

Constitucional en relación con el derecho a la vida, arquetipo mismo de los derechos de la primera generación (STC 53/1985, de 11 de abril). Tampoco en el presente libro se aportan datos nuevos que permitan esclarecer la distinción – más allá de la puramente histórica– entre las diversas generaciones de derechos; así, Vicente Bellver afirma que los derechos de la tercera generación "son derechos que, para su realización, requieren la colaboración de todos los agentes sociales. Por eso, no son una garantía frente a las intromisiones del Estado ni un título para demandar de aquel determinadas prestaciones, sino que son derechos y deberes al mismo tiempo" (p. 273). Pero, en realidad, habría que afirmar que esas tres dimensiones, consideradas como características de las diversas generaciones de derechos –garantía frente a las intromisiones del Estado, título para exigir prestaciones y deber– se dan en mayor o menor grado en todos los derechos humanos, con lo que la pretendida distinción se desdibuja (por lo que se refiere al deber, existe al menos el de conservar el derecho, en la medida en que los derechos humanos son inalienables). La mejor muestra de la debilidad de esta visión generacional la ofrece el propio autor, cuando, al concretar el contenido del derecho humano al medio ambiente, éste se desglosa en exigencias perfectamente asimilables a las de los llamados derechos de la primera generación (primer nivel del derecho al medio ambiente) o de la segunda (segundo nivel). No obstante, la discusión sobre la visión generacional de los derechos remite sin duda a estudios más profundos, y aquí sólo he querido dejar constancia de las dificultades que posiblemente presenta.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

F. CARPINTERO, *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid 1993, 198 páginas.

El Prof. Francisco Carpintero expone a lo largo de esta obra los factores que contribuyeron al nacimiento de una nueva forma de pensar el Derecho lejos de las generalizaciones y abstracciones de la Ciencia jurídica imperante hasta el siglo XVIII en Centroeuropa. El positivismo jurídico supuso un impulso de los estudios del Derecho vigente, de las leyes y decretos emanados por la autoridad competente, que regulaban realmente las relaciones entre los hombres.

En este libro se analiza este nacimiento desde los mismos protagonistas que le dieron forma. Ahrens, Beck, Burkhardt, Falck, Feuerbach, Fichte, Fries, Gönner, Hagen, Haller, Henke, Horn, Hugo, Kielruff, Möhl, Müller, Rudhart, Savigny, Schmelzing, Schnaubert, Seidensticker, Stahl, Thibaut, Warnkönig y Wening, entre otros, salen a la palestra, y de la mano del Prof. Carpintero, narran los inicios de una Ciencia jurídica que vino a suplantar a la Filosofía crítica, que dominó en el pensamiento entre 1790 y 1810.

Esta se caracterizaba por reducir el Derecho a un “derecho natural”, *Naturrecht*, elaborado según los postulados que se deducen desde la razón pura a priori. El Derecho positivo quedaba al margen de las categorías propias de los objetos científicos y reducido a un *hecho* más de la Naturaleza. Esta pretendida racionalidad, por su apartamiento de la experiencia, contribuyó a la arbitrariedad de las construcciones de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, en el complejísimo movimiento que se desarrolla en el primer tercio del siglo XIX, los motivos que llevaron al rechazo de la Modernidad jurídica no se agotan en la crítica de la abstracción, sino, sobre todo, a juicio del Prof. Carpintero, en la negación del “estado de naturaleza” y de los “contratos sociales”.

La Escuela del Derecho Natural distinguió dos tipos de estados en la vida del hombre, conocidos, en el marco de la Ciencia el Derecho Natural como “Derecho Natural absoluto” y “Derecho Natural hipotético”. El primero, considera al hombre tal y como es naturalmente, desde el ángulo de su propia pertenencia, como una mónada individual de voluntad. Desde esta perspectiva el hombre sólo quedaba obligado al poner voluntariamente su asentimiento. De ahí que la sociedad sólo pueda surgir a través de pactos o contratos. El segundo estado aparece al abandonar el primero y considera a los hombres bajo el supuesto de la sociedad.

Toda la construcción de esta teoría tiene como fundamento la representación imaginativa del individuo aislado en el *status naturae*. De tal modo, que se convierte en una ficción que pretende ser normativa para la sociedad.

Los orígenes de la nueva mentalidad, que momentáneamente dejó a un lado la Modernidad jurídica, están unidos de hecho a diversas doctrinas idealistas que pretendieron una convivencia más humana, más solidaria, menos diseñada sobre patrones de naturaleza mercantilista. Y, así, poco a poco se fue imponiendo la tesis de la naturalidad de la existencia de la comunidad política y la afirmación de la sociabilidad originaria del hombre frente al racionalismo individual.

Si la sociedad es fruto de un contrato, esta puede llegar a desaparecer. Por el contrario, el orden social es la condición primera y absoluta de la existencia, del mantenimiento y desarrollo libre de la razón y de la libertad. La comunidad

aparece, por ello, como el marco que proporciona al hombre las posibilidades de su desarrollo físico y espiritual.

El pensamiento romántico considera la realidad como un organismo unitario y a la sociedad como parte de ese organismo universal. El Derecho aparece dentro de esta teoría como participación de la ley inmutable que rige la Razón Universal, de tal modo, que todo el Derecho se desarrolla conforme a una *Rechtsidee*, y cada uno de los derechos nacionales forman parte de esa idea.

A la altura de los años 20, mantiene el Prof. Carpintero, nadie sostenía el origen contractual del Estado y del Derecho. Al contrario, la práctica totalidad de los autores parten desde la existencia originaria del Derecho y del Estado, y esta prioridad determinaba que el Derecho apareciera como una realidad anterior a los individuos.

El Estado no es visto como una sociedad, al estilo de las sociedades mercantiles, aseguradora del libre ejercicio de los *Urrechte*, de los derechos de los individuos considerados aisladamente, sino como una vida común con un fin único que es el fin mismo de los hombres, el crecimiento espiritual y moral, la Humanidad.

El pensamiento jurídico de la modernidad encontró en el hombre, en cada individuo, una voluntad que, por ser independiente de la de los demás individuos, permanecía sin vinculaciones. El Estado aparecía como la consagración organizada de ese egoísmo exigido por la razón. De ahí que la vida política acaba siendo un vivir-uno-junto-a-otro, en la que la ética, el imperativo categórico, lo único que da son las condiciones generales que hacen posible el respeto a la libertad de los demás, pero que no impone obligaciones positivas, de ayuda a los demás. La cima de la perfección moral kantiana será el "vive y deja vivir".

Los autores idealistas, por el contrario, anteponen el bien de la comunidad a los bienes de los individuos, y esta vida en comunidad se entiende como la realización unitaria y común de un orden superior.

La crisis de la Filosofía crítica, que secuestró durante 30 años toda la cultura de lengua alemana, supuso algo más que la desaparición momentánea de un determinado sistema filosófico: entró en crisis toda la cultura centroeuropea. Con el *Naturrecht* kantiano desapareció una Filosofía del Derecho compartida en Europa.

Esta crisis de las ideas jurídicas de la Modernidad hizo que los juristas volvieran la vista hacia la desusada teoría del Derecho "positivo", desplazada por el racionalismo iusnaturalista que había introducido en los planes de estudio de las Universidades unos tratados abstrusos acerca de los fundamentos últimos del acto moral, fuera de todo contacto con la realidad.

Junto a esta vuelta al Derecho positivo se produjo un escepticismo respecto de cualquier orden subjetivo de justicia. Cada escuela de Derecho natural redujo toda justicia posible a un despliegue de un sistema que se suponía que encarnaba las exigencias necesarias y absolutas de la razón. De tal modo que surgieron tantas nociones de justicia como sistemas de Derecho natural existentes, todos pretendidamente verdaderos y opuestos. Lo deseable, a partir de entonces, fue superar el elemento subjetivo y conseguir una legislación que, del mismo modo que las matemáticas, llevara en sí la garantía de su corrección.

Los teóricos del Derecho positivo postularon que toda orden del Estado es, *eo ipso*, justa, ya que, para ellos, un derecho vigente del que se pueda tener un conocimiento objetivo, seguro y sin dudas, solo existe en el Estado. Frente al iusnaturalismo anterior, la ley positiva será la primera y más cercana fuente de todos los derechos y obligaciones de los ciudadanos.

Como el Prof. Carpintero muestra en su trabajo, el siglo XIX rechazó la posibilidad de contar con una razón objetiva y general que garantizase la relativa objetividad de los juicios sobre la justicia. Por este motivo toda la época se planteó el tema de la justicia en una disyuntiva: o se la admite como un orden de justicia racional, general e inmutable; o no existe más Derecho que el emanado del Estado, el Derecho positivo.

En pocos años el centro de gravedad se desplazó desde la Personalidad o *Persönlichkeit*, al conjunto de las normas dictadas por el Estado. El Derecho no será ya una facultad de la persona para actuar, sino un conjunto de normas prohibitivas. Las leyes no permiten sino que prohíben. Junto a esto, la justicia deja de ser entendida como respeto ante las libertades ajenas, como abstención, y pasa a entenderse como aquella forma de obrar que en todas sus relaciones se adecúa a lo dispuesto por la ley. Como dirá Kielruff, la ley siempre es justa.

El auge de la teoría del Derecho positivo, que nació en lucha contra el academicismo especulativo, trajo consigo un ataque frontal contra todo tipo de saber no positivo referido al Derecho. Por ello, los juristas que pretendieron crear un saber específicamente jurídico hubieron de ocuparse extensamente en combatir la filosofía jurídica existente casi siempre kantiana. En su lugar, propugnaron una Filosofía encaminada a descubrir los vínculos que unen a las reglas singulares, de forma que lo particular sea fundamentado por lo general, lo general por lo que es más general, para descubrir el espíritu de la legislación. Como dirá Thibaut: “Debemos elevarnos a principios generales, pero sólo a aquellos principios que se dejen abstraer desde las fuentes positivas. Debemos arrojarlos a los brazos de una filosofía, pero de una filosofía que sea histórica, esto es, que nos ponga ante los ojos a la legislación con todas sus deter-

minaciones jurídicas, que se desarrolle desde las fuentes positivas, y que sea ella misma una parte de lo positivo”.

Como puede verse, el nacimiento de la Filosofía del Derecho positivo tuvo como origen el rechazo del *Vernunftrecht*, de tal modo, que no será preciso considerar el *Naturrecht* moderno, sino la *Natur der Sache*, la finalidad del instituto jurídico, así como su historia y su lógica. La Ciencia jurídica del siglo XIX se orientó, por lo tanto, según un camino conceptual-sistemático.

Lo novedoso de esta pretensión radica, a juicio del Prof. Carpintero, en que desborda los límites de los tratados teóricos, establecidos por los defensores del *Naturrecht*, y se instala también en la jurisprudencia, en lo que entonces era la Ciencia práctica del Derecho. Se cayó en la tentación de pretender deducir conceptos más particulares desde los conceptos más inmediatamente generales, dando origen a la tendencia que, especialmente a partir de Puchta, se llamó “genealogía de los conceptos”.

Las objeciones que se hicieron contra la sistematización, realizadas por Seidensticker, Thibaut o Falck, no encontraron eco en la literatura sobre Metodología jurídica; y, a partir de 1819, las exigencias sistemáticas se generalizaron hasta tal punto que el saber prudencial sobre el Derecho dejó de estar representado en la literatura jurídica.

El positivismo jurídico en poco tiempo se consolidó como aquella forma de entender el Derecho que nos llevaría a poder analizarlo, estudiarlo y conocerlo como algo concreto, justo en sí mismo, fuera de todo subjetivismo ético, y necesario para la vida en comunidad.

Sin embargo, esta forma de afrontar el Derecho supuso la eliminación total de la visión jurisprudencial del Derecho. El iusnaturalismo anterior había entendido el Derecho positivo como un hecho irracional, que al no provenir de la razón sino del arbitrio empírico del hombre no existe un deber real de obedecer; las leyes no obligaban por sí mismas, sino por la fuerza que las sostiene. De ahí que estas escuelas se dedicaran al estudio del Derecho de la Razón, dejando fuera el resto. El positivismo se mantuvo en esta misma dirección, pero, al dejar de lado las abstracciones del *Naturrecht*, lo único que contó para ellos fue el puro dato positivo, fuera de cualquier consideración valorativa. De ahí que la sistematización limitada hasta entonces al campo del Derecho filosófico y se instaló también en el campo de la *jurisprudencia* romanística que se cultivaba en las Universidades.

La novedad del libro del Prof. Carpintero radica en el estudio serio u profundo del tránsito del iusnaturalismo de corte kantiana al positivismo jurídico. Existe numerosa bibliografía en torno a los orígenes del positivismo, pero casi siempre se hace referencia a su vinculación con el pesamiento

anglosajón (Bentham y Austin), su entronque con la codificación, como es el caso de Bobbio o con los problemas de metodología jurídica (este punto lo trata de modo excepcional Larenz en sus obras). Por ello, este libro tiene un gran valor al poner de manifiesto este tránsito y lo hace de la mano de los que lo hicieron posible.

Luis M^a Cruz Ortiz de Landazuri

S. COTTA, *¿Qué es el derecho?*, Trad. de J. J. Blasco, Rialp, Madrid 1993, 153 páginas.

I

Según el pensamiento liberal aplicado al derecho, el hombre, o individuo, estaría "ya completo" con sus derechos originarios de igualdad, libertad y propiedad. La misión del ordenamiento jurídico sería entonces la de proteger lo que ya existe: de ahí la noción del "derecho-policía" o derecho sancionador de naturaleza preferentemente penal que ha dominado durante la segunda mitad del siglo XIX y buena parte del siglo XX. Desde luego, nadie duda de que esto, en bastantes casos, es cierto, y ahí está el derecho penal para demostrarlo. Pero si esta visión liberal-penalista del derecho la extendemos a todas las ramas del ordenamiento jurídico, entonces la descripción o explicación del derecho, en general, se vuelve demasiado difícil.

En efecto, si se considera a la persona humana como un ser ya perfecto o acabado, no es inteligible el derecho fuera de esa concepción represiva o penalista a que he aludido. Y el problema está en que la muy rica naturaleza nuestra, en la historia, va creando una serie de lazos y vínculos jurídicos que no son reductibles al tipo expuesto. Como es natural, la persona formada en una concepción según la cual la manifestación originaria del derecho sería una *lex permissiva universal*, ha de vivenciar toda *norma*, moral o jurídica, como una agresión (que ha de ser *justificada*) a su autonomía y autarquía personal. Éste es un viejo tema en los estudios de Cotta: cuando no tenemos en cuenta la naturaleza relacional del derecho, los "otros" aparecen, actualmente o en potencia, como enemigos de la autonomía personal, y el mismo derecho y la moral se presentan como agresiones a la *personalidad*.