

# Crítica del derecho popular y derecho de juristas \*

## Critique of people's law and jurist's law

Georg Friedrich Puchta

Cita recomendada:

Puchta, G. F. (2020). Crítica del derecho popular y derecho de juristas (J. Garrido Martín, trad.). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 359-374.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5283>

Recibido / received: 10/03/2020  
Aceptado / accepted: 16/03/2020

Al evaluar libros sobre cuestiones generales, es necesario volver a la historia de la teoría para determinar si la opinión de los autores incluye un progreso en el desarrollo de la misma. La continuidad con el último momento de esta historia no garantiza un avance positivo, ya que no excluye la posibilidad de alejarse del camino correcto. Regresar por el contrario a una posición anterior puede acarrear un verdadero avance si el último intento supuso tal desviación. Pero ocurre también con no poca frecuencia en relación con esas cuestiones generales, que bajo la apariencia de una nueva perspectiva reaparece el carácter imperfecto de una etapa anterior de la teoría, o que uno termina cayendo en un error previamente evitado y de cuya posibilidad los amantes del progreso creían que estaban a salvo.

El escrito que tenemos ante nosotros trata sobre el origen y el desarrollo del derecho, y sobre la contribución directa o indirecta que el pueblo, la legislación y la ciencia tienen sobre el mismo. Nuestra consideración se dividirá en dos partes, la

\* *Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht*, publicado originariamente en los *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, I, 1844, pp. 1–40. Traducción de Joaquín Garrido Martín

El texto suma una doble dificultad para el lector actual: a la complejidad del estilo de una escritura que se remonta casi 200 años atrás, se suma la inclinación natural de nuestro autor a la exageración y la retórica, acentuada en un texto de estas características, perteneciente al género de la recensión, propiamente crítica en la época, densa y profunda en este caso. El lenguaje en ocasiones especulativo y etéreo se explica, por otra parte, desde las coordenadas históricas propias de la cultura idealista en que está instalada la ciencia alemana de la época, proyectado el lenguaje abstracto de la filosofía a todas las ramas del saber. Desde luego a la Jurisprudencia, elevada ciencia en la Academia de la época. Por último: se ha seguido una traducción, en lo posible, literal. El traductor considera que es el modo más adecuado para propiciar una comunicación lo más transparente posible con el autor; ha querido, en otras palabras, intervenir en su necesaria intermediación lo menos posible el texto original, para que sea el lector el que a partir de la palabra desnuda alemana reinterprete las ideas a la luz de los giros sufridos por los términos y conceptos de un tiempo a esta parte.

preparatoria, que debe contener la explicación de los puntos de vista anteriores, en la medida en que sea necesario para nuestro propósito, y a continuación la comparación de las opiniones del autor con aquellos, de acuerdo con su contenido teórico y práctico.

La época de la Jurisprudencia alemana, que más tarde recibió el nombre de Escuela histórica del derecho, se encontró frente a una teoría del derecho en la que el Estado se había emancipado de su base natural, la Nación, y se había convertido en una estructura mecánica puramente arbitraria. El derecho se atribuyó únicamente al poder legislativo; cualquier otra fuerza productiva que surgiera –y se habrían tenido que cerrar los ojos con fuerza para no ver que existen preceptos vigentes en todos los lugares sin ley alguna que los haya promulgado–, se entendía como un producto indirecto de la misma, manteniéndose así la soberanía del derecho legislado, en el mejor de los casos con la ayuda de la división en leyes escritas y no escritas. Los orígenes de esta teoría se remontan a un pasado muy lejano. Se trata de la teoría que se detiene en la dimensión externa y que en Alemania se vio favorecida por la existencia de un derecho escrito integral, como sucedía con el *corpus iuris civilis* y *canonici*; su formación científica se completó justo antes de que comenzaran las corrientes que se oponían a la misma.

Los intentos de estas últimas de proporcionar al Estado una vida interior a través de su conexión directa con la voluntad divina, independientemente de su base natural, es decir con apoyo en la teoría más antigua, no necesitan ser mencionados aquí.

La Escuela histórica del derecho tomó un rumbo diferente. Volvió al concepto de lo nacional y reconoció en él la base natural del derecho y del Estado. Para ella, la fuerza que surgía del derecho era el espíritu del pueblo, del cual la legislación extrae el contenido de sus pronunciamientos. La legislación pasó de ocupar la posición originaria a la de una fuente de derecho derivada, que deberá reconocer la actividad de otras de igual valor junto a ella, que en parte la preceden. ¿Perdió la legislación reputación, poder y dignidad interior? Podría parecerlo, y el acento firme en la verdad suprimida, como el requerido para negar un error antiguo y muy ramificado, puede hacer que tal opinión sea excusable temporalmente. Sin embargo, el nuevo punto de vista solo podía de hecho producir el efecto de consolidar internamente y realzar esta fuente de derecho, o si este efecto parecía faltar, al menos el punto de vista en sí mismo no tenía la culpa.

Se puede argumentar que el famoso autor del *Beruf unserer Zeit*<sup>1</sup> habría evitado algunos malentendidos, voluntarios y casuales, si hubiera enfatizado el *no-deber* [Nicht-sollen] de la codificación, a pesar de haber apoyado explícita y abiertamente esta posición. *No-poder* [Nicht zu können] fue un reproche imperdonable, y abrió nuevamente heridas dolorosas entre aquellos que ya habían hecho ese intento en vano o habían chocado con esa necesidad. Además, las críticas a los legisladores que crearon sus códigos como Manuales y sistemas, y que querían con ellos no solo gobernar el mundo, sino también educarlo y asombrarlo como si estuviese frente a un descubrimiento científico, fue demasiado acertada como para no resultar hiriente.

---

<sup>1</sup> N.T. Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814).

Sobre todo, la nueva concepción del asunto presentó los dos derechos, el legislado y el designado con el nombre de derecho consuetudinario, en su relación correcta, reconduciendo este último hasta su verdadero fundamento.

El hecho que debía explicarse científicamente fue el siguiente. Un precepto se considera regla jurídica y se aplica como tal bien a través de las decisiones judiciales o mediante la obediencia voluntaria al mandato contenido en ellas. Este uso, esta costumbre debe tener un fundamento de autoridad; como ha sido en tales casos hasta ahora, debe seguir manteniéndose. ¿En qué se basa esta autoridad? Es evidente que la exactitud en la determinación de la autoridad depende de la exactitud en la respuesta que se dé a esta pregunta. Muchos vincularon el asunto con el instituto de la prescripción. Pensaban que del mismo modo en que los derechos pueden adquirirse a través de un uso prolongado o perderse por su falta de ejercicio, las normas jurídicas también podrían surgir *per consuetudinem* y perderse *per desuetudinem*. Sin embargo, a la larga no fue posible ocultar que de esta manera no se aclaraba nada y que no se obtenía con ello ningún criterio práctico para establecer los principios de esa autoridad. La prescripción se basa en la idea de que la duración de una situación de hecho debe suplir una imperfección o, lo que al final equivale a lo mismo, debe corregir la imposibilidad de demostrar la legitimidad originaria de un derecho.

Si se desea aplicar este criterio a las normas jurídicas no es para desplazar la cuestión de su verdadero origen, pues este se deberá establecer o probar con apoyo o con la sustitución del uso. Además, la prescripción produce el efecto de que con su aprobación no solo da lugar a una presunción a favor o en contra de la existencia de un derecho, una presunción que, como tal, siempre admitiría prueba en contrario, sino que en la práctica determina la adquisición o pérdida del derecho, y esta efectividad reforzada, que es necesaria para lograr los efectos beneficiosos del instituto, no genera dudas en lo que respecta a determinaciones legales específicas. No contradice a los principios de justicia el hecho de que los derechos, que todos pueden transmitir por su propia voluntad a través de un negocio jurídico, puedan perderse por un descuido continuado. Muy diferente es aplicar el instituto de la prescripción a las normas jurídicas. Del mismo modo, si un uso prolongado en el tiempo produjera también una regla jurídica, sin ser posible aquí resolver la cuestión específica del origen, entonces tendríamos que reconocer la actividad o inactividad de los individuos en que consiste la costumbre como una actividad que les trasciende en sus efectos, y si complicáramos esta prescripción con todo tipo de requisitos, llegaríamos siempre al resultado absurdo de que una pequeña o grande porción de individuos concretos determinarían a todo un pueblo nuevas reglas como consecuencia de una serie mayor o menor de conductas que se habían emprendido en una determinada dirección.

Poco se habría ganado si se hubiera querido hacer depender este tipo de producción jurídica del legislador, quien en lugar de considerar diligentemente las proposiciones jurídicas y promulgarlas de un modo constitucional permitiría que su función fuera desempeñada por otros de un modo desordenado y poco fiable. Tal legislador merecía ser cesado de su cargo como administrador sin escrúpulos.

Continuando con la búsqueda de la base intrínseca de autoridad de la costumbre, se llegó a la autonomía, es decir, a un tipo de legislación subordinada, implementada por las Corporaciones en su actividad de autorregulación, y en parte también por las oficinas públicas en el ejercicio de sus competencias, en la medida en que la disposición de ciertos puntos se dejaba a su propia discrecionalidad. Así, el modo como estos poderes autónomos establecen normas y estatutos puede también considerarse como un acuerdo tácito, que se expresa en el uso (observancia), y cuya existencia puede ser probada por el advenimiento de la costumbre. Este origen existe

de hecho, pero la pregunta que se formula es si todo el derecho consuetudinario se remonta a este principio originario. Muchos lo creyeron; consideraban a todo el pueblo como una tal Corporación social (diferente al Estado), que a través de un acuerdo tácito establece un derecho que se manifiesta a través de la costumbre, y de la misma manera que sucede con la costumbre popular, se puede encontrar un cuerpo social, incluso en el ámbito de las costumbres territoriales o locales, cuyas normas internas aparecerían en las costumbres provinciales y locales. De la misma manera que hemos encontrado incomprensible en la teoría anterior que un legislador, para concretar su voluntad, deba referirse, para la implementación tácita de las leyes, a la expresión necesaria de la costumbre de sus sometidos, considerados individualmente; del mismo modo, desde el punto de vista del pueblo, debemos decir que no tiene sentido alguno que junto al legislador, que está llamado a expresar la voluntad de la generalidad, exista otro órgano legislativo. En una palabra, que existan dos legisladores diferentes en un mismo Estado. La existencia de tal Corporación, creada por el pueblo al margen del Estado, es pura invención.

En lo que respecta al uso particular, ciertamente se puede remontar a una Corporación como fuente de derecho autónoma, pero este último representa solo la parte más pequeña del derecho consuetudinario; la mayoría de las veces en que se trata de una costumbre es necesario referirse no a una Corporación como tal, sino a un todo natural, que es sujeto de la conciencia jurídica en sí misma considerada, y no en la medida en que toma la forma de un cuerpo social.

La contribución de la Escuela histórica a la teoría del origen del derecho consiste en haber devuelto el derecho consuetudinario al sentido jurídico innato de la Nación, a la conciencia espontánea del pueblo, que se manifiesta en sus integrantes y en su vida jurídica. En este sentido (aparte de los pocos casos en los que el derecho consuetudinario cae en el concepto de observancia), y solo en este, la autoridad de la costumbre es base para el reconocimiento del derecho, ya que lo hace manifiesto y reconocible, a través de los actos de que se compone una común conciencia jurídica nacional (sea de todo el pueblo o de una parte natural del mismo). La costumbre no crea el derecho, solo permite su reconocimiento. No depende de una voluntad artificial, sino de un todo natural, y no es por tanto una decisión o un contrato, sino más bien una convicción, formada en una unidad a partir de caminos invisibles, lo que une a las partes de este todo como tal. Así, Savigny definió en su *System* el derecho de un modo general como «derecho popular», en virtud de su carácter nacional, y de un modo más preciso como «derecho consuetudinario», en tanto en este la nacionalidad del derecho se revela de un modo más inmediato. Tampoco la ley tiene una existencia independiente, contraria a la naturaleza del derecho, y también llama a la legislación, con razón, un órgano de derecho popular, pues del mismo modo como acontece en el derecho consuetudinario también en ella se ven los miembros de la Nación representados.

Consideremos ahora una forma particular de costumbre jurídica, en relación con la cual surge la pregunta de si debe reconocérsele un significado específico, diferente del derecho consuetudinario o popular. Se trata de la actividad de aquellos miembros del pueblo que ejercen una profesión especial en la aplicación del derecho, consistente bien en el conocimiento del derecho en general o desde un determinado punto de vista, o bien en la resolución judicial de casos jurídicos. A esta costumbre jurídica, formada en virtud de las resoluciones judiciales, es común llamarle «uso judicial» (*Gerichtsgebrauch*); el nombre más general de praxis se emplea para hacer referencia a los casos en que se aplica el derecho al margen de los tribunales, y que se apoyan, como el uso judicial, en las respuestas de los juristas. Al derecho resultante de la actividad de estas personas lo denominé derecho de juristas, un nombre que desde entonces se ha asignado al derecho civil. El hecho de que las

opiniones de aquellos que hacen del conocimiento del derecho su profesión, con la intención de utilizarlo no solo para ellos sino también para otros, adquieran una influencia específica en la práctica judicial, está tan arraigado en la naturaleza de la cosa misma, que no depende de unas condiciones especiales ni de la formación de los tribunales. Así, apreciamos cómo en Roma los tribunales no lo componían juristas, sino ciudadanos comunes; del mismo modo en la actualidad, en la que se exige al juez la condición de jurista. Sin embargo, hemos de considerar esta influencia de los juristas no como un hecho histórico, sino como un momento práctico que nos permite reconocer la teoría que hay detrás de la aplicación del derecho.

Nuestra pregunta es la siguiente: ¿qué influencia debería tener el juez, y bajo qué condiciones debería adoptar en su sentencia los puntos de vista de los autores y las decisiones anteriores de casos jurídicos como el que se le presenta? Esto dependerá de la razón sobre la cual descansa la autoridad de estas manifestaciones del derecho.

En la Edad Media se aceptó, sin más, la *communis opinio doctorum*, tenía una autoridad inquebrantable para el juez, sin preocuparse en exceso por la razón del asunto. Cuando en cambio se planteaba esta pregunta, en los casos en que existía una tal opinión común, entonces se daban las respuestas más insólitas, por ejemplo, sería *communis opinio* en la que Accursius y Bartolus estaban de acuerdo, donde esto no sucede entonces son diez autores reconocidos los que conforman *communem opinionem*, y si se alegaba por ambas partes a diez de dichos doctores, entonces decide la edad de los autores en cuestión. Estas insensateces fueron posteriormente rechazadas de forma general, pero solo para sustituir la *communis opinio* por el nuevo ídolo del *usus fori*, que demostró ser tan irracional y supersticioso como obligar al juez a obedecer una opinión simplemente porque en los tribunales del país, o en un concreto tribunal, se había decidido así hasta ahora. Como motivación de esta solución se hizo referencia a la necesaria estabilidad de los pronunciamientos judiciales; una pena sin embargo que esta estabilidad se pareciera tanto a la pereza de espíritu, a la misma muerte espiritual, tanto como un huevo se parece a otro. Algunos le ponen la guinda a este abuso imponiendo a los tribunales inferiores la obligación de seguir los precedentes de los tribunales superiores; es decir: si queremos llamar a las cosas por sus nombres, los jueces de los tribunales inferiores fueron reducidos a meros jueces del hecho, es decir, a jurados populares, de los cuales sin embargo nada dice la legislación del poder judicial.

¿Qué se ganó con esta teoría, si se le puede llamar así? Bien la expulsión de cualquier tipo de progreso intelectual de estos tribunales, o si eso no se lograba, un conflicto permanente entre los viejas y las nuevas generaciones de jueces, donde podía haber la opción de que la victoria cayera del lado de los más jóvenes, a menudo en casos en los que una teoría sólida habría atribuido a los *usus* hasta ahora seguidos una autoridad constitutiva efectiva, pero que la absolutización de la concepción antagónica terminaba en cambio por mezclarse en una masa indistinta con todos aquellos casos en los que no es posible reconocer razonablemente la autoridad del precedente.

Las cosas se presentan bastante diferentes cuando, buscando los fundamentos de esta autoridad, percibimos que la opinión y la práctica común de los tribunales, del mismo modo como sucede con la costumbre, son posibles manifestaciones de un derecho consuetudinario, es decir de una concepción jurídica nacional, que se manifiesta en la actividad de estos miembros del pueblo como sus representantes naturales en el ejercicio de su profesión. Por lo tanto, si la doctrina común y la práctica tienen autoridad, deben ser de una naturaleza tal que pueda inferirse de ellas la existencia de un principio jurídico basado en la convicción

nacional; esta es la base de esa autoridad y su condición previa. Pero, ¿cómo se fundamenta esta identificación entre el derecho de juristas y el derecho consuetudinario?

Ante todo, es bien sabido que una convicción común popular no es necesariamente una convicción de hecho poseída por todos los miembros del pueblo.

No solo tendremos que ignorar a aquellos que no tienen ninguna convicción en absoluto, como los niños y los dementes; también a aquellos que se retiran de todos los asuntos públicos con sus pensamientos y reflexiones a una torre de marfil del tipo que sea; y también a aquellos cuya profesión les aleja totalmente del conjunto de relaciones en las que interviene el derecho, de modo que apenas se dan cuenta de su existencia, o las consideran en modo tan distante que nunca se han formulado un juicio al respecto. Si existe una convicción común sobre el derecho de cambio, no esperaremos encontrar esta convicción entre los agricultores, del mismo modo que no preguntaremos al banquero sobre el derecho de demarcación y los derechos de pasto. Pero incluso entre aquellos respecto de los que sí cabe asumir una convicción efectiva de la norma jurídica en cuestión, es decir, entre los verdaderos portadores de una convicción popular, debemos asignar un lugar destacado a aquellos que, debido a su condición, están en contacto más que otros con cuestiones jurídicas generales o particulares (sin excluir con ello la posibilidad de que el interés individual perturbe el puro reflejo de la convicción popular). Por ejemplo, no supondremos en cada persona dotada de facultad para participar en el derecho cambiario y de mismo nivel intelectual la misma fuerza y profundidad de convicción del derecho de cambio. Por lo tanto, en relación con la convicción popular común habrán de considerarse representantes naturales de todo el cuerpo social aquellos que están más involucrados en los asuntos jurídicos.

En todos estos casos no hemos salido aún de la esfera de la directa convicción popular, del derecho consuetudinario o, si se prefiere, del derecho popular en el sentido más específico del término. Si ahora pensamos en los tribunales formados por personas que no han hecho de este oficio su profesión, pero que han sido llamadas repetidamente para llevar a cabo esta actividad, como sucede por ejemplo con los comerciantes a los que se llama con frecuencia como asesores en tribunales mercantiles, su opinión sobre un problema jurídico de este tipo supondrá para nosotros, *caeteris paribus*, un valor especial, constatando en ellas la expresión de una convicción popular. Así nos encontramos por ejemplo con el autor del *Sachsenspiegel*, que sin duda adquirió la calidad de representante natural de su pueblo, en parte a través de sus dotes intelectuales generales, en parte a través de su frecuente ocupación como juez popular, y a través del éxito que siguió a la publicación de las experiencias que decidió recopilar. Si ahora cambiamos a estos sentenciadores y jueces, de quienes hemos hablado, por aquellos otros que no tienen más profesión que este cargo, y agregamos que han recibido preparación teórica para su profesión, ¿habrán dejado entonces de tener capacidad para poseer esa representación?

Si consideramos las opiniones unánimes de estos juristas y sus sentencias como autoridad, ¿salimos de repente y bajo todas las circunstancias del área de la convicción popular directa? ¿se elimina la posibilidad de considerar a estos juristas como miembros de su pueblo en el ejercicio de su actividad profesional, solo por ser considerados como los más adecuados para su representación natural a través de su profesión? Ciertamente, no. Si la actividad jurisprudencial hubiera tenido algún efecto de desnacionalización, ciertamente no habría sido su culpa; la culpa de tal efecto, por lo demás solo parcialmente concebible, habría sido atribuible no a la actividad del estudio en sí, sino a un estudio mal desarrollado. Por otro lado, no sería pueblo sino

mafia [*Pöbe*] aquella en la que el erudito, debido a esta cualidad, pierde su popularidad y es eliminado como elemento extraño.

En este punto podemos fijar la teoría del origen del derecho desde el punto de vista de la Escuela histórica. En la identificación del derecho con la Nación reconoció las dos fuentes de derecho que están dotadas de una autoridad externa (directa o indirecta) de la voluntad popular: convicción popular directa y legislación. Alguien ha intentado agregar el *derecho de juristas* (*Juristenrecht*) como tercera fuente, como un derecho que surgiría de la sustitución de la clase de juristas (*Juristenstand*) por el pueblo, con la consecuencia de atribuir a este derecho un valor de derecho popular en el mismo sentido en que se atribuye al derecho legislado. La incorrección de este punto de vista resulta de la observación que se acaba de hacer, en la que hemos visto que no hay distinción cualitativa entre la conciencia popular directa y ese derecho de juristas, y esto se confirma si comparamos esta relación con la de la legislación. Una norma jurídica no se aplica porque se trate de la convicción perteneciente a la clase de los juristas, sino porque esa convicción es una convicción popular. La ley sin embargo se aplica porque es promulgada por el legislador; se espera que se corresponda con la verdadera voluntad nacional, pero su validez no depende de un examen de esta presuposición; el legislador, por supuesto, también debe considerarse como el representante natural del pueblo, pero al mismo tiempo está instituido por la constitución, cuya voluntad es fingida como la voluntad del todo. Por ello, la legislación es una fuente jurídica formalmente independiente, a diferencia de cuanto ocurre con la conciencia del estamento de los juristas.

Pero, además de estas dos fuentes de derecho, cuyo producto llamamos derecho consuetudinario y derecho legislado, surgió una tercera, que las complementaba. Sucede que el juez, incluso en casos en que el sistema jurídico es de gran extensión, necesita un complemento de integración sin el cual en muchos casos no dispondría de norma de decisión. En tales casos, toma el derecho aplicable de los principios del derecho existente; en virtud de la naturaleza racional del derecho, lo que se deriva por necesidad interna del derecho dado deberá considerarse también derecho aplicable. Es tarea de la ciencia reducir el derecho establecido a sus principios, así como derivar las adiciones necesarias. La Jurisprudencia no tiene por tanto únicamente una tarea receptiva, sino que, como cualquier ciencia verdadera, tiene una labor productiva, integrándose ella misma en el sistema de fuentes del derecho.

He denominado «derecho científico» al derecho generado por ella, un derecho que a diferencia de los otros anteriores no se basa en una autoridad externa, sino solo en una interna, pues es válido únicamente por la verdad de su deducción. También es aplicable el nombre general de derecho de juristas, en la medida en que este derecho se expresa externamente en la actividad teórica y práctica de los juristas. Sin embargo, mantener en la actualidad la diferencia entre este y el tipo de derecho de los juristas mencionado anteriormente es de suma importancia, ya que aquí, la opinión jurídica común y la práctica, como práctica de un derecho que basa su pretensión de validez solo en su verdad, nunca puede tener autoridad externa, como sucede con el derecho consuetudinario. Savigny ya usó el término derecho científico para el derecho de juristas en ese primer sentido. Yo desaprubo esta expresión, de un lado porque no existe un vínculo sustancial entre la función del jurista y su cualidad como científico; de hecho, la expresión se emplea para hacer referencia a los que son meros expertos en derecho antes incluso de que nazca una ciencia jurídica en el sentido adecuado; de otro porque esa expresión significaría que la entera producción de los juristas se limitaría a esa función, o porque, incluso sin negar una función estrictamente científica adicional, formaría sin embargo una función única y una misma clase de producción jurídica con la anterior. He indicado que era necesario ir más allá del punto de vista

de la pura Escuela histórica para llegar a esta tercera fuente jurídica. Esto se comprenderá de forma clara si se considera que esta Escuela otorga preferencia a la dimensión libre del derecho, porque este es el lado histórico, sin negar el lógico o racional, pero sí desplazándolo a un segundo plano, atribuyéndole así menos influencia de la que mereciera.

¿Cómo encajan las opiniones de Beseler con estas conclusiones? Podemos esperar una considerable desviación respecto de las mismas; ya a primera vista uno se da cuenta de que el autor ha querido ofrecer una interpretación peculiar sobre este asunto.

Ante todo, niega la piedra angular mencionada de la teoría de las fuentes jurídicas iniciada por la Escuela histórica, al privar a la ciencia de su poder productivo. No entiende que la deducción de un principio jurídico es una producción por razones internas, ya que los principios y preceptos jurídicos derivados del derecho positivo están ya ahí contenidos, de suerte que no es la ciencia la que los produce, como tampoco el minero produce el mineral que extrae del interior de la tierra a la superficie.

Si con esto se quiere decir que una verdadera creación es solo aquello que surge de la nada, entonces es algo que por supuesto tenemos que admitir; pero debe agregarse de inmediato que tal verdad no es aplicable a nuestra pregunta, ya que desde este punto de vista nunca podría hablarse de una creación en un sentido humano, particularmente, de la creación humana del derecho. Se elogia al artista cuando logra presentar una idea de manera tan apropiada que podemos ver en ella la forma innata y necesaria; sin embargo [según la perspectiva de Beseler], se debe negar la denominación de creación a esta actividad, para atribuirle la del mera chapuza, cuya *mulier formosa superne desinit in atrum piscem*. Del mismo modo, un pueblo que da forma a una idea jurídica arraigada en él de un modo que se ajusta al concepto de derecho y a la naturaleza de las relaciones existentes hasta el detalle, tendría una capacidad menos creativa que la de aquellos que impulsados por un espíritu inconsistente (de existir esto), inclinado hacia lo contradictorio y desigual, da lugar a un derecho cuyos preceptos son incompatibles unos con otros.

Si por tanto nos referimos, como es razonable, exclusivamente al ámbito de creación humana, entonces no podremos sino afirmar, que así como la tierra da a luz a la planta a partir de la semilla, la jurisprudencia crea las normas jurídicas, de acuerdo con las cuales se valorarán, por ejemplo, las circunstancias particulares de la sociedad anónima; o se decidirá sobre si el juez de un Estado constitucional ha de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de una ley en la aplicación de la misma; o se atenderá a la pregunta sobre la pertinencia de prueba procesal que demuestre la promulgación de una ley o la existencia de un derecho consuetudinario, etc. Podemos decir que estas normas jurídicas, dado que se derivan del derecho vigente en virtud de su naturaleza racional, ya existen en su esencia. Pero esta circunstancia no nos impide considerar como creación la actividad misma en virtud de la cual son llevados a la conciencia y así transformados de la realidad desarticulada a una existencia actual (*actuellen Dasein*); y si alguien quisiera oponernos el ejemplo del minero y el mineral, entonces la única lección que podría extraerse sería la de que él concibe la actividad científica como una actividad mecánica, a la que por tanto no reconoce creatividad alguna.

Si lo relacionamos con este punto central del sistema de fuentes, el escrito que tenemos ante nosotros es solo una regresión, ya que el autor no avanza más allá del punto alcanzado hasta ahora, no reemplaza con una aportación positiva la que ha negado, de modo que no da solución a la necesidad práctica a que arriba. Esta consiste, como ya se mencionó, en la correcta valoración de la autoridad de la doctrina

y práctica común, en la diferenciación del doble influjo ejercido por los juristas en el derecho. Así, durante siglos ha sido opinión dominante y práctica seguida acreditar prueba procesal del derecho consuetudinario. Si es un derecho consuetudinario, entonces ningún juez está autorizado a desviarse de él; completamente diferente es si se trata (y así sucede en realidad) de una doctrina, un derecho basado solo en razones internas. En este caso, todo juez que continuara aplicando una doctrina de cuya equivocidad estuviera firmemente convencido, actuaría en contra de los principios que presiden su cargo, desatendería su deber. La deseable estabilidad de la justicia estará también suficientemente preservada; nada está más alejado de nuestros principios que hacer del juez una veleta, dirigida por los vientos de cada nueva doctrina; los verdaderos nuevos descubrimientos no son tan habituales como para generar dudas en quien debe seguirlas. Siguiendo el punto de vista del autor, o se cierra la puerta a que el progreso científico se abra a la práctica, hecho este que afectaría a la parcela del derecho alemán más que a ninguna otra; o abríamos si no una puerta que daría paso a una arbitrariedad que descuidará la praxis, en la cual se basa por su parte el verdadero derecho consuetudinario

El punto central del escrito, y lo que parece sobresalir como nuevo, es la opinión de lo que solemos denominar derecho consuetudinario. En este lugar, Beseler propone tres conceptos diferentes, que denomina derecho popular, derecho consuetudinario y derecho de juristas.

El derecho popular se define como el derecho que emana del pueblo y que vive en su conciencia. A partir de este concepto, parece que en una primera aproximación no hay contradicción con el derecho consuetudinario y el general de los juristas, las palabras de la definición habrán de entenderse en un sentido muy particular, y así es en efecto. La distinción con el derecho consuetudinario se establece expresamente. Para el derecho popular es indiferente si se manifiesta en la costumbre o en el uso. Así es como debemos entender la vida en la conciencia: podría darse el caso de que una mala costumbre hubiera excluido la aplicación del derecho popular; esto es indiferente para su existencia, basta con que exista en la conciencia de las personas. Ahora bien, esta es realmente una nueva visión del asunto; otra cosa es en efecto comprobar si esta vida de derecho ideal e inaccesible se manifiesta al sentido común. Dejamos esta cuestión en suspenso por ahora, y también prescindimos de la cuestión de si esta invención quizás no sea solo un malentendido o una mala aplicación de la verdad que enseña que el derecho no surge de la costumbre, es decir, que su origen es independiente de la costumbre. Pero todavía no estamos suficientemente informados sobre la naturaleza de este derecho popular. Es necesario que sepamos qué se entiende por pueblo. El paso más importante para la verdadera teoría del derecho fue dejar de considerar al pueblo, en el sentido político de los gobernados, como la fuente del derecho no escrito, como se había considerado durante mucho tiempo y en diferentes formas, y reconocer en el todo natural, la Nación, el sujeto de la conciencia jurídica. Beseler tiene la intención honesta de no apartarse de este punto, esencial para una comprensión correcta, y rechaza expresamente la confusión anterior con la noción de los súbditos. Desafortunadamente esto no le impidió asociar de nuevo inesperadamente la palabra “pueblo” con un término que no era inusual en el lenguaje común, pero que era un concepto notablemente diferente al de Nación. En todo su trabajo subyace la idea, de que bajo la noción de pueblo ha de entenderse solo la parte que resta una vez que los juristas son excluidos del mismo. Sin embargo, a este pueblo, a su Nación, pertenecen no solo los campesinos y la clase media baja –aunque del mismo modo también aquí podría haber establecido aquellos límites con el mismo apoyo, en base al uso vulgar del idioma–; no, también cuenta a las personas con formación, incluso a toda la nobleza; solo los jurisconsultos están excluidos, estos han quedado contaminados por la ciencia que, no se sabe cómo, les ha privado de la inmediata

conciencia jurídica nacional. De esta manera vuelve a proponer una vieja concepción, pero bajo apariencia diferente: antes el pueblo debía enfrentar el poder, ahora es a los juristas a quien deben enfrentar.

Debe entenderse que no se refiere solo a aquellos juristas que no conocen o practican correctamente su profesión; se trata de los juristas como tales. Y aun disgustando a nuestro autor en tantos puntos el derecho de los juristas, está lejos sin embargo de pronunciar un juicio condenatorio de la totalidad de juristas. Habría hecho bien entonces en ofrecer una respuesta mucho más fundada a la pregunta acerca del derecho que tiene el pueblo, escindido de sus juristas, de asumir la posición eminente que se le atribuye para los asuntos jurídicos, en lugar de otorgarlo tácitamente, como prefiere hacer Beseler. Aclaremoslo con una analogía. Así como el derecho es algo nacional, también hay religiones que tienen esta cualidad, como son las paganas. Si en este punto alguien dijera que una religión popular es aquella que nace y vive en la conciencia de la gente sin contar en ella a los sacerdotes, y no porque corrompan la religión popular a través de conceptos equívocos o fraudulentos, sino por su propia cualidad de sacerdotes –y esta antítesis entre pueblo y sacerdotes es también un lugar común–; si se hiciera tal afirmación, uno caería manifiestamente en el error. Si ahora substituimos la religión popular por el derecho popular, y los sacerdotes por los «sacerdotes de Themis», entonces obtendremos, si no me equivoco, el punto de vista de nuestro autor.

La determinación conceptual de este derecho popular parece aún más precaria que su justificación. A este punto el autor dedica un capítulo específico, cuyo contenido en lugar de resolver el problema solo lo hace más evidente. La fuente más segura de conocimiento de una convicción popular, su efectividad práctica, no se atiende en absoluto, ya que para él el derecho popular debe ser independiente del *usus* efectivo. Pues bien, el pueblo mismo conoce, naturalmente, su propio derecho; esto está ya dicho en la definición del derecho popular; pero esto sin más no ayudará mucho al sistema judicial actual: este conocimiento deberá ser adquirido por algunos. Estos tienen que tratar de acercarse al pueblo, hacer indagaciones sobre él, para llegar más tarde a una conclusión a partir de aquellas indagaciones inmediatas, etc. Según Beseler, el abogado podrá obtener este conocimiento muy fácilmente, no será mucho más difícil para un instructor, muy difícil resultará su obtención para el juez superior, «que casi solo se ocupa de dictámenes» (la situación de un juez tan superior debe ser terrible, sobre todo si es, como aquí se presupone, desde su nacimiento –recuerda al ceremonial de los cuentos de hadas en los que el rey parece ir a la mesa y acostarse con el cetro y la corona), y se vuelve casi imposible para el académico universitario; con suerte se harán excepciones, de lo contrario no habríamos podido obtener este libro de las manos de su autor.

Se necesitó mucho esfuerzo para escribir este capítulo sobre el conocimiento del derecho popular, sin darse cuenta de la vaguedad absoluta y de la imprecisión de las instrucciones proporcionadas, hasta llegar a generalidades tales como: todo depende de un sentido «imparcial, sensible, de una mirada natural despierta, de un celo por lo real y lo verdadero»; o: se debe atender «al correcto término medio entre la duda y la creencia», un término medio que seguramente sea uno de los más desconocidos de todos.

Parece sin embargo que Beseler se ha dado cuenta de la impracticabilidad de sus reglas para el juez, ya que busca otra forma de garantizar la aplicación de su derecho popular. La más simple para él parece ser la de llevar a los tribunales a las únicas personas que, en su opinión, tienen una conciencia natural e innata. Para este propósito somete la constitución judicial actual a crítica en el noveno capítulo. También se refiere a una cantidad de cosas que no están relacionados con este punto,

así por ejemplo con los tribunales populares, cuya introducción es irrelevante para su derecho popular, ya que los jueces populares no se apoyan en el derecho, sino que están limitados por el *Factum*. Para las violaciones de la cuestión legal, como declarar a la parte culpable contra un acusado totalmente transferido, si el jurado considera que la ley es demasiado severa o injusta, no tomará protección ni deseará su derecho consuetudinario. Dado que esta importante pregunta no recibe nueva luz en la relación con su objeto, como por otra parte no es para ser tratada de pasada y en una nota, habría sido seguro beneficioso que se hubiera dedicado a estas tesis y a otras de importancia análoga. No sorprende que se incurra en imprecisiones cuando se procede de un modo tan movedizo, especialmente con respecto a cuestiones que no entran en las competencias específicas del autor. Una declaración tiene sin embargo un carácter diferente al de una imprecisión teórica, es la afirmación de que en Alemania, de hecho, existe una discordia general contra los tribunales ocupados por juristas. Puede que esta declaración, junto con algunas otras, se explique como una complacencia para ganarse el favor de un partido político, o puede que sea atribuible al celo apasionado de nuestro autor por su idea del derecho popular, como preferimos pensar, pero en cualquier caso la afirmación de tal hecho, cometida desde su posición y sin aportar prueba, constituye una imprudencia difícil de disculpar. Ciertamente, el autor no querrá aportar como prueba la consideración de que «a un observador cuidadoso no se le escapa la existencia de una opinión generalizada sobre la incompetencia de los órganos de justicia». Nadie duda de que debido a la intervención de la censura, en la imaginación de quienes ven la vida solo a través de los periódicos se forma la convicción de que detrás de cada expresión de descontento hay uno mucho mayor, que sin embargo no puede manifestarse. Sin embargo, con un poco de reflexión debería entenderse que la censura solo interviene excepcionalmente para ocultar las expresiones de intolerancia hacia los tribunales dominados por la doctrina legal. En base a mi experiencia en tres estados alemanes, me atrevo a decir que en general, entre todos los posibles motivos de descontento del pueblo, uno de los últimos son los jueces y su consideración como profesionales del derecho; que incluso en tiempos de una a menudo alimentada creciente desconfianza, los tribunales han preservado su honorabilidad frente al pueblo.

Pero dejemos reposar este punto hasta que el autor se complazca en compartir las experiencias que le han permitido dar lugar a dichas acusaciones, y dirijamos la atención a la reforma judicial que propone para remediar la falta de reconocimiento de su derecho popular. Esta consiste en que los tribunales, además de juristas, a quienes él mismo considera indispensables, los integren miembros del estado laico, es decir, lo que él denomina pueblo. El fracaso de tal intento en los Tribunales Regionales Superiores de Württemberg no le desalienta; antes bien concede gran importancia al éxito que han tenido los tribunales mercantiles mixtos, olvidando el destacado papel de la institución profesional de juristas mercantiles, que ha proporcionado cohesión y unidad de juicio a todos los miembros individuales de la clase profesional. Propuso otros tribunales especiales, como por ejemplo los tribunales de la nobleza, los tribunales de campesinos, para las relaciones jurídicas en las que se ven afectados, y también yo, que he tenido la oportunidad de experimentar la vitalidad y el éxito de estas instituciones en casos individuales, podría considerar esta propuesta totalmente legítima. Pero esperar que el campesino (a menos que sea un mal propietario, de la clase de los llamados reyes campesinos, abogados-campesinos, los innumerables secretarios de los tribunales y los jueces populares, que recibirían en ese caso con alegría un asiento, que sin embargo no sería fácil de ofrecer de un modo natural); esperar que el buen artesano, que el empresario y el comerciante participen continuamente (y con un compromiso constante) en los tribunales ordinarios, que comprometen todo su pensamiento y reflexión, y lo que es aún más importante, todo su tiempo, a la idea de un derecho popular; esto es más de lo que se puede esperar de una persona experimentada, es

puro arrebató. Si ya por esta razón la reconstitución de los tribunales populares puede considerarse indudablemente un aborto, si además agregamos la reducción considerada necesaria de los distritos judiciales, con el aumento correspondiente de tribunales que deben ser todos colegiales, y los costes relacionados con los funcionarios judiciales, locales, etc.; si agregamos, nuevamente, la dificultad cada vez mayor de encontrar legos no remunerados, cuyas actividades paralelas propician que las víctimas sean sometidas a ellos; entonces, todo el plan es tan desfavorable que uno no debería enojarse con nadie que lo considere uno de los menos prácticos de la historia, aunque haya fluido de la pluma de un erudito.

No deberíamos entusiasmarnos con un derecho popular como el imaginado por nuestro autor, ni adherirnos a aquellos que contemplan con melancolía los jurados populares del pasado, como la de ese hombre que mirando la ropa de su hijo recuerda los días felices de su infancia, pero que ciertamente no puede pensar en revivirlos adaptando esa ropa a su cuerpo ahora desarrollado. Podrían buscar razones para defender dichos tribunales conforme a las exigencias actuales, si al menos este deseo se limitara a lo que es materialmente posible. Sin embargo, para el derecho popular de Beseler, la impracticabilidad de sus tribunales populares es una sentencia de muerte, y este es un punto donde la evaluación práctica y la crítica teórica de su concepto de derecho popular se encuentran perfectamente.

El derecho consuetudinario, cree Beseler, debe ser expresión del derecho popular, pero este no es siempre el caso, añade, pues a menudo se ha abierto a tendencias impopulares y, con frecuencia ha sido hostil con el derecho popular.

De acuerdo con la mejor doctrina del derecho consuetudinario, esto es imposible, pues o bien la costumbre encuentra su fundamento en una convicción jurídica nacional, y entonces su contenido puede ser contrario a lo que unos u otros consideran popular de acuerdo con su visión subjetiva, sin dejar por ello de ser *vox populi*; o la costumbre consiste en un ciego actuar, o incluso el mero ejercicio de una opinión doctrinal, pero en tales casos [esa costumbre] no porta derecho consuetudinario alguno.

¿Cómo llega Beseler a un conflicto con el derecho popular? Simplemente renunciando al principio establecido de la autoridad de la costumbre, y volviendo a la noción irracional de que el derecho surge de la costumbre, como un tipo de prescripción. Él asegura que «en cierto sentido» su escrito ha partido de esta idea para adoptar «su propio» camino, y en realidad, en base a algunos de sus resultados, no es del todo improbable excluir ese punto de partida. No obstante, quizás deba considerarse que el grillo del derecho popular ha tenido a su vez cierta influencia en el regreso a la tumba de esa antigua concepción. Gran parte de lo que se reclama como un derecho popular válido contradice el derecho popular verdadero, que es idéntico al derecho consuetudinario. Dio una versión cómoda, desarrollándola hasta tal punto que termina reconociendo como realidad lo que comienza en el error y la imprudencia, la ceguera y la pequeñez del espíritu, que el simple paso del tiempo puede sancionar definitivamente. Presentar el derecho consuetudinario como un engendro sin cabeza me parece un truco por parte de nuestro autor para que seamos todavía más receptivos a las bellezas de su derecho popular; trata de eliminar los cimientos de nuestro sólido edificio para que, desesperados, busquemos refugio dentro de las puertas abiertas de su castillo en el aire. Elogia la parte de mi libro que impugnaba la doctrina anterior de la prueba del derecho consuetudinario y la substituía por las instrucciones para un tratamiento práctico verdadero, pero, honestamente, no puedo aceptar las alabanzas desde su punto de vista. Pues si se admitiera que el llamado derecho consuetudinario no fuera más que un derecho presuntamente nacido de la mera costumbre, si esta gran afrenta se hiciera a la gente,

por la simple razón de continuar aceptando como verdadero lo que hasta ahora se ha considerado como tal; si se aceptara que ese derecho era como una cadena, cuyos eslabones se producen por simple práctica, hasta que el anillo trigésimo, cuadragésimo o centésimo llegó a concluirlo y envolverlo alrededor de un esclavo indefenso; si, finalmente, se admitiera que la voluntad general, tal como se expresa en el derecho consuetudinario, se degradó a un mandato jurídico formado a través del mero paso del tiempo, entonces yo, inmediatamente, abandonaré mi tesis, y consideraría completamente justificado que al que propone tal pseudo-derecho se le imponga la misma carga probatoria que a quien establece un periodo de prescripción para sus pretensiones. Soy lo suficientemente presuntuoso como para suponer que en mi libro he establecido tal grado de conexión sistemática que creo no se puede condenar libremente un principio y aceptar fácilmente sus consecuencias.

El derecho de los juristas, cuando no se basa en una pura deducción científica, será llevado, como en el presente escrito, como un barco en mares tormentosos, a veces transportado por el aire, a veces devorado por un abismo. En primer lugar, se le da una posición completamente independiente. La profesión jurídica aparece como un senado legislativo, que dicta derecho sin rodeos, como fue el caso de los juristas romanos; pronto debió recurrir a la costumbre para sus inventos, a fin de poder importar sus productos por estos oscuros caminos del contrabando a través de las fronteras; este debió ser, principalmente, el digno método de los juristas alemanes. Así han importado desde el principio el derecho romano, y más tarde una gran cantidad de modificaciones, el *usus modernus* de este derecho, como enmiendas a un código. La idea de que en algún momento existiera un impulso nacional, al que se podría atribuir ese gran evento, de esto naturalmente no cabe hablar – tan poco como respecto de nuestras constituciones, que nadie afirmará que han crecido en suelo alemán. ¿Qué fue lo que empujó a los primeros alemanes a Bolonia en número tan significativo? ¿Se trataba quizás de las almas de los futuros juristas alemanes, que estaban ya en aquellos cuerpos cometiendo excesos? Pero si no nos detenemos en esta pequeña dificultad de la relación entre causa y efecto, uno puede ver que se trata prácticamente de la visión que tiene Heineccius del edicto pretorio y sus ficciones, que honra al pueblo alemán tanto como al pueblo romano. En ambos casos, se supone un grado bastante alto de estupidez al pueblo que contempló pacientemente estas usurpaciones, hasta que la red le cubría por completo. Pues no se debe dudar de que el pueblo tuvo el poder de remediar el escándalo, ya que tenían suficiente intelecto para darse cuenta, pues los soberanos, la alta y pequeña aristocracia también pertenecen a la Nación de Beseler.

Pero Beseler, en realidad, no considera aquella producción jurídica de juristas una usurpación; aunque lo deseable sería que los juristas no existieran, dado que existen, ese poder les pertenece por derecho. Pues aprueba expresamente el punto de vista de Maurenbrecher, aunque este no es otro que esa antigua y degenerada doctrina de la *communis opinio doctorum* y su autoridad externa sin fundamento. Y así se nos devuelve al punto de partida; la producción de normas a través del mecanismo de la consecuencia jurídica y la analogía, errores teóricos, malentendidos prácticos, las reflexiones de las concepciones nacionales del derecho, todo se reunió en una sola masa, se legitimó con el sello del *derecho de juristas* y se impuso para nosotros como un vínculo indisoluble hasta que, tal vez, un legislador compasivo se apiadara de nuestra miseria. No se puede negar que los juristas, a quienes excluyó de la Nación, «formaron en ocasiones un órgano de derecho popular, o favorecieron una formación jurídica racional, pero esto, en verdad, no siempre ha sido así (y hemos dicho “en ocasiones” con la debida precaución), siendo algo en sí mismo accidental, respecto de lo cual por tanto no sería justo derivar tal perfección de poder». Y así, se enlaza la costumbre irracional con la autoridad irracional de la *communis opinio*: «la costumbre ha dado sanción jurídica a este trabajo de juristas». Pero para que los

juristas no se jacten demasiado de su poder (ya que se podrían confiar a la alegría de un poder irracional) se presenta delante de ellos, como en un espejo, un retrato ante el cual deberían estar asustados hasta la muerte. El orador del *pro Murena* ya ha dicho bastante sobre esto. Difícil de explicar cómo llegó a esas conclusiones, ya que ante sus ojos tenía juristas que aún no se habían formado en una clase profesional particular, es decir, aquellos juristas romanos a quienes Beseler otorga todo lo que niega a los juristas actuales. Comparando la *Philippica* de hoy con la romana, uno podría llegar a pensar también en el caso de nuestro orador, en las disculpas que introduce Cicerón en su discurso, *apud imperitos dictum, aliquid etiam coronae datum*, y la cosa no sería entonces tan mala, si la oración ciceroniana, al igual que la de Beseler, fuera acuñada arbitrariamente y referida a los juristas alemanes.

Algunas acusaciones no están del todo claras. Dos males pesarían en particular sobre la jurisprudencia alemana y determinarían el carácter de nuestro *derecho de juristas*: la erudición estéril y la teoría alejada de la vida. Esta acusación proviene de la necesidad de explicar la incidencia supuestamente modesta de los juristas en la realidad. En otros aspectos, sin embargo, atribuye a estos eruditos estériles, a estos teóricos sin vida, una capacidad formidable de intervención, como por ejemplo con la introducción del derecho romano. Esto es un misterio, a menos que se admita que la erudición estéril y la manía teórica pedante representan, al mismo tiempo, un aspecto del carácter del pueblo alemán, lo cual explicaría que los juristas que poseen estas cualidades sean considerados hijos auténticos de su pueblo y hayan tenido esa influencia inmensa en el derecho. Y, de hecho, si esas son realmente las características propias de los juristas alemanes, ¿dónde las habrán obtenido si no de un modo hereditario? Por otro lado, si solo se querían considerar los excesos de la erudición, entonces uno difícilmente podrá creer que los tratados sobre el *ius civil papirianum* sobre *obvolutio*, sobre el *antestatus*, sobre *lanx* y *licium*, y otros *amoenitates iuris romani et germanici* hayan causado un daño significativo desde el punto de vista práctico. Y si fuera cierto que «los juristas perdieron todo contacto con la vida jurídica alemana originaria», entonces lo habrán hecho en la misma medida que todo el pueblo alemán. Pero que el poder judicial alemán haya mantenido a los juristas alejados de la precepción y comprensión de las relaciones sociales, es una afirmación que a cualquiera que haya vivido en los tribunales, incluso transitoriamente, le resultará extraña. Si como opina Beseler algunos letrados no han sabido aprovechar todas las oportunidades que se les brindan en todas partes, no se puede cargar la culpa de ello al sistema judicial, pues de cualquier otra forma podrían haberse inclinado al estrecho y pedante mundo libresco. Qué injusto, finalmente, cuando nos presenta en los términos más duros «la cantidad de basura inútil, sermón superficial, absurdos y errores múltiples del montón de literatura jurídica alemana», sin considerar el gusto propio de nuestro país por la escritura, y sin tener en cuenta que todas las demás ramas de nuestra literatura han presentado, si no más, ciertamente no menos cantidad de “carne de canon” («*Kanonenfutter*»). Además, es un hecho extraño que tales condenas generalmente se pronuncien mucho después de aflorar el pecado. Después de, como espero, haber reunido la fuerza y habernos dispuesto a un cambio mejor, aunque presentemos aún flaquezas de diverso tipo, tenemos todavía que soportar estos violentos reproches que nadie se atrevió realizar a nuestros predecesores, quienes a pesar de sus defectos, avanzaban seguros. Nuestro autor se asemeja a esos predicadores que dirigen sus reproches a una audiencia devota, pero que en realidad van dirigidos a pecadores ausentes.

No considero en absoluto que el estado actual de la jurisprudencia sea tal que yo y alguno más de nosotros no debamos tomar en serio algunos de estos reproches. Por lo demás es seguro que el orador no dejará de recordarlos. Tan solo pido una cosa, que Beseler no insista en su concepción del derecho popular como un criterio infalible para nuestra actividad, pero sobre todo para su propia actividad, ya que esto

podría generar quejas de conciencia insoportables, pues otros podrían interpretarlo de acuerdo con el odio personal y la arbitrariedad, introduciendo «su propia opinión discrecional y su concepción completamente arbitraria del derecho», en lugar del «derecho común del Estado», de «regulaciones estatales y de las loables y honestas costumbres locales»; y este nuevo daño sería mucho peor que el antiguo literalismo [*Buchstabendienst*].

Por otro lado, el hecho de que «ciertamente no sea una demanda insignificante dirigida a toda una clase renunciar al poder exclusivo de una ascendencia y estar satisfechos con la influencia que el mayor conocimiento y habilidades otorgan de acuerdo con su valor intrínseco», de suerte que «tal sacrificio podría parecer inasumible para almas mezquinas y egoístas», le proporciona el punto de partida para una penetrante advertencia final que apenas puede considerarse un obstáculo significativo (siempre que esta *peroratio* no sea más que una *lex erratica*). De ese «dominio» de un todo, cualquiera que fuera su consistencia, recae en cualquier caso una mínima parte en cada miembro de una forma tan imperceptible que algunos probablemente constaten esa posesión gracias a Beseler por primera vez, y difícilmente un jurista se negará a intercambiar los bienes ofertados por aquel.

Resumiendo una vez más la tesis contenida en este trabajo, se puede decir que con él volvemos a una concepción anticuada del derecho consuetudinario y del derecho de juristas, que ni los justifica en el plano teórico, ni tampoco ofrece una guía para una aplicación práctica razonable. Para llenar este vacío, el autor nos ofrece un derecho llamado popular, cuyo conocimiento no es posible obtenerlo a través de reglas mínimamente seguras, confiables, racionalmente satisfactorias, ajustadas a las necesidades prácticas, reglas que sean capaces de garantizar la diferencia entre la verdadera conciencia nacional de los meros deseos y beneficios individuales, garantías frente a fantasías y predilecciones teóricas. ¿Y cómo llegó Beseler a este concepto arbitrario del derecho popular y a sus contradicciones? ¿O cómo ha llegado a quedar atrapado en él? Creo que esto ocurrió, entre otros motivos, debido al descuido de la primera regla que se ofrece a aquellos que se sirven de una palabra tan ambigua como es la de pueblo, a saber, la de dar cuenta en todo momento del significado del mismo. Si hubiera usado la palabra menos proteica «Nación», entonces es probable que dos tercios o más de su libro no se hubieran escrito.

Dado que priva al derecho no escrito de su apoyo intrínseco, del que no queda más que la infundada fuerza de la clase de los juristas, del mismo modo como supone un poder de negación de la jurisprudencia por parte de esa *reliquia multitudo* que para él es el pueblo, no dejando en el análisis final más que el poder irracional de una costumbre sin principio, no es de extrañar que se arroje a los brazos de la autoridad formal, elevando las funciones legislativas en la misma medida en que ha reducido el derecho no escrito. Ya desde la salida y primeros avances del barco, el lector experimentado podía presagiar que sería necesario ingresar a este puerto de emergencia.

Sin embargo, desconcierta descubrir cómo un joven docto, que siente una fuerza científicamente constructiva y que ya ha puesto en práctica, pueda defender la Codificación, es decir, la creación de un sistema jurídico por medios legislativos; cómo delega a la autoridad externa del legislador lo que la creación libre de la ciencia debe producir; cómo se refugia en la debilidad y pobreza de espíritu, y entra en ese orden cuyos votos implican una renuncia al enriquecimiento espiritual, la generación y el conocimiento propio. Este fenómeno es aún más sorprendente en un germanista, al que no le excusa, como a un romanista, el hábito de un derecho escrito, que algunos han considerado y tratado erróneamente como una Codificación; que abandona los campos abiertos y bosques verdes para encerrarse entre muros monásticos; que

prefiere entonar la liturgia de las horas en una noche gélida de oquedad, en lugar de la canción de caza lanzada al viento como el canto de la alondra; quien ahora en sus últimos días ansía aquella manzana mordida que una Eva civilizada ya hace tiempo desechó.

¿Para qué necesitamos, en este contexto, a los antiguos legisladores a quienes Beseler evocó como modelos, cuando el genio y la fuerza del político dirige al pueblo en la dirección correcta a través de la acción de la ley, y para los que (y no para juristas ciertamente) el dicho dice: *etenim qui ex errore imperitae multitudinis pendet, hic in magnis viris non est habendus*? ¿Para qué necesitamos la referencia a Carlomagno y Lutero? ¿Qué tienen que ver estos hombres con la codificación? Aquel tenía demasiados pensamientos prácticos como para buscar la gloria en la forma pura de un código que comprendiera el sistema legal; y a este nunca se le ocurrió escribir una dogmática y presentarla a la Iglesia como ley.

Se dice que los errores de los eruditos son instructivos, pero no siempre para ellos mismos, de modo que en este ámbito, y al contrario de lo que dice el proverbio, se volverán más sabios a través del perjuicio ajeno que no del propio. No puedo sofocar el deseo de que el autor del trabajo revisado quiera hacer una excepción; y la benevolencia para consigo, el respeto por su talento, la expectativa para su actividad futura, razón de nuestra consideración actual, puede ser el mejor deseo para el nuevo año.