



Rudolf von Jhering: *Nuestra tarea* (1857)

En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive

Luis Lloredo Alix

Universidad Carlos III de Madrid

luismanuel.lloredo@uc3m.es

1. Introducción

El escrito que aquí se presenta por primera vez en lengua española es uno de los documentos más relevantes de la ciencia jurídica del siglo XIX. Incluso podríamos decir, sin temor a incurrir en exageraciones, que se trata de uno de los textos más importantes de la historia de la ciencia del derecho, un punto de llegada de tendencias anteriores y a la vez un punto de partida para orientaciones que, con el correr de los años, impulsarían la renovación del método que abre las puertas al siglo XX. Escrito en 1857, en una etapa de cambio en casi todos los sentidos, en él se plasman ideas antiguas, heredadas de la doctrina de Savigny o Puchta, pero también nuevas teorías, verdaderos acicates para el pensamiento, que enseguida se constituirían en bastiones de la nueva dogmática jurídica que contribuyó a alumbrar el código civil alemán de 1900 (BGB). Algunas veces, el ojo contemporáneo no puede sino mirar con estupefacción las alambicadas argumentaciones de Jhering, el modo de exposición tan lastrado por la retórica del idealismo filosófico germano, o el ardor con que defiende concepciones que quizá nos parezcan ampliamente superadas. Otras veces, en cambio, nos encontramos con envidiables destellos de lucidez, con formas de pensar que probablemente deseáramos para nuestra dogmática jurídica actual y con reflexiones que nos recordarán a algún que otro debate contemporáneo. Mi objetivo en estas notas introductorias no es dar cuenta pormenorizada de todo ello, sino más bien apuntar algunas consideraciones biográficas del autor y de su época, algunas apreciaciones sobre su papel en la historia del pensamiento jurídico y alguna reflexión en torno a la trascendencia del escrito aquí presentado.

2. Breve semblanza histórica de Jhering

Rudolf von Jhering nació en 1818 y murió en 1892. Comparte año de nacimiento con Karl Marx, al que no conoció y con cuyo pensamiento no diálogo nunca de forma directa (Losano, 1984: 54-56 y 157-160), pero con quien existe una cierta complicidad involuntaria: el punto de vista historicista y dialéctico, la concepción conflictualista del derecho y de las relaciones sociales (Welzel, 1962: 198 ss.), así como el énfasis en la vinculación del derecho con el poder. Tres años antes del nacimiento de Jhering, había venido al mundo uno de los personajes que con más fuerza marcarían el devenir de los acontecimientos en Europa –en Alemania en particular– y que más influencia ejercerían en la trayectoria de nuestro autor: el futuro canciller Otto von Bismarck. Y sólo un año después de Jhering, nacía Theodor Fontane, el principal novelista del realismo alemán, cuyo significado en la historia de la literatura es comparable al de Clarín en España, al de Zola en Francia o al de Dostoievski en Rusia. Si a ello le sumamos el hecho de que en 1812 había

nacido Alfred Krupp –quien llegaría a ser el empresario siderúrgico más importante de Europa– y que en 1816 lo hizo Werner von Siemens –el ingeniero que fundaría una empresa de telecomunicaciones bien conocida en la actualidad–, tenemos un retablo que nos permite entrever el sentido de las transformaciones que determinaron a la época de Jhering (Rückert, 2004: 130-131). Se trata de un periodo, en efecto, de transición entre la organización estamental y la sociedad de clases, entre el predominio de lo rural y el protagonismo de lo urbano, entre un capitalismo de pequeña envergadura y un capitalismo monopolístico y tendente a la globalización, entre una vida condicionada por la religión y una vida esencialmente secularizada, en la que la ciencia y la tecnología se convertirán en nuevos ídolos; un periodo, en definitiva, que anuncia con claridad las notas distintivas de nuestro mundo.

En líneas generales, todas estas figuras de la política, la economía, la ciencia o la cultura adquirieron fuerza en la segunda mitad del siglo XIX, en una época que ha sido caracterizada como la era del realismo, y que otros autores califican como el tránsito del idealismo al materialismo (Winkler, 2009: 687-690). Más allá del tópico que subyace a estas expresiones, lo cierto es que se trata de una etapa llena de cambios y, sobre todo, atravesada por una sensación de velocidad en los acontecimientos, por un sentimiento de inestabilidad e inseguridad, que probablemente supera a todas las eras precedentes. Esta conciencia de la celeridad y la inevitabilidad del cambio es la que dio pie al surgimiento de la mentalidad historicista. En una realidad sacudida por mutaciones económicas, políticas y sociales tan repentinas –nótese que la revolución industrial traía nuevas invenciones y formas de organización a cada instante– y en la que los referentes presuntamente inamovibles del Antiguo Régimen parecían no ser sino una contingencia de tiempos pasados, el refugio en la historia era casi ineludible: por mucho que el mundo avance de forma imparable, siempre nos quedará la certeza de que somos el resultado de una cadena de sucesos que nos enlaza de modo orgánico con nuestros antecesores, y que nos proyecta hacia el porvenir con el apoyo que nos otorga la historia compartida. Esta conciencia de la evolución permanente, que se manifiesta en la dialéctica hegeliana, en la novela historicista o en la teoría darwiniana –entre otras ramificaciones de la cultura y la sociedad decimonónicas (Lloredo, 2012: 426-450)– provocó una profunda crisis de identidad que se resolvería de muy diversas maneras (Ripalda, 1977: 21-29).

Por un lado, fundamentalmente en la primera mitad del siglo XIX, se produjo el auge del idealismo, una corriente filosófica y literaria que, desde un prisma ideológico, podría interpretarse como una voluntad desesperada por volver a dotar de un significado trascendental y totalizador a una realidad que se había salido de sus quicios; una realidad que, más bien, parecía apuntar hacia la inquietante idea de que estamos condenados a la más pura y desnuda contingencia. Esta implacable convicción es la que alienta a buena parte de la filosofía idealista post-kantiana, desde Schopenhauer hasta Fichte o Hegel (Villacañas, 2001: 13-43) y la que, en un sentido jurídico, se tradujo en el pensamiento de Friedrich Carl von Savigny (Rückert, 1984: 335-342). La pretensión de sintetizar la filosofía y la historia en un mismo relato coherente, como caras de la misma moneda, la retórica romántica y nacionalista que se palpa en escritos como *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, o la analogía entre el derecho y los organismos vivos, son algunos de los rasgos del pensamiento de Savigny que se explican en el marco del idealismo filosófico. Este mundo, marcado políticamente por el dominio de la Restauración monárquica y por la voluntad de mantener los viejos poderes fácticos de la Edad moderna –el Papado y el Sacro Imperio romano-germánico–, así como por salvaguardar la hegemonía de la aristocracia, se escudaba en la recreación de un pasado mítico y perdido, pero venerable y recuperable.



Por otro lado, en la segunda mitad de la centuria, la respuesta ante la crisis de identidad se canalizó desde un punto de vista realista-materialista: tras el desconcierto de la primera mitad, en la que predominó una actitud preponderantemente escapista y nostálgica, a partir de 1848 se produce un vuelco fundamental. 1848, conocido como el año de las revoluciones o la primavera de los pueblos, marca un hito en Europa, al sellar la muerte de la Restauración dominante desde el final de las guerras napoleónicas. En Alemania es común hablar del *Vormärz* y el *Nachmärz* –el pre-marzo y el post-marzo– para aludir a la ruptura que se dio en casi todos los ámbitos a partir de la revolución del 18 de marzo. A raíz de estos convulsos acontecimientos, cobró fuerza la aspiración nacionalista a una Alemania unificada y Bismarck pasó a ocupar el protagonismo en la vida política prusiana. Asimismo, las ensoñaciones liberales del romanticismo cedieron en pro del anhelado Estado unitario, bajo el supuesto de que una mirada realista exigía sacrificar el principio de la libertad por el de la unidad (*Einheit vs. Freiheit*). En el marco de dichas transformaciones, el periodista August Ludwig von Rochau publicó un famoso artículo en el que se acuñaba la noción de *Realpolitik*, tan descriptiva de la política que empezaría a desarrollar el canciller y que, en un sentido amplio, sirve para caracterizar a muchas de las manifestaciones científicas y culturales que se sucedieron desde entonces (Wehler, 1972). El asentamiento de la industrialización y la correlativa explosión de la problemática social, con el consiguiente auge de las reivindicaciones obreras, se pueden entender bajo esa premisa; la respuesta filosófica materialista que hallamos en Marx, Engels o Feuerbach, o la literatura realista de Zola o Fontane, también deben entenderse desde dicha perspectiva. En el ámbito jurídico, los exponentes de este viraje serían, por lo menos en Alemania, el llamado segundo Jhering u Otto von Gierke (Nipperdey, 1998: 657-658; González Vicén, 1979: 259-260).

En definitiva, parece que el llamamiento a lo práctico, lo positivo, lo real y lo material adquiere la fuerza de un mantra para la mentalidad de mediados y finales del XIX; un mantra que no obedecía a una retórica vacía, sino que reflejaba la perentoria necesidad de reconfigurar las ideas y las instituciones en el contexto de la sociedad industrial. De hecho, el positivismo filosófico-científico que encontramos en autores como el conde de Saint-Simon, Auguste Comte o Herbert Spencer –entre muchos otros– se construye y se desarrolla con la vocación de armonizar el desarrollo industrial con la satisfacción de los problemas derivados de la cuestión social (Rossi, 1975). Aunque se ha debatido mucho sobre si el positivismo jurídico debe explicarse en esa misma clave, me parece evidente que no puede entenderse de otra manera. Sin perjuicio de que quepa identificar algunos rasgos cercanos al iuspositivismo en Thomas Hobbes (Murphy, 1995), y pese a que sea posible establecer un discurso independiente para cada manifestación particular del positivismo (Kolakowski, 1974: VII), la auténtica aparición y propagación de esta corriente sólo tiene lugar en el contexto del siglo XIX, de la mano de un cambio generalizado que se verifica en muchas áreas. En efecto, no creo que pueda hablarse de positivismo jurídico sin aludir al historicismo, al auge del empirismo y de las ciencias naturales, a la secularización de la política y la sociedad o al desarrollo de un Estado que asumía la tarea de legislar sobre todo el espectro de la vida social. Esta última nota conllevaba una visión instrumentalista del derecho, que consistía en pasar a concebirlo como una herramienta al servicio de la sociedad y no como un corolario de la razón natural. Y en este punto, por mucho que intentemos apoyarnos en referentes puramente jurídicos para explicar este tránsito entre paradigmas, el iuspositivismo coincidía con el planteamiento antimetafísico y utilitarista de un Comte, un Bentham o un Spencer. Por lo que se refiere al presente análisis, es imposible

entender a Jhering y su contribución al positivismo jurídico sin vincularlo con el movimiento global que se evidencia en muchos otros ámbitos del saber (Lloredo, 2012: 82 ss.).

En función de lo anterior, se explica que Jhering haya sido calificado con rúbricas de lo más variado: como utilitarista (Pound, 2000: 130 ss.), como empirista (Stammler, s.f.: 97-99) o como realista (Posada, 1896), entre otras etiquetas de corte similar que pueden encontrarse en la literatura secundaria. En cierto modo, se trata de apelativos que reflejan el conjunto de aspiraciones filosófico-científicas que laten desordenadamente en la obra y el método de Jhering, y que responden al clima general de la segunda mitad del XIX, impregnado por una difusa voluntad de acceder al conocimiento desde una mirada realista y pragmática. En general, esta preocupación por lo positivo solía venir acompañada de una vocación política reformista –en sentido progresista o conservador– que entendía la ciencia como una herramienta fundamental de la transformación social. Desde este punto de vista, ha sido bastante común emparentar a Jhering con tendencias izquierdistas o cercanas a alguna variante moderada de socialismo. Fikentscher, por ejemplo, afirmó que podríamos ubicarlo en el ala derecha de la socialdemocracia actual (Fikentscher, 1976: 156), mientras que Adolf Merkel sostuvo que su pensamiento era progresista en contraste con la “tonalidad conservadora” de Savigny (Merkel, 1893: 20). En realidad, Jhering era un autor conservador, procedente de una familia de tradición funcional desde hacía más de tres siglos y embebido por un nacionalismo alemán filo-prusiano que desembocaría en una ferviente admiración por Bismarck. En este sentido, valoró enormemente la política estatalista del canciller y la orientación social que éste le dio a la política alemana a partir de los años ochenta. Asimismo, apoyó entusiasmado la estrategia militar ideada por éste que, a través de las guerras contra Dinamarca, Austria y Francia, terminaría conduciendo a la unidad nacional.

Cuando hablo de orientación social de la política bismarckiana, me refiero a un conjunto de medidas promulgadas por el canciller a lo largo de la década de 1880, que incluía el seguro de enfermedad (1883), el seguro de accidentes de trabajo (1884) y el seguro de vejez e invalidez (1889), y que ha sido calificado como la primera experiencia histórica de Estado social (Esping-Andersen, 1993: 85-88; Sotelo, 2010: 141-149). Se ha dicho que el establecimiento de tales medidas fue trascendental para los tiempos venideros y que podría considerarse a Bismarck como un “terratene revolucionario” (Winkler, 2007). La paradoja es certera, ya que la inspiración de tales medidas no era en absoluto altruista, sino que se perseguía contener el avance del socialismo mediante la concesión de una serie de garantías sociales. En el caso de Jhering, las motivaciones son algo distintas. Para empezar, Jhering no era un gran propietario y no procedía de la aristocracia: el título de “von”, que sugiere ascendencia nobiliaria, le fue otorgado en 1872 por el emperador austriaco, como galardón por sus servicios durante su periodo en la Universidad de Viena (Hofmeister, 1993: 45-46). Además, la vocación socializante del último Jhering es más sincera que en Bismarck. Aunque siempre desde un prisma corporativista y partidario de un reformismo dirigido por las élites –contrario al sufragio universal– creía firmemente en la importancia de que el derecho y las instituciones se acompasasen con las exigencias sociales de su época. De ahí las concomitancias entre su filosofía jurídica sociológica-utilitarista y la política social-reformista que se empieza a poner en marcha hacia los años setenta y ochenta. Por otra parte, al revés que en la mayoría de los representantes del nacionalismo filo-prusiano y evangélico-luterano de la época, Jhering nunca dio muestras de antisemitismo, sino que en alguna ocasión llegó a defender a autores judíos o a publicar en revistas semitas (Lloredo, 2012: 236-238). Por todas estas razones, como en su día sugirió Mario Losano, Jhering fue un “conservador honesto” (Losano, 1970: 184-186).



En líneas generales, y con espíritu de síntesis, podría decirse que los factores que más nos ayudan a entender el tránsito paradigmático que sufre la ciencia del derecho en el siglo XIX –y que en Jhering cobran una especial relevancia– son tres:

En primer lugar, la *cuestión nacional*: buena parte de las discusiones científico-jurídicas y las propuestas de reforma que se dan en el ámbito del derecho tienen que ver con la lucha por un Estado unitario y por un derecho alemán unificado. A principios de la centuria, tiene lugar el primer episodio de esta diatriba, cuando Savigny publica su escrito *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (1814), en el que contesta la propuesta de Thibaut de adoptar un código civil a semejanza del francés. De acuerdo con Savigny, en efecto, la esencia de la nación alemana no se avenía bien con el espíritu codificador francés, de corte racionalista, y era menester cultivar un derecho y una ciencia jurídica respetuosos con las tradiciones históricas de los diversos pueblos germánicos. Pero el corolario de esta divergencia metódica inicial entrañaba una diferencia política de mayor calado entre ambos autores: el objetivo de Savigny era, en realidad, poner el control de la renovación jurídica del país en manos de la clase de los juristas profesionales –el *Juristenrecht*: derecho de los juristas (Koschaker, 1966: 164 ss.)– y no en las del legislador, que estaba preso del principio de la soberanía nacional y que, seguramente, tendería a disolver el orden estamental para-feudal (Contreras, 2005: 112-120). El segundo episodio relevante de este debate tiene lugar a mediados de siglo, cuando se produce el enfrentamiento entre germanistas y romanistas. Mientras que los primeros se alinean con fuerza en la pretensión de un Estado alemán unitario modelado sobre la base de la hegemonía prusiana, con una poderosa vena estatalista, con mayor apertura a la soberanía popular y con mayor sensibilidad social (Beseler, 1843: 342 ss.; Losano, 1984: 33-52), los romanistas se mantienen en la apuesta por la gran Alemania (incluyendo a Austria), formada según el modelo del Imperio romano-germánico y con preeminencia del derecho de los juristas respecto al derecho legislado. El tercer episodio interesante a nuestros efectos tiene lugar tras la victoria alemana en la guerra franco-prusiana (1871), que propició la constitución del Estado alemán y cuyo resultado fue determinante para Jhering. Como consecuencia de este triunfo militar, e imbuido aún por el ardor bélico, nuestro autor pronunció la célebre conferencia *La lucha por el derecho*, en la que sienta las bases de la revuelta contra el formalismo que se desarrollará en las décadas siguientes. La visión del derecho que se empieza a cultivar desde entonces se adscribirá a un cierto pragmatismo y propenderá a confundirse con la sociología, en un intento por ligar al derecho con las profundas transformaciones que estaban ocurriendo en el ámbito político y económico.

En segundo lugar, la *cuestión social*. La cantidad de fenómenos que se engloban bajo la rúbrica de “cuestión social” es inabarcable: desde el problema de la explotación en el ámbito laboral hasta las dificultades que estaba causando el éxodo rural y el correlativo hacinamiento urbano, pasando por la emancipación de las mujeres o la cuestión de la raza. En líneas generales, la segunda mitad del XIX empieza a someter a juicio el principio individualista que se había cultivado desde las teorías del contrato social. De acuerdo con dicho principio, por ejemplo, era difícil condenar al empleador que obliga al operario a trabajar por un salario de miseria, si éste había suscrito un contrato conforme a la idea de la autonomía de la voluntad, tal y como rezaba la teoría clásica de los contratos. Y según ese mismo principio, se estaba fomentando un liberalismo desmedido que era necesario corregir en aras de la igualdad social. Así las cosas, buena parte de los debates jurídicos que se producen a

lo largo del siglo –especialmente en su segunda mitad– tienen que ver con las posibilidades de que el derecho se hiciera cargo de dicha realidad. Las primeras teorizaciones de la noción de responsabilidad objetiva en casos de accidentes de trabajo, las doctrinas de la función social de la propiedad, las tentativas embrionarias de instaurar derechos laborales (Menger, 1898), etc., se deben entender en esta clave. En el caso de Jhering, las inquietudes sociales se empiezan a palpar en el último volumen de su *Espíritu del derecho romano* (1865), en el que expone la teoría de los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos. De acuerdo con esta doctrina, el principio clásico de la voluntad no servía para aprehender el fundamento del derecho subjetivo, porque era una idea excesivamente individualista. Por encima del individuo, pensaba Jhering, estaban determinados intereses sociales que merecían ser salvaguardados con independencia de la voluntad de los sujetos (Jhering, 1953: 327 ss.). Ahora bien, tanto antes como después de esta obra, la necesidad de adecuar el derecho a los desafíos que estaba acarreado la industrialización es palmaria. En particular, *El fin en el derecho* es un claro trasunto del estatismo social del último tercio de siglo.

En tercer lugar, la *cuestión religiosa*. El XIX es el siglo de la secularización. En el plano institucional –con las sucesivas desamortizaciones de los bienes eclesiásticos, con la retirada de prerrogativas a las iglesias y con regulaciones constitucionales cada vez más tendentes a la laicidad– y en el ámbito de la ciencia y la cultura –con el estallido del darwinismo y las consecuencias que éste trajo para la filosofía, la cultura y otras ciencias sociales (Dewey, 2000)– la vida se independiza de la religión. En el contexto germano, la cuestión religiosa es especialmente importante a nuestros efectos, porque a ella se anudan muchos de los debates político-jurídicos que se han esbozado en las líneas precedentes. Buena parte del nacionalismo alemán que apostaba por la unificación con exclusión de Austria, en efecto, era de confesión evangélico-luterana, a la que pertenecía Jhering. La presión del Papado por perpetuar el estado de disgregación territorial en que se encontraban las regiones alemanas, o por apoyar a la católica Austria como potencia dominante del nuevo Estado, provocó que la evangélica Prusia entablase una encarnizada lucha con la Iglesia, la *Kulturkampf*. La *Kulturkampf*, que Bismarck condujo con mano férrea a lo largo de los años setenta, terminó dando pie a una cultura fundamentalmente laica, que erigía al Estado como máxima instancia de poder y que relegaba la religión al ámbito privado. Este clima favorecería la expansión de corrientes científicas y culturales novedosas y revolucionarias, como el darwinismo, que en Alemania ejerció un influjo considerable. Como se verá en el escrito al que estas páginas sirven de introducción, las ciencias naturales se hallan muy presentes en las reflexiones de Jhering, que quiso erigir una teoría del derecho “histórico-natural” y que encontró un refrendo de sus ideas en las teorías evolucionistas (Wieacker, 1973). En general, la ciencia jurídica decimonónica se obsesiona por homologarse con las ciencias naturales y experimenta un proceso de “naturalización” que contribuirá a la renovación del método y al surgimiento de nuevas disciplinas como la sociología del derecho.

3. Jhering en la historia del pensamiento jurídico: la cuestión de las etapas

Es habitual distinguir dos etapas marcadamente diferentes en el pensamiento de Jhering. En la primera, nuestro autor sería un representante de la llamada jurisprudencia de conceptos, cuyo credo implicaba entender el derecho como una agregación de normas que se derivan de “conceptos jurídicos” subyacentes, y que otorgan al conjunto un orden y un rigor lógicos absolutos. La tarea de la ciencia del derecho sería la de descubrir estas nociones implícitas mediante una labor de desbroce y “construcción jurídica”, para así poder dotar de coherencia al ordenamiento y suministrar soluciones jurídicas a cualquier



controversia que se presentara. De acuerdo con esta forma de ver el derecho, no existiría en éste ningún resquicio posible, ni habría razón para temer una hipotética situación de contradicción entre normas, ni de lagunas o casos irresolubles. En la segunda fase de su pensamiento, sin embargo, Jhering se habría desengañado de esta concepción formalista y habría dado paso a una visión más realista del fenómeno jurídico, en la que la lógica no desempeñaba ningún papel relevante, ya que el derecho, su aplicación y su evolución están determinados por fines sociales contingentes.

Este retrato es el que nos ha sido legado y el que generalmente nos encontramos en las exposiciones históricas de la filosofía del derecho. Sin embargo, como casi siempre sucede en estos casos, hay en ello más de leyenda y de lugar común que de realidad y de fidelidad a la historia efectiva. Es indiscutible que, si cotejamos las primeras obras con las últimas, hay diferencias abismales entre uno y otro Jhering. *El fin en el derecho* o *La lucha por el derecho* son una clara impugnación de los dogmas del espíritu del pueblo y el desenvolvimiento espontáneo del derecho, cultivados por Savigny y la mayoría de la escuela histórica, y avanzan en una línea de pensamiento que censura el culto a la lógica y al conceptualismo exacerbado. No obstante, no hay una ruptura meridiana entre ambas fases, ni puede hablarse legítimamente de un “Damasco” –como hizo Franz Wieacker– aludiendo a una supuesta conversión repentina (Wieacker, 1967: 451). Para Wieacker, este viraje tuvo lugar de forma bastante sobrevenida, como consecuencia de un caso de doble venta que Jhering tuvo que resolver a mediados de los años sesenta, y ante el que el método dominante ofrecía una solución contraintuitiva e injusta. A partir de entonces, según Wieacker, Jhering empezaría a revisar las ideas de la construcción jurídica del conceptualismo y a abandonar la fe en la infalibilidad de dicha teoría (Wieacker, 1968: 32 ss.). Sin embargo, me parece que esta datación es desacertada. En el mismo escrito *Nuestra tarea* encontramos abundantes ejemplos de casos jurídicos que Jhering examina conforme al método conceptualista de Puchta –demasiado deudor aún de las nociones jurídicas de la antigüedad romana– y cuyos resultados impugna por no ser acordes con el sentido común o las necesidades del tráfico moderno. De manera que, aunque todavía está marcado por una retórica y un paradigma filosófico fuertemente idealistas, el Jhering de *Nuestra tarea* (1857) ya ha empezado a transitar hacia la que vulgarmente conocemos como su segunda etapa.

Ahora bien, la crítica a la bipartición de su trayectoria va más allá de un prurito erudito o historiográfico. No sólo se trata de analizar su evolución en clave progresiva –cosa siempre recomendable a la hora de explicar cualquier proceso histórico– sino que el hecho de compartimentar así su pensamiento conduce a una mala comprensión de la jurisprudencia de conceptos. Para ser exactos, la propia denominación “jurisprudencia de conceptos” no se acuña y se propaga hasta mucho más tarde, cuando Philipp Heck utilizó dicho término como una forma despectiva de referirse a los excesos formalistas de la dogmática jurídica de su tiempo, proponiendo la antítesis de “jurisprudencia de intereses” como nueva alternativa (Heck, 1993: 15-25). Como podrá imaginarse, Heck toma a Jhering como referente de la nueva orientación y retrotrae hasta él el punto de inflexión que conducía a la renovación del método que él y otros antiformalistas de la época estaban propiciando (nótese que Heck es contemporáneo de la escuela del derecho libre, de la *libre recherche scientifique* de Gény o del realismo jurídico estadounidense). Sin embargo, Jhering no era plenamente consciente de esta dualidad que se hace tan patente tras su muerte. De hecho, la separación de su obra en dos etapas resulta útil

para entender la última deriva de su pensamiento y las diversas corrientes antiformalistas que surgieron en las postrimerías del XIX y la primera mitad del XX (Lloredo, 2013), pero es decididamente inadecuada para captar la sustancia de sus primeras ideas y distorsiona el significado que tuvo la teoría de la “construcción jurídica” expuesta en el *Espíritu del derecho romano* y en *Nuestra tarea*.

Para empezar, Jhering no escribió prácticamente nunca en la órbita metodológica de Savigny o Puchta. Sólo en un conjunto de ensayos de 1844, publicados a los 26 años de edad, puede comprobarse el método dogmático-jurídico aprendido en dicha escuela. Se trata de una recopilación de textos sobre derecho de sucesiones y derechos reales, en la que se incluye su propia tesis doctoral –en torno a la herencia yacente– que apenas tiene trascendencia filosófica (Jhering, 1844). Pero la primera obra seria en la que se embarca, el primer tomo del *Espíritu del derecho romano* (1852), ya marca diferencias importantes respecto al legado de sus maestros. El objetivo de Jhering era analizar el desenvolvimiento histórico del derecho romano, pero no para comprender éste en sus manifestaciones externas, sino para captar su esencia, su especificidad respecto de otras formas de regulación social y los atributos internos que lo habían convertido en la matriz del derecho moderno. Para descubrir, en síntesis, la clave de la civilización jurídica contemporánea.

Este propósito, que iba mucho más allá de la mera historia de las instituciones y de la dogmática jurídica que solían cultivar los miembros de la escuela histórica, le proyectaba directamente a la filosofía del derecho. No en vano, como él mismo advertía en las primeras páginas, su objetivo no era conocer el derecho romano, sino construir una “teoría general y natural del derecho” (Jhering, 1953: I, 22-24). Esta empresa se alejaba del tipo de investigación monográfica, precisa y dogmática que se les prescribía a los juristas de la escuela de Savigny, hasta el punto de que Puchta le desaconsejó vivamente que continuara con su empeño (Kunze, 1993: 13). Por si esto fuera poco, la primera sección del primer tomo estaba dedicada a criticar el nacionalismo de Savigny, que a Jhering le parecía inadecuado para explicar la evolución del derecho romano y el hecho de que éste se hubiera convertido en patrimonio universal: “si reparamos en que la singularidad y la separación no son la meta de la historia, sino que lo son la comunidad y la unidad, que la individualidad de las personas y los pueblos no queda destruida por el momento de la generalidad, sino que ésta es así elevada y ennoblecida, entonces no veremos en Roma a un ángel exterminador de nacionalidades, a un espíritu que sólo niega, sino a un portador y a un luchador de la idea de universalidad, enfrentado al dominio unilateral y pacato del principio de la nacionalidad” (Jhering, 1953: I, 314-315). En definitiva, el llamado primer Jhering ya se había distanciado en muchos aspectos del credo de la escuela histórica ortodoxa.

El siguiente peldaño de su trayectoria lo constituye el tomo segundo del *Espíritu del derecho romano*, en el que desarrolla las bases del método jurídico “constructivo” que, en su opinión, debería guiar el trabajo de los científicos del derecho desde entonces en adelante. Sobre la base del universalismo en la comprensión del derecho romano que se exponía en el primer tomo, Jhering justificaba la necesidad de adecuar el derecho de la antigüedad a las exigencias de su tiempo. Si el conocimiento del derecho romano tenía algún valor, éste no estaba en las normas e instituciones concretas, sino en su flexibilidad para adaptarse a nuevas coyunturas, en su capacidad para reinventarse e interpretarse en función del contexto. En este sentido, decía Jhering, de lo que se trataba era de purgarlo, de ver qué preceptos y argumentaciones pertenecían sólo al derecho romano histórico y cuáles podían seguir utilizándose. Ésta es una de las ideas que con más insistencia se destacan en este segundo tomo y en *Nuestra tarea*, y que más importancia



tuvieron para la renovación de la dogmática en la segunda mitad del XIX. Ya no sólo se trataba de recibir el material histórico romano, sino de reconfigurarlo, de producir nuevas normas allá donde fuese necesario y de destruir las viejas si es que habían perdido su validez. Este punto de vista se entroncaba a la perfección con la crítica al nacionalismo del primer volumen y suponía un eficaz antídoto contra las acusaciones de los germanistas. Los germanistas defendían el rescate de las costumbres germánicas tradicionales, por ser más acordes con el espíritu nacional alemán, y denunciaban la incongruencia de los relatos patrióticos apoyados en el derecho romano. Pero si concebíamos a éste como un elemento estructural de la civilización occidental, como un poso cultural independiente de naciones concretas, entonces sí podía instrumentarse la aspiración a una Alemania unificada sobre la plataforma del derecho romano. Una lección, por cierto, que no todo el romanismo posterior supo entender y que aún hoy debería presidir cualquier reflexión filosófica o antropológica sobre el valor del derecho romano en la civilización europea contemporánea (Barberis, 2008).

La paradoja del universalismo-nacionalismo en Jhering se explica si tenemos en cuenta que nuestro autor apuntaba hacia un Estado nacional erigido sobre la base de un sólido engranaje jurídico-político, y no como simple emanación de la cultura germana. Esta última visión, preferida por Savigny y otros representantes de la Restauración de principios del XIX, se apoyaba en la vieja idea del *Kulturstaat*, es decir, en el sueño de una unidad esencialmente cultural de los pueblos germánicos, que mantuviese incólume el *statu quo* de dispersión territorial y absolutismo monárquico predominante en el área centroeuropea durante todo el periodo medieval. Frente a esta concepción de la nación, cargada todavía de espíritu romántico, Jhering construye su teoría del universalismo del derecho romano, mediante la que justificaba la pertinencia de dicho derecho como base del futuro Estado alemán. Como buen intelectual de segunda mitad de siglo, Jhering ya no se contentaba con vacuas alusiones al espíritu del pueblo germano o con la existencia de una identidad cultural común, sino que aspiraba a refrendar ésta en términos jurídico-políticos. Y para ello, además del embeleso con el derecho consuetudinario alemán, hacía falta la aportación de unas instituciones jurídicas y un aparato conceptual sólidos como los que brindaba un derecho romano actualizado.

Pero las tornas cambian de verdad, instaurando un nuevo periodo en la biografía de Jhering, en la tercera entrega del *Espíritu del derecho romano*. En este último tomo, publicado en 1865, se propone la teoría del interés como fundamento del derecho subjetivo —antes aludida—, y se hace una apología de la legislación como principal fuente de derecho, frente a la entronización de la costumbre que había predominado entre los miembros de la escuela histórica. Probablemente, el hecho de que Savigny muriera en 1861 contribuyó a que Jhering se desinhibiese en su crítica a dicha corriente. De hecho, en un epitafio que dedicó a Savigny en el mismo año de su fallecimiento, se despachaba con una fuerte censura ideológica a sus ideas, a las que reprochaba haber fomentado un conservadurismo paralizante: “ese apocamiento frente al hecho histórico, alimentado por la teoría, le vino como anillo al dedo a las aspiraciones político-prácticas del periodo de la Restauración, dirigidas al mantenimiento de todo lo existente; y así, el nombre de la escuela histórica adquirió un sonido tan agradable en los oídos de los gobiernos, como impopular en la masa del pueblo: una impopularidad que atañería al fundador de la escuela en su mayor grado” (Jhering, 1981: 14). Este planteamiento es el típico de un intelectual del *Nachmärz* que, aun siendo conservador, había asumido el principio de la *Realpolitik* y apostaba por una transformación institucional de gran envergadura; una

transformación que, lejos de comparecer por la fuerza espontánea de la costumbre o por la evolución inconsciente de la naturaleza de las cosas, debía propiciarse mediante una intensa actividad legislativa.

Con todo, en esta fase no hemos asistido aún al viraje definitivo de Jhering. El auténtico “segundo Jhering”, al que generalmente se refieren las exposiciones históricas de la filosofía del derecho, surge sólo a partir de los años setenta, cuando se publican *La lucha por el derecho* (1871) y los dos volúmenes de *El fin en el derecho* (1875 y 1883). Especialmente en el primer tomo de *El fin*, el propio Jhering reconoce haber descubierto un nuevo principio para interpretar el fenómeno jurídico: el de la finalidad. Se trata de un concepto, a su modo de ver, notablemente distinto al del interés, que se movía aún en coordenadas demasiado subjetivas (Jhering, 1970: I, V-VI). La noción de fin, en efecto, le permitía aprehender el derecho desde una perspectiva objetiva y socializante. Objetiva, porque no entrañaba los riesgos de confusión con ideas como las de gusto o apetencia, que sí estaban presentes en el concepto de interés, y porque subordinaba la validez y la aplicación de las normas jurídicas a la existencia de un fin social intersubjetivo. De algún modo, si se quiere, la orientación de este Jhering se asemeja a las teorías contemporáneas de las necesidades, que creen posible identificar un elenco de necesidades objetivables – más allá de las apetencias individuales– y que justifican la atribución de determinados derechos (Heller, 1996; Doyal y Gough, 1994). La noción de fin, además, catapultaba a Jhering a la consideración del derecho desde una perspectiva socializante. Si el derecho es un mecanismo contingente, una mera herramienta destinada a satisfacer necesidades sociales coyunturales, entonces la ciencia jurídica debía bajar a ras de tierra e investigar las fricciones que se producen entre el mundo del derecho y la sociedad sobre la que se proyecta, entre las normas jurídicas y las prácticas sociales subyacentes. De ahí se deriva que el segundo tomo de *El fin en el derecho* se parezca más a un tratado de sociología o antropología jurídicas –nótese que en él se analizan instituciones sociales como el saludo, la propina o el traje popular–, que a un libro de teoría del derecho. Y así se explica que sus dos obras póstumas –*La prehistoria de los indoeuropeos* y la *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*– tengan un cariz histórico-antropológico tan marcado. En suma, éste es el Jhering que, como suele reconocerse en la literatura, se convertiría en pionero de la sociología jurídica (Raiser, 2007: 26-28).

Así las cosas, resulta que no sólo tendríamos un primer y un segundo Jhering, sino que sería necesario distinguir hasta cuatro fases: una inicial y puramente testimonial, representada por los *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, en la que permaneció leal al método dogmático de la escuela histórica ortodoxa; una segunda en la que avanza la crítica al nacionalismo y propone un acercamiento filosófico y pragmático al derecho romano, que encontramos en los dos primeros tomos del *Espíritu del derecho romano* y en *Nuestra tarea*; una tercera en la que desarrolla la doctrina del interés y en la que va cambiando su enfoque respecto a la importancia de la legislación (que coincide con el tercer volumen del *Espíritu*, el epitafio a Savigny y alguna de las cartas que después se compilarían en *Bromas y veras de la ciencia jurídica*); y una cuarta en la que abre las puertas al sociologismo que florecería en la miríada de orientaciones antiformalistas que surgen en la primera mitad del siglo XX, cuyos referentes serían *La lucha por el derecho* y *El fin en el derecho*. Más allá de la relevancia historiográfica que pueda tener esta nueva periodización, me parece fundamental tenerla en cuenta para entender el sentido de la jurisprudencia de conceptos. Y es que, si atribuimos esta etiqueta a las doctrinas de Savigny y Puchta, estamos forzados a buscar otro apelativo para las ideas de Jhering. O, por lo menos, estamos obligados a distinguir con cuidado. La concepción de la ciencia jurídica del llamado primer Jhering, en



efecto, iba mucho más allá del comentario de las pandectas de Justiniano preconizado por sus dos ilustres predecesores. Para el Jhering de *Nuestra tarea*, la dogmática jurídica era una actividad creativa, semejante a la ciencia por un lado, pero también al arte en algunos aspectos. En este sentido, el jurista no sólo debía limitarse a recibir las instituciones jurídicas y a desarrollarlas mediante el método lingüístico característico de las tendencias “filológicas” predominantes en la época – con fidelidad al texto y con rigor historiográfico en el manejo de las fuentes– sino que debía moldearlo con base en las necesidades del tráfico que hubiera que satisfacer (Wilhelm, 1958: 32 ss.). En este aspecto, la renovación metódica de Jhering está lejos de haber penetrado en la ciencia del derecho contemporánea – más próxima del comentario literal de las instituciones practicado por los pandectistas– y merece ser reivindicada como una sana forma de hacer dogmática.

Así las cosas, el puesto de Jhering en la historia de la filosofía del derecho es polifacético. Por un lado, alentó a una dogmática moderna, que en muchos sentidos se asemeja a la forma en que los teóricos del derecho contemporáneos se plantean el modo de funcionamiento de la interpretación jurídica en los Estados constitucionales. Donde Jhering subrayaba el papel creador de los conceptos, su potencialidad como mecanismo de integración del ordenamiento y su función estructuradora respecto a todas las demás proposiciones del sistema, autores como Dworkin desarrollan un modelo parecido sobre la base de los principios jurídicos; donde Jhering equiparaba el trabajo del científico del derecho al del artista, Dworkin nos sugiere una sorprendente analogía entre el jurista y el crítico de arte, basándose para ello en la hermenéutica de Gadamer (Dworkin, 1986: 55-62); y donde Jhering hablaba de “calcular” con los conceptos jurídicos, Alexy nos habla de “ponderación” de los principios. Evidentemente, las diferencias son múltiples y los paralelismos deben entenderse *mutatis mutandis*. Sin embargo, creo que hay buenas razones para trazar esa analogía entre la jurisprudencia de conceptos y las teorías de los principios contemporáneas (Lloredo, 2011). Además de lo señalado, ambas tendencias conllevan una cierta relajación de los límites entre el derecho y la moral (Dreier, 1993: 124-125) y ambas incurren en una concepción formalista del derecho: tanto las teorías actuales como la jurisprudencia de conceptos creen en la plenitud del ordenamiento jurídico, en su capacidad para integrarse desde sí mismo y en la existencia de una única respuesta correcta a los casos que se planteen (García Amado, 2012). Aunque el Jhering de los años setenta y ochenta reaccionaría contra esta idea, en el escrito aquí presentado se defiende con ardor esta visión formalista del derecho.

Por otra parte, sin embargo, Jhering es el responsable de otro cambio metódico radical, que ya ni siquiera apreciaba las virtudes de esta dogmática creativa, constructiva o semejante a la estética, sino que se lanzaba directamente al regazo de otras disciplinas sociales. A partir de un determinado momento, en efecto, Jhering se convence de la insuficiencia de la dogmática jurídica bosquejada en los párrafos anteriores, y se acerca a otros dominios como el de la sociología, la economía política o la psicología, en el entendido de que la ciencia jurídica sólo podía salvarse del anacronismo y del idealismo a través de una cierta interdisciplinariedad (Jhering, 2002: 77). Así es como, en 1871, le confiesa a Oskar von Bülow haberse hastiado de la dogmática: “he estado leyendo cosas jurídicas y económicas, las primeras sin ningún disfrute y las segundas con gran placer. En confianza: la ciencia jurídica me aburre cada vez más. Ya no sería jurista otra vez si tuviera la opción de elegir” (Jhering, 1971: 268). Al embarcarse en esta nueva tendencia metodológica, se vio forzado a penetrar en áreas de conocimiento ajenas y

ello le granjeó numerosas acusaciones de falta de rigor y de diletantismo (Kohler, 1915: 12; Rodríguez Paniagua, 1987). Sin embargo, esa misma sed de nuevas perspectivas y esa misma osadía son las que le han encumbrado a pionero de numerosas ramas de la ciencia jurídica del siglo XX. Por un lado, casi todas las corrientes antiformalistas de la primera mitad de la centuria se refirieron a él como antecedente, desde el realismo jurídico estadounidense hasta la jurisprudencia de intereses, para llegar hasta el movimiento de los Sin Tierra brasileño. Por otro lado, la obra del último Jhering suele considerarse como inspiración fundamental de la sociología del derecho y como una precursora del derecho comparado (Zweigert y Sieher, 1971). En definitiva, por todas las razones citadas, creo que Jhering es una figura esencial para entender varias de las direcciones de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica de la actualidad.

4. Jhering y *Nuestra tarea*

No quiero retrasar mucho más la lectura de este clásico que se está presentando en estas páginas, pero sí creo importante hacer algunas precisiones en aras de su mejor comprensión. Jhering escribe *Nuestra tarea* como prólogo al primer número de la revista que inauguró en 1857 junto con su amigo Carl Friedrich Wilhelm Gerber, otro de los grandes juristas del siglo XIX alemán, cuyas mayores aportaciones se registraron en el ámbito del derecho público. La transformación que Jhering quiso acometer en el derecho privado, en el sentido de la llamada “construcción jurídica”, es la que Gerber intentó capitanear para el incipiente derecho público del futuro Estado alemán (Oertzen, 1974). Además de esta diferencia de disciplinas, Gerber y Jhering se distinguían por su enfoque y por su objeto de estudio: mientras Gerber era germanista, nuestro autor era romanista, lo cual explica la orientación y el título de la revista: *Anuarios para la dogmática del derecho romano y germánico actual*. Desde el mismo prólogo elaborado por Jhering, especialmente en las últimas páginas, se percibe una impaciente vocación por renovar el derecho alemán en todas sus esferas, en particular a través de la conciliación entre los dos pilares del derecho positivo de su país: el romano y el germánico. Si ambas ramas habían vivido hostilmente escindidas durante buena parte del siglo, la perentoria misión de construir un derecho unitario requería un esfuerzo de entendimiento inaplazable, tal y como lo vieron estos dos autores.

El resultado de su empresa fue positivo y la revista pronto se convirtió en una de las publicaciones de referencia de la época, aunque con los años la relación entre Gerber y Jhering se fue resintiendo, probablemente como consecuencia del paulatino viraje que experimentó este último. No obstante, los *Anuarios* siguieron editándose con regularidad hasta la muerte de Jhering en 1892, año en que pasaron a denominarse *Anuarios Jhering para la dogmática del derecho privado romano y germánico actual* (1893-1896), para finalmente llamarse *Anuarios Jhering para la dogmática del derecho civil*. Así seguiría publicándose hasta 1942, cuando la revista se extinguió como resultado de los convulsos avatares de la Segunda Guerra Mundial (Losano, 1984: 64-66 y 174 ss.).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se entenderá mejor el tono programático del escrito, a veces semejante a un manifiesto, y las alusiones a la importancia de vincular el derecho romano y el germánico en una dogmática bien avenida. La significación que Jhering le otorgaba a la revista era inmensa –más allá de los llamamientos a la humildad que salpican todo el texto– puesto que le atribuía la misión de convertirse en el foro para la renovación de la dogmática jurídica en clave constructiva. A su modo de ver, ninguna de las publicaciones existentes hasta la fecha se había centrado en ese propósito, sino que todas ellas seguían cultivando la



tendencia marcada por Savigny más de cuarenta años antes, cuando éste fundó su propia *Revista para la ciencia histórica del derecho*. Esta iniciativa editorial, emprendida por Savigny en 1815, en coalición con otro célebre germanista –Karl Friedrich Eichhorn–, se había propuesto el objetivo de “historizar” la ciencia jurídica, trazando una clara demarcación entre las aportaciones dogmáticas que fueran historicistas y las que apostaban por un manejo sincrónico de las fuentes. Esta tarea, en la que se sienten los ecos de la reciente polémica entre Savigny y Thibaut acerca de la necesidad de un código, estaba presidida por las tendencias anticodificadoras de la primera mitad de la centuria. A la altura de 1857, sin embargo, Jhering entiende que las prioridades eran otras y, aunque nunca mostró una especial predilección por los códigos –más bien una cierta indiferencia o desconocimiento (Mitteis, 1905: 655)– sí percibía con claridad la importancia de trabajar en una profunda depuración y actualización del derecho vigente. Por eso, como se ve desde las primeras líneas, la oposición que Jhering identifica ya no tiene que ver con la historia, sino con el hecho de que la dogmática sea “productiva” o “meramente receptiva”.

De todo lo anterior, quizá se pueda inferir que la relación entre Jhering y las dos grandes figuras de la escuela histórica –Savigny y Puchta– no era del todo buena. Y así es por lo que respecta al primero. Pese a los elogios que dedica a Savigny a lo largo del escrito, lo cierto es que Jhering le odiaba secretamente. No sólo porque ya desde muy pronto mantuviera discrepancias filosóficas con sus ideas, sino porque, siendo un joven doctor, Jhering tuvo un breve encuentro con él –concertado previamente por quien había sido su director de tesis, Friedrich Rudorff–, en el que Savigny se comportó de forma altanera y desdeñosa. Por eso, aunque en *Nuestra tarea* se muestra justamente laudatorio con los méritos intelectuales del fundador de la escuela histórica, años más tarde desplegará una acerba crítica contra todo su pensamiento. Incluso, a lo largo de una velada en la que Jhering y Bismarck se pudieron conocer, parece que ambos sacaron a relucir su común animadversión por la personalidad y las ideas de Savigny (Jhering, 1893). Con Puchta, sin embargo, Jhering siempre demostró un enorme respeto. A pesar de que no había sido su mentor formal, Jhering le consideraba su maestro (Jhering, 1964: 16) y, aunque en *Nuestra tarea* le critica en varias ocasiones, su admiración por él nunca decayó. De hecho, un rasgo del método de Jhering, el empleo constante de casos prácticos, es una herencia de Puchta, que solía utilizar supuestos reales en sus clases, y que inspiraría a nuestro autor para publicar un libro de casos que logró renovar el estilo docente de la época (Jhering, 1870). Y es que, aunque dicha práctica ya era común en el contexto anglosajón, en Alemania el derecho seguía enseñándose conforme al sistema de la clase magistral (Hirsch, 1970). Esta forma de concebir la enseñanza se trasladaría también a su actividad investigadora, como podrá verse en muchos lugares del escrito *Nuestra tarea*.

Dicho esto, sólo quedarían un par de cuestiones por destacar antes de afrontar la lectura de este texto, que tienen que ver con el lenguaje y con las metáforas y alusiones que utiliza Jhering.

La primera se refiere a la influencia idealista que se palpa a lo largo del mismo. En muchas ocasiones, Jhering sostiene planteamientos en los que se pone de manifiesto una verdadera metafísica del concepto. Los conceptos, para el Jhering de esta etapa, son entidades corpóreas, con vida propia y a la vez con una existencia ideal, que les hace evolucionar de forma inmanente al relacionarse unos con otros. Independientemente de los avatares de la vida práctica, los conceptos

jurídicos se transformarían así en otros nuevos, de la misma manera que lo hacen los cuerpos vivos al interaccionar entre sí. La concepción del derecho que se deriva de ello es profundamente idealista: “si hay una ciencia práctica en la que el espíritu humano está preparado para el inmenso placer de zambullirse en el mundo del pensamiento, *dependiendo únicamente de sí mismo*, y de volver de él cargado de ricos tesoros, ésta es la ciencia del derecho. Se trata de la única ciencia práctica en la que el talento especulativo puede valorarse en su justa medida, la única rama del conocimiento humano en la que el método dialéctico y la fuerza propulsora del concepto se vuelven verdaderos en cualquier circunstancia”. Por otra parte, como podrá comprobarse en las primeras páginas del texto –en las que se discute en torno a la historia del derecho– el punto de vista de Jhering está calcado del método histórico-filosófico hegeliano. Al igual que el filósofo suabo se propuso trazar un retablo de la historia “universal”, reteniendo lo esencial y descartando lo “inesencial” (Hegel, 2001: 41 y 45-46), Jhering se afana en una tarea semejante respecto al derecho romano: sólo merecerían ser recuperadas aquellas nociones del viejo derecho itálico que tuvieran significación universal, mientras que el resto estarían condenadas al olvido. En definitiva, su obra de aquellos años estaba muy determinada por la filosofía del idealismo alemán. También a ello debemos achacar el lenguaje romántico y un tanto críptico del que hace gala en ocasiones.

La segunda tiene que ver con otra de las influencias que cabe identificar en el escrito, y que explica muchos giros y metáforas que se emplean en él: la de las ciencias naturales. Aunque a la altura de 1857 el darwinismo no había penetrado apenas en la obra de Jhering, sí pueden notarse algunas alusiones terminológicas a la química. Se nos habla de “estados inferiores y superiores de agregación del derecho” y se afirma que los conceptos se “combinan”, se “decantan” y se “precipitan” para dar lugar a otros nuevos. La profusión de este tipo de metáforas responde al clima naturalista y cientificista generalizado que se respiraba desde mediados de siglo en los ambientes intelectuales y a la voluntad de muchas disciplinas sociales por equipararse al supuesto rigor y exactitud de las ciencias de la naturaleza. En el caso de Jhering, además, se dan cita dos factores para explicar este fenómeno. Por un lado, como ha señalado Losano, Jhering recurría a las imágenes naturalistas cuando no sabía muy bien cómo precisar y desarrollar su punto de vista (Losano, 2002: 287). Pero, por otro lado, Jhering estaba realmente influido por químicos como Justus von Liebig, con quien pudo intimar durante sus primeros años en la Universidad de Gießen, de la que éste era rector a la sazón (Jhering, 1907). Liebig es, junto con Friedrich Wöhler, el padre de la moderna química orgánica, y al último de ellos se debe un descubrimiento que causó todo un aldabonazo: la síntesis de la urea. Hasta entonces, los químicos habían logrado descomponer la materia, analizándola hasta sus elementos básicos, pero no habían conseguido crearla. Wöhler rompe esta tendencia, sintetizando por primera vez en la historia un compuesto: la urea. Este logro excitaría la imaginación de la época en un grado muy considerable, hasta el extremo de que Mary Shelley fabuló con la posibilidad de crear vida animada desde la nada: el monstruo de Frankenstein. De hecho, como ella misma expresó en el prólogo, “el hecho que fundamenta esta narración imaginaria ha sido considerado por el doctor Darwin y por otros escritores científicos alemanes como perteneciente, hasta cierto punto, al reino de lo posible” (Shelley, 1999: 9). Estas ideas, trasladadas al ámbito jurídico, son las que alimentaron la imaginación de Jhering para desarrollar su teoría de la construcción del derecho: el derecho debía descomponerse hasta sus últimas proposiciones, el “alfabeto jurídico”, pero no por una simple voluntad de análisis teórico, sino para poder sintetizar nueva materia jurídica.

Hasta aquí las apreciaciones más importantes en relación con el lenguaje y los condicionantes filosóficos, científicos y culturales que subyacen a *Nuestra tarea*.



Pese a la ocasional pesadez del lenguaje idealista decimonónico, he decidido respetar la longitud y la sintaxis de las oraciones casi en su totalidad, adaptándolas al estilo y las reglas de la lengua española, y con la salvedad de algunas frases en los que la inteligibilidad exigía separar los largos periodos de Jhering. Me ha animado a ello la pretensión de mantener con la mayor fidelidad posible el estilo todavía romántico e idealista de su pensamiento en esta fase. Por otra parte, se han decidido adjuntar algunas notas del traductor, en aquellos casos en los que había referencias implícitas que quizás no se entenderían de otro modo. Aunque he procurado no ser demasiado intrusivo, algunas veces me ha parecido necesario dar explicaciones algo extensas. Por último, no he traducido las breves notas al pie de página que Jhering añadió en versiones posteriores de este escrito, porque en su mayor parte están dedicadas a ampliar o actualizar la bibliografía citada por él mismo en ediciones anteriores.

Bibliografía

- BARBERIS, M. (2008), *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BESELER, G. (1843), *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. (2005), *Savigny y el historicismo jurídico*, Tecnos, Madrid.
- DEWEY, J. (2000), "La influencia del darwinismo en la filosofía", *La miseria de la epistemología. Ensayos de pragmatismo*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- DOYAL, L. y GOUGH, I. (1994), *Teoría de las necesidades humanas*, Economía Crítica, Barcelona-Madrid.
- DREIER, R. (1993), "Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft", en BEHREND, O. (ed.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Dr. Otto Schmidt, Köln.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993), *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia.
- FIKENTSCHER, W. (1976), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2012), "Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho", en *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, Núm. 3, pp. 13-43.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1979), "La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke", en *Id.*, *Estudios de filosofía del Derecho*, Publicaciones de la Universidad de La Laguna, Sta. Cruz de Tenerife.
- HECK, P. (1933), *Interessenjurisprudenz. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt am Main, gehalten am 15. Dezember 1932*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- HEGEL, G.W.F. (2001), *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid.
- HELLER, A. (1996), *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Paidós, Barcelona-México-Buenos Aires.
- HIRSCH, E.E. (1970), "Jhering als Reformator des Rechtsunterrichts (Die Jurisprudenz des täglichen Lebens)", en WIEACKER, F. y WOLLSCHLÄGER, C. (eds.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- HOFMEISTER, H. (1993), "Jhering in Wien", en BEHREND, O. (ed.), *Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17. 9. 1992*, Wallstein, Göttingen.

- JHERING, F. (1907), "Zur Gießener Wirksamkeit Rudolf von Jherings", en BIERMANN, J., *Briefe und Erinnerungen*, Verlag von H. W. Müller, Berlin.
- JHERING, R. von (1844), *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Breitkopf & Härtel, Leipzig.
- JHERING, R. von (1870), *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen (Zum akademischen Gebrauche bearbeitet und hrsg. von Rudolf Jhering)*, Mauke's Verlag, Jena.
- JHERING, R. von (1893), "Erinnerungen an Bismarck und Savigny", en FRANZOS, K.E., *Deutsche Dichtung*, Vol. 13, pp. 47-80.
- JHERING, R. von (1953), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 vols., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt.
- JHERING, R. von (1964), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- JHERING, R. von (1970), *Der Zweck im Recht*, Georg Olms, Hildesheim-New York.
- JHERING, R. von (1971), *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, Scientia, Aalen.
- JHERING, R. von (1981), "Friedrich Karl von Savigny", en *Gesammelte Aufsätze*, Vol. 2, Scientia Verlag, Aalen.
- JHERING, R. von (2002), *¿Es el Derecho una ciencia?*, Comares, Granada.
- KOHLER, J. (1915), "Rechtsphilosophie und Universalgeschichte", en KOHLER, J. y HOLTZENDORFF, F. (eds.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, Vol. 1, München/Leipzig/Berlin.
- KOLAKOWSKI, L. (1974), *La filosofía del positivismo*, Laterza, Roma-Bari.
- KOSCHAKER, P. (1966), *Europa und das römische Recht*, C. H. Beck, München/Berlin.
- KUNZE, M. (1993), "Rudolf von Jhering – ein Lebensbild", en BEHRENDT, O. (ed.), *Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17. 9. 1992*, Wallstein, Göttingen.
- LLOREDO, ALIX, L.M. (2011), "Un paralelismo entre las teorías de los principios y la jurisprudencia de conceptos: la ruptura del puente entre las fuentes del derecho y la sociedad civil", en BARRANCO, M.C., CELADOR, O. y VACAS, F. (coords.), *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Dykinson, Madrid.
- LLOREDO ALIX, L.M. (2012), *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid.
- LLOREDO ALIX, L.M. (2013), "La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos, sociales y culturales", en *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, Vol. 1, libro 2, Dykinson, Madrid.
- LOSANO, M.G. (1970), "Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering in una lettera inedita ad Heinrich von Treitschke", *Studi in memoria di Carlo Ascheri*, Argalia, Urbino.
- LOSANO, M.G. (1984), *Studien zu Jhering und Gerber*, Teil 2, Rolf Gremer, Ebelsbach.
- LOSANO, M.G. (2002), *Sistema e struttura nel diritto (Vol. 1). Dalle origini alla scuola storica*, Giuffré, Milano.
- MENGER, A. (1898), *El derecho civil y los pobres*, Victoriano Suárez, Madrid.
- MERKEL, A. (1893), "Jhering", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Gustav Fischer, Jena.
- MITTEIS, L. (1905), "Jhering", en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Vol. 50, Duncker & Humblot, Leipzig.
- MURPHY, M.C. (1995), "Was Hobbes a Legal Positivist?", *Ethics*, Núm. 105, pp. 846-873.
- NIPPERDEY, T. (1998), *Deutsche Geschichte. 1866-1918 (vol. I). Arbeitswelt und Bürgergeist*, C. H. Beck, München.



- OERTZEN, P. Von (1974), *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung der formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- POSADA, A.G. (1896), “Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering”, en IHERING, R. von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid.
- POUND, R. (2000), *Jurisprudence*, Vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey.
- RAISER, T. (2007), *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- RIPALDA, J.M. (1977), *La nación dividida. Raíces de un pensador burgués: G. W. F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1987), “Rudolf von Ihering”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, Vol. IV, pp. 249-270.
- ROSSI, P. (1975), *Positivismo e società industriale*, Loescher Editore, Torino.
- SHELLEY, M. (1999), *Frankenstein o el moderno Prometeo*, El Mundo, Madrid.
- SOTELO, I. (2010), *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid.
- RÜCKERT, J. (1984), *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Rolf Gremer, Ebelsbach.
- RÜCKERT, J. (2004), “Der Geist des Rechts in Jherings «Geist» und Jherings «Zweck» (Teil 1)”, *Rechtsgeschichte*, Núm. 5, pp. 128-149.
- STAMMLER, R. (s.f.), (1922) *Tratado de filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid.
- VILLACAÑAS, J.L. (2001), *Historia de la filosofía contemporánea*, Akal, Madrid.
- WEHLER, H.-A. (1972), “Einleitung”, en ROCHAU, A.L. von, *Grundsätze der Realpolitik, angewendet auf die staatliche Zustände Deutschlands*, Ullstein, Frankfurt a. M./Berlin/Wien.
- WELZEL, H. (1962), *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WIEACKER, F. (1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WIEACKER, F. (1968), *Rudolph von Jhering*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart.
- WIEACKER, F. (1973), “Jhering und der Darwinismus”, en PAULUS, DIEDERISCHEN, U. y CANARIS, C.-W., *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München.
- WILHELM, W. (1958), *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- WINKLER, H.A. (2007), “Ein Junker als Revolutionär. Zum 100. Todestag Otto von Bismarcks”, *Auf ewig in Hitlers Schatten? Anmerkungen zur deutschen Geschichte*, C. H. Beck, München.
- WINKLER, H.A. (2009), *Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München.
- ZWEIGERT, K. y SIEHER, K. (1971), “Jherings Influence on the Development of Comparative Legal Method”, *The American Journal of Comparative Law*, Núm. 19, pp. 215-231.



Nuestra tarea (1857)¹

Rudolf von Jhering²

En una época como la nuestra, tan sobrada de revistas jurídicas, es posible que ampliar el catálogo de éstas sea percibido por alguno como una empresa superficial e inútil. Este juicio estaría plenamente justificado si la nueva concurrente compartiera la tendencia de las revistas ya existentes. Sin embargo, por lo menos en lo que respecta a la superficialidad de nuestro propósito, dicho juicio debería retractarse en cuanto se mostrara, como intentaré hacer a continuación, que entre todas esas publicaciones periódicas no sólo ha quedado vacante un modesto rincón para que nosotros lo ocupemos, sino más bien un amplio espacio; un espacio más grande de lo que cabría esperar en un principio.

Hasta hace no mucho, todavía se pensaba que la tarea de la ciencia jurídica –así como la dicotomía evocada por ésta– podía resumirse en la fórmula “histórica” y “no histórica”. ¡Y cómo no iba a ser así! Hace algunas décadas, cuando los dos corifeos de la escuela histórica en los ámbitos del derecho romano y el derecho alemán, Savigny y Eichhorn, se pusieron de acuerdo entre sí, esta dicotomía era válida aun³. Sin embargo, desde que la orientación teórica por la que lucharon se convirtió rápidamente en dominante, y en un grado tal que dicha dicotomía ya no existe por ninguna parte, la tarea de la ciencia jurídica ha pasado a ser otra; una nueva oposición y una nueva lucha se dibujan ahora en el horizonte. Que algo nuevo se está preparando en la ciencia del derecho –esta percepción, quiero decir– solamente se le escapará a quien no considere en absoluto esta renovación como algo bueno. No quiero poner en discusión el hecho de que, hasta ahora, la novedad se ha manifestado a través de una aspiración casi siempre difusa, incluso de forma apresurada y vacilante, más que a través de aportaciones concretas: también en la ciencia suele ocurrir que, al llegar nuevas corrientes de viento, el polvo se arremolina causando un enorme revuelo. Ahora bien, por muchas personas que haya frotándose los ojos ante semejante fenómeno, debe consolarnos la convicción de que, al final, el polvo volverá a depositarse sobre la tierra, y de que un periodo de

¹ Traducción del alemán de Luis M. Lloredo Alix. Doctor en Filosofía del Derecho. Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.

² N. del T.: El título original es “Unsere Aufgabe”, una expresión que podría traducirse como “nuestra misión” o “nuestra tarea”. He optado por la segunda posibilidad, porque me parece que el talante del texto se acomoda mejor a la idea del trabajo cotidiano, pausado pero constante, que evoca la palabra “tarea”. El tono un tanto mesiánico del término “misión”, que también sería adecuado para un escrito programático como éste, se aleja del propósito que Jhering quería darle a la nueva ciencia jurídica.

³ N. del T.: Jhering se está refiriendo a la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Revista para la ciencia histórica del derecho)*, fundada en 1815 por el germanista Karl Friedrich Eichhorn y por el romanista Carl Friedrich von Savigny, para cuyo primer número Savigny escribió un célebre manifiesto, en el que propuso diferenciar entre la ciencia jurídica histórica y la no histórica. En su opinión, sólo la primera merecía la consideración de verdadera ciencia. Vid. SAVIGNY, F. C. von [1815], “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, en HATTENHAUER, H. (2002), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2ª ed., München, Franz Vahlen, pp. 201-205. Hay traducción española en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (1994), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31.

florecimiento puede ser de larga duración, al menos en la ciencia del derecho⁴. El siglo pasado también tuvo su periodo de auge en la ciencia jurídica; me refiero a la época de Thomasio, una era en la que los espíritus se agitaban vigorosamente, allí donde se creía glorioso y necesario, con la voluntad de romper con la tradición y de dejar paso libre a la “Ilustración”. ¡Qué superficialidad salió entonces a la luz! ¡Qué trivial y pobre era el propio Thomasio, pese a todas las profundísimas innovaciones que se anudan a su nombre en la vida y en la ciencia! ¡De qué modo se vanagloriaba entonces la impotencia y de qué forma aquél se erigió a sí mismo como el reformador que habría de marcar el camino! Y sin embargo, pese a la increíble suma de futilidad e insipidez que auspició dicha época –y en lo que superó a cualquier otra– se sembró la verdadera semilla que conduce hasta la actualidad. La legislación y la ciencia permanecieron todavía durante mucho tiempo bajo el influjo de este periodo; un influjo que no fue inmediatamente saludable, pero al que debemos imputar la existencia independiente de más de una rama de la ciencia jurídica.

Así pues, ¿qué es lo que se está fermentando y que apremia en este momento a nuestra ciencia? ¿Podemos ya expresarlo con claridad? ¿Podemos ya reconocer el objetivo que persigue el movimiento, aunque sea aún remoto, o todavía estamos condenados a andar a tientas? Yo creo que más bien lo primero, es decir, que el objetivo se puede ya definir en pocas palabras. En todas nuestras búsquedas y aspiraciones, por muy diversas que sean en todo lo demás, se eleva una fuerza motriz, una idea, según la cual la ciencia no está llamada a adoptar una mera conducta *receptiva* frente al material histórico, sino que debe llevar al derecho y a la profesión jurídica a una configuración *productiva* del mismo. Si tuviera que traducir en una fórmula la dicotomía que, a mi juicio, caracterizará de ahora en adelante nuestro trabajo, no podría hacerlo sino como una oposición entre la ciencia jurídica *receptiva* y la *productiva*⁵. Aunque la presente consideración únicamente tiene como objeto la dogmática, esta oposición no sólo se debe limitar a ella, sino que también atañe a la historia del derecho, por mucho que el nombre elegido pueda parecer menos adecuado para esta última.

En efecto, también en la historia del derecho se puede hablar de una conducta puramente receptiva ante el material histórico. Se trata de la actitud del historiador que se contenta con la forma en la que se suceden los acontecimientos histórico-jurídicos en el tiempo. Desde luego, así es como debe comenzar toda investigación histórico-jurídica y, cuando afirmo que el tratamiento de la historia del derecho por parte de la escuela histórica tiene fundamentalmente ese carácter, no pretendo emitir ningún reproche, sino que reconozco dicha restricción como plenamente justificada. Nadie mejor que yo mismo puede estar agradecido a esa forma de entender la historia del derecho, puesto que mi intento de desprenderme de ella en la obra citada [el *Espíritu del derecho romano*], sólo es concebible desde la sólida base que la historia del derecho había adquirido gracias a tal orientación. Sin embargo, también creo que lo que era conveniente para ella ya no lo es para nosotros. Es más, tengo la convicción de que, después de que la escuela histórica

⁴ Un crítico de mi *Espíritu del derecho romano* procedente de Leipzig (Kunze), que coincide conmigo en la percepción de que se avecina una nueva época para la ciencia jurídica, incluso llega a vislumbrar, en lugar del mero viento con el que yo me conformo, una auténtica tormenta. Este autor ha definido una clase propia de “aves de tormenta”, entre las que ha tenido la bondad de alinearme. Desde la aparición de su libro sobre la obligación, sobre el que volveré más adelante, la necesidad de organizar una reunión de aves civilísticas de este género se me ha revelado con claridad. Sin embargo, al mismo tiempo, entiendo que no tengo suficientes derechos para hacerme acreedor del honor de pertenecer a dicha clase. Por ello, le cedo a él mi puesto, con la propuesta de que lo asuma él mismo.

⁵ N. del T.: Jhering utiliza numerosos subrayados a lo largo del texto. Aunque ya se verá que a veces pueden resultar abusivos, he decidido respetarlos todos, reflejándolos en letra cursiva.

hubo concluido su tarea en lo esencial, la ciencia nos ha echado a las espaldas un nuevo problema. Ya me he pronunciado sobre ello en la obra mencionada y también he tratado de aportar mi grano de arena a la solución del mismo, de manera que quizá basten sólo algunas palabras al respecto.

El Evangelio de la historia del derecho del futuro consiste en el principio de que, detrás de lo que se manifiesta en el desarrollo histórico del derecho como hecho externo, detrás de las concreciones histórico-jurídicas, se esconde otro pedazo de la historia del derecho —la mejor parte, por cierto— que, sin embargo, queda más o menos oculta para el contemporáneo por su excesiva proximidad, y que sólo es plenamente perceptible para quien la observa desde lejos. Los testimonios de los contemporáneos, los códigos y las descripciones científicas del derecho no contienen absolutamente nada de este elemento abstracto de la historia del derecho, pero sí nos ofrecen la posibilidad de extraerlo. Del mismo modo que el naturalista utiliza los vestigios fósiles de épocas pretéritas, que le proporcionarán discursos y respuestas para interrogantes sobre los que no dicen nada de forma inmediata; del mismo modo que el más pequeño fragmento le conduce a menudo a conclusiones esenciales, sugiriéndole un solo hueso el animal completo, y revelándole un diente su sistema nutricional; del mismo modo, digo, sucede con los vestigios de una época pretérita en la historia del derecho. Por expresarlo de forma paradójica, si antes se tendía a juzgar el valor de las descripciones y los descubrimientos histórico-jurídicos en función de su adecuación a las fuentes, los logros de la nueva orientación deberán medirse, al contrario, sobre la base de su *no adecuación a las fuentes*. Así mismo, los descubrimientos histórico-jurídicos más importantes del futuro consistirán en principios e ideas que ningún jurista romano emitió jamás. En este sentido, también en la historia del derecho se puede hablar de una actividad *productiva*. Porque, si lo que buscamos es algo objetivamente histórico, su descubrimiento equivale a una obra, a una producción del sujeto. En efecto, ni las abstracciones que éste se siente impelido a elaborar, ni las tendencias y las ideas rectoras que éste identifica en el desenvolvimiento de la historia, ni las grandes concepciones nacionales a las que éste reconduce las proposiciones jurídicas individuales, ni toda esa materia abstracta que acompaña al historiador, en síntesis, es perceptible como tal en la tradición. A través de un método de este género, llámese como se llame, la ciencia no busca rehuir el material concreto, sino que, al contrario, lo conduce a un grado mucho más elevado de lo que era posible con el método meramente receptivo. Y es que muchas cosas que, para este último método, resultaban baladíes y no merecían ser destacadas, adquieren un valor inesperado para el método productivo, pues en ellas se refleja algo más alto y en apariencia invisible.

Ahora bien, de orientarse a lo más alto sólo pueden jactarse aquellas tentativas que también valoren y atiendan a lo más pequeño: quien no escudriñe e investigue en lo más pequeño, nunca encontrará lo que busca. Por eso, me parece que para poder juzgar cualquier obra que quiera caminar en esta dirección —e incluyo aquí la mía— el baremo más plenamente justificado, la prueba decisiva, consiste en ponderar hasta qué punto el autor ha conseguido reutilizar científicamente todas esas pequeñas astillas y fragmentos que hasta ahora se abandonaban en el camino por considerarlas inútiles. Por lo tanto, las dificultades de reconstrucción no quedan mermadas con este método, sino que más bien aumentan. Porque a la materia, que permanece idéntica, y a la reconstrucción histórico-concreta que se venía practicando hasta ahora, se añade ahora una tarea inigualablemente más difícil e intensiva: la elaboración abstracta de la misma. Quien no se sumerja con total seriedad en la materia cuyo interior pretende desvelar, con toda su pasión y su entrega, poniendo a disposición del tiempo su sentimiento y pensamiento por completo, conjurará sin éxito a los espíritus del pasado y sólo se le



revelarán los productos de su propia fantasía. Pero éste es, de hecho, el aspecto desventajoso de este método, a saber, que la frivolidad y la pereza tratarán de penetrar en él mucho más de lo que se atreverían con el método receptivo. En efecto, esta invocación de espíritus tiene un atractivo tan seductor y, para aquél que no encuentra gusto en el trabajo duro, parece tan apropiada para lanzarse a la producción literaria sin estudios, sin conocimientos y sin esfuerzos, que no me sorprendería nada si las naturalezas superficiales hallaran en dicho método el mayor de los placeres. Y tampoco me extrañaría si esta rama de la ciencia se convirtiera en un vertedero de la peor literatura, tal y como un esperanzador comienzo parece estar adelantando ya: producciones de un único día que, apenas salir a la luz, ya han caído de nuevo en el olvido. Por supuesto, el peligro para la ciencia no es grande, ya que no hay nada contra lo que el hartazgo y la repugnancia moral reaccionen más rápido, que contra el pseudodestilado del “espíritu”, contra el garrafón científico. Espero que el momento de la crítica que, como parece, no ha encontrado todavía el baremo para la valoración de este tipo de artículos, pueda llegar pronto y dar lugar a una energía y una agudeza, que en ningún lugar mejor que aquí hallarán su sitio.

Me dirigiré ahora al objeto real de las consideraciones anteriores: la dogmática. Para ésta, la oposición entre ciencia jurídica receptiva y productiva se adapta en un grado muchísimo mayor que para el método de la historia del derecho analizado hasta ahora, porque sólo en su ámbito se puede hablar de producciones jurídicas reales. En primer lugar, trataré de exponer esta oposición sin aludir en ningún momento a nuestra ciencia jurídica actual y, a continuación, podrá plantearse la pregunta de cómo se comporta ésta en relación con la citada dicotomía.

El comienzo de cualquier reconstrucción científica del derecho se caracteriza por conectarse de inmediato con la forma en la que éste se manifiesta en la ley, es decir, por una actitud meramente receptiva ante las fuentes. La interpretación de las leyes es el nivel absolutamente más bajo de toda la actividad científica, pero al mismo tiempo es el estadio preliminar necesario para desarrollar la más alta. La finalidad declarada de ésta es constreñirse a la voluntad del legislador. Todo lo que la interpretación encuentra está mediata o inmediatamente contenido en la ley; aquí no se da ninguna transformación *interna* del material jurídico, porque éste mantiene intacto el carácter que lleva consigo en la ley: el de las proposiciones jurídicas, las reglas jurídicas y los principios jurídicos. Ahora bien, en el ámbito de la interpretación no sólo cabe la exposición del contenido *inmediato* de la ley, sino también la extracción del *mediato*, es decir, la deducción del *principio* a partir de las decisiones particulares que están dadas en la ley y, a la inversa, el desarrollo de las *consecuencias* que se derivan del principio así construido. En suma: el ascenso y descenso lógico dentro de la ley.

La *producción* jurídica va, en parte, más allá de este material, puesto que genera una materia absolutamente nueva (lo que se ha denominado deducción de la naturaleza de las cosas también podría llamarse especulación jurídica), pero en parte se limita al material original. En todo caso, opera con este material de tal forma, que no se puede negar la existencia de una actividad reconfiguradora y, por tanto, productiva. Respecto a si la extensión analógica de la ley, en el sentido en el que habitualmente la definimos, puede considerarse desde este punto de vista, lo dejo al criterio del lector; desde luego, en el sentido en el que precisaré su concepto a continuación, no puede haber ninguna duda de que así es.

Diferenciaré entre ciencia jurídica superior e inferior⁶, entre un estado superior y un estado inferior de agregación del derecho⁷. La forma de manifestación más común con la que el derecho aparece en la realidad es la *regla* jurídica; si ésta es más general, se suele emplear la expresión de *principio* jurídico y, si es más especial y restringida, la expresión más habitual es *proposición* jurídica. Que la regla asuma *exteriormente* la forma imperativa, es del todo indiferente a este respecto, porque la imperatividad depende del objeto. Todas las operaciones de la ciencia jurídica que dejan intacta a la materia jurídica en estas formas primigenias e inmediatamente prácticas, que no van más allá de las proposiciones y los principios jurídicos, tanto si éstos han sido deducidos como si se trata de los mismos dados por el legislador, deben contarse como parte de la de la ciencia jurídica inferior.

La oposición entre la ciencia jurídica superior e inferior puede concretarse como la oposición entre el *concepto* jurídico y la *regla* jurídica, y el tránsito del derecho desde el estado de agregación inferior hasta el superior lo proporciona la *construcción jurídica*, al elevar la materia bruta dada hasta el nivel conceptual. La transformación que así tiene lugar consiste, *negativamente*, en despojar a la materia de su forma inmediatamente práctica e imperativa y, *positivamente*, en darle a ésta la forma de un *cuerpo jurídico*. Así, la suma total del derecho ya no se presenta como un *sistema de proposiciones e ideas*, sino como una esencia de *existencias* jurídicas, de *potencias*. Debemos representarnos al cuerpo jurídico como el elemento jurídico más sencillo y más natural. Cada uno de estos cuerpos tiene su forma, su naturaleza y sus propiedades particulares, mediante las cuales es capaz de producir determinados efectos. Así pues, nuestra tarea respecto a él adquiere el carácter de una *investigación histórico-natural*. Esto quiere decir que tenemos que averiguar sus propiedades y sus fuerzas; indicar la forma en la que nace y muere, las circunstancias y los estados en los que puede entrar, la influencia que sufre en dichos procesos y las metamorfosis que puede experimentar; tenemos que describir sus relaciones con otros cuerpos jurídicos, los vínculos que establece con ellos, los conflictos a los que se ve abocado con sus semejantes; y así, sobre la base de todas las indagaciones precedentes, tenemos que aprehender su naturaleza y su individualidad jurídica en un concepto, a modo de un punto focal de orden lógico; por último, al igual que el naturalista clasifica los objetos histórico-naturales, tendremos que ordenar todos los cuerpos jurídicos en un sistema. Aquí se aúnan las tareas de una investigación histórico-natural con las de una creación artística. En efecto, somos nosotros mismos quienes, en primera instancia, debemos formar y crear los objetos cuya naturaleza y esencia tenemos que determinar. Por supuesto, la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación: porque no se trata sólo de colocar la materia en un *orden* distinto, sino de configurarla. Sobre la base de qué consideraciones y puntos de vista hacemos esto, qué artificios y recursos empleamos, qué requisitos previos hacen falta y, en síntesis, cuáles son las *leyes de la construcción jurídica*, creo poder pasar por alto en esta sede, puesto que ya he tratado de ello en la obra citada y porque no está necesariamente vinculado con el fin del presente ensayo. En cambio, no puedo dejar de destacar, aunque sea con brevedad, el enorme significado de la configuración jurídica del material legal.

El interés de la construcción jurídica no es solamente científico –si es que acaso queremos plantear una antítesis entre lo científico y lo práctico– sino

⁶ N. del T.: las traducciones tradicionales de Jhering suelen hablar de jurisprudencia inferior y superior. En la presente versión se ha optado por traducir “Jurisprudenz” por ciencia jurídica, dado que la palabra jurisprudencia tiene en el castellano actual otro significado más preciso.

⁷ Ya he aludido a esta teoría en la introducción a mi libro sobre el *Espíritu del derecho romano* (vol. 1, p. 26 y ss.); una aproximación más detallada puede verse en la sección sobre la técnica de la ciencia jurídica romana (vol. 2, parte 2).



extremadamente práctico. En efecto, al otorgarle una forma a la materia original, se facilita muchísimo el manejo subjetivo de la misma, lo que resulta de extraordinaria ayuda para la aplicación del derecho. El alivio consiste en que la configuración plástica de la materia que se consigue mediante este procedimiento, hace que la materia misma se vuelva accesible a la *intuición jurídica*, y descarga así a la memoria del ingente esfuerzo de empaparse mecánicamente de una suma de concreciones positivas particulares⁸. El elemento blando y moldeable de las proposiciones jurídicas, que no ofrecía ningún punto firme de apoyo para la interpretación, ha adquirido así una forma sólida, se ha fijado en el esqueleto, en el andamio dispuesto por el concepto. Así es como este conjunto, partiendo de una masa de singularidades, se ha convertido en una única y exclusiva totalidad: nuestro cuerpo jurídico. Las proposiciones jurídicas individuales figuran ahora como líneas y puntos particulares en el cuadro que nuestra representación se hace del objeto; encuentran su sostén en la representación total, mientras que ésta, a su vez, encuentra su último punto de referencia en el concepto: el fundamento lógico del objeto, que devuelve reflejados los lineamientos esenciales del mismo.

Gracias a esta plástica del derecho, hay otra necesidad que queda satisfecha –aquí residiría el segundo provecho de la construcción jurídica– y que, pese a que no se suele hablar de ella habitualmente, en realidad es una de las cuestiones más importantes de toda ciencia del derecho. Me gustaría llamarla motivo *estético-jurídico*. Puede sonar paradójico hablar de un *sentido artístico jurídico*, pero no es posible calificarlo de otro modo, pues no hay otra expresión que sirva para dar cuenta de lo que ocurre. Si queremos convencernos de la existencia y el poder de este sentido, basta mirar a nuestro alrededor. No quiero reenviar a la ciencia jurídica romana, que lo tenía ya desde la propia cuna: sus primeros logros, las más extrañas figuras de la época antigua, no son sino producto de este sentido artístico; no hablemos ya del derecho tardío del periodo clásico. Pero prefiero limitarme a la ciencia jurídica actual. El derecho romano le debe a su recepción, en particular, que se preservara este sentido jurídico. ¿Y en qué, si no, habría de basarse la fuerza de atracción que todavía hoy ejerce este derecho sobre cualquier jurista? No se trata aquí del atractivo de una lógica y una consecuencia meramente formales, sino de la creación de un mundo de materia puramente espiritual, una réplica de la naturaleza en la sustancia del pensamiento. Este mundo es el verdadero hogar del jurista, hacia él se ha sentido siempre atraído y, desde los primeros compases de la ciencia del derecho, se ha tenido la vocación de recrearlo y perfeccionarlo. En este mundo radica la emoción que el jurista puede llegar a sentir por su ciencia y, si logra adentrarse en él, podrá alcanzar una altura que, para alguien que no sea jurista, que no tenga ni la más mínima idea de la existencia de esta creación artística ideal, que se eleva por encima del mundo inferior y sustancial de la materia positiva, seguramente será un misterio. En verdad, el logro de dicha altura tampoco tendría sentido si el jurista se viera condenado a vagar en esas regiones inferiores y, por lo tanto, no pudiera descubrir hasta qué nivel de la creación artística es capaz de alzarse la ciencia jurídica. Sin pasión nada florece, pero la pasión del jurista por su disciplina, tanto si se considera práctico como teórico, estriba precisamente en el elemento artístico del derecho, en la elevación y la espiritualización de la materia – una vez alcanzado el estatus humano– a formas ideales; en las maravillas de este mundo superior, de las que el jurista ni siquiera tiene que ser consciente para quedar poderosamente prendado; en el orden y la armonía, en la simplicidad y la belleza que reinan en él; en la segura decantación de las masas de pensamientos y en la precisión de sus formas; en la seguridad con la que el jurista puede pasearse entre dichas masas; en definitiva, en la riqueza inagotable que se manifiesta por

⁸ La simplificación de la materia jurídica a través de la concentración lógica, de la que ya he tratado en la obra señalada antes, no es exclusiva del tratamiento histórico-natural del derecho.

doquier, allá donde éste se adentra un poco más a fondo. Si pudiéramos abrir este mundo al profano, si éste tuviese el ojo preparado para percibirlo, le atraparía un sentimiento de admiración y de respeto hacia la ciencia jurídica, en vez de la opinión desdeñosa respecto a su valor científico⁹. Vería con claridad que una profundización en ese mundo no es en realidad un trabajo, sino un auténtico goce; un goce que, además, puede colmar el alma y la vida enteras de la persona más exigente.

Ahora bien, ¿no estaré idealizando las cosas? Admito que, para la elaboración de esta imagen de la ciencia del derecho, no estaba pensando en esos colegas de profesión que nunca han llegado a acceder a dicho mundo, ni en la universidad ni después, porque su sentido sólo ha podido quedarse en el nivel inferior. Pero tampoco he construido esta imagen pensando sólo en mí mismo, que tuve la fortuna de que mi profesión me dejara entrar en él. Sería muy malo para la ciencia jurídica que solamente el estudio teórico permitiera hacer aflorar el ambiente y la pasión que he descrito. Así que, para comprobar la veracidad de mi concepción, invito al práctico ejerciente, con total confianza, a que emita su juicio al respecto. Estoy convencido de que sólo he *expresado* lo que él mismo ya ha *sentido*.

Todo lo dicho hasta ahora ya sería correcto por sí mismo, si el valor de la ciencia jurídica superior o de la consideración histórico-natural del derecho consistiera tan sólo en dar a la materia positiva original su correspondiente forma jurídica. Pero junto a esta actividad especificadora, hay que añadir otra más, que sólo puede tener lugar a partir de este elevado punto de partida: una actividad puramente *productiva*. La ciencia jurídica superior no es sólo una *constructora* de la materia, sino también una *creadora*; y lo es, porque sólo ella puede producir nueva materia con seguridad y consciencia. La única operación en la que también puede *parecer* que la ciencia jurídica inferior lleva a cabo una actividad productiva –porque al menos se distancia de su objeto: la voluntad del legislador– es la interpretación analógica. Pero tampoco ésta se concibe adecuadamente, ni se desarrolla con seguridad, desde el punto de vista de la ciencia jurídica inferior. En efecto, cuando sólo se conocen proposiciones jurídicas y sólo se opera con ellas, ¿cómo puede entenderse que una de estas proposiciones, ideada por el legislador para una única situación concreta, se predique respecto de otra? ¿Por necesidad? Pero, si el legislador no ha reconocido tal necesidad, ¿con qué fundamento podemos hacerlo nosotros? ¿Sobre la base de la identidad de razón? Pero, ¿qué es la identidad de razón? Además, ¿a dónde conduciría esta forma de operar! Desde ese punto de vista, la interpretación analógica podría *manipularse* bajo pretexto de precisar su significado correcto con base en el sentido común o en sentimientos intuitivos, pero no podría *comprenderse*. Esto sólo es posible desde nuestro punto de vista, que además facilita su definición: la interpretación analógica no es sino la respuesta a la

⁹ N. del T.: Jhering está aludiendo implícitamente a la polémica que se produjo en Alemania a raíz de la conferencia del fiscal prusiano Julius von Kirchmann, en cuya opinión la “jurisprudencia” no merecía el calificativo de ciencia. Vid. KIRCHMANN, J. von (1848), *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag*, Berlin, Julius Springer. Reimpresión (1990), ed. por Hermann Klenner y con un apéndice, en Freiburg/Berlin, Rudolf Haufe. El apéndice preparado por Klenner incluye la respuesta de Friedrich Julius Stahl, otro de los miembros destacados de la escuela histórica, e importante representante del principio monárquico en la historia del derecho público: STAHL, F. J. (1848), *Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Janus. Como deja anotado Klenner en su edición crítica, la contestación de Stahl es sólo una de las muchas que surgieron en aquellos años. Tiempo después, el propio Jhering daría una célebre conferencia sobre el problema de la ciencia jurídica, publicada en JHERING, R. von (1868), *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, reeditada con anotaciones y un estudio preliminar de Okko Behrends (1998), Göttingen, Wallstein. Hay traducción española de los textos de Kirchmann y de Jhering: KIRCHMANN, J. von (1949), *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. y escrito preliminar de A. Truyol y Serra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos; JHERING, R. von, *¿Es el derecho una ciencia?* (2002), trad. y estudio preliminar de F. Fernández Crehuet, Granada, Comares.



pregunta de si una proposición jurídica, que primero surgió en la historia de forma aislada, pertenece al género o a la especie. La proposición jurídica *dolus pro possessione est* fue declarada con motivo de una decisión del Senado acerca de la *hereditatis petitio*. Es sabido que los juristas romanos no sólo aplicaban ese precepto para todas las *rem actiones*, sino también en acciones que se interponían contra el poseedor en cuanto tal. ¿En qué se basaba esta extensión? La *hereditatis petitio* es una de las acciones que se pueden interponer contra el poseedor en tanto que tal, y hay veces en las que se comporta como una especie, pero también hay otras en las que su funcionamiento es común al de todo el género. De manera que, cuando dicha proposición jurídica fue declarada en el marco de la *hereditatis petitio*, los juristas romanos tuvieron que preguntarse: ¿pertenece la *dolus pro possessione* a una u otra faceta de la *hereditatis petitio*? ¿Tiene su fundamento en su naturaleza específica como *hereditatis petitio*, o bien en su naturaleza en tanto que acción contra el poseedor? Una vez planteada así la pregunta, la respuesta no podía ser dudosa.

De acuerdo con esto, la interpretación analógica pertenece a la ciencia jurídica superior, porque presupone la concepción histórico-natural del derecho y porque exige un claro posicionamiento respecto a si tratamos con conceptos genéricos o específicos, así como una distinción de lo que es común al género y lo que es propio de la especie. Pero la ventaja de esta última operación no se limita en modo alguno a la interpretación analógica. Cuando el concepto genérico ha sido definido y construido como es debido, no sólo habremos logrado una herramienta jurídica permanentemente dispuesta para las especies ya existentes, sino también para las que surjan en el futuro. Esta es la razón por la que una ciencia jurídica madura nunca habrá de temer un déficit absoluto de proposiciones jurídicas. En efecto, por muy insólitas y desviadas que sean las formas en que se presente la sociedad del futuro, la preocupación de que pueda traernos algo absolutamente nuevo, es decir, algo que no encaje en alguno de los conceptos acuñados hasta ahora, es una preocupación tan infundada como la de creer que aún hoy se pueden descubrir nuevos animales que no encuentren cobijo en el sistema zoológico de la ciencia contemporánea. Una ciencia del derecho que trabaja desde hace siglos ya ha descubierto las formas esenciales o los tipos esenciales del mundo jurídico, y dentro de ellos discurrirá también cualquier evolución futura, por mucho que diverja en el resto de lo hasta ahora conocido: una ciencia jurídica madura ya no permite que la historia nos ponga en apuros.

Me quiero dirigir ahora a la actividad propiamente creadora de la ciencia jurídica superior. Cada página de las fuentes romanas del derecho nos ofrece la oportunidad de convencernos de ello. ¡Cuántas doctrinas existen –que no son más que un producto de la ciencia jurídica romana– para las que la ciencia del derecho, una vez desasida del punto de referencia de la ley, se ha consagrado a la investigación de la naturaleza de las cosas partiendo únicamente de sí misma, o sea, abriéndose a su necesidad interna! ¿De dónde proceden el derecho de acrecencia y las doctrinas de la especificación, de la accesión, del *dies*, de la condicionalidad, de la nulidad o de la anulabilidad? Una pieza maestra, en este sentido, es la doctrina de la divisibilidad y la indivisibilidad de los derechos. Por su finura y por el arte con el que fue elaborada, podríamos considerarla como un trabajo de filigrana civilístico. Ninguna ley había rozado o decidido siquiera una de las cuestiones que aquí acabo de mencionar. La masa entera de material jurídico que aquí se ha citado (téngase en cuenta que dichas doctrinas se han extendido a todo el ámbito jurídico y las innumerables cuestiones prácticas a las que se han trasladado, desde las servidumbres hasta el derecho de obligaciones o el derecho prendario, entre tantas otras) no es sino una creación de la ciencia jurídica romana,

alcanzada con el único apoyo de una consideración histórico-natural del derecho. La ciencia jurídica no ha asumido y resuelto sus problemas de forma distinta a como la ciencia natural se ha planteado, por ejemplo, la pregunta del peso específico de los cuerpos. Lo que ha hecho, en efecto, es desagregar todos y cada uno de los cuerpos jurídicos, comprobar las consecuencias que esta desagregación produce en ellos y, sobre la base de todos esos ensayos, obtener una teoría de la posibilidad y las consecuencias de una división de los cuerpos jurídicos. También aquí es pertinente la comparación con las ciencias naturales, en el sentido de que no fue ningún objetivo práctico inmediato —o por lo menos no fue el único— el que motivó y presidió la investigación, sino que se trataba de un interés puramente científico que animaba al investigador, ávido de descubrimientos, a proseguir su tarea. Pero, del mismo modo que los descubrimientos de las ciencias naturales, también los de la ciencia jurídica terminan siendo de utilidad para la vida. Desde luego, no de manera *inmediata* y no en *esa* forma. Es posible que algunas de las proposiciones jurídicas descubiertas permanezcan inutilizadas durante un siglo entero, antes de que se dé el primer caso en el que puedan aplicarse, y es posible que jamás aspiren a un valor inmediatamente práctico, pero prestan su servicio haciendo las veces de puente para otras, o llevando, soportando y completando a otras. E incluso en el caso de que una proposición jurídica no pudiera brindar ningún provecho, ahí estará *por sí misma*, existiendo, porque *no puede no existir* y porque la ciencia del derecho no sería ciencia del derecho, ni tampoco podría cumplir su finalidad práctica, si sólo se empeñara en buscar lo inmediatamente práctico. Ésta es otra de las buenas lecciones que la ciencia jurídica romana nos ha legado: que la ciencia, *para ser verdaderamente práctica, no puede limitarse a lo práctico*.

Al igual que no ignoro el beneficioso influjo que la necesidad práctica puede ejercer en el progreso de la ciencia, también sé, por mi propia y escasa experiencia, que a menudo un caso real, al suscitar una pregunta nunca antes planteada, nos abre las puertas a nuevos aspectos de la relación jurídica y, por lo tanto, impulsa enormemente a la teoría. Pero, por otro lado, nunca insistiré bastante en que el tratamiento histórico-natural del derecho posibilita que la ciencia se adelante con sus respuestas a las preguntas de la praxis, ahorrándonos así el fatigoso destino de avanzar únicamente a través de la práctica y, por así decir, de ir siempre renqueando tras de ella. No es la fantasía, que imagina extraños casos nunca antes conocidos, quien ha de guiarnos a nuevas preguntas y proposiciones jurídicas, sino que es la fuerza propulsora del pensamiento, la dialéctica interna de la relación jurídica, quien nos apremia y nos impulsa hacia delante, llevando así a nuevos descubrimientos. Esta dialéctica nos revela las relaciones y los aspectos más remotos y ocultos de la relación jurídica y, si hay una ciencia práctica en la que el espíritu humano está preparado para el inmenso placer de zambullirse en el mundo del pensamiento, *dependiendo únicamente de sí mismo*, y de volver de él cargado de ricos tesoros, ésta es la ciencia del derecho. Se trata de la única ciencia práctica en la que el talento especulativo puede valorarse en su justa medida, la única rama del conocimiento humano en la que el método dialéctico y la fuerza propulsora del concepto se vuelven verdaderos en cualquier circunstancia. Sólo un ignorante podría sonreírse si la ciencia del derecho —y no me refiero con esto a la filosofía jurídica, sino a esa disciplina práctica que los filósofos han solido mirar por encima del hombro: la dogmática jurídica— fuese catalogada como *filosofía*, tal y como hizo Ulpiano en el I. 1 § 1 de J. et J. (1. 1.)¹⁰. No puedo reprimir la necesidad de decir

¹⁰ N. del T.: Jhering se refiere a la célebre definición de Ulpiano en el *Digesto*, según la cual el derecho es “la técnica de lo bueno y de lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y



que la filosofía jurídica actual, al igual que el viejo derecho natural, no puede ni de lejos compararse con la dogmática respecto a su aplomo filosófico; y la razón por la que el auge de la ciencia jurídica de nuestro siglo coincidió con un decidido rechazo del derecho natural, y por la que también la filosofía jurídica contemporánea disfruta de una tan pobre resonancia, no se encuentra en el hecho de que contengan un excesivo peso filosófico, sino que éste es demasiado escaso. No ha sabido introducirnos en el organismo espiritual del mundo jurídico real, mostrarnos los procesos que en él se dan y esclarecernos las leyes que lo gobiernan. Precisamente porque nuestras necesidades filosóficas se encuentran plenamente satisfechas en la dogmática del derecho romano, tal y como éste es manejado hoy en día, la filosofía jurídica tiene un estado tan lamentable. Bajo la impresión de este espíritu filosófico que emana del derecho romano, fue como Leibniz emitió su famoso y manido juicio acerca del derecho romano¹¹, y bajo esta misma impresión fue como la Edad Media lo caracterizó como *ratio scripta*, como la razón revelada en el ámbito jurídico.

Valga todo lo anterior como respuesta a la pregunta sobre el valor práctico de la ciencia jurídica superior. Aparentemente, al practicar una investigación histórico-jurídica del derecho, su importancia sólo reside en su interés científico y el profano valorará las ventajas prácticas de interpretar correctamente una ley, mucho más que una definición precisa, que una construcción acertada de una relación jurídica, o que la solución de una cuestión puramente sistemática. En efecto, él ni siquiera vislumbra la enorme frecuencia con la que, detrás de la forma teórica externa, se esconde un contenido práctico infinitamente más rico. E incluso hay que soportar escuchar, en no pocas ocasiones, que los propios juristas describan ese tipo de investigaciones como ociosas, quisquillosas, etcétera. Precisamente esta última experiencia es la que me ha movido a subrayar de forma tan insistente el valor práctico del método histórico-natural: porque me parecía necesario poner nuestra revista –que justamente se ha marcado la tarea de aportar algo en el sentido de este método– a resguardo del gravoso prejuicio de que está orientada en una dirección poco práctica.

Me dirigiré ahora a la segunda cuestión anunciada arriba, a saber, la pregunta de cómo se comporta nuestra ciencia actual en relación con el tema de la ciencia jurídica superior e inferior.

Para responder a esto, tenemos que diferenciar el derecho romano del derecho alemán. Mientras que el método histórico natural –llamémoslo método jurídico a partir de ahora– todavía es muy reciente en el dominio del derecho alemán y no puede apenas retrotraerse más allá de los nombres de Gerber y Thöl¹², el

no simulada filosofía”. He extraído la traducción de GARCÍA GARRIDO, M. J. (2000), *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, p. 191.

¹¹ Epist. ad H. E. Kestnerum, epist. 15: “Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jure consultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis – Nec uspiam juris naturalis praeclare exculi uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus sive ex majorum traditis sive ob leges novas, ipsae consequentiae ex nova hypothesis aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur”. N. del T.: la traducción de la primera parte de este escrito reza así: “he dicho muchas veces que después de los escritos de los geómetras nada hay que pueda compararse con la fuerza y sutileza de los escritos de los jurisconsultos romanos: no sólo tienen nervio sino también profundidad”. Traducción de MARTÍNEZ TAPIA, R. (1996), “Leibniz y la ciencia jurídica”, en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 14, pp. 149-176. Cita en p. 165.

¹² N. del T.: a lo largo del siglo XIX, con el surgimiento del nacionalismo, se produce en Alemania una escisión entre los juristas que siguen trabajando sobre la base del derecho romano (en realidad ya derecho común) y los juristas que optan por dedicarse a un trabajo de recopilación, ordenación y comentario del derecho germánico tradicional. Mientras que Savigny, Jhering, Puchta o Windscheid eran romanistas, Eichhorn, Gerber, Beseler o Gierke eran germanistas. Más allá de la obvia diferencia

derecho romano nos ha sido transmitido en una forma jurídica tan acabada, que más bien deberíamos preguntarnos si todavía queda algo por hacer. Limitémonos primero a esta cuestión. Que la elaboración científica del derecho romano jamás hubiera sido posible con auténtico genio jurídico en otra rama, no debería sorprendernos en absoluto. Este genio se ha activado y objetivado en el derecho romano de una forma tan extraordinaria, que ni siquiera la estulticia y la incapacidad jurídica de las épocas subsiguientes pudo arrebatárle este carácter. Y sin embargo, no podemos ocultar que la moderna ciencia jurídica, pese a toda su dedicación al derecho romano, no ha podido extraer lo mejor que éste posee junto al método jurídico: ha explotado el modelo de la auténtica fuerza creativa del derecho en un grado infinitamente menor de lo que podría y debería haber hecho. La actividad receptiva, a la que fue empujada para la reconstrucción del derecho romano, no era en absoluto propicia para la capacidad *productiva* y entorpeció a ésta de tal manera, que la ciencia jurídica ni siquiera llegó a pensar que el derecho autóctono y, en algunos puntos, incluso el derecho romano, pudieran dar pie a esa misma actividad jurídica *conformadora*, cuyos resultados y éxitos veía pasar diariamente ante sus ojos. No se dio cuenta, en efecto, de que la mera reconstrucción del derecho romano no bastaba, corroborándose así aquella acertada apreciación, según la cual una época que no crea nada por sí misma tampoco es capaz de penetrar en el espíritu de las creaciones de una época pasada.

Si es verdad que, frente a lo anterior, la ciencia actual puede enorgullecerse de haber reavivado el espíritu de la ciencia jurídica romana, también lo es que no puede hacerlo sin reconocerle a Savigny el honor y el mérito por ello. No creo que cometamos ninguna injusticia si radicamos los méritos de este gran hombre –que, en mi opinión, ha marcado una época en la historia de la ciencia del derecho en mucha mayor medida que el mismo Cuyacio– fundamentalmente en el hecho de haber resucitado la investigación histórica del derecho romano. Aunque valoro mucho la historia del derecho, y aunque no cabría esperar de mí una devaluación de la misma, debo refutar enérgicamente que la transformación producida desde que Savigny entró en escena sea atribuible al auge de la historia del derecho. Las más eruditas investigaciones histórico-jurídicas de otras épocas, como las de la escuela holandesa, no han favorecido en nada a la verdadera comprensión del derecho romano –no me refiero con esto al histórico, sino al jurídico¹³–; de hecho, probablemente han tendido más a oprimir y marginar al espíritu jurídico, el único capaz de dicha comprensión, que a avivarlo y espolearlo. Me confieso tentado por la atrevida opinión de que un verdadero jurista, por muy deficiente que sea su formación histórico-jurídica, comprenderá el derecho romano, a grandes rasgos,

respecto del objeto de estudio, los germanistas eran globalmente más proclives al nacionalismo, al filoprusianismo y a un cierto progresismo. De ahí que el código civil alemán de 1900, cuyo máximo inspirador fue Windscheid, tuviera una impronta conservadora, y que Gierke desarrollara una dura crítica contra el mismo. No obstante, es necesario analizar autor por autor para poder verificar dicha tendencia general. Por otra parte, la oposición entre germanistas y romanistas no siempre fue virulenta. A Gerber y Jhering, por ejemplo, debemos la paternidad de la revista cuyo prólogo ofrecemos aquí, y a Savigny y Eichhorn debemos la fundación de la más antigua *Revista para la ciencia histórica del derecho*. Vid. al respecto LOSANO, M. G. (1984), *Studien zu Jhering und Gerber*, Ebelsbach, Rolf Gremer, pp. 33-52.

¹³ N. del T.: esta precisión debe entenderse como manifestación de una distinción muy característica de la época de Jhering, que los juristas solían establecer entre el derecho romano “actual” y el “histórico”. En un contexto en el que no existía aún un código y en el que, por consiguiente, el derecho vigente seguía siendo el derecho común, era esencial distinguir ambos niveles: mientras que el derecho romano “actual” era considerado como derecho vigente, el derecho romano “histórico” estaba condenado a convertirse en objeto de estudio para eruditos. La selección de lo que era considerado actual y la correlativa expulsión de lo histórico se producía casi siempre con base en criterios ideológicos y dependía mucho del intérprete en cuestión. En todo caso, esta distinción es la que explica el nombre de la revista a la que este escrito sirvió de prólogo: *Anuarios para la dogmática del derecho romano y germánico actual*, o el título de la célebre obra de Savigny: *Sistema del derecho romano actual*.



inigualablemente mejor que un historiador del derecho al que le falta el órgano jurídico. Y espero que me disculpen si no muestro con ejemplos contemporáneos, que los hay, cómo este defecto también tiene lugar entre los historiadores del derecho más renombrados. Si el derecho *vigente* de cualquier época sólo es realmente accesible para el sentido jurídico y para el ojo entrenado en esa materia, ¿cómo podría ser de otra manera para el derecho del *pasado*? ¿Cómo es posible que alguien que no sepa percibir el espíritu jurídico en la *dogmática*, fuese capaz de descubrir el dominio del mismo a lo largo de la *historia del derecho*? Sin duda, este estudioso podría aportar algún trabajo auxiliar encomiable, pero la verdadera misión que nos incumbe, el auténtico renacimiento jurídico del derecho antiguo, es algo que nunca podría conseguir. Pese a toda la erudición que logre acopiar, esta última tarea terminaría entre sus manos como un amasijo de materia positiva, como una especie de cuerpo muerto. Así pues, si la historia jurídica romana ha adquirido una forma totalmente distinta en manos de Savigny, Puchta, Keller y otros, frente a Hugo y sus antecedentes –en especial Heinecio y Bach, junto a los holandeses– la causa de ello no reside en que esos hombres se elevaran sobre los hombros de sus predecesores, sino en que aportaron una mirada jurídica a la historia del derecho. En Hugo tuvimos al primer verdadero historiador del derecho en mucho tiempo; en Savigny al primer jurista: una naturaleza propia de los jurisconsultos romanos. Gracias a esta semejanza con ellos, y gracias a la mirada del genio jurídico, pudo Savigny descubrir, iniciáticamente, lo que se les había escapado a sus antecesores. Con el *Derecho de la posesión* se conquistó de nuevo el método jurídico de los romanos y, con ello, nació la ciencia del derecho actual. Lo decisivo no era que la reconstrucción del derecho romano adquiriese desde entonces un carácter fundamentalmente *histórico*, sino el hecho de que pugnase por volver a adoptar un carácter *jurídico*: sólo cabe identificar el valor de las aportaciones histórico-jurídicas de esa época en el hecho de que facilitaron y fomentaron el logro de este último objetivo. Sin embargo, dudo que exista una clara consciencia de esta relación. De hecho, en casi toda la literatura se ha instalado un decidido malentendido entre la promoción del fin y la del simple medio. Podría pensarse que únicamente se trataba de historia y crítica del derecho romano, y no de una ciencia práctica. Por supuesto, también era mucho más fácil seguir al Savigny historiador que al Savigny jurista, y no todos los que han enarbolado su nombre son en realidad sus discípulos.

Mientras que la auténtica ventaja de la reforma introducida por Savigny debería haber consistido en un acercamiento de la ciencia a la vida, parece como si, en cambio, la mayoría de sus seguidores quisieran describir el florecimiento de la ciencia como un alejamiento de ésta de la vida. Más tarde, el mismo Savigny se vio obligado a reconocer y a deplorar públicamente el extrañamiento que se había producido entre ambas. Pero era un mal síntoma. Eso quería decir que se había fallado en alguna de ambas direcciones. ¿Tenía la culpa la práctica? No lo creo. Si la ciencia renunciara a intervenir en la vida a través de sus aportaciones *jurídicas*, si dedicara todas sus fuerzas a tareas que también un filólogo podría acometer, y que, por muy valiosos que fueran sus resultados en el ámbito de la historia, no suministrarán al jurista ningún alimento para sus necesidades científicas, entonces no tendría razón alguna para extrañarse si el interés hacia ella y sus contribuciones decayera entre el grueso de los juristas. ¿Cómo se explica, si no, que un tratado de derecho romano como el de Thibaut pudiera seguir imponiéndose bastantes años después de que Savigny ya hubiera trascendido, y de que un círculo de discípulos activos se hubiera reunido en torno a él? Hasta Puchta, ningún representante de la nueva orientación había intentado poner fin a la hegemonía de dicho libro y, con él, del viejo método. Mientras que algunas cuestiones histórico-jurídicas apenas desaparecieron del catálogo de problemas relevantes, mientras que la actividad de un hombre como Hugo se terminó desperdiciando en investigaciones acerca de las

tres partes, acerca del sistema de Gayo, etcétera, la dogmática disfrutó de una atención relativa mucho más pequeña. Y sin embargo, éste era precisamente el terreno en el que debería haberse librado la batalla entre la vieja y la nueva ciencia jurídica; el único terreno desde el que cualquier nueva tendencia de la ciencia jurídica podía aspirar a llegar al gran público. También aquí le estaba reservada a Savigny la auténtica cosecha. Así como el comienzo de su prolífica carrera se caracterizó por una contribución dogmática que marcaría un cambio de época, también su final estuvo aureolado por un significativo trabajo de dicho género: el *Sistema del derecho romano actual*. Casi a la vez que éste, entró en escena un peligroso rival, y si el *Sistema* de Savigny superó a todas las conquistas precedentes en lo que se refiere a la reproducción artificial de la materia –siguiendo el verdadero espíritu de la ciencia jurídica romana– lo mismo hizo la *Teoría del derecho común civil* de Kierulff en relación con la profundidad filosófica y con la configuración espiritual de la materia. Sólo se les puede atribuir un fallo a ambas: que quedaron inacabadas. Comparten esto con otra obra que, con justicia, debería considerarse la tercera más relevante de la actualidad, el *Curso de instituciones* de Puchta. Este último, cuya precipitada muerte se cuenta entre los más duros golpes recibidos por la ciencia jurídica de nuestro siglo, estaba destinado, más que ningún otro, a encabezar el desarrollo venidero de nuestra ciencia. Junto al sentido y el conocimiento del historiador, se concitaba en él un talento específicamente jurídico de primer rango y, para la *difusión* del método jurídico entre el gran público, nadie ha tenido mayor mérito que él con su *Tratado de pandectas*. Gracias a éste, el progreso alcanzado por Savigny se convirtió en patrimonio común y en una posesión segura para la ciencia jurídica alemana.

Así se recuperó el tiempo perdido en épocas anteriores y la dogmática pasó de nuevo al primer plano, tal y como le corresponde a una ciencia práctica. Hacia ella es a donde se dirige fundamentalmente el interés en la actualidad; ella domina el mercado. Si quisiéramos investigar cómo se distribuye hoy la actividad literaria en el ámbito de la rama romanística de nuestra ciencia, nos daríamos cuenta de que ésta se orienta en su mayor parte a la dogmática. Bien es verdad que, dentro de ésta última, la ciencia jurídica inferior predomina con claridad desde un punto de vista cuantitativo, con el tratamiento de cuestiones jurídicas prácticas, controversias legales, publicación de sentencias, etc., en especial en las numerosas revistas jurídicas que existen y en las recopilaciones legales periódicas. Sin embargo, desde el punto de vista cualitativo, la ciencia jurídica superior está creciendo cada vez más, y aquellas preguntas que, en la más inmediata actualidad, atraen hacia sí mayor interés y movilizan a los estudiosos, le pertenecen sin duda alguna. Entre todas éstas, yo destacaría la definición de la idea de representación en el derecho actual propuesta por Buchka; una doctrina sobre la que se han venido desarrollando contribuciones casi cada año y sobre la que también publicaremos un artículo en una de las próximas entregas de esta revista, desde un ángulo al que apenas se ha prestado atención hasta ahora; también destacaría la cuestión planteada por Delbrück acerca de la transferencia de deudas, que acaba de ser debatida recientemente¹⁴, o el reconocimiento como fuente de obligaciones de Otto Bähr; un escrito cuyo mérito no se limita, como en el caso de Delbrück, a haber planteado una pregunta enormemente importante, sino que, desde mi punto de vista, se trata de una de las producciones más valiosas de los últimos tiempos, porque ha logrado la fusión de la ciencia con la vida –que es el objetivo al que debería tender nuestra ciencia jurídica– con un éxito del que pocos escritos anteriores se pueden

¹⁴ Kuntze, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts*. Leipzig, 1856.



vanagloriar. Al número de estas cuestiones¹⁵ pertenece también, y sobre todo, la construcción de la obligación correal, abordada por Kuntze en el texto citado¹⁶ con una brillantez tal, que dificulta mucho la defensa de la doctrina dominante hasta ahora.

Hasta hace no mucho tiempo, la posesión también pertenecía a este catálogo y algunas cuestiones de dicha doctrina –a saber, la de si la posesión es hecho o derecho, la de la posesión derivada o la de la determinación del *animus domini*– recibían casi cada año una nueva respuesta. Pero no quiero aumentar el número de ejemplos. A quien haya seguido la literatura contemporánea con un mínimo de atención, no se le escapará que la tendencia hacia la *construcción jurídica* se asienta cada vez con más decisión en el seno de la ciencia jurídica.

Los juristas romanos nos han dejado todavía mucho por hacer. En efecto, no sólo es que no concluyeran su trabajo respecto de un buen número de relaciones jurídicas, o que al menos no nos transmitieran su respuesta, sino que también hay bastantes casos en los que sus opiniones merecen ser corregidas, mejoradas o profundizadas¹⁷. Aquí también se da la circunstancia de que muchas modificaciones de calado se produjeron durante el periodo imperial, que ya no tenía la necesidad o la capacidad de la configuración jurídica de la materia, y que, por tanto, nos ha legado las correspondientes tareas irresolutas. Si a ello le añadimos las transformaciones que ha sufrido el derecho romano durante y desde su recepción, así como las construcciones propias del tráfico moderno, resulta que el campo de actividad que se abre ante nosotros es bastante más grande que pequeño.

A tenor de lo anterior, no creo que sea necesario señalar que nuestra revista no se presenta como una hostil antítesis respecto a las ya existentes, ni tampoco alberga la pretensión de instaurar una nueva doctrina. Reconoce como plenamente justificado y necesario el tipo de actividad literaria que se ha impuesto en general en dichas revistas, pero precisamente por el hecho de encontrarse en éstas ya muy bien representado, nuestra iniciativa tiene un buen motivo para no redundar en esa dirección y reservarse así la tarea de colmar las lagunas abiertas, mediante esa otra

¹⁵ La *hereditas jacens* –la pobre y afanosa– ha vuelto a emerger otra vez, y precisamente en la citada obra de Kuntze.

¹⁶ Cuanto más alegremente reconozco el notable talento para la construcción jurídica que se revela en este escrito, y cuantos mejores pronósticos le auguro para el futuro, más me aflige que el autor se menoscabe a sí mismo y al éxito de su obra con una forma de exposición que supera en exuberancia, osadía, desmesura y en una insipidez verdaderamente intimidante, en una embriaguez estilística, me atrevería a decir, a todas las aportaciones que se han hecho en relación con este problema –¡y las cosas que hemos podido leer ya!– haciendo pasar al libro como una auténtica rareza histórico-literaria.

¹⁷ Ahora bien, no se trata simplemente de arrojar por la borda las construcciones jurídicas romanas; una observación que dirijo contra Windscheid en particular. En su ensayo sobre la *hereditas jacens* en la *Münchener kritischen Umschau* (vol. 1, pp. 181 y ss.) se muestra sorprendido de que nos afanemos en dotar a la *hereditas jacens* de una personalidad jurídica patrimonial. De acuerdo con él, todo es mucho más sencillo, los derechos perduran en el tiempo y el concepto de patrimonio es perfectamente suficiente por sí mismo. A mi modo de ver, esto no sería muy distinto de una hipotética situación en la que alguien se maravillara de que los científicos naturales se molestasen en esclarecer la razón de ser de que las luces se enciendan: es un hecho, ¿qué más queremos? Una de dos: o nos conformamos en cualquier caso con los simples hechos, es decir, renunciamos a buscar una conexión conceptual y una explicación de los mismos, o reconocemos esta actividad como tarea de la ciencia. En este último caso, sin embargo, hay algo que nos vincula lógicamente a los conceptos de los que ya disponemos. De manera que, si concebimos la obligación, la propiedad u otros como derechos de un *sujeto*, y en ese sentido explicamos el momento de la responsabilidad subjetiva como una pieza esencial del concepto, entonces no podemos contentarnos con el simple *hecho* de que, después de la muerte del testador, los derechos del mismo perduren sin sujeto, sino que debemos modificar nuestra definición de derecho –de modo que sea posible la existencia de un derecho sin sujeto–, o bien tenemos que derribar el medio a través del cual la ciencia jurídica romana se había ayudado en este caso: la asunción artificial de un sujeto, la personificación de la *hereditas jacens*.

rama de la actividad literaria que menos practican éstas. Que los trabajos exclusivamente críticos e histórico-jurídicos son ajenos al fin de la revista, queda patente en la remisión de su título a la dogmática. Evidentemente, es casi imposible precisar con claridad los límites así señalados, por lo que sólo podemos prometer que tendremos siempre presente el objetivo de seguir las evoluciones de la orientación anunciada.

Ahora bien, la tarea que nos compete hoy respecto al derecho romano no consiste sólo en *construir*, que es de lo que se ha hablado hasta ahora, sino también en *destruir*. Cuando vemos que algunas instituciones del derecho romano disfrutaban todavía hoy de una vida aparente en la doctrina, pero que ya han sido expulsadas de facto por la vida (la infamia o el derecho a los castigos privados, por ejemplo); cuando vemos cómo algunas reglas figuran como parte del derecho vigente por la simple autoridad del *corpus iuris*, pero cuya aplicación real seguramente sería rechazada por los mismos que las enseñan –consecuencias de fórmulas negociales y procesales romanas, interpretaciones literales rígidas, tal y como era propio en las instituciones del *jus strictum*, migajas olvidadas de antiguas concepciones paleo-romanas, de las que ni siquiera la Roma tardía tuvo noticia, corolarios de principios que ya hemos dejado de utilizar, etcétera–; en definitiva, cuando contemplamos con una mirada imparcial este culto civilístico a la momia, me parece que no podremos resistirnos a prorrumpir con la misma queja que en su día elevó Justiniano respecto a un fenómeno similar de su época, el *dominium ex jure Quiritium*: “*nomen ex jure Quiritium... nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inútiles legis antiquae dispositiones accipiunt*”¹⁸. Por dejar a los vivos en paz y por extraer mi ejemplo de un hombre al que admiro demasiado como para que mi reproche sea percibido en su detrimento o en el mío –me refiero a Puchta– ¿habría éste tenido el valor de aplicar también este principio a sus *Pandectas*? “La opción”, se dice en el § 221 de este libro, “sólo tiene lugar en sí, invariablemente, mediante la prestación en el caso del deudor, mediante la acción en el caso del acreedor y, si ésta está expresamente radicada en la voluntad, mediante la manifestación de dicha voluntad”. Se trata de un pasaje en el que Puchta examinaba el ejercicio del derecho de opción en las obligaciones alternativas. Si el derecho de opción estaba expresamente radicado en la voluntad (*utrum volet*), entonces éste se consumía con la manifestación de dicha voluntad (l. 54, § 9 de leg. I) y, con ello, se imposibilitaba una modificación posterior de la opción en cuestión. En cambio, si la estipulación decía: *illud aut illud dari*, entonces debía hacerse una rígida interpretación literal, como se estilaba con las estipulaciones, que acarreaba la consecuencia establecida en l. 138 §1 de V. O. (45. 1): *licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest*. Desde el punto de vista de la teoría de la estipulación romana, esto era absolutamente correcto y, en ese sentido, menos inquietante, puesto que todo el mundo en Roma conocía la rigidez con la que se interpretaban las estipulaciones y podía preverlo. Pero traslademos ahora este precepto a la época contemporánea, en la que nos es desconocido el principio de una interpretación literal de las disposiciones, y en la que más bien rige lo contrario a la causa mencionada (*quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest*), puesto que en nuestro derecho actual no hay diferencia, en principio, entre la

¹⁸ N. del T.: “la frase «por derecho de Quirites», que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que es frase vacía y superflua, y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprende en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua”. La traducción ha sido tomada del *Cuerpo del derecho civil romano*, a doble texto, traducido al castellano publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias, por D. Ildefonso L. García del Corral, Libro VII, p. 219.



manifestación de voluntad tácita y la expresa. Asumamos que un testador haya legado a alguien la casa de X, en la que él vive de alquiler, o bien un capital de 10.000 táleros, y que el legatario haya declarado querer la casa. El testador compra la casa a X por un precio muy elevado; pero al igual que se la había ofrecido al legatario, retira su opción conforme al l. 138, § 1 de V. O. (45. 1). O imaginemos que se trata de un deudor que tiene que optar entre la prestación de una suma de dinero o la entrega de una significativa mercancía. Pongamos que se decide por lo último y que el acreedor, entretanto, adopta las disposiciones pertinentes para recibir la mercancía, cierra contratos relativos al transporte y a la venta posterior, etcétera. ¿Podría después retractarse el deudor de su elección? Para nosotros, hoy ni siquiera sería necesaria la remisión al l. 25 pr. de const. pec. (13.5) al que Puchta, si hubiera querido ceñirse estrictamente al derecho romano, debería haber invocado para lograr un resultado tan halagüeño: *Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere*. Espero que ningún juez actual esté tan desprovisto de sentido común y de sensibilidad práctica, como para aplicar en este caso el l.138 citado, incluso aunque su aplicabilidad pueda respaldarse mediante la apelación a una autoridad como Puchta. Ahora bien, el mismo hecho de que pueda esgrimirse una autoridad semejante para defender tal principio, de que un juicio basado sobre éste pueda provocar una indignación tan generalizada y de que el presunto valor del derecho romano devenga más que dudoso para el ojo de cualquier profano sensato; el hecho de que aquí la ciencia no deje al práctico más alternativa que la de situarse en contradicción con ella, demuestra, en mi opinión, que nuestra teoría es todavía un tanto perezosa.

Tomemos otro ejemplo. El testador lega a su nieto su hacienda, pero precisa que su viuda dispondrá del usufructo de la misma con carácter vitalicio. ¿Cómo habría que decidir aquí según Puchta? La viuda y el nieto reciben, cada uno, la mitad del usufructo. ¡Increíble, exclamará éste! Pero véase el § 532 de las *Pandectas* de Puchta, *in fine*: ahí se contiene este principio de forma literal, con remisión al l. 19 de usu et usufr. (33. 2) y con el añadido de un razonamiento que se debe únicamente al propio Puchta, a saber: “porque no se puede aceptar sin más que, con la segunda disposición, el testador haya reducido el legado de propiedad a la mera propiedad”. Esta razón pertenece a aquéllas con las que suele operar el jurista, en caso de duda, para explicar lo inexplicable; en un estado tal de necesidad exegética, a éste le bastaría para contentarse, como a quien se está ahogando, una simple pajita. Pero cualquier persona imparcial se declararía partidaria justamente del razonamiento contrario. Del hecho de que el testador le haya legado a su viuda el usufructo de la hacienda, no se puede deducir que haya querido dejar al nieto algo diferente a la simple propiedad. ¿Cómo se resuelve entonces el misterio? También aquí se trata de una fórmula jurídica que tenía valor consuetudinario para los romanos, y cuya observancia podía ser requerida por quien redactaba el testamento, pero que para nosotros ha perdido toda su validez. Si alguien quería legar el usufructo a uno y la propiedad a otro, la fórmula decía, como se refleja en el pasaje anterior: *Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato*. Y si el testador no había utilizado la fórmula *detracto usufructu fundum lego*, entonces había que concluir que no tenía en mente el resultado para el que ésta estaba prevista, y que ambas personas habrían de gozar del usufructo. Por lo tanto, aunque en realidad el testador no hubiera querido cometer dicha equivocación, obviamente ésta no podía deshacerse sin vulnerar por completo la esencia de la fórmula. Pues bien, ¿acaso esto habría de ser válido *todavía hoy*, pese a que ya no conocemos dicha fórmula en absoluto?

Un ejemplo parecido nos lo ofrece la l. 15 § 7 de usufr. (7. 1), donde se dice que el propietario ni siquiera puede establecer una servidumbre predial, incluso en presencia de la fórmula “ne quidem consentiente fructuario”. O sea, que el simple *consentimiento informal* no bastaba, sino que, al contrario, había un cauce *formal* para alcanzar el resultado deseado (renuncia y restablecimiento del usufructo y, después del primero y antes del segundo, constitución de la servidumbre pretendida). Este procedimiento formal ha decaído en la actualidad y, por lo tanto, la disposición citada de la l. 15 ha devenido inservible. En este sentido se manifiesta justamente Arndts (*Pandekten*, § 179, nota 4), mientras Puchta (*Vorlesungen über das heutige römische Recht*, § 180), sostiene que dicho precepto es todavía útil y que aún se requiere el empleo de ese rodeo puramente formal para el derecho actual, de manera que se realizan *tres* actos en lugar de *uno*: ¡renuncia contractual al usufructo con reserva de restablecimiento, constitución de la servidumbre predial y restablecimiento del usufructo!

Desde el prisma de la jurisprudencia formularia, era perfectamente consecuente concebir el añadido *si volet* de un legado no como una mera precisión ociosa, sino como una condición (l. 65 § 1 de leg. l. 30). ¿Pero debemos concebir esta consecuencia de la jurisprudencia formularia romana (como pretende Puchta en el § 539, nota b) como un principio del derecho actual? También aquí volvemos a encontrar una aplicación de la antigua regla, ya obsoleta para nosotros: *expressa nocent, non expressa non nocent*. No discuto la posibilidad de que el testador exija la declaración de voluntad del legatario como condición, con la intención de que el legado no se transmita a los herederos si el legatario muere antes de dicha declaración. Ahora bien, para esta visión de las cosas, es precisamente la voluntad del testador la que provoca el resultado, no la mera palabra, de manera que, incluso si se utilizaran los términos arriba citados, deberían considerarse como puramente ociosos, siempre que se desprendiera de las circunstancias que, en realidad, el testador no había previsto el legado como condicionado. En cambio, la ciencia jurídica, tanto en éste como en los casos anteriores, no podría haber perdonado el error en el uso de las palabras.

¿Y qué podemos decir también de la siguiente frase del § 321 del tratado de Puchta: “los accesorios de la cosa no deben considerarse implícitos con el depósito, sino también como parte del contenido si se trata de una caja precintada” (l. 1 § 5, 41 Depos. 16. 3)? ¿Quién podría ver en esto algún sentido, si no es el de descargar al depositario de la responsabilidad por los accesorios (por ejemplo, la brida y la silla de montar en el depósito de un caballo)? Y sin embargo, ciertamente ningún juez se tomaría la licencia de admitir una reclamación del depositante por la brida y la silla de montar, si el caballo se hubiera extraviado sin *culpa* del depositario. Entonces, ¿qué sentido tiene esa frase? Tiene que ver, de nuevo, con la jurisprudencia formularia, en particular con la correcta interpretación de la *actio depositi*: si ésta debe dirigirse respecto del “caballo y la silla” y respecto de “la caja y los objetos en ella contenidos (que claramente deban portarse)”, o sólo respecto del “caballo ensillado” y respecto de la “caja precintada”.

Si un testador dispone: “A será mi heredero; en caso de que éste se case con su criada, entonces deberá traspasar la herencia a B”. Si la condición ocurre, la realización de la disposición tiene lugar mediante la restitución de la herencia como fideicomiso universal. Si el testador hubiera dicho: “entonces la herencia recaerá en B” o “entonces A debe ceder la herencia a B”, incluso el rigorista más exacerbado se vería en aprietos para negar que en este caso sucede absolutamente lo mismo. ¿Y qué pasaría si hubiera dicho: “entonces B recibirá la herencia” o “entonces se la entrego a B, de modo que B asumirá el puesto de A”, o bien “entonces B será mi heredero”? En el último caso, de acuerdo con Puchta (§ 476, nota g), la disposición



es nula porque choca con el principio *semel heres, semper heres*. Los juristas romanos mantenían en vigor la disposición del testamento, incluso a pesar de esta teoría, por lo menos en dos casos: en el testamento de soldados y cuando aparecía en un codicilo, entendiendo la disposición, en este último caso, como orden de fideicomiso universal. Así pues, debido a la naturaleza más libre de los codicilos, en esta situación se sentían habilitados para pasar por encima del “rigor iuris civilis” y dar cabida a la “voluntas testatoris¹⁹”. Pero lo que consideraban posible para el codicilo –a saber, el distanciamiento de la fórmula estricta y la interpretación más libre de la expresión utilizada– ¿no se convirtió acaso en principio general con la legislación imperial posterior? Si ya los compiladores se asustaron de resucitar las decisiones de los juristas más antiguos en el sentido de ese principio –un trabajo colosal, de todos modos–, ¿podemos nosotros reconocer esos residuos de la jurisprudencia formularia romana como proposiciones válidas, sólo porque figuran en el *corpus iuris* y a pesar de que sea incontrovertible que, en la vida jurídica moderna, disponemos de un principio interpretativo totalmente distinto, frente al que las decisiones mencionadas hasta aquí se encuentran en flagrante contradicción? Si ya se han pronunciado, con razón, en contra de la aplicabilidad actual del *jus poenitendi* romano en los contratos innominados –por no ser compatible con la estructura actual de estos contratos–, ¿cómo pretenderá justificarse la permanencia de esas otras decisiones, cuya incongruencia con nuestro principio de interpretación actual no es menos evidente?

Si ha sido posible hacer un florilegio semejante con Puchta, a quien no le faltaba ni sensibilidad jurídica, ni sentido filosófico e histórico para comprender lo individual en relación con su *principio* general –y podría aumentar este florilegio con unos cuantos ejemplos más– no hará falta comparar con otros escritores para hacernos una idea de lo poco que un aplicado romanista, adornado con las mismas propiedades que Puchta, es capaz de desprenderse del *corpus iuris*; y debo reconocer que no me puedo sustraer de un sentimiento de espanto cuando me pongo a pensar en la suma de estupideces que se han hecho con el derecho romano desde la época de su recepción, qué cantidad de razón y sentimiento se ha podido desperdiciar en juicios indignantes sobre la base de la autoridad del *corpus iuris*. El estudio del derecho romano debería ser un medio para ejercer la libertad intelectual, para darnos la posibilidad de justificar científicamente las inclinaciones de nuestro sentimiento²⁰ –que se solivianta frente a la aplicación de esas proposiciones jurídicas específicamente romanas– y para deducir la inaplicabilidad actual de las mismas. En cambio, el derecho romano se ha convertido en la actualidad, más bien, en un instrumento de la esclavitud intelectual más profunda. Un

¹⁹ I. 76 ad SC. Trebell (36. 1); I. 41 pr. de test. milit. (29. 1).

²⁰ N. del T.: Es posible que llame la atención la frecuencia con que Jhering apela a la idea de sentimiento en relación con cuestiones jurídicas. El concepto de “sentimiento jurídico” (*Rechtsgefühl*) es muy común en la literatura iusfilosófica alemana, especialmente en la época de Jhering y en la primera mitad del siglo XX. En el caso de Jhering, el sentimiento jurídico tenía una doble dimensión: por un lado, se trata de una especie de mecanismo del que disponemos para reaccionar ante la vulneración de un derecho de manera sensible y no puramente intelectual, de forma que éste sea más eficazmente protegido; y, por otro lado, se trata del sentimiento de adhesión al derecho y a las instituciones estatales, que en última instancia constituye la fuente psicológico-social de la eficacia y la validez del ordenamiento jurídico y político. Vid. BEHRENDTS, O. (1986), “Das Rechtsgefühl in der historisch-kritischen Theorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jherings zweitem Wiener Vortrag”. En JHERING, R. von, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch*, Napoli, Jovene, pp. 55-184; vid. RÜMELIN, G., “Über das Rechtsgefühl” [1871]. En WOLF, E. (1948), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, pp. 360-377; vid. DUXBURY, N. (2005), “Jhering’s Philosophy of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 1, pp. 23-47; vid. en fin LLOREDO ALIX, L. (2012), *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, pp. 358-359 y 388-390.

uso tal del derecho romano, un fanatismo de la literalidad tan ofuscado, que manipuló la verdadera doctrina a base de quemar y chamuscar, al modo de los tribunales de la Inquisición, son los que en verdad pusieron las armas en manos de los adversarios del derecho romano de todas las épocas. Y pese a que no deseo hacer causa común con ellos, porque creo que se han dirigido los reproches al derecho romano, cuando se deberían haber lanzado contra los romanistas –contra el puñal en vez de contra quien lo empuña–, al mismo tiempo les doy por completo la razón en las invectivas que han arrojado contra esa forma de manejar el derecho romano. Podríamos denominarlos el método del *romanismo ortodoxo*. ¡El texto decide! ¡Lo que está en el texto es válido y lo que no está es inválido! Éste es su credo en su más plena desnudez y nitidez. Dudo que alguien suscriba todavía hoy este credo, pero sí ha habido épocas en las que ha regido; épocas en las que Ulpiano y Paulo, si hubieran resucitado, habrían sido acusados de herejía por dictar proposiciones jurídicas que no pudieran hallarse en una ley o que no estuvieran documentadas en el *corpus iuris*; épocas, en fin, cuyo lema rezaba: *Juris consultus sine lege loquens erubescit*²¹. ¿Quién podría negarlo? Conviene precisar que la historia moderna del derecho romano consiste en un permanente proceso de excreción. No creo que haya ninguna observación más cierta y, en particular, me parece que el mundo contemporáneo está llamado a tomar parte de esta excreción en un grado extraordinario. Aquí debo remitirme una vez más a Savigny, porque también en esto se elevó hasta la cúspide de la ciencia jurídica actual. Hasta la aparición de su *Sistema*, era habitual suponer que el sistema jurídico se basaba, precisamente, en una estricta sujeción al antiguo derecho romano. Qué sorpresa causaría descubrir que, al contrario, lo que él hacía era declarar el derecho romano obsoleto en muchas partes que, sin embargo, todavía seguían siendo cuidadosamente cultivadas por otros teóricos (por ejemplo la infamia o los castigos privados). Nadie hasta ahora ha roto como él con esa ortodoxia romanística. Y, lo que es más importante, lo hizo en un momento en el que ya nadie podía hacerle el reproche de ligereza juvenil, conocimiento deficiente de la problemática o propensión hacia lo positivo. La libertad intelectual con la que se plantaba frente a la materia, y sin la cual nunca habría podido llegar a ser el auténtico Savigny, también le ayudó a delimitar la aplicabilidad práctica del derecho romano como nadie lo había hecho hasta entonces. Si cualquier persona se lamentaría conmigo de la insustituible pérdida que supone el hecho de que su *Sistema* no tenga perspectivas de llegar a término, yo lo lamento especialmente porque eso implica que Savigny ya no participará en la permanente tarea de excreción de la materia jurídica romana que ha dejado de ser útil para la vida. Un juicio de su boca habría tenido mayor peso que los más aplicados esfuerzos de todos los demás, y en cuanto Savigny hubiera roto una sola lanza respecto a la validez práctica de una determinada institución jurídica, la praxis se habría apresurado a adherirse a su autoridad, dificultando así enormemente sostener una opinión contraria.

En relación con lo que acaba de decirse, tampoco se trata de hacer nada nuevo, sino que basta con seguir el ejemplo de Savigny. También en esto, si bien aspiro a que la revista tenga esa disposición, estoy muy lejos de crearme el abanderado de una nueva gesta; y la crítica anterior, que he dirigido contra Puchta en vez de contra otros autores, está únicamente motivada por la pretensión de mostrar, en nuestros corifeos civilísticos, cuánto específicamente romano se encierra aún en nuestra doctrina y, por tanto, cuánto nos queda aún por hacer. Esta convicción, así como el deseo de contribuir con mi grano de arena a esta tarea, es la que me ha llevado a volcar todos estos pensamientos en mi libro sobre el *Espíritu del derecho romano*. En efecto, estoy persuadido de que la lucha que ahora nos compete –o, si se prefiere, que el debate de la ciencia actual– sólo puede contar con

²¹ N. del T.: “El jurisconsulto sin ley se sonroja al hablar”.



el derecho romano en una pequeñísima parte, al menos por lo que se refiere a los bajos fondos de las proposiciones e instituciones particulares. ¿Es ésta o aquella proposición propiamente romana y, por consiguiente, inaplicable para nosotros? ¿Quién podría responder a esta pregunta? La diferencia de la concepción actual del derecho –no como ésta es supuestamente experimentada por uno u otro sujeto, sino tal y como se ha *objetivado* en la *realidad* de la construcción jurídica moderna– respecto a la concepción romana, sólo podrá evidenciarse en una proposición individual en algunos rarísimos casos. Sin embargo, las cosas cambian de manera radical si conseguimos identificar, desde ambos puntos de vista, el principio o la cosmovisión que ha dado pie a una proposición concreta y, por lo tanto, a todo un conjunto de ellas. Así, confrontando un principio con otro, las cosas se ponen inmediatamente en claro y, junto con el *principio* romano cuya obsolescencia haya sido demostrada al cotejarse con otro más moderno, se van a pique todos los derivados. Aquí ya no se trata de *lex posterior derogat priori*, sino de *principium posterior derogat priori*. La investigación ya no se limita así a la cuestión de si toda una institución del derecho romano ha perdido su valor práctico, sino a saber qué es lo que ha devenido inservible desde la misma base de dicha institución, como consecuencia de pertenecer a un principio específicamente romano (como, por ejemplo, todos los residuos formalistas en la teoría de la herencia). Esta investigación presupone que tenemos que aprehender lo específicamente *romano* del derecho romano desde la raíz, pero esto sólo es posible si intentamos aprehender los principios y las cosmovisiones de las que el derecho se deriva; éste era, precisamente, el propósito que se perseguía en la obra citada.

Ahora bien, la solución de esta tarea de purga de los principios específicamente romanos a través de su confrontación con los principios prácticos del derecho actual que sean contradictorios con ellos, requiere, en no menor medida, un análisis de principio de las instituciones del derecho alemán. El romanista, si quiere responder a la cuestión de la validez actual del derecho romano de la manera que se ha mostrado antes, no puede prescindir en absoluto de la consideración del derecho práctico alemán. La unificación del derecho privado romano con el alemán, que se ha perseguido aquí y allá de forma demasiado superficial, sólo podrá llevarse a cabo si, en la elaboración dogmática de las doctrinas particulares del derecho romano, las divergencias con el derecho alemán no sólo se nombren de pasada, sino que se trabajen conjuntamente desde el interior de la exposición. Así, por ejemplo, la regla de derecho romano debería ampliarse o modificarse de tal manera, que también las instituciones de derecho alemán emparentadas pudieran englobarse en ella. Espero que no se me replique que las instituciones de uno y otro derecho parten de ideas completamente diferentes. Esto es indiscutible, pero no es menos indiscutible que, posteriormente, ambos se han encontrado y conviven el uno junto al otro. Y si no, ¿cómo podría justificarse que se hayan conservado inalteradas las abstracciones y reglas de los juristas romanos, si éstas se correspondían enteramente con su época y abarcaban todo el espectro de las relaciones vitales, mientras que el derecho de la actualidad –no la mitad romana del mismo, sino el derecho unitario compuesto de ambos elementos– se mofa de dichas reglas? La regla es una abstracción del derecho efectivo: *ex jure, quod est, regula fiat*²²; por lo tanto, tiene que acomodarse a cualquier modificación del derecho efectivo y mantenerse siempre a la altura de su tiempo. ¿Y cómo se puede llevar esto a cabo, si el romanista propone reglas a su audiencia o deduce que algo es jurídicamente imposible –como por ejemplo la conexión de una obligación con una cosa o la constitución de una obligación respecto de una persona futura e indeterminada– mientras que el germanista va por detrás demostrando lo contrario?

²² I. 1 de R. J. (50. 17). N. del T.: “del derecho que es, nace la regla”.

Desde el punto de vista del derecho *actual*, esas *reglas* sólo pueden caracterizarse como históricas, como abstracciones de derechos pretéritos. Se podría objetar que las reglas y deducciones del romanista sólo aspiran a ser verdaderas respecto de las instituciones todavía vigentes del derecho romano y, por consiguiente, no entran en contradicción con las reglas del germanista, que por su parte sólo serían apropiadas para las instituciones del derecho alemán. Una división de los dos ámbitos es enormemente necesaria para el progreso del conjunto en relación con el quehacer científico, y no quiero decir que debamos eliminarla de nuestro derecho, pero una cosa bien distinta es si la última y más elevada tarea consiste en que el romanista se comporte dentro de su campo –tal y como hace y está obligado a hacer en la actualidad– como si no existiera un derecho alemán en absoluto. Si bien puede y debe seguir ciñéndose a las instituciones jurídicas puramente romanas, las reglas *superiores* deberían confeccionarse de tal modo que no sólo dejen espacio para el desarrollo jurídico de las instituciones romanas, sino también para las del derecho alemán. Así, por ejemplo, las reglas de la obligación deberían confeccionarse de tal forma, que el documento de titularidad, las cargas reales o el endoso *in blanco* respecto de éstas no aparezcan como imposibilidades jurídicas. Por lo tanto, el concepto genérico de obligación definido por el romanista debería ser, de ahora en adelante, lo suficientemente amplio como para abarcar las dos especies, la obligación del derecho romano y la del derecho alemán; y sólo después de que el concepto genérico hubiera sido desarrollado, podría el romanista dedicarse a la especie que le corresponde en exclusiva. Tal y como están las cosas ahora, la ciencia tiene dos especies, pero ningún concepto genérico; dos mitades, pero ningún todo. Se ha dicho que el derecho romano ha dejado de ser una pieza extraña de nuestra vida jurídica, pero yo no puedo admitirlo hasta que la ciencia haya solucionado el problema anterior; y ese momento debe de estar aún bastante lejos, porque la tarea en sí es gigantesca. Con todo, no se puede desconocer que algunas aportaciones notables ya se han hecho en sectores particulares del derecho, como por ejemplo en el derecho mercantil o en el derecho local, de la mano del *Derecho privado de Württemberg* de Wächter, y que incluso ya se ha realizado la primera verdadera tentativa, aunque enciclopédica, de fundir internamente ambas partes de nuestro derecho. Esta tarea asegura a nuestra ciencia jurídica una abundante cosecha y un rico porvenir; le abre un vasto horizonte de actividad interesante y fructífera, de auténtica producción jurídica.

Pero si nos preguntamos si la configuración jurídica del derecho alemán ya está lo suficientemente desarrollada como para que pronto podamos aspirar a una fusión del derecho romano y el alemán, no creo que nadie pueda responder afirmativamente. En efecto, la orientación auténticamente jurídica en el dominio del derecho alemán todavía es tan joven y reciente, que casi tiene que pelearse aún por su existencia. Si la necesidad de una configuración técnico-jurídica de la materia jurídica germanística fuese percibida con carácter perentorio y generalizado, no haría falta complicarse aún más el trabajo de colmar esta falla con el miedo a la denominada *romanización*. Con esta palabra se hace un reproche absolutamente justificado y se identifica una verdadera aberración de la construcción jurídica. Pero de romanización sólo debería hablarse allí donde la materia jurídica es forzada a encajar en los conceptos romanos, desconociendo su naturaleza jurídica original. No vale la pena decir que esto no sería tolerable. Pero no porque se haya tomado prestado del derecho romano el medio para la construcción jurídica, sino sólo *en la medida* en que esta última sea inadecuada y fallida. Ningún entendido negará que algunas de nuestras instituciones jurídicas puramente germanas se pueden construir de forma plenamente satisfactoria con medios propios del derecho romano. ¿Para qué postular nuevos conceptos, cuando los ya existentes son perfectamente



suficientes²³? ¿Qué más da si, por ejemplo, la noción de copropiedad ya fuera conocida y hubiera sido desarrollada por los romanos antes que por nosotros, y por qué habríamos de despreciar la noción ya existente sólo porque sea romana? Soy de la opinión de que este concepto, por ejemplo, nos ofrece el único medio posible para entender la estructura civilística de un *banco de giro*. Permítaseme desarrollar esta opinión en pocas palabras, ya que para mí es conocida, pero hasta ahora no ha sido expuesta en ningún lugar. El vínculo de los interesados en un banco ha sido descrito, entre otros, como un vínculo societario²⁴, pero esta concepción no me parece acertada. Para poder aplicarla, habría que violentar el concepto de sociedad y ensancharlo de tal manera, que apenas quedaría ya nada del original. El número de los interesados en el banco de giro y la suma de sus depósitos puede aumentarse sin el consentimiento de los supuestos socios. ¿Cómo encaja esto con el concepto de sociedad? En realidad, la finalidad del vínculo no está orientada a una *operación comunitaria*, porque cada operación individual se refiere siempre sólo a dos de los miembros y, por lo tanto, no afecta a la sociedad en su conjunto. La finalidad es totalmente alcanzable a través de un *haber* comunitario y la forma correspondiente para un mero *haber* comunitario (que no excluye una reducción o un aumento de las cuotas individuales a través de una cesión contractual) es la *copropiedad*²⁵. En este caso, el objeto de la copropiedad sería la provisión total de lingotes del banco. El que la ampliase con el depósito de un nuevo lingote, cedería la propiedad y recibiría por ello una cuota de la propiedad de la masa total, o bien, puesto que ésta se compone de barras individuales, una copropiedad de cada lingote que se correspondiese con la relación existente entre su depósito y la masa total (por ejemplo de 1 a 1000). La inscripción y la desinscripción en el banco no implican nada más que una reducción o un aumento de las cuotas individuales de la copropiedad, una enajenación entre copropietarios que, al ser todos poseedores de forma simultánea, no exige una tradición y, por lo tanto, puede ser realizada mediante un proceso puramente ideal (la mera inscripción o desinscripción). Además, por otra parte, otros copropietarios podrían realizar sus pagos entre sí. Ahora bien, al igual que si las provisiones de lingotes de diferentes propietarios se fundiesen entre sí –incluso sin su conocimiento y su voluntad– surgiría una copropiedad, también ocurriría lo mismo si un nuevo interesado llega sin conocimiento de los demás y, al entregar sus lingotes (por seguir con el ejemplo) confunde su metal con los del resto. El hecho de que en el banco de giro la declaración de voluntad del copropietario haya asumido una forma especial para la transferencia de su cuota o de una parte de la misma, así como el hecho de que los copropietarios no puedan realizar por sí mismos la reinscripción, sino que ésta (como toda la administración del banco) deba ser monitorizada por una diputación del banco, no altera en lo más mínimo la estructura civilística del vínculo. Todas las proposiciones jurídicas válidas en relación con el vínculo se explican de forma plenamente satisfactoria desde la perspectiva que acaba de ofrecerse, y sólo desde ella. ¿Qué importa si ésta está expresamente prevista en la ley o si, en caso de que no estar, se ha tomado prestada del derecho romano? ¿O acaso debemos

²³ Así se pronuncia Wilda en su ensayo sobre los bancos en el *Rechtslexikon*, vol. I, p. 592.

²⁴ Sobre la ley de la economía, véase mi *Espíritu del derecho romano*, III, 1, § 56.

²⁵ Es sabido que la copropiedad sin sociedad es posible, como también lo es la sociedad sin copropiedad. Sin embargo, según la l. 2 pr. Comm. Div. (10. 3) y la l. 25 § 16 fam. Erc. (10. 2) es dudoso que sea necesario presumir una sociedad para la constitución contractual de la copropiedad. La consecuencia va en contra de ello. En efecto, si el mero *haber* comunitario no constituye ningún vínculo societario, ¿cómo podría surgir éste si la voluntad de las partes está únicamente orientada a este *haber*? Esta consecuencia está reconocida también en la l. 31 pro socio (17. 2) y el banco de giro, precisamente, nos brinda un ejemplo apropiado de una voluntad que se orienta a un mero *haber*.

limitarnos a una simple *descripción* del vínculo²⁶, sin intentar dar una explicación jurídica del mismo?

En definitiva, lo que quiero decir es que la subsunción de una moderna relación jurídica bajo un punto de vista romano no es en absoluto reprobable por sí misma, y que la oposición sólo está justificada cuando se trata de impugnar una construcción errónea, a saber, cuando, por ejemplo, falta por completo la cobertura jurídica, o cuando ésta sólo puede llevarse a cabo de forma excesivamente forzada o artificiosa. Pero para pronunciar un juicio semejante, es necesario situarse en el punto de partida del derecho alemán *actual*, es decir, que no basta con que la relación tuviese una forma distinta en el derecho alemán *antiguo*. Por ejemplo, ¿en qué podría mejorar el análisis jurídico del concepto de autonomía del derecho *actual*²⁷ el hecho de que en épocas *pretéritas* fuera necesario para éste la idea de una autoridad legislativa? El testamento romano, tanto en forma como en materia, antiguamente era una *lex*, y algunas consecuencias de esta forma de concebirlo pervivieron hasta la época de los juristas clásicos; sin embargo, ¿a quién de éstos se le pasó por la cabeza que, sólo por ello, la testificación de su propia época tuviera que comprenderse bajo dichos parámetros? Del mismo modo, la ciencia actual tampoco puede ya aceptar un momento legislativo en lo que se refiere a la autonomía de los individuos particulares (miembros de la alta nobleza y de la caballería, antaño directamente dependiente del emperador), sino sólo un aumento de aquella autonomía que se le pueda adjudicar a todo ciudadano, a saber: el derecho de constituir relaciones jurídicas *concretas*, ya sean para personas presentes o futuras. Otro ejemplo: ¿en qué podría servir para la conceptualización actual de las cargas reales el hecho de que el antiguo derecho germánico hablara en éstas de una *Gewere*²⁸? Si ésta ha desaparecido ya del derecho contemporáneo, entonces ni se puede hacer uso de ella como medio de explicación *dogmático*, ni se puede poner en la balanza para explicar jurídicamente dicha institución a través de los conceptos que nos ofrece el derecho *actual*. Desde el punto de vista del derecho actual, la carga real aparece más bien como una consecuencia de la idea jurídica moderna – en la que me parece detectar un progreso decisivo frente al derecho romano– según la cual tanto las pretensiones activas (documento del titular) como las pasivas (cargas reales) pueden vincularse con una cosa de tal manera, que el titular coyuntural de la misma (ya sea poseedor o propietario) se convierte a la vez en el sujeto coyuntural de la pretensión (tanto si dicho sujeto ya existe como si –tal y como creo– sólo *surge* después de la presentación del documento o de la llegada de la fecha de vencimiento de la carga real)²⁹.

²⁶ Véase así, por ejemplo, Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, §388; o Beseler, *System des deutschen Privatrechts*, § 218.

²⁷ Como, por ejemplo, lo ha intentado Gerber en el *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 37, pp. 35 y ss.

²⁸ N. del T.: la *Gewere* es una antigua institución de derecho germánico que carece de traducción a las lenguas latinas. De acuerdo con el derecho germánico, no existe separación entre el *corpus* y el *animus* en la posesión, es decir, entre la cosa que se posee y la intención de la persona que posee. La *Gewere* era así, por lo tanto, un concepto que aglutinaba la posesión, la propiedad y todos los demás derechos reales, de modo que comprendía cualquier relación entre una persona y una cosa que implicase una tutela jurídica.

²⁹ Como sospecho que pasará mucho tiempo antes de que pueda desarrollar más pormenorizadamente la opinión sobre los documentos del titular que acabo de enunciar en el texto, y como todavía no he podido convencerme de la incorrección de la misma, permítaseme exponer la sustancia de mi tesis en unas pocas palabras. En el documento sólo percibo el medio, jurídicamente asegurado, para la *constitución* de la obligación, no la obligación en sí misma. El titular del documento se halla en la misma situación jurídica respecto a la obligación, que el que ha prestado juramento respecto a la herencia. Ambos tienen el derecho (a través de la presentación o de la sucesión) de cobrarse la obligación o la herencia. Pero este derecho es transferible en el primer caso e intransferible en el segundo. Entre los romanos había un medio para hacer totalmente transferible la herencia testamentaria, colocando como heredero no a la persona deseada, sino a sus esclavos. Con los



Y ahora, por volver al anterior reproche de romanización, lo entiendo plenamente justificado en el sentido señalado, y no quiero dejar de decir que, en algunos casos en los que se ha producido, quizá haya sido con razón. Por ejemplo, cuando sostengo que el propósito de conceptualizar los documentos del titular desde la base del derecho de obligaciones romano –como Thöl ha intentado hacer recientemente³⁰– es imposible, no podría objetar nada si en este caso quisieran hablarnos de romanización. Pero de forma igualmente decidida debo protestar contra el hecho de que la tendencia a la construcción civilística, que está significativamente representada por Gerber y Thöl, sea calificada sin más con este apelativo. Porque, ¿qué otra cosa pretende esta orientación, si no es una configuración jurídica de la materia jurídica autóctona, una realización del método jurídico en el derecho alemán? Si se quiere llamar romanístico a este *método* porque históricamente apareció primero con los romanos, entonces la ciencia jurídica seguirá siendo romanizante mientras el mundo exista. No hay ningún otro método y, de igual manera que es irrelevante si el método matemático nos ha sido transmitido por los griegos o por los romanos, lo mismo debería importarnos respecto del método jurídico. La romanización real no es una consecuencia de este método, sino más bien un atentado contra éste, porque entra en colisión con la más alta ley del mismo: la investigación y el reconocimiento de la individualidad jurídica de la relación a construir. En esa mal llamada romanización reside todo el futuro científico del derecho alemán, y no existe ningún medio más seguro para emanciparnos del derecho romano que precisamente éste. En el mismo grado en que seamos capaces de utilizar este medio, crecerá la fuerza de atracción jurídica del derecho alemán y se reducirá la preponderancia del romano. Tan sólo se trata de conceder la misma atención al sentido jurídico y las necesidades del derecho alemán, que la que ya se presta en la actualidad a una parte del mismo: el derecho cambiario. Éste es el único camino real para quebrar moralmente la sobreabundancia del derecho romano, mientras que todas las apelaciones al sentimiento nacional quedarán sin efecto, en tanto en cuanto el jurista siga reclamando alimentos *jurídicos* y no se conforme con la mera materia jurídica bruta o con la historia del derecho. Arrebatarse al propio derecho romano las armas para combatirlo, éste es el verdadero camino para la liberación; de manera que, a mi modo de ver, el lema de nuestra ciencia jurídica podría condensarse así: *a través del derecho romano, pero más allá del derecho romano*. Éste habrá de ser también el emblema de nuestra revista; en él se

esclavos, el propietario podía transferir el derecho de recibir la herencia a cualquier otro. El propietario coyuntural de los esclavos era la persona jurada coyuntural, y no conozco ninguna relación del derecho romano que nos brinde un equivalente mejor para nuestra figura del documento del titular. En ambos casos se trata de una potestad transferible concedida al titular a través de una cosa (el esclavo, el documento) que ofrece el derecho de *constituir* una determinada relación jurídica con carácter discrecional y en cualquier momento. La cuestión de si se presume que existe una obligación antes de la presentación, prácticamente no tiene importancia, al menos hasta donde yo veo. En efecto, si el titular eleva su pretensión frente al deudor, entonces la obligación nace de inmediato. En cambio, ésta no hace falta antes porque, para vender el documento, empeñarlo o, si es posible, reivindicarlo, la presunción de una obligación previamente existente no es en absoluto necesaria. Del mismo modo que, cuando el propietario del esclavo de la relación anterior reivindicaba al esclavo, no estaba reclamando jurídicamente la *herencia* –pero esta vindicación se la aseguraba inadvertidamente, a través del derecho a la herencia– tampoco podemos percibir una vindicación de la obligación, desde el punto de vista *jurídico*, en la vindicación del documento del titular. La única diferencia de ambas relaciones, que no compromete su comparabilidad, reside en que la posibilidad de ganancia está vinculada a la *propiedad*, en el primer caso, y a la *titularidad* en el segundo. La amortización del documento del titular aparece así como una restitución frente a la pérdida de una posibilidad de ganancia (Analogía en el derecho romano: *transmissio hereditatis ex capite restitutionis in integrum*). La fecha de la prenda que se haya constituido como garantía de la obligación (papeleta de empeño) no es el día de la presentación del documento, sino el día de la libranza, lo cual no representa ninguna dificultad, según los principios del derecho alemán, que admite la cláusula de una hipoteca *in personam incertam*.

³⁰ *Handelsrecht*, vol. I, 3ª ed., § 54 y siguientes.

han puesto de acuerdo los dos editores y, en consecuencia, le damos una calurosa bienvenida a todo aquél que quiera trabajar con nosotros en esa dirección.

Hasta ahora he tratado de indicar la senda por la que nuestra revista pretende internarse, tanto para el derecho romano como para el alemán. Esta senda ya nos ha sido dibujada por otros; el tiempo apremia cada vez más para entrar en ella, y precisamente en esto basamos nuestra esperanza de que nuestro propósito sea visto como oportuno. Por supuesto, el objetivo en sí está todavía enormemente lejos. Cuanto más nos persuadimos de esto, menos disimulamos que nuestra revista, en el mejor de los casos, sólo promoverá el trabajo en una pequeña parte, y más inclinados nos sentimos a pedir a los lectores que acepten nuestra empresa con indulgencia. Del mismo modo, les rogamos que consideren el presente escrito introductorio, con el que la lanzo al mundo, no como un baremo con el que hayan de medirse nuestras *aportaciones*, sino como un *programa* del que deberán extraerse nuestras *aspiraciones*.

