

Rudolf von Ihering

Por JOSE M.^a RODRIGUEZ PANIAGUA

Madrid

R. Ihering (1818-1892) es, sin duda, uno de los juristas más famosos. En cuanto a su influjo, es problemático que sea similar a su fama, por la dificultad de comprensión de su pensamiento. Con una gran estimación de sí mismo, extraordinariamente impresionable y voluble y al mismo tiempo con una veracidad y sinceridad fuera de toda duda, no es extraño que se nos muestre en una evolución constante, y con frecuentes exageraciones y unilateralidades; esto, unido a su desorden sistemático y a su sincretismo metódico, nos da esa dificultad de comprensión a que hemos aludido. Y, sin embargo, hay en sus escritos algo que convence, «sus libros encierran un encanto personal que, unido a la pujanza de las ideas y al vigor sugestivo de sus perspectivas, les asegura una larga vida» (1).

De sus obras las que más nos interesan (2) son: 1) *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, en cuatro volúmenes, 1852, 1854, 1858 y 1865 (*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española por E. Príncipe y Satorres, Madrid, 1891-1892); 2) *Der Kampf ums Recht*, 1872 (*La lucha por el derecho*, traducción española, de A. Posada [prólogo de L. Alas, Clarín], 1891; se han hecho numerosas ediciones de esta traducción, y hay también otras); 3) *Der Zweck im Recht*, en dos volúmenes, 1877 y 1883 (*El fin en el Derecho*, traducción de L. Rodríguez, Madrid, s/a: es sólo el primer volumen y ha sido reproducida esta traducción en 1946 por Edit. Atalaya de Buenos Aires y alguna otra su-

(1) Todas estas cualidades, contrastadas con el propio estudio personal sobre la obra de Ihering, han sido tomadas de E. WOLF, *R. Von Ihering- O. von Gierke*, traducción de A. Truyol Serra, Madrid (Revista de Derecho Privado), s/a, págs. 13 y 18-19.

(2) Coinciden con sus obras principales, a excepción de sus diversas obras sobre la posesión, que no se mencionan. Una bibliografía bastante completa, elaborada por M. G. LOSANO, en: *Iherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtages von Rudolf von Ihering* (edit. por F. Wieacker-Ch. Wollschläger), Göttingen (Vandenhoeck-Ruprecht), 1970, págs. 253 y sigs. Menos completa, pero con especial atención a las obras traducidas al castellano en: *Ihering y la lucha por el Derecho*, número monográfico de *Revista de Ciencias Sociales* —Facultad de CC. Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976-1977, págs. 671 y sigs.

damericana; en 1961-1962 se publica la traducción de los dos volúmenes, de D. Abad de Santillán, Puebla [Cajica]); 4) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (*Jurisprudencia en broma y en serio*, traducción [no completa] de R. Riaza, Madrid [Rev. D.^o Priv.], 1933).

La primera de estas obras, *El espíritu del Derecho romano*, enlaza de alguna manera con el primer programa de Savigny (de investigación histórica). Pero este, partiendo de que el Derecho romano se había hecho alemán, en cuanto que Alemania había adoptado el Derecho romano, se situaba dentro del conjunto, y dirigía su estudio a los detalles, a las diversas instituciones. Ihering en cambio toma como objeto de su estudio el conjunto, en sus diversas fases, aun cuando luego, por quedar la obra sin acabar, no pase de la segunda, el Derecho romano de la antigüedad, sin llegar a la tercera o tercer sistema, el de la época clásica de la jurisprudencia romana. Sirviéndose de una de esas comparaciones predilectas tomadas de las ciencias naturales que con tanta frecuencia utiliza, Ihering nos dice que el instrumento que necesita no es la lupa, sino el telescopio (3). No se trata de una exposición o de una historia del Derecho romano, sino de una crítica del mismo, de una crítica histórico-filosófica, es decir, de filosofía de la historia, que tiene por objeto «separar lo pasajero y puramente romano de lo permanente y general» (4). Esto, desde el punto de vista práctico, suponía abandonar el compromiso indisoluble con el Derecho romano. Como destacaría en el escrito inaugural de la revista fundada por él (1857), pero anticipa ya en la introducción a *El espíritu...* su lema es: «Por el Derecho romano, más allá del Derecho romano» (5). Desde el punto de vista teórico eso suponía también desligarse de los vínculos de sujeción al Derecho romano o cualquier otro Derecho particular, proclamar el carácter de universalidad de la ciencia jurídica (6). Lo que a su vez implicaba que en definitiva lo que importaba no era el Derecho romano, sino «poner de manifiesto la esencia del Derecho» (7). En realidad este conocimiento de la esencia del Derecho estaba exigido como previo por el propio propósito de crítica del Derecho romano, porque el que quiera criticar, como el que quiera medir, «necesita una medida, y la medida para juzgar un Derecho particular sólo nos la puede dar la teoría general de la naturaleza y la forma de manifestarse el Derecho en general» (8). Pero, como parece desprenderse de todo el desarrollo de la obra, «el propósito de Ihering estaba orientado desde el principio a proporcionar, a través de la exposición de la evolución del Derecho romano, elementos para una “teoría na-

(3) R. VON IHERING: *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Basel (Benno Schwabe), I, pág. 23.

(4) *Geist*, I, págs. 15-16.

(5) R. IHERING, «Unsere Aufgabe» en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I (1857), pág. 52; *Geist*, I, pág. 14.

(6) *Geist*, pág. 11 y sigs.

(7) *Geist*, II-II (1858), «Vorrede», XIV. Ha destacado este aspecto de la obra que estamos comentando W. WILHEM: «Das Recht in römischen Recht», en *Iherings Erbe* (cit. nota 2), págs. 228 y sigs.

(8) *Geist*, I, pág. 23.

tural del Derecho”, es decir, para una filosofía del Derecho» (9). Esto plantearía el problema de cómo o por qué empezar, para evitar el círculo vicioso. Ihering lo resuelve diciendo que, tanto con respecto al concepto de Derecho como al de historia, «se puede partir de verdades simples, indiscutibles, y conformarse con resultados sencillos» (10).

Este punto de partida no puede ser, sin embargo, una plena identificación con los puntos de vista de la doctrina dominante sobre la esencia y la naturaleza del Derecho, en concreto con la «doctrina proclamada y puesta en circulación sobre todo por Savigny del carácter nacional de los diversos Derechos» (11). Este punto de vista imposibilitaría los propósitos de Ihering, de dar universalidad a la ciencia jurídica y exponer una «teoría natural», es decir, de la esencia del Derecho en general. Pero esa doctrina dominante, en ese punto concreto, le parece a Ihering fácil de descartar. La frase de Savigny, de que el Derecho romano se ha hecho alemán, no le puede convencer, porque habría que explicar primero cómo o por qué ocurrió eso: antes de ocurrir, no era todavía alemán, era contrario a todo el pasado, a la íntima esencia de la nación alemana, a toda su historia. ¿Cómo y por qué, pues, tuvo lugar la recepción del Derecho romano? Esto lo deja sin explicar la Escuela Histórica, porque en realidad profesa una doctrina del desarrollo del Derecho que puede corresponder al Oriente, o a la antigüedad, pero que no se corresponde con el desenvolvimiento del Derecho en Occidente desde la Edad Media (12).

En otros puntos el pensamiento de Ihering está mucho más en armonía con el de la Escuela Histórica. Así cuando nos explica el significado del «espíritu del Derecho», precisamente el término que da título a su obra, en el sentido de que son «fuerzas que obran», «ideas, concepciones, tendencias de un pueblo y de una época», de modo que «el espíritu del pueblo y de la época es también el espíritu del Derecho» (13). O cuando nos dice: «Hoy ya no se discute que el Derecho no es, tal como se lo consideró en otro tiempo, un agregado externo de determinaciones libremente elegidas que deba su origen a la reflexión de los legisladores; sino que se lo considera, al igual que al lenguaje de un pueblo, un producto, íntimamente trabado, de la historia. Los propósitos y los cálculos humanos tienen ciertamente una participación en su formación, pero encuentran más de lo que crean, porque las relaciones en que se mueve la vida humana no esperan a que se las establezca y configure. El impulso de la vida es el que ha traído el Derecho con sus instituciones y el que lo mantiene en su ininterrum-

(9) Son palabras de A. MERKEL, «Ihering», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (1893), pág. 22. El texto continúa: «Y su presuposición de una coincidencia de las tareas de la filosofía del Derecho con una historia escrita con este carácter estaba bien fundada. La historia condensada de la evolución es filosofía. Un espíritu que penetrara plenamente la historia de la evolución de la humanidad y que pudiera dar sobre ella una información coherente, concentrada y clara, sería el mayor de los filósofos».

(10) *Geist*, I, pág. 25.

(11) *Geist*, I, pág. 3.

(12) *Geist*, I, págs. 4 y sigs.

(13) *Geist*, I, págs. 44-45.

vida realidad exterior. La configuración que le han dado la sensibilidad y toda la forma de vivir del pueblo es lo que se encuentran la reflexión y la libre decisión legislativas, que no pueden ir contra eso sin hacerse daño ellas mismas» (14). En esta línea, la formulación del Derecho, es decir, la manifestación o expresión de lo que de él se conoce, le parece a Ihering derivada y secundaria. Se complace en la expresión de que «la regla expresa brevemente lo que la realidad es, de modo que no es de la regla de donde se toma el Derecho, sino que se saca la regla del Derecho existente» (15).

Pero Ihering va más allá que la Escuela Histórica en una dirección que podemos denominar «realista» y que anticipa posturas de otras doctrinas bastante posteriores. La Escuela Histórica presentaba el Derecho junto con el hecho, con su realización; Ihering destaca claramente, dentro del Derecho, este segundo elemento: «La función del Derecho, en general, consiste en su realización. Lo que no se realiza no es Derecho, y, a la inversa, lo que desempeña esta función es Derecho, aun cuando no haya sido reconocido todavía como tal (Derecho consuetudinario). La realidad es la que garantiza el texto, de la ley o de cualquier otra formulación del Derecho, como verdadero Derecho; por lo que ella es el único medio seguro para el conocimiento del mismo. Pero es más, ella es a la vez el comentario y la crítica de ese texto... Ningún código, ninguna exposición teórica del conjunto del Derecho puede comprenderse sin el conocimiento de las circunstancias reales del pueblo y de la época a la que corresponden. Sólo la vida misma tiene una respuesta a las cuestiones de por qué se han dado las normas, de qué deben ser éstas, de cómo la vida interfiere con ellas o las refuerza, etc.». Por eso se equivocan los juristas que nos presentan el Derecho de otros tiempos sólo a base de normas: los que las formularon no necesitaban expresar las circunstancias de la vida de sus contemporáneos a los que se dirigían; pero no es ese nuestro caso cuando queremos comprender el Derecho del pasado (16).

Ahora bien, todo esto forma parte de la introducción, es decir, de las «verdades simples e indiscutibles» de que se parte. Cuando Ihering comienza a exponer los resultados que él obtiene del estudio del desarrollo del Derecho romano, mejor dicho, en este caso, del estudio de sus antecedentes, de los orígenes de los que se supone que procede, no es ya la realización del Derecho, sino la realidad desnuda, el simple hecho y la fuerza, el poder que lo produce, lo que avanza al primer término, diríamos que amenazadoramente: «¿Dónde hay un Derecho que no haya nacido de la fuerza de los individuos y cuyos orígenes no se pierdan en el oscuro trasfondo del poder en el sentido físico? Pero en algunos pueblos ese período se ha sustraído totalmente a su memoria... No ocurre lo mismo con el Derecho romano. Si todavía hoy vemos que la fuerza continúa pariendo el Derecho, ¿qué otra

(14) *Geist*, I, págs. 25-26.

(15) Del jurista Paulo: «regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat». —*Geist*, I, págs. 33-34.

(16) *Geist*, I, págs. 48-57.

madre habría de tener en los comienzos de la historia?» Pero no vamos a tirar por eso al niño y a la madre. Ni siquiera podemos decir que haya regido el poder en lugar del Derecho. Porque también el Derecho estaba presente en un principio, aun cuando de una forma completamente distinta que en la actualidad: como sentimiento jurídico subjetivo. Podemos ver esto en el caso del botín de guerra: las cosas arrebatadas al enemigo eran las que se consideraban más propias. Así comienza el reconocimiento del Derecho (de propiedad en este caso): Primero, es cierto, sólo con relación a los compañeros, a los individuos del mismo círculo o ámbito social, mientras que los que quedan fuera de él no tienen derechos; contra ellos se puede ejercer libremente la fuerza, en concreto arrebatándoles el botín; pero lo que comienza en un hecho vuelve a casa convertido en derecho: el botín ya «no es objeto de botín para los compañeros, sino jurídicamente intocable». Contra los compañeros puede alzarse la fuerza, pero sólo cuando ellos hayan atacado la persona o las posesiones reconocidas. En el reconocimiento social de lo que corresponde a cada uno está precisamente la garantía de que no se va a reclamar por la fuerza lo que no es propio y, en caso de que se haga, de que esa reclamación no va a tener éxito, porque el contorno social no permanece indiferente, neutral ante el conflicto, sino que apoya o no la reacción particular, según la considere justificada o no: es el sistema de la «auto-ayuda», que también pertenece al Derecho. Sólo que estamos acostumbrados a identificar a éste con el que está protegido por el juez, con el que es manejado por el Estado. Pero esta manera de ver, que es comprensible y natural desde el punto de vista actual, no hace justicia a la verdadera esencia del Derecho, que exige ciertamente su «realización constante y segura», pero que no necesita imprescindiblemente de la intervención del Estado, sino que aquélla se puede lograr, aun cuando sea más imperfectamente, por otros medios (17).

Esta visión de los orígenes del Derecho puede resultar dura, pero es menos claro que se la pueda calificar de pesimista, ya que lo que representa es un progreso desde las condiciones más difíciles e insostenibles a otras más soportables y llevaderas. Esta transformación se opera sobre todo gracias a que «la fuerza que actúa no es desnudo poder físico, sino que a través del sentimiento de su derecho se eleva a ser un poder moral» (18). En todas partes esto se ha realizado con la cooperación de la religión. Los preceptos del Derecho se convierten en preceptos divinos, bien todos, bien al menos los de más relevancia moral. Porque para el hombre religioso «el sentimiento de la naturaleza moral del Derecho, al captarlo desde el punto de vista subjetivo como voz de Dios, da como resultado desde el punto de vista objetivo que sus opiniones e ideas sean revelaciones divinas» (19).

Pero lo que ante todo configura el Derecho es el sentido de la utilidad, y lo que determinó la perfección del romano fue un sentido ex-

(17) *Geist*, I, págs. 107-123.

(18) *Geist*, I, pág. 175.

(19) *Geist*, I, págs. 265-266.

traordinario de la utilidad. Ahora bien, el motor de la utilidad, lo que pone en movimiento todo lo que pide la utilidad es el egoísmo. ¿Cómo se compagina esto con la elevación a poder moral de la fuerza que actúa en el Derecho? —Por medio de la transformación de este egoísmo, desde sus formas más ruines y bajas hacia las más grandiosas y elevadas, desde las que miran sólo a la utilidad inmediata y de un solo individuo a las que persiguen la utilidad a largo plazo y de toda la nación. Gracias a esto se elevaron los romanos a su grandeza y pudieron crear la maravilla de su Derecho. Todo el mundo romano podemos describirlo como «el triunfo de la idea de utilidad; todo en él, todas las fuerzas intelectuales y morales que en él actúan están al servicio de los fines, determinadas y configuradas por ellos. Y el egoísmo es el motor de todo; toda esa creación, con todas sus instituciones y todas las virtudes que desenvuelven su actividad dentro de ella, no es otra cosa que la objetivación o el organismo del egoísmo nacional». Desde el punto de vista del individuo lo que eso exige es no buscar la ventaja subjetiva a costa del Estado, ni la ganancia inmediata a costa de la meta final, ni los bienes materiales a costa de los inmateriales, sino subordinar lo relativamente inferior a lo superior, lo particular a lo general. Pero a todo esto, que objetivamente no era en realidad más que la consecuencia de la idea de utilidad, «el punto de vista nacional le pone el sello de la necesidad ética, de la moralidad, del deber» (20).

Sobre estas bases se comprenderá bien lo que Ihering expone, a propósito ya del sistema jurídico específicamente romano (o del *ius strictum*), es decir, del que tiene como fundamento o manifestación primordial la legislación de las Doce Tablas, acerca de la libertad y su relación con el Derecho. La libertad la valora, más que por el impulso que pueda suponer para la producción y el desarrollo material, por su significación o sentido moral, es decir, por el aspecto de actitud o de disposición de ánimo que supone. Por eso se ha de evitar, no sólo el forzar a hacer algo malo, sino incluso el forzar a hacer algo bueno, razonable; porque en este caso no se cierra sólo la posibilidad de elegir lo contrario, también «se quita la posibilidad de hacer lo bueno por propio impulso». No es que Ihering sea indiferente a lo que se haga, sino que sencillamente, desde el punto de vista del Derecho, concibe la libertad como un amplio marco, dentro del cual cabe hacer lo bueno y lo malo: el hombre moral aprovechará la libertad para realizar lo bueno por propio impulso, el malo para seguir sus malas inclinaciones sin obstáculos. Esto quiere decir que la amplitud de libertad en el sistema del Derecho sólo tiene perspectivas de dar buenos resultados, si cuenta por otro lado con contrapesos eficaces; entre estos ante todo los usos sociales. En efecto, no tiene que ser necesariamente el Derecho el que se encargue de prohibir todo lo que se ha de evitar; los usos pueden hacer lo mismo que el Derecho, y a veces con mucha mayor eficacia. «A la larga el sistema de la libertad sólo se puede sostener donde los usos sociales sean suficientemente fuertes para sustituir

(20) *Geist*, I, págs. 319-326. A propósito de la concepción utilitarista de la moralidad, más en concreto, de la virtud, hace referencia con elogio a Bentham (nota 228).

la coacción legal, y es, sobre todo, en los pueblos en los que ese sistema ha llegado a un grado más alto de desarrollo donde se encuentra como su contrapeso y atemperación un dominio riguroso y con frecuencia despótico de los usos sociales, así, por ejemplo, en Inglaterra y Estados Unidos...». Tal era también el caso de Roma. El cuadro vacío de la libertad abstracta se cubre con toda clase de limitaciones, presupuestos, restricciones, que no son menos eficaces porque no los haya establecido la ley. La enérgica fuerza de la costumbre, la institución del Censor, los comicios electorales, los tribunales populares, toda la vida romana con todos sus poderes efectivos constituye el sustraendo del Derecho abstracto, y hemos de realizar esa operación de resta o sustracción, para obtener el resultado. Este es: que el particular tiene un poder absoluto para hacer lo que quiera, pero sólo con vistas a que haga un uso correcto, no su capricho; ahora bien, el Estado no prohíbe ese abuso más que en la medida en que sea absoluta y totalmente rechazable, es decir, sólo las manifestaciones del poder subjetivo que de ningún modo se puedan tolerar, no las que sólo hipotéticamente, en algún caso, se podrían calificar como abusos. Para prohibir estas últimas, la ley tendría que entrar en una serie inabarcable de detalles sobre los presupuestos y posibilidades, y aún así correría el riesgo de decir unas veces demasiado y otras demasiado poco. Un juicio correcto sólo lo podrá formar el propio sujeto en el caso concreto; por tanto, se deja a su competencia. Pero el abuso de esta confianza será reprimido, no precisamente por la ley, sino por las otras instancias, que hacen sus veces, que no actúan como una ley muerta, sino como una ley viva que se adhiere al caso concreto, tales como el Censor, el pueblo mismo y la propia familia (21).

Todo esto por lo que hace al Derecho privado. Cuánto más cierto habrá de ser por lo que hace al Derecho público, en el que las competencias de los individuos tienen el carácter de mera administración y han de moverse a la luz de la más completa publicidad, expuestas en cada uno de sus pasos al control y la crítica del mundo circundante y al de los sucesores, contrapesados por influjos y consideraciones de todo tipo. Libre desde el punto de vista del Derecho, el funcionario público se veía rodeado por un poder invisible, que no le impedía el bien, pero le retenía de cualquier paso hacia el mal. Lo mejor de la constitución política de los romanos estaba en este poder invisible y en el espíritu de amor a la patria, de autorrenuncia, de respeto por la tradición, y en las otras cualidades de este tipo que había que presuponer, y con razón, en los magistrados romanos. Ese espíritu, ni puede ser conjurado por las leyes, ni tampoco depende de estas el evocar o hacerlo presente, porque no es más que el pueblo y el tiempo mismo. Cuando ese espíritu es bueno, la legislación encuentra fácil su misión; y así era en los buenos tiempos en que floreció la libertad en el Estado romano (22).

(21) *Geist*, II, págs. 128-146.

(22) *Geist*, II, págs. 271-272.

Con todo lo expuesto hemos ido mucho más allá de las ideas que podíamos encontrar en los autores representativos de la Escuela Histórica; pero, con excepción de la postura respecto a la internacionalidad de la ciencia jurídica y la formación del Derecho, todo lo demás es armonizable o compatible con los postulados de esa escuela, e incluso se puede considerar como un ulterior desarrollo de esos postulados. Pero la verdad es que ya a comienzos de la exposición del sistema específicamente romano, el que tiene por base principal las Doce Tablas, es decir, a comienzos del segundo volumen de su obra, Ihering se distancia claramente de la Escuela Histórica; y aun cuando no toma como objeto de sus críticas a ninguno de los juristas más representativos, sino al filósofo del Derecho amigo de Savigny, F. J. Stahl, lo pone como «muestra de hasta qué punto ha podido errar esa dirección poco sana e históricamente del todo errónea». Y el punto de la polémica es precisamente el valor de la legislación para el Derecho en relación con el papel o el puesto que corresponde al Derecho consuetudinario, ese «niño mimado de la Escuela Histórica». Ihering se muestra comprensivo con el período de unilateralidad que tiene que atravesar cualquier verdad nueva de profundas consecuencias; pero le parece que en este caso la unilateralidad ya ha durado demasiado. Con lo cual ya está dicho que no dejan de reconocerse al Derecho consuetudinario sus excelencias o ventajas. Pero el gran inconveniente que tiene frente a la legislación es que no permite la independización del Derecho. El Derecho consuetudinario se presenta en la forma de uso o costumbre (*Sitte*); pero en esta forma se presenta también la Moral: No es posible, pues, diferenciarlos exteriormente, es cuestión de diferenciarlos en cada caso, por el tipo de obligación exigida; pero esto, si en ciertos casos es posible, «en otros, por el contrario, la diferencia aparecerá sólo como gradual, por la distinta fuerza del sentimiento de obligación, y en otros de ninguna manera»; en esa forma «le falta todavía al Derecho la firmeza y dureza que constituyen su esencia y lo diferencian de la Moral». Con este primer estadio ha comenzado el Derecho de todos los pueblos; pero esto no es razón para que nos quedemos en él. «En la medida en que un pueblo experimenta la necesidad de la justicia, es decir, de un trato uniforme, sentirá el impulso a liberarse del azar de la justicia meramente individual, a sacar cada vez más la justicia de la esfera de la opinión subjetiva... El medio para esto es el Derecho». Naturalmente este cambio no se produce sin pérdidas dolorosas, pero éstas «no tienen proporción con las ganancias»: el aumento de firmeza, determinación, uniformidad, independencia, seguridad, calma... que experimenta el Derecho. Con este paso, de la interioridad subjetiva a la exterioridad objetiva, el Derecho consigue además su «independencia en la forma. La forma en que antes se manifestaba, los usos sociales, distaba mucho de ser peculiar suya... La ley en cambio es la forma exclusiva del Derecho. Lo que es uso social no es sólo ya por eso Derecho, pero sí lo es lo que es ley» (23).

(23) *Geist*, II, págs. 28-38. Con esta última afirmación Ihering parece ponerse en contradicción con afirmaciones suyas anteriores: «Lo que no se realiza no es Derecho,

Con esta «independencia de la forma», con esta peculiaridad de su manifestación, no sólo se consigue, aparte las otras ventajas, una mejor identificación del Derecho. En este mismo orden cognoscitivo Ihering atribuye a la forma legal del Derecho otra ventaja, que para él, dadas sus inclinaciones científicas, no podía menos de ser de gran importancia: «De un asunto de sentimiento el Derecho pasa a convertirse en objeto de conocimiento, se hace calculable lógicamente, mensurable objetivamente. La intuición va a dar paso cada vez más al pensamiento discursivo» (24). En este progresivo tránsito al pensamiento discursivo, desde la intuición, es decir desde la visión directa de la realidad, que es el medio de conocimiento propio de la relación jurídica, Ihering no se va a quedar ni en las leyes, es decir, en las normas o reglas jurídicas, ni en las instituciones, sino que va a pasar decididamente a los conceptos y a la elaboración sistemática del Derecho, es decir, del material jurídico, a base de conceptos, a través de los conceptos (jurídicos); siguiendo en esto los pasos de J. F. Puchta, «el gran Maestro»; al que está dedicada su obra, *Espíritu del Derecho romano* (25).

El hecho de que Ihering haya hecho posteriormente a la jurisprudencia de conceptos objeto de sus críticas y de sus burlas (es posible que incluso más esto último) ha contribuido no poco al descrédito de esa orientación. Sin embargo, las exposiciones que había hecho de ella las mantuvo en las diversas ediciones, revisadas, que hizo de su obra a lo largo de su vida, dando a entender que eran aprovechables e incluso compatibles con su evolución posterior, haciendo su defensa contra ataques dirigidos al texto de la primera edición (26). En todo caso debería tenerse en cuenta su advertencia (de 1884) de que «toda jurisprudencia opera con conceptos, pensamiento jurídico y por conceptos significa lo mismo, por lo que en este sentido toda jurisprudencia es jurisprudencia de conceptos» (27). Por consiguiente, todo lo que,

y, a la inversa, lo que desempeña esta función es Derecho, aun cuando no haya sido reconocido todavía como tal» (cfr. supra, pág. 252. ¿Se trata de una verdadera contradicción? ¿O de una evolución? ¿O de dos exageraciones (o al menos una)? ¿O más bien de dos unilateralidades? En este último caso la postura de Ihering estaría representada por las dos expresiones acumuladas. El Derecho podría reconocerse o ser identificado por su forma de ley o bien por su realización como Derecho. Por otro lado, la evolución en este caso parece estar excluida, porque más adelante, en el tercer volumen de su obra (es decir, en II-II), va a repetir estas ideas anteriores a que ahora nos estamos refiriendo, incluso con más énfasis: «Lo que no pasa a ser real, lo que sólo está en las leyes, en el papel, es sólo Derecho en apariencia, palabras vacías, y, a la inversa, lo que se realiza como Derecho es Derecho, aun cuando no se encuentre en las leyes». (*Geist*, II-II, pág. 322).

(24) *Geist*, II, pág. 38.

(25) Y a cuyo influjo atribuye expresamente el haber seguido esa dirección. *Geist*, III, pág. 321, nota 431.

(26) Así, por ejemplo, en la nota 528 del tercer volumen (II-II, págs. 386-387). Por lo demás parece que se puede decir que las burlas se han tomado demasiado en serio. Cfr. sobre esto E. WOLF, *op. cit.*, (nota 1), págs. 33 y sigs.

(27) R. v. IHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig (Breitkopf-Härtel), 1924, pág. 347. De manera semejante, en el tomo 2.º (1883) de *Der Zweck im Recht*; alude a que el conocimiento del Derecho, que aparece primero históricamente en su forma originaria imperativa de mandatos y prohibiciones, se transforma luego en su forma

desde la ciencia jurídica, se pueda decir contra la jurisprudencia de conceptos se habrá de entender contra los excesos de la misma. Parece, pues, imprescindible recoger al menos lo más esencial de esas exposiciones referentes a este tema, aun cuando no fuera más que para aprender qué es lo que hay que evitar, por llevar a esos excesos.

En términos parecidos a esa advertencia (de 1884) a que nos hemos referido, decía Ihering en el vol. I de *Espíritu del Derecho romano* «que la transformación de las normas jurídicas en conceptos jurídicos es lo que diferencia la concepción y la elaboración científica de un Derecho de la exposición del mismo contenida en un código» (28). Tales conceptos son, por ejemplo, los de las instituciones jurídicas, las circunstancias esenciales de los negocios jurídicos, las propiedades de las personas o cosas o derechos (29)... El primer resultado que se logra con esta transformación en conceptos es una «simplificación cuantitativa» del material jurídico. Porque en éste, tal como aparece en la legislación, pueden distinguirse diversos elementos o cuerpos simples, que a veces se repiten, cuya repetición, por consiguiente, puede ahorrarse en la exposición científica; otras veces se advierte que una determinada norma sólo se diferencia de otra por un elemento añadido, cuya indicación, por tanto, añadida a la de la anterior, será suficiente; otras que una norma se compone de diversos elementos conceptuales ya conocidos, cuya reunión bastará, pues, para la reproducción de su contenido. Por esta capacidad para combinarse de diversas maneras, dando lugar a compuestos o productos más amplios, pueden compararse esos elementos que se combinan en el material jurídico a los caracteres del alfabeto, aun cuando las diferencias entre uno y otro caso sean muy grandes (30). También se pueden comparar estos elementos a los de la química, y asimilar el papel de la técnica jurídica al de la química, en cuanto que descompone la materia en sus elementos simples. De esta manera la realidad jurídica, sometida al análisis de esta técnica jurídica, pierde su carácter orgánico: «La ciencia del Derecho no establece organismos, como tampoco lo hace la química orgánica, sino que los disuelve» (31).

Todo esto, junto con otros medios, sirve para lo que llama Ihering la «simplificación cuantitativa» del Derecho. Pero para facilitar al jurista la apropiación y dominio del mismo la técnica jurídica le puede proporcionar también una «simplificación cualitativa». Esta se logra mediante el orden interno, la simetría, la unidad del objeto. «El Derecho es cualitativamente simple, si está como sacado de una fundición, si sus partes están claramente limitadas y separadas y, sin em-

conceptual, y remite a su exposición en *Geist des römischen Rechts*. Cfr., R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, Hildesheim-N. York (Georg Olms), II, 1970, pág. 70.

(28) *Geist*, I, pág. 39.

(29) *Geist*, I, pág. 37.

(30) *Geist*, I, págs. 39-41; II-II, págs. 334-335, 345 y sigs.

(31) *Geist*, II-II, págs. 335 y 350-351. Ihering aprovecha la ocasión para marcar nuevas distancias con respecto a las posiciones de la Escuela Histórica: «Para ocultar las deficiencias de conocimientos técnicos (con frecuencia también de claridad de pensamiento) no hay expresión más cómoda que la de "orgánico"; cuanto más nebuloso es el concepto, tanto mas "orgánico" se proclama el objeto.»

bargo, se reúnen armónicamente en una unidad, si la vista puede captar con igual facilidad las partes que el todo» (32). Para conseguir esto se precisa realizar la operación de «construcción jurídica», que corresponde a la ciencia jurídica superior, mientras que la que Ihering califica como inferior se encarga de la interpretación jurídica. Esta es imprescindible, pero no constituye más que el primer grado o escalón. El paso de una a otra viene determinado por el empleo del método propio de la construcción, que es el de la Historia Natural. Gracias a este método la ciencia jurídica se constituye como «ciencia natural en el ámbito cultural» (33). Lo decisivo es que el método determina que los conceptos e instituciones jurídicas se constituyan o configuren como «cuerpos jurídicos». Ihering enlaza en esto con una idea de Savigny, que, refiriéndose a los juristas romanos, había dicho: «Los conceptos y preceptos de su ciencia no son para ellos un producto de su arbitrio, son entes reales, cuya existencia y cuya genealogía han llegado a conocer a través de un trato íntimo prolongado. Por ello, todo su procedimiento tiene una seguridad como no se encuentra en otra parte, fuera de las matemáticas, pudiendo decirse sin exageración que calculan con sus conceptos» (34). Si interpretamos la expresión «entes reales» en sentido metafórico, es decir, equivalente a una comparación: «como si fueran entes reales», estaría facilitada su comprensión. Lo mismo parece que hay que aplicar a las otras expresiones de Ihering, que, aparte de la de «cuerpos jurídicos», emplea también las más suaves de «existencias», «individualidades lógicas», y la de «entes o seres jurídicos». Así entendidas vendrían a expresar la misma idea que luego aplicará Durkeim en la Sociología: tratar los hechos sociales como (si fueran) cosas. En ambos casos está a la base de esa idea el deseo de lograr una ciencia similar a las ciencias naturales.

¿Por qué Ihering escoge el método de la Historia Natural? Probablemente porque le parece el más apropiado para aplicarlo a los conceptos jurídicos, el que mejor se corresponde (en su clasificación de los seres vivos, la célebre clasificación de Linneo) con las clasificaciones o sistemas que se pueden hacer con los conceptos jurídicos; luego también tal vez por las consecuencias que pensaba extraer de esta equiparación. De acuerdo a la equiparación escogida, insiste en definir los conceptos jurídicos, más que por su finalidad, por su estructura, y no de manera aislada, sino en relación a la clasificación en que se enmarquen: «Sólo se puede definir atendiendo a un aspecto que permita también clasificar» (35). Otros puntos que le parece que hay que destacar en los conceptos jurídicos, tratados como cuerpos de la Historia Natural, son sus propiedades, su nacimiento y extinción, su compatibilidad entre sí y su clasificación sistemática (36).

(32) *Geist*, II-II, pág. 333.

(33) *Geist*, II-II, págs. 358-361.

(34) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Hildesheim (Georg Olms), 1967, pág. 29.

(35) *Geist*, II-II, pág. 365.

(36) *Geist*, II-II, págs. 362-369.

De acuerdo con el método elegido están también las leyes de la construcción jurídica que Ihering establece: 1) La ley de correspondencia con la materia positiva, 2) la de no contradicción, y 3) la de la belleza (aun cuando ésta no es absoluta, sino simplemente recomendable, en la medida de lo posible). Las otras dos vienen exigidas por la naturaleza de ciencia que se quiere establecer. Esta es una ciencia positiva, luego tiene que atenerse (1.^a ley) a los datos de que se parte, a la realidad, que en este caso viene entendida como la materia jurídica, las normas de Derecho positivo. Pero lo que maneja son conceptos como si fueran cuerpos, por tanto, éstos no se pueden contradecir o negar (2.^a ley): «Un concepto no tolera ninguna excepción, de la misma manera que un cuerpo no puede negarse, ni ser excepcionalmente algo distinto de lo que es» (37).

El resultado de la construcción jurídica es el sistema, la elaboración de un sistema de los conceptos jurídicos lo más completo y lo más perfecto posible: que contenga en forma de tabla toda la información posible sobre lo que es cada objeto o concepto, y sobre cómo se relaciona con el organismo total de la ciencia, «el árbol genealógico de los conceptos» (38). Las consecuencias que se derivan de este resultado son: la primera (bastante coherente con él), que «el sistema es, desde el punto de vista práctico, la forma más ventajosa en que se puede presentar la materia dada por el Derecho positivo»; la segunda es más ambiciosa y probablemente la que Ihering ha buscado con más ahínco: «El sistema es una fuente inagotable de nueva materia», es decir, que la jurisprudencia superior es creadora o productiva. Pero la demostración de estos asertos se queda más bien en alusiones vagas y generales: «Si hemos adoptado la representación de los cuerpos jurídicos... tenemos que permanecer fieles a esta idea también cuando nos falte la materia positiva, es decir, tenemos que completar de alguna manera lo que nos falta. El material para este complemento nos lo proporciona en parte el mismo cuerpo en particular, su naturaleza y su dialéctica interior, en parte la teoría general de los cuerpos jurídicos» (39).

Más significativo me parece un párrafo del artículo fundacional de su revista, la revista creada por él y el germanista Gerber, escrito en el que presta preferente atención a este aspecto de la productividad o creatividad de la ciencia jurídica: «La ciencia jurídica superior no es sólo configuradora de la materia, sino también creadora; y sólo ella lo es, porque sólo ella puede producir una materia nueva con seguridad y conscientemente. La única operación en la que puede surgir una apariencia de actividad productiva también por parte de la ciencia jurídica inferior es la extensión analógica, porque en ésta se da, al menos, un alejamiento de lo que constituye su objeto (de la C. jca. inferior): la voluntad de la ley. Pero tampoco se la puede comprender (la analogía) correctamente, ni realizarla con seguridad, desde los supuestos

(37) *Geist*, II-II, págs. 370-382.

(38) *Geist*, II-II, pág. 330.

(39) *Geist*, II-II, págs. 383-388.

de la ciencia jurídica inferior. Porque si sólo se conocen las normas y sólo con ellas se opera, ¿cómo se puede comprender que una norma, que el legislador ha establecido sólo para una determinada relación, se haya de poder extender a otra distinta? ¿Por razón de la necesidad? —Pero si el legislador no la ha reconocido, ¿cómo podríamos hacerlo nosotros? ¿Por razón de la igualdad de fundamento?—. Pero ¿qué se ha de entender por igualdad de fundamento? ¿Y a dónde podría conducir un procedimiento que opere con este punto de vista? ¡No! Desde aquellos supuestos (de la ciencia jurídica inferior) se puede manejar correctamente la extensión analógica, en todo caso, mediante el tacto acertado o la adivinación instintiva de su verdadera significación, pero no se la puede comprender. Esto sólo es posible desde los supuestos más elevados (de la ciencia jurídica superior). Su definición aquí es muy sencilla, tiene este sentido: la extensión analógica no es otra cosa que la respuesta a la cuestión de si una norma jurídica, que históricamente ha aparecido primero en una especie particular, pertenece a la especie o al género» (40). Si todo el problema de la creatividad de la ciencia jurídica, que sólo desde la superior se comprende, se reduce a esto, podemos entender el énfasis que pone Ihering en el valor del sistema (la transformación en el sentido de simplificación cualitativa, del material jurídico), su insistencia en el método de la Historia Natural, que procede precisamente a la clasificación sistemática de los seres vivos por géneros y especies; se explica también su manera de entender las definiciones de los conceptos: más por su estructura que por su finalidad. Parte de la suposición de que «toda ciencia jurídica crea, produce, incluso cuando no es consciente de ello o llega a negarse totalmente en la teoría ese derecho» (41), y quiere además que esa labor se realice simplemente «por razón de la igualdad del fundamento»... Ihering se propone llevarla a sus verdaderos presupuestos, para evitar que de ahí pueda salir cualquier cosa, reducirla a operaciones lógicas, a los cauces de la lógica. Para esto necesita el «árbol genealógico de los conceptos», para saber lo que cada uno de ellos debe al género o a la especie. De esta manera procedió la lógica tradicional durante siglos, acudiendo al famoso «árbol de Porfirio», que clasificaba la especie humana bajo los géneros de animal, viviente, cuerpo: Toda cualidad de los géneros es aplicable a la especie, las cualidades de la especie son aplicables a los géneros en cuanto sean efectivamente genéricas y no específicas.

Todo esto naturalmente plantea graves problemas. Uno es si realmente las definiciones de los conceptos jurídicos pueden darse atendiendo a su estructura y no a su finalidad. Otro es que habrá que dar esas definiciones y hacer esas clasificaciones sistemáticas. Ihering nunca llegó a realizar esta obra de clasificación sistemática de los conceptos jurídicos conforme a estos presupuestos o requisitos por él indicados; puso diversos ejemplos particulares de la relación entre diversos conceptos, pero no hizo un sistema general, una construcción sistemática.

(40) R. v. IHERING, «Unsere Aufgabe» (cit. nota 5), págs. 14-15. En el mismo sentido J. AUSTIN, *Lectures...*, págs. 1001 y ss.

(41) *Geist*, II-II, pág. 388.

tica, de cuyas dificultades por lo demás era consciente (42). Cuando siete años después del anterior apareció el cuarto volumen de *Espíritu del D. R.* (1865), el último que Ihering publicó, dejando la obra incompleta, no sólo no había en él esa clasificación sistemática (desde esos presupuestos o puntos de vista a que nos hemos referido), sino que lo que había era precisamente un ataque a la posición o concepción logicista de la ciencia jurídica.

Considera ahora (1865) que es una ilusión el pretender dar a lo positivo la aureola de lógico, que eso tiene que ver con el intento de tranquilizar nuestro juicio justificando lo existente como razonable, por lo que, en lugar de poner de manifiesto su justificación o su necesidad desde el punto de vista histórico, práctico o ético, se toma el camino de presentarlo como lógico. Se crea así un mundo en el que se entroniza el pensamiento abstracto. El concepto se arroga el papel de demiurgo, se atribuye el haber hecho el mundo del Derecho y ser él el que lo rige. En el lugar de las fuerzas reales que se imponen en el seno del Derecho se instala la dialéctica del concepto, y exhibe como obra suya lo que es un producto de aquéllas. En consecuencia Ihering proclama como imperativo inmediato: «¡Liberémonos de los cepos en los que la falsa ilusión nos ha hecho caer!» Y prosigue: «Todo ese culto de la lógica que quiere convertir la ciencia del Derecho en una matemática jurídica es un extravío y se basa en un desconocimiento de la esencia del Derecho.» Ihering hace incluso aquí una de sus pocas confesiones de culpabilidad personal: «Por mi parte no quiero de ningún modo declararme inocente de este reproche» (43). Esta confesión y este propósito de la enmienda iba a marcar el rumbo de su obra posterior. Esta iba a estar toda ella bajo la enseña de la teleología, de la consideración del fin en el Derecho.

Una inmediata consecuencia de esta orientación va a ser, ya en *Espíritu del D. R.* (parte III, es decir, vol. 4), la célebre definición de los derechos subjetivos como «intereses jurídicamente protegidos». El primero de los dos elementos de esta definición lo designa Ihering como utilidad, ventaja, ganancia, bien, valor, disfrute, pero sobre todo «interés», en cuanto que así se expresa lo mismo, el valor o el bien, pero en cuanto está «en especial relación con los fines y relaciones del sujeto». El primer elemento, «en el que reside el fin práctico», es el «substancial», mientras que el segundo, «que se relaciona con aquel fin simplemente como medio», es decir, la protección jurídica, es el elemento «formal». Y continúa Ihering explicándonos la relación entre uno y otro: «El primero es la pepita, el grano; el segundo, la cáscara protectora» (44).

La gran obra de Ihering en este último período de su vida es *Der Zweck im Recht* (*El fin en el Derecho*) (1877 y 1883). Pero antes de

(42) *Geist*, II-II, pág. 371, nota 514.

(43) *Geist*, III, págs. 317-322. Por lo demás, múltiples anticipaciones a la postura de Ihering en esta etapa podemos verlas ya en la anterior, por ejemplo, y aparte otras muestras recogidas en nuestra exposición, en su doctrina sobre la interpretación, de los negocios jurídicos y de la ley, en *Geist*, II-II, págs. 449 y sigs.

(44) *Geist*, III, págs. 339 y sigs.

publicarla iba a tener ocasión de dar una conferencia en Viena (1872), que luego, algo aumentada y con algunas notas, se publicó como un pequeño libro; su título: *Der Kampf ums Recht* (*La lucha por el Derecho*). Su éxito ha sido tal vez el mayor que haya conocido nunca una obra escrita por un jurista. Esto no quiere decir que su mérito sea directamente proporcional a ese éxito. Las claves de éste parece que hay que buscarlas más bien, aparte de su estilo vivo y personal, en que «resultó ser un espejo que reflejaba el sentimiento jurídico contemporáneo», en que «todos pudieron ver apuntados, expresados, confirmados, fundamentados y justificados de manera convincente sus deseos político-jurídicos más íntimos y arraigados» (45).

Desde el punto de vista de la evolución intelectual de Ihering esta obra ofrece el interés de dar testimonio de una nueva toma de postura, marcando nuevamente distancias, con respecto a la Escuela Histórica. A ésta, dice, se la podía denominar igualmente «romántica»; porque es efectivamente «romántica, es decir, basada en una falsa idealización de las situaciones del pasado, la idea de que el Derecho se forma sin dolor, sin esfuerzo, sin necesidad de una actuación, como una planta del campo; la dura realidad nos muestra lo contrario». Con frecuencia están de tal manera las cosas, que el cambio sólo se puede lograr a costa de una intervención muy sensible en los derechos e intereses privados existentes. Con el Derecho vigente se enlazan a lo largo del tiempo los intereses de miles de individuos y de estamentos enteros, de tal manera, que no se puede cambiar aquél sin herir éstos de la manera más sensible. Por esto, cualquier intento en ese sentido provoca de manera natural la actuación del instinto de conservación y la más dura resistencia de los intereses amenazados; y, por tanto, una lucha, en la que, como en toda lucha, no es el peso de las razones o fundamentos, sino la relación entre las fuerzas enfrentadas lo que determina el resultado (46).

Pero no es éste el contenido central del escrito, aunque está en relación con él. La tesis central se puede resumir así: «los titulares de un derecho lesionado tienen la obligación de defenderlo enérgicamente»; y el resumen de la argumentación sería: «en primer lugar, la interconexión del derecho subjetivo con la personalidad de su titular, en segundo lugar, la solidaridad entre el derecho subjetivo y el objetivo» (47). Es decir, que, según la primera parte de la argumentación, el que lesiona un derecho lesiona al mismo tiempo la personalidad de su titular: y, según la segunda, también, el orden jurídico en general (junto con el derecho subjetivo). Ahora bien, el del Derecho (en sentido objetivo) no es el único, ni siquiera el supremo valor del mundo: hay casos en que permitir una lesión del orden jurídico puede estar justificado y ser honroso; el no exigir el pago de una deuda a alguien que está en apuros económicos, lo mismo que el dejar de perseguir a un

(45) E. WOLF, *op. cit.* (nota 1), págs. 42 y 43.

(46) R. v. IHERING, *Der Kampf ums Recht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), reproducción de la 4.ª edición, Wien, 1874, págs. 8 y sigs.

(47) Ambas fórmulas son de A. MERKEL, «Ihering» (cit. nota 9), págs. 26-27.

siervo o a un esclavo fugitivo, en los tiempos en que la servidumbre o la esclavitud eran legales, no parece que sea digno de reproche. Y en cuanto a la lesión de la personalidad, no parece que tenga que ser inherente a la lesión de cualquier derecho: hay derechos que se consideran renunciables, aun cuando haya otros que no lo son. El propio Ihering lo reconoció más tarde, cuando, refiriéndose a la interpretación que se daba a su postura, en el sentido de que «por cualquier derecho en discusión se haya de iniciar un proceso», califica esa interpretación de «caricatura no poco frecuente», y afirma que no se siente responsable de ella, porque él ha indicado «con suficiente claridad los presupuestos imprescindibles para que la afirmación del derecho sea una obligación» (48).

Ahora bien, no se comprende entonces por qué esa interpretación no es rara o poco frecuente («nicht seltener»). Por otro lado, ese énfasis en la defensa de los derechos y la elevación que se le atribuye no parece ser muy congruente con el modo como se ha explicado su génesis: no tanto por el peso de las razones, como por la relación de las fuerzas en lucha y la contraposición de los intereses.

Si ambicioso era el tema de la obra que acabamos de comentar, más aún lo es el de la que vamos a comentar a continuación: *El fin en el Derecho*. El tratarlo fue consecuencia de la nueva concepción de los derechos (subjetivos) expresada en el cuarto volumen de *Espíritu del D. R.*: «Intereses jurídicamente protegidos.» Como el propio Ihering nos ha dicho, el concepto de interés le obligó a tener en cuenta el de fin y el derecho en sentido subjetivo lo impulsó a tratar del Derecho en sentido objetivo (49). En realidad no sólo del Derecho: tanto el título de la obra como el lema que ostenta, «el fin es el creador de todo el Derecho», son engañosos; se trata en realidad de todo el conjunto de la vida moral en sentido amplio: usos sociales, moral y Derecho, los tres órdenes normativos, nacen y se explican por la finalidad, por el fin (50). No es extraño que tal ampliación del tema hiciera imposible la continuación de la obra que le había dado origen: el hijo produjo la muerte de la madre (51); pero también el nuevo libro, tras la publicación de dos tomos bastante voluminosos, iba a quedar sin terminar.

Explicar el conjunto de la vida moral por su finalidad viene a ser una forma de dar respuesta a la cuestión de qué es esa vida moral. ¿Cómo pudo ocurrírsele a Ihering meterse en semejante problema? Desde luego no por desconocimiento de su dificultad, ni de la escasa preparación filosófica con que contaba para ello (52). Pero en él convivía con su falta de «formación filosófico-sistemática» una naturaleza

(48) Así en R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, Hildesheim-N. York (Georg Olms) I, 1970, pág. 57, nota.

(49) *Der Zweck*, I, prólogo a la 1.^a edición.

(50) Explícitamente expresado así por IHERING, *Der Zweck im Recht*, (cit. nota 48), II, pág. 167.

(51) La frase es de A. MERKEL, «Ihering» (cit. nota 9), pág. 28.

(52) Ambas cosas son reconocidas expresamente por IHERING, *Der Zweck*, II, págs. 11 y 75, I, prólogo a la 1.^a edición.

«especulativa e intuitiva» (53), que le llevaba a buscar por su cuenta una solución, cuando no le satisfacían las dadas anteriormente. Debíó animarle a ello la conciencia de estar viviendo en una nueva época, que no sólo demandaba soluciones nuevas, sino que en cierto modo las traía consigo, en un material intelectual del que Ihering se sentía como una representación y encarnación: la solución, por consiguiente, no sería tanto suya, como de su época, «estaba madura en el árbol del tiempo» (54). Y debíó animarle, sobre todo, la idea de que sus conocimientos en el campo del Derecho, especialmente los referentes a la formación y evolución del Derecho romano, le habían puesto en las manos una solución que era aplicable al conjunto de la vida moral: Por delante del sentimiento y de la idea del Derecho habían ido el simple hecho y la fuerza y el poder individuales que lo producen; sólo después, por una transformación y refinamiento de los hechos, había ido apareciendo y formándose lo que propiamente llamamos Derecho (55); así también, por una progresiva elevación, a partir de los hechos y del mismo Derecho, que no necesita otros móviles para actuar que los egoístas, ha podido surgir la moral propiamente dicha, que actúa, hace actuar, desinteresadamente, a favor de los fines colectivos o sociales. Era esta una solución que, por un lado, respondía al clima realista y positivista de la época, y, por otro, también al nuevo idealismo, proyectado hacía el futuro, el idealismo del progreso (56). El hilo conductor, o, mejor, el impulso continuo que mantiene el movimiento, que hace avanzar esa evolución, es el fin, la actividad ininterrumpida de la inteligencia humana en cuanto que, con cualquier diligencia que socorre, con cualquier necesidad que satisface, no hace más que preparar el terreno en el que se elevará una nueva necesidad, es decir, un nuevo fin. «El fin tiene, en realidad, la capacidad que Hegel en su método dialéctico atribuyó falsamente al concepto: da origen continuamente a otro nuevo (fin), es el *Perpetuum mobile* de la historia universal» (57).

Lo que Ihering pretende es, pues, una explicación histórico-racional de la evolución del mundo moral, en la que a veces cuenta con la

(53) E. WOLF, *op. cit.* (nota 1), pág. 29.

(54) *Der Zweck*, II, pág. 137.

(55) «No es a la convicción jurídica en su altura y majestad a la que debe el Derecho el puesto que ocupa en el mundo actual, esa convicción es el resultado final de un largo proceso, pero no el punto de partida. El punto de partida es el desnudo egoísmo, que sólo en el transcurso del tiempo da lugar a la idea y a la disposición de ánimo éticas». *Der Zweck*, I, pág. 192. En cuanto a los antecedentes de esta postura cfr., *supra*, págs. 252-253. También la concepción del Derecho que está a la base de *La lucha por el derecho* está en esta misma línea; cfr., *supra*, págs. 263-264. Que de hecho estos puntos de vista influyeron en la teoría de *El fin en el Derecho* puede comprobarse en *Der Zweck*, I, pág. 199, nota, II, pág. 98.

(56) «Yo vivo en la firme confianza de que la humanidad no es cada vez peor, sino que será cada vez mejor». *Der Zweck*, II, pág. 104.

(57) *Der Zweck*, II, pág. 88. A. Merkel ha relacionado la postura de Ihering sobre el fin con su idea primitiva de dar una «teoría natural del Derecho», aun cuando ahora se eleva, «por encima de las fronteras de una filosofía reducida al Derecho, a todo un proyecto de fenomenología de todo el mundo ético y social». A. MERKEL, *op. cit.* (nota 9), pág. 29.

confirmación histórica, otras se tiene que conformar con el elemento meramente racional de la explicación; pero en todo caso parece partir de una coincidencia fundamental entre el elemento histórico o genético y el racional o ideal de la explicación. Dentro de esta explicación, el primer escalón en la disposición de la vida social para los fines colectivos corresponde a lo que Ihering denomina «sociedad» en un sentido contrapuesto al de Estado, y anterior e independiente del Derecho propiamente dicho (58). Los móviles de actuación en este nivel son, desde luego, egoístas, en concreto, las ventajas que se obtienen de la recíproca ayuda para la consecución de los fines: «Una cooperación para fines comunes, en la que cada uno, al actuar por los demás, actúa también por él, y cuando actúa por él, lo está haciendo también por los demás.» Y como nadie puede ser lo que es más que gracias a la cooperación de otros, resulta que la sociedad es una forma de vida imprescindible, puede decirse que es en general «la forma de vida humana. Vida humana y vida en sociedad son términos equivalentes» (59).

El Derecho es un nuevo paso, es otro procedimiento para poner al servicio de los fines colectivos o sociales la actividad humana. Esta continúa bajo móviles egoístas, que en este caso no son ventajas positivas, sino la coacción, o poder que se impone psicológicamente a la voluntad para la realización de fines que no provienen de ella misma. Junto con la norma, o disposición de la conducta, de la actividad humana, la coacción constituye la otra parte, el otro componente del concepto de Derecho. A la explicación (histórico-racional) de este se puede llegar por una doble vía: o partiendo de la norma, que, para realizar sus fines, necesita del poder o coacción; o partiendo de ésta, que se autolimita hasta darse una norma. De los orígenes del Derecho por este segundo camino tenemos testimonios históricos; tanto en la esfera del Derecho internacional, como en el interior de los Estados. La primera etapa vendría representada por la esclavitud, en la que nuestra perspectiva actual acumula los horrores, pero que representa en realidad un progreso con respecto a la práctica anterior de matar a los vencidos; luego vienen otras modalidades más suaves, como, por ejemplo, la imposición del pago de un tributo; y cuando se hacen pactos o tratados, especialmente cuando se realizan estos antes de la victoria total, con la paz que ellos establecen llega el Derecho, puesto que al poder se ha añadido una norma, que es reconocida y acatada; y aun en los casos en que luego no se la cumpla, ésta ha introducido el Derecho como pauta de conducta. Para esto no es necesario suponer ninguna idea ética, sino simplemente el interés, el egoísmo bien entendido, porque se gana conservando como esclavo al vencido o imponiendo otras formas de subordinación o de convivencia (en lugar de matar al vencido).

Lo mismo ocurre por la otra vía, cuando se coincide en el interés

(58) Por tanto, no deja de tener una cierta conexión con el concepto de «sociedad civil» de Hegel.

(59) *Der Zweck*, II, pág. 66.

por establecer un orden y, por tanto, en crear una norma: el mismo interés llevará a establecer, como garantía de su cumplimiento, un poder que se imponga al de los posibles disidentes o perturbadores particulares. En último término, como suprema garantía de ese cumplimiento, se impone la necesidad del Estado en cuanto «único poseedor del poder de coacción social», en cuanto monopolio absoluto del derecho de coacción. Ambos conceptos, Estado y Derecho, están en una relación de implicación y condicionamiento mutuo: «El poder estatal necesita el Derecho, y el Derecho el poder estatal.»

Ihering no siente ninguna inhibición en destacar el papel del poder y el del Estado: «El poder puede en caso necesario existir sin el Derecho... El Derecho sin el poder es un nombre vacío sin ninguna realidad»; «el Estado es la única fuente del Derecho, porque las normas que no pueden ser impuestas coactivamente por quien las establece no son jurídicas»; «la coacción puesta en ejecución por el Estado constituye el criterio absoluto del Derecho, una norma jurídica sin coacción es una contradicción en sí misma, un fuego que no quema, una luz que no alumbraba». No es muy coherente con la importancia que tiene el elemento social o sociológico en el conjunto de la concepción del Derecho del Ihering polarizarse en esas expresiones; sin embargo, una y otra vez lo han hecho los juristas que han visto reflejada en ellas su propia concepción. En el contexto de la exposición de Ihering están alegadas, particularmente esta última, en conexión con el deseo de excluir la aspiración a ser calificados de Derecho, que, en otro caso, «tendrían también los usos sociales y la moral». Vienen condicionadas además por la trayectoria y el método que Ihering ha escogido, de explicar la vida social por diversos escalones, colocando el Derecho antes de la moralidad propiamente dicha, desprendido o desconectado de cualquier elemento moral, en los terrenos dominados por el simple egoísmo; lo que es precisamente uno de los puntos más vulnerables de su construcción (60). Este mismo método, de tratar los diversos aspectos por separado, determina que en todo lo que llevamos expuesto la preocupación de Ihering se concentre en lo que expresamente designa como la forma, los «momentos meramente formales, que no nos dicen nada respecto del contenido del Derecho» (61).

El contenido pone de manifiesto la dimensión social (en sentido amplio, abarcando como parte lo estatal), porque «sólo gracias al contenido nos enteramos de para qué sirve el Derecho» (62), es decir, de cuál es su fin, de su finalidad; y ésta desde luego es social; pero no todos los fines sociales son también jurídicos. El fin del Derecho es «asegurar las condiciones de vida de la sociedad». Este concepto (de las condiciones de vida) es muy relativo, porque lo es también el de vida. Si se entiende por tal la mera existencia física, entonces también

(60) *Der Zweck*, I, págs. 181-338. Sobre la vulnerabilidad del punto de la construcción de Ihering a que hemos aludido, llamó la atención ya A. MERKEL, *op. cit.* (nota 9), págs. 34-35.

(61) *Der Zweck*, I, pág. 339.

(62) *Ibidem*.

sus condiciones se reducirán a lo estrictamente necesario para mantenerla: «Comer, beber, vestido, habitación». Aun dentro de este sentido el concepto continúa siendo relativo, porque es muy distinto lo que necesitan unos y otros. «Pero la vida no es sólo la existencia física; incluso el más pobre e insignificante pide a la vida algo más que su mera conservación, quiere bienestar, no sólo existir.» En esta línea la relatividad se acentúa: cada uno tiene su propio ideal de vida, conforme al que mide el valor de la que lleva, y cuya realización constituye la meta de todos sus esfuerzos, la palanca de su voluntad. «Los bienes y disfrutes que condicionan la vida del hombre no son en su apreciación sólo los de naturaleza sensible, material, sino también los inmateriales e ideales, abarcan todo lo que constituye la meta de las luchas y de los esfuerzos humanos: honra, amor, profesión, religión, arte, ciencia. La cuestión de las condiciones de vida, tanto del individuo como de la sociedad, es una cuestión de educación nacional e individual» (63). Nos encontramos, pues, después de habérsenos hecho esperar la solución respecto al fin del Derecho, con una remisión relativista, a la propia formación o educación de cada uno (64).

Después de los capítulos dedicados a la sociedad (en cuanto anterior y contrapuesta al Derecho y al Estado) y al Derecho, el correspondiente a la moral (que abarca todo el tomo 2.º) se inicia con el mismo tema con que se había terminado el anterior: con la insistencia en que los dos resortes del egoísmo (las ventajas o recompensas positivas y la coacción) son insuficientes para la subsistencia de la sociedad; es imprescindible contar con otros dos que no son egoístas: el sentimiento del deber y el amor, es decir, «la prosa y la poesía del espíritu moral». Ambos dan origen a acciones que pueden calificarse de desinteresadas, desprendidas, abnegadas, es decir, no egoístas, o, con otra palabra, morales, de cuya existencia nos da testimonio el lenguaje y la experiencia.

La calificación de lo moral ha sido objeto de tan diferentes interpretaciones, que resulta difícil pensar que provengan de la misma rama del saber. Por eso Ihering opta por atenerse, en primer lugar, a los datos del lenguaje corriente, y después a sus propias conclusiones. Estas no coinciden con ninguna de las doctrinas anteriores. Aun cuando pudiera parecer que se aproximan a la postura de Bentham, también con respecto a ésta son claras las diferencias. Por un lado, Ihering es perfectamente consciente de la diferenciación de un doble aspecto o elemento que hay que distinguir en la moral: el objetivo y el subjetivo. Este lo coloca, en línea con el pensamiento alemán (Kant) en los motivos de la acción, o, más exactamente, en la actitud o disposición de ánimo del sujeto; y aun cuando se concentre ante todo en el aspecto

(63) *Der Zweck*, I, págs. 345-346.

(64) No se trata de una frase aislada, en ella «se expresa más bien una de sus convicciones más firmes, que penetran toda la obra: su relativismo histórico». G. E. LANGEMEIJER, «Iherings "Zweck im Recht" im Lichte der seitherigen Wertlehren», en *Iherings Erbe* (cit. nota 2), pág. 131.

objetivo, coincidiendo en esto con Bentham, se diferencia de éste también por otro lado: en cuanto que no es individualista, sino que Ihering opta claramente por una postura supraindividualista o universalista (65). En este sentido proclama que la sociedad es el fin de las normas morales, que «el bien de la sociedad es el punto de vista orientador de todos los principios morales»; en realidad no sólo de los morales en sentido estricto, sino que «todas las normas morales en sentido amplio (Derecho, moral, usos sociales) tienen únicamente por fin el bien y la prosperidad de la sociedad». «El individuo debe y tiene que saber, que depende de la sociedad, que de ella recibe su ley.» «La teoría social deja espacio para el individuo, la individualista en cambio no lo deja para la sociedad; porque el todo abarca a la parte, mientras que la parte que quiere existir sólo para sí excluye al todo.»

¿Cómo explicar entonces que la voluntad del individuo se interese por la moral? La respuesta para Ihering no puede ser el sentimiento moral o la conciencia, porque todo esto no es para él originario, sino derivado. Lo originario, lo primario en el hombre es para Ihering el egoísmo. ¿Cómo de éste ha podido surgir su contrario que es lo moral? Hay que reconocer aquí un salto, un cambio cualitativo. Pero la explicación no puede estar más que en la sociedad misma: «todo lo moral, lo mismo el conocimiento que la voluntad, de realizarlo, es producto de la historia, de la vida histórica, de la sociedad». Nada de extraño tiene que ese proceso haya tenido que ser muy trabajoso, tanto desde el punto de vista de su perfeccionamiento, de su intensificación (en cuanto a conocimiento y voluntad, como desde el punto de vista de su extensión. Lo mismo que vimos con respecto al Derecho, también la ampliación del campo de la moral, en este aspecto de la extensión, tuvo que ser gradual y muy trabajosa. El que no pertenecía a la misma comunidad, no podía tener ninguna pretensión a ese trato moral. Y los límites de esa comunidad eran originariamente bastante reducidos. Sólo muy lentamente se fueron ampliando, y con ellos también la idea de la titularidad o justificación para el Derecho y la moralidad, así como la de la obligación de respetarlos. Hasta que por fin se ha llegado «al punto que caracteriza nuestra concepción actual: la comunidad jurídica y moral de toda la humanidad».

El momento decisivo para el tránsito del egoísmo (individual) a la moral, el salto o cambio cualitativo a que hemos aludido, lo ve Ihering en el hecho de llegar a comprender que «la conservación del individuo está condicionada por la de la sociedad. Este es el punto decisivo de la aparición de la moral». Por lo que en consecuencia hay que reconocer que la moral no es más que la transformación del egoísmo, no es más que «el egoísmo en una forma más elevada: el egoísmo de la sociedad. El mismo impulso de autoconservación que al nivel de

(65) Sobre la relación del pensamiento de Ihering con el de otros autores, y, en concreto, con el de BENTHAM cfr. W. PLEISTER: *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Iherings*, Ebelsbach (R. Gremer), 1982; con respecto a BENTHAM especialmente págs. 397 y sigs.

la existencia individual reviste la forma de egoísmo, adopta en el de la existencia de la sociedad la forma de la moral» (66).

Tal vez fuera precisamente en esta identificación del egoísmo con la moral donde Ihering cifraba sus esperanzas de poder demostrar en un tercer volumen (que no llegó a publicar) que nadie como él «había asegurado hasta entonces sobre un fundamento tan firme la bandera del ideal moral» (67). Y si la teoría social posterior ha reconocido en esta obra, junto a exageraciones y unilateralidades exorbitadas, «un pensamiento fundamental acertado» (68), tal vez podamos también ver nosotros en la orientación de la ética de Ihering, a falta de otra mejor (en sí o en cuanto a su eficacia), un mensaje de esperanza cara al futuro.

(66) *Der Zweck*, II, págs. 1-180.

(67) *Der Zweck*, II, prólogo a la primera edición, págs. XIII-XIV.

(68) Ch. HELFER, «Iherings Gesellschaftsanalyse im Urteil der heutigen Sozialwissenschaft», en *Iherings Erbe* (cit. nota 2), pág. 86.