

Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

La Laguna

Ninguna obra refleja más exactamente la gran controversia metódica del último siglo dentro de la ciencia del Derecho que la obra de Rudolf von Jhering. Ni en ninguna otra puede seguirse como en ella paso a paso el proceso que lleva al resultado último de esta controversia, es decir, al tránsito de un concepto formal a un concepto social y sustantivo del derecho (1).

Con su radicalismo congénito, Jhering va a constituir, en la primera fase de su obra, la versión más extrema del formalismo jurídico. La «jurisprudencia conceptual», como él mismo iba a bautizar a la dirección (1a), la reducción a conceptos de las proposiciones y relaciones jurídicas, su enlazamiento formal y su constitución en sistema, va a encontrar en Jhering el valedor más tenaz y decidido durante un cuarto de siglo. Tan tenaz y decidida como va a ser su crítica aniquiladora de este mismo conceptualismo en la segunda mitad de su vida. Todos los motivos que animan la crítica al formalismo jurídico hacia mediados del siglo parecen darse cita en su obra, del mismo modo que ella señala también la dirección general que va a seguir, después de él, el pensamiento jurídico. En este sentido, la obra de Jhering tiene, puede decirse, un valor paradigmático. Otros juristas calaron más hondo en la crítica del conceptualismo jurídico, y no hay duda de que en Jhering la mordacidad cáustica apenas si oculta en ocasiones la inconsistencia de sus argumentos. No obstante lo cual, en vano se buscaría una obra que, en su conjunto, mejor nos muestre la transformación experimentada por la ciencia jurídica europea desde que se apagan los ecos de la Escuela histórica y pasan al olvido las últimas grandes construcciones jusnaturalistas.

(1) Una relación completa de las publicaciones de Jhering y de sus traducciones a otros idiomas, en M. G. LOSANO, «Bibliographie R. v. Jherings», en *Jherings Erbe (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. kl. 3. Folge, Nr. 75)* Göttingen, 1970, págs. 272 y sigs.

(1a) R. v. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884)*, 13. Aufl. Leipzig 1924 (=Scherz u. Ernst), págs. 293, 362, *passim*.

1

En la primera etapa de su pensamiento Jhering se halla, como toda su generación, bajo la influencia todopoderosa de Savigny y su Escuela. Al refutar Savigny la idea codificadora, concibiendo al Derecho como producto de la convicción popular, «fruto siempre de fuerzas interiores y silenciosas, no de la voluntad de un legislador» (2), iba a dar con ello un paso de extraordinarias consecuencias para toda la ciencia jurídica futura. A la idea tradicional de «un» Derecho, sigue ahora la idea de una multiplicidad de Derechos, tantos como pueblos con personalidad propia para crear su Derecho. Derechos, cada uno de ellos dotados de justificación propia, de una «necesidad interna», la cual hace que su materia sea lo que es «y no otra cualquiera» (3). O para decirlo con palabras de Savigny: «No hay más Derecho racional que el que vive en cada pueblo y es reconocido y expresado por él» (4). Frente a este Derecho dado y necesario, la labor del jurista no puede ser nunca, por eso, valorativa, sino sólo cognoscitiva. A la cabeza de esta labor cognoscitiva van a situarse Savigny y Puchta. La palabra clave aquí va a ser la de «sistema». Se trata de entender científicamente un Derecho positivo en la totalidad de sus manifestaciones y esto sólo es posible por su reducción a sistema, es decir, «por el conocimiento y exposición de la conexión interna o la afinidad, por virtud de las cuales los conceptos o los preceptos jurídicos singulares se combinan en una gran unidad» (5). La ciencia «refiere el Derecho a sus principios y lo entiende como un sistema, o lo que es lo mismo, como una totalidad de proposiciones que se presuponen y deducen mutuamente» (6). O como dirá el mismo Puchta conclusivamente: «Cometido de la ciencia del Derecho es el conocimiento de las proposiciones jurídicas... como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras, siguiendo así la genealogía de una proposición hasta los primeros principios y descendiendo después desde éstos hasta sus últimas ramificaciones» (7). Es el ideal de una ciencia del Derecho abstractiva y formal, ciega para toda clase de valores y que ignora conscientemente la dinámica social que sustenta el fenómeno jurídico. El Derecho crece desde dentro, por la compatibilidad de subsunción de una norma con las restantes ya dadas en el sistema. Una regla de con-

(2) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, pág. 13. Sobre la Escuela histórica, cfr. mi trabajo «La Escuela histórica del Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1978/1979, págs. 1 y sigs., ahora también en mi colección de estudios *De kant a Marx*, Valencia 1984, págs. 99 y sigs., así como mi estudio preliminar a la traducción de J. J. BACHOFEN, *Derecho natural y Derecho histórico*, Madrid, 1955.

(3) SAVIGNY, *Vom Beruf*, pág. 11.

(4) SAVIGNY, Recensión de N. Th. V. GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1815, en *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850, págs. 129-30.

(5) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1840, págs. XXXVI-XXXVII.

(6) G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1838), 7. Aufl., Leipzig, 1853, pág. 28.

(7) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Bd.I (1841) 5.Aufl., Leipzig 1856, pág. 37.

ducta, dirá Puchta, sólo es Derecho «si es verdad», y para serlo «tiene que insertarse en el sistema, es decir, tiene que estar fundamentada internamente» (8). Y en otro lugar: «Las proposiciones jurídicas no son indiferentes las unas respecto de las otras, de tal suerte que una de ellas pudiera modificarse sin afectar a las demás, sino que todas se hallan enlazadas, se presuponen recíprocamente, y se pueden deducir las unas de las otras» (9).

Este esquema de la ciencia del Derecho y de sus modos de conocimiento va a ser el marco en el que se mueve casi a la letra la llamada jurisprudencia conceptual. No se trata de una escuela en sentido propio, sino, más bien, de un método; de un método que va a dominar durante todo un siglo la ciencia del Derecho europea, y del cual todavía se perciben resabios en muchas obras jurídicas de nuestro tiempo: Las normas jurídicas son consideradas en sí, sin relación ninguna ni con sus finezas ni con su origen o motivación, desintegradas en sus elementos primarios hasta que se obtiene en cada una un concepto abstracto que se pone en conexión con otros obtenidos de manera semejante y se agrupan bajo otros conceptos más generales hasta llegar de esta forma a la constitución de un sistema en el que cada concepto tiene su lugar preciso. El más famoso entre los representantes de esta dirección fue Jhering en la primera etapa de su pensamiento. En esta época, Jhering dirige todos sus esfuerzos a la fundamentación de una ciencia de Derecho estrictamente lógica y de estructura cuasi-matemática, tal y como había sido en principio el ideal de Savigny y Puchta. Sus escritos técnicos y sistemáticos, más que los dogmáticos, son los que asentarán la fama de Jhering en su tiempo, y los que, todavía hoy, se hallan unidos a su nombre. Lo que presta su individualidad inconfundible a estos trabajos no es tanto, sin embargo, la originalidad de su pensamiento como el vehículo con que Jhering lo reviste, su estilo personal y vigoroso. Así como también, todo hay que decirlo, la utilización de lo que él denominaba «método histórico-natural» (10) y que le hizo llenar sus obras de términos y comparaciones extraídas de la química y de la biología, lo que había de provocar resonancia inusitada en una época en la que alentaba el fetichismo por las ciencias naturales y sus conquistas prácticas (11).

El pensamiento de Jhering en este período no puede decirse que fuera original en el sentido riguroso de la palabra, sino que su germen y sus presuposiciones se encuentran, más o menos explícitamente formuladas, en Savigny y Puchta, los dos grandes teóricos de la Escuela histórica. Dos son las grandes ideas que, en este sentido, dominan toda la concepción de la ciencia jurídica de Jhering en esta primera fase de su desenvolvimiento. De un lado, que la ciencia del Derecho no es una

(8) PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828/1837, Bd. I, pág. 166.

(9) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, ya cit., Bd. I, págs. 36-37.

(10) Cfr. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (= Geist)* (1858) 6. u. 7. Aufl. 2. Teil, 2. Abtlg., Leipzig 1923, págs. 357 y ss.

(11) Sobre el interés de Jhering por las ciencias naturales y su trato con colegas de esta Facultad en Giessen nos informan los recuerdos de su hijo, en *Rudolf von Jhering 1852-1868. Briefe und Erinnerungen*, Berlin 1907, págs. 8-9.

ciencia de contenidos, sino una ciencia de conceptos formales extraídos de la materia normativa de los órdenes jurídicos singulares; de otro, que todo Derecho posee de por sí una estructura sistemática que es susceptible de conocimiento y de exposición. De acuerdo con ello, Jhering divide la jurisprudencia del Derecho en dos grandes clases: la jurisprudencia inferior y la jurisprudencia superior. La labor de la jurisprudencia inferior, dice Jhering, puede resumirse en la «interpretación», en captar el sentido de las normas jurídicas, eliminar sus contradicciones aparentes, sus obscuridades, sus vaguedades, sacando a luz el contenido fiel de la voluntad legisladora, en suma, «partiendo de las determinaciones concretas llegar al principio que se halla en su base, y partiendo de éste llegar a todas sus consecuencias» (12). La «jurisprudencia inferior» no es, en realidad, más que una fase preliminar en la que el jurista debe detenerse lo menos posible. Sólo en la «jurisprudencia superior» puede decirse «que el cometido y el método son específicamente jurídicos y que en ella la ciencia del Derecho adquiere ese carácter peculiar que la distingue de todas las demás ciencias» (13). La diferencia entre ambas clases de jurisprudencia puede, por ello, resumirse diciendo que la inferior tiene por objeto proposiciones jurídicas y principios jurídicos, mientras que el de la superior son institutos y conceptos jurídicos.

En esta distinción se encuentra resumida, por así decirlo, toda la teoría conceptual del Derecho de Jhering. En ella se hace real lo que en forma de apotegma nos decía ya en las primeras páginas de su obra: que «el Derecho de una época no puede nunca identificarse con la suma de sus proposiciones jurídicas» (14). Como en ella se encuentra también la respuesta adecuada a la frase programática: «Al ojo avezado el Derecho le aparece como un organismo lógico de institutos y conceptos jurídicos, al no avezado, como un conjunto de proposiciones jurídicas; aquella visión se corresponde con la naturaleza interna del Derecho, mientras que la última es la fachada externa del Derecho, orientada a la vida práctica» (15).

En principio, podemos imaginarnos una relación vital, bien entre personas o bien entre personas y cosas. Esta relación vital se convierte en relación jurídica al ser regulada por el Derecho. No obstante lo cual, para dar forma jurídica a una relación vital no basta con una sola proposición jurídica, sino que son precisas varias o incluso una multiplicidad de ellas, las cuales, aunque independientes entre sí, se hallan unidas por su referencia a una circunstancia de hecho, y pueden como tal unidad entrar en relación con otras unidades normativas semejantes. Estas relaciones pueden ser de muy diversas clases, complementarias, correctoras, de género y especie, pero a través de todas ellas, la relación jurídica original se mantiene como un instituto jurídico propio. Lo que tiene de peculiar este proceso por el cual un instituto ju-

(12) *Geist*, 2. Teil, 2. Abt., pág. 358.

(13) *Geist*, 2. Teil, 2. Abt., pág. 359.

(14) *Geist*, 1. Teil (1852) 7. u. 8. Aufl., Leipzig 1924, pág. 35.

(15) *Geist*, 1. Teil, pág. 42.

ridico nace en virtud de la regulación por el Derecho de una situación vital, es que las proposiciones jurídicas por las que el instituto se constituye juegan un papel nuevo, «se despojan de su forma originaria imperativa o prohibitiva y se convierten en elementos o cualidades del instituto en cuestión» (16). De esta manera y a través de un concepto, el de instituto jurídico, las proposiciones jurídicas encuentran su lugar en el sistema.

Con ello hemos llegado a una noción central en la teoría conceptual de Jhering: la de sistema. El sistema, como ya advertía Savigny, no es la mera ordenación de cosas o relaciones de modo mecánico y según criterios subjetivos. En el Derecho el sistema es su esencia misma, esa estructura íntima, que el jurista no aporta, sino que trata de descubrir en cada caso. Todo Derecho tiene un sistema propio, y sólo por el conocimiento de éste puede decirse que se conoce realmente un Derecho. Mientras que el Derecho sólo nos ofrece a primera vista una masa de proposiciones jurídicas, todas ellas diferentes entre sí, con orígenes y fines distintos, el sistema nos brinda de una vez una visión plástica y unitaria de un Derecho (17). Las proposiciones, que nos aparecían distintas y sin relación entre sí, se agrupan en el sistema en unidades superiores, los conceptos, los cuales, a su vez se relacionan entre sí de forma lógica. «Esta lógica del Derecho es, puede decirse, el precipitado de las proposiciones jurídicas, de tal manera, que en un solo concepto bien entendido puede encerrarse el contenido práctico de diez proposiciones jurídicas» (18). Concebido así el Derecho, en la más pura forma conceptual, como un sistema de estructura lógica, en cada uno de cuyos elementos se encierran proposiciones jurídicas singulares, la ciencia del Derecho adquiere un nuevo carácter. En sus relaciones lógicas los conceptos pueden desembocar en el descubrimiento y formulación de nuevos conceptos y nuevas proposiciones jurídicas. O como dice Jhering con su peculiar terminología: «los conceptos son productivos, se emparejan y procrean otros nuevos» (19). Lo que equivale a decir, que la ciencia del Derecho, no sólo es «receptiva», sino también «productiva»; que no es simplemente reflexión sobre el material jurídico dado, sino también reducción de este material a una estructura lógica que le permite deducir o inducir de ella nuevos conceptos y proposiciones jurídicas (20). «El sistema es fuente inagotable de nueva materia jurídica», había ya escrito Jhering (21). Volviendo ahora a la distinción entre «jurisprudencia inferior» y «jurisprudencia superior», Jhering sigue viendo en aquélla la reflexión e interpretación de las reglas jurídicas dadas, pero ve el cometido de esta última en la conversión del material jurídico en una suma de conceptos. La «juris-

(16) *Geist*, pág. 37.

(17) *Geist*, II,2, págs. 383 y sigs.

(18) *Geist*, I, pág. 37.

(19) *Geist*, I, pág. 4.

(20) R. V. JHERING, «Unsere Aufgabe» (1867), en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, Bd.I, Jena 1884, págs. 4 y sigs.

(21) *Geist*, II, I, págs. 388 y sigs.

prudencia superior» implica, por tanto, una doble tarea: la indagación de los conceptos dados, de sus propiedades y estructura, y la propiamente creadora, la reducción del material jurídico a un mundo de conceptos. En esta doble tarea radica el carácter productivo de la ciencia del Derecho. Al constituir conceptos con las proposiciones jurídicas inmediatas, éstas quedan desprovistas de su carácter práctico y reducidas a una mera estructura racional carente de contenido, con lo cual el concepto adquiere una nueva transparencia y permite encontrar conexiones y reglas de conducta no vislumbradas antes, y que se incorporan al Derecho real y efectivo. «La futura historia del Derecho, por eso, no sólo tendrá que fijar su atención en el Derecho surgido de las fuentes tradicionales, sino también en el surgido de la mente jurídica, y que únicamente desde la lejanía puede percibirse adecuadamente» (21a). Así como en las ciencias naturales un género bien determinado abarca de antemano todas las propias especies imaginables, conocidas o no, así también un sistema de conceptos jurídicos percibido en todas sus relaciones y posibilidades puede adaptarse y regular cualquier situación futura, por insólita y sorprendente que ésta sea (22). En el mundo social no puede darse nunca ningún fenómeno que no esté sujeto a la normativa conceptual. Con esta capacidad creadora y productiva la ciencia del Derecho alcanza sus más altas cimas. «De sierva del legislador y compiladora de detalles positivos, se alza a la categoría de arte y ciencia libres; de un arte que talla y conforma artísticamente el material insuflándolo vida, y en una ciencia que, pese al carácter positivo de su objeto, puede ser designada como ciencia natural en el terreno del espíritu» (23).

2

Con ello se han trazado los rasgos principales del conceptualismo jurídico. Un conceptualismo que en Jhering va a combinarse con lo que él llamaría «método histórico-natural», y que al salpicar toda su obra de términos y giros procedentes de las ciencias naturales, «precipitación», «desintegración», «análisis», «fecundación», va a oscurecer más a aclarar el núcleo de su pensamiento (24). El conceptualismo no es, empero, como ya queda dicho, una Escuela en el sentido propio de la palabra, sino una dirección metódica que va a alcanzar un eco inusitado en una ciencia del Derecho sacudida todavía por la negación de todo valor científico a la jurisprudencia en la célebre conferencia de Kirchmann (25).

(21a) *Unsere Aufgabe*, ya cit., págs. 4-5.

(22) *Unsere Aufgabe*, págs. 14-15.

(23) *Geist*, II, 2, pág. 361.

(24) Sobre todo ello, cfr. H. J. HOMMES, «Rudolf von Jherings naturhistorische Methode», en *Jherings Erbe*(*Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, ya cit., págs. 101 y ss.

(25) J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*

Basta echar una mirada a las monografías y tratados de la época para convencerse de ello. El germanista Gerber, por ejemplo, veía el fundamento de toda labor científica en «la formulación de un sistema científico, en el cual las proposiciones singulares aparecieran como el desenvolvimiento de una idea superior y unitaria», y del que se «hubiera eliminado todo elemento empírico, ético o político» (26). Y en el libro jurídico más leído de su tiempo, el «Tratado de Pandectas» de Windscheid, puede leerse en las primeras páginas, y pese a toda la prudencia del autor, que «el contenido en sentido propio de las proposiciones jurídicas se nos ofrece siempre en forma de concepto... y de lo que se trata es de descomponer estos conceptos en sus elementos constitutivos». El mérito de la ciencia del Derecho contemporáneo consiste en haber permanecido fiel a este método, «ya que de la aprehensión total del contenido de los conceptos dados en las proposiciones jurídicas depende, no sólo la comprensión plena del Derecho, sino también la certeza de su aplicación» (27).

Y sin embargo, ello no quiere decir que no se levantaran, aunque aisladamente, voces de protesta contra el formalismo absoluto de los pandectistas. El argumento es siempre el mismo. El conceptualismo lleva a un aislamiento por principio de la vida social, que es, por definición el objeto de todo Derecho; el eliminar aquella relación esencial, lo que se hace es construir un Derecho en el vacío, preocupándose, como dirá un crítico moderno, «más por la relación de los conceptos entre sí, que por la de los conceptos con su objeto» (28). Ya un contemporáneo de Savigny decía del formalismo conceptualista: «Esta teoría llega a sus resultados por el libre desenvolvimiento de los conceptos... utilizando su libertad de modo especial, porque su finalidad no es captar el material jurídico, sino poner de relieve por medio de conceptos la conexión entre las reglas jurídicas» (29). Y a mediados del siglo podía leerse con una metáfora que iba a hacer fortuna: «No miramos cara a cara el objeto de nuestra ciencia, sino que le volvemos la espalda y dejamos que su imagen se refleje en un espejo situado enfrente. No el objeto, sino su reflexión en el espejo es lo que tomamos y estudiamos como nuestro propio problema». «Lo que debemos estudiar es la estructura de las relaciones vitales fácticas», porque «no hay construcción que dé expresión adecuada al pensamiento

(1847), 3. Aufl., Berlin, 1848, esp., págs. 9 y ss. Sobre Kirchmann, y su conferencia, Th. STERNBERG, *J. H. von Kirchmaan und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, Berlin u. Leipzig 1908, págs. 8 y ss.

(26) C. F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht* (1865), 3. Aufl. Leipzig 1880, págs. VI, 237.

(27) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I (1862) 5. Aufl. Frankfurt a. M., 1882, págs. 63-65. Una relación de los más famosos pandectistas de la época, con indicaciones bibliográficas, en E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abtlg., 2. Halbbd. (Text), págs. 461 y ss. (Noten), págs. 214 y ss.

(28) E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen 1918, págs. 294 y ss.

(29) J. F. KIERULF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Bd. I, Altona 1839, pág. XXV.

que alienta en ellas» (30). Y casi simultáneamente, otro autor escribía en el mismo sentido: «La vida es el objeto del sentido jurídico creador, la vida debe ser regulada y dominada por el Derecho, y es por eso que el Derecho debe enlazarse con la vida y coincidir realmente con las relaciones vitales..., de tal suerte que siempre sea la vida la base y la referencia del conocimiento del Derecho» (31). Es el mismo tema en el que se volverá a insistir hasta finales del siglo (32) e incluso a raíz de promulgarse el Código Civil alemán (33).

3

A partir de los años 70, el pensamiento de Jhering va a experimentar un vuelco absoluto. Desde entonces, y hasta el final de su vida, el Derecho será para él fruto del esfuerzo humano guiado por las necesidades sociales, y el antaño campeón del conceptualismo verá en los conceptos jurídicos tan sólo uno de tantos medios para el entendimiento del Derecho. Ante un cambio de tal envergadura, y tratándose de una personalidad tan compleja como la de Jhering, no es extraño que se hayan formulado muchas y muy variadas explicaciones de un giro tan brusco en su teoría del Derecho (34). Dado su carácter egocéntrico, es poco probable que las críticas, vinieran de quien vinieran, pudieran hacer mella en su pensamiento. Más verosímil parece que en él influyeran las luchas y tensiones que conmocionan la sociedad alemana y europea en el trance de constitución de la sociedad industrial burguesa en la segunda mitad del siglo. Jhering era un hombre de gran sensibilidad, abierto a cuanto ocurriera en su torno y siempre dispuesto a meditar sobre ello. Como él mismo nos dirá: «He respirado la atmósfera de mi época, sin haberme sido posible llevar nota exacta de cada uno de los actos por los que he respirado esa atmosfera. Sé muy bien que todo lo que puedo dar lo debo a la época en que vivo, y me siento sólo como el punto en el que cobra forma personal o transtoriamente la masa de pensamiento de la época» (35). La mentalidad tan aguda de Jhering, auscultador incansable de su tiempo, tuvo que sufrir una impresión profunda ante el espectáculo insólito que se de-

(30) B. W. LEIST, *Civilisatische Studien auf dem Gebiet dogmatischer Analyse*, 1. Heft, Jena 1854, págs. 5-6, 27, 24-25.

(31) J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipzig 1856, pág. 28.

(32) E. I. BEKKER, «Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechts», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (RA)*, Bd. VI (1885), págs. 68 y ss., 84 y ss.

(33) O. BÜLOW, *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft*, Leipzig 1901, págs. 87 y ss., y 139. Sobre otros contradictores del conceptualismo jurídico, J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessen-jurisprudenz*, Berlin 1967, págs. 67 y ss.

(34) Sobre la psicología de Jhering en relación con su obra, cfr. el fino estudio de F. WIEACKER, «Rudolf von Jhering», en su colección de ensayos *Gründer und Bewahrer*, Göttingen 1959, págs. 197 y ss., así como, del mismo autor, *Rudolph von Jhering*, 2. Aufl., Stuttgart 1986, con abundante bibliografía.

(35) JHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd. II (1883), 4. Aufl. Leipzig 1905, pág. 137.

sarrollaba ante sus ojos, del hundimiento de una sociedad tradicional y la consolidación entre luchas y tensiones de una nueva estructura social. Y el resultado de esta impresión bien pudo ser el giro abrupto de su pensamiento, o por lo menos, contribuir en gran medida a él. Lo que sí sabemos con certeza es que es en estos años cuando descubre lo que iban a ser las dos fuentes principales de su nuevo pensamiento: la ética de los economistas y utilitaristas ingleses y la obra de Montesquieu. La influencia de la primera de estas fuentes sale al paso, como veremos, una y otra vez, en las obras de su segundo período. De la influencia de Montesquieu con su tipología de las circunstancias geográficas y sociales y su relación con las instituciones jurídicas y políticas, con su tesis de la historicidad de éstas, el mismo Jhering, nos habla: «Estoy leyendo en el momento a Montesquieu, el padre de los “espíritus” de los pueblos. ¡Qué hombre! ¡Qué gigante! Cada página me llena de creciente veneración y admiración por su genio. ¿Y qué hemos aprendido de él los juristas alemanes?.. Cualquier miserable compendio de pandectas, cualquier artículo civilista es devorado, comentado, saludado como un progreso y a Montesquieu no se le lee» (36). Y casi veinte años más tarde podía todavía leerse en una advertencia incidental: «El lector entendido se percatará de que con estas observaciones no he hecho más que utilizar ideas, cuyo conocimiento y conformación son el método imperacadero de Montesquieu» (37).

El giro brusco de su pensamiento, de un conceptualismo a ultranza a un sociologismo también a ultranza, no se debe, naturalmente, en Jhering a una iluminación repentina, sino que es fruto, a través de caminos intrincados, de la meditación y la reflexión. En pleno auge de su conceptualismo, Jhering no deja de reflexionar sobre las bases de esta forma de entender el Derecho, de sus posibilidades y consecuencias. Y así no es de extrañar cómo al lado de frases y afirmaciones inequívocas del conceptualismo se encuentren otras de sentido totalmente contrario y que parecen apuntar a las tesis de su segundo período. Quien ha penetrado en el laberinto de las sucesivas ediciones del *Esíritu del Derecho romano*, especialmente de sus tres primeros volúmenes, con sus incontables correcciones, adiciones, tachaduras y nuevas formulaciones, echa de ver esto desde el primer momento. Y así ya en el primer volumen y tras el ensalzamiento de la Escuela histórica, nos dice: «El impulso de la vida ha hecho nacer el Derecho... y lo mantiene en continuada realidad externa» (38). Y en el mismo volumen, pocas páginas más adelante: «Nada más equivocado que ver en el Derecho algo así como un sistema filosófico y juzgarlo desde... su articulación y su unidad lógicas.» (39). «La realización es la vida y la

(36) Carta a K. Fr. von GERBER de 7.8.1854, en *Rudolf von Jhering 1852-1858. Briefe und Erinnerungen*, Berlin 1907, pág. 37.

(37) JHERING, *Der Kampf um's Recht (= Kampf)* (1872) 21. Aufl., Berlin, 1925, pág. 38.

(38) *Geist*, I, pág. 36.

(39) *Geist*, I, pág. 48.

verdad del Derecho, es el Derecho mismo», nos dirá después de haber descrito con vivos colores la capacidad productiva de la sistematización jurídica (40). Es una contradicción de conceptos —y la lista podría alargarse mucho más— que sólo se explica por la germinación paulatina de una nueva visión de la naturaleza del Derecho, subyacente al formalismo dominante.

En esta contradicción, y sobre todo en su simultaneidad, se nos muestra la raíz principal del gran cambio en la teoría del Derecho de Jhering. No es sólo que empiece a ver con creciente claridad las insuficiencias del conceptualismo, y en general del formalismo jurídicos, sino que empiezan a abrirse camino ideas del Derecho y de la realidad social a las que no acierta a reducir a sistemas —cosa que nunca logrará—, pero que en esta época le parece posible compaginar con el conceptualismo e incluso insertar en él. Es un período de dudas, vacilaciones, ensayos y remedos al que no sigue, como parecería natural, una teoría acabada y contrapuesta del Derecho, sino una etapa crítica, casi sardónica del mismo conceptualismo en el que él había militado tan entusiastamente pocos años atrás. Es una etapa crítica y polémica que inicia Jhering, y ello es tan significativo como sintomático, de modo anónimo, con sus *Cartas confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*, que empiezan a aparecer en 1861 (41), y que, más adelante, serán publicadas por el mismo Jhering, junto con otros trabajos posteriores en forma de libro bajo el título de *Bromas y veras en la jurisprudencia* (42). Todo el desengaño y toda la amargura acumulados en Jhering por razón de lo que ahora veía como una ruta cerrada de su pensamiento, toda la hostilidad contra una dirección que cegaba para él las fuentes vivas de la vida jurídica se vierten sin freno en la sátira triste y enconada de estas *Cartas*. Pensadas como un juego irónico, y después de haber regocijado a dos generaciones de juristas, su lectura, nos causa hoy un sentimiento penoso. Sus chistes toscos, sus juegos de palabras fáciles, sus ataques personales, cargados, a veces, de malignidad, apenas si ocultan la falta en ellas de una actitud teórica coherente, ni menos aún, de una idea metódica y consecuente. Las *Cartas* están dirigidas, en efecto, no sólo contra otros romanticismos y civilistas, sino también contra el pasado del mismo Jhering, quien así, y escudado en el anonimato, realiza una especie de examen de conciencia jurídica sobre sus antiguos errores conceptualistas. No hay término o noción de este último —muchos de ellos introducidos por el mismo Jhering— que no sean objeto de burla o de escarnio en las *Cartas*. La «construcción», tan estudiada y desmenuzada, se convierte ahora en una suerte de malabarismo y objeto de la moda. La

(40) *Geist*, II, 2, pág. 322.

(41) *Vertraulich Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten*. Las cartas son seis y aparecen en la *Preussische Gerichtszeitung*, que, a partir de la segunda carta cambia su título por el de *Deutsche Gerichtszeitung*. La sexta y última carta aparece en 1866.

(42) *Scherz un Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (884), 13. Aufl. Leipzig 1924. (= *Scherz u. Ernst*). Hay trad. parcial al español de R. Riaza, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid, 1933.

«construcción», dice Jhering, es lo que la crisolina para las señoras, algo sin la cual el jurista no puede presentarse en sociedad (43). Y se habla también de la «construcción de la construcción»; la anterior «jurisprudencia superior», es un piso más elevado al que ocupan los juristas corrientes; en el piso inferior se realiza el trabajo más laborioso; en él el material es «bataneado, curtido, macerado, es decir, interpretado» y pasa después, en el piso más elevado, a manos de los artistas civilistas, que le dan forma estética convirtiéndolo así, de mera masa, en un ser vivo: «por un proceso místico... se le infunde vida y aliento, y el *homunculus* civilista, es decir, el concepto, se hace productivo, se empareja con otros de su misma especie y tiene hijos» (44), dice ahora Jhering, ironizando sobre sus propias expresiones anteriores. En el mismo tono se ataca el malabarismo de la construcción de la obligación mancomunada y solidaria, y la de los conceptos de obligación en sí, de la herencia yacente, la teoría de la posesión de Savigny (45).

Lo que Jhering combate más acérrimamente en el conceptualismo es su intento de hacer de la jurisprudencia una ciencia encerrada en sí misma, reposando tan sólo en la incontradictoriedad lógico-formal, sin relación, ni siquiera referencia a la realidad social. «El jurista calcula con sus conceptos como el matemático lo hace con sus cantidades; si el resultado es lógicamente correcto, no tiene que preocuparse de más» (46). En esta concepción del Derecho como una mera arquitectura lógica se halla la raíz de la mayoría de las falacias, y de los malentendidos de la ciencia del Derecho contemporánea. La adecuación e incluso la conceptualización jurídicas se miden más por la conformidad lógica entre las proposiciones, es decir, por la posibilidad de inserción en un sistema ya fijado de antemano, que por su correspondencia con la realidad social. El mejor ejemplo en esta clase de incompatibilidades y contradicciones nos la ofrece, dice Jhering, Puchta, el máximo representante también del método conceptual (47). La representación o transmisión de obligaciones es imposible porque va contra el concepto de obligación, nadie puede ser heredado en parte testada y en parte intestadamente, porque los conceptos de sucesión testada y abintestado son conceptos incompatibles (48). «Los tronos se vienen abajo, los pueblos desaparecen, el mundo entero está sometido al cambio, pero en el terreno de la jurisprudencia conceptual hay relaciones jurídicas que se burlan de todo cambio, a las que el tiempo no puede afectar en nada» (49). El mundo de los conceptos jurídicos, autónomo y de por sí, ignora por principio la realidad, o como Jhering dice más

(43) *Scherz u.Ernst*, pág. 7.

(44) *Scherz u.Ernst*, págs. 7 y sigs.

(45) *Scherz u.Ernst*, págs. 8 y sigs., 10 y sigs., 11 y sigs., 63 y sigs. *passim*.

(46) *Scherz u.Ernst*, pág. 274.

(47) *Geist*, 3.Teil, 1.Abtlg. (1888), 6.u.7.Aufl., Leipzig 1924, págs. 318-19.

(48) G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1838), 7.Aufl., Leipzig 1853, págs. 407 y sigs., 634 y sigs. *passim*. Sobre el contexto general de las «imposibilidades» de Puchta, cfr. mi trabajo «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo» (1961), ahora en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, págs. 158 y sigs.

(49) *Scherz u.Ernst*, pág. 243.

a menudo, «la vida». En su sátira «En el cielo de los conceptos», el espíritu que guía al visitante le explica cómo la vida es la muerte de la verdadera ciencia y que la separación entre teoría y práctica es una de las mayores conquistas de la ciencia jurídica: «Basada en el mundo firmísimo de la teoría, desligada de toda consideración por la vida práctica..., el investigador del Derecho no conoce otro objetivo que el descubrimiento de los maravillosos secretos del mundo jurídico, la disección de las vetas en el organismo lógico del Derecho». Y como el visitante preguntara por la significación de todo ello para la vida: «¿Significación para la vida? ¿Pero es que aquí hay vida? Aquí vive sólo la ciencia pura, la lógica del Derecho, y el supuesto de su imperio y de toda la magnificencia que de ella se desprende consiste precisamente en que no tiene lo más mínimo que ver con la vida» (50).

Pero Jhering no se contenta con refutar e ironizar el conceptualismo de su época, sino que dirige los dardos de la crítica también contra aquel movimiento, la Escuela histórica, en la que él veía, y con razón, los orígenes del formalismo metódico de la época, y a la que había pertenecido «desde su salida de la Universidad» (51). Para Jhering, que veía en el Derecho un medio de afirmación de la personalidad y de influencia y conformación de la realidad, nada más lejos que la idea del Derecho de la Escuela Histórica, «una Escuela verdaderamente romántica, y que, por ello, descansa en la falsa idealización de situaciones pasadas, imaginándose que el Derecho ha nacido sin dolor, sin esfuerzo, sin la ayuda de la acción, como la planta en el campo» (52). Y todavía en el artículo necrológico dedicado a Savigny —que cuenta entre las páginas más sentidas y sinceras escritas por Jhering— y después de subrayar lo que la pérdida de Savigny significaba para la ciencia alemana, no se recataba en reprochar a los seguidores de la Escuela histórica el haber tenido siempre como una mácula la intervención del hombre en el curso histórico, «tal y como si el cometido de la humanidad sólo consistiera en cruzarse de brazos y esperar hasta que el genio de la historia la obsequie en su sueño y en forma del devenir con todo lo que necesite» (53). Es preciso, por ello, dice Jhering, deterrar, de una vez y para siempre, fantasías y cavilaciones, y posar los pies en el duro terreno de la realidad. «Hay que acabar con la ilusión de que ha habido un tiempo en el que el Derecho ha crecido silvestre como una bella flor en el suelo del sentimiento jurídico nacional, sin precisar el cuidado de la mano del hombre» (54). No, dice Jhering poco antes, «la historia del Derecho ha dado comienzo con una edad del hierro, con la lucha y trabajo del entendimiento humano, de tal suerte, que en la formación del Derecho han intervenido ya la intención, la reflexión, la conciencia, el cálculo; en breve, que al lado de la

(50) *Scherz u. Ernst*, págs. 288-289.

(51) *Kampf*, pág. 22.

(52) *Kampf*, pág. 25.

(53) R. JURING, «Friedrich Karl von Savigny» (1861), en *Gesammelte Ausfsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. II, Jena 1882, págs. 13-14.

(54) *Geist*, 3. Teil, 1. Abtlg. pág. 6.

cuna del Derecho se hallaba ya el arte jurídico». Jhering, empero, no polemiza tan sólo con la Escuela histórica sobre la naturaleza y el origen de Derecho, sino que apunta asimismo a aquella idea convertida en dogma desde Savigny, de que el Derecho es un sistema de conceptos unidos entre sí por lazos de índole formal, la dependencia, la compatibilidad, la subsunción, la analogía. Este dogma, que va a servir de fundamento al formalismo de tres generaciones de pandectistas, es el que presta a la ciencia del Derecho, decía ya Savigny en su juventud, un «objeto revestido de generalidad, del que se hubiera expulsado todo elemento casual» (56). La consagración de este dogma tiene lugar tanto en Savigny como en Puchta, porque ambos ven en él la concepción jurídica y el método por excelencia de los juristas romanos. Contra los dos términos de esta afirmación se alza Jhering. Es una falacia creer que los conceptos jurídicos poseen una naturaleza abstracta, siempre la misma, por el mero hecho de que usamos para ellos denominaciones iguales a las de los romanos. En nuestro léxico jurídico figuran también la propiedad, la prenda, la servidumbre, como en el de los juristas romanos, pero ¿poseen el mismo significado? ¿Ha pasado en vano el tiempo por ellos? «Los conceptos jurídicos fundamentales se modifican como las proposiciones jurídicas, y tienen que modificarse porque no se trata de meras categorías lógicas, sino de la forma de concentración de proposiciones jurídicas, y éstas cambian con las relaciones y necesidades de la vida» (57). Esto lo sabían muy bien los juristas romanos, que «nunca rodeaban lo positivo del nimbo de lo lógico» (58), que se percataban de que los conceptos jurídicos «son sólo sedimentaciones de proposiciones jurídicas» (59), y obraban en consecuencia. Pese al esplendor lógico que se desprendía de la jurisprudencia romana, es un grave error histórico considerar a los juristas romanos como meros lógicos de la argumentación y tratar de extraer un argumento de ello para el conceptualismo actual. Lo que distinguía a los juristas romanos no era el dominio de la lógica, sino «una visión clara de las necesidades de la vida, una mano segura y hábil para la elección de los medios adecuados, no sólo abierta a las exigencias de la justicia y de la equidad, sino también el valor para resistir las seducciones de la consecuencia, cuando ésta se hallaba en conflicto con los intereses reales» (60). Más aún: «los juristas romanos siguen el camino de la consecuencia lógica sólo hasta aquel punto en el que las necesidades de la vida la hacen detener, de tal suerte que el manejo de la lógica no les hace perder nunca de vista la vida» (61). La jurisprudencia romana situada «en medio de la vida real» no puede servir de modelo a nuestra ciencia jurídica actual, que hace de la lógica

(56) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre (1802-1803). Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, hrsg. v. G. Besenbeg, Stuttgart 1951, págs. 37 y sigs.

(57) *Geist*, III, 1, pág. 314.

(58) *Geist*, III, 1, pág. 318.

(59) *Scherz u. Ernst*, pág. 342.

(60) *Geist*, I, pág. 12.

(61) *Scherz u. Ernst*, pág. 362.

un fin en sí y sigue sus deducciones «hasta llegar a un resultado totalmente incompatible con el fin de la aplicación del Derecho, destruyéndose a sí misma en su propia imposibilidad; al contrario que en Roma, la lógica jurídica no existe para la vida, sino la vida para la lógica jurídica» (62). Todo el conceptualismo descansa en la creencia de que los conceptos jurídicos son autónomos e intemporales. Ahora bien, dice Jhering, atacando uno de los dogmas fundamentales de la pandectística desde Savigny, los conceptos jurídicos son empíricos, «formas de concentración de proposiciones jurídicas materiales» (63) y, por tanto, inducidos de un material concreto. Como escribía en otra ocasión: «Es preciso aniquilar la apariencia de verdad absoluta de los conceptos jurídicos, ponerles de manifiesto como lo que son, simples formas de un contenido determinado, que, en otras circunstancias, podrían también ser otros» (64). Oprimida por la «demiurgia de los conceptos» (65), nuestra ciencia del Derecho se refuta a sí misma. El jurista conceptual no tiene ante sí el mundo real, sino «el espejismo de un mundo regido por el intelecto» (66), mientras que él, Jhering, sí quiere tener ante sí el mundo real. «Frente a las exigencias de la vida no tiene ninguna relevancia la respuesta lógica del Derecho, y para el tráfico es indiferente si el jurista puede o no construir sus convicciones» (67). Y su diatriba contra el conceptualismo puede cerrarse con dos citas. Una de ellas procedente de las *Cartas*: «La especulación comienza allí donde termina el sentido común; para dedicarse a ella es preciso o no haber tenido nunca entedimiento o haberlo perdido» (68). La otra es, casi una invocación, escrita más de veinte años más tarde: «¡Rompe las cadenas con las que el desvarío nos tiene sujetos! Todo ese culto de lo lógico, que quiere hacer de la jurisprudencia una matemática del Derecho, no es más que un error y descansa en un desconocimiento de la esencia del Derecho. La vida no se da por razón de los conceptos, sino los conceptos por razón de la vida. No lo que la lógica postula, sino lo que la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico postulan es lo que tiene que acontecer, sea o no deducible lógicamente» (69).

(62) *Scherz u. Ernst*, pág. 363.

(63) *Geist*, III, 1, pág. 318.

(64) Carta a B. Windscheid de 18-4-1865: en R. v. JHERING, *Briefe an seine Freunde*, Leipzig 1913, págs. 176-177.

(65) *Geist*, III, 1, pág. 319.

(66) *Geist*, III, 1, pág. 319.

(67) Carta a Windscheid de 18-4-1865, en *Briefe an seine Freunde*, ya cit., pág. 176.

(68) *Scherz u. Ernst*, pág. 34.

(69) *Geist*, III, 1, pág. 321.

4

Si examinamos en su conjunto este período de Jhering, su denominador común es la negatividad. Jhering polemiza con la Escuela histórica, contra su concepto de la historia, contra su noción del Derecho, contra su idea de la jurisprudencia romana, polemiza con el logicismo y conceptualismo jurídicos, contra su idea del Derecho como un sistema lógico-formal, contra el carácter abstracto e intemporal de los conceptos jurídicos, contra la secuencia lógica de estos conceptos. Lo peculiar de toda esta múltiple polémica es que no tiene lugar desde una posición clara y definida, como un enfrentamiento entre dos distintas concepciones fundadas del Derecho y del mundo jurídico. En su período polémico Jhering no posee todavía una visión plena y fundada del Derecho y de la ciencia jurídica. Como ya queda dicho, con lo que nos encontramos en este período es, más bien, con manifestaciones y afirmaciones esporádicas —casi entre líneas, podríamos decir— que son destellos, vislumbres de una visión del Derecho muy distinta e incluso contradictoria con la que viene manteniéndose en el mismo texto. Son manifestaciones y afirmaciones, ya digo, aisladas, cada una de las cuales quiere valer por sí misma y que sólo el lector muy atento puede poner en relación. A poner en claro esta relación, es decir, a repensarlas como expresión necesaria de una única concepción del Derecho, y a fundamentar esta concepción va a dedicar Jhering los últimos años de su vida. Son años de reflexión y de silencio de obras de envergadura: los años que transcurren desde su nombramiento como catedrático de la Universidad de Viena (1862) hasta que acepta la cátedra de Göttingen (1872). De Viena se despide con una conferencia, *La lucha por el Derecho*, traducida a todos los idiomas cultos (70), y que iba a hacerle pronto mundialmente famoso. Por lo demás, su pluma, siempre tan activa, parece descansar. Quien, por propia confesión, «había militado con cuerpo y alma en las filas del formalismo jurídico», llega hacia la mitad de la vida «a la convicción del error que en él se encierra, y no se concede pausa, por eso, en combatirlo» (71). A este combate está dedicada la reflexión de todo este tiempo y su resultado se encuentra en el libro objeto de esta reflexión: *El fin en el Derecho* (72), la obra probablemente más conocida de Jhering, y que, inacabada como *El espíritu del Derecho romano*, va a dar también testimonio del ansia inagotable de verdad de su autor.

El fin en el Derecho marca, sin duda, un hito en la historia del pensamiento jurídico. Y sin embargo, es una obra caótica, falta de orga-

(70) La traducción al español, *La lucha por el Derecho*, es de Adolfo Posada, con prólogo de Leopoldo Alas, Madrid, 1921.

(71) JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889, págs. IX-X.

(72) *Der Zweck im Recht* (1877-1883). Cito en lo que sigue por la 4. Aufl., (= *Zweck*), Leipzig, 1904-1905.

nización interna, llena de disgresiones, difícil de leer (73). Una obra a la que Jhering va a trabajar incansable e ininterrumpidamente, con la ilusión del «que está pisando terreno aún no hollado» (74). Como él mismo escribe a un amigo: «Durante las vacaciones he estado trabajando en *El fin en el Derecho*. Tú sabes lo que eso significa: proyectar, modificar, escribir, tachar, destruir» (75). Es un libro, digo, difícil de leer y que sólo puede entenderse en toda su significación, si se le sitúa en la corriente general del pensamiento jurídico del siglo. El impulso originario lo recibe esta corriente de Savigny. En lucha contra el fantasma del Derecho natural, la Escuela histórica había retrotraído el Derecho del ámbito de la especulación al mundo de la historia, sustrayéndolo así al hacer consciente y autónomo del hombre. Es aquí donde radica el disntimiento de Jhering. Para él el Derecho no nos es dado como una herencia multiseccular, en cuyo desarrollo y transmisión laboramos inconscientemente, sino que es esencialmente quehacer pragmático, respuesta reflexiva de la sociedad a sus necesidades y requerimientos. Como ya había escrito anteriormente, el Derecho se halla situado en el marco de la dinámica social presente, es «una parte del pensar y sentir humanos, y concreción de aspiraciones y experiencias prácticas» (76). Jhering quiebra así, y de una vez por todas, la autonomía histórica que Savigny y su Escuela habían prestado al Derecho. Si, desde la Escuela histórica, el Derecho no volverá a ser creación humana según la pauta de una razón intemporal, a partir de Jhering dejará también de ser revelación del mundo de la historia, y se reconvertirá en obra humana, pero no siguiendo criterios éticos trascendentes, sino respondiendo al esquema de las necesidades y requerimientos de una sociedad concreta. Como un diálogo mudo y a la distancia de los años, la concepción de Savigny y la de Jhering se enfrentan en dos frases programáticas. Mientras que para Savigny el Derecho no podía ser nunca fruto «del azar, ni de la voluntad, la reflexión o la sabiduría de los hombres» (77), lo que para Jhering se halla en el origen mismo del Derecho es «la lucha y el trabajo del entendimiento humano: intuición, reflexión, conciencia y cálculo» (78).

A la fundamentación de esta noción del Derecho va a dedicar Jhering la última parte de su obra. Ahora bien, lo que Jhering va a preguntarse no es simplemente qué es Derecho, sino, y aquí radica la fecundidad de su pensamiento, cómo hay que entender el Derecho, si se parte de su naturaleza pragmática y de la movilidad de las condiciones de la vida social. O dicho en otros términos: si el Derecho es obra consciente del hombre, norma humana para las relaciones huma-

(73) Como ejemplo de la estructura interna del *Zweck*: en el t. I, en los capítulos I-IV comprenden 70 págs.; el VII, de la 72 a la 181; el VIII, de la 181 a la 445; el IX, todo el t. II.

(74) *Geist*, III, 1, pág. 317.

(75) Carta a O, Bülow de 23-4-1879, en JHERING, *Briefe an seine Freunde*, ya cit., pág. 339.

(76) *Geist*, III, 1, pág. 315.

(77) *System*, I, pág. 14.

(78) *Geist* III, pág. 3, y *Kampf*, págs. 22, 24.

nas, ¿cuál es el marco en el que se mueve la ordenación jurídica? Al eliminar toda fundamentación racional o histórica del campo jurídico, el Derecho queda en el pensamiento de Jhering descansando sobre sí mismo, entregado íntegramente a la voluntad humana, y el problema del sentido de la ordenación jurídica reviste una nueva dimensión. Si no hay ningún criterio *a priori* que delimite los posibles contenidos jurídicos, es decir, si ni la razón especulativa ni la historia son fuentes materiales del Derecho, ¿habrá que concluir que lo que decide sobre el carácter jurídico de una norma son las fuentes formales de su producción? ¿Son sólo relaciones de poder o de fuerza las que se hallan en la base del Derecho? El haberse planteado este interrogante, y el habérselo planteado con toda la radicalidad propia de su pensamiento, es lo que hace de Jhering uno de los grandes teóricos de nuestra conciencia jurídica. Sin abandonar un punto su posición inicial, radical e intransigente, con una consecuencia que es, a veces, el lado más débil de su argumentación, Jhering se debate él solo, tras cerca de un siglo de positivismo jurídico, con el problema fundamental que éste lleva implícito en sí desde sus orígenes: el de la posibilidad de determinar el sentido del Derecho sin salir del ámbito de su positividad estricta.

5

Dando de lado el *Espíritu del Derecho romano*, en el que había laborado más de quince años, y que había desembocado en un callejón sin salida, Jhering concentra todas sus energías en su nueva concepción del Derecho. Ya en el mismo prólogo de la obra nos dice cuál es su propósito: «La idea fundamental de esta obra consiste en que el fin es el creador de todo el Derecho, que no hay una sola proposición jurídica que no deba su origen a un fin, es decir, a un motivo práctico» (79). La vieja idea pragmática del Derecho, la noción de que, para repetirlo una vez más, el Derecho «no crece como una flor silvestre», sino que es el resultado de la acción consciente del hombre, se sitúa así, de nuevo, en el centro mismo de la reflexión. Con una diferencia esencial, que va a constituir el nervio mismo de la nueva concepción jurídica de Jhering. Si, en efecto, el Derecho es instrumento en manos del hombre para la consecución de sus fines propios, ¿no pueden entrecruzarse estos fines, anulándose o desvirtuándose recíprocamente, y convirtiendo la vida del Derecho en pura anarquía? Jhering ve esto con gran claridad y percibe que toda su nueva teoría del Derecho pende de una teoría de la sociedad basada en la compatibilidad y complementariedad de los fines humanos.

Jhering trata de dar respuesta a este problema insertando el Derecho en el marco de una teleología general del mundo ético. Frente a la creencia de que todo lo existente se halla sometido sin excepción a la ley de causalidad, Jhering sostiene que el mundo está regido, no

(79) Zweck, I, pág. V.

sólo por la ley general de causalidad, sino también, y en la misma medida, por la ley de la finalidad. Sostenemos en la mano una piedra, abrimos la mano y la piedra cae al suelo. Y esto una y otra vez, siempre que repitamos la acción; es la ley de causalidad que rige en absoluto la naturaleza inorgánica. Pero imaginemos un hombre sediento; lo primero que hace es fantasear y representarse una fuente o un recipiente con el codiciado líquido; pone, luego, en función todos los medios necesarios para alcanzar la meta deseada, y al final, aplaca su sed (80). En el primer caso, no hay, por así decirlo, más que un movimiento mecánico o automático, mientras que en el segundo, tenemos ante nosotros una persona que actúa para lograr un fin: apagar su sed. En el primero de ellos, se trata sólo de hallar respuesta a un *quia*, en el segundo, en cambio, de responder a un *ut* final. De aquí que Jhering distingue dos clases de leyes, la causal en sentido estricto y la final, bajo cuyo imperio nos encontramos la mayor parte de los momentos de nuestra vida. En la causalidad el hombre no juega papel alguno en su individualidad concreta, mientras que en la ley final el individuo con su representación, su esfuerzo para conseguir el fin, y el fin mismo, se halla en el centro de la consideración. El hombre obra y obra siempre con vistas a un fin, ya que «una acción humana carente de fin es algo tan absurdo como un efecto sin causa» (81). Para el logro de sus fines la voluntad humana se sitúa por encima de la naturaleza, pone a ésta a su servicio. En toda acción humana, es decir, en toda prosecución de un fin, el hombre que actúa refiere a sí, por eso, todos los grados de su acción y también el fin alcanzado. Es lo que Jhering llama «el egoísmo en el mundo del obrar» (82), la referencia exclusiva al yo de todo un universo de posibilidades.

Con ello, empero, topamos con otro y más difícil interrogante. Si la autonomía de los fines humanos nos llevaba a preguntarnos por la posibilidad de la convivencia en el caso de contradicción de estos fines, la referencia absoluta al yo en la ley final, el «egoísmo del obrar» nos lleva a otro problema, más agudo todavía, que Jhering formula así: «¿Cómo puede subsistir el mundo sobre la base del egoísmo, que no quiere nada para el mundo, sino todo para sí mismo?» (83). La respuesta que Jhering da a esta pregunta va a abrir nuevos horizontes a la ciencia jurídica, ya que por ella va a ser posible extraer el sentido del Derecho de la misma textura de la dinámica social. Para Jhering esta respuesta puede condensarse en una sola palabra: «sociedad». La misma existencia de la sociedad, es decir, la convivencia pacífica y ordenada de personas tan distintas en sí, de presupuestos vitales tan diversos, de profesiones y modos de vida tan encontrados son la mejor respuesta al interrogante de si es posible la vida en común sobre la base del egoísmo individual. Mientras que, de otro lado, el examen atento de la sociedad que tenemos ante nosotros nos dice el cómo, los

(80) *Zweck*, I, págs. 2 y sigs.

(81) *Zweck*, I, pág. 9.

(82) *Zweck*, I, pág. 24.

(83) *Zweck*, I, pág. 24.

camino que el egoísmo traza para hacer posible su viabilidad como convivencia.

Para encontrar respuesta al problema que nos plantea el hecho cotidiano de una convivencia pacífica y ordenada de seres con fines prácticos exclusivos y distintos, cuando no contradictorios, Jhering vuelve los ojos al esquema trazado por Bentham (84) y el utilitarismo inglés. Bentham había ya escrito que «la naturaleza había situado a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos, el dolor y el placer. Ellos solos son los que nos prescriben lo que debemos hacer y los que determinan lo que haremos (85). Jhering, por su parte, ve estas dos «palancas» del obrar en común, en el provecho y la fuerza. Jhering compara la sociedad humana con una máquina «en la que se mueven vertiginosamente rodillos, ruedas y cuchillas, cada uno en una dirección distinta, al parecer completamente independientes entre sí, como si cada uno de los elementos existiera sólo para sí mismo, más aún, en posiciones antagónicas cual si quisieran aniquilarse mutuamente» (86). Y sin embargo, el todo funciona armónicamente y el movimiento tan dispar sirve para la consecución de un fin predeterminado. Algo semejante ocurre con la sociedad, que, a nuestros ojos, aparece tan armónica y unitaria, pero cuya armonía y unidad es el resultado «de la lucha de los intereses, de la oposición de las aspiraciones, egoísmos, terquedad, contradictoriedad, dejadez, debilidad, maldad, delincuencia» (87).

¿Cómo es esto posible? Jhering da a ello una respuesta significativa, desgranando en sentido utilitario el concepto mismo de sociedad. La sociedad puede subsistir sobre la base del egoísmo, «porque pone éste a su servicio, pagándole el provecho al que aspira, interesándole de tal manera en sus propios fines que se asegura su colaboración» (88). El modelo se encuentra aquí en el mismo mecanismo de la naturaleza. La naturaleza no impone al hombre forzosamente sus fines, sino que los consigue uniéndolos a su consecución la incitación del placer y a su vulneración el freno del dolor; de tal manera que son los hombres mismos los que espontáneamente cumplen aquellos fines, como, por ejemplo, la conservación de la existencia personal y de la especie, y se oponen también, de ordinario, espontáneamente a su violación (89). Según este mismo esquema actúa también el egoísmo individual en la conformación de las relaciones humanas. El hombre no impone tampoco por la fuerza a los demás sus propios fines individuales, sino que lo que hace es movilizar el egoísmo de los demás y ponerlo al servicio del propio egoísmo: «entrelazar la consecución del

(84) Sobre Bentham, cfr. *Zweck*, II, págs. 133 y sigs.

(85) J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by W. Harrison, Oxford 1960, pág. 125. Sobre los antecedentes de Bentham en este punto, cfr. D. BAUMGART, *Bentham and the Ethics of Today*, Princeton, 1952, págs. 33 y sigs.

(86) *Zweck*, I, pág. 71.

(87) *Zweck*, I, pág. 72.

(88) *Zweck*, I, pág. 24.

(89) *Zweck*, I, págs. 20 y sigs.

propio fin con los intereses ajenos» (90). O lo que es lo mismo, la satisfacción del propio interés se estructura de tal modo, que otro u otros hombres se hallan interesados en ella, porque esta satisfacción implica la consecución también de fines perseguidos por ellos. Llevado cada uno sólo por el egoísmo, todos colaboran en una obra en común, y al tratar de satisfacer sus propios intereses están laborando en la satisfacción de los intereses de los demás (91). La convivencia, no sólo deja de ser incompatible con el egoísmo individual, sino que se convierte en el presupuesto de su verdadera realización, de manera mucho más perfecta que si cada hombre tratara de lograrla aisladamente y en contra de los demás. La gran palanca del provecho muestra aquí todo el abanico de sus posibilidades. Con su dicotomía entre placer y dolor Bentham había tratado de mostrar un criterio absoluto para el obrar ético del individuo (92), mientras que la idea del provecho quiere en Jhering aludir al punto que hace posible la convivencia pacífica, es decir, que hace posible la sociedad en su sentido más estricto. Acuciado por la satisfacción de sus necesidades, y sabiendo que cada uno, entregado a sí mismo, no puede lograr esta satisfacción, el hombre se reúne con sus semejantes en colectividades. Ahora bien, ¿cómo es posible la convivencia pacífica y ordenada y cómo subvenir a las necesidades de cada uno, cuando se trate de un grupo de individuos dominados por el egoísmo, queriendo satisfacer sólo sus necesidades específicas? No por la benevolencia o la beneficencia, que siempre tiene en cuenta, ante todo, la individualidad de aquel con quien se es benevolente o a quien se hace el beneficio. Como ya decía Adam Smith, «no es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que trae los manjares a mi mesa, sino sólo el interés en mi contraprestación» (93). Sólo, efectivamente, el interés, el provecho, dice Jhering, que pone en juego y a su servicio el interés y el provecho perseguido por los demás, puede hacer posible la convivencia pacífica y la satisfacción mutua de las necesidades de todos. Esta convivencia y esta satisfacción de las necesidades es lo que Jhering denomina el «tráfico social»: «la realización de las determinaciones recíprocas de los fines humanos, la eliminación del acaso, del aseguramiento de la satisfacción de las necesidades humanas como forma fundamental de la existencia social» (94).

Esta parte de la obra de Jhering destinada a poner al descubierto en el provecho las últimas raíces de la convivencia humana y de sus fines, es también aquella parte de su obra en que de manera más directa juega un papel la libertad humana individual. El hombre, llevado por su afán innato de provecho pone todos los medios posibles para alcanzarlo, siendo así que, a la vez, labora para que los demás logren

(90) Zweck, I, pág. 27.

(91) Zweck, I, págs. 27 y sigs., 30, 57.

(92) J. BENTHAM, *An Introduction*, ya cit., págs. 125-26 y sigs. Cfr., sin embargo, también las precisiones de J. STUART MILL, *Utilitarianism, Liberty & Representative Government* (Everyman's Library, 482), págs. 5 y sigs.

(93) A. SMITH, *The Wealth of Nations*, 4th impr. London, 1874, pág. 11.

(94) Zweck, I, págs. 161 y sigs.

su provecho, hasta llegar así a los últimos fines de la convivencia. Pero como ya hemos visto anteriormente no es sólo el provecho el motivo que lleva al hombre a la vida social, sino que, a su lado, se halla también como determinante de la acción, la fuerza. O como dice Jhering contundentemente, «el provecho y la fuerza... son los postulados absolutos del orden social» (95). Y la fuerza ya no es compatible con la libertad individual, lo mismo la fuerza física, que hace obrar al hombre en contra de lo que efectivamente quiere, que la fuerza psicológica que subyuga la voluntad del coaccionado hasta hacerle querer en el sentido deseado (96). Con el examen de la fuerza y de los numerosos sinónimos con los que la denomina, violencia, poder, compulsión, coacción, ímpetu, dominio, amenaza, Jhering va a dar principio a un nuevo capítulo de su teoría en el que el hombre juega cada vez más, un papel pasivo. Si nos adentramos en la noche de los tiempos y examinamos la infancia de los pueblos, no veremos allí una vida muy distinta de la de una horda animal: el más fuerte domina y se hace obedecer, mientras que el débil obedece y se somete o es sometido, y forzado a obedecer. Desde entonces hasta nuestros días con su regulación abstracta y condicionada de la fuerza en las relaciones humanas puede decirse que hay un largo camino, que no es, nos dice Jhering, «cuestión del mero conocimiento, como en el caso de la verdad, sino problema de lucha de los intereses; y los medios por los que se lleva a cabo esta lucha no son fundamentos y deducciones, sino la acción y la energía de la voluntad nacional» (97). En el origen y en el fondo de esta lucha se halla, como en el caso del provecho, el egoísmo humano que aspira a formas de vida en común más ciertas y seguras para la satisfacción de sus intereses. El primer síntoma del triunfo del egoísmo sobre las exigencias de la pura fuerza física, se da en el campo de las contiendas bélicas. En los pueblos primitivos, que acostumbraban a pasar a cuchillo al pueblo vencido, empieza a germinar la idea de si no será más propicio para los intereses del vencedor dejar con vida al vencido y someterlo a servidumbre: «si no vale más esclavo vivo que enemigo muerto» (98). Es el inicio de un proceso, a cuyo desarrollo asistimos todavía en el campo del Derecho internacional, pero que ya puede darse por concluso y consolidado en el interior de los Estados nacionales: la sustitución de la mera violencia física por la norma que regula inviolablemente la aplicación de la fuerza. «Podría repetirse cien mil veces el curso de la historia universal, y la humanidad llegaría siempre al mismo punto en que hoy se encuentra..., ya que el hombre tiene necesariamente que establecer y fundar una situación en la que sea posible una comunidad de vida» (99). No es que la arbitrariedad y el puño de hierro de los tiempos primitivos no haya servido de nada, ya que gracias a ellos, se ha acostumbrado la voluntad humana a doble-

(95) *Zweck*, II, pág. 3.

(96) *Zweck*, I, págs. 181 y sigs.

(97) *Zweck*, I, pág. 199.

(98) *Zweck*, I, pág. 187.

(99) *Zweck*, I, pág. 187.

garse y obedecer (100). Pero una vida verdaderamente humana no es posible entregada a la merced del más fuerte. Es por eso, que el interés, la voz del egoísmo, demanda desde los mismos comienzos de la vida de los pueblos una comunidad regida por normas predecibles y vinculantes para todos. Y esto es lo que tratan de conseguir las asociaciones más rudimentarias, desplazando todo el peso del poder y de la fuerza al interés de todo o de los más, frente al interés individual y aislado (101). El final de todo este proceso se halla en el Estado y el Derecho. «El Estado es la sociedad en tanto que titular de la fuerza coactiva regulada y disciplinada; y el conjunto de los principios según los cuales la sociedad es activa en este campo, la disciplina de la fuerza, es el Derecho» (102).

Al concebir así al Estado como titular exclusivo de la fuerza dentro de los límites del grupo, Jhering va a dar un paso de extraordinaria significación dentro de la ciencia del Derecho. La titularidad exclusiva de la fuerza en el Estado, no sólo pone fin a las luchas entre el fuerte y el débil o entre los más fuertes, sino que demanda la existencia de una regla o condición organizadora de la fuerza. El Estado puede tener muchos fines, y de hecho, los ha tenido a lo largo de la historia, pero uno es consustancial a su propio concepto, el del monopolio de la fuerza física. «El Estado es la forma del ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción social, es decir, la organización de la coacción social» (103). Es de esencia del poder estatal ser superior a todo otro poder dentro del grupo, bien sea el poder de uno o muchos individuos. «La falta de poder, la impotencia es el pecado mortal del Estado, un pecado para el que no hay absolución alguna; es el pecado que la sociedad no perdona ni soporta jamás, una contradicción en sí misma» (104). Se ha tolerado el azote y el delirio sangriento de los tiranos, se les ha divinizado incluso, porque también el despotismo puede ser una forma de Estado. Lo que nunca puede serlo es la anarquía, la impotencia del poder, que sólo significan «la destrucción y la disolución de la sociedad» (105). El poder del Estado, por corporeizar la fuerza del cuerpo social contra las voluntades individuales, tiene que ser también un poder organizado, y organizado por reglas inquebrantables, a las que el mismo poder presta fortaleza. Estas reglas que al organizar el poder perciben también de él su fuerza de obligar es lo que llamamos Derecho.

Esta doble faz del Derecho, de un lado, ser expresión y articulación del poder supremo en la sociedad, y de otro, recibir de este mismo poder su sanción y validez fáctica, va a transparentarse en la definición del Derecho por Jhering. «Derecho es el conjunto de las normas coactivas válidas en un Estado», es decir, concluye Jhering des-

(100) *Zweck*, I, págs. 196 y sigs.

(101) *Zweck*, I, págs. 226 y sigs.

(102) *Zweck*, I, pág. 240.

(103) *Zweck*, I, pág. 240.

(104) *Zweck*, I, pág. 243.

(105) *Zweck*, I, pág. 243.

pués de asentir a esta definición, que «el Estado es la fuente única del Derecho» (106). Las asociaciones que gozan de autonomía concedida por el Estado, pueden darse reglas para su funcionamiento interior, pero son reglas, a las que no puede calificarse de jurídicas porque les falta la sanción que hace inexorable su cumplimiento. Y es que la sanción, la fuerza del poder social que lo acompaña es un criterio distintivo y esencial del Derecho. La coacción emanada del poder estatal «es el criterio absoluto del Derecho; una proposición jurídica sin sanción es una contradicción en sí misma, un fuego que no arde, una luz que no alumbra» (107). Todas las normas que se cumplen bajo la amenaza de la coacción estatal son Derecho, mientras que no lo son todas las demás por muy constantemente que se cumplan de hecho (108). Y sin embargo, por muy esencial que sea, la coacción es sólo un momento del concepto del Derecho. El otro, no menos esencial, es el de la norma. «El contenido de la norma es una idea, una proposición, pero una proposición de naturaleza práctica, es decir, un precepto para el obrar humano, una regla según la cual hay que ordenar la conducta» (109). Las normas no son, por eso, lo mismo que las máximas, reglas del obrar extraídas de la experiencia, y que por ello mismo no son vinculantes en sentido estricto. Las normas, en cambio, sí son vinculantes y están formuladas para ser cumplidas. Es decir, son imperativos, bien positivos que prescriben una acción, bien negativos que la prohíben. Los unos y los otros van acompañados, como queda dicho, por la sanción, de tal manera que puede «representarse al Derecho en su totalidad como el sistema de la coacción realizado por el Estado, como la maquinaria de la coacción organizada y manejada por el Estado» (110).

No obstante lo cual, Jhering nos dice a continuación que la coacción en sí es un criterio inseguro del Derecho como tal. Para entenderlo adecuadamente es preciso tener en cuenta que la coacción no es ejercida directamente por el poder estatal sobre los individuos singulares, sino por los órganos o autoridades en los que el Estado delega expresa e imperativamente esta facultad. «No el hecho de que el poder estatal promulgue una forma presta a ésta el carácter de norma jurídica, sino sólo el hecho de que los órganos del Estado se hallen obligados a la imposición de la misma» (111).

Llegados a este punto, Jhering vuelve los ojos hacia atrás y se pregunta, si las características trazadas son suficientes y bastan de por sí para deslindar y hacer comprensible el concepto del Derecho. Tanto la coacción como el carácter de norma son sólo, en efecto, momentos formales que nos dicen que la sociedad exige compulsivamente ciertas cosas de sus miembros, pero que no nos indican ni el por qué ni el

(106) *Zweck*, I, pág. 249.

(107) *Zweck*, I, págs. 250-51.

(108) *Zweck*, I, págs. 256-57.

(109) *Zweck*, I, pág. 256.

(110) *Zweck*, I, pág. 261.

(111) *Zweck*, I, pág. 262.

para qué de ello. No por su forma, sino sólo por su contenido podemos saber, en efecto, cuál es el sentido del Derecho. Un problema verdaderamente insoluble, nos dice Jhering, ya que este contenido varía de país a país e incluso dentro de un mismo país de una época a otra. Un problema insoluble, es cierto, pero sólo si trasladamos al campo del Derecho la problemática y el método de la ciencia, sólo si al preguntarnos por el contenido, nos preguntamos también por la verdad del Derecho. El conocimiento científico indaga incansablemente a la busca de la verdad, sabiendo que su polo opuesto es el error. En el terreno práctico no nos enfrentamos con este dilema de verdad y error, sino con el problema muy diferente de la adecuación de algo para la consecución de un fin. «Adecuación es el criterio de la práctica, es decir, el obrar; verdad, en cambio, el de la teoría, o lo que es lo mismo, el del conocimiento. La adecuación significa la coincidencia de la voluntad con lo que debe ser, mientras que verdad es la coincidencia de la representación con lo que es» (112). El término «adecuado» o «apto» se utiliza para calificar un medio con el que se trata de alcanzar un fin, no el de «verdad» o «error». El fin del Derecho, que es el objeto en sí de la ciencia jurídica, dice Jhering, puede resumirse en pocas palabras: «Derecho es la forma del aseguramiento por el poder coactivo del Estado de las condiciones de vida de la sociedad» (113). A la consecución de este fin está dirigido todo Derecho, el cual, por ello, tiene que ser necesariamente distinto en su contenido de acuerdo con las circunstancias de hecho en que se trate de alcanzar aquel fin, es decir, de acuerdo con la situación histórica real del grupo social para el que se destina el Derecho (114). Y de acuerdo también con lo que se tenga por «condiciones de vida» de la sociedad. Las condiciones de vida no son, como parece indicarlo su nombre, una categoría objetiva, sino, como dice Jhering, una expresión «con la que no quiere indicarse que algo es condición de vida objetiva, sino sólo que a ese algo se le tiene por tal» (115). Es decir, que el Derecho varía y se matiza, no tanto según hechos que condicionan efectivamente la vida de la sociedad, sino de acuerdo con hechos que se cree que condicionan esta vida. Y así ha habido Estado confesional y aconfesional o supraconfesional, y quema de herejes y de brujas y libertad religiosa, y escolaridad obligatoria y escolaridad prohibida. Y en ninguno de estos casos puede decirse que el Derecho es más o menos adecuado, sino que siempre es el adecuado «para el tiempo en que se dio». «Si la vida pende de las tinieblas, quien introduce una luz comete un crimen capital» (116).

Con esta noción relativista, y técnica del Derecho, con su idea de que el Derecho sólo puede medirse y calificarse de acuerdo con el fin que está llamado a cumplir, Jhering hace del Derecho un factor y un fenómeno social, abriendo de par en par las puertas a la reflexión jurídica contemporánea.

(112) *Zweck*, I, pág. 341.

(113) *Zweck*, I, pág. 345.

(114) *Zweck*, I, págs. 345-46.

(115) *Zweck*, I, pág. 350.

(116) *Zweck*, I, pág. 348.

«El derecho no es lo supremo en el mundo, no es fin en sí mismo, sino simplemente medio para un fin, para un fin último que es la subsistencia de la sociedad» (117). Es la respuesta de Jhering al Derecho Natural. El Derecho Natural racionalista, especialmente el de los siglos XVII y XVIII, partía de la existencia de un orden universal de las cosas, del que el hombre por el raciocinio podía extraer proposiciones válidas para el comportamiento humano. Estas proposiciones constituían el Derecho «natural», único, absolutamente vinculante. Es un Derecho basado en la razón, y que, como se ve, sobre todo, en el siglo prerrevolucionario francés, podía militar, a la vez, en los dos bandos en pugna, estableciendo exigencias contradictorias, tanto la obediencia al poder establecido y respeto al orden tradicional, como el derecho de libre asociación y la igualdad entre los hombres. La refutación definitiva del Derecho Natural es encuentra en la Escuela histórica. Para la Escuela histórica el Derecho no es ni puede ser nunca producto de la razón o de la voluntad del hombre, sino un fenómeno esencialmente histórico, unas reglas de comportamiento que el genio de los pueblos va gestando «lenta y calladamente» a lo largo de su desenvolvimiento. Pero la Escuela histórica va, sobre todo, a dar un paso de importancia decisiva, que no sé si ha sido subrayado suficientemente. La Escuela histórica, no sólo niega la existencia y la posibilidad de un Derecho natural, sino que niega por principio la existencia de «un» Derecho. Para ella sólo existen «los» Derechos creados por los pueblos y que son tantos y tan diferentes entre sí como lo son los genios de los pueblos que lo alumbran. La ciencia jurídica no tiene como objeto «el» Derecho, sino la multiplicidad de los Derechos históricos, cada uno de los cuales es tomado en sí, como algo dado, no susceptible de crítica, sino sólo de conocimiento. Y sobre todo, y dada su historicidad interna absoluta, frente al cual no puede plantearse el problema de su aplicación práctica (118). Aquí y no en otro sitio, en la dogmática de Savigny y Puchta se halla el origen de la jurisprudencia conceptual, que tan devastadoramente iba a combatir más tarde Jhering. Es una consideración del Derecho, para la que éste no es tenido en cuenta por su aplicación a la realidad social, sino, por así decirlo, en sí, sin finalidad ni motivación concretas, sino como un conjunto lógico conclusivo, en el que las proposiciones jurídicas reducidas a conceptos lógicos formales, se hallan unidas entre sí por relaciones también formales de subsunción o de inferencia.

Es contra esta noción abstracta del Derecho que Jhering construye su teleología jurídica. Y es que la sociedad desde la que Jhering nos habla en la última fase de su pensamiento representa una experiencia nueva para la conciencia jurídica y social. Ya no es la sociedad tradicional y conservadora de la Restauración, en la que el hoy aparecía

(117) Zweck, I, pág. 194.

(118) Cfr. las precisas observaciones de E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig, 1929, págs. 11 y sigs.

como una continuidad y un eco del ayer, y desde cuyo horizonte pudo Savigny idear el gran edificio de la Escuela histórica. Jhering se dirige ahora a nosotros desde la sociedad posterior a 1848, una sociedad en ebullición, en la que reina la lucha sin cuartel de los intereses particulares, y en la que trata de imponerse una clase dominante institucionalizando la opresión y la explotación. Una sociedad, trayendo a la memoria palabras famosas, en la que «cada uno es fin para sí, y todo lo demás es nada para él» (119). En esta sociedad el Derecho no es una estructura abstracta situada por encima de la realidad social, sino parte de ella misma, instrumento en la lucha de los intereses, y el medio decisivo para la conformación de la convivencia desde un determinado punto de vista. Un punto de vista que no se hace real y manifiesto espontáneamente en el curso de la historia, sino que es el resultado de la lucha de los intereses encontrados, de la conquista de los resortes del poder. Porque el Derecho, como dice Jhering, «no es mero pensamiento, sino fuerza viva» (120). El Derecho se inserta así en la vida social como un elemento más de su dinámica. Su vida es parte de la vida de la sociedad, fruto y a la vez solución como elemento de fuerza de la lucha en que se desenvuelve toda sociedad.

(119) HEGEL, *Rechtsphilosophie*, § 182 Zus.

(120) *Kampf*, pág. 19.