaron, a favor de la existencia del contrato social, Jakob y Schmalz.

Jakob sostenía, a este respecto, que el contrato por el que se crea el Estado no es una simple idea para el enjuiciamiento, sino que tiene una realidad efectiva, ya que tal contrato ha sido concluido originariamente, y es aceptado por cada nuevo miembro que entra en el Estado. No importa, proseguía Jakob , que no sea un contrato celebrado expresamente, pues puede ser también un contrato tácito, y un contrato así no es una pura idea, sino que es un contrato efectivamente real, tan vigente como si hubiera sido celebrado expresamente (122). Los signos a través de los cuales podemos reconocer que se ha celebrado el contrato serían los siguientes: en primer lugar, si varias familias u hombres aislados, que no han vivido aún bajo ningún Estado, protegen sus derechos mutuamente y han acordado entre sí ciertas reglas que son una muestra segura de que quieren fomentar entre ellos una finalidad estatal; si esto es así, ellos han concluido el contrato social *(der Civilvertrag)* de forma tácita. Lo mismo sucede cuando alguien, en un Estado ya existente, adquiere un terreno, pues entonces él firma al mismo tiempo el contrato social y se somete a todas las peculiares condiciones jurídicas de él. Estamos ante este mismo hecho finalmente, si alguno realiza una acción que, según una regla general y positiva, debe ser considerada como un signo de que él quiere ser miembro del Estado; en tal caso, él concluye por su parte, de una forma eficaz, el contrato social con el Estado (123).

---

122. "Der Staatsvertrag ist daher nicht etwa blos eine Idee zur Beurtheilung, sordern er hat wirkliche Realität, ist ursprünglich geschlossen, und wird von jedem neuen Gliede, welches in dem Staat tritt, freywillig genehmiget, und mit dem bestehende Staate geschlossen. Und ob dieser Vertrag gleich kein ausdrücklicher Vertrag ist, so muß es doch ein stillschweigender seyn. Ein stillschweigender Vertrag ist aber nicht die bloße Idee eines Vertrages, sondern ein wirklicher reeller Vertrag, welcher eben so gültig ist, als ein ausdrücklicher". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., § 645.

123. "Daß nun ein ursprünglicher Civilvertrag wirklich geschlossen sey, kann nach folgenden Regeln mit Sicherheit erkannt werden:... 2) Wenn mehrere Familien und einzelne Menschen, die noch in keiner andern Staatsverbindung leben, nach gewissen Regeln sich ihre Rechte wechselseitig geschützt, und solche Einrichtungen unter sich getroffen haben, welche offenbare Beweise sind, daß sie dem Staatszweck wechselseitig in einander befördern wollen; so haben diese den Civilvertrag stillschweigend geschlossen. 3) Wenn jemand in einem schon bestehenden Staate ein Grundstück erwibt so schließt er zugleich stillschweigend den Civilvertrag, und unterwirft sich allen rechtlichen besonderen Bedingungen desselben. 4) Wenn jemand eine Handlund begeht, die nach einer allgemeinen auch positiven Regel als ein Zeichen angesehen wird, daß er Mitglied des Staats seyn wolle, so schließt er wirklich mit dem Staate den Civilvertrag an seine Seite". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., § 646.

El otro autor que argumentaba de forma parecida era Theodor Schmalz. "Algunos han explicado que estos contratos son simples hipótesis de los publicistas... ¡Hipótesis! Los contratos sobre los que el Estado está fundamentado no son hipótesis, sino hechos verdaderos, indudables, ciertos, aunque no son contratos que antiguamente nuestros padres hubieran concluido... Es sencillo de entender que los contratos de asociación, para constituir el Estado, y el de sometimiento bajo nuestro soberano, no han sido un hecho pasado, sino que están sucediendo continuamente. Todo habitante de una región quiere seguridad en sus derechos, y exige, como su derecho, que el Estado le garantice a él precisamente esa seguridad. El Estado, como contraprestación, exige obediencia de cada habitante de su territorio" (124). Más adelante indica que "El contrato de asociación en el Estado no es otra cosa que la voluntad general de todos acerca de que los derechos de cada uno, así como los de la totalidad, sean asegurados frente a todo peligro por la voluntad comunitaria de todos... Este mismo querer general constituye el contrato de asociación, que nunca ha sido concluido, sino que siempre es celebrado de nuevo, no mediante palabras o signos sino a través de mil prestaciones recíprocas" (125).

Sin embargo, esta tesis se adecuaba mal a la teoría kantiana, y éste fue el motivo por el que no fue seguida por la mayor parte de los integrantes de la Escuela. El problema, para admitirla, estribaba en que, si se concebían las relaciones entre el individuo y el Estado según un simple esquema contractual, sobre estas relaciones debería recaer la libertad que es propia del Derecho de obligaciones; en tal caso, cada sujeto sería libre para hacer o no vida social, o para abandonar la vida política una vez iniciada, etc..., y esto no era admisible toda vez que Kant había mantenido que la vida social y política era una obligación del individuo, a la que podía ser forzado, y no algo que dependiera del arbitrio de

---

124. "Einige haben diese Verträge für blosse Hypothesen der Publicisten erklärt... Hypothesen!... Aber die Verträge, auf welche der Staat gegründet ist, sind auch nicht Hypothesen, sondern wahre, unzweifelhafte, gewisse Fakta; aber nicht Fakta von ehedem, nicht Verträge, welche unsre Väter geschlossen... Es ist so einfach, das die Verträge der Vereinigung zum Staate und der Unterwerfung unter seinen Souverain, wirkliche Fakta sind, welche nicht geschehen sind, sondern immer fortfahren, zu geschehen. Jeder Eiwohner des Gebiets will Sicherheit seiner Rechte, und fordert, als sein Recht, dass der Staat grade ihm diese Sicherheit gewähre. Der Staat hinwieder fordert von jedem Einwohner des Gebiets Gehorsam". Cfr. *Handbuch..*, cit., págs. 257-259.

125. "Der Vereinigunsvertrag im Staate ist nicht andres als das allgemeine Wollen Aller, dass von Allen gemeinschaftlich, die Rechte jedes Einzelnen wie das Ganzen, gegen jede Gefahr gesichert werden solle... Dies allgemeine Wollen selbst ist der Vereinigunsvertrag, nie geschlossen, sondern immer von neuen geschlossen, nicht durch Worte noch Zeichen, sonden durch tausen gegenseitige Leistungen, ewig erneuert, ewig auf ewige Gegenleistungen bedingt". Cfr. *Handbuch..*, cit., pág. 261.

cada cual. Ciertamente, con esta afirmación Kant abandonó la libertad que él concedía al individuo autónomo y libre; por este hecho, en esta materia, su teoría ética no encuentra ninguna aplicación, lo que puede ser entendido como una muestra de la incapacidad de los fundamentos de su doctrina para explicar la realidad; en cualquier caso, estamos ante una flagrante incoherencia, hecho que es especialmente doloroso para un autor que pretende ser "sistemático".

Lo cierto es que, desde los mismos inicios de la Escuela, sus integrantes mantuvieron que el "contrato social" es el fundamento necesario del Estado, y esta afirmación de su necesidad es absolutamente independiente tanto de los hechos del mundo como de las relaciones de la Historia. Pues el Derecho natural estatal no tiene la finalidad de explicarnos el surgimiento de los Estados en el mundo real, sino de determinar según los principios de la razón cómo deben surgir y, por ello, proporcionarnos fundamentos para la crítica de los Estados realmente existentes (126). El contrato que da origen al Estado es, de acuerdo con esta argumentación, una "idea" de la razón, escribe Heydenreich que, tal como Kant explicó, tiene una realidad práctica indiscutible (127). Esta tesis es la que mantiene la mayoría de los epígonos kantianos; la seguía Mellin para quien tanto el contrato de asociación como el contrato por el que se crea el Estado son ideas de la razón práctica a tenor de los cuales no se explica cómo ha surgido fácticamente cada Estado, sino que sirven para enjuiciar cualquier ley pública (128). Reiner explicaba que "esta idea del contrato originario no necesita para su vigencia, de ningún hecho o de un documento; ella es una idea jurídico-política, que, como todas las ideas prácticas de la razón, posee una realidad innegable y que, como tal, es el principio de fundamentación, de orientación y de mantenimiento de cualquier vida social" (129).

---

126. "Ausserdem würde er begreifen, den Vertrag keineswege beliebige, sondern nothwendige Grundlage derselben ist, und die Behauptung seiner Nothwendigkeit von dem Thatsachen der wirklichen Welt, und den Relationen der Geschichte ganz unabhängig ist... (Das natürliche Staatsrecht) hat nicht den Zweck, uns die Entstehung der Staaten in der wirklichen Recht zu erzählen, sondern nach Principien der Vernunft zu bestimmen, wie sie entstehen sollen, und eben dadurch Grundsätze für die Kritik der wirklichen Staaten aufzustellen". Cfr. Heydenreich, *Grundsätze..*, cit., § 1.

127. Cfr. op. cit., pág. 23.

128. "Also muss durch die Zusammenstimmung des Willens aller bestimmt werden, wie durch die vereinigte Macht aller Sicherheit der Rechte und des Eigenthums erlangt werden soll; diese Bestimmung, welche durch den Willen aller den Willen jedes Eizelnen verbindet, hat gesetzliches Ansehn und heisst die öffentliche (positive) Gesetzegebung. Der Act des allgemeinen Willens aber, wodurch die Menge (Aggregat) ein Volk (Association) wird, die Constitution". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 193.

129. "Diese Idee des ursprünglichen Vertrages bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht eines Fakt, oder eines Dokument; sondern sie ist eine rechtliche praktische Idee, die, wie alle praktische Ideen der Vernunft, ihre ungezweifelte Realität hat, und als solche, das Princip der Gründung, Einrichtung und Erhaltung jedes Gemeinwesens ist". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., § 23.

De esta forma, la teoría del contrato social como constitutiva del Estado quedó reducida a la consideración de tal contrato como una idea reguladora de la razón, que se muestra especialmente eficaz en el momento de considerar la validez jurídica de las leyes emitidas por el gobernante; podríamos decir que, en Kant y su Escuela, la efectividad de la idea del contrato social se desplaza desde el momento de la constitución del Estado a un estadio posterior, es decir, al del enjuiciamiento de las leyes que dicta el soberano una vez constituido el Estado. Efectivamente, es aquí, en este segundo estadio, donde esta idea encuentra aplicación; no tiene operatividad, en cambio, en la explicación de la génesis del Estado, en donde la doctrina del contrato social fue sustituida, de hecho, por la tesis según la cual someterse al Estado es un postulado de la razón práctica. Así lo explicaba Zachariä, para quien "la unión en el Estado no se fundamenta en un contrato (y ésta es una opinión que ha tenido una secuela de errores peligrosos), sino en una obligación jurídica. Esta obligación jurídica contiene el mandato de, bien fundar un Estado, o bien admitir el poder estatal ya existente" (130) Bauer explicaba esta misma tesis con palabras parecidas: "La creación del Estado, en tanto que éste es una sociedad orientada a la realización del *status* jurídico, no un simple producto de la prudencia, o de la necesidad, sino que la ley del Derecho la explica como necesaria"(131).

De forma consecuente con la impositividad que es propia de un postulado de la razón práctica que ordena entrar en el Estado, la Escuela mantuvo que todo hombre tiene no sólo el derecho y la obligación de ingresar en un Estado, sino que le corresponde el derecho de forzar a los demás para que hagan vida social. En el comienzo de la Escuela, Schmalz explicó que el delincuente podía ser forzado por la persona ofendida por él a entrar en sociedad (132), a fin de que se le hiciera justicia, pero no fue más allá; sin embargo, pronto se impusieron tesis más típicamente kantianas y expresaron con claridad el deber de abandonar el "estado de naturaleza" para crear una sociedad civil. Este fue el caso de Reiner quien, en su *Allgemeine Rechtslehre nach Kant,* indicaba que a la obligación jurídica inalienable de fundar un estado de Derecho público corresponde necesariamente un derecho coactivo a favor de cada cual, a fin de que éstos puedan forzar a aquel que entre en contacto con ellos a entablar una relación

130. "Die Staatsverbindung beruht also nicht auf einen Vertrage, (eine Meinung, die eine Menge höchst gefährliche Irrthümer zur Folge gehabt hat) sondern auf einer Rechtspflicht. Diese Rechtsplicht enthält das Gebot, theils einen Staatsverein zu schließen, theils eine schon bestehende Staatsgewalt anzuerkennen". Cfr. *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleintung zu einem allgemeinen Gesetzbuche*. Leipzig, 1806, pág. 154.

131. "Die Errichtung des Staats, als einer auf Realisirung des rechtlichen Zustandes abzweckenden Gesellschaft, ist nicht aber bloser Erzeugniss der Klugheit, oder der Noth, sondern das Rechtsgesetz erklärt solche für nothwendig". Cfr. *Elementarsystem..*, cit., § 211.

132. "Auch wider seinen Willen kann der Verletzer von Verletzten gezwungen werden, eine Gesellschaft mit ihm einzugehen". Cfr. *Das reine Naturrecht..*, cit., § 133.

jurídica (133). Reidenitz expuso esta misma idea de forma más escueta, pero también contundente: "todo hombre tiene la obligación de unirse al Estado, y le corresponde también el derecho de forzar a aquel que quiere vivir junto a él, de entrar en una unión estatal, pues un enemigo de la constitución del Estado es un enemigo de toda la Humanidad" (134).

Este tipo de consideraciones llevaban a Landsberg a concluir que si tomamos algunas frases kantianas tal como suenan, se podría pensar que Kant tomó de la tradición iusnaturalista la figura del contrato social como explicación del origen del Estado; pero este contrato no es en la teoría kantiana algo que los hombres pueden pactar libremente, sino que viene ordenado por el imperativo categórico; por esto, si el último fundamento del contrato no es el arbitrio de los hombres, no es el contrato, sino el deber moral el que se expresa en el imperativo categórico (135).

4.- LA FINALIDAD DEL PODER POLITICO.

La teoría kantiana sobre la naturaleza, contenido o límites del poder político es una doctrina que está determinada por la finalidad que los iusnaturalistas acordaron dar al Estado; por este hecho, las consideraciones hasta ahora expuestas constituyen únicamente esa fundamentación conceptual que es imprescindible al teórico de la política para obtener mayor credibilidad; no existe, pues, una determinación de la teoría política por unos presupuestos filosóficos o antropológicos previos, sino que más bien estos presupuestos fueron elegidos en función de su idoneidad para alcanzar los fines que se propuso la escuela del Derecho natural.

Esta escuela pretendía ante todo, igualdad política y libertad económica, y todas las digresiones que hemos estudiado acerca del hombre como fin en sí mismo, el *status naturae*, el contrato como único origen posible de la sociedad, etc... sólo eran intrumentos al servicio de esta finalidad. El camino que siguieron para alcanzarla fue trazado mediante la afirmación, en un primer momento, de la igual libertad de todos los hombres, el derecho a la propiedad adquirido en el estado de naturaleza, para pasar, en una segunda etapa, a mantener que la

---

133. "Dieser unerlässlichen Rechtsverbindlichkeit, so einen öffentlich rechtlichen Zustand zu stiften, steht, als solcher, nothwendig ein Zwansrecht gegenüber, jeden andern, mit dem man in wechselseitige Verhältnisse kömmt, zur rechtlichen Verbindung zu nöthigen". Cfr. op. cit. 2. *Theil* § 11.

134. "Jeder Mensch hat die Pflicht zum Staate sich zu verbinden, und das Recht jeden, der neben ihm wohnen will, zu nöthigen, in die Staatsverbindung zu treten. Denn ein Feind der Staatsverfassung, ist ein Feind der ganzen Menschheit". Cfr. *Naturrecht*.., cit., § 110.

135. Cfr. *Geschichte*.., cit., *Dritte Abhandlung, Erster Halband*, pág. 508.

finalidad exclusiva del poder público, creado mediante el contrato social, sólo puede consistir en el mantenimiento, asegurado por la fuerza de la sociedad, de aquella libertad primera y de las propiedades existentes.

De esta forma, el fin del Estado se resume en una expresión: asegurar los derechos que ya se poseen, es decir, la libertad y la propiedad, lo que no suponía otra cosa, en aquel momento, que afianzar, en el plano universitario, las demandas de un Estado liberal; para la consecución de este fin, la escuela del Derecho natural y, dentro de ella, este último coletazo suyo que es la Escuela kantiana, crearon sus respectivos sistemas de ideas, substancialmente concordes.

Pasemos ahora a estudiar cómo articularon los kantianos su propuesta acerca de la única finalidad racional posible para el Estado.

a) La polémica anti-eudemonista.

"Desde Hugo Grotius, observaba Friedrich Murhard en 1.832, la mayor parte de los juristas y políticos han considerado al Estado como una sociedad de seguridad. Pufendorf expresamente indicaba: ad pacem et securitatum communem; Böhmer: tutioris vel tranquillioris vitae gratiae. También David Hume encuentra el fin del Estado en la paz y en el orden..."(136). "En tiempos más recientes otros autores, como es el caso, por ejemplo, de Lüder o Adam Smith, han querido hacer de la seguridad el único fin del Estado" (137).

Las razones de por qué el aseguramiento de los derechos fue considerado como el fin exclusivo del poder político nos las expone, resumidamente, Murhard. Según este autor, bajo el Despotismo monárquico que comienza en el Siglo XVIII, se perdieron de vista los fines altos y generales que los antiguos publicistas habían atribuido al Estado, y en su lugar se afirmó la seguridad jurídica como única finalidad del poder estatal. En la consecución más completa posible de este único fin del Estado se dieron por satisfechas las esperanzas de muchos hombres, de modo que el Estado que se aproximara a este ideal aparecía como un Estado modelo; por este motivo los publicistas alemanes, ya desde Benedicto Winckler en el siglo XVI, entendieron que la finalidad del Estado consistía en crear seguridad jurídica (138).

Efectivamente, en una época en la que el Déspota ilustrado aparecía como padre providentísimo era peligroso conceder al gobernante potestades que potenciaran sus atribuciones paternales. El monarca despótico del siglo XVIII justificaba su actuación autocrática alegando el derecho y el deber que le correspondían para hacer felices -a la fuerza- a sus súbditos; a este fin, los

136. *Der Zweck..*, cit., pág. 131.
137. *Der Zweck..*, cit., *Vorrede*, pág. XXV.
138. Cfr. *Der Zweck..*, cit., pág. 90.

teóricos del despotismo ilustrado, como es el caso de Thomasius, hablaron del fomento de la felicidad, de la prosperidad pública, etc. Lógicamente, en el empeño académico por limitar los poderes del Monarca, uno de los primeros temas a tratar era el de la finalidad del poder del gobernante, para proceder a limitar sus atribuciones, y la solución que encontró la escuela del Derecho natural, tal como ha expuesto Murhard líneas atrás, fue la de dejar reducidas tales funciones a la de crear seguridad en el disfrute de los derechos que ya habían sido adquiridos en el "estado de naturaleza".

Schmalz exponía esta situación intelectual -en la que se encontró de hecho todo universitario del siglo XVIII que pugnó contra el régimen político dominante en ese momento- de forma muy gráfica. "Nuestros antiguos filósofos de la política entendieron empíricamente el concepto del Estado, y tomaron el fomento de la felicidad como un fin de éste; un enorme rebaño de economistas (así se entendían ellos) explicaron la Política, la Cameralística como esfuerzos loables de buenos gobernantes por fomentar la cultura y la riqueza y se creyó que todo esto se podía comprender en las ideas de felicidad, de bienestar como fin del Estado... Con razón Kant y otros nos han recordado cuán indeterminado es el concepto de felicidad" (139).

El flanco más débil que encontró el Derecho natural tardío en la doctrina eudemonista fue la relatividad de la idea de felicidad cuando se le refiere a hombres distintos, ya que lo que hace feliz a uno puede, muy bien, hacer infeliz a otro, y éste fue el argumento omnipresente en las obras kantianas para atacar las diversas teorías eudemonistas existentes en el último tercio del siglo XVIII. La felicidad, en efecto, fue entendida como una cuestión estrictamente personal, en la que ningún hombre puede ser forzado; en este sentido, indicaba Feuerbach, "¿cuál es el fin de la sociedad civil? ¿con qué intención entramos nosotros en el Estado? Ingresamos en el Estado no buscando la felicidad, sino por causa de la justicia, no para vivir felices y agradablemente, sino para vivir tranquilos y libres, pues la felicidad no puede ser el fin de una sociedad civil porque tal sociedad nunca puede alcanzar este fin. La razón es que cada hombre tiene su *propia* felicidad y, siendo esto así, ¿cómo sería posible al Estado dar a cada hombre lo que él le exigiera y omitir todo aquello que cada sujeto quisiera reservarse? (140).

---

139. "Empirisch fassten unsre ältern Staatsphilosophen auch den Begriff des Staats auf. Glükseligkeit zu befördern hielten sie für seinen Zweck. Ein grosses Heer von Staatswirthen (wie sie sich glaubten), lehrten darum die Politik, die Kameralistik als eine Kunst, die Menschen zu beglücken... Man sah das löbliche Bestreben wahrer Regenten, Reichthum und Kultur zu befördern, und glaubte nun das alles am besten in dem Begriff: Glückseligkeit, Wohlstand, als Zweck des Staates begreifen zu können... Mit Recht nun ist von Kant und andern erinnert, wie unbestimmt schon den Begriff Glückseligkeit sey". Cfr. *Handbuch*.., cit., págs. 196-197.

La razón que le mueve a mantener esto la explicita más adelante, cuando explica que "lo agradable y lo desagradable, su aumento o disminución son objeto del sentimiento, no del entendimiento o de la razón; para ellos no existe ningún peso o medida" (141). Karl Heinrich Gros, cuando toca este tema, desvela mejor los motivos últimos que le mueven a oponerse a que el Estado procure la felicidad de sus súbditos: "Hacer a otro feliz, u obligarle a llevar por la fuerza una vida moral, es, en sí misma una empresa contradictoria y antijurídica. Ciertamente, felicidad y moralidad son los fines necesarios de los hombres que viven en un Estado, pero estas cosas no pueden constituir el fin del Estado mismo... El bien del Estado no debe ser confundido con la felicidad de los ciudadanos. La combinacion de ambos conceptos hace que la conocida frase: *Salus publica suprema lex esto* se convierta en el arma más peligrosa del despotismo" (142).

Además, estos kantianos entendieron que forzar a la felicidad o a la moralidad suponía una actitud incompatible con la libertad y autonomía propias del hombre. Por ello, Jakob entendía que la libertad no puede manifestarse en el hombre de otra forma que mediante el uso libre de sus fuerzas corporales, al margen de cualquier coacción, y este derecho a usar libremente las fuerzas corporales encierra en sí el derecho a vivir virtuosa o viciosamente, a ser feliz o infeliz, a elegir los medios, idóneos o no, para alcanzar la felicidad; nadie tiene, según la Naturaleza, el derecho de forzar a otro que es consciente de su libertad, para que actúe virtuosamente o no, o a imponerle contra su voluntad una determinada felicidad, o, en general, a impedirle el libre despliegue de su actividad siempre que con él no vulnere el derecho de otro al uso de su libertad

---

140 "Aber was ist denn der Zweck des bürgerlichen Vereins? In welcher Absicht treten wir in den Staat? Wir treten in den Staat nicht um der Glückseligkeit, sondern um der Gerechtigkeit willen: nicht, um glücklich und angenehm, sondern um ruhig und frei zu leben. Denn Glückseligkeit kann nie der Zweck einer bürgerlichen Gesellschaft seyn, weil sie nie diesen Zweck erreichen kann. Jeder Mensch hat ja seine eigne Glückseligkeit, wie sollte es also dem Staate möglich seyn, jedem einzelnen zu geben, was er verlangt, und das zu lassen. was er gern behalten möchte?". Cfr. *Anti-Hobbes*.., cit., pág. 74.

141. "Das Angenehme und Unangenehme, die Vermehrung und Verminderung desselben sind bloss Gegenstände des Gefühls, und nicht des Verstandes oder der Vernunft. Es giebt für sie keine Elle und kein Gewicht". Cfr. *Anti-Hobbes*.., cit., pág. 75.

142. "Den Andern wider seinen Willen glücklich oder sittlichgut machen zu wollen, ist eine an sich widersprechende und zugleich widerrechtliche Unternehmung. Zwar ist Glückseligkeit und Sittlichkeit der nothwendige Zweck aller im Staate lebenden Menschen, aber darum nicht der Zweck des Staats selbst... Das Wohl des Staats ist nicht zu verwechseln mit der Glückseligkeit der Staatsgenossen. Die Verwechslung beyder Begriffe macht der bekannten Satz: *salus publica suprema lex esto*, zur gefährlichsten Waffe für den Despotismus". Cfr. *Lehrbuch*.., cit., §§ 318-319.

(143). La Escuela entendió, siguiendo estrechamente lo que Kant había dejado expuesto en su artículo: *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig seyn, taugt aber nicht für die Praxis,* que el gobierno que pretendiera cuidar la felicidad de los súbditos, sería un Gobierno paternal, en el que los súbditos se verían tratados como menores de edad, y éste es el peor de los despotismos (144).

b) El aseguramiento de los derechos como único fin racional del estado.

Desde el rechazo de la búsqueda de la felicidad para los súbditos, por parte del Estado, la Escuela mantuvo que el fin de la sociedad civil (estos autores no distinguen entre sociedad civil y Estado y, en consecuencia, a cualquier tipo de sociedad política la llaman "Estado") no podía ser otro que el aseguramiento de los derechos del hombre, fundamentalmente la libertad y la propiedad. Dado que la libertad individual es el eje de la doctrina ética, jurídica y política kantiana, -al menos si consideramos tal doctrina desde su perpectiva más teórica y filosófica- con frecuencia los kantianos y otros autores influidos por ellos, sostienen que el fin inmediato del Estado es hacer posible la libertad externa de cada sujeto.

Así es como argumentaba Heydenreich, en época muy temprana: "A través de una unión de este tipo surge una sociedad que no puede tener otro fin que el de asegurar a cada miembro suyo un estado en el que él, en tanto que esencia que posee su propio fin, pueda ser y actuar libremente" (145). Incluso los idealistas, influidos muy fuertemente por la Filosofía kantiana, en su primera etapa entendían que el fin del Estado no puede consistir sino en hacer posible la

---

143. "Die Freyheit kann sich in dem Menschen nicht ander offenbaren, als durch den freyen und von allem Zwange unabhängigen Gebrauch der naturlichen Kräfte... Das Recht auf den freyen Gebrauch der Kräfte des Menschen schließt also auch das äußere Recht in sich, nach Belieben tugendhaft oder lasterhaft zu seyn, sich nach Belieben glücklich oder unglücklich zu machen; zweckmäßige oder unzweckmäßige Mittel zu seiner Glückseligekeit zu wählen; also: Niemand hat von Natur ein Recht, einen Menschen, der sich seiner Freyheit bewußt ist, wider seinen Willen zu zwingen, tugendhaft oder nicht tugenhaft, lasterhaft oder nicht lasterhart zu handeln; ihm eine Glückseligkeit wider seinen Willen aufzudringen, oder ihn in Hervorbringung der seinigen zu hindern, wenn er in so weit er keines andern Rechte durch den Gebrauch seiner Freiheit verletzt". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., §§ 206 y 210.

144. Mellin explicaba, a este propósito, que "Die Pflichten des Oberhaupts sind nicht in dem Satz enthalten befördere die Glückseligkeit der Unterthanen; denn das gäbe eine väterliche Regierung, durch welche die Unterthanen als Unmündigen behandelt werden würden". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 254.

145. "Durch eine Verbingung dieser Art entsteht eine Gesellschaft, die keinen andern Zweck hat, als den, einem jeden Mitgliede einen Zustand zu sichern, in welchen es als ein Wesen, welches Zweck an sich ist, äusserliche frey seyn und wirken könne". Cfr. *System..*, cit., pág. 201.

libertad. "La obligación -escribía Feuerbach- no dice: *Exeundum est e statu naturali*. La razón práctica planteó a la teoría este problema: encontrar un estado en el que la libertad del hombre esté asegurada o, con otras palabras, lograr un estado de seguridad en el que el hombre sea tan libre como debe ser de acuerdo con su naturaleza racional" (146). Hasta el Fichte maduro, en plena rebeldía contra Kant en algunos puntos fundamentales, participaba de esta opinión (147).

Pero si consideramos el conjunto de la Escuela, sus integrantes desbordaron, por lo general, los límites estrechos de la protección de la libertad individual y proclamaron que la misión del Estado es defender los "derechos perfectos" *(vollkommne Rechte)* que poseían los hombres antes de constituir la sociedad política. De esta forma, Hufeland argumentaba que puesto que la coacción está permitida solamente a fin de mantener los derechos perfectos, esa creación de los hombres en la que se ejerce la coacción, que es el Estado, no puede tener otro fin que el mantenimiento de todos los derechos perfectos; el aseguramiento de los derechos se llama *seguridad,* por lo que el fin del Estado puede ser entendido bajo este nombre (148). Jakob, en una exposición de un sabor roussoniano, explicaba que aunque todo el que entra en un Estado pierde una cierta parte de su libertad, él, sin embargo, gana mucho más de lo que pierde; pues él sacrifica sólo una parte de sus fuerzas por la comunidad, pero recibe las fuerzas de todos los demás, esto es, la fuerza de toda la comunidad para la protección de sus derechos (149).

Sobre este tema, los kantianos se limitaron con afirmar, masivamente, que el fin del Estado sólo puede ser el de crear seguridad en el disfrute de los derechos naturales, sin proporcionar ninguna explicación acerca de por qué esto es así.

---

146. "Daher sagt uns die Pflicht: Exeundum est e statu naturali! Die praktische Vernunft hätte also der theoretische das Problem vorgelegt: einen Stand aufzufinden, in welchem die Freiheit des Menschen gesichert ist, oder mit ander Worten: einen Stand der Sicherheit, in welchem der Mensch so frei ist, als er seiner vernünftige Natur gemäss, seyn soll". Cfr. *Anti-Hobbes..*, cit., pág. 19.

147 "...die Untersuchung über die äusserlichen Bedingungen dieses durchaus freien und geistigen Lebens: die Abschilderung eines vorauszugebenden Weltzustandes, falls es zu der geforderten sittlichen Freiheit im Allgemeinen kommen solle... und dies ist denn eigentlich mein Vorhaben mit diesen Vorlesungen: die äussern in der gegebenen Welt liegenden Bedingungen der sittliche Freiheit darzustellen". Cfr. *Die Staatslehre..*, cit.., pág. 26.

148. "Da Zwang nur zur Erhaltung der volkommen Rechte erlaubt ist; so ist es aucht nicht erlaubt, für die Einrichtung, wodurch die Kräfte mehrerer Menschen zur Ausübung des Zwanges vereinigt werden, für den Staat, einen andern Zweck als die Erhaltung der vollkommen Rechte anzunehmen... Erhaltung der vollkommen Rechte heisst auch Sicherheit; der Zweck des Staats kann daher auch unter diesem Name aufgeführt werden". Cfr. *Lehrsätze..*, cit., §§ 430-431.

149. "Ob daher gleich ein jeder, der in den Staat tritt, einen gewissen Theil seiner Freyheit verliehrt; so gewinnt er doch von andern weit mehr dafür, als er weggiebt. Denn er opfert nur einen Theil seiner Kräfte für das gemeinen Wesen auf, erhält aber dagegen die Kräfte aller übrigen zusammen genommen, d.i. das ganzen gemeinen Wesens zum Schutz seiner Rechte". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, § 624.

Este es el caso de Schmalz, que explicaba que "el fin del Estado es éste único: seguridad de nuestros derechos perfectos y externos. ¿Acaso no quieren todos esta seguridad? Si esto es así, en toda sociedad sus miembros quieren tal fin" (150). Mellin mantenía que el fin del Estado no puede ser procurar la felicidad de los ciudadanos; este fin no es otro que seguridad de los derechos y de la propiedad (151). Thibaut, aunque no es propiamente un integrante de la Escuela kantiana, pero sí se encuentra muy influido por Kant, escribía que "una sociedad, en general, es una reunión de varios hombres para alcanzar un fin comunitario, y existen tantos tipos de sociedades como fines pensables; si el fin último es obtener seguridad para los derechos naturales coactivos de cada cual, y varios hombres se obligan a la consecución de este fin, tal sociedad se llama un Estado" (152). Una opinión similar mantienen Gros (153) y Thomas (154).

Otros epígonos de Kant elevaron a un primer plano la protección de la propiedad en tanto que motivo fundamental por el que se crea el Estado. Estos fueron los casos de Klein y Bendavid; el primero de estos autores entendía que como ciudadanos, el súbdito tiene aquellos derechos que son un correlato de la obligación del Estado de protegerle a él y a su propiedad, ya que, aunque la protección de la propiedad es el objeto principal de la unión en el Estado, sin embargo, no es éste el único fin del Estado (155). Lazarus Bendavid, desde un angulo más estrictamente kantiano, escribía que "la protección de la propiedad a la que el pueblo reunido contempla como el fin de su asociación, no se refiere

---

150. "Der Zweck des Staats ist keiner als der einzige: Sicherheit unserer Wollen bey jeder Gesellschaft alle Glieder den Zweck derselben". Cfr. *Das reine Naturrecht..*, § 135.
151. "Wenn Glückseligkeit ein sehr zufälliges practisches Princip ist, so kann Glückseligkeit aller Mitglieder nicht der Zweck des Staates seyn... Sondern der Zweck des Staats ist Sicherheit der Recht und des Eigenthums". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 191.
152. "Gesellschaft überhaupt heißt eine Vereinigung mehrerer Menschen zur Erreichung eines ihnen gemeinschaftlichen Endzwecks. So viele besondere Endzwecke sich denken lassen, eben so vielerley Arten der Gesellschaft giebt es. Besteht dieser Endzweck in der Sicherheit der natürlichen Zwangsrechte eines jeden, und verpflichten sich mehrere, vereint zur Erreichung desselben mitzuwirken: so heißt eine solche Gesellschaft Staat". Cfr. *Juristische Encyclopädie..*, cit., § 15.
153. "Diss führt auf die Idee des Staats als einer Verbindung der Menschen zur allgemeinen Sicherstellung ihrer Rechte". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 46.
154. "Der Staat ist durch die Grundverträge zu Beförderung der Rechtssicherheit der Bürger, als worauf ja lediglich sein Daseynn beruht, verbunden. Die Annäherung und Erreichung desselben ist aber bedingt durch das Würken und Streben der Bürger, folglich muss auch die Befugniss des Staats gegründet sein, die Handlungsthätigkeit aller Glieder durch unbedingt nothwendige Normen, d.i. Gesetze, diesem Zwecke gemäs zu lenken". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 238.
155. "Obgleich der Schutz des Eigenthums ein Hauptgegenstad der Staatsverbindung ist, so ist er doch nicht der einzige... Als Bürger im weitern Sinne hat jeder Unterthan diejenigen Rechte, welche eine Folge der Pflicht des Staats sind, ihn und sein Eigenthum zu schützen". Cfr. *Grundsätze..*, cit., §§ 485 y 494.

únicamente a los ataques que la propiedad de un ciudadano puede surgir por parte de otros, sino también a aquellos que pueda sufrir el pueblo por parte de otro pueblo... Puesto que el Soberano se obliga a proteger la propiedad, tiene él el derecho a dar leyes para la guerra" (156). En consecuencia, según Bendavid, el derecho de la guerra es una secuela de la protección jurídica de la propiedad.

Destacaba Wicke, sobre este tema, que Kant fundamentó el Estado a partir de la necesidad de la protección legal de los derechos provisorios, de modo que ésta era su única misión, ya que Kant rechazó expresamente que el Estado tuviera fines económicos o de fomento del bienestar común; en estas cuestiones, es decir, en lo referente al bienestar o felicidad, "cada cual debe buscar su propio camino", de acuerdo con su opinión personal. De hecho, mantuvo Kant, un Gobierno que cuidara del bienestar o de la felicidad de sus súbditos constituiría "el más amargo despotismo", pues impondría a los ciudadanos su propio ideal de felicidad, y, con ello, limitaría su libertad, con lo que su actuación devendría inmediatamente antijurídica.

Los kantianos, tanto los más estrictos como los autores simplemente influidos por Kant, siguieron estrechamente esta manera de considerar la finalidad del Estado. Fries, por ejemplo, negaba que la educación fuera un fin jurídico del Estado, que se encontrara fundamentado en la ley jurídica *(Rechtsgesetz);* la educación, para este autor, es un fin "político", es decir, una concesión que puede hacer el Estado atendiendo a las circunstancias. Schmalz explicaba, también sobre este tema, que "ciertamente el Estado debe fomentar la formación en orden a la perfección de los hombres, o por lo menos no impedirla; pero su fin inmediato es la libertad" (158). De esta forma, en Kant y su Escuela, el Estado es, estrictamente, una sociedad -en el sentido iusprivatista del término- que está vinculada a la realización de los fines que le marca lo que ellos llamaron la " ley del Derecho" o *Rechtsgesetz,* que no son otros que la protección de los derechos (libertad y propiedad) que corren peligro en el "estado de naturaleza". En este contexto, la opinión de González Vicén sobre Kant, según la cual "el Estado deja de ser un medio para la realización de determinados fines, y se convierte en algo revestido de racionalidad absoluta por su propio concepto" (159) sólo puede ser

---

156. "Die Sicherheit des Eigenthums, die das gesammte Volk als Zweck seiner Vereinigung ansieht, bezieht sich nicht bloß auf Eingriffe, die ein Bürger durch den andern, sondern die es als Volk (gens) von einem andern Volke erleiden könnte... Da nun der Souverän die Sicherstellung des Eigenthums wahrzunehmen obliegt; so hat er auch das Recht Gesetze für den Krieg zu machen". Cfr. *Versuch einer Rechtslehre*. Berlin, 1802, § 529.

157. Cfr. *Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., págs. 40-41.

158. "Freilich soll auch der Staat die Menschen zur Vollendung bilden oder diese Bildung nicht hindern, sondern befördern; aber sein nächster Zweck ist Freiheit". Citado por Murhard en *Der Zweck..*, cit., pág. 334. Se trata de una cita del discurso de apertura de curso pronunciado por Theodor Schmalz en 1811 en la Universidad de Berlin.

159. *De Kant a Marx..*, cit., pág. 84.

entendida como un homenaje apasionado, y, por ello, fuera de la realidad, a la figura de Kant.

c) La naturaleza de la sociedad política.

La naturaleza de la sociedad política, o Estado, resulta necesariamente de la finalidad que estos autores le atribuyeron. En efecto, al ser concebido el Estado como un producto de las fuerzas reunidas de todos con el único fin de hacer posible el disfrute tranquilo de los "derechos naturales" -que se reducen a los derechos de libertad y propiedad- los kantianos consideraron a la unión estatal como una sociedad de defensa de estos derechos, que se rige por las normas del Derecho de obligaciones.

Hufeland exponía con claridad esta concepción de la sociedad política: "Si el fin principal de una sociedad es defenderse contra peligros inminentes con las fuerzas reunidas (de todos), entonces tal sociedad puede ser llamada una *societas defensoria*" (160). Efectivamente, la comunidad política, en el Derecho natural tardío, fue entendida exclusivamente en función de la seguridad de los derechos, con absoluta exclusión de cualquier otra finalidad, y la posibilidad de crear tal seguridad es lo que constituye al poder político como entidad con naturaleza propia que queda caracterizado, de esta forma, como una "sociedad para la defensa" *(Sicherheitsbund)*. Las normas que dicte este poder poseen capacidad vinculante -sostiene Mellin- en la medida en que el acuerdo de las voluntades de todos se orienten a conseguir seguridad de los derechos y de la propiedad (161), con lo que la seguridad de la libertad y de la propiedad se configura tanto como la fundamentación del poder político como el único criterio orientador en la creación del Derecho positivo; en este mismo sentido, Fichte entendía que "el objeto de la voluntad general es la seguridad mutua" (162).

Los testimonios que encontramos sobre la seguridad de los derechos como único fin del Estado son muy numerosos ya que, sobre este tema, las opiniones de los kantianos son unánimes, con la excepción de Kolhschütter que, influido

---

160. "Ist er der Hauptzweck einer Gesellschaft sich gegen bevorstehende Gefahren mit vereinigten Kräften zu wehren; so kann sie ein Sicherheitsbund (societas defensoria) genannt werden". Cfr. *Lehrsätze..*, cit., § 419.

161. "also muss durch die Zusammenstimmung des Willens aller bestimmt werden, wie durch die vereinigte Macht aller Sicherheit der Rechte und des Eigenthums erlangt werden soll; diese Bestimmung, welche durch den Willen aller den Wille jedes Einzelnen verbindet, hat gesetzliches Ansehn (Autorität) und heisst die öffentliche (positive) Gesetzgebung. Der Act des Allgemeinen Willens aber, wodurch die Mengen (Aggregat) ein Volk (Association) wird, die Constitution". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 193.

162. "Das Objeckt des gemeisamen Willen ist die gegenseitige Sicherheit". Cfr. *Grundlage..*, cit., pág. 179.

por ideas eudemonistas, mantenía que la finalidad de la comunidad política es hacer posible la perfección del hombre. Esta mentalidad alcanzó a toda la época y, por ello, los idealistas -los más importantes contradictores de la Escuela kantiana durante la primera fase de la vida de esta Escuela- también concuerdan con los kantianos en este tema; la opinión de Fichte ya ha sido expuesta, y Karl Christian Friedrich Krause entendía que el Estado debe ser creado "porque yo debo mantener seguro mi derecho" (163).

El autor más representativo de esta mentalidad dominante, cuyas tesis expone con más radicalidad, es, una vez más, Theodor Schmalz. Efectivamente, para él, buscar seguridad no es una simple obra de prudencia, sino que nos lo ordena la obligación; el razonamiento que le lleva a argumentar de esta forma parte de la obligación de fomentar y proteger la libertad del hombre, que es el punto de partida de toda construcción kantiana, y concluye rápidamente que "la seguridad de nuestros derechos es la libertad, y la liberdad no es otra cosa que la invulnerabilidad de nuestros derechos" (164). La sociedad que crean los hombres para asegurar la realización efectiva de sus derechos prosigue Schmalz, no es una simple *societas assecuratoria*, ni tampoco puede ser entendida como una sociedad de defensa constituida por tiempo determinado *(societas defensoria temporaria);* al contrario, debe ser una sociedad de defensa perpetua *(societas defensoria perpetua)*, y "una liga de seguridad sin limitación de tiempo, dirigida al aseguramiento de todos los derechos puede ser llamada una sociedad política *(societas política)*" (165).

Dresch, al final de la vida de la Escuela kantiana, seguía manteniendo esta idea (166) y Baumbach, en 1.823, explicaba de forma precisa que todo derecho está unido de la forma más íntima con el Estado, porque los derechos sólo se

---

163. "... ich soll mein Recht sicher berechnen können". Cfr. *Grundlage..*, cit., pág. 5.

164. "Gegen diesen Gefahren Sicherheit zu suchen, beredet uns nicht blos eine erlaubte Neigung, sondern gebietet uns selbst die Pflicht.
Denn das Gesetz der Gerechtigkeit gebietet die Würklichkeit der Freyheit der Menschen, und die Hinwegräumung jedes Hindernisses, was ihr im Wege steht. Die Sicherheit unsrer Rechte ist aber die Freyheit, und die Freyheit ist nichts anders als die Sicherheit, die Unverletzheit unsrer Rechte". Cfr. *Das natürliche Staatsrecht,* cit., § 2.

165. "Eine solche Gesellschaft, wenn sie nicht etwa erlittenen Schaden zu ersetzen (societas assecuratoria) sondern bevorstehenden Gefahren mit vereinten Kräften zu wehren, eingegangen wird, mag man einen Sicherheitsbund (societas defensoria) nennen... So können einige auf gewisse Zeit geschlosen werden (societas defensoria temporaria) wie Caravanen; andere hingegen sind auf keine Zeit eingeschränkt (societas defensoria perpetua)... Ein Sicherheitsbund ohne Einschränkung auf Zeit und zur Sicherung aller Rechte kann eine politische Gesellschaft (societas politica) genennet werden". Cfr. *Das natürliche Staatsrecht,* cit., §§ 4, 10 y 13.

166. "Zweck des Staats ist Realisirung der Urrechte. Es muß sich daher die Thätigkeit des Staates so weit erstrecken, als sie zur Realisirung der Urrechte nöthig ist". Cfr. *Naturrecht,* cit., § 34.

pueden mantener, con la máxima seguridad posible, en el Estado (167). Podemos ver, pues, cómo la concepción del poder político como una sociedad -en el sentido iusprivatista del término- dirigida exclusivamente a garantizar el ejercicio pacífico de los derechos naturales traspasó toda la Escuela kantiana, y constituye una de las tesis más representativas de este movimiento, con la que podemos, entre otras, caracterizarlo. Como resumen de esta forma de concebir la naturaleza de la sociedad política tenemos el breve juicio que emitió Friedrich von Raumer en 1.811: "el Estado kantiano y su constitución jurídica es simplemente una sociedad para asegurar el derecho *(eine Assicuranzgesellschaft des Rechts),* de modo que el Estado es un simple medio para hacer posible el ejercicio del Derecho a través de la coacción externa" (168). Debemos cuidarnos, en estas líneas, de entender estas expresiones en su literalidad, llevados por la mentalidad actual, porque cuando se habla de "asegurar el Derecho", o se usan otras expresiones semejantes, sería incorrecto entenderlas como sinónimas de "Estado de Derecho", en el sentido que hoy damos a este término; no quiero adelantar ideas ahora, y el que quiera conocer más a fondo esta cuestión puede ver el epígrafe siguiente, donde estudiamos este problema.

De esta forma, el Estado es solamente una *societas protectoria,* una *Assicuranzgesellschaft* de los derechos naturales, es decir, de los derechos de libertad individual y propiedad. Destaca Klippel que con la consideración del Estado como una institución que sólo crea seguridad comienza su andadura el concepto del "estado-policía" (169), pieza sin la cual no hubiera sido pensable el liberalismo decimonónico. La misión del Estado, de acuerdo con su naturaleza, es fundamentalmente negativa, porque del mismo modo que en la moral la misión de la ley ética consistía en mantener a la libertad incontaminada de las inclinaciones de los apetitos sensibles sin que ello supusiera ningún precepto para hacer algo, en el Estado se trata de hacer posible la realización efectiva del arbitrio de cada sujeto (170), sin que esto implique en modo alguno que el individuo haya de salir de sí mismo y volverse hacia los demás; al contrario, los hombres, en el Estado, pueden -sin tener deberes especiales- hacer todo aquello que suponga la realización libre de su arbitrio, y, en definitiva, la tarea del Estado se limita a armonizar este despliegue de la libertad personal usando, para ello, de

---

167. "Alles Recht hängt mit dem Staate auf das innigste zusammen, weil es nur durch diesen moglichst sichere Gewähr zu erhalten im Stande ist". Cfr. *Einleitung..,* cit., § 8.
168. "Aus verwandten Gründen ist deshalb behauptet worden: der kantische Staat und seine Rechtsverfassung sey bloß eine Assecuranzgesellschaft des Rechts, der Staat sey ein bloßes Mittel durch äußere Zwang die Ausübung des Rechts möglich zu machen". Cfr. *Ueber die geschichtliche Entwicklung..,* cit., pág. 127.
169. Cfr. *Politische Freiheit..,* cit., pág. 133.
170. Cfr. Dünnhaupt, *Sittlichkeit..,* cit., pág. 66.

leyes coactivas.

d) ¿Estado de Derecho?

La tarea del Estado kantiano se agota en la aplicación del Derecho; dado que el Estado no puede proceder de forma distinta a la indicada en las leyes, ni, mucho menos, exceder a éstas en su actuación, alguno podría ver en la doctrina jurídica de la Escuela kantiana el primer diseño hecho por toda una corriente influyente de pensamiento de lo que ya en el siglo XIX comenzó a llamarse "Estado de Derecho".

Ciertamente, la teoría jurídica de los kantianos se aproxima en algunos puntos al concepto actual de "Estado de Derecho"; en ella, como en general en la Escuela del Derecho natural que nace en el siglo XVI, no existe ya una *potestas absoluta* del Gobernante que le sitúe por encima de las leyes; todos los hombres son iguales y en consecuencia, todos, incluído el Gobernante, están sometidos a lo que las leyes disponen. Pero el término *Rechtsstaat,* o Estado de derecho, usado por los kantianos, se dilata mucho más ampliamente que lo indicado en las líneas precedentes.

En efecto, llevados por su dinámica propia, es decir, preocupados por la tesis según la cual la actividad legislativa del Gobierno no puede ser arbitraria, los kantianos restringieron tal actividad a la conservación y mantenimiento de los derechos naturales, tal como hemos estudiado en las páginas precedentes. Ya Hufeland dejó sentado, en 1.795, que "el primer límite de la legislación viene determinado por la exigencia de que las leyes no sean dadas para otra cosa que para el mantenimiento de los derechos perfectos" (171), y Schmalz, en este mismo año, escribía que él había mostrado que todos los derechos positivos o hipotéticos de los que se compone el *angewandtes Naturrecht* no son ni pueden ser otra cosa que modificaciones de los derechos naturales (172). El Estado, así pues, queda al servicio del mantenimiento de los derechos naturales fundamentales que estudiamos anteriormente, es decir, la libertad, la igualdad y la propiedad (173). En este contexto la expresión usada a veces, la de *Rechtsstaat,* no destaca tanto el hecho de que el Gobernante, en su actuación, estuviera sometido a las leyes, como la exigencia de que el legislador, al crear el Derecho,

---

171. "Die erste Gränze der Gesetzgebung ist dadurch bestimmt, daß die Gesetze nie anders als zur Erhaltung der vollkommen Rechte gegeben werden können". Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 482.
172. "Ich habe deshalb schon in meiner Encyclopädie des gemeinen Rechts zum Unterschiede die Ausdrücke des reinen und des angewandten Naturrechts gebraucht... Denn ich glaube dargethan zu haben, dass alle positive, alle hypothetische Rechte nichts anders sind und seyn sollen, als Modificationen der Urrechte". Cfr. *Das reine Naturrecht*, cit., pág 17.
173. Cfr. capítulo II, § 3 de esta obra.

debía limitarse a desarrollar y llavar hasta su última consecuencia, en el estado social, los *Urrechte* o derechos fundamentales del hombre que son anteriores a la necesidad civil; en este sentido J. Gaspar Bluntschli escribía que "Kant y Guillermo Humboldt vinieron evidentemente a restringir las dos teorías anteriores, llamando al Estado *Rechtsstaat* (Estado de Derecho), y dándole por misión única la de asegurar los derechos de cada uno" (174).

5.- LAS FORMAS DE GOBIERNO. EL PROBLEMA DE LA DEMOCRACIA.

La escuela del Derecho natural había mantenido que si unos hombres, que son libres en el estado de naturaleza, deciden asociarse para crear una sociedad política, en tal sociedad no pueden perder la libertad que poseían anteriormente; por este motivo, ya Pufendorf estableció que estos hombres reunidos en sociedad desearían resolver sus problemas en una asamblea común y, consecuentemente, establecerían una democracia (175). Tras el paréntesis en el que el iusnaturalismo se puso al servicio del Despotismo ilustrado, la pretensión de crear un Estado democrático volvió a ser tomada por esta escuela aunque, quizá, no de una forma tan nítida como en la etapa anterior.

De todos modos, lo menos importante a este respecto son las declaraciones expresas de los iusnaturalistas acerca de sus preferencias democráticas. En efecto, sobre este tema, lo realmente decisivo -es decir, lo que efectivamente configuró la mentalidad de las Edades Moderna y Contemporánea- fueron los presupuestos antropológicos de los que partió esta escuela; estos presupuestos no son otros que la afirmación del individuo aislado y libre, que no reconoce ninguna sujeción legítima que no haya sido creada por su voluntad, que crea, en consecuencia, el poder político mediante un pacto y que, una vez instalado en la sociedad civil creada por él, persigue en esta sociedad hacer posible el despliegue más amplio posible de su libertad; lógicamente, un régimen político autoritario repugna a la autonomía de estos individuos, por lo que el único régimen político que se adecúa a estos postulados antropológicos es el liberal-democrático. La Escuela kantiana sublimó estas tesis, tal como hemos estudiado en las páginas anteriores y los kantianos, con mayor fundamento que cualquier otra corriente jurídico-filosófica, habían de propugnar un régimen democrático, al menos si pretendían ser coherentes con el conjunto de su filosofía antropológica, jurídica y política. El problema a dilucidar ahora es, precisamente, el de si los kantianos entendieron que la forma democrática era, o no, la única admisible.

---

174. *Derecho público universal*. Madrid, s/f, tomo I, pág 24.

175. Cfr. *De iure naturae et gentium libro octo*. Frankfurt und Leipzig. 1759, libro V, capítulo V, § 7.

La primera declaración que encontramos a favor de la democracia es un extenso alegato de Hoffabuer, publicado en 1.795. Parte este autor de la tesis de que la voluntad de una sociedad, en sentido propio, no es otra que la voluntad de sus miembros y, por ello, la ley, en una sociedad, es aquella que es decidida a través de una mayoría de votos (176). La constitución de cualquier sociedad, prosigue Hoffabuer, sólo puede ser decidida por la voluntad de todos sus miembros, ya que nadie tiene la obligación de obedecer a algo que no procede de su propia voluntad; esta participación del ciudadano en la formación de la voluntad general se articula de forma que cada ciudadano, en la medida en que es igual a los otros, posee una "voz" *(Stimme)*, de modo que no puede ser tomada una decisión en la que no participen las voluntades de todos los miembros de la sociedad (177). De hecho, si la decisión de la mayoría vincula a todos, esto se debe a que existe una constitución en la que todos han consentido (178).

Esto último se explica por qué antes de la creación de la constitución toda sociedad es, forzosamente, una sociedad "igual" *(gleiche)*, es decir, compuesta por hombres que son iguales en sus derechos o pretensiones y en la que, en consecuencia, no puede ser decidido nada en lo que no participen todos los miembros de la futura sociedad; ellos reunidos, crean la sociedad y la dotan de una constitución, por lo que este acto se llama el "contrato de constitución" *(der Verfassugsvertrag)*. De esta forma, la Constitución recibe existencia jurídica porque ha sido decidida por la voluntad de todos los sujetos; debe entenderse que todo el que entra en una sociedad aprueba tácitamente su constitución, y

---

176. "In der eigentlichen Bedeutung ist der Wille einer Gesellschaft nicht anders, als der Wille ihrer Glieder; im rechtlichen Sinne ist der Wille der Gesellschaft dasjenige, was alle Mitglieder als den Willen der Gesellschaft anzuerkennen verbunden sind, es mag nun er Wille jedes einzelnen seyn oder nicht. Gesetz in einer Gesellschaft würde alles, was ausgemacht werden soll, rechtmäßig durch eine Stimmenmerheit entschieden". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., pág. 212.

177. "Alle Verfassung einer Gesellschaft in dem eigentlichen Sinne kann nur durch den Willen aller Mitglieder bestimmt werden. Denn kein Mitglied der Gesellschaft kann die Verbindlichkeit haben, etwas in den Angelegenheiten für den Willen der Gesellchaft anzuerkennen, was nicht sein eigener Willle ist...
In einer gleichen Gesellschaft, oder in einer Gesellschaft von einer zusammengesetzten Verfassung, in so fern sie eine gleiche ist, heißt nun der erklärte Wille eines Mitgliedes, daß etwas der rechtliche Wille der Gesellschaft seyn soll, seine Stimme. In einer gleichen Gesellschaft, oder einer von zusammengesetzten Verfassung, in so fern sie als eine gleiche zu betrachten ist, kann daher keine Stimmenmehrheit, an sich einen Beschluß hervorbrigen, wenn ihr dieses Recht nicht durch den Willen aller Mitglieder ertheilt ist". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., págs. 213-214.

178. "Denn die überstimmenten Mitglieder kann nicht verpflichten, das für den Willen der Gesellschaft zu erkennen, was ein größerer Theil ist. Denn soll sein Wille verpflichtend für alle Mitglieder werden; so muß eine Verfassung vorhanden seyn. Diese kann aber nicht anders, als durch die Einwillung aller bestimmt seyn". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., pág. 214.

mediante el contrato de adhesión recibe él todos los derechos propios de la condición de miembro de la sociedad (179).

Un poder público sólo es posible si en la sociedad existe una constitución en el sentido estricto de la palabra, antes indicado. Poder *(Oberherrschaft)* es aquel derecho a obligar a otro a ciertos comportamientos que deben ser realizados para la prosecución del fin de la sociedad; si una sociedad no posee una constitución, no puede existir ningún poder y, en consecuencia, nadie puede ser obligado a nada, porque él no ha prestado su consentimiento. Todo poder, en consecuencia, sólo puede ser creado mediante un contrato, y éste constituye la relación jurídica fundamental que determina inmediatamente las relaciones de la sociedad con sus miembros (180).

El otro testimonio que puede entenderse, más o menos remotamente, a favor de la democracia es el de Mehmel. Este autor, kantiano tardío y quizá por ello sincrético, que sigue en algunos puntos a Kant, explicaba que la razón sólo admite el Estado representativo, y la misma razón denuncia a toda constitución despótica -que es la tumba de los derechos más sagrados, y de todo lo bello y grande- como la vulneración de los derechos inmodificables del género humano, que sólo es posible mediante un acontecimiento irracional o mediante una

---

179. "Vor Einführung einer Verfassung ist daher eine jede Gesellschaft eine gleiche, und eine gleiche Gesellschaft, in welche nicht ohne die Einwillung der einzelnen Mitglieder beschlossen werden kann. Der Vertrag aller Mitglieder, durch welchen die Verfassung der Gesellschaft bestimmt wird, heißt der Verfassungsvertrag...
Wenn der Verfassungsvertrag, wie aus den obigen erhellet, gleich nur durch den Willen aller Mitglieder der Gesellschaft abgeschlossen werden kann...
Die Verfassung kann daher auch in diesem Falle nur durch den Willen der Einzelnen gültig seyn. Eben so erhellet, daß jeder, welcher sich in einer Gesellschaft aufnehmen läßt, stillweigend in die Verfassung der Gesellschaft willige. Denn durch den Aufnahmevertrag erwirbt er alle Rechte eines Mitgliedes der Gesellschaft, und erwirbt so auch durch denselben alle Verbindlichkeiten desselben". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., págs. 216-217.

180. "Wenn in einer Gesellschaft eine Verfassung in dem engern Sinne des Worts eigenführt ist, so ist eine Oberherrschaft in dem engern Sinne in ihr möglich. Oberherrschaft in der weitern Bedeutung ist das Recht, jemanden durch meinen Willen zu gewissen Hadlungen, welche zur Erreichung eines gewissen Zweckes vorgenommen werden sollen, zu verpflichten...
Hat hingegen eine Gesellschaft keine Verfassun; so kann, rechtlich betrachtet, nicht der Wille der ganzen Gesellchaft seyn, was nicht auch der Wille eines jeden einzelnen ist, und niemanden kann von der Gesellschaft, als vermittelst seiner unmittelbaren Einwillung, eine Verbindlichkeit auferlegt werden.
Alle Oberherrschaft kann daher nun durch einen Vertrag in einer Gesellschaft eingeführt seyn, durch welchen das Grundverhältniß der Gesellschaft zu ihren Glieder näherbestimmt ist, es sey nun, daß dieser Vertrag mit dem Vereinigungsvertrage und mit dem Verfassungsvertrage zugleich, oder daß er nach ihnen abgeschlossen worden". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., págs. 226-229.

usurpación (181). En consecuencia, el gobernante, que sólo existe gracias al Estado y para el Estado, sólo puede ser entendido como un representante, pues el rasgo fundamental del Gobernante consiste en ser considerado como un representante de la voluntad general (182).

Estos son los únicos testimonios que he encontrado entre autores más o menos próximos a la Escuela kantiana en los que se puede apreciar una fundamentación decidida de algunas tesis democráticas; podemos notar, en las ideas expuestas, que falta casi por completo una articulación que explique cómo es posible un gobierno representativo desde la libertad e independencia propias del hombre. Solo Hoffbauer, en medida modesta, indica que, en la sociedad civil, cada hombre posee un voto.

Existe un segundo grupo de autores que mantienen tesis parecidas a las que he expuesto pero que, de acuerdo con Kant, que reclamaba obediencia incondicionada a cualquier gobernante, fuera cual fuera su origen y forma de proceder en el gobierno, intentan cohonestar las exigencias políticas propias del iusnaturalismo con el postulado de que se debe obediencia a cualquier gobierno, lo que equivale, en la práctica, a legitimar cualquier forma de Gobierno.

Esta actitud la encontramos nítidamente representada en Reiner, al exponer con precisión la doctrina política de Kant. Este autor entendía que las leyes del Estado sólo pueden provenir de la voluntad reunida de todo el pueblo; aquel que tiene el derecho a participar en la creación de la legislación del Estado es un ciudadano activo, un *citoyen,* cuyo atributo esencial y característico es que no depende del arbitrio de otros, sino que puede ejercer, en tanto que miembro de la comunidad, sus propias fuerzas y derechos (183). Por ello, el ciudadano debe decidir por sí mismo, ya que un Gobierno que sea, por sí sólo, legislador encierra en sí un principio de despotismo, y entre todos los Gobiernos despóticos, el peor de todos es el Gobierno paternal, *Regimen paternale,* en el que los ciudadanos

---

181. "Die Vernunft hingegen kennt keine andere, als eine repräsentative Staatsgewalt, und erhält jede despotische Verfassung, das Grab der heiligsten Recht, und alles Schönen, Herrlichen und Großen, für Verletzung der unveräusserlichen Rechte, der Menschengeschlechts, und einzig möglich, entweder durch vernunftlosen Zufall, oder durch Usurpation". Cfr. *Die reine Rechtslehre..*, § 135 y 138.

182. "Ist der Regent nur durch den Staat, und für den Staat, so läßt sich seine Gewalt nur denken, als eine repräsentative. Die Grundverbindlichkeit des Regenten ist daher, sich lediglich als Repräsentanten des allgemeinen Willens zu betrachten". Cfr. *Die reine Rechteslehre...*, cit. § 936.

183. "Die Gesetze des Staates also konnen nur aus dem allgemein verenigten Willen des Volkes ergehen... Derjenige in Staate, welcher das Recht der Stimgebung bey der allgemeinen Gesetzgebung des Staates hat, heisst ein aktiver Staatsbürger, Citoyen, dessen wesentliches, und unterscheidendes Attribut das der bürgerlichen Selbständigkeit ist, seine Existenz namlich, und Erhaltung, nicht der Willkühr eines Ander im Volke, Andern seinen eigenen Rechten, und Kräften, als Glied des Gemeinwesens, verdanden zu können". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., 2. Theil, §§ 51-52.

son tratados como niños o menores de edad que no saben lo que es jurídico (184). La capacidad de crear el Derecho reside, pues, en los ciudadanos y, en consecuencia, Reiner mantiene que los magistrados pueden actuar en la medida en que son representantes del pueblo, que los ha comisionado para que declaren el Derecho sobre los miembros de la sociedad (185).

Sin embargo, esta argumentación quiebra bruscamente en Reiner cuando explica poco más adelante que la obligación de obedecer a la ley del Estado actualmente existente es tan sagrada que detener los efectos de la ley, aunque sólo sea por un segundo, es el máximo crimen imaginable; esto se debe a que aquello que se explicaba como "toda obediencia viene de Dios" es una idea de la razón práctica que nos ordena obedecer al poder existente, sea cual sea su origen (186). De hecho, prosigue Reiner, hacer cavilaciones acerca de si originariamente ha existido un contrato de sometimiento que diera origen al poder, o si el poder debiera estar fundamentado solamente a través del contrato y de la ley, para el pueblo que ya vive bajo leyes civiles, estas cosas no son más que sutilezas vacías que amenazan la vida del Estado.

Una postura parecida adoptaba Christian Weiss, quien afirmaba que la sociedad, en tanto que es una totalidad, se compone de la suma de voluntades privadas de todos los sujetos que la componen, que continuamente re-crean la sociedad y que configuran, en su unidad ideal, la voluntad común que se corporeiza en la ley (188). Parece, pues, que sigue unas ideas de naturaleza

---

184. "Eine Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, enthielte ein Princip der Despotie in sich... Die am meisten despotische Regierung unter alle wären aber doch eine väterliche Regierung, Regimen paternale; wo der Regent das Volk nach einer Maxime regiert, durch die die Bürger geradehin als Kinder und Unmündige die nicht wissen könnten, was Rechtens wäre, behandelt würden". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., §§ 63-64.

185. "Die Richter sind also nur Repräsentanten, oder Stellvertreter des Volkes, welche dasselbe abgeordnet hat, um über seine Mitglieder Recht zu sprechen". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., § 72.

186. "Da nun das Gesetz, der gegewärtigen Staatsobrigkeit zu gehorchen, so heilig ist, das stets, dasselbe nur praktich zu bezweifeln, und seinen Effekt nur einen Augenblick zu hemmen, das grösste Verbrechen ist; so wird es vorgestellt, als ob es nicht von Menschen, sondern von irgend einem höchsten tadelfreyen Gesetzgeber herkommen müsse, und der Satz: Alle Obrigkeit ist von Gott sagt daher nicht ein Geschichtsgrund des bürgerlichen Verfassung, sondern bloss eine Idee als praktisches Vernunfprincip aus: der jetzt bestehende höchsten Gewalt gehorchen zu sollen; ihr Ursprung mag seyn, welcher er wolle". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., § 103.

187. "Ob ursprünglich ein wirklicher Vertrag der Unterwerfung, als Gegebenheit vorher giebt; oder ob die Gewalt vorhergieng, und die gesetzliche Verfassung nur hinternach folgte; oder ob die Gewalt nur durch Vertrag und Gesetz hätte entstehen sollen: das sind also für das Volk, das nun schon unter dem bürgerlichen Gesetze steht, ganz zweckleere und doch den Staat mit Gefahr bedrohende Vernünfteleyen". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., § 101.

188. "... daß auch die Gesellchaft als Totalität nur darin ihr Daseyn hat, daß die Summe der Privatwillen aller Einzelnen gedacht werden als continuirlich fort bilden die an sich ideale Einheit des gemeinsamen Willens oder des Gesetzes". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 106.

roussonianas acerca de la índole de la comunidad política y de las leyes; sin embargo, no duda en declarar que "la forma cómo deben ser limitados los derechos originarios de cada sujeto es arbitraria, y depende del tiempo y del lugar, de las relaciones, necesidades y fines de los que se han unido" (189), con lo que justifica cualquier régimen político, aunque se aparte del modelo democrático.

Tenemos, finalmente, el grupo de los que, o bien admiten cualquier forma de gobierno, o bien rechazan abiertamente la democracia, considerándola antijurídica. Hufeland, Gros, Thomas, Eisenhart consideran que cualquier forma de gobierno es legítima. Hufeland explicaba, a este respecto, que las sociedades pueden ser iguales o desiguales; en la terminología de la época, una sociedad "desigual" es aquella "en la que todos sus miembros no tienen los mismos derechos. Si estos derechos son muy distintos, los miembros de la sociedad que tienen más derechos se llaman *imperantes*, y los otros sometidos o *subditi* (190). Eisenhart escribe que cada Estado posee una constitución o una forma de gobierno determinada, que pueden ser, respecto de cada comunidad política, muy distintas, pues la determinación de la forma de Gobierno presupone un contrato expreso y tácito, y es preciso atenerse a lo que se haya decidido en este contrato (191). Este autor hace suyo el brocardo conocido como *populus eligere potest qualem vult gubernationis formam,* con el que diversos iusnaturalistas prescindieron del problema de fundamentar el régimen político que mejor se adecúa a la libertad propia del hombre y se remitieron a lo que presuntamente fue decidido en el contrato que dio origen a la comunidad política. Más explícito fue Thomas, que explicaba que "todas las investigaciones sobre la determinación de la única constitución adecuada al Derecho deben ser rechazadas de la Jurisprudencia *(Rechtslehre)*, como cosa extraña a ella... Pues cuando los juristas, en sus publicaciones, quieren justificar de forma excluyente la única Constitución posible, incurren en una mezcla de la Política con la Jurisprudencia. Incluso para

189. "Wie das ursprüngliche Recht der einzelnen begrenzt werden solle, ist beliebig, und hängt ab von Zeit und Ort, von der Verhältnissen, Bedürfnissen und Zwecken der Verbündeten". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 110.

190. "Man theilt auch die Gesellschaften in gleiche und ungleiche Gesellschaften. Ungleiche Gesellschaften (societates inaequales seu rectoriae) sind solche, in denen nicht alle Mitglieder gleiche Rechte haben, wenn diese Rechte sehr verschiedene sind, so heissen die Gesellschftsglieder, welche mehr Rechte haben, Oberherren (imperantes), die andern Unterthanen (subditi)". Cfr. *Lehrsätze..*, cit., § 344.

191. "Jeder nach der Erfahrung vorkommende Staat muß irgend eine Verfassung oder Regierungsform haben, deren Beschaffenheit mannigfaltig seyn kann... Die Bestimung der Beschaffenheit der Regierungsform in Ansehung der angegebenen Rücksichten in jedem einzelnen Staate setzt einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag zwischen dem Regenten und der Unterthanen voraus". Cfr. *Rechtswissenschaft..*, cit., § 28.

la política, este tema supone un problema insoluble" (192).

La Escuela kantiana no se decantó por la democracia, a pesar de que sus integrantes conocen, citan y, por lo general, admiten el *Du contrat social* de Rousseau. Existió, en toda ella, una fuerte tensión entre sus presupuestos antropológicos centrados en la libertad de los individuos, que les llevaron a mantener unánimemente que el Estado sólo puede originarse de un contrato, y la actitud conservadora de Kant que se vió potenciada por el conservadurismo también de sus discípulos. De hecho, la génesis del Estado democrático vino, en un plano puramente doctrinal, de la mano de autores que normalmente no tuvieron acceso a la enseñanza universitaria.

Esta tensión a la que aludo la encontramos expresada en Mellin, por ejemplo. Este autor parte de la tesis de que sólo existe una única forma jurídica de Gobierno, la "republicana": *Tout gouvernement est républicain.* Rousseau. *Die bürgerliche Verfassung in jedem Staat soll republikanisch seyn.* Kant. "En consecuencia, en aquellos Estados que tienen diversas Constituciones empíricas, debe ser encontrada, sin embargo, la que debe ser la Constitución jurídica" (193). De esta forma, Mellin contrapone las constituciones existentes históricamente con la única constitución admisible racionalmente, que sólo puede ser -siguiendo a Rousseau y Kant- "republicana". Que una constitución deba ser republicana no quiere decir, sin embargo que debe ser democrática; es más, Mellin se opone resueltamente a la democracia por considerarla una forma de dominación en la que predomina la fuerza de la mayoría, y toda prepotencia de la fuerza bruta es antijurídica. "La democracia es, necesariamente, en el significado propio de la palabra, un despotismo, algo opuesto a una constitución político-jurídica... La democracia es, propiamente una forma de dominación, al menos por analogía, pues la forma de un Estado reside en ser representativo, y en la democracia no existe ninguna representación... Ello se debe a que en la democracia un hombre está bajo el poder de los restantes hombres de una forma

192. "Der Staat ist dur die Grundverträge zu Beförderung der Rechtssicherheit der Burger, als worauf ja lediglich sein Daseyn beruht, verbunden. Die Annäherung und Erreichung desselben ist aber bedingt durch das Würken und Streben der Bürger, folglich muss auch die Befugniss des Staats gegründet sein, die Handlungsthätigkeit aller Glieder durch unbedingt nothwendige Normen, d.i. Gesetze, diesem Zwecke gemäss zu lenken". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 228.

193. "Daher giebt es nur eine rechtliche Regierungsform (Tout gouvernement legitime est republicain. Rousseau). Die bürgerliche Verfassung in jedem Staat soll republikanisch seyn. Kant... Folglich kann auch in mehrern Staaten, welche eine verschiedene empirische Verfassung haben, dennoch die rechtliche Staatsverfassung auszutreffen seyn". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 221.

puramente física, y en modo alguno jurídica" (194).

Fries argumentaba de forma distinta, pero también en contra de la forma democrática de gobierno. "El poder supremo en el Estado escribía este autor, proviene del pueblo, y consiste en la reunión de las fuerzas de la mayoría; entonces se podrá decir que el poder legislativo en el Estado corresponde al pueblo. Pero esto no significa en modo alguno que el pueblo tenga derecho a dar leyes: la legislación es asunto de la razón, y si el pueblo diera las leyes, el Estado estaría de más... En consecuencia, este poder, producto de la reunión de las fuerzas, debe quedar bajo la voluntad del Gobernante" (195). Si nosotros preguntamos a la razón -prosigue Fries- acerca del Derecho, la respuesta es inequívoca: la voluntad general debe quedar determinada por la necesidad de la ley del Estado que, a su vez, debe acomodarse a lo que dicte la ley del Derecho. "Hablando seriamente, ¿qué debe estar vigente en el Estado? Evidentemente, no lo que uno quiere, ni lo que quieren varios, ni siquiera lo que todos y cada uno quieren, sino lo que la ley ordena... únicamente la razón proporciona la ley" (196). Sucede que la opinión pública *(öffentliche Meinung)* o voluntad de la mayoría no tiene una naturaleza jurídica, sino que , en su esencia, es una cuestión política; consecuentemente, ella no tiene efectos jurídicos, y su fuerza depende únicamente de su duración (197).

---

194. "...die Demokratie ist, im eigentlicher Verstande des Wort, nothwendig ein Despotismus, und also einer rechtlichen Staatsverfassung zuwider... Die Demokratie ist auch nur eine Beherrschungsform per analogiam, eigentlich aber eine Beherrschungsunform; denn die Form eines Staats bestehet in der Repräsentation desselben. Nun ist aber einer Demokratie gar keine Repräsentation... Denn dass in der Demokratie Einer unter der Gewalt aller Uebrigen stehet, ist bloss physisch, kann aber nicht rechtlich seyn. Nicht Einige, sondern Alle machen das Oberhaupt aus; nun fehlt aber, wenn Einer, der widerrechtlich handel, soll gezwungen werden, dieser Eine, folglich ist nicht das Staatsoberhaupt, welches aus Allen besteht, sondern eine gesetzlose Menge, welche widerrechtlich zwingt". Cfr. *Grundlegung*.., cit., §§ 224 y 226.

195. "Die höchste Gewalt im Staate kommt vom Volke, sie besteht in der Vereinigung der Kräfte der Mehrheit. Man kann also hier sagen: die gesetzgebende Gewalt im Staat gehöre dem Volke. Dieß bedeutet aber nicht, daß das Volk ein Recht habe, die Gesetze zu geben: denn dieß kann allein der Vernunft zukommen, und wäre das Volk im Stande Gesetz zu geben, so brauchte es fast keinen Staat mehr... Diese vereinigte Gewalt muß alsdann unter dem Willen des Regenten stehen". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., pág. 80.

196. "Es gibt zweyerley ganz verschiedenen Antworten auf die Frage nach einem allgemeinen Willen im Staate. Fragen wir die Vernunf, so ist die Antwort: der allgemeine Wille wird im Staate durch die Nothwendigkeit des Gesetzes bestimmt - dem Rechtsgesetz soll gemäß gehandelt werden... Also erstlich, was soll im Staate von Staats wegen geschehen? Offenbar weder was einer im Staate will, noch was mehrere wollen, noch auch, was alle und jeder wollen, sondern nur, was das Gesetz gebietet, daß recht sey... die Vernunft allein sollte das Gesetz geben". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., págs. 81-82.

197. "Diese öffentliche Meinung ist also gar keinen rechtlichen Ursprung, sondern ihr Wesen ist gar politisch; sie kann von kein rechtlichen Erfolge seyn, sondern ihr Kraft hängt bloß von ihrer Dauer ab". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., pág. 83.

Algo parecido opina Schmalz, que también contraponía el deseo de la mayoría a lo que ordena la razón. "¿Qué garantía existe de que siempre, o en la mayoría de los casos, o al menos frecuentemente, el Derecho y la razón vayan a ser apoyados por la mayor parte de los votos?" (198).

Como estamos estudiando, la exigencia kantiana de buscar un Derecho puramente racional que, en cuanto tal, esté sustraido al interés, a las preferencias o a los deseos de los individuos empíricos que componen el Estado, acabó dominando la teoría política de la Escuela. Ciertamente, en este tema influyó algo más que el simple peso de las consideraciones teóricas, porque si la creación del Derecho es asunto de la razón universal, no existe ninguna diferencia en orden a desvelar la Razón entre la actividad racional de un solo legislador y la actividad de las personas que componen la comunidad política, que también podrían haber sido consideradas como racionales; en cualquier caso, tanto puede equivocarse una sola persona como una multitud de hombres. Esta última consideración podría haber estado presente en los análisis que la Escuela realizó acerca de la democracia, y sin embargo, falta por completo, lo que induce a pensar que Kant creó un gigantesco paraguas en el que se refugiaron buena parte de los conservadores alemanes de la época.

Esta consideración de la potestad para crear las leyes suponía romper con una vieja tesis de la escuela del Derecho natural y el *Naturrecht* kantiano, carente de peligros para el poder autocrático, se presentó como políticamente inofensivo.

Se comprende, en este contexto, la pregunta que lanzaba Amadeus Wendt en 1.804: "¿De dónde surge la opinión antigua acerca de que el Derecho natural es peligroso para la constitución civil y para los gobiernos?" (199). Efectivamente, en la Escuela kantiana, el Derecho natural dejó de ser una ocupación peligrosa, tanto para sus cultivadores, que no fueron inquietados por la censura estatal, como para la estabilidad de los poderes existentes.

A la vista de estas consideraciones sobre la valoración de la democracia en Kant y su Escuela, se nos aparece como especialmente infundada, una vez más, la afirmación de Kersting según la cual "el Estado de la razón es un Estado democrático" (200). En este tema, como en tantos otros, el esfuerzo por acomodar a Kant a la exigencias de la segunda mitad del siglo XX choca con la evidencia de los textos.

---

198. "Wenn nun eine ungerechte, wüthende Partey die Mehrheit der Stimme gewinnet? Oder welche Garantie hat man, dass immer, dass nur meinst, das auch nur oft die Mehrheit der Stimmen Recht und Vernunft unterstützen werde?". Cfr. *Handbuch..*, cit., § 274.

199. "Woher entstand die ehemals herrschende Meinung, daß das Naturrecht der bürgerliche Verfassung und ihren Regierungen gefährlich sey? . Cfr. *Grundzüge..*, cit., § 3.

200. "Der Staat der Vernunft ist ein demokratischer Gesetzgebungstaat". Cfr. *Wohlgeordnete Freiheit..*, cit., pág. 240.

6.- LOS LIMITES DEL PODER POLITICO.

El gobernante de la sociedad política posee unos poderes que le han sido conferidos mediante un contrato; de acuerdo con la teoría general del Derecho de sociedades, con la que los iusnaturalistas y kantianos pretendieron explicar la génesis y estructura del poder político, el poder del gobernante debería quedar limitado bien a aquellas facultades que expresamente se le hubieran concedido en el contrato fundacional, bien a la realización de aquellas conductas que, *in genere,* se consideran necesarias para la consecución del fin acordado en el pacto.

Sin embargo, en este tema quiebra otra vez la teoría contractualista, al menos en la Escuela kantiana, cuando se le exige que explique y fundamente las formas reales del funcionamiento del poder público; efectivamente, Kant y sus epígonos, a pesar de su insistencia en la doctrina contractualista como único origen y fundamento posible racional del poder político, no aplicaron la teoría general del Derecho de los contratos -en este caso del Derecho de las sociedades- a la explicación de las facultades que posee el gobernante; estudiaremos a continuación cómo se produce esta quiebra intelectual.

A la hora de analizar las facultades, que competen al detentador del poder público, centraré mi estudio en dos facetas de la actuación del "regente": en primer lugar, si él en su actuación, está sometido a las leyes de la sociedad constituída mediante los contratos que hemos estudiado y, en un segundo momento, si corresponde a los ciudadanos un derecho a oponerse al gobernante cuando éste, en su actuación, quebranta los fines societarios.

a) Princeps legibus solutus.

Los autores que integraron el primer desarrollo de la Escuela kantiana, cuyas obras aparecen en 1.795, mantuvieron unánimemente, siguiendo lo que Kant había dejado expuesto en su artículo sobre el *Gemeinspruch,* que el Regente no está sometido a las leyes del Estado.

En este sentido, Hufeland explicaba escuetamente que el Regente, en tanto que Regente, no puede estar vinculado a las leyes positivas, aunque queda limitado por las leyes inmodificables del Derecho natural y de la "seguridad" (201). Hoffbauer sostenía lo mismo, al menos en lo que concierne al fondo de esta cuestión, a saber, que el Regente no está sometido a las leyes positivas, ya que "en el sentido preciso de la palabra, un Regente limitado no puede ser llamado

---

201. "Der Regent als Regent ist an die positiven Privatgesetze nicht gebunden, freylich aber an die unabänderlichen Gesetze des Naturrechts und der Sicherheit". Cfr. *Lehrsätze..*, cit., § 479.

con propiedad Regente (202).

Heydenreich proporcionó una explicación más extensa del hecho de la no vinculación de las leyes positivas para el gobernante; sostenía este autor que la sumisión de los súbditos se produce gracias a una confianza limitada en la justicia del proceder del gobernante. Este actúa, y está únicamente vinculado por su conciencia; ciertamente, las leyes también están vigentes para él, pero la fuerza coactiva de ellas no se aplica a su actuación. Sucede que todas las leyes poseen una fuerza doble, explicativa *(erklärende)* y coactiva, y el Regente queda sometido a las leyes fundamentaales de la sociedad pero sólo en lo referente a su fuerza explicativa. En cuanto a las leyes que no son fundamentales, el gobernante las tiene presentes pero no está bajo ellas, es decir, bajo la amenaza de su coacción, pues sería irracional que se sometiera a ellas, porque tal sumisión es incompatible con su carácter de prepotencia (203). En definitiva, lo que propone Heydenreich no es sino la vieja distinción escolástica entre *vis directiva y vis coactiva*, con una terminología casi idéntica, de modo que el gobernante quedará vinculado moralmente a lo dispuesto en la ley, pero permanecerá irresponsable ante su propio y eventual incumplimiento de ella. Es preciso reconocer que, con tal argumentación, la Escuela kantiana no dió ningún paso adelante respecto de las teorías medievales en las que se expresó la distinción entre los dos tipos de fuerzas que poseen las leyes.

Sin embargo, la distinción entre *vis directiva* y *vis coactiva* no fue seguida dentro de la Escuela, lo que no es de extrañar; en efecto, todos los seguidores de Kant se encontraron, en este tema, ante una situación sin salida; por una parte, la sociedad política fue diseñada sobre el modelo del Derecho de Sociedades, de modo que tal sociedad, concebida según esquemas iusnaturalistas, era una comunidad ligada esencialmente al cumplimiento de los fines societarios, por lo que si su dirigente no perseguía tales fines en su actuación, sus directrices dejaban

---

202. "Ehe ich weiter gehe, bemerke ich, daß ich unter dem Regenten des Staats das Subjekt verstehe, welches alle Rechte dasselben unabhängig ausübt... In diesem Sinne des Worts kann also ein sogennantes eingeschränkter Regent, für sich allein genommen, nicht Regent gennant werden". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., pág. 89.

203. "Die Unterwerfung der Unterthanen geschiet in unbedingter Zuversicht auf die Gerechtigkeit. Der Oberherr ist nur durch sein Gewissen gebunden. Die Gesetze gelten für den Oberherr... Allein die zwingende Kraft derselben hat auf ihn keine Beziehung... Alle Gesetze... haben eine zweyfachte Kraft: 1) erklärende... 2) zwingende... Der Oberherr steht unter den Grundgesetzen der Gesellschaft, wiefern sie die Form der Verfassung erklären. Er hat das Bewusstseyn derselben, aber er steht nicht unter ihnen, nach ihrer unter Androhung von Zwang gebiethende Kraft...

Der Oberherr als solche braucht nicht alle bürgerliche Gesetze zu befolgen; mehrere derselben würden in Beziehung auf ihn sogar zwecklos seyn. Er kann vernünftiger Weise sich keinesweges in einem besondern Vertragen diesen Gesetzen als Gesetzen unterwerfen, weil eine solche Unterwerfung mit seinem Charackter als Oberherr unvereinbar ist". Cfr. *Grundsätze..*, cit., pag. 160.

de vincular a los socios y a éstos les correspondía la facultad de revocar su nombramiento, y nombrar un nuevo "Regente". Este esquema iusprivatista fue seguido por algunos kantianos que, como Schmalz, entendían que se producía una situación de tiranía si el gobernante modificaba unilateralmente los fines de la sociedad o si, en el ejercicio de su poder, perseguía unos fines distintos a los pactados (204).

Hasta aquí siguieron el Derecho de sociedades pero, en el supuesto de incumplimiento real de los fines societarios por parte del Gobierno, no extrajeron las consecuencias que les imponía tal Derecho, pues en lugar de mantener que las órdenes del gobernante tiránico carecían de fuerza vinculante, afirmaron que el gobernante es absolutamente irresponsable por su actuación, y que sus órdenes o leyes vinculan siempre y en todo caso. Se trataba, como es obvio, de mantener lo inexplicable y de defender, ante todo, un hecho vital; en efecto, en un momento en el que las doctrinas revolucionarias se habían extendido más de lo que muchos consideraban deseable, era preciso mantener que los súbditos no poseían la capacidad de enjuiciar la actuación del "regente" y que, en consecuencia, las órdenes de éste obligaban a aquellos en cualquier circunstancia. Lo que trataremos de estudiar ahora es la forma cómo fue articulada esta explicación contradictoria.

Además de la doctrina de Heydenreich, a la que ya he aludido, la empresa de explicar por qué el gobernante se sitúa por encima de las leyes fue abordada por Gros y Jakob. El primero de estos autores mantenía que las leyes obligan por igual a todos los súbditos, pero el *Regent* no está sometido a las leyes positivas en parte porque no se ha obligado a su observancia en la conclusión del contrato de sometimiento, y en parte porque no se le puede obligar ya que contra él no se puede ejercer coacción (205). Jakob, en el afán por dar una fundamentación intelectual a lo que Kant había dejado escrito en el artículo sobre el *Gemeinspruch en* 1.793, explicaba que "la fórmula general, para todos los derechos del gobernante, es la siguiente: todo soberano tiene un derecho a hacer todo aquello que puede ser pensado como concorde con el fin del Estado" (206). Pero,

---

204. "Der Begriff der höchsten Gewalt giebt ihr selbst Gesetz und Grenzen: namlich das Oberhaupt kann weder 1) den Zweck der Gesellschaft ändern, noch 2) diese Gewalt zu irgend etwas ausüben, als zu diesem Zweck". Cfr. *Das reine Naturrecht..*, cit., § 142. Vid. también sobre este mismo tema, *Das natürliche Staatsrecht..*, cit., § 74.

205. "Den Gesezen sind alle Unterthanen in gleicher Lage auf gleiche Weise unterworfen. Der Regent hingegen ist an die positiven Privatgeseze nicht gebunden, theils weil er sich zur Beobachtung derselben in dem Unterwerfungsvertrag nicht verpflichtet hat, und nicht hat verpflichtet können theils weil gegen ihn kein Zwang ausgeübt werden kann". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 350.

206. "Die allgemeine Formel für alle Majestätsrechte überhaupt ist: Jeder Souverain hat ein Recht, alles zu thun, was in einer rechtlich-, möglichen Uebereinstimmung mit dem Staatszwecke gedacht werden kann". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., § 664.

prosigue Jakob, la voluntad del soberano es, por sí misma, ley y es imposible que el soberano pueda querer algo que se oponga a la ley del Estado; pues en el momento en el que el soberano quiera otra cosa, desaparece la voluntad anterior, que cesa de ser ley, y su nueva voluntad se convierte en ley. Por ello el soberano no está bajo la ley, sino que él mismo es la ley, y está por encima de todas las leyes (207). Por tanto, las leyes del soberano -continúa Jakob- son siempre justas, en la medida en que se adecúan al fin del Estado (208). De la explicación de Jakob parece deducirse que el gobernante puede disponer, arbitrariamente, lo que él considere oportuno, sin más límite que la realización del fin societario; sin embargo, este límite también se esfuma porque, explica Jakob, toda actuación del *Regent* debe ser considerada como realizadora de tal fin, porque, en abstracto, es imposible que el gobernante quiera algo que se oponga al fin estatal.

Como podemos ver, los epígonos de Kant, en el esfuerzo por fundamentar las tesis del iniciador de la Escuela, justificaron los regímenes autocráticos de la época. El itinerario intelectual por el que llegan a esta conclusión, ya lo hemos visto: en un primer momento afirman que el gobernante no está sometido a las leyes y, posteriormente, explican que esta situación -que es contradictoria dentro de su propia doctrina- es posible porque la voluntad del gobernante es, ella misma, la ley; como al súbdito no le es posible pensar que tal voluntad se oponga a los fines del contrato, el círculo se cierra, y es preciso concluir que el ciudadano está obligado a una obediencia incondicionada a todo lo que dicte el Poder. Desde estos presupuestos, al súbdito no le corresponde ningún derecho frente a la desviación del poder, y, lógicamente, le queda denegada cualquier resistencia frente a un posible abuso. Pasemos ahora a estudiar cómo fue explicado este último extremo, es decir, la denegación a los ciudadanos de la que usualmente se ha conocido como el "derecho de resistencia".

b) El derecho de resistencia frente al Poder que actúa injustamente.

Al tratar la cuestión de si el gobernante está sometido a las leyes del Estado ha quedado expuesta una doctrina que determina en muy buena medida la respuesta a la cuestión acerca de si es admisible o no un derecho de resistencia

---

207. "Der Wille des Souverains ist selbst Gesetz es ist also unmöglich, daß der Souverain etwas wollen könne, das dem Gesetze des Staats widerspricht. Denn sobald der Souverain etwas anders will, so hört der vorhergehende Wille auf Gesetz zu seyn, und sein neuer Wille wird Gesetz. Daher steht der Souverain nicht unter dem Gesetze, er ist selbst das Gesetz und über alle Gesetze". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., § 668

208 "Alle Gesetze des Souverains sind gerecht, so lange sie sich mit dem Staatszweck vertragen. Widersprechen sie demselben auch nur in einem einzigen Menschen; so sind sie ungerecht und können nicht für den legitimen Willen eines Souverains angesehen werden". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., § 675.

activa, física, contra aquel poder público que, en su actuación, se desvía de lo acordado en el pacto fundacional de la sociedad. El motivo de la predeterminación de este problema viene dado por la estrecha vinculación entre ésta y la cuestión anterior; en efecto, a la Escuela kantiana le era imprescindible mantener que el *Regent* no está vinculado por las leyes positivas porque, si hubiera mantenido la opinión contraria, le hubiera sido muy difícil, por no decir imposible, explicar cómo, en el supuesto de incumplimiento de tales leyes por parte del gobernante, los súbditos no poseen ningún derecho para oponérsele y destituirlo. Por tanto, la causa última de la tesis que establece que el gobernante no está sujeto a las leyes hay que buscarla en la necesidad de afirmar la obediencia incondicional que fue exigida a los súbditos, por muy antijurídica, tiránica o despótica que fuera la actuación del poder público.

A la conciencia alemana le resultó chocante la tesis de Immanuel Kant a tenor de la cual en ningún caso les está permitido a los súbditos rebelarse contra el poder constituido; las primeras recensiones que aparecieron a la *Rechtslehre* confirman este hecho; quizá por esto, esta exigencia, es decir, la denegación en todo caso a los súbditos del derecho de resistencia, tardó en ser recogida por los componentes de la Escuela, y en este intervalo aparecieron diversas teorías que intentaron compaginar las ideas iusnaturalistas más usuales sobre este tema con las exigencias de la Filosofía política kantiana.

Este último fue el caso de varios autores que podemos considerar de transición entre el pensamiento de la escuela moderna del Derecho natural y la Escuela kantiana. Así, Feuerbach explicaba que en el concepto de soberano *(Oberherr)* no puede estar contenido nada que se oponga al concepto de sociedad civil, por lo que tal persona no puede defender ningún derecho que destruya esta sociedad; pues la constitución de un gobernante no es ningún fin en sí, sino sólo un medio de la sociedad, y es evidente que un medio no puede oponerse al fin (210). De esto se sigue -continúa Feuerbach- que el poder supremo en el Estado no puede ser otra cosa que el derecho incondicionado de actuar como órgano de la voluntad general, y la cualidad de gobernante no puede tener más significación que ésta: encontrarse en la posesión jurídica y fundamentada de este poder supremo, ya que el contrato de sumisión sólo indica que los ciudadanos admiten

---

209. "Denn dieser kann (in abstracto) unmöglich etwas wollen, was dem Staatszweck widerspricht". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., § 675.

210. "... in dem Begriff des Oberherr kann nichts enthalten seyn, was dem Begriff der bürgerlichen Gesellschaft widerspricht, und er kann keine Rechte haben, welche die Natur der bürgerlichen Gesellschaft aufheben. Denn die Constituirung des Regenten ist nicht Zweck, sonder nur ein Mittel der Gesellschaft; ein Mittel aber kann dem Zwecke nicht widersprechen". Cfr. *Anti-Hobbes*.., cit., pág. 95.

la voluntad del gobernante como órgano de la voluntad general (211).

El hecho de que el *Regent* sea el órgano por el que se expresa de ordinario la voluntad general no quiere decir que los súbditos no posean otros criterios para medir la juridicidad de la voluntad del gobernante; al contrario, los ciudadanos disponen de la voluntad manifestada en los contratos de asociación y de sumisión, que son considerados a modo de leyes fundamentales para medir tal juridicidad, de modo que si el gobernante obra en contra de lo expresado en estos contratos, entonces se ve despojado automáticamente de su condición de poder supremo, por lo que no puede exigir -al menos en lo que se refiere a la vulneración de la voluntad general- ni obediencia ni inviolabilidad para su persona (212).

Una solución parecida a este problema era la que había suministrado Heydenreich unos años antes. Partía este autor de sentar sobre fundamentos muy fuertes la autoridad del *Regent* : "la razón no nos puede prohibir que sigamos las indicaciones del soberano, aún cuando el súbdito tenga conciencia clara de que él ha encontrado una solución jurídicamente más adecuada" (213); es decir la razón ordena que ningún individuo esgrima una sabiduría apodíctica que le lleve a arrogarse una calidad superior de sus juicios, pues siempre es posible que él se engañe (214).

En consecuencia, a los súbditos no les está permitido oponerse a la actuación del gobernante porque entiendan, por ejemplo, que éste actúa de forma poco inteligente, y si lo hicieran su actuación iría contra las leyes fundamentales del Estado. Si se produjera una rebelión por estos motivos, el soberano puede emplear todos los medios a su alcance para someter a los súbditos rebeldes, y podrá crear un partido opuesto al de ellos, solicitar ayuda extranjera, etc...(215).

211. "... daraus folgt unmittelbar, das höchte Gewalt im Staate nicht weiter seyn könne, denn das unbedingte Recht, als Organ des allgemeinen Willens zu handeln; und Regent seyn, keine andere Bedeutung habe, als die: sich in einem rechtlich-begründete Besitz dieser höchsten Gewalt befinden. Der Unterwerfungsvertrag lautet demnach etwa so: wir wollen diesen Willen als das Organ des allgemeinen Willens anerkennen". Cfr. *Anti-Hobbes*.., cit., pág. 100.

212. "Aber sobald er dem allgemeinen Willen, den der Unterthan in dem Bürger- und Unterwerfungsvertrag erklärt hat, zuwider handelt, so handelt er nicht als Oberherr, und kann daher in dem Akte der Verletzung weder Gehorsam, noch Unverletzlichkeit verlangen". Cfr. *Anti-Hobbes*.., cit., pág. 125.

213. "Und dieselbe Vernunf kann nich verbiethen den Anordungen des Oberherrn zu folgen, wenn auch der Unterthan gleich die Einsicht zu haben glaubt, dass statt ihrer eine Zweckmässigere getroffen werden könnte". Cfr. *Grunsätze*.., cit., § 156.

214. "Sie kann diess um so unbezweifelter gebiethen, da kein Individuum apodiktische Gewischeit von der grössern Zweckmässigkeit seiner Urtheile und Entwürfe haben kann, vielmehr allzeit der Fall möglich ist, dass er sich betrüge". Cfr. *Grunsätze*.., cit., § 156.

215. "Die Unterthanen dürfen dem, nach den Grundgesetzen des Staats rechtmässig regierenden Oberherrn des Regierungsrecht, einseitig nicht entziehen, selbst nicht wenn sie ihm Unklugheit in seinen Verfügungen erweisen können. Im Falle sie es thun, darf er alle ihm mögliche Mittel anwenden, um sie sich wieder zu unterwerfen, darf sich eine Gegenpartey bilden, auswärtige Verbindungen eingehen, das in seiner Gewalt befindliche Staatsvermögen zu seinem Zwecke anwenden u.s.w.". Cfr. *Grundsätze*.., cit., 2. Theil. pág. 13.

Sin embargo, el gobernante incurre en responsablidad cuando atenta contra las leyes fundamentales del Estado; cuando se produce tal cosa, él pierde su carácter de *Oberherr* y, aunque no quepa hablar de castigos contra él, es preciso proceder a la defensa del Estado, en contra del gobernante que se ha mostrado como un enemigo de la República (216). Heydenreich admite, pues, del mismo modo que Feuerbach, un derecho de resistencia frente al poder que viola las Leyes fundamentales por las que se ha constituido la sociedad política.

Pero estas soluciones a este problema, inspiradas en la lógica del pensamiento iusnaturalista no fueron las que acabaron prevaleciendo en la Escuela kantiana. Las explicaciones de Feuerbach y Heydenreich fueron muy pronto sepultadas bajo un alud de teorías que imponen, sin más, la obediencia bajo toda circunstancia a lo que impere el gobernante; vemos ahora el abanico retórico que desplegaron los seguidores de Kant para explicar esta exigencia.

Jakob Fries, explicaba que la relación jurídica existente entre el gobernante y el pueblo es una relación *auf Treu und Glauben* (217) por lo que el poder no se encuentra limitado por unos límites precisos, de naturaleza jurídica; los súbditos, en consecuencia, tienen la obligación de soportar pacientemente todas las medidas que el *Oberherr* quiera imponerles sin que en ningún caso les esté permitido rebelarse contra él.

La argumentación de Fries no fue seguida en absoluto por la Escuela; realmente, establecer una relación *auf Treu und Glauben* entre gobernantes y súbditos, en el contexto jurídico de una sociedad creada mediante un pacto en el que se determina las condiciones bajo las que puede ser ejercido el poder, así como los fines que debe perseguir la Sociedad creada mediante el contrato fundacional, era impensable. Por esto, la única solución, si se pretendía mantener la obediencia incondicionada de los miembros de la Sociedad a las órdenes del gobernante, era, sencillamente, postular que el *Oberherr* debía ser obedecido en todo momento, y presentar este hecho como una exigencia de la razón. No cabía otra opción, ya que se trataba de explicar lo inexplicable, y ante este tipo de situaciones están de más las explicaciones pretendidamente iusfilosóficas.

Este fue el camino que emprendió Reiner para explicar la doctrina jurídico-política kantiana. "Desde la exigencia incondicionada de la razón que ordena que debe ser creada y mantenida una constitución civil -escribía este autor- se sigue por sí mismo y necesariamente que la obediencia del pueblo respecto a su

---

216. Der Oberherr kann nicht von der Untertanen gestraft werden... Rechtswidrige Handlungen des Oberherrn sind solche, womit er ein Attentat auf die Grundgesetze des Staats unternimmt. Sobald er diess thut, verliert er den Charakter eines Oberherrn, und es ist nicht die Rede von Bestrafung desselben, sondern von Vertheidigung des Staats gegen ihn, wiefern er sein Feind ist". Cfr. *Grundsätze*.., cit., pág. 158.

217. "Das Rechtsverhältnis zwischen dem Regenten und dem Volke ist ein Rechtsverhältnis auf Treu und Glauben". Cfr. *Philosophische Rechtslehre*.., cit., pág. 94.

gobernante no puede ser más que incondicionada y que, en consecuencia, en ningún caso está permitida una resistencia contra éste por parte del pueblo" (218). Por ello, el súbdito que pusiese en duda el poder supremo -que por este mismo hecho demostrará tener una razón deficiente- y quisiera oponerse a la autoridad dominante, con todo derecho podría ser castigado, expulsado o aniquilado (219).

"Toda oposición contra el poder supremo del Estado -prosigue Reiner- toda revuelta en la que se muestre la insatisfacción de los súbditos, es una sedición, una rebelión; todo levantamiento contra el gobernante hecho por personas aisladas bajo el pretexto de que peligran sus personas o, incluso, sus vidas, jamás puede ser adecuado al Derecho, sino que es el crimen más grande y más punible que se pueda cometer en una comunidad, puesto que destruye los fundamentos mismos de ésta" (220).

En el caso de que la constitución del Estado aparezca como deficiente y su reforma, por tanto, se presente como necesaria según Reiner, tal reforma sólo puede ser hecha por el soberano, pero jamás por el pueblo mediante una revolución (221). Lo que no contempla Reiner es qué sucede cuando el soberano se niega a reformar la constitución. En esta marco de exigencias, la legitimidad de un régimen político no importa nada; lo único exigible es la obediencia al poder constituído, sea cual sea la forma como haya llegado a constituirse. En este sentido, Reiner explica que si una revolución ha triunfado y los revolucionarios han introducido una nueva constitución, es preciso que los ciudadanos prescindan de la ilegitimidad de los orígenes del nuevo régimen, y de la forma cómo se ha establecido, de modo que ellos, como "buenos ciudadanos" deben acoplarse al nuevo orden de cosas, y no pueden denegar su obediencia al nuevo poder constituido

---

218. "Aus der unbedingte Förderung der Vernunft, eine bürgerliche Verfassung zustiften und zuerhalten... ergiebt es sich von selbst, und nothwendig: dass der Gehorsam des Volkes gegen sein Oberhaupt nicht anders als unbedingt seyn könne; und es sich folglich gegen dieses in keinem Falle, Widerstand, als Gegenwalt erlauben dürfe". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre*.., cit., 2. *Theil* § 99.

219. "... und der vernünftige Unterthan, der den Ursprung der obersten Gewallt ergrübelt hätte, und sich der so eben hersschende Authorität widersetzen wolle, würde mit allem Recht, bestraft, vertilgt, oder -als vogelfrey, ex lex- ausgestossen werden". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre*.., cit., 2. *Theil* § 102.

200. "Hieraus folgt, dass alle Widersetzlichkeit gegen die oberste Gewalt des Staats, alle Aufwiegebung, um die Unzufriedenheit der Unterthanen thätlich werden zu lassen; aller Aufstand, Seditio; alle Aufruhr, Rebellio; am allmeister die Auflehnung gegen das Oberhaupt, als einzelne Person, -gegen den Monarchen- unter dem Vorwande des Missbrauches seiner Person, ja, an seinem Leben, nicht allein nie rechmässig seyn könne, sondern das hochste, und strafbarste Verbrechen in einem Gemeinwesen sey, weil es die Grundfeste desselben zerstört". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre*.., cit., § 105.

221. "Selbst eine Veränderung der fehlerhaften Staatsverfassung, die wohl bisweilen nöthig seyn mag; kann also nur von Souverain selbst durch Reform, keinesweg aber von Volke, mithin durch Revolution, verrichtet werden". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre*.., cit., § 106.

(222).

Como puede observarse, quiebra otra vez la doctrina kantiana sobre el fundamento y legitimidad del poder político, porque la exigencia unánime, que ya hemos estudiado páginas atrás, acerca de la constitución del Estado está centrada en el postulado a tenor del cual una sociedad política no puede constituirse sino mediante un contrato. El origen contractual del Estado -aún cuando el contrato originario se tome como una simple idea regulativa- implica que todos los ciudadanos deben prestar su asentimiento al poder que se está contituyendo y, de acuerdo con las exigencias que la tradición iusnaturalista lanzaba al poder constituido contractualmente, los ciudadanos deben estar presentes, o ser tenidos en cuenta, en las decisiones que tome el poder; es decir, el contractualismo, fundamentado en la "voluntad general", requería necesariamente un Estado representativo, al que quizá fuera demasiado aventurado dar el adjetivo de "democrático". En cualquier caso, desde los postulados de la escuela del Derecho natural, que son los kantianos, sólo es posible un Estado en el que los ciudadanos participen en su creación y en su gestión, y a este fin se introdujeron las figuras del "contrato social" y de la "voluntad general". Lógicamente, si se reclama obediencia incondicionada a cualquier forma política, tal como hicieron Kant y sus seguidores se destruye toda la teoría anterior sobre el fundamento y la legitimación de la sociedad política y, o bien aparece como superflua la doctrina contractualista, la de la voluntad general, etc... o bien se presentan como vitalmente contradictorias con las exigencias que últimamente hemos estudiado. De cualquier forma, la doctrina jurídico-política kantiana experimenta en este punto una fuerte distorsión y se hace imposible, a causa de estas condiciones, una consideración unitaria del pensamiento político-jurídico kantiano; estamos, pues ante dos explicaciones de la realidad política, opuestas y excluyentes, que fueron asumidas en plena contradicción por Kant y su Escuela.

Esta última doctrina expuesta, que he personificado en Reiner -el autor que con más fidelidad suele seguir a Kant- fue la seguida masivamente por los kantianos más importantes. Schmalz argumentaba que la desobediencia frente al príncipe, aún cuando él nos trate injustamente, nunca es lícita (223). La razón de esta exigencia, explica Schmalz, es que la obediencia al príncipe no es obligación que nosotros tengamos frente a él en tanto que hombre, es decir, como persona aislada, sino que se trata de una obligación que tenemos frente a todos

---

222. "Indesen ist doch einmal eine Revolution gelungen, und eine neue Verfassung gegründet, so kann selbst die Unrechtmässigkeit des Beginnes, und der Vollführung derselben, die Unterthanen von der Verbindlichkeit, der neuen Ordnung der Dinge sich, als gute Staastbürger zu fügen, nicht befreyen, und sie können sich nicht weigern, derjenigen Obrigkeit ehrlich zu gehorchen, die jetzt die Gewalt hat". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre*.., cit., § 107.

223. "Ungehorsan also gegen den Souverain, auch selbst wenn er ungerecht gegen uns als einzelne ist, ist immer unerlaubt". Cfr. *Das natürliche Staatsrecht*.., cit., § 83.

nuestros conciudadanos; no es, pues una obediencia que debo al príncipe, sino una obligación de la que respondo ante todos, y en tal caso, ¿cómo puedo yo transgredir esta obligación porque el soberano me cause injusticia? ¿Acaso puedo yo contestar a la injusticia con la injusticia? (224). En su *Handbuch der Reschtsphilosophie,* que es una obra más tardía, este autor mantenía que el pueblo, mediante el contrato de sumisión, había cedido sus derechos al soberano, por lo que al pueblo sólo le correspondía, en relación con el soberano, la sumisión, de modo que éste permanece siempre enteramente independiente, completamente irresponsable por todas sus actuaciones (225).

Tras estas declaraciones, lo que podía decir acerca de la negación del derecho de resistencia frente al poder que actúa injustamente había quedado agotado, y la Escuela entró por el camino de las declaraciones escuetas y sucintas, reiterativas, en las que se repite de forma monótona la idea central ya expuesta. Quizá solamente Christian Weiss fue el que, a propósito del tema, hizo un pequeño alarde de ingenio; Weiss entendía que, por muy inmorales que fueran las órdenes del gobernante, en ningún caso le estaba permitido al ciudadano rebelarse contra ellas ya que la obligación de obedecer al Derecho es absolutamente incondicionada, y en la admisión de esta incondicionalidad se fundamenta "la sabiduría del Derecho" *(die Gewissheit des Rechtes)* (226).

La única solución correcta, dentro de las coordenadas intelectuales del sistema kantiano, fue la que proporcionó Joseph Karl Schmidt, un autor muy influido por Kant pero al que, precisamente por no adscribirse plenamente a la Escuela, le quedó la suficiente libertad de espíritu como para criticar la solución kantiana y proponer, en su lugar, otra mucho más concorde con las ideas básicas que animaron el movimiento kantiano. Explicaba Schmidt que "según el Profesor Kant en ningún caso se puede ejercer poder contra el gobernante legislador... Pero también según el Profesor Kant sólo es jurídica una forma

---

224. "Der Gehorsam gegen den Fürsten ist also eine Pflicht, die wir nicht dem Fürsten als Menschen, sondern die wir allen unsern Mitbürgen schuldig bin... Denn wenn ich den Gehorsam gegen meinen Fürsten meinen Mitbürgern schuldig bin, wie kann ich meine Pflicht gegen sie darum übertreten, weil der Souverain mir Unrecht getan? Darf ich seine Ungerechtigkeit sie entgelten lassen?". Cfr. *Das natürliche Staatsrecht...*, cit., §§ 82-83.

225. "Denn beym Volke ist ja Uebertragung der Majestät nicht anders, als Unterwerfung... Aber der Souverain selbst ist gänzlich unabhängig, ganzlich unverantwortlich für alle seine Handlungen". Cfr. op.cit., págs. 272-273.

226. "Wenn durch eine unweise Einrichtung in der Gesellschaft moralische Zwecke oder Handlungen der Einzelnen aufgehoben oder unmoralische veranlaßt werden: so darf der Einzelne nie aus irgend einem Grunde pflichtwidrig handeln; denn die Pflicht allein ist völlig unbedingt und auf der Annerkennung derselben in dieser Unbedingtheit beruht selbst die Gewißheit des Rechtes". Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 112.

democrática de gobierno" (227). De acuerdo con estos postulados, es impensable la resistencia contra la voluntad general o la soberanía del pueblo en una democracia, y éste sería el único supuesto en el que la resistencia contra el poder puede ser denegada, "pero yo no comprendo -proseguía Schmidt- cómo según los principios del Profesor Kant, debemos someternos a una monarquía". La solución, según Schmidt, no está en condenar la resistencia contra el poder, sino en condenar a los regímenes que no sean democráticos; "desde los principios kantianos se obtiene exactamente lo contrario, es decir, que una constitución en la que libertad o algún componente esencial de ella no sea asegurada mediante una ley general... es absolutamente antijurídica, no puede subsistir, y en cualquier momento puede ser suprimida por el pueblo" (228). De hecho, ante un gobernante que haga imposible la libertad, explica Smidt, no se puede afirmar que estemos obligados a someternos a un poder extraño como sería el de este gobernante, sino más bien debemos liberarnos de un tal gobierno antijurídico, pues es preciso atender a la fuente originaria del Derecho, y no reparar únicamente en la forma legal (229).

Efectivamente, toda la teoría ética, jurídica y política kantiana está fundamentada sobre la pretensión de hacer posible el despliegue más libre imaginable de la libertad individual, que solamente puede ser limitada mediante una ley general; por ello -y teniendo en cuenta las duras críticas que Kant lanza contra los regímenes autoritarios y paternalistas- la única forma de gobierno que se adapta a estas exigencias es la democrática, en su versión más liberal e individualista. Tendría sentido, en el marco de la Filosofía kantiana, que se condenara la rebelión contra lo dispuesto por la voluntad general en un régimen liberal-democrático, ya que ésta es la única forma de gobierno que concuerda con las exigencias políticas de la Filosofía crítica; pero lo que resulta contradictorio es el hecho de que Kant y sus discípulos exigen sumisión incondicionada a lo que

---

227. "Nach Professor Kant darf gegen das gesetzgebende Staatsoberhaupt in keinem Fall Gewalt gebraucht werden... Nach Herr Professor Kant nun eine demokratische Regierungsform eine rechtliche sey". Cfr. *Versuch...*, cit., §§ 48 y 50.

228. "Gegen den allgemeinen Willen, oder die Volkssouveranität läßt sich nun freilich in der Demokratie kein Rechtszwang möglich denken... Aber ich sehe nicht ein, wie man sich nach dem Princip des Herr Professors Kant eine Monarchie gültig unterwerfen könne. Aus dem Kantichen Princip fließt vielmehr das Gegenteil, daß nämlich eine Verfassung, durch welche die Freiheit oder der wesentliche Bestandtheil derselben nicht nach einem allgemeinen Gesetze versichert... ganz und gar rechtswidrig sey unmöglich bestehen könne und somit alle Augenblicke wieder von den Volke aufgehoben werden möge". Cfr. *Versuch...*, cit., § 48.

229. "... gegen das Urgesetz des Rechtes laufe: daß man mithin verbunden sey, sich von einer angemaßten fremden Gewalt nicht beherrschen zu lassen, sonder daß vielmehr das unveräußerliche Urrecht es erfordere, sich von einer solchen rechtswidrigen Regierung zu befreyen... Man braucht der Urquelle des Rechts, nur die gesetzliche Form anzupassen". Cfr. *ibidem*.

disponga el poder de cualquier régimen político. Este es un tema, entre otros que hemos estudiado, en el que se muestra el conservadurismo político de los kantianos; ellos dispusieron del bagaje intelectual suficiente, al menos por su cualidad de homogéneo, compacto y adecuado a las exigencias del tiempo, como para oponerse eficazmente al Antiguo Régimen, pero se quedaron a medio camino y, en lugar de coronar su empresa, adoptaron una actitud conciliadora con los poderes dominantes en el momento. Esta postura determinó contradicciones profundas en la teoría política kantiana, y esto lo observamos en el hecho de que admiten cualquier forma de gobierno, incluso las propias del Antiguo Régimen, en que proclaman que el gobernante no está sometido a la ley y, finalmente, en que exigen de los ciudadanos una obediencia incondicionada a cualquier orden de cualquier gobernante. De esta forma, la Escuela kantiana se convirtió en el refugio de los progresistas conservadores, y la corriente de pensamiento que exigía democracia no sólo en los principios metafísicos, sino también en las concreciones doctrinales más inmediamente prácticas, se desarrolló al margen de Kant y su Escuela.

Capítulo V

EL PROBLEMA DEL DERECHO POSITIVO

La Universidad de la Edad Moderna, preocupada en sus inicios por el estudio del Derecho Romano y del *ius commune*, y a partir especialmente de la segunda mitad del siglo XVII, por la novedad que suponía entonces el *ius naturale et gentium,* nunca se había ocupado del estudio y exposición de los diversos Derechos nacionales. En efecto, hasta bien entrado el siglo XVII, una vez que se había apagado la polémica entre los partidarios del *mos italicus* y los secuaces del *mos gallicus,* los estudios universitarios sobre el Derecho se orientaron bien en la dirección erudita, de profundización filológica e histórica en el Derecho romano de la mano de los grandes juristas medievales; esta última dirección, esencialmente práctica porque el *ius commune* encontraba inmediata aplicación en la mayor parte de los tribunales europeos importantes, fue perdiendo, sin embargo, importancia paulatinamente. En su lugar se establecieron tanto el estudio "culto" del Derecho romano como la nueva disciplina que fue conocida como "Derecho natural"; con la pérdida del Derecho común en la universidad -que era un Derecho que podemos considerar por varios motivos como "positivo"- desapareció por bastante tiempo la investigación y la docencia universitaria sobre el *ius positivum*. Ciertamente, el Derecho romano era aplicado también por los tribunales, al menos por los alemanes, y por esto no puede hablarse de una desvinculación completa entre la actividad universitaria y las exigencias que lanzaba la vida social en el caso del estudio*culto* del Derecho romano.

Pero, en cualquier caso, el Derecho procedente del Estado no tuvo cabida en los estudios universitarios; Pütter y Moser hicieron un serio esfuerzo por traerlo hacia un primer plano en la docencia de las Universidades y, en Alemania, éste fue el inicio de la consideración universitaria del Derecho positivo; pero se trató

solamente de un conato que sólo determinó que unos pocos juristas, en la segunda mitad del siglo XVIII, concedieran mayor atención al Derecho propio de su Estado, porque en las cátedras alemanas seguía dominando el estudio del Derecho romano y del Derecho natural. Seidensticker, a finales del siglo, se quejaba de esta situación: "¿Dónde están los tiempos de Hemsterhuis (jurista que trató el Derecho positivo)? ¿qué hacen los juristas?... ¿Qué escritores se limitan en sus obras a una legislación? ¿En qué biblioteca se encuentran los libros de leyes?" (1).

A finales del siglo XVIII, cuando se inicia la Escuela kantiana, no existía ninguna teorización sobre el Derecho positivo. Kant y su Escuela se encontraron, por tanto, sin un cuerpo doctrinal que les hubiera podido guiar en sus digresiones sobre el Derecho de la "sociedad civil". Este hecho era especialmnente grave porque la escuela del Derecho natural orientó sus esfuerzos fundamentalmente a la determinación de las condiciones bajo las que podía crearse un Derecho positivo "correcto". Diethelm Klippel explicaba a este respecto que el Derecho natural no es solamente la "ciencia del estado de naturaleza", sino, en la misma medida, la ciencia del poder del Estado en la sociedad civil (2). Me parece que, con esta opinión, Klippel se ha quedado a medio camino; para los iusnaturalistas, el "estado de naturaleza" fue sólo un instrumento, necesario, para afirmar la igual libertad de todos los hombres de modo que, naturalmente, nadie posee una preeminencia sobre otro. En esta circunstancia, la única forma de quedar obligado era prestando el consentimiento, es decir, pactando, y mediante el pacto surge el Estado y su legislación, y esto último era lo que interesaba a la escuela del Derecho natural: cómo debe formarse el Estado y cómo deben crearse las leyes de acuerdo con el postulado de unos hombres libres; dicho de otra forma, todo el esfuerzo del iusnaturalismo estuvo orientado hacia el diseño de una sociedad política que respondiera a estas ideas. Carl Friedrich Christian Wenck exponía este hecho con gran claridad en 1.810: "Han hecho surgir el Derecho a partir de la conclusión del contrato que crea al Estado y se considera a éste, tanto desde el punto de vista de sus fines como de su contenido, como la primera y única fuente del derecho" (3).

Kant no introdujo ninguna novedad en este planteamiento; también para él toda la doctrina acerca del "estado de naturaleza" con sus consiguientes exigencias antropológicas tenía como finalidad fundamental conducir las mentes de sus

1. "Wo sind die Zeiten des Hernsterhuisse. Wo sind sie insbesondere unter den Juristen?... Welcher Schriftsteller schränkt sich in seinen Werken auf eine Legislation ein? In welcher Bibliothek sind die Bücher nach den Gesetzgebungen aufgestellt?". Cfr. *Geist der juristischen Literatur von dem Jahren 1796*. Göttingen, 1787, pág. 119.
2. Cfr. *Politische Freiheit..*, cit., pág. 43.
3. "Man datire also das Recht von dem Abschlusse des Staatsvertrags, und betrachte diesen, nach seinem Zwecke und Inhalte, als die erste, für den Philosophen einzige, Quelle des Rechts". Cfr. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft.*" Leipzig, 1810, § 115.

lectores hacia la necesidad de una sociedad política que debía configurarse de acuerdo con su postulado de hombres libres que libremente pactan la creación del Estado y que, una vez creado éste, debían permanecer tan libres como fuera posible, hecho que destaca Manfred Riedel (4). Por tanto, el rótulo mismo de "Derecho natural" que portan estas obras es altamente engañoso, pues los iusnaturalistas no creyeron en el Derecho natural, al menos en el sentido que se le da a esta expresión dentro, por ejemplo, de la escolástica católica, es decir, como un orden jurídico eterno por encima de los Derechos históricamente existentes; la escuela del Derecho natural -y Kant con ella- pretendieron, como indicaba líneas arriba, establecer unos presupuestos que determinaran la forma del Estado y la participación política de los ciudadanos en la elaboración de las leyes positivas; por tanto, todo el esfuerzo tendió a hacer posible un determinado Derecho positivo. La consciencia de este hecho llevaba a González Vicén a escribir recientemente que en Kant no existe Derecho natural, sino que sólo hay teorización sobre el Derecho positivo (5); mucho antes, Rudolf Dünnhaupt había explicado que "Kant fue el superador del Derecho natural en la Filosofía del Derecho, y aunque él no construyó un sistema jurídico empírico, como hubiera sido exigible y hubiera correspondido a su método de investigación, es cierto lo que Radbruch afirma: "No fue la Escuela Histórica sino la Filosofía crítica, no Savigny, sino Kant, los que dieron los argumentos decisivos contra el Derecho natural" (6).

Así pues, toda la Filosofía jurídica kantiana estuvo orientada hacia el Derecho positivo. Los temas a dilucidar en las páginas que siguen son los relativos a la naturaleza que otorgaron a este Derecho y si su teorización sobre él estuvo a la altura de lo que su propósito y las circunstancias demandaban.

1.- LA NATURALEZA DEL DERECHO POSITIVO

El Derecho natural se compone de reglas generales y necesarias, porque emanan de la razón pura a priori, que es igual para todos los hombres; la experiencia jurídica, en cambio, demostraba a los kantianos que existen tantos Derechos positivos como comunidades políticas han existido, lo que les llevó a pensar que todo Derecho positivo es relativo a una sociedad política.

Este pensamiento se refuerza aún más en ellos porque los kantianos hicieron del Estado la fuente única del Derecho positivo; esta actitud no deja de

---

4. Cfr. *Moralität und Recht in der Schulphilosophie des 18. Jahrhunderts*, en *"Recht und Ethik. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jarhundert"*. Ed. por Blüdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1970, pág. 84.
5. Cfr. *De Kant a Marx*.., cit., pág. 59.
6. Cfr. *Sittlichkeit*.., cit., pág 119.

ser chocante, porque el Derecho estudiado en las Universidades desde el siglo XI había sido el Derecho romano, más o menos comentado, que encontraba aplicación inmediata en cualquier tribunal europeo; el Derecho romano era, pues, un Derecho "positivo", vigente y válido.

Pero los más acérrimos enemigos del Derecho romano fueron los iusnaturalistas y, con ellos, los kantianos; efectivamente, toda la escuela del Derecho natural postuló la creación contractual del Estado, de modo que la voluntad de tal Estado fuese la única instancia autorizada para dictar el Derecho. De haberse considerado al *ius commune* como un Derecho positivo, el Estado hubiera perdido su función central en la creación del Derecho y hubiera quedado, en todo caso, como la instancia que garantiza, mediante su fuerza coactiva, el cumplimiento del Derecho. Pero la escuela iusnaturalista-kantiana elevó al Estado al plano de creador exclusivo del Derecho, despreciando o desconociendo la función del *ius commune* en la vida jurídica europea.

Este hecho tuvo una consecuencia muy grave, a saber: el Derecho común se había impuesto en toda Europa, desde los inicios de la Baja Edad Media, a causa de su íntima racionalidad; su extensión por todo el mundo occidental no se debía al arbitrio de un legislador omnipotente -que no existía para este caso-sino a la objetividad e inmutabilidad de las relaciones jurídico-privadas que expresaba. Lógicamente, si la nota de la juridicidad se hace recaer en el hecho de que una norma determinada viene dictada por una voluntad cualificada, entonces no destaca tanto, o no destaca en absoluto, la racionalidad de lo decidido como el hecho de que un mandato es jurídico porque viene impuesto, y entonces encuentra su aplicación adecuada al brocardo que reza *Authoritas non veritas, facit legem.*

La Filosofía del Derecho europea se encontró, pues, ante la alternativa de potenciar la razón en la creación del Derecho o conceder prioridad absoluta al arbitrio del poder imperante. Desde los postulados iusnaturalistas no se contempló ni siquiera esta opción: todo el Derecho es creado por el Estado, y se constituye como Derecho por el hecho de que viene dictado por él. Por lo demás, la escuela del Derecho natural apenas lanzó exigencias que condicionaran el poder del Estado en el momento de crear el Derecho; toda ella estuvo dominada por la mentalidad optimista a tenor de la cual lo que unos hombres libres deciden sobre sí mismos no puede ser perjudicial para ellos. Por esto, el Derecho positivo -único Derecho que contemplaron los iusnaturalistas- fue considerado como una creación, arbitraria, de la voluntad del Estado. La visión antropológica optimista propia de la Ilustración deshizo los recelos que pudieran quedar acerca de un posible abuso de poder por parte del Estado.

Los kantianos se insertaron plenamente en la corriente iusnaturalista, a la que sublimaron y depuraron. En consecuencia, para ellos el Derecho no era más que la voluntad del gobernante en el Estado, de modo que mientras que el *Naturrecht* se compone de reglas generales y necesarias, el Derecho positivo es aquel

orden normativo que se caracteriza por tener su origen en el arbitrio del gobernante. Schmid, en 1.795 exponía, en este sentido, que el Derecho natural se fundamenta en la naturaleza de la esencia racional, mientras que el Derecho positivo tiene su fundamento en las acciones arbitrarias y contingentes *(zufällige)* de los hombres (7). Esta idea traspasa toda la Escuela kantiana, y la repiten monótonamente, sin apenas variantes, sus integrantes: Así, por ejemplo, Hoffbauer escribía que "llamamos reglas jurídicas naturales a aquellas que son independientes de todo arbitrio; positivas, a aquellas cuyo fundamento de su vigencia reside en la voluntad de un hombre" (8); poco más adelante indica que "las leyes positivas en sentido estricto son aquellas que vinculan a los ciudadanos de un Estado a través de la voluntad de su Regente, consientan o no en ellas los ciudadanos" (9).

Daniel Christoph Reidenitz recalcaba aún más las diferencias entre el Derecho natural y el Derecho positivo indicando que mientras que aquél es conocido exclusivamente a través de la razón pura, el Derecho positivo, en cambio, se nos manifiesta a través de la experiencia (10). El Derecho positivo, en consecuencia, no integra por sí mismo, en virtud de su concepto, según Reidenitz, ningún elemento racional; si tenemos en cuenta una vez más la estricta separación kantiana entre razón y experiencia, se nos muestra de forma especialmente evidente el *hiatus* insalvable que existe entre las exigencias racionales y la voluntad del poder en que consiste el Derecho positivo. Esta idea la reitera Christian Weiss cuando escribe que "el Derecho deducido es llamado positivo en tanto que las determinaciones concernientes a su contenido y materia no dependen de reglas jurídicas necesarias, sino de disposiciones arbitrarias, distintas según cada momento y lugar" (11).

¿A qué se debió la configuración del Derecho positivo exclusivamente como el mandato de una voluntad arbitraria? Apuntaba Berk, en 1.979, que

---

7. "Das Erstere gründet sich auf die bestimmte Natur ein vernünftigen Wesens, das andre auf zufällige, willkührliche Handlungen mehrerer Menschen". Cfr. *Grundriss...* cit., § 45.
8. "Rechtssätze heißen nun natürliche, wenn sie von aller Willkühr unabhängig gültig sind; positive, wenn der Grund ihrer Gültigkeit in dem bestimmten Willen eines vernünftigen Wesen liegt". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., pág. 67.
9. "Positive Gesetze in dem engern Sinne denken wir uns durch de Willen des Regenten für den Bürger des Staats verbindlich, er mag in sie einwilligen, oder nicht einwilligen. Ein Ganzes solcher positive Gesetze nennen wir ein positives Recht". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., pág. 90.
10. "Naturrecht ist die Wissenschaft von den Zwangsrechtsgesetzen oder den nothwendigen Bedingungen des geselligen Lebens, welche ohne äussere Gesetzgebung durch die Vernunft allein erkannt werden könne. Sie ist eine Vernunfwissenschaft im Gegensatz der positiven Recht, welches durch die Erfahrung erkannt wird". Cfr. *Naturrecht*, cit., § 6.
11. "Das abgeleitete Recht wird in sosern positiv genannt, als die einzelnen Bestimmungen seines Umfanges und Inhaltes nicht von nothwendigen Rechtsgrundsätzen, sondern von willkührlichen und durch Verschiedenheit der Zeit und des Ortes veranlassten Verfügungen abhängen. Ueberall aber bleibt das abgeleitete Recht... logisch betrachtet, dem Urrecht nicht coordinirt, sondern subordinirt". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 53.

hubiera sido muy peligroso lanzar exigencias éticas al Derecho, ya que estas exigencias habían tenido una naturaleza moral, y ello hubiera supuesto una confusión entre Derecho y Moral. Por el contrario, según Berk, lo que Kant pretendía era separar Moral y Derecho, especialmente de la Moral eudemonista, aún afirmada doctrinalmente a finales del siglo XVIII, que había constituido el apoyo teórico del Despotismo Ilustrado. En consecuencia, al caracterizar al Derecho como lo que proviene exclusivamente de la voluntad del Gobernante no sometida a estas consideraciones o exigencias, se aseguraba la distinción entre el orden jurídico y el moral desde el momento en que el Derecho aparece como un producto exclusivo de la voluntad (12).

2.-DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

La instancia normativa más próxima que tiene el Derecho positivo es el Derecho natural; es preciso, pues, tratar de las relaciones entre uno y otro a fin de determinar si, en la teoría jurídica kantiana, este arbitrio del Gobernante que constituye el Derecho positivo está vinculado a un orden normativo superior o si, por el contrario, el Derecho natural y el Derecho positivo se desarrollan paralelamente, sin que exista entre ellos ningún contacto.

Esta determinación constituye un problema espinoso, a causa, fundamentalmente, de las ambigüedades kantianas; por ello, Wicke señalaba ya en 1.913 que las contradicciones de Kant al tratar las relaciones entre el Derecho positivo y Derecho natural hacen imposible dar una respuesta unívoca, que sería forzosamente unilateral (13).

Ante todo, encontramos algunos testimonios kantianos que afirman la dependencia directa del Derecho postivivo respecto del Derecho natural.Tal es el caso de Thibaut, que mantiene que "sólo existe una verdad, una razón; por ello, el valor de cualquier Derecho positivo debe ser decidido ante el tribunal de la razón. El Derecho natural no alcanza tan lejos como el Derecho positivo. La primera exigencia que se le puede hacer a un legislador es que dé leyes racionales... En consecuencia, el Derecho positivo puede ser entendido como un

---

12. "Die Rechtslehrer vor Kant, da sie den ersten Grundatz des Naturrechts nicht wesentlich von dem Grundsaztze der Moral unterschieden, konnten freilich nicht einmal auf den Gedanken von einem solchen Zwange, gegen jeden, welcher in keinem bürgerlichen Vereine lebt, gerathen. Sie gründeten das Recht nicht auf die äußere Willkühr in dem Verhältniße der Menschen zu einander, also nicht auf die Thaten, welche erzwungen werden können, ohne daß jemand unrecht geschieht, wenn diese Zwang nur den Charakter der allgemeinen Gesetzlichkeit der Freiheit an sich trägt, sondern auf die Moral und auf die Gesinnung, gegen welche aller Zwangsgebrauch unsittlich, und daher verboten ist". Cfr. *Briefe*.., cit., pág 109.

13. Vid. *Kant Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., pag. 21. En la misma idea abunda Dünnhaupt, *Sittlichkeit*..., cit., pág. 109.

conjunto de leyes que en sí mismas están dadas por la razón pero que necesitan ser confirmadas por un legislador" (14). En sentido parecido argumentaba Krug: "El fundamento próximo del Derecho positivo (el fundamento de su vigencia en ésta o aquella sociedad) reside en la voluntad de un legislador externo; pero el fundamento último y más alto (el fundamento de su posibilidad) descansa en la legislación interior de la razón, en la legislación que se refiere a la actividad práctica del hombre, en el Derecho natural en consecuencia. Por ello, este último Derecho es *regulativo* respecto del Derecho positivo, aunque no *constitutivo,* pues el Derecho positivo no se puede deducir, sin más, del Derecho natural, ya que en las determinaciones jurídicas positivas, el legislador externo ha de tener en cuenta una cantidad de circunstancias y relaciones empíricas que no pueden ser conocidas a priori" (15). Es preciso tener en cuenta que esta idea de Krug está expuesta en 1.817, en fecha muy tardía en la que dominaban ya ideas sincréticas entre las filas kantianas; este mismo autor, en esta misma obra y lugar, mantenía, por ejemplo, que es nuestra conciencia la que nos enseña el Derecho natural, de modo que este Derecho es *quod ratio omnes homines docuit*, y esto a pesar de tratarse de un tema tan fundamental, ya no tiene nada que ver con Kant. Se trata, pues, de una tesis que está mantenida en un momento y, sobre todo, en un contexto que es muy poco kantiano.

A Feuerbach parece no convencerle este tipo de soluciones, más propias de una escolástica tomista que no del sistema kantiano, y él prefería explicar que el fundamento y la fuente de la obediencia civil, es decir, del deber de obedecer a las leyes del Estado no es otro que la ley ética, que puede ordenar tal obediencia directa o indirectamente, especialmente cuando existe una actuación de la

---

14. "Da nur Eine Wahrheit, nur Eine Vernunft denkbar ist, so muß der Werth jedes positiven Rechts vor dem Richterstuhl der Vernunft entschieden werden. Das Naturrecht reicht daher eben so weit, als die positiven Gesetze. Die erste Forderung, welche man an den Gesetzgeber machen kann, ist, daß er vernünftige Gesetze gebe... Im vernünftigen Sinn heißt es so viel (das positive Recht), als ein Inbegriff von Gesetzen, welche zwar an sich schon von der Vernunft gegeben, aber noch besonders durch einen Gesetzgeber bestätig sind". Cfr. *Juristische Encyclopädie*.., cit., § 8.
15. "Daher liegt nur der nächste Grund des positiven Recht (der Grad seiner Wirklichkeit in dieser oder jener Gesellschaft) in dem Willen eines äussern Gesetzgebers; der höchste und letzte Grund desselben aber (der Grund seiner Möglichkeit) liegt in der inner Gesetzgebung der Vernunft, wiefern diese Gesetzgebung auf die äussere praktische Thätigkeit der Menschen sich bezieht, also im Naturrechte. Ebendaher ist dieses für das positive Recht *überall* regulativ, wenn es gleich nicht *durchaus* konstitutiv ist; weshalb auch das positive Recht nicht aus dem natürlichen bloss abgeleitet werden kann. Denn der positive Rechtsbestimmer oder äussere Gesetzgeber hat eine Menge von empirischen Umständen und Verhältnissen, die man nicht a priori erkennen kann, zu berücksichtigen". Cfr. *Dikäologie*.., cit., § 7, *Anmerkung* 2.

voluntad a través de la cual yo me he obligado a algo (16). Feuerbach retoma la vieja idea iusnaturalista que entiende a la ley como una *communis reipublicae sponsio* y considera que el fundamento de su vinculatoriedad es la prescripción de la ley ética que ordena guardar lo pactado; de esta forma, la ley moral sanciona el cumplimiento de lo dispuesto por el Derecho positivo sólo de una forma indirecta, a saber, en la medida en que tal ley ordena cumplir los pactos. Esto no significa, sin embargo, una fundamentación singular de la obediencia a lo dispuesto por el derecho positivo que se remonte hasta el Derecho natural; se trata, solamente, de una aplicación del principio *pacta sunt servanda* para el supuesto de que todo el Derecho positivo posea una naturaleza pacticia, que -dentro de la doctrina kantiana- es algo muy discutible, como veremos al tratar el tema de la "voluntad general".

Una última posibilidad, sobre este tema, fue la expresada por Albrecht Hummel; según este autor, la ley jurídica es puramente formal, por lo que su contenido debe ser determinado en su aplicación mediante el Derecho positivo; ésta es la razón de ser de este Derecho, es decir, determinar la realidad de la ley jurídica desde el punto de vista de su contenido (17). De esta forma, el Derecho natural ofrece sólo un marco formal que debe ser rellenado de contenidos por el Derecho positivo.

Estas explicaciones expuestas, de Thibaut, Krug, Feuerbach y Hummel constituyen los únicos testimonios expresos que encontramos acerca de una relación esencial entre el Derecho positivo y el Derecho natural, si bien las formas como estos autores conciben esta relación son de muy diversa naturaleza. Existe un segundo grupo de autores que no vinculan expresamente el Derecho positivo con el Derecho natural, pero que en sus declaraciones acerca de la necesidad de la existencia del Derecho positivo dejan entrever que la *ratio* que crea uno y otro orden normativo es la misma, de modo que, a tenor de esta conjetura, podría pensarse que el Derecho positivo constituye un desarrollo, una explicitación o una confirmación del Derecho natural mediante la fuerza organizada del Estado.

---

16. "Wir fragen: welches ist der Grund und die Quelle des bürgerlichen Gehorsams? Woher kommt es, dass ich verbunden bin, den Gesetzen des Staats und dem Willen des Oberherrn zu gehorchen? Die letzte Quelle aller und jeder Verbindlichkeite und Pflichten ist das Sittengesetz, entweder unmittelbar, oder mittelbar, -nämlich vermittelst einer Willenshandlung, durch die ich mich zu irgend etwas verpflichtet habe-. Wo das Sittengestz mich nicht verpflichtet; habe ich dem Staat keinen Gehorsam versprochen, so bin ich ihm auch gar keinen Gehorsam schuldig; habe ich ihn nur bis an eine bestimmte Grenze versprochen, so bin ich ihn nur bis an diese Grenze zu leisten schuldig". Cfr. *Anti-Hobbes..*, cit., pág. 134.
17. "Das Rechtsgesetz ist, wie aus dem bisherigen erhellet, blos formal, die Materie muß in der Anwendung erst bestimmt werden. Daraus entsteht denn das positive Recht. Das positive Gesetz bestimmt die Realität des Rechtsgesetzes seiner Materie nach". Cfr. *Encyclopädie des gesammten positiven Rechts*. Giessen, 1809, pág. 2.

El primero, cronológicamente, de los seguidores de Kant que completó de esta forma las relaciones entre Derecho natural y positivo fue Karl Christian Kohlschütter; explicaba este autor que "los derechos de los hombres han de ser conocidos en el Estado de una forma clara, y aunque el sentimiento moral ya le enseña a cada hombre acerca de lo que es Derecho en las relaciones con sus semejantes, y aunque la razón es capaz de dar una respuesta satisfactoria a cada cuestión que se le plantee, puede suceder sin embargo que el sentimiento moral sea malentendido, ya que no todo hombre está en condiciones de descubrir la ley jurídica en cada caso concreto que le plantean las enmarañadas relaciones que existen en las sociedades civiles. Por esto, la primera decisión que corresponde al poder supremo en el Estado en tanto que guía de la justicia externa, que atiende a la naturaleza racional del hombre, es la de fijar los derechos de la forma más clara y completa de acuerdo con las circunstancias" (18) De forma muy parecida explicaba Jakob Fries la necesidad de la existencia del Derecho del Estado: "La voluntad de los individuos está parcialmente bajo influjo de la naturaleza externa, y no de la ley interna; en consecuencia, la ley del Derecho, incluso allí donde es admitida, puede ser violada en casos concretos. Además, el juicio de los individuos es muy deficiente y puede entender de forma defectuosa las relaciones jurídicas. Por esto es necesario que sobre la legislación jurídica interior, que la descubrimos filosóficamente desde la esencia de la razón, exista una legislación externa, es decir, una admisión y una sanción externa del Derecho entre los hombres, que solamente puede tener lugar a través de la coacción. Una tal legislación externa entre los hombres se llama una legislación positiva" (19). Feuerbach, en su obra actualmente más conocida, entendía que

18. "Es müssen die Rechte der Menschen allgemein im Staate auf eine bestimmte Weise erkannt werden denn obgleich das moralische Gefühl schon jeden Menchen darüber belehrt, was, im Verhältnisse gegen seine Mitmenschen recht ist, und obgleich die Vernunft jede Frage, welche über diesen Gegenstand aufgeworfen werden kann, für sich allein auf eine zureichende Weise zu beantworten im Stande ist, so kann doch das sittliche Gefühl misverstanden und irre geleitet werden, und nicht alle Menschen sind, nach dem Grade von Einsichten welchen sie besitzen, im Stande, die einzelnen Fälle der Anwendung des Rechtsbegriffes, in der verwickelten Verhältnissen, welche in bürgerlichen Gesellschaften eintreten, richtig zu beurtheilen.
Das erste Geschäft, dem sich die Höchste Gewalt im Staate, als Vorsteherin der äussern Gerechtigkeit zu unterzieht hat, und bei welchem allein die vernünftige Natur des Menschen ihre Führerin seyn kann, ist also eine deutliche, und nach dem iedesmaligen Umstände möglichst vollständige Festsetzung der Rechte". Cfr. *Propädeutik..*, cit., § 22.

19. "Der Wille des einzelnen sthet zum Theil unter dem äussern Einfluß der Natur und nicht einzig unter dem inner 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 Rechts, welches sich philosophisch aus dem Wesen der Vernunft entwickelt läßt, noch eine äussere Gesetzgebung und Sanktion des Gesetzes unter den Menschen hinzukomme, welche nur durch Zwang statt finden kann. Eine solche wirkliche äußere Gesetzgebung unter den Menschen heißt nun eine positive Gestzgebung". Cfr. *Philosophische Rechtslehre..*, cit., *Vorrede*, pág. IX.

el juicio de los hombres, abandonado a sí mismo, es una fuente de desacuerdos y de contradicciones, un origen de luchas entre opiniones, y por tanto una causa de falta de certeza y de inseguridad en el conocimiento de los derechos. Por ello, aunque el Derecho de la razón es igual para todos, inmodificable y eterno como nuestro espíritu, es necesario un Derecho que sea admitido por todos, del que podamos tener un conocimiento seguro e indubitable; y este Derecho no es otro que el Derecho del Estado. En consecuencia, cada hombre debe renunciar al juicio que él puede tener personalmente acerca de lo que es justo y debe someterse a un único juicio que sería declarado con vigencia general por la suprema autoridad, sin contradicciones, y que, a diferencia del juicio inoperante de los individuos, se constituye en el juicio público. El autor de este juicio es el legislador positivo, y sus declaraciones constituyen las leyes positivas (20). Una explicación idéntica a estas otras ya expuestas la proporcionó Jakob en 1.819 (21). En estas declaraciones transcritas, especialmente en Feuerbach aleteaba una cierta desconfianza hacia la capacidad conformadora de la realidad propia del Derecho natural; en ellas, en efecto, se completa al *Naturrecht* como algo que existe para sí mismo *(für sich allein)*, sin contacto con la vida humana real y, por este hecho, sin fuerza para declarar el Derecho en las circunstancias concretas en las que nos movemos los hombres. Quizá por este motivo, es decir, para reivindicar tanto la realidad del Derecho natural como su operatividad en la vida humana, Carl von Rotteck, el último de los grandes kantianos, que mantuvo la llama de la Escuela cuando ésta ya había sido ahogada entre el Positivismo y la Escuela Histórica del Derecho, explicaba que si los hombres fueran razonables, es decir, si fueran justos y equitativos, o si al menos existiera un medio para asegurar que los jueces fueran amadores del Derecho, capaces de penetrar en él, el Derecho positivo sería casi innecesario. Por ello, la necesidad del Derecho positivo se fundamenta en las deficiencias de los hombres, no en la imperfección

---

20. "So ist das sich selbst überlassene Urteil des Menschen eine Quelle der Uneinigkeit und der Widerspruche, eine Ursache des Kampfes der Meinungen, mit einem Wort, ein Grund der Ungewißheit und darum der Unsicherheit der Rechte. Will jemand zweifeln? Will mir etwa jemand ein allgemeingeltendes Naturrecht entgegenhalten? Ja, algemeingültig ist das Recht der Vernunft, es ist unwandelbar, wie sie selbst, es ist ewig, wie unser Geist. Aber ich will allgemeingeltend anerkannte Rechte, ich will unwandelbare unzweifelhafte und unbezweifelte Erkenntnis derselben. Wo ist diese? Sie muß da sein, wenn der Staat sein soll...
... so muß sich in praktischer Rücksicht das Urteil aller, mit Verzicht auf eigene Entscheidung, einem einzigen Urteile unterwerfen, das in höchster Autorität allgemeingültig und allgemeingeltend ausspricht, was überhaupt als Recht ohne aller Widerspruch anerkannt werden soll, und welches nun, im Gegensatz von dem nicht praktisch geltenden Urteile der Individuen, das öffentliche Urteil heißt. Das Subjekt dieses Urteils ist der positiven Gesetzgeber; sein Ausspruch das Positivgesetz". Cfr. *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechstwissenschaft*. Landshut, 1804, pág. 69-70.
21. Vid. *Einleitung in das Studium der Staatswissenschaften*. Halle, 1819, §§ 156-160.

del Derecho natural (22).

Hemos estudiado, hasta ahora, las opiniones que existieron en la Escuela kantiana acerca de las relaciones entre el Derecho natural y el Derecho positivo, dado que, desde el momento en que se admite la existencia de un Derecho natural, el Derecho positivo aparece como un ordenamiento inferior al natural, que de alguna forma ha de acomodarse a él y, por tanto, depende de él; el problema que corresponde plantearnos es cómo concibieron los kantianos la derivación o la acomodación del Derecho positivo respecto del Derecho natural.

Sobre este tema no encontramos una sola palabra entre los kantianos. Es lógico que sea así, porque entre la realidad inteligible, noumenal, en que consiste el Derecho natural, y la existencia a ras del suelo propia del Derecho positivo, existe un excesivo distanciamiento como para establecer una relación esencial entre ambos; en efecto, el Derecho natural es una realidad nouménica, independiente del mundo sensible porque surge de la estructura misma de la razón; está por encima del tiempo y lugar, y no se contamina con las necesidades, las esperanzas o los deseos de los hombres empíricos. El Derecho positivo, en cambio, tal como fué concebido por Kant y su Escuela, no presenta ninguna relación con el universo nouménico o inteligible; al contrario, depende esencialmente del arbitrio de un hombre empírico, es decir, del gobernante y, en consecuencia, está sometido a las variaciones propias del lugar y del tiempo.

El Derecho natural podría presentarse como el marco y el fundamento del Derecho positivo en la medida en que lanzara exigencias que necesariamente debieran ser atendidas por este último tipo de Derecho; pero el problema radica, tal como he explicado, en que no existe en la doctrina kantiana una articulación entre el Derecho natural y el positivo que permita este hecho, dado el *hiatus* insalvable que Kant estableció entre ambos derechos. Por ello, cada uno de estos ordenamientos discurre paralelo frente al otro, sin puntos de contacto. Joseph Wicke reparó, hace años, en este hecho y explicaba a este respecto que entender que el Derecho positivo depende del Derecho natural de modo que esta relación garantizara la racionalidad del Derecho positivo, esto, referido a Kant, no es más que "un dulce sueño" (23). De hecho, Teodoro Marezoll que publicó en 1.819, momento que convencionalmente podemos considerar como el de la defunción de la Escuela, pues en este mismo año aparecieron las obras de Falck y de

---

22. "Wenn die Menschen sämmtlich verständig, auch dabei gerecht und billig wären, oder wenn es wenigstens ein Mittel gäbe, sich zuverläßiger, d.h. rechtsverständiger und rechtsliebender Richter zu versichern, so wäre das positive Recht fast überflüssig...
Und so entsteht, durch die Schlechtigkeit der Menschen, nicht dur die Unvollkommenheit des Naturrechts, das Bedürfniß positiver, d.h. auf willkührlicher, entweder durch Convention oder durch Autorität entstandener Festsetzung ruhender, und ganz vorzugweise geschriebener Rechte". Cfr. *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*. Stuttgart, 1840, págs. 58-59.
23. *Cfr. Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., pág. 17.

Schnaubert, que atacaron con éxito completo las tesis fundamentales de la teoría jurídica kantiana, únicamente se atrevió a proponer que el Derecho positivo se acomoda al Derecho natural, o puede acomodarse a él, porque está dictado por una voluntad humana y, por tanto, racional, por lo que siempre permanece abierta la posibilidad de que el tratamiento filosófico del Derecho influya sobre el Derecho positivo (24).

3.- LOS CRITERIOS DE LA CREACION DEL DERECHO

Las diversas teorías que circulaban en el área de cultura francesa sobre la *volonté générale*, y especialmente la representada por Rousseau en su *Du contrat social* encontraron un amplio eco entre estos últimos iusnaturalistas. Se trató de un hecho lógico, toda vez que el contractualismo en la creación de la sociedad política reclamaba -si quería ser consecuente en los restantes extremos- el contractualismo también en la formación de la voluntad de esta comunidad creada por los hombres libres; el expediente que encontró la escuela del Derecho natural en la última fase de su vida para explicar la participación de todos los ciudadanos en la creación de la voluntad común fue el recurso a lo que se conoce, de hecho, como doctrina de la *volonté générale*.

Esta doctrina dista mucho de estar claramente establecida por los autores que estamos estudiando; es bien sabido que Rousseau -autor bien conocido por los seguidores de Kant- distinguió entre la voluntad de la mayoría, que sería la voluntad empírica, fáctica, a la que llamó *volonté de tous* y la verdadera voluntad general, que no se identifica forzosamente con la decisión mayoritaria.

La *volonté générale*, a diferencia de la *volonté de tous*, expresa un orden objetivo de bondad, por lo que siempre es inalterable y pura, jamás puede errar, y preexiste al juicio de la asamblea, de modo que ésta, con su votación, no la crea sino que -por así decir- tan sólo la "desvela".

Según que voluntad comunitaria se conciba al modo que Rousseau concibió a la *volonté générale*, o según que la atención recaiga más bien en la voluntad de la mayoría, tenemos dos tipos de teorías sobre la naturaleza de la voluntad general. Estas dos teorías fueron seguidas, una por unos, otra por otros, por los discípulos de Kant.

Gros concebía a la voluntad general como una realidad distinta a la voluntad de todos los ciudadanos: "La voluntad general en el Estado puede ser distinguida

---

24. "Diese ganze Bildung des positiven Rechts steht freilich mit dem Naturrechte in keinem unmittelbare Zusammenhang. Denn es hat, seinem Wesen nach, seinen Ursprung aus einem positiven Willen. Aber da der positive Wille ein menschlicher, also ein vernunftfähiger ist, so bleibt immer, durch Vermittlung desselben, der Einfluß der Philosophie auf das positive Recht möglich". Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*. Giessen, 1819, § 97.

de la voluntad de todos los sujetos, y consiste fundamentalmente en que todos los ciudadanos sean considerados como si hubieran consentido todos ellos" (25). Una cosa es, pues, la voluntad fáctica de los ciudadanos, y otra es la voluntad general que encarna inapelablemente el gobernante (26). Esto queda más claro en Mellin que, siguiendo estrechamente a Rousseau escribía que "el principio de toda legislación pública reza así: da aquellas leyes respecto de las que todo individuo debiera querer que vincularan externamente a su voluntad, que cada sujeto se las daría a sí mismo si él fuera un legislador que se adecuara al Derecho" (27). No se trata, pues, de lo que los ciudadanos quieran de hecho, sino de la que ellos *deben* (el verbo que emplea es *sollen)* querer. Weiss explicaba, abundando en este tema, que la razón debe ser tenida en cuenta, y esto es la sabiduría; así es como la voluntad conjunta se convierte en una voluntad sabia y el Derecho que fija esta voluntad no puede ser considerado como una simple invención, sino que aparece como un Derecho fundamentado en la razón (28). En consecuencia, el castigo del delincuente no se establece atendiendo al ofensor o a la víctima, sino que se fundamenta en la santidad de la voluntad general que expresa la ley (29). Mehmel, acabando de explicitar esta idea con una terminología próxima a la de los idealistas, mantenía que "la voluntad general no es en modo alguno, como se demuestra por su origen, la voluntad real de todos, sino una Idea que a través de la determinación racional general y absoluta del género humano, debe ser considerada como el motivo de la determinación, con necesidad vinculante, de toda voluntad sensible" (30).

Esta forma de entender la voluntad general llevaba a Bargmann a explicar que, en Kant, el Estado se presenta como un *homo noumenon* que prescribe

---

25. "Der allgemeine Wille im Staate kann von den Willen aller Einzelnen geschieden seyn; er besteht aber wesentlich darin, dass alle Bürger rechtlich so zu betrachten sind, als hätten sie insgesamt eingewilligt". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 320.
26. Cfr. *Lehrbuch..*, cit., §§ 329 y 333.
27. "Daher heisst das Princip aller öffentlichen Gesetzgebung: *Giebt nur solche Gesetze, von welcher jeder Einzelne wollen sollte, dass sie seinen Willen auch äusserlich verbinden möchte, welche also jeder einzelne selbst geben würde, wenn er ein pflichtmässiger Gesetzgeber wäre*". Cfr. *Grundlegung..*, cit., § 194. La intensidad es de Mellin.
28. "... es solle den Endzwecke der Vernunft gemäß in allem gehandelt werden. Dieß aber ist Weisheit,.. So wird der Gesammtwille der Verbündeten selbst als ein weiser Wille, und das Recht, welches er festsetzt... durch Vernunft begründetes Recht erscheinen. Dieß war die Aufgabe". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., §184.
29. "Der Zweck der Strafe liegt weder in dem Beleidiger noch in dem Beleidigten als solchen, sondern blos in der Heiligkeit des Gesammtwillens Aller oder des Gesetzes". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 170.
30. "Der allgemeine Wille ist folglich, wie seine Entstehung zeigt, keinesweges der wirkliche Wille Aller, sondern eine Idee, die durch die allgemeine und absolute Vernunftbestimmung des Menschengeschlechts als Bestimmungsgrund jedes wirklichen Willens mit verbindender Nothwendigkeit gesetzt wird". Cfr. *Die reine Rechtslehre..*, cit., § 118.

inexorablemente leyes racionales (31), y Klaus Reich entendía que Kant dependía de la metafísica de la voluntad general de Rousseau, que expresa una realidad metafísica, noumenal (32). Más recientemente Kersting ha defendido que el fundamento de la fuerza vinculante de las leyes positivas es, en Kant, el hecho de que tales leyes puedan ser objeto de un consentimiento universal *(wenn sie uneingeschrankt zustimmungsfähig sind)* (33). Esta me parece una interpretación excesivamente simplista del pensamiento kantiano, que es más complejo, a causa de sus ambigüedades; en ella podemos observar, una vez más, una distorsión del pensamiento de Kant debida al afán de este autor por adaptar al filósofo de Könisberg a los tiempos que corren.

La otra línea teórica en que se concreta la doctrina de la voluntad general es aquella que atiende a las voluntades efectivamente manifestadas; esta otra doctrina prescinde de la metafísica de la *volonté générale* roussoniana y tiene en cuenta solamente el hecho de que la mayoría de los ciudadanos se han decidido en un sentido determinado. Esta forma de entender la voluntad general viene exigida por el postulado que expresa Hoffbauer: "solamente a través de la propia voluntad puede un hombre llegar a depender de otro y perder su libertad natural... Pues en cierto sentido es cierto que nadie está obligado a obedecer leyes que no se las haya dado él a sí mismo" (34). Esto implica mantener que todo el Derecho positivo se origina de pactos entre los ciudadanos, y ésta es una idea tan extendida entre los iusnaturalistas que Klein no dudaba en afirmar que las leyes positivas se originan de contratos, de modo que el legislador es un mandatario de los súbditos que, en el lugar de ellos, celebra los contratos que dan origen a las leyes (35). Por ello, prosigue Klein, no es lícito imponer a los ciudadanos leyes a las que ellos no hayan prestado su consentimiento (36). Tiefrunk explicaba, a modo de resumen sobre este tema, que "el fundamento de todo Derecho es el acuerdo general de voluntades" (37).

Las voluntades a que se refieren estos autores deben ser entendidas en un

---

31. Cfr. *Der Formalismus..*, cit., pág. 24.
32. Cfr. *Rousseau und Kant.* Tübingen, 1936, págs. 12-13.
33. Cfr. *Wohlgeordnete Freiheit..*, cit., pág. 236.
34. "Nur durch seinen eigenen Willen kann der Mensch abhängig von andern, und seiner natürlichen Freyheit verlustig werden... Es ist daher allerdings in einem gewissen Sinne wahr, daß niemand Gesetzen zu gehorchen verbunden ist, welche er sich nicht gegeben hat". Cfr. *Untersuchungen..*, cit., pág. 244.
35. "Die positiven Gesetze gehen meistentheils noch weiter, und bestimmen Abweichungen von dem natürlichen Rechte, welche durch Verträge bestimmt werden konnten, so daß der Gesetzgeber, als Geschäfsträger der Unterthanen, gleichsam an ihrer Stelle Verträge schließt". Cfr. *Grundsätze..*, cit., § 49.
36. "... darf man Bürgern durch positive Gesetze ohne ihre Einwillung kein Zwang aufgelegt werden". Cfr. *Grunsätze..*, cit., § 506.
37. Die allgemeine Uebereinstimmung der Willen ist das Princip alles Rechts". Cfr. *Ueber Recht..*, cit., pág. 310.

sentido empírico, es decir, como la manifestación fenoménica de los arbitrios individuales; Reiner, al exponer a Kant con precisión, indicaba que "la condición suprema e indispensable del estado jurídico es una justicia pública que, a través de la reunión del arbitrio de todos, se erige como una voluntad legisladora" (38). Ya dejé indicado en capítulos anteriores, especialmente en la "Metafísica de las costumbres", que en el pensamiento kantiano no existen los presupuestos para fundamentar una razón común por encima de sujetos empíricos; al no existir ese *logos koinós,* esa razón supraempírica o nouménica, la racionalidad del Derecho se determina únicamente por el acuerdo tomado por la mayoría. La Escuela kantiana tuvo una confianza absoluta en la racionalidad de la voluntad general, y, de hecho, tal voluntad fue identicada con la razón, en general, de la que surgen tanto el Derecho positivo como el Derecho natural; por ello, Krug establecía que "ningún hombre puede quedar vinculado, jurídicamente, por cualquier autoridad o arbitrio, pues todo hombre, en tanto que esencia racional, es una persona para sí y a través de sí misma, es decir, es independiente y autónomo respecto de la voluntad de otro y, por ello, se constituye a sí mismo como una esencia legisladora. Solamente la voluntad común de todos los hombres, de la que surge el Derecho natural, es vinculante para todos -no así la voluntad concreta de un particular- y de aquí es de donde debe surgir el Derecho positivo" (39).

Sin embargo, podemos notar que los kantianos, ante esta cuestión, se mueven en un plano puramente teórico, y en ningún momento afrontan la empresa de justificar la racionalidad de la voluntad de la mayoría; efectivamente, ellos siempre aluden a la "voluntad general" *(der gemeinsame Wille)* que es entendida como la "voluntad de todos" *(der Wille Aller)*, y esto supone especular en el plano de la ficciones, ya que una voluntad "de todos" empírica no existe. El problema fundamental de la teoría jurídico-política que ellos proponen, que se produce cuando es preciso legitimar la decisión que es apoyada solamente por una mayoría, y no por todas las voluntades, no es tratado, ni en consecuencia resuelto, por estos autores.

De todos modos, el único punto de referencia existente en la doctrina kantiana para determinar la legitimidad del Derecho positivo es el acuerdo de voluntades; por ello, Hoffmann destaca el carácter voluntarista del Derecho

---

38. "Die oberste, und unumgängliche Bedingung dieses rechtlichen Zustandes, ist eine öffentliche Gerechtigkeit, die durch die Vereinigung der Willkühr Aller zu einem allgemein gesetzgebende Willen errichtet wird". Cfr. *Allgemeine Rechtslehre..*, cit., 23. 2. Theil, § 4.
39. "Es kann aber keinen Menschen irgend eine Auktorität oder Willkürh schlechthin rechtlich verbinden, das, was sie will, als Gesetz zu respektiren. Denn jeder Mensch ist als Vernunftswesen eine Person für sich und durch sich selbst, d.h. ein selbständiges, von dem Willen eines Anders unabhängiges, mithin sich selbst gesetzgebendes Wesen. Nur der gemeinsame Wille aller Vernunftwesen überhaupt ist, aus welchen das natürliche Recht hervorgeht, ist verbindlich für alle, nicht aber der besondre Wille einzelner Vernunftwesen, aus welchem das positive Recht hervorgehen soll". Cfr. *Aphorismen..*, cit., § 36.

positivo en las teorías kantianas, porque el Derecho está vigente no por la justicia de su contenido sino por la autoridad de la voluntad legisladora: "Autoritas, non veritas, facit legem", concluye Hoffmann (40).

4.- LAS APORIAS DEL DERECHO POSITIVO.

Los kantianos hablaron del Derecho positivo, supusieron su existencia, pero en modo alguno "dedujeron" tal Derecho, es decir, dieron razón de él. Desde la presunta razón pura a priori típicamente kantiana, Kant y sus epígonos pretendieron fundamentar un "Derecho natural" o una teoría metafísica del Derecho, pero desde tal razón -única desde la que se puede hacer ciencia según ellos- no explicaron el Derecho positivo. Por ello, diversos kantianos enseñaron que únicamente era científica la *natürliche Rechtslehre,* lo que implica dejar abandonado al acaso de la Historia al Derecho no-natural (41). Esto era una consecuencia de haber dejado reducido el Derecho positivo a una cuestión de experiencia, ya que lo conocemos por nuestra propia experiencia o por el testimonio ajeno, como anotaba Kant en el programa de sus lecciones del curso 1.765/66 (42) quedaba excluído del tratamiento racional y metafísico. El Derecho positivo quedó excluido, en consecuencia, del orden nouménico o inteligible que debiera haberlo explicado; y permaneció como una realidad "casual" *(etwas Zufälliges,* explicaba Warnkönig) (43), que puede ser de tantos modos como se manifieste de hecho en el acaecer histórico. Esta falta, por principio, de teoría sobre el Derecho positivo se manifiesta de forma especialmente grave en las dos cuestiones fundamentales de todo orden normativo.

Efectivamente, en primer lugar es preciso mencionar el problema de los criterios que garantizan la corrección de la creación del Derecho. Tales criterios no existen en la Escuela kantiana; hay una continua remisión a la voluntad general, es decir, a la "voluntad de todos", pero ésta es una declaración declamatoria e inoperante; de acuerdo con lo ya estudiado, Kant y sus seguidores legitiman el contenido de cualquier Derecho positivo, porque exigen una obediencia incondicionada a lo que disponga cualquier "Regente". Se produce, pues, en la doctrina kantiana una sustitución, de hecho, de la voluntad general por la voluntad del gobernante, de modo que éste encarna inexorablemente tal voluntad, y todas las digresiones sobre la voluntd general carecen de aplicación o de

40. Cfr. *Zur Lehre von Naturzustand..*, cit., pág. 30.
41. Cfr. J. Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprundenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert.* Frankfurt am Main, 1979. págs. 151-152.
42. Cfr. Christian Ritter, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen.* Frankfurt am Main, 1971, pág. 181.
43. Cfr. *Rechtsphilosophie..*, cit., pág. 145.

sentido ante el hecho desnudo de la legitimación del poder y de la voluntad de todo gobernante.

En segundo término tenemos un problema que ya ha sido estudiado al tratar de las razones por las que el Derecho obliga y que no es otro que el de las razones por las que se ha de obedecer al Derecho positivo. Indica Gerhard Dulckeit que, en Kant, tenemos por un lado el *Gesetzgeber in der Idee*, a priori, el *homo noumenon* del que resulta la teoría jurídica "natural", y por otro el Derecho positivo, que no procede de ninguna instancia nouménica, sino de la voluntad de un legislador empírico; en consecuencia, este Derecho positivo, como todo lo que se produce en el plano fenoménico, es casual *(zufällig)* y arbitrario *(willkührlich)*. ¿Cómo pueden ser vinculantes, se pregunta Dulckeit, unos mandatos *zufällige und willkührliche* si precisamente, en Kant, los presupuestos de la vigencia de una norma son exactamente los contrarios, a saber, que la norma sea necesaria *(notwendig)* y general *(allgemein)*? No es posible fundamentar -aún desde los presupuestos kantianos- la vigencia del Derecho positivo (44).

Sucede que Kant presupone en todo momento la existencia del Derecho positivo, ya constituido; Kant no explica este Derecho, sólo lo supone, porque del mismo modo que el *Naturrecht* es para él un *Faktum* de la razón, el Derecho positivo es un *Faktum* del hombre que vive en sociedad. De esta forma, se delimitan dos ámbitos distintos para el Derecho natural y el derecho positivo; el Derecho natural se explica desde la razón pura, desde exigencias metafísicas, y el Derecho positivo, en cambio, existe y se realiza en los individuos concretos que viven en la Historia, es decir, bajo los ordenamientos jurídicos de los Estados existentes. En el Derecho natural cabe, en consecuencia, el tratamiento inteligible, metafísico, con el que no se trata tanto de describir la realidad como de normarla; en el Derecho positivo, por el contrario, no cabe este tratamiento metafísico normativo para él, y por este camino, todo ordenamiento jurídico existente queda legitimado toda vez que Kant exige obediencia externa al Derecho constituido. El Derecho, pues, queda reducido al mundo fenoménico, ya que en él es creado y no es posible ninguna explicación mefafísica que lo oriente. Su origen, en efecto, es empírico, ya que proviene de un legislador humano, fenoménico, que siempre tiene la posibilidad de legislar mal, inmoralmente, y el móvil que debe llevar a los hombres a cumplirlo es también fenoménico, a saber, el miedo ante la amenaza, por lo que la idea del "deber" queda excluída ante él; al haberlo apartado de forma tan radical de la razón pura que hace posible el deber, la obligación, la única salida razonable fue exigir ante él solamente la adecuación externa de la conducta, la *Legalität*. Derecho natural y Derecho positivo quedan, pues, como dos ordenamientos jurídicos paralelos, aquel deducido en el plano metafísico, éste existente ya en el plano empírico.

---

44. Cfr. *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Leipzig, 1932, págs. 46 y 67.

Capítulo VI

LA RECHTSLEHRE KANTIANA EN SU EPOCA

Con lo expuesto hasta ahora, este estudio podría considerarse completo. Pienso, de todos modos, que no sería superfluo estudiar algunas cuestiones más generales que no han encontrado acomodo en el tratamiento de los problemas que he seguido hasta el momento presente. Efectivamente, quedan por tratar algunos temas que, aunque esporádicamente he hecho referencia a ellos, aquí y allá, al estudiar problemas concretos de la Filosofía jurídica kantiana, sin embargo no han sido objeto de un tratamiento específico. Concretamente. quisiera aludir a la ubicación de la doctrina kantiana en el discurso de las ideas jurídico-políticas que constituyeron el pensamiento decimonónico y contemporáneo a partir de los tópicos fundamentales de la escuela del Derecho natural de la Edad Moderna. Planteadas así las cosas, la empresa parece excesivamente ambiciosa y, a fin de no parecer presuntuoso, indicaré que me voy a ceñir a tres temas solamente; en primer lugar haré una breve referencia al individualismo que se muestra en toda la teoría jurídica y política kantiana; no es, desde luego, un tema nuevo en estas páginas, pero quisiera mostrar expresamente sus fundamentos y alcance. Lo mismo cabe decir de los otros dos problemas que abordaré, uno el de las relaciones entre doctrina jurídico-política y teoría económica, y el otro, el del sesgo liberal que domina la construcción teórica kantiana que hemos estudiado. Espero que el lector sabrá disculpar alguna pequeña reiteración que se produzca aquí en relación con lo ya expuesto.

1.- EL INDIVIDUALISMO ETICO-JURIDICO.

No es fácil describir qué se entiende usualmente por "individualismo" y este hecho hace necesaria una breve descripción inicial de lo que entenderemos bajo este término; sin grandes pretensiones filosóficas, indicaré, simplemente, que bajo "individualista" entiendo aquellas doctrinas que, en el plano de la teoría jurídica y política, se fundamentan y parten metódicamente del hombre aislado -y no de la sociedad-, de modo que el punto de llegada, es decir, lo que se pretende afirmar, es el despliegue más libre posible de las posibilidades de cada sujeto; de esta forma, el individuo se define de una manera esencialmente negativa: se constituye como aquello que no es el Estado, ni la sociedad, sino aquel átomo social que forma una realidad no intercambiable con ninguna otra de la misma especie y que afirma su propia existencia e identidad mediante la oposición continuada con la sociedad y con los demás individuos. Por otra parte, la finalidad de la sociedad política es contemplada, y legitimada, únicamente en la medida en que satisface al máximo los intereses de cada individuo; en consecuencia, el bien de la sociedad no tiene relevancia para este modo de pensar, a no ser que se postule que el "bien común" resultará naturalmente de la satisfacción de las pretensiones de cada hombre. Pero, en cualquier caso, en la doctrina que estamos estudiando, no existen referencias a ningún bien propio específico de la sociedad; únicamente son contemplados los individuos, siempre bajo el ángulo de la promoción social de aquellas condiciones que hagan posible el despliegue mayor imaginable de la libertad o arbitrio de cada uno. Pasemos brevemente a ver el problema del individualismo en la teoría kantiana.

a) Los fundamento teóricos

El individuo aparece inicialmente en la doctrina ético-jurídica kantiana como una mónada o átomo, que sólo debe preocuparse por sí mismo, como si él fuera lo único que existe en el Universo; por ello, el hombre, antes de comprometerse con los demás mediante un pacto, sólo se tiene a sí mismo; explicaba Schmalz, explicitando esta idea, que "el objeto de los derechos innatos es solamente el hombre considerado en sí mismo. Pues si no presuponemos hechos ajenos a lo que es el individuo en sí, él, por su propia existencia, no se tiene más que a sí mismo, e innato para él no es más que él mismo" (1). En consecuencia, el contenido del ordenamiento jurídico natural, es decir, del "Derecho natural", no puede ser sino la afirmación del derecho que corresponde a todo hombre a

---

1. "Der Gegenstand der angebohrne Rechte ist nur der Mensch selbst. Denn ohne fremde Thatsachen, bloß durch seine Existenz, hat er nichts als sich, und angebohren ist ihm nichts, als er selbst". Cfr. *Erklärung*.., cit., pág. 32.

determinarse él mismo, a hacer de sí y del mundo exterior lo que él quiera; por ello, Rüdiger explicaba que "el derecho sobre sí mismo es el primero y más elevado derecho (que existe). Consiste en la libre disposición de cada cual sobre su persona y sus fuerzas, sobre las cuales, contra su voluntad, ningún otro está capacitado para disponer de ellas" (2). De esta forma, toda la construcción kantiana parte y se fundamenta en un hombre ideado de las mentes de los iusnaturalistas que no existe para los demás porque no está sometido a unas normas que estén por encima de su arbitrio, y, en consecuencia, de la disposición sobre sí mismo que a él le corresponde. Hufeland exponía en toda su radicalidad esta idea al escribir que "ningún hombre puede ser considerado como un medio al servicio de fines que no sean los suyos... en parte porque la ley ética no establece una relación entre él y otros hombres -consecuentemente la esencia que él es no puede ser puesta a disposición de otros- y en parte porque ningún hombre está sometido a valores absolutos" (3). El punto de partida, que es al mismo tiempo el centro de referencia del sistema propuesto por Kant y su escuela, es un hombre aislado, dueño de sí mismo, que no depende de los demás, que no reconoce obligaciones con los otros hombres. Por esto, el mismo Hufeland había establecido que el objeto próximo del Derecho natural son los derechos, no las obligaciones (4), de modo que el *Naturrecht* establece derechos para los individuos, pero no obligaciones; el Hoffbauer maduro, en una época (en 1.816) en la que ya habían aparecido muy fuertes críticas contra el individualismo iusnaturalista-kantiano, explicaba que "ellos (lo iusnaturalistas) hablan casi siempre de derechos, pero casi nunca de obligaciones" (5).

Esta concepción del hombre no debe ser vista como una peculiaridad de la corriente kantiana. Toda la escuela del Derecho natural, con el punto de partida de sus construcciones en el individuo aislado y libre que vive en el "estado de naturaleza", no pretendió sino destacar la singularidad y la autonomía, respecto a los demás, de cada sujeto; el elemento doctrinal imprescindible para hacer posible esta manera de entender al hombre fue, como hice notar, el recurso a la

---

2. "Das Recht über sich selbst ist das nächte und vornemhste. Es besthet in der freyen Verfügung eines jeden über seine Person und Kräfte, in welche kein anderer wider seinen Willen Eingriffe zu thun befugt ist". Cfr. *Lehrbegriff*.., cit., § 103. Lo mismo indica Schmalz en Handbuch.., cit., § 91.
3. "Jedes vernünftige Wesen kann nicht als ein Mittel zu andern Zwecken ausser ihm angesehen und also keinesweg denselben als solches untergeordnet werden, theils weil das sittliche Geset nicht in Beziehung auf etwas anders da ist, und also auch das Wesen, in dem es allein vorhanden ist, nicht wieder um eines andern willen da seyn kann, theils weil ohne die vernünftige Wesen gar nichts von unbedingten Werthe würde angetroffen werden". Cfr. *Lehrsätze*.., cit., § 88.
4. "Der nächste Gegenstand des Naturrechts sind daher Zwangsrechte und nicht Zwangspflichten". Cfr. *Lehrsätze*..., cit., § 76.
5. "Sie reden fast überall von Rechten, fast nirgend von Verbindlichkeiten". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht*.., cit., pág. 76.

idea del *status naturae*, que ofrecía la posibilidad de considerar al hombre como un ser que naturalmente es "libre", es decir, que no está sometido a ninguna de las relaciones de jerarquización y subordinación que se observan en la praxis social y política real. Al tener la idea del "estado de naturaleza" un valor normativo, pues imperceptiblemente los iusnaturalistas pasaron desde la constatación del hecho de que el hombre, en el *status naturae*, es libre a la pretensión a tenor de la cual, debe ser libre toda vez que ya lo era antes de constituir la sociedad, la libertad, entendida de la forma que estoy exponiendo, pasó al primer plano del Derecho natural (6). En este proceso jugó una función fundamental el confuso concepto de "naturaleza", ya que entendieron los integrantes de la escuela que, puesto que el hombre "naturalmente" es libre (es decir, no está sometido a ningún hombre antes de constituir la sociedad) debe ser libre en todos los momentos del desarrollo de su evolución: estado de naturaleza, pacto social, sociedad civil. De esta manera, al final del proceso sólo quedó el punto de partida, es decir, la exigencia de que cada sujeto fuese considerado como un ser libre, no sometido naturalmente a ningún otro hombre (7).

Kant y sus discípulos siguieron este camino iniciado, y ya ampliamente desarrollado en la segunda mitad del siglo XVIII por la escuela del Derecho natural; la novedad kantiana consistió en que con su postulado de la autonomía ética del individuo, de modo que cada sujeto no debe seguir otras leyes sino las que él mismo se ha dado a través del imperativo categórico, fundamentó de forma convincente para la época la tesis del individuo independiente y autónomo y, en consecuencia, potenció la doctrina iusnaturalista relativa a la consideración del hombre como un ser aislado ya que, *naturalmente*, no reconoce normas superiores a él que le vinculen a los demás. Consecuentemente, tal como expuse páginas atrás al tratar de la noción del Derecho, éste fue considerado como una dilatación, en el mundo externo, de la libertad que "naturalmente" compete a todo sujeto; se trató de una libertad que no le obliga a nada en relación con los demás, que fue concebida como una *lex permissiva* que crea, para él, licitudes y libertades, pero que no le impone obligaciones. Consecuentemente el Derecho, en su último fundamento, fue considerado como una *facultas* o *licentia*, y todo el ordenamien-

---

6. Jörn Garber destaca que el *status naturae* fue entendido como un *status libertatis* que proyecta sus exigencias sobre la sociedad civil; en su opinión, la función normativa de esta exigencia de libertad que se pretendía con el uso sistemático de la figura del "estado de naturaleza", estuvo siempre presente en la escuela del Derecho natural. Cfr. *Von "ius connatum" zum "Menschenrecht". Deutsche Menschenrechtstheorien der Spätsaufklärung*, en "Rechtsphilosphie der Aufklärung", ed. por R. Brand. Berlin-New York, 1982, pág. 107.
7. Pueden encontrarse algunos datos sobre este tema en Alethinus Libertus (Peter Ahlwardt), *Vernünftige Gedancken von der Natürlichen Freyheit so wohl als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeignet werden müssen*. Leipzig, 1740, y en R.E. Mangelsdorff, *Ueber die Gleichheit des Menschen im Staden der Natur und der Gesellschaft*. Könisbergg, 1793.

to jurídico fue reducido a un despliegue de derechos subjetivos del individuo.

Sobre este último punto, Hoffbauer explicaba que el Derecho, a diferencia de la Moral, no me hace dependiente de una ley; en efecto, la Moral me somete a la ley de no contradicción en mis comportamientos, pero "con el Derecho estamos ante la situación opuesta; el derecho a realizar una acción no me ordena que realice yo esa acción, sino que más bien me permite que lo haga... pues el Derecho no me somete a mí, sino que hace que los demás dependan de mi arbitrio" (8). No se piense que, en estas líneas, Hoffbauer está refiriéndose a alguna dimensión determinada del Derecho; está caracterizando al Derecho en general, para diferenciarlo de la Moral y, tal como observamos, el Derecho, en el marco de ideas kantiano, sólo puede ser entendido como un conjunto de derechos subjetivos (9). En el mismo sentido, Brückner escribía que el Derecho, en tanto que facultad, es anterior o existe antes que la obligación, pues las obligaciones, que tienen su principio determinante en una voluntad extraña a la mía, no pueden crear ese principio que autoriza a mi voluntad a determinarse; suponer, por ello, que las obligaciones preceden a los derechos sería tomar el efecto por la causa (10). Consecuentemente Stephani mantenía que en el propio concepto del Derecho está contenida la posibilidad de obrar y disponer del derecho según el arbitrio de su titular y, en consecuencia, a mí me correponde la facultad, en todo derecho, de ejercitarlo o no (11).

De esta forma, el fundamento último y la manifestación originaria del Derecho es un poder que corresponde al individuo quien puede, según su arbitrio, actuarlo o no. Brückner fue quien expuso esta tesis con más claridad: "lo que constituye la libertad en el sujeto de los derechos es que, independientemente de su facultad interior de poderse determinar en virtud de una autorización, él es libre porque frente a los otros hombres no tiene ninguna obligación de determi-

---

8. "... sie (se refiere a las normas morales) beschränken mich wo ich sie annerkenne, in den Aeusserungen meiner Willkühr, und macht mich in deselben abhängig von einem Gesetze, so, daß ich, ohne mir zu widersprechen, diesem Gesetze nicht zuwiderhandeln kann. Mit dem Rechte hat es die entgegengesetzte Bewandtniß. Das Recht zu einer Handlung gebietet mir diese nicht, sondern gestattet sie mir vielmehr... es macht mich nicht abhängig, sondern macht vielmehr Andere von meiner Willkühr abhängig". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht..*, cit., pág. 34.
9. Vid. sobre este tema el capítulo III, sección 4, a, al tratar de la manifestación primaria del Derecho.
10. "Voilà bien la preuve démonstrative de la priorité que les doits réclament sur les obligations qui leur correspondent. Des obligations qui ont leur principe déterminat dans une volonté étrangére, ne peuvent pas être le principe qui autorise cette volonté a se déterminer. C'est donc prendre l'effect pour la cause, que de soutenir que les droits naissent d'obligations correspondantes". Cfr. *Essay..*, cit., § 220.
11. "In dem Begriffe von Recht liegt die Möglichkeit, innerhalb der Grenzen derselben, über dasselbe nach Willkühr zu verfügen, folglich auch die Befugniß, mein Recht wirklich auszüben, oder nicht". Cfr. *Grundlinien..*, cit., § 157.

narse ni ninguna responsabilidad en cuanto al uso, o no uso, que él juzga conveniente hacer de su derecho. A este respecto, el sujeto está absolutamente abandonado a su arbitrio, sólo determinable por su apetito. Queremos decir que, en lo que se refiere a un derecho que le pertenece, el sujeto no está sometido a ninguna ley emanada de una legislación exterior, ni a ninguna voluntad extraña... Y este hecho es lo que constituye propiamente la libertad jurídica de todo sujeto de derechos como tal" (12).

El Derecho, pues, se disuelve en una manifestación más de la libertad de cada individuo; no le ordena nada, no le impone ningún comportamiento: es tan sólo la garantía en el *Sinnenwelt* de la libertad constitutiva de cada individuo. Destaca Klippel que es propio del Derecho natural tardío su ordenación radical al individuo, por lo que todo el Derecho natural fue desarrollado exclusivamente desde el concepto de "persona"; sabemos que, en Kant y sus epígonos, el término o concepto de "persona" quiere indicar aquel ser que es capaz de proponerse fines y que, por este hecho, debe ser considerado como fin en sí, *Selbstzweck,* no sometido a nadie. Por ello, prosigue Klippel, este Derecho natural no se desarrolla a partir de un orden objetivo proporcionado por la naturaleza, sino que constituye un orden que fue concebido a partir de los derechos subjetivos del individuo (13). ¿A qué condujo toda la crítica al eudemonismo? se pregunta Hans-Georg Deggau; a que el Derecho se ocupa solamente de proteger la libertad del arbitrio de cada individuo y se desentiende de los fines vitales del hombre (14).

b) La comunidad política

Toda la sociedad política, tal como hemos tenido ocasión de estudiar páginas atrás, fue entendida como una *societas protectoria* de los derechos de cada individuo, fundamentalmente la libertad y sus propiedades; por tanto, tanto el Estado como el Derecho giran en torno a la protección de los derechos fundamentales individuales, y no pueden ir más allá porque en tal caso se opondrían a la finalidad racional a tenor de lo cual ha sido constituido el Estado. Explicaba Marezoll, a este respecto, que esto ha de ser así porque los hombres no existen

12. "Mais ce que caractérise particulièrement la liberté dans le sujet de droits, c'est qu'indépendament de sa faculté intérieure, de pouvoir se déterminer en vertu d'une autorisation, il est libre en tant que, vis-a-vis d'autres êtres, il n'a aucune obligation de se déterminer, ni aucune reponsabiliitè, quant à l'usage ou non usage qu'il juge à propos de faire de son droit. A cet égard il est entièrement abandonné à son arbitre déterminable par l'appétition. Nous voulons dire par là que, relativement à un droit qui lui appartient, le sujet n'est soumis à aucune loi èmanèe d'une legislation extérieure, ni à aucune volonté étrangère... C'est là ce qui constitue proprement la liberté juridique de tout sujet de droits comme tel". Cfr. *Essay..*, cit., § 164.
13. Cfr. *Politische Freiheit..*, cit., pág. 184.
14. Cfr. *Die Aporien..*, cit., pág. 50.

a causa del Estado, sino que éste es creado para los hombres (15). Friedrich Murhard, en su crítica al iusnaturalismo kantiano, en 1.834, explicaba que la crítica contra el eudemonismo como fin del Estado se había fundamentado en un malentendido, ya que los adversarios del término "general" habían reconducido la finalidad del Estado a "cada uno", de modo que sólo se tuvo a la vista la felicidad individual de cada hombre (16).

Sabemos que los términos de individuo y libertad individual son sinónimos en la Escuela kantiana, pues lo constitutivo del hombre es su arbitrio; por ello, proteger al individuo es proteger su libertad y el fin de toda sociedad entre los hombres no puede ser otro que el de la protección del arbitrio individual. Heydenreich estableció, ya en 1.794, el máximo criterio de justicia orientador del Derecho: "Todas aquellas sociedades en las que la libertad de los demás hombres no quede limitada, son adecuadas al Derecho" (17). De esta forma, el criterio supremo de la juridicidad recayó en el respeto a la libertad de cada sujeto. De manera parecida se expresaba Reinhold, para quien la justicia consiste en no utilizar a los demás de modo que los pongamos al servicio de nuestros propios fines; la justicia consiste, por ello en abstenerse *(eine Enthaltung)* en un no-hacer a fin de que cada cual despliegue de la forma más completa posible todas las posibilidades de su arbitrio (18).

La época inmediatamente postkantiana fue consciente de este sesgo individualista que domina el pensamiento kantiano y, ciertamente, la reacción antiindividualista fue quizá el sepulturero momentáneo más eficaz de la doctrina kantiana; Anton Arnold von Linck le reprochaba, ya en 1.829, que se había limitado a mantener a los hombres aislados, extraños unos a otros, de modo que la esencia de la sociedad política no es el fomento de la comunidad en cuanto tal, sino la protección de este aislamiento. De forma coherente con esto, el fin del Estado se redujo al fomento de los derechos y de la seguridad de cada individuo,

---

15. "... denn nicht die Menschen sind des Staates wegen, sondern der Staat ist der Menschen wegen da". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 84.
16. "Alle Beschuldigungen gegen das Princip, daß allgemeine Glückseligkeit Zweck des Staats seyn müsse, scheinen, bey nähere Prüfung, bloß auf einem Mißverständniss zu beruhen, nämlich dem, daß die Gegner dem Begriffe "allgemein" die Bedeutung von "Jedermann" unterschieben, und darunter die ganze individuelle Glückseligkeit eines jeden Menschen verstehen". Cfr. *Der Zweck..*, cit., *Vorrede*, pág. XXVIII.
17. "Alle Gesellschaften, durch welche die Freiheit der übrigen Menschen nicht eingeschränkt wird, sind rechtmässig". Cfr. *System..*, cit., pág. 151.
18. "Die Gerechtigkeit gegen andere besteht in der Enthaltung von aller willkührlichen Beschränkung des eigennützigen Trieben in andern zur bloßen Befriedigung desselben Triebes in uns. Eine solche Beschränkung heißt Zwang, in wieferne sie nicht im Gesetz des uneigennützigen Triebes gegründet ist. Also bestehet die Gerechtigkeit in der Enthaltung vom Zwang, der einem Andern zur Befriedigung unsrer eigennützigen Triebe angethan würde". Cfr. *Beytrag zur genauer Bestimmung der Grundbefgriffe der Moral und des Naturrechts*, en *Der neue Teusche Merkur*, 6. Stück, Junius, 1972, pág. 130.

de modo que la garantía del Derecho *privado* se erigió en el contenido exclusivo del Derecho público (19).

¿Cómo fue hecho realidad el mandato de la razón, cómo fue fundamentado el Estado?, se preguntaba Wicke. El siglo XVIII fue estrictamente individualista; en el comienzo de cualquier especulación sólo existe el individuo autónomo, que es anterior a la comunidad, de modo que ésta no es más que una suma de sujetos. Kant permaneció bajo esta concepción "atomista y mecanicista", ya que él también parte del individuo autónomo. La consecuencia necesaria de este individualismo -prosigue Wicke- es el origen contractual del Estado, y que consideró que la libertad y la autonomía de la persona sólo quedaba suficientemente protegida si accedía al Estado a través de su propia voluntad, de forma que, por fundamentarse el Estado en la libertad del sujeto, la dependencia del poder del Estado y de sus leyes no supusiera ningún menoscabo de su libertad (20).

El resultado final de esta concepción de la sociedad política es que Kant no llegó a configurar un verdadero concepto de comunidad, tal como indica Dünnhaupt (21), pues sólo logró una yuxtaposición de individuos *(eine Summierung der Individuen)* (22)

c) El egoismo mutuo como resultado final.

Destaca Herbert Marcuse que es relevante el hecho de que casi todos los conceptos fundamentales de la *Rechtslehre* kantiana estén definidos a través de caracteres negativos tales como *Sicherung, Läsion, Einschränkung, Verhinderung,* etc... (23). Es interesante esta observación de Marcuse porque destaca, una vez más, el carácter esencialmente negativo del Derecho y del Estado en la doctrina de Kant; efectivamente, tal como mostré al tratar de la noción del Derecho, éste se reduce, en su faceta impositiva, a un prohibir aquello que pueda

---

19. "Statt daß aber eine äußere Einschränkung der Menschen im Gebrauch ihrer Freyheit dieselben wirklich verbinde, was nur ein ihnen selbst immanenter Gemeinsinn für ein höheres Ziel vermag, bleiben sie in ihr sich fremd und isolirt gegenüber. Ja während der Standpunkt, von dem diese Philosophie ausging -jene Hypothese des Naturzustandes sie in bloß unmittelbarer Trennung erfaßte, setzt sie der Eintrit in die bürgerliche Gesellschaft nach ihr erst ausdrücklich darninne. Denn nicht die Gemeinschaft als solche, sondern der Schutz jener Isolirung macht des Wesen der erzielten Vereines aus. Die Rechte und Sicherheit der Einzelnen, etwa mit Rücksicht auf eine darin erkannte indirekte Förderung ihres sowohl moralischen als physischen Wohles, sollen der ganze Zweck des Staates- die Garantie des Privatrechts soll der vollständige Inhalt des öffentiches seyn". Cfr. *Ueber das Naturrecht..*, cit., pág. 48.
20. Cfr. *Kants Rechts- und Staatsphilosophie..*, cit., pág. 38
21. Cfr. *Sittlichkeit..*, cit., pág. 58
22. Cfr. Wicke, *Kants Rechts- und Staatsphilosophie..*, cit., pág. 40.
23. *Kant über Autorität..*, cit., pág. 313.

molestar el uso libre de la libertad de los demás; a este propósito Hoffbauer explicaba que "todas las obligaciones coactivas se reducen a no actuar contra el derecho de otro" (24). El Derecho aparece, por tanto, como una ley permisiva a favor de cada individuo que jamás le obliga a una actitud positiva hacia los demás; Hoffbauer indicaba sobre esto que "no es cierto en modo alguno que yo tenga la obligación de ayudar a otros en la cosecución de los fines que ellos se hayan propuesto" (25). El entendi-miento de los hombres como esferas autónomas de libertad llevó a considerar que cada hombre es un mundo cerrado sobre sí mismo sin ninguna obligación con los demás que no fuese respetar formalmente en ellos la misma libertad que cada uno posee. De esta forma, según la ley jurídica de la libertad, están excluidos de ella todos aquellos comportamientos que excedan la posibilidad de llegar a poner de acuerdo los arbitrios de los sujetos *(Zusammen-vereinigt-werden-können der Willkühr der Subjekte),* tal como indica Deggau (26).

Dado que según la ley jurídica cada hombre permanece cerrado sobre sí mismo, nadie puede alegar un derecho a ser ayudado por la sociedad. Explicaba Zachariä que del derecho a la igualdad no se deriva que el Estado deba imponer impuestos a los ricos para ayudar a los pobres (27); es evidente, desde luego, que desde el derecho a la libertad y a la seguridad en la propiedad no se derivan este tipo de derechos. Por esto, Wenck, ya en 1.810 y en plena oposición a la teoría kantiana, explicaba que a la doctrina jurídica existente se la denominaba como "el sistema del egoísmo juicioso" (28). Sería injusto imputar a Kant la originalidad en la creación de un sistema ético-jurídico fundamentado en el egoísmo; una vez más Kant se muestra hijo de su tiempo, porque desde finales del siglo XVII la apelación al interés propio como fundamento de cualquier ética o Derecho natural fue una nota generalizada del pensamiento ilustrado. Como botones de muestra de esta mentalidad, en autores especialmente representativos, tenemos a Christian Wolff, que explicaba que la justicia es aquella virtud por la que cada cual defiende su derecho (29); o a Federico el Grande de Prusia quien en su *Versuch über die Eigenliebe als Moralprinzip,* 1.770, explicaba que el hombre no conoce ningún fin en su existencia fuera de sí mismo, de modo que su propia felicidad ha de ser el fin último de todas sus acciones libres; el mantener y

24. "Denn alle Zwangspflichten gehen lediglich dahin, nichts gegen das Recht eines Anders zu thun". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht..*, cit., pág. 81
25. Denn es ist keineswegs wahr, daß ich die Gewissenverbindlichkeit hätte, Jeden in der Erreichung eines Zweckes, denn er sich vorgesetz haben mag, behülflich zu seyn". Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht..*, cit., pág. 83.
26. Cfr. *Die Aporien..*, cit., pág. 52.
27. Cfr. *Anfangsgründe..*, cit., § 30.
28. "Nennt man demnach die Rechtslehre das System eines verständigen Egoismus". Cfr. *Lehrbuch..*, cit., § 115.
29. Cfr. *Grundsätze der Natur- und Völkerrechts.* Halle, 1754, § 85.

aumentar su felicidad debe ser el móvil de todas sus acciones, pues el amor a sí mismo es el fundamento y motivo de toda actividad moral (30). Kant y toda su Escuela se mueven dentro de esta mentalidad, aunque la doctrina kantiana, con el postulado del hombre como fin en sí mismo que nunca puede ser puesto al servicio de otro, potenció, también en este tema, la herencia que había encontrado. Al final del proceso, en la Escuela kantiana, la "ley del derecho", *Rechtsgesetz*, que todo lo ordena, prohíbe o justifica, no resulta ser -como indica Murhard- sino una exigencia de seguridad mutua en la que la propiedad de uno sólo está realmente segura cuando lo está igualmente la propiedad ajena, y todo ello en fuerza del simple interés, del egoísmo (31).

Desde estos presupuestos la doctrina kantiana fue incapaz de construir lo que más necesitaba la época: una ética social. "Su único mérito, apunta Hans Kiefner, fue el de superar la ética eudemonista. Pero la cuestión última y decisiva, la de cómo hubiera sido posible una Etica social a priori bajo el dominio de la Filosofía crítica, no fue ni abordada" (32). Bargmann se preguntaba también acerca de la posibilidad de prolongar los elementos de la Moral kantiana para hacer posible, desde ellos, una Filosofía social su conclusión es que si se parte de la autonomía del individuo para explicar toda actuación social -y esto es imprescindible si quiere llevar el nombre de "kantiana"- se desemboca, aunque sea bajo nombres nuevos, en la Etica individualista (33).

2. TEORIA JURIDICA Y TEORIA ECONOMICA.

Es difícil establecer relación entre teoría del derecho y teoría económica en la época que estamos estudiando porque ningún autor de libros de Derecho hizo referencias explícitas en el sentido, por ejemplo, de que el buen funcionamiento del sistema político dependiera del buen funcionamiento del orden económico y, desde luego, en modo alguno encontramos ninguna relación expresa entre el orden jurídico-político propuesto por cada cual y un determinado sistema eco-

---

30. Cit. por Stolleis, *Staatsraison*.., cit., pág. 22.
31. "... den Rechtssicherheit war der Hauptzweck, eines prodominium sublime im Auge hatte. Diesem Bedürfnisse nach Rechtsverfassung und Rechtspflege lag aber keineswegs ein achter Sinn für Recht, d.i. freiwillige Gewährung und Leistung des Schuldigern, sondern nur die Betrachtung, das Gefühl zum Grunde, daß man das eigenen Besitzes und Eigenthums nur dann gesichert ist, wenn eine gleiche Sicherheit für die Anderen Statt hat, wenn man selbst achtet, was man von andern gedachtet sehen will, kurz das bloße Interesse, der Egoismus". Cfr. *Der Zweck*..., cit., págs. 125-126.
32. Cfr. *Geschichte und Philosophie des Rechts bei A.F.J. Thibaut. Zugleich eines Beitrags über die beginnenden Einfluss Kants auf die deutsche Rechtswissenschaft*. Tesis doctoral inédita. München, 1959, pág. 43.
33. Cfr. *Der Formalismus*.., cit., págs. 51-52.

nómico. Jochen Gaile opina, sobre este tema, que en la escuela del Derecho natural estuvieron disociados el tratamiento jurídico y el económico (34), y Joseph A. Schumpeter, llevando aún más lejos la disociación entre teoría económica y jurídica explica que "lo más que puedo decir sobre Kant, Schelling o Schopenhauer, sin poder documentarlo es lo que sigue. En primer lugar, sus creaciones son ejemplos típicos del pensamiento filosófico autónomo: sería absurdo intentar enlazar su doctrina con las actividades que se pueden asociar con la posición de clase de la burguesía o con cualquier otro elemento de esa naturaleza. En segundo lugar, Kant fue el único de los tres que tuvo importante influencia internacional; pero en Alemania los tres influyeron mucho en el pensamiento de generaciones para cuyos esquemas fundamentales la componente filosófica era mucho más importante que en el período siguiente. De todos modos, por muchas cosas que haya afectado o configurado esa influencia, no ha llegado al trabajo profesional de los economistas alemanes, por no hablar ya de los no alemanes" (35).

Es difícil estar de acuerdo con este juicio de Schumpeter; ciertamente, tal como he indicado, en Kant no existen referencias a un orden económico determinado, pero él -y con él sus discípulos- se insertan en el conjunto de ideas propio del iusnaturalismo moderno, que fue muy claro en sus opiniones acerca del sistema económico que mejor se adecuaba a sus ideas liberales. En este sentido, liberalismo, Derecho o teoría económica no fueron disociados, como opina Gaile, sino bien unidos. Klippel, por ejemplo, indica que "el concepto de libertad y los derechos del hombre en el Derecho natural tardío tienden esencialmente a la creación y al aseguramiento de la libertad económica para el individuo" (36).

Existió, a este respecto, un trasvase recíproco de categorías entre teoría jurídica y doctrina económica, quizá como consecuencia del hecho de que ambas procedían de una mentalidad común; el dato fundamental para entender el pensamiento de la Ilustracción tardía es la creencia en un orden natural, tanto económico como jurídico, a tenor del cual los individuos, dejados a sus fuerzas, acabarían configurando el mejor orden posible. Lothar Gall nos informa que el punto de partida de todas las representaciones socio-políticas de la Ilustración y del primitivo liberalismo y, al mismo tiempo el fundamento de su crítica coherente al orden social existente, era de un orden "natural" dado que, de una forma misteriosa, pondría de acuerdo armónicamente las necesidades y las

---

34. "Recht und Ökonomie bleiben getrennt". Cfr. *Menschenrecht und bürgerliche Freiheit. Ideologiebildung im Zeichen der entstehende bürgerlichen Gesellschaft 1789 bis 1848.* Marburg, 1978, pág. 13.
35. *Historia del análisis económico.* Trad. de M. Sacristán. Barcelona-Caracas-México, 1982, pág. 468.
36. *Politische Freiheit..*, cit., pág. 147.

posibilidades de los miembros de la sociedad (37).

La economía aportó ideas a la doctrina jurídica, que pueden quedar resumidas en lo que nos indica Joseph J. Spengler: "En los escritos, un tanto doctrinarios, de Quesnay y sus competentes discípulos hay tres tesis de importancia para la presente exposición: a) que un sistema competitivo contingentemente autoajustador puede conciliar intereses distintos y producir la justicia; b) que la continuidad de la actividad económica a este nivel presupone un gasto suficiente y aproximadamente distribuido, y c) que los objetivos a) y b) son realizables en la medida en que los hombres observan, o sean obligados a observar, las leyes cognoscibles y las reglas expresivas de ese orden natural "esencial y general" que "comprende las leyes fundamentales y constitutivas de todas las sociedades". Donde hay competencia y completa libertad de cambio, afirmó Le Tresne, surge un "juicio natural" (o "bon juix", el homólogo del "justo precio" de los escolásticos), se sirve al interés particular de todos, no se perjudica a nadie, y se equilibran los intereses de todos los individuos para preservar el orden social... Estas proposiciones tuvieron su origen en los escritos de Adam Smith" (38).

Pero, en lo que se refiere a las influencias de una sobre otra, la teoría jurídica propia de la escuela del Derecho natural precedió ampliamente a la obra de Adam Smith; primero fue el iusnaturalismo individualista de Vázquez de Menchaca, Grocio o Pufendorf, y sólo mucho más tarde esta mentalidad alcanza una expresión específica en la teoría económica, Esta realidad la reconoce Pribram al escribir que "la ciencia económica, que hasta ahora había estado bajo ideas colectivistas, y había aparecido como doctrina de las finanzas... ganó una vía libre en un nuevo campo de trabajo: las relaciones del individuo hacia los bienes. Con ello entró por primera vez en una estrecha relación con la doctrina moral a fin de obtener los criterios decisivos de la actividad económica del hombre que, a partir de ahora, ya no estaría determinado por los altos fines colectivos. La cuestión fundamental de la Etica, es decir, el tema del origen de la Moral del "deber ser", configura también la cuestión fundamental de la filosofía social y económica. La doctrina moral experimentó, con la revalorización del individuo, una conmoción profunda" (39). La personalidad decisiva, prosigue Pribram, que aunó ambas dimensiones teóricas y la realidad humana, fue John Locke, quien dedujo el derecho a la propiedad de los bienes materiales desde la libertad personal de los individuos; "desde la idea de la libertad innata resulta para ellos la pretensión de la mayor disposición posible del individuo sobre sus bienes"

---

37. Cfr. *Liberalismus und "Bürgerliche Gesellschaft". Zu Carackter und Entwicklung der liberalen Bewegung in Deutschland*, en "Historische Zeitschrift", 220 (1975) pág. 329.
38. *El problema del orden en los asuntos económicos*, en "El pensamiento económico de Aristóteles a Marschall". Madrid, 1971, págs. 33-35.
39. *Die Entstehung..*, cit., pág. 48.

(40). Este es un tema que ya hemos estudiado ampliamente en las páginas precedentes; también los kantianos, siguiendo lo que constituían las ideas dominantes en la escuela del Derecho natural, fundamentaron la propiedad libre en la libertad de los individuos.

Al final de este proceso histórico, que culmina -en el plano teórico- en la Escuela kantiana, última fase de la vida del iusnaturalismo, las doctrinas jurídicas y económicas fueron, de hecho, elaboradas desde las mismas ideas básicas, fundamentalmente la libertad del individuo, presupuesta la creencia -no expresada explícitamente en los libros jurídicos- de que la actuación libre de cada cual conduciría necesariamente al mejor orden, económico y jurídico-político, posible.

Otro punto de referencia que podemos adoptar para conocer mejor las relaciones entre la teoría jurídica y la doctrina económica en la Escuela de Kant viene constituido por aquello que atacaron sus enemigos; efectivamente una doctrina no sólo se conoce por aquello que declaran explícitamente sus portavoces, sino también por lo que expresamente atacan sus adversarios. Cronológicamente, la primera reacción contra la escuela tardía del Derecho natural representada por los kantianos fue la del Romanticismo alemán, que mantuvo una doctrina económica socializante, opuesta expresamente a la de la Escuela kantiana (41).

Algunos autores contemporáneos, en el afán por acomodar a Kant a las exigencias de la segunda mitad del siglo XX para así mostrar la actualidad del pensamiento kantiano, han pretendido que la igualdad que Kant y su Escuela postulan para todos los hombres debe extenderse también al terreno económico. Los textos de Kant acerca de la cantidad de bienes que cada cual puede tener en propiedad son muy explícitos y las ideas de su Escuela acerca de este tema ya han sido examinadas; sabemos que, en ellos, cada sujeto puede poseer tanto como le permitan sus fuerzas físicas, y que el Derecho se desinteresa absolutamente de esta cuestión, a no ser para reafirmar el derecho de cada sujeto a poseer tantas propiedades como pueda. En contra de la evidencia de las fuentes, Gerhard Luf mantiene que el punto de partida para una reconsideración de este tema, en Kant, debe ser el *abstrakt-gleiche Subjekt,* de modo que desde la igualdad abstracta se derive una igualdad en las pretensiones a la propiedad (42).

Frente a la pretensión de Luf es preciso indicar que todas las fuentes están

---

40. *Die Entstehung..*, cit, pág. 82.
41. Vid. E. Roll, *Historia..*, cit., pág. 195. Fichte, *Rechtslehre..*, cit., pág. 117, en donde encontramos un resumen incompleto en el que el iniciador del idealismo filosófico se opone a los kantianos. El estudio más completo sobre este tema es el de Hans Freyer, *Die Bewertung der Wirtschaft im philosophischen Denken des 19. Jahrhundert.* Leipzig, 1921. Vid especialmente las páginas 25-35 y 40.
42. Cfr. *Freiheit..*, cit., pág. 84. Sobre este tema, vid. especialmente las páginas 71-84.

en contra de su tesis; que la igualdad que pretenden Kant y sus discípulos es una igualdad puramente formal que sólo afecta al derecho concreto en sí, pero nunca al contenido de los derechos. Por ello, me parece más correcto el juicio de Kühl cuando indica que "en lo que se refiere a concepto de propiedad, Kant hipostasió de una forma atrevida y naïf la disposición privada sobre la propiedad en tanto que condición para la libertad" (43); este autor dedica bastante páginas a estudiar los intentos que han existido para convertir a Kant en un precedente del socialismo, y su juicio final es bastantes pesimista a este respecto (44).

Así pues, el movimiento kantiano también fundamentó, tal como estudiamos en su momento, el derecho a la propiedad de las cosas externas en la libertad de cada sujeto; el único modo originario para adquirir la propiedad era la ocupación individual de las cosas, y todo modo derivativo había de fundamentarse en el consentimiento de las partes afectadas, y erigieron en principio básico de todo el Derecho que nadie puede adquirir o perder derechos contra su voluntad; desde este postulado, el único recurso argumentativo que les quedó para fundamentar la potestad del Estado de imponer impuestos fue recurrir a la ficción del consentimiento genérico prestado en la creación del Estado mediante el pacto fundacional, suponiendo que se presta el consentimiento para crear el Estado y alcanzar los fines que le son propios. De todos modos, el Estado es sólo una *societas protectoria* de las propiedades que los hombres habían adquirido en el *status naturae*, y someterse al "Derecho público", al Derecho del Estado, no implica en modo alguno una redistribución de la riqueza, sino sólo una mayor seguridad en el disfrute de los derechos adquiridos, especialmente el de la propiedad; como el Estado es una *Assicuranz-Anstalt* de las propiedades, en su creación sólo pueden intervenir los propietarios de los bienes inmuebles, ya que la sociedad política, por lo que se refiere a su territorio, no es más que una agrupación para defensa mutua de los propietarios de solares; los no-propietarios, designados normalmente como "Beiwohner", no tienen voz ni voto en el momento de crear el Estado.

Desde estos presupuestos, expuestos con mayor amplitud en sus capítulos correspondientes, parece obvio que Kant no puede ser considerado como un precedente de cualquier socialismo de los siglos XIX o XX. Su actitud, por el contrario, es inequívocamente liberal, también en el terreno de lo económico, y precisamente a este tema dedicamos las líneas que siguen.

---

43. *Eigentumsordnung*.., cit., pág. 20.
44. Cfr. *Eigentumsordnung*.., cit., págs. 20 - 24.

3.- EN EL MARCO DE IDEAS LIBERAL DEL SIGLO XVIII.

La escuela del derecho natural moderno, desde sus orígenes en el siglo XVI, no supuso otra cosa, fundamentalmente, que el alumbramiento teórico de la doctrina liberal individualista, democrática, que estalla en la praxis política finalmente en el siglo XIX; ciertamente, durante un breve período de su vida, a finales del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII, diversos iusnaturalistas se pusieron al servicio del Despotismo ilustrado, y entre estos últimos quizá el más conocido fue Christian Thomasius (45). El hecho de que algunas figuras relevantes del Derecho natural, como Thomasius, por ejemplo, sirvieran con sus escritos a los regímenes autocráticos de la Edad Moderna ha llevado a una conciencia generalizada entre los investigadores de hoy según la cual el Derecho natural sirvió tanto a la causa liberal como a la absolutista (46). Esta apreciación es cierta sólo muy parcialmente; conviene tener en cuenta que la corriente absolutista dentro de la escuela del Derecho natural, fundamentada normalmente en doctrinas eudemonistas, representó solamente un lapsus dentro de la dinámica de las ideas propias del iusnaturalismo, de modo que a mediados del siglo XVIII ya estaba superada en Alemania (47).

En efecto, el rasgo típico que caracteriza a esta escuela es la consideración del individuo aislado, en el *status naturae,* que busca protección en la sociedad civil para su libertad y sus propiedades. Ernst-Wolfgang Böckenförde indica que las cláusulas sobre libertad y propiedad son tan antiguas como el pensamiento liberal de la Edad Moderna, y en ellas, a partir de Locke, se vió la justificación jurídica del Estado (48). En realidad, al menos por lo que se refiere a la protección de la libertad individual como fin justificador del Estado, esta doctrina es muy anterior a Locke, y habría que remontarse a Fernando Vázquez de Menchaca, a mediados del siglo XVI, en quién ya encontramos una exposición nítida a este respecto; aunque es preciso reconocer que la erección de la seguridad de la propiedad en otro fin también esencial para el Estado comienza propiamente con Locke. En cualquier caso, a finales del siglo XVII la escuela del Derecho natural contempló como finalidad esencial de la vida política la protección de la libertad y de la propiedad individual; esto lleva a algunos autores actuales a mantener que la sociedad política, en el iusnaturalismo, es sólo un artificio para asegurar los derechos naturales individuales, esto es, la libertad y las propiedades de los

---

45. Cfr. F. Carpintero, *Voluntarismo y contractualismo..*, cit., págs. 89 y ss.
46. Cfr. entre otros, a Klippel, *Politische Freiheit..*, cit., pág. 92.
47. Cfr. Klippel, *Politische Freiheit..*, cit., pág. 81
48. Cfr. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt.Von dem Anfänge der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des Staatsrechtlichen Positivismus.* Berlin, 1958, pág. 75.

sujetos (49). A partir de esta finalidad que se asignó al Estado, todo el cuerpo político recibió una naturaleza fundamentalmente negativa, que se puede resumir en el término "respeto": respeto a lo que cada cual quiera hacer o pensar, respeto a la propiedad, tal como está constituida y repartida; por ello el Estado que diseñó el iusnaturalismo era un "Estado-policía" (50) que no tenía más misión que asegurar que no resultase alterado el *statu quo* existente.

Si centramos nuestra atención en la obra kantiana, es preciso recordar que los únicos tres *Urrechte* que los kantianos admitieron fueron los de libertad, igualdad y propiedad; es decir, estos son los tres derechos originarios del hombre que peligran en el "estado de naturaleza" y que, por ello, buscan protección en el Estado. Por este hecho, la misión del Estado en la doctrina kantiana se reduce, como ya he recordado otras veces, a constituir una *Assicuranzanstalt o societas protectoria* de los derechos indicados. Ello determina que el Estado no tiene como fin fomentar conductas, y jamás, desde luego, procurar la felicidad general, pues ya sabemos que para Kant y su Escuela la felicidad es un asunto personal de cada cual en el que nadie puede pretender imponer sus ideas a otras personas. Por esto, la tarea del Estado kantiano es estrictamente negativa, a saber, asegurar la libertad personal de cada sujeto mediante una ley general de libertad -lo que constituye el principio básico y de definición del Derecho- y, aunque esto último no encuentre fácil acomodo conceptual en esta ley, asegurar las propiedades adquiridas en el "estado de naturaleza" contra los posibles ataques que puedan sufrir los propietarios. La doctrina jurídico-política kantiana sigue, pues, los carriles iusnaturalistas, al servicio de la ideología liberal; K. Vorländer escribía, a este respecto que "también Kant fue en su visión político-social un hijo de su tiempo. Su teoría política fue, más o menos conscientemente, al menos en muchos puntos, y por hablar con Marx, "la teoría alemana de la Revolución francesa", que, como es conocido, fue una revolución del tercero, pero no del cuarto estado" (51). Herbert Marcuse, de forma más radical, estimaba que la Etica y la *Rechtslehre* kantiana no es tan formal como puede parecer: defiende un orden político concreto (52), que no es otro que el liberal.

Kant, y con él su Escuela, se puso al servicio de la ideología liberal propia de finales del siglo XVIII. Robert Nisbet nos indica que "no podemos dudar de la naturaleza liberal de la visión kantiana del Estado. Aquí hay poca diferencia entre el tipo de Estado que Kant describe y el Estado diseñado por Turgot y Adam Smith... en él, lo que realmente importa -tanto desde un punto de vista moral, político o económico- es garantizar el máximo de autonomía individual en todas

49. Cfr., entre otros, a C.B. Macpherson, *La teoría política del individualismo posesivo*. Barcelona, 1979, pág. 227.
50. Cfr. Klippel, *Politische Freiheit..*, cit., pág. 64.
51. Citado por Kühl en *Eigentumsordnung..*, cit. pág. 13.
52. Cfr. *Kant über Autorität..*, cit., pág 319.

las facetas de la vida" (53). Abundando en la misma idea, Christian Ritter escribe que "la concepción de Kant de un Estado de Derecho "puro" resulta de su doctrina jurídica. Esta concepción representó una reacción contra el Estado de bienestar propio de Wolff y Achenwall y una opción por el "Estado de justicia" liberal cuya teoría Locke había fundamentado y más tarde construido Adam Smith en su "Investigación sobre la naturaleza y los motivos de la riqueza de las naciones" (1.776): "Las leyes de la República son jurídicas, no éticas; no deben ser apoyadas en la felicidad común, sino en la felicidad de cada uno frente a la de los demás... El gobernante no está capacitado para forzar a los ciudadanos a aquellas acciones que son adecuadas al *bono comuni*, sino usar el poder común para que no sea impedido el *finis privatus* de cada uno" (54).

Kant, pues, en su visión jurídico-política más general no innovó nada. No es la Cabeza de Jano que unirá simultáneamente a la Edad Moderna y a la Edad Contemporánea; permanece anclado en las ideas dominantes en los sectores liberales de finales del siglo XVIII, y su proyección para la Edad Contemporánea se detiene en el capitalismo liberal del siglo XIX.

---

53. *History of the Idee of Progress*. London, 1980, págs. 222-223.
54. *Der Rechtsgedanke Kants*.., cit., pág. 243.

Bibliografía

I. FUENTES DIRECTAS

ABICHT, J.H. *Neues System aus der Menschheit entwickelten Naturrecht*. Bayreuth. 1792.

ACOLUTHI, C.B. *Dissertatio de origine et fundamento dominii ex iure naturae*. Viterbae, 1756.

ACHENWALL, G. *Prolegomena iuris naturalis*. Gottingae, 1763

AHRENS, H. *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d´aprés l´état actuel de cette science en Allemagne*. Bruxelles, 1844

AHLWARDT, P. (Alethinus Libertus), *Vernünftige Gedancken von der natürlichen Freyheit so wohl überhaupt, als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeeignet werden müssen*. Leipzig, 1740.

ANCILLON R. *Ueber Souveranität und Staats-Verfassungen*. Berlin, 1816.

BAUER, A. *Elementarsystem der Rechtwissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*. Marburg, 1808.

BAUMBACH, C.J.A. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie, besonders für Deutschlands bürgerliches Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft*. Leipzig, 1823.

BENDAVID, L. *Versuch einer Rechtslehre*. Berlin, 1802.

BERGER, J.H. *De exordio proprietatis, sive de origine dominii*. Viterbae, 1709.

BERK, J.A. *Briefe über Immanuel Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.* Leipzig und Gera, 1797.

BRÜCKNER, J.A. *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit.* Leipsic, 1810.

DRESCH, L. von, *Naturrecht.* Tübingen, 1823.

DROSTE-HÜLSHOFF, Cl. A. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie.* Bonn, 1823.

EISENHART, E.L.A. *Rechstswissenschaft nach ihrem Umfange, ihren einzelne Theilen und Hülfwissenschaften.* Helmstadt, 1804.

HEYDENREICH, K.H. *Grundsätze des natürlichen Staatsrechts und seiner Anwendung nebst eine Anhange staatlichen Abhandlungen.* Leipzig, 1795.

HOFFBAUER, J. Chr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien.* Leipzig, 1794.

HOFFBAUER, J. Chr. *Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts.* Halle, 1795.

HOFFBAUER, J. Chr. *Das Allgemeine oder Naturrecht und die Moral in ihrer gegenseitige Abhängigkeit und Unabhängigkeit.* Halle, 1819.

HUFELAND, G. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften.* Jena, 1795.

HUMMEL, A. *Encyklopädie des gesammten positiven Rechts.* Giessen, 1.804.

JAKOB, L.H. *Einleitung in das Studium der Staatswissenschaften.* Halle, 1819.

JAKOB, L.H. *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht.* Halle, 1795

FALCK, N. *Juristische Encyklopädie.* Kiel, 1821.

FEUERBACH, P.J.A. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn.* Erfurt, 1798.

FEUERBACH, P.J.A. *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft.* Landshut, 1804.

FICHTE, J.G. *Grundlage des Naturrechs nach Principien der Wissenschaftslehre.* Jena und Leipzig, 1796.

FICHTE, J.G. *Rechtslehre. Vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812.* Hamburg, 1980.

FICHTE, J.G. *Die Staatslehre, oder über das Verhältniß des Urstaates zum Vernunftreiche.* (Vorträgen gehalten in Sommer 1813). Berlin, 1820.

FRIES, J. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung.* Jena, 1803.

GARVE, Chr. *Noch einige Betrachtungen über die Frage: "In wiefern ist es möglich, die Moral des Privatlebens bey der Regierung der Staaten zu beobachten".* Breslau, 1782.

GROS, K.H. *Lehrbuch des philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts.* Tübingen, 1802.

GRUENER, Chr. Fr. *De modis adquirendis Ius in re, et praesertim dominium, secundum ius naturae.* Jena, 1747.

GUNDLING, N.J. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii zwey Bücher De Officio hominis et civis.* Hamburg, 1744.

HEGEL, G. W. Fr. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política.* Trad. de J. L. Vermal. Buenos Aires, 1975.

HEUMANN, Chr. A. *De dominii origine.* Jena, 1719.

HEYDENREICH, K.H. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien.* Leipzig, 1794.

HEYDENREICH, K.H. *Metapolitische Prolegomena für das natürliche Staatsrecht.* Leipzig, 1795.

JAKOB, L.H. *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht.* Halle, 1795.

KLEIN, E. F. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben.* Halle, 1797.

KLEIN, E. F. *Schreiben an Prof. Garve, Ueber die Zwangs- und Gewissenspflichten und den wesentlichen Unterschied des Wohlwollen und der Gerechtigkeit, besonders bey der Regierung der Staaten.* Berlin und Stettin, 1789.

KLEIN, E. F. *Ueber die Natur de bürgerlichen Gesellschaft.* Halle, 1797.

KOHLSCHÜTTER, K. Chr. *Propädeutik, Encyclopädie und Methodologie der positiven Rechtswissenschaft.* Leipzig, 1797,

KRAUSE, K. Chr. Fr. *Grundlage des Naturrechts oder philosophischer Grundriss des Ideals des Rechts.* Jena und Leipzig, 1803.

KRUG, W. T. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts.* Jena, 1800.

KRUG, W. T. *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürliche Rechtswissenschaft.* Leipzig, 1811.

KRUG, W. T. *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre.* Könisberg, 1817.

LEISLER J.P.A. *Populäres Naturrecht.* Frankfurt am Main, 1799.

LEYSER, A. *De iure privatorum circa occupationem.* Helmstadt. 1727.

LINCK, A. *Ueber das Naturrecht als Grundlage der Strafrechtstheorien.* München, 1829.

MANGELSDORFF, R.E. *Ueber die Gleichheit des Menschen im Stande der Natur und der Gesellschaft.* Könisberg, 1793.

MAREZOLL, Th. *Lehrbuch des Naturrechts.* Giessen, 1819.

MARPERGER, P.J. *De adquisitione dominii originaria in statu naturae.* Lipsiae, 1741.

MEHMEL, G.E.A. *Die reine Rechtslehre.* Erlangen, 1815.

MEISTER, J. Chr. Fr. *Lehrbuch des Naturrechts.* Züllichau und Freystadt. 1808.

MELLIN, G.S.A. *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte oder der positiven Gesetzgebung.* Züllichau, 1796

MÜHLENBRUCH, C.F. *Lehrbuch der Encyklopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts.* Rostock und Leipzig, 1807.

PUFENDORF, S. *De iure naturae et gentium libri octo.* Frankfurt und Leipzig. 1759

REIDENITZ, D. Chr. *Naturrecht.* Könisberg, 1803.

REINER, G.L. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant.* Landshut und Ausburg, 1801.

REINHOLD, E. *Beytrag zur genaueren Bestimmung der Grundbegriffe der Moral und des Naturrechts.* En "Der neue Teusche Merkur", 6. Stück, Junius 1792, págs. 105 - 139.

RING, G.W. *De originaria dominii adquisitione por occupationem.* Traiectum cis Via, 1740.

ROTTECK, C. von, *Lehrbuch des Vernunfrechts und der Staatswissenschaften.* Stuttgart, 1840.

RÜDIGER, L.C.C. *Lehrbegriff des Vernunfrechts und der Gesetzgebung.* Halle, 1798.

SCHAUMANN, J. Chr. G. *Wissenschaftliches Naturrecht.* Halle, 1792.

SCHAUMANN, J. Chr. G. *Kritische Abhandlugen zur philosophische Rechtslehre.* Halle, 1795.

SCHMALZ, Th. *Das reine Naturrecht.* Könisberg, 1795.

SCHMALZ, Th. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht.* Könisberg, 1798.

SCHMALZ, Th. *Das natürliche Staatsrecht.* Könisberg, 1804.

SCHMALZ, Th. *Handbuch der Rechtsphilosophie.* Halle, 1807.

SCHMID, C. Chr. *Grundriss des Naturrecht für Vorlesungen.* Jena und Leipzig, 1795.

SCHMIDT, J.K. *Versuch einer Grundlage des Naturrechts.* Ausburg, 1801.

SCHOTT, Chr. Fr. *De origine dominiorun sive proprietatis.* Tubingae, 1760.

SEIDENSTICKER, J.A.L. *Geist der juristischen Literatur von dem Jahren 1796*. Göttingen, 1797.

SEIDENSTICKER, J.A.L. *Juristische Fragmente*. Göttingen, 1802.

STEPHAN, W. *Ueber das Verhältniß des Naturrechts zur Ethik und zum positiven Rechte*. Gottigen, 1845.

STEPHANI, H. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogennanten Naturrechts*. Erlangen, 1797.

TAFINGER, W.G. *De fundamento separandi ius naturae et philosophiae moralis principio*. Erlangen, 1788.

TAFINGER, W.G. *Lehrsätze des Naturrechts*. Tübingen, 1794.

THIBAUT, A.Fr.J. *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. Altona, 1797.

THIBAUT, A. Fr. J. *Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, en "Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts". Jena, 1817, págs. 124-175.

TIEFRUNK, J.H. *Ueber Recht und Staat*. Zerbst, 1796.

WEISS, Chr. *Lehrbuch des Philosophie des Rechts*. Leipzig, 1804.

WELCKER, K. Th. *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*. Giessen, 1813.

WENCK, C. Fr. Chr. *Lehrbuch der Encyklopädie und Methodologie der Rechswissenschaft*. Leipzig, 1810.

WOLF, Chr. *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*. Halle, 1754.

ZACHARIÄ, K. S. *Grundlinien einer wissenschaftlichen juristischen Encyklopädie*. Leipzig, 1795.

ZACHARIÄ, K. S. *Anfangsgründe des philosophischen Privatrechts. Nebst eine Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*. Leipzig, 1804.

ZACHARIÄ, K. S. *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetbuche*. Leipzig, 1806.

ZEILLER, F. von, *Das natürliche Privat-Recht*. Wien und Triest, 1815.

II. FUENTES INDIRECTAS

BARGMANN, H. *Der Formalismus in Kant´s Reschtsphilosophie*. Leipzig, 1902.

BLUNTSCHLI, J.G. *Derecho público universal*. Madrid s/f.

BÖCKENFÖRDE, E-W. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von dem Anfänge der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus.* Berlin, 1958.

CARPINTERO, F. *Voluntarismo y contractualismo. Una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural,* en "Persona y Derecho" 13 (1985) pags. 61-109.

DEGGAU, H-G *Die Aporien der Rechtslehre Kants.* Stuttgart-Bad Cannstadt. 1983.

DULCKEIT, G. *Naturrecht und positives Recht bei Kant.* Leipzig, 1932.

DÜNNHAUPT, R. *Sittlichkeit, Staat und Recht bei Kant.* Greifswald, 1926.

ELEUTHEROPULOS, M. *Kritik der reinen rechtlichgesetzgebenden Vernunft oder Kants Rechtsphilosophie.* Leipzig, 1896.

FREYER, H. *Die Bewertung der Wirtschaft im philosophischen Denken des 19. Jahrhunderts.* Leipzig. 1921.

FRICKER, C.V. *Zu Kants Rechtsphilosophie.* Leipzig, 1885.

GAILE, J. *Menschenrecht und bürgerliche Freiheit. Ideologiebildug im Zeichen der entstehende bürgerliche Gesellschaft 1789 bis 1848.* Marburg, 1978.

GALL, L. *Liberalismus und "bürgerliche Gesellschaft". Zu Charakter und Entwicklung der liberalen Bewegung in Deutschland,* en "Historische Zeitschrift" 220 (1975) págs. 324-355.

GARBER, J. *Von "ius conntatum" zum "Menschenrecht". Deutsche Menschenrechtstheorien der Spätsaufklärung,* en "Rechtsphilosophie der Aufklärung". Ed. por E. Brandt. Berlin-New York, 1982 págs. 107-147.

GIERKE, O. von. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien.* Reproducción de la editorial Scientia (Aaalen), 1981.

GLIOZZI, G. *Le teorie della propietá da Lutero a Babeuf.* Torino, 1979.

GONZALEZ VICEN, F. *De Kant a Marx. Estudio de historia de las ideas.* Valencia, 1984.

HAENSEL, W. *Kants Lehre vom Widerstandrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie.* Berlin, 1926.

HOFFMANN, H. *Zur lehre von Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung,* en "Rechtsphilosophie der Aufklärung", ed. por R. Brandt. Berlin-New York, 1982 págs. 11-46.

KAULBACH, Fr. *Der Herrschaftanspruch der Vernunft in Recht und Moral bei Kant,* en "Kant-Studien" 67 (1976) págs. 390-408.

KERSTING, W. *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie.* Berlin-New York 1984.

KIEFNER, H. *Geschichte und Philosophie des Rechts bei A.F.J. Thibaut. Zugleich eines Beitrags über die beginnenden Einfluss Kants auf die deutsche Rechtswissenschaft.* Tesis doctoral inédita. Müchen, 1959.

KIEFNER, H. *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechtes im 19. Jahrhundert,* en "Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert". Ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, págs. 3-26.

KLIPPEL, D. *Politische Freiheit und Freiheitsrechte in deutschen Naturrecht des 18. Jahrhundert.* Paderborn, 1976.

KRAFT, J. *Die Methode der Rechtstheorie in der Schule von Kant und Fries.* Berlin-Grünewald, 1924.

KÜHL, K. *Eigentumsordnung als Freiheitsordung. Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre.* Freiburg-Müchen, 1984.

LANDSBERG, E. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft.* München und Leipzig, 1898.

LEFKOVITS, M. *Die Staatslehre auf Kantischer Grundlage.* Bern, 1899.

LISSER, K. *Der Begriff des Rechts bei Kant.* Berlin, 1922.

LUF, G. *Freiheit und Gleichheit. Die Aktualität im politischen Denken Kants.* Wien-New York, 1978.

MACPHERSON, C.B. *La teoría política del individualismo posesivo.* Barcelona, 1979.

MARCUSE, H. *Kant über Autorität und Freiheit,* en "Kant zur Deutung seiner Theorie von Erkennen und Handeln", ed. por G. Prauss. Köln, 1973, pags. 310-321.

MEDIK, H. *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft.* Göttingen, 1973.

MURHARD, Fr. *Der Zweck des Staats.* Göttingen, 1832.

NISBERT, R. *History of the Idee of Progress.* London, 1980.

PRIBRAM, K. *Die Entstehung der individualistischen Socialphilosophie.* Leipzig, 1912.

RAUMER, Fr. von, *Ueber die geschichtliche Entwickelung der Begriff von Recht, Staat und Politik.* Leipzig, 1861.

REBUFFFA, G. *Origine della richezza e diritto di propietá: Quesnay e Turgot.* Milano, 1794.

REICH, Kl. *Rousseau und Kant.* Tubingen, 1936.

RICHARD, G. *La critique de l'hypothése du contrat social avant Jean-Jacques Rousseau,* en "Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique" 1-2 (1937) págs. 45-80.

RIEDEL, M. *Moralität und Recht in der Schulphilosophie des 18. Jahrhunderts*, en "Recht und Ethik. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert". Ed. por Blühdorn-Rittter. Frankfurt am Main, 1970, págs. 83-96.

RITTER, Chr. *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*. Frankfurt am Main, 1971.

ROLL, E. *Historia de las doctrinas económicas*. México, 1974.

ROßBACH, J.J. *Die Perioden der Rechts-Philosophie*. Regensbourg, 1842.

SAAGE, R. *Besitzindividualistischen Perspektiven der politischen Theorie Kants*, en "Neue politische Literatur" 2 (1972) págs. 168-193.

SAAGE, R. *Naturzustand und Eigentum*, en "Materialien zu Kants Rechtsphilosophie". Ed. por Batscha. Frankfurt am Main, 1976, págs. 206-236.

SHEIBE, W. *Die Krisis der Aufklärung. Studie zum Kampf der Sturm- und Drangbewegung gegen den Rationalismus der Aufklärung des 18. Jahrhunderts*. Göttingen, 1936.

SCHRÖDER, J. *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main, 1979.

SCHUMPETER, J.A. *Historia del análisis económico*. Traducción de M. Sacristán. Barcelona-Caracas-México. 1982.

SPENGLER, J.J. *El problema del orden en los asuntos económicos*, en "El pensamiento económico de Aristóteles a Marshall". Madrid, 1971, págs. 21-50.

STOLLEIS, M. *Staatsraison, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts*. Meisenheim am Glan. 1972.

VLACHOS, G. *La pensée politique de Kant*. Paris, 1962.

VORLÄNDER, M. *Kant, Fichte, Hegel und der Sozialismus*. Berlin, 1920.

WARNKÖNIG, L.A. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*. Freiburg im Bresgau. 1839.

WALZ, G.A. *Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik und die Staatsphilosophie Fichtes*. Berlin, 1928.

WEBER, H. *Gustav Hugo. Vom Naturrecht zur historischen Schule*. Göttigen, 1935.

WICKE, J. *Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Breslau, 1913.