



**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS  
“BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”**

**TESIS DOCTORAL**  
**IDEOLOGÍA Y FILOSOFÍA EN EL POSITIVISMO JURÍDICO  
DE RUDOLF VON JHERING**

**Autor:**

**Luis Manuel Lloredo Alix**

**Director:**

**Prof. Dr. D. Francisco Javier Ansuátegui Roig**

**Getafe, diciembre de 2010**







# Índice

INTRODUCCIÓN .....	7
<b>CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO, SENTIDO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>1. Planteamiento de la investigación .....</b>	<b>12</b>
1.1. <i>Problemas interpretativos: ¿eclecticismo y diletantismo en Jhering?</i> .....	13
1.2. <i>Las motivaciones del eclecticismo y del pretendido diletantismo</i> .....	21
a) Motivaciones subjetivas: el método de trabajo de Jhering .....	21
b) Motivaciones objetivas: el pensamiento realista de Jhering .....	28
1.3. <i>Estrategia interpretativa: Jhering en el paradigma positivista del siglo XIX</i> .....	38
a) El eclecticismo: un paradójico imperativo del positivismo de Jhering .....	40
b) El realismo: un congruente imperativo del positivismo de Jhering .....	45
c) Estrategia interpretativa: ideología y filosofía en el positivismo de Jhering ..	49
<b>2. Sentido de la investigación .....</b>	<b>54</b>
<b>3. Marco epistemológico de la investigación .....</b>	<b>66</b>
3.1. <i>Las relaciones entre filosofía e historia</i> .....	68
3.2. <i>Filosofía e historia en el pensamiento jurídico</i> .....	70
3.3. <i>La historia del pensamiento jurídico como filosofía del Derecho</i> .....	73
<b>CAPÍTULO II. LA RECEPCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE RUDOLF VON JHERING .....</b>	<b>80</b>
<b>1. La recepción de Jhering (punto de vista histórico-geográfico) .....</b>	<b>83</b>
1.1. <i>La recepción europea de Jhering</i> .....	84
a) Jhering en la cultura jurídica germana .....	84
b) Jhering en la cultura jurídica italiana .....	93
c) Jhering en la cultura jurídica francesa .....	99
d) Jhering en la cultura jurídica anglosajona y norteamericana .....	106
e) Jhering en la cultura jurídica escandinava .....	113
f) Jhering en la cultura jurídica rusa .....	120
g) Jhering en la cultura jurídica española .....	129
1.2. <i>La recepción extra-europea de Jhering</i> .....	136
a) Jhering en la cultura jurídica asiática (Japón y China) .....	137
b) Jhering en la cultura jurídica iberoamericana (Brasil e Hispanoamérica) ...	148
<b>2. La interpretación de Jhering (punto de vista conceptual) .....</b>	<b>156</b>
2.1. <i>Tres líneas interpretativas sobre la obra de Jhering</i> .....	157
a) Jhering como precursor de la sociología del Derecho .....	159
b) Jhering como representante del positivismo jurídico .....	166
c) Jhering como representante del iusnaturalismo .....	173
2.2. <i>Las distintas etapas en el pensamiento de Jhering</i> .....	184
a) ¿Dos, tres, cuatro o cinco etapas? .....	186
b) En síntesis: positivismo “y algo más” .....	188
b.1. La crítica de Rudolf Stammler (1856-1938) .....	189
b.2. La crítica de Gustav Radbruch (1878-1950) .....	193

b.3. La crítica de Hans Kelsen (1881-1973).....	197
<b>CAPÍTULO III. EL IUSPOSITIVISMO COMO PARADIGMA DE PENSAMIENTO JURÍDICO</b>	<b>200</b>
<b>1. El positivismo jurídico: un concepto polisémico</b> .....	203
1.1 <i>La discusión interna como rasgo constitutivo del iuspositivismo</i> .....	204
1.2 <i>La polisemia como rasgo constitutivo del iuspositivismo</i> .....	207
<b>2. Dos estrategias de aproximación al positivismo jurídico: conceptual e histórica</b> .....	214
2.1. <i>La estrategia de aproximación conceptual</i> .....	216
2.2. <i>La estrategia de aproximación histórica</i> .....	223
<b>3. Dos teorías sobre el nacimiento del iuspositivismo: ¿origen jurídico o extrajurídico?</b> .....	227
3.1. <i>El origen “jurídico” del iuspositivismo</i> .....	229
a) El argumento de Norberto Bobbio .....	229
b) El argumento de Karl Olivecrona.....	232
3.2. <i>El origen “extrajurídico” del iuspositivismo</i> .....	238
a) Un marco de pensamiento con tendencias diversas .....	240
b) Una línea evolutiva desde el siglo XVIII al XX .....	244
b. 1. El siglo XVIII – la introducción del paradigma .....	244
b. 2. El siglo XIX – la afirmación del paradigma.....	251
b. 3. El siglo XX – la extensión del paradigma .....	262
c) Un paradigma epistemológico e ideológico .....	273
<b>4. El positivismo jurídico como paradigma de pensamiento</b> .....	283
4.1. <i>Los paradigmas científicos según Thomas S. Kuhn</i> .....	284
4.2. <i>Los paradigmas en la historia del pensamiento filosófico</i> .....	289
4.3. <i>El iuspositivismo como paradigma de pensamiento jurídico</i> .....	295
a) Thomas Hobbes: en el extrarradio del paradigma.....	300
b) Rudolf von Jhering: en el epicentro del paradigma.....	305
<b>CAPÍTULO IV. FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DEL POSITIVISMO DE JHERING</b> .....	<b>317</b>
<b>1. La ideología y el positivismo jurídico</b> .....	322
1.1. <i>Aproximación al concepto de ideología</i> .....	322
1.2. <i>El concepto de ideología en la discusión sobre el iuspositivismo</i> .....	328
<b>2. El marco histórico-institucional de Jhering</b> .....	342
2.1. <i>Breve semblanza de la Alemania del XIX</i> .....	343
a) Estado, política y “cuestión religiosa”.....	351
b) Capitalismo, Derecho y “cuestión social” .....	360
2.2. <i>Breve semblanza ideológica de Jhering</i> .....	369
a) Estado, nación y religión en la ideología de Jhering.....	373
b) Capitalismo, democracia y socialismo en la ideología de Jhering.....	381
<b>3. La crítica a la escuela histórica del Derecho</b> .....	394
3.1. <i>La escuela histórica: entre historicismo y conceptualismo</i> .....	396
3.2. <i>La crítica de Jhering al historicismo</i> .....	411

a) La construcción de una nación: ¿nacionalismo o universalismo?.....	411
b) La construcción de un Estado: ¿costumbre o legislación?.....	426
3.3. <i>La crítica de Jhering al conceptualismo</i> .....	436
a) Jhering y la dogmática: hacia una ciencia jurídica “productiva” .....	437
b) Jhering más allá de la dogmática: hacia una filosofía jurídica sociológica ..	445
<b>4. Del Derecho subjetivo al Derecho objetivo</b> .....	455
4.1. <i>El problema de los derechos: del derecho subjetivo al deber jurídico</i> .....	456
a) Los derechos subjetivos: entre la voluntad y el interés .....	460
b) Los deberes jurídicos: entre el Derecho, la política y la moral .....	473
4.2. <i>El problema del Derecho: entre Derecho, Estado y Sociedad</i> .....	481
a) De los derechos al Derecho: hacia el Derecho público .....	482
b) Del Derecho al Estado: la tentación del Estado autoritario.....	490
c) Del Estado a la sociedad: entre Estado de Derecho y Estado social .....	498
<b>CAPÍTULO V. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL POSITIVISMO DE JHERING</b> .....	510
<b>1. La filosofía y el positivismo jurídico</b> .....	514
1.1. <i>Las relaciones del iuspositivismo con la filosofía</i> .....	514
1.2. <i>Las relaciones de Jhering con la filosofía</i> .....	522
<b>2. La influencia del historicismo</b> .....	532
2.1. <i>El significado del historicismo para la ciencia y la cultura</i> .....	532
2.2. <i>El significado del historicismo para la filosofía</i> .....	540
2.3. <i>La influencia de Montesquieu</i> .....	549
2.4. <i>La influencia de Hegel</i> .....	560
<b>3. La influencia del utilitarismo</b> .....	574
3.1. <i>El significado del utilitarismo para la filosofía jurídica</i> .....	574
3.2. <i>El significado del utilitarismo para Jhering</i> .....	583
3.3. <i>La influencia del utilitarismo anglosajón</i> .....	588
3.4. <i>La influencia del eudemonismo germano</i> .....	595
<b>4. Las influencias del mundo de la ciencia</b> .....	605
4.1. <i>Influencias procedentes de las ciencias naturales</i> .....	607
4.2. <i>Influencias procedentes de las ciencias sociales</i> .....	617
<b>CONCLUSIONES</b> .....	625
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	639
<b>1. Obras de Rudolf von Jhering</b> .....	639
<b>2. Obras sobre Rudolf von Jhering</b> .....	643
<b>3. Otras obras</b> .....	651
<b>MENCIÓN EUROPEA</b> .....	698

## Introducción

*“La vida, decía Kierkegaard, sólo puede ser entendida mirando hacia atrás, aunque deba ser vivida mirando hacia adelante – o sea, hacia algo que no existe”.*

(Claudio Magris, *El Danubio*)<sup>1</sup>

El objetivo de esta tesis es dual. Nació como una investigación sobre Rudolf von Jhering, pero ha terminado desembocando en un estudio sobre la génesis del positivismo jurídico. En este sentido, el planteamiento y las conclusiones pretenden servir a la doble finalidad de entender el pensamiento de un autor clásico para la filosofía del Derecho, a la vez que se ilumina la problemática del iuspositivismo desde un acercamiento histórico. La transición entre ambos enfoques surgió de manera natural, como consecuencia del eje interpretativo que escogimos para abordar el pensamiento de Jhering. Por lo tanto, como iremos viendo a lo largo del trabajo, no se trata de plantear dos tesis dentro de un mismo envoltorio, sino de afrontar la cuestión del iuspositivismo a través de la figura del jurista alemán. Si el objetivo inicial fue comprender a Jhering desde el prisma del positivismo, al final también se ha dado el recorrido inverso: entender el positivismo jurídico a través de la lente que nos brinda su filosofía.

La tesis que hemos manejado desde el principio, y que se justificará detenidamente en el capítulo primero, pasa por ver a Jhering como una figura privilegiada para entender los diversos ingredientes que integran la sustancia del positivismo jurídico. Mientras que en otros autores sólo suelen aparecer algunos rasgos de dicha corriente –el estatismo, el legalismo, el normativismo, etc.– la trayectoria de nuestro autor atravesó numerosas de estas variantes, constituyéndose así en un magnífico ejemplo para estudiar las capas de formación del paradigma. Por eso, a medida que vayamos explicando las inflexiones del pensamiento de Jhering, nos iremos percatando de que son mutaciones generalizables a buena parte de la cultura jurídica europea. Y es que, más tarde o más temprano, con más o menos fuerza, sus ideas, inquietudes y contradicciones han terminado filtrándose en el imaginario jurídico contemporáneo.

---

<sup>1</sup> MAGRIS, Claudio, *El Danubio*, trad. de Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 37.



Como iremos viendo poco a poco, hemos optado por entender el positivismo jurídico como un paradigma ideológico y epistemológico de largo alcance, y no como un mero movimiento transitorio. Esto quiere decir que, frente a una idea que todavía se escucha con frecuencia, ya no sería posible ser iusnaturalista sin caer en el anacronismo. Aquellas teorías, escuelas o movimientos que se reclaman como tales, en realidad no estarían sino incurriendo en alguna de las modalidades con las que se ha ido revistiendo el positivismo. Asimismo, en lo que afecta al debate contemporáneo sobre la pretendida obsolescencia de esta corriente, sería muy discutible que hayamos trascendido el paradigma de manera definitiva. Como mucho, habremos abierto otra senda dentro del mismo, pero sin abolir sus fundamentos constitutivos. Aunque los complejos recovecos de la discusión actual no son objeto de esta investigación, ésta es una de las conclusiones que podrían derivarse del planteamiento que aquí hacemos.

A tenor de lo dicho hasta ahora, se desprende que no hemos querido hacer una tesis de autor en sentido estricto. Antes que exponer los avatares biográficos y bibliográficos de forma sistemática, hemos preferido horadar el pensamiento del autor hasta encontrar sus líneas de fuerza. De ahí se deriva la elección del positivismo jurídico como marco interpretativo, y de ahí se sigue la estructura que hemos elegido para comprender su pensamiento. Por un lado, hemos querido investigar los fundamentos ideológicos que determinaron sus ideas. En este sentido, como veremos, hay profundas transformaciones políticas y sociales que empujaron a Jhering a caminar en la dirección del positivismo jurídico. Por otro lado, y como factor subordinado a éste, pueden identificarse bastantes fundamentos filosóficos en la formación de su credo iuspositivista. Ambos factores, ideológicos y filosóficos, son extensibles a buena parte del paradigma. Son, además, los elementos que constituyen el núcleo del trabajo.

La investigación se estructura en cinco capítulos. En el primero se sientan las bases hermenéuticas del estudio: se barajan las diversas posibilidades de análisis que podían adoptarse para explicar el pensamiento de Jhering y se toma partido por una orientación interpretativa concreta. Además, se justifica la relevancia de la investigación en nuestro contexto iusfilosófico actual y se esboza el marco metodológico en que nos movemos. En el segundo se traza un panorama de la recepción y la interpretación de Jhering en la literatura secundaria, tanto desde un punto de vista histórico-geográfico –haciendo un recorrido por la recepción de sus ideas en diversos contextos– como desde un punto de vista conceptual. El objetivo de este capítulo es bosquejar un mapa de las tendencias exegéticas principales, para poder afrontar mejor la interpretación del autor. El tercer

capítulo está dedicado a analizar la problemática del positivismo jurídico. Se detallan en él varias de las ideas que aquí sólo hemos enunciado de forma superficial, y se plantea el concepto de positivismo desde algunas aproximaciones procedentes de la filosofía de la ciencia. Los capítulos cuarto y quinto se dedican a analizar los fundamentos ideológicos y filosóficos del iuspositivismo en Jhering.

La estructura está diseñada de forma acumulativa, es decir, de modo que cada paso se vaya construyendo sobre el argumento anterior. Aunque estamos ante una tesis de tipo histórico-filosófico –y no filosófico-analítica–, no se ha planteado como una lista de compartimentos independientes. La parte hermenéutica de la tesis –capítulos I y II– se sitúa como pórtico, porque en ella se discuten las aproximaciones interpretativas más destacables. A tenor de lo recabado en esta parte del trabajo, se pasa a la consideración del positivismo como marco hermenéutico fundamental. En el siguiente bloque, por lo tanto, se discute la etiqueta de positivismo, problematizando su significado y ofreciendo un concepto del mismo. Tras definirlo como un paradigma determinado por factores ideológicos y epistemológicos, se pasa a ver cuáles serían éstos en el caso de Jhering. Se analizan así los fundamentos ideológicos –capítulo IV– y, en función de éstos últimos, los fundamentos filosóficos –capítulo V–. En ambos casos se intenta ver la continuidad que existe entre las ideas de nuestro autor y las transformaciones globales que estaba experimentando la conciencia jurídica occidental.

La convicción íntima que subyace a este planteamiento tiene que ver con la cita del encabezamiento: “La vida, decía Kierkegaard, sólo puede ser entendida mirando hacia atrás, aunque deba ser vivida mirando hacia adelante – o sea, hacia algo que no existe”. En la polémica actual sobre el positivismo jurídico se entrelazan argumentos de índole muy diversa y se plantean diatribas no siempre constructivas. Una de las sendas menos transitadas para iluminar la cuestión es la que nos ofrece la historia del pensamiento. Sin embargo, como se desprende de las palabras transcritas, es imposible pensar en el futuro sin mirar hacia atrás. Desde luego, esta actitud entraña el riesgo del tropiezo: al no mirar hacia delante, es posible que caigamos por no advertir los accidentes del terreno. Pese a todo, las ventajas superan a los inconvenientes: aunque sólo se nos brinde como lo haría un cristal translúcido, lleno de perfiles difusos, incógnitas e indefiniciones, el pasado es la única certeza que poseemos. Así las cosas, aunque modestamente, este trabajo querría plantearse como una contribución al debate sobre el iuspositivismo desde la historia del pensamiento jurídico.

## Capítulo I. Planteamiento, sentido y método de la investigación

*“Quien sólo se adelanta a su época, será alcanzado por ella alguna vez”.*

(Ludwig Wittgenstein)<sup>1</sup>

Rudolf von Jhering encarna una de las cimas del pensamiento jurídico occidental. Su historia, sin embargo, no fue la de un visionario proyectado hacia lo perenne y lo universal, sino la de un jurista plenamente enraizado en las circunstancias de su tiempo. Tanto en su obra de jurista práctico, como en su faceta de historiador, de romanista o de filósofo, nos encontramos con un pensamiento en marcha, orquestado al compás de la dialéctica tan celebrada en aquel siglo XIX: rebelde y tumultuosa a un tiempo. Con unas ideas forjadas al calor de una fragua con ventana al exterior, como la de Vulcano, supo escudriñar los cambios que se tejían en su entorno. Sin embargo, a diferencia del cuadro de Velázquez, no era un Dios coronado de laureles lo que vio a través de los postigos, sino el trepidante fragor de sucesos bien mundanos: el industrialismo, las revoluciones liberales, el socialismo o la unificación alemana de 1871. Y a menos que adoptemos la retórica hegeliana tan en boga por aquel entonces, no era un espíritu lo que se revolvía en los pliegues de esa historia, sino el auge impetuoso de una época que desembocaría en las derivas y contradicciones del siglo venidero.

Decía Fernando Pessoa que “con filosofía no hay árboles: sólo hay ideas / hay sólo cada uno de nosotros, como una cueva / hay sólo una ventana cerrada, y todo el mundo allá afuera / y un sueño de lo que se podría ver si la ventana se abriese / que nunca es lo que se ve cuando se abre la ventana”<sup>2</sup>. A esa ventana es a la que queremos aludir con la metáfora anterior, a una ventana que Jhering siempre quiso mantener abierta, para que el viento de la historia impregnase su pensamiento y no enclaustrarse en esa cueva que a

---

<sup>1</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Aforismos: cultura y valor*, 2ª ed., trad. de Elsa Cecilia, pról. de Javier Sádaba, Espasa-Calpe, Madrid, 2004, § 39.

<sup>2</sup> PESSOA, Fernando, *Antología poética. El poeta es un fingidor*, ed. y trad. de Ángel Crespo, Espasa-Calpe, Madrid, 2003, p. 201.

menudo amenaza al hombre de ideas. Que lo consiguiera plenamente o no, es algo que podremos juzgar más tarde, pero no cabe duda de que ésta fue una de sus preocupaciones más acuciantes, una auténtica brújula para su labor intelectual. Podría decirse que el contraste con el mundo real hizo las veces de un impertérrito tribunal del que nunca pudo escabullirse, como un juicio perpetuo que sometía a su jurisdicción hasta a las doctrinas más ilustres: la historia en movimiento.

Así las cosas, su pensamiento resulta un objeto difícil de manejar, un reto que obliga al intérprete a caminar en círculos, tratando de anudar y comprender los intrincados hilos que se apelotonan en el texto como en una madeja desatada. Pero es precisamente esta falta de tersura de su obra, el hecho de encontrarse inacabada, lo que le aporta un encanto peculiar. Veremos que la tarea de desenredar a Jhering, tal y como aquí se propondrá, pasa por una obligada inmersión en su mundo social e intelectual: por un recorrido sobre sus motivaciones históricas, sus deseos y sus pretensiones. En definitiva, por una mirada hacia el horizonte frente al cual tuvo que construir su obra. Si no lo hacemos así, corremos el riesgo de caer en un error muy habitual –aunque no siempre injustificado– en el que a veces han incurrido sus críticos: la descalificación en bloque de un pensamiento que estaba preñado de paradojas e incertidumbres, pero al que no cabe tachar de arbitrario.

Por todo ello, es obligado realizar una serie de apuntes introductorios antes de enfrentarnos a fondo con sus ideas. En este capítulo, se intentarán ofrecer algunas directrices básicas sobre su figura y significación, con el fin de señalar y justificar los ejes que articularán el desarrollo de la tesis. 1) En un primer epígrafe se expondrá el planteamiento de la investigación, sus objetivos y sus motivaciones (§1). Dado que Jhering es uno de los grandes del pensamiento jurídico, con infinidad de contribuciones y potencialidades, es imprescindible acotar nuestra tarea. 2) En un segundo epígrafe (§2), se señalará el *sentido* que tiene un trabajo como éste en el contexto actual, puesto que no sólo se trata de una labor de erudición y de rescate del pasado. La historia de la filosofía, y en especial nuestro enfoque sobre Jhering, encierra planteamientos de fondo que merece la pena destacar desde el comienzo. 3) En tercer lugar, y en función de todo lo anterior, se intentarán delinear los *fundamentos metodológicos y epistemológicos* que pretenden articular la indagación (§3).

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Acabamos de decir que Jhering ha sido tachado de inconsecuente y contradictorio en algunas ocasiones. De hecho, es bastante corriente dividir su pensamiento en dos etapas bien diferenciadas, ya que en la segunda parte de su vida defendió posturas críticas con la que fue su actitud en los comienzos. Pero la acusación de inconsecuencia va mucho más allá de esto, puesto que en la historia de la filosofía han abundado metamorfosis parecidas, sin que se haya planteado una censura por contradicción como la que nos encontramos con el alemán. En el ámbito de la filosofía pura, por ejemplo, es usual aludir a la ruptura que existe entre el primer y el segundo Wittgenstein. Y en el terreno de la filosofía jurídica, por ceñirnos más a nuestro campo, también es muy manido el ejemplo de Gustav Radbruch. En el caso de Jhering, como tendremos tiempo de profundizar, la cuestión es mucho más compleja. Primero, porque podrían llegar a establecerse más de dos períodos. Segundo, porque el reproche también se ha centrado en un hipotético diletantismo de su obra.

Ante semejante panorama, caben dos alternativas. O bien tachamos en bloque todo su pensamiento, por estimarlo incoherente, frívolo y falto de rigor, o bien tratamos de sumergirnos en él para explicar las posibles causas de los virajes y las contradicciones que la crítica posterior ha creído detectar. Como ya puede imaginarse, esta última es la perspectiva que se adoptará en este trabajo. Para poder ofrecer un planteamiento de la investigación, pues tal es el objetivo de este epígrafe, resulta imprescindible analizar la problemática de los reproches mencionados, puesto que sólo así podrá sugerirse algún sendero por donde conducir mejor la exégesis de su obra. De ahí la división en tres secciones que proponemos.

En primer lugar, apuntaremos algunas ideas respecto al carácter errático del que en alguna ocasión se ha acusado al alemán. Veremos que la cuestión es compleja y que encierra muchos motivos de interés para el estudio de sus ideas. En segundo lugar, intentarán señalarse algunas causas de las acusaciones citadas, puesto que también aquí cabe encontrar aspectos relevantes para la comprensión del autor. En tercer lugar, y haciéndonos cargo de la recriminación analizada, procuraremos ofrecer una posible guía para la investigación de su pensamiento. Se trata, en definitiva, de un acercamiento en tres etapas. En primera instancia, se harán explícitos algunos *problemas interpretativos* consustanciales al estudio de la figura y la obra de Jhering (§1.1). En segunda instancia,

se tratarán de explicar los *motivos de esos problemas* (§1.2). En tercera instancia, y en función de lo anterior, propondremos una *estrategia de aproximación* que sea capaz de sortear dichos obstáculos (§1.3). Con ello, quedará bosquejado el planteamiento general de este trabajo.

### 1.1. Problemas interpretativos: ¿eclecticismo y diletantismo en Jhering?

Probablemente como fruto de la obsesión por la realidad que se ha señalado en las primeras páginas, Jhering fue un intelectual abierto a influencias provenientes de todos los dominios del saber, desde la biología hasta la música, desde la sociología hasta la literatura. Un jurista impregnado, como quizá pocos lo hayan sido, por todo un abanico de disciplinas ajenas al estricto mundo del Derecho. No sólo es que fuera un hombre instruido que de vez en cuando abandonaba la fría literatura profesional para acudir al regazo de ciencias más cálidas y agradecidas, sino que de sus propias contribuciones jurídicas rezuma ese universo interdisciplinario que hoy le confiere un brillo especial. Es decir, que su curiosidad por otros campos no sólo repercutió de forma colateral en su talento, sino que acarreó consecuencias sustanciales en su pensamiento. De ahí se derivó su osadía por penetrar en materias filosóficas y sociológicas –ajenas a su estricto marco profesional– y de ahí surge la acusación de diletantismo que en bastantes ocasiones se ha elevado contra él<sup>3</sup>.

En síntesis, dos son las amonestaciones que se han producido contra su obra: el eclecticismo y el diletantismo. Las incoherencias y paradojas, que sin duda también existieron, son casi un corolario de estos dos defectos de partida. Más que la eventual contradicción entre sus dos periodos, las invectivas más acerbas se dirigieron contra su tendencia al eclecticismo y contra la consiguiente merma de rigor metódico que a ello se le suponía. Desde el mismo momento en que uno comienza a adentrarse en la literatura secundaria o en la biografía de Jhering, salen al paso ambas cuestiones, muy a menudo vinculadas entre sí. Y es que, tanto en su época como en la actualidad, la recepción de sus ideas ha estado dividida en dos sectores extremos: por un lado, una interpretación

---

<sup>3</sup> Vid. el magnífico retrato personal que ofrece Erik Wolf, donde casi se puede palpar la inquieta y compleja personalidad del jurista alemán: WOLF, Erik, “Rudolf von Jhering”, en ID., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4ª ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1963, pp. 622-668. Hay traducción española: WOLF, Erik, *Rudolf von Ihering. Otto von Gierke*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f. Sobre la acusación de diletantismo, puede verse el emocionado testimonio de su hijo: JHERING, Hermann, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, en el volumen de correspondencia *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, hrsg. von Helene Ehrenberg [1913], Scientia Verlag, Aalen, 1971, pp. 459-462.

hagiográfica y un tanto acrítica; por otro lado, una tendencia excesivamente mordaz con los dos defectos mencionados. Dados los evidentes problemas que esto plantea para una comprensión ajustada del autor, merece la pena profundizar en ello. Además, veremos que es un buen camino para revelar muchos aspectos de su filosofía y su temperamento, que nos serán útiles en lo sucesivo.

Como botón de muestra de la acusación de diletantismo, pueden citarse las palabras del jurista italiano Francesco Forlani, profesor de Derecho civil austriaco en la Universidad de Innsbruck durante la época de Jhering, traductor de *El fundamento de la protección posesoria* y autor de algunos ensayos críticos sobre la obra del alemán. Así es como definía a nuestro jurista: “un jurisconsulto alemán, cuyo ingenio sin duda grande, pero más ferviente que profundo, más paradójico que inventivo, le conduce a menudo a ideas extrañas y a conclusiones apresuradas y falsas”<sup>4</sup>. Vemos aquí las líneas maestras de la crítica a la que tantas veces fue sometido el ilustre romanista. En este caso, los dardos se dirigían contra uno de los defectos que se le suelen imputar como causa de su dispersión y de su pretendido diletantismo. Concretamente, contra su propensión hacia el tono literario y apasionado que le terminaría conduciendo, según Forlani, a incurrir en exageraciones y equivocaciones teóricas.

Pero no sólo es el estilo literario lo que se le censurará a Jhering. Mucho más grave aún fue la constante alusión a la falta de método que caracterizaba a sus incursiones filosóficas. Esto es algo que vale sobre todo para *El fin en el Derecho*, pues en esta obra dio un salto más que osado a las regiones de la filosofía, pero el reproche ya arranca desde las primeras obras. En este sentido, puede citarse el juicio del romanista Heinrich Eduard Dirksen sobre el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*, una opinión que Jhering confiesa haber sufrido como un jarro de agua fría. No se trata de una recensión publicada, puesto que el alemán se refiere a ella como a un comentario privado. Sin embargo, y dada la recurrencia con que lo cita en la correspondencia, la crítica parece haberle hecho mella. Según Dirksen, el joven autor se había desviado del camino

---

<sup>4</sup> FORLANI, Francesco, *La lotta per il diritto: Variazioni filosofico-giuridiche sopra il Mercante di Venecia e altri drammi di Shakespeare*, Loescher, Firenze-Torino-Roma, 1874, p. 3. Se trata de un ensayo que Forlani publicó como crítica contra *La lucha por el Derecho*, donde Jhering aludía al caso de *El mercader de Venecia* y tomaba partido por Shylock, adoptando así una postura ciertamente legalista. El escrito de Forlani vino precedido por un artículo más reducido publicado dos años atrás –donde también sostenía una postura crítica– y de su traducción a *El fundamento de la protección posesoria*, en cuyo prefacio, sin embargo, se mostraba entusiasta y laudatorio con Jhering (*Sul fondamento della protezione del possesso*, trad., prefacio y notas de Francesco Forlani, Dottor Francesco Vallardi-Tipografo, Milano-Napoli-Roma-Palermo, 1872). Sobre todo ello, vid. BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, en LOSANO, Mario (ed.), *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 629-694, especialmente pp. 642-649.

correcto al abordar un proyecto de tamaña envergadura, con lo que había terminado incurriendo en un “exceso de fantasía con visible detrimento del método”<sup>5</sup>. La observación es importante, porque ilustra muy bien la percepción generalizada que existió durante mucho tiempo sobre Jhering: un jurista con talento e inventiva, con genio y lustre narrativo, pero con falta de rigor y precisión científica.

Para entender la crítica en su justa medida, debe hacerse una advertencia previa. La matriz intelectual del jurista alemán fue el Derecho romano, una disciplina que entonces no se concebía del mismo modo que en la actualidad. En primer lugar, porque entonces no consistía en un análisis histórico de los fundamentos del ordenamiento jurídico, ni en una labor de preciosismo y erudición al servicio de la *elegantia iuris*. Tampoco podemos equipararlo, como sucede hoy en día, a un estudio propedéutico de iniciación al Derecho civil y a la metodología jurídica. Se trataba de algo mucho más básico. Hablar de Derecho romano era tanto como hablar de Derecho vigente, puesto que en la Alemania decimonónica no se había producido la codificación que tuvo lugar en la Francia de Napoleón. Desde este punto de vista, Jhering era *romanista y civilista* a un tiempo, dos vitolas académicas que exigían un gran rigor y que no toleraban pasos en falso: era el propio Derecho de la nación lo que estaba en juego.

En segundo lugar, esta materia se encontraba dominada por el método histórico-filológico preconizado por Savigny y sus discípulos más inmediatos. Según esta tendencia, al científico le estaba reservada la tarea de interpretar los viejos textos romanos de acuerdo con un severo criterio filológico, sin tener en cuenta otros parámetros que quizá hoy pudieran parecer más razonables. Al menos en teoría, de lo que se trataba era de retornar a las fuentes romanas de forma directa, sin la intermediación de las glosas y comentarios vertidos durante los largos y farragosos siglos del Derecho común. En este sentido, el jurista no sólo era un práctico llamado a una observación atenta de la realidad, sino más bien un erudito formado en los métodos del filólogo y constreñido por las herramientas del lingüista o del historiador. Desde este punto de vista, Jhering era *romanista e historiador* a un tiempo<sup>6</sup>.

Si nos paramos a analizar estas dos características, entenderemos mucho mejor el porqué de las críticas recibidas y las razones de esa obsesión por el método que tanto

---

<sup>5</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “Brief an K. F. Von Gerber (Gießen, 17 Juli 1852)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an Seine Freunde*, cit., pp. 16-17. Vid. También pp. 25,49 y 54.

<sup>6</sup> KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., C. H. Beck, München-Berlin, 1966, pp. 254 y ss. La naturaleza del método de la escuela histórica es bastante más compleja de lo que se acaba de esbozar, y está marcada por paradojas que no han podido subrayarse debidamente ahora. Por razones de orden expositivo, posponemos su tratamiento a capítulos posteriores.



preocupó a los atacantes de Jhering. A un jurista formado en esa tradición no se le suponían inquietudes de altos vuelos sobre la esencia o los fines del Derecho, sino un pulcro trabajo científico destinado a conformar y fortalecer la coherencia del ordenamiento jurídico. De hecho, los dos primeros escritos del alemán trataron aspectos puramente dogmáticos. La tesis doctoral, en efecto, versó sobre los problemas jurídicos de la herencia yacente, una investigación que más tarde confesaría haber vivido como un auténtico suplicio<sup>7</sup>. Y su trabajo de habilitación, en la misma línea, se preguntaba por la obligación de transmitir los frutos de una cosa al efectuarse la entrega de la misma. En su primera publicación sería, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, se incluyeron ambos trabajos y algunos otros ensayos sobre derechos reales<sup>8</sup>.

La opinión con que se recibió esta obra primeriza fue excelente, hasta el punto de que el mismo Johann Bachofen<sup>9</sup>, conocido por su gran severidad en la crítica, escribió párrafos muy elogiosos sobre el recién doctorado: “el método del autor es, en efecto, verdaderamente científico. A través de una exhaustiva búsqueda de fuentes, dispersas por todas las secciones del *corpus iuris*, se reúnen y comentan las sentencias de los juristas romanos que tienen que ver con la temática abordada”<sup>10</sup>. A tenor de esta valoración y de los criterios académicos en los que fue formado Jhering, puede entenderse mejor la sorpresa que causaría la primera entrega de su *Espíritu del Derecho romano*. Frente a la minuciosa recolección de fuentes, escrutadas y glosadas para dar respuesta a cuestiones legales concretas, Jhering se lanzaba a una aventurada empresa de corte filosófico, bien lejana del enfoque historiográfico y meticuloso que cabría esperar de un representante al uso de la corriente historicista.

No era un período de la historia jurídica romana, en efecto, lo que el autor se proponía analizar. Tampoco le interesaba encontrar criterios para resolver cuestiones específicas del Derecho civil: “se pasaría por alto la finalidad central de mi obra, si se

---

<sup>7</sup> JHERING, Rudolf von, “Zweiter Brief”, en ID., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 13. Aufl., Leipzig [1924], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, pp. 17-27.

<sup>8</sup> JHERING, Rudolf von, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1844.

<sup>9</sup> Johann Jakob Bachofen (1815-1887) fue discípulo de Gustav Hugo y de Friedrich Karl von Savigny. Su legado intelectual más célebre es *El matriarcado*, una obra que dio pie a numerosas investigaciones antropológicas sobre el papel de la mujer en la antigüedad. No obstante la deriva antropológica que cobró su trayectoria intelectual, en sus comienzos fue uno de los representantes de la joven escuela histórica. Vid. WIEACKER, Franz, “Johann Jacob Bachofen”, en ID., *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1959, pp. 162-180.

<sup>10</sup> BACHOFEN, Johann Jakob, “Brief an Andreas Häusler-Ryhiner” (nº29), en ID., *Gesammelte Werke*, Bd. X, hrsg. von Harald Fuchs et. al., Basel-Stuttgart, 1967, pp. 51 y ss. Vid. también FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 116-117.

quisiese comprender en lo esencial como una pieza de historia del Derecho. Mi objetivo no es el Derecho romano, sino el Derecho, escudriñado y puesto de manifiesto en el Derecho romano”<sup>11</sup>. Se trataba, por lo tanto, de buscar el “espíritu” de la juridicidad romana con el objetivo de aprehender los elementos consustanciales a todo Derecho posible, no sólo el de la antigua península itálica. En resumidas cuentas, estamos ante lo que pronto se conocerá como Teoría General del Derecho, cuyo paralelo en Inglaterra fue la obra de John Austin y cuya versión contemporánea es la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales<sup>12</sup>. Una tarea de este género estaba condenada al repudio de sus colegas, puesto que se planteaba metas propias del gremio filosófico y carecía de las limitaciones temáticas y metodológicas de toda investigación romanística. El propio Georg Friedrich Puchta, a quien Jhering dedicó el primer volumen, se había mostrado escéptico ante un proyecto tan ambicioso y había aconsejado su abandono<sup>13</sup>.

Pero el joven autor persistió en su audacia. No sólo no tiró la toalla, sino que llegó a publicar tres gruesos tomos de dicha obra –uno de ellos subdividido en dos partes–, a lo largo de trece laboriosos años: 1852, 1854, 1858 y 1865. Finalmente el trabajo quedaría inacabado. Ludwig Mitteis, uno de los últimos discípulos de Jhering, sostiene que su maestro estuvo marginado durante buena parte de su vida como consecuencia de esta heterodoxia inicial. No por otro motivo, según su opinión, pasó Jhering dieciséis años en la insignificante universidad de Gießen, una ciudad de provincias que a la sazón no excedía de los nueve mil habitantes<sup>14</sup>. La observación tiene bastante sentido, si tenemos en cuenta que *El espíritu del Derecho romano*, como se ha apuntado ya antes, no era una obra de escuela, ni tampoco podía adscribirse a una disciplina académica bien definida. A caballo entre la historia, la ciencia jurídica y la filosofía del Derecho, se trataba de lo que hoy conocemos como una obra interdisciplinaria. Y eso, entonces como ahora, es algo que se suele pagar en la Academia.

La cuestión de la interdisciplinarietà es una constante en la vida y en la producción científica de Jhering, de la que tan sólo escapan la primera obra publicada y

---

<sup>11</sup> JHERING, Rudolf von, “Vorwort zur fünften Auflage”, en ID., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I [1852], 5. Aufl., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1953, p. VII.

<sup>12</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 61-83.

<sup>13</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, en AA. VV., *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17. 9. 1992*, 2. erweiterte Aufl., hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1993, p. 13.

<sup>14</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering” en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 50, Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, pp. 652-664.

algunas contribuciones dogmáticas –incluidos los dictámenes profesionales–. La pretensión de ir siempre un punto más allá de la mera labor historiográfica, extrayendo conclusiones de alcance general y apuntando a objetivos de carácter filosófico, le costó merma en la exactitud y críticas sin fin. Según el testimonio de Mitteis, desde el principio se practicó una notoria marginación intelectual hacia su maestro, auspiciada por las filas más ortodoxas de la escuela histórica: “como el propio Jhering relató en una ocasión al redactor de estas líneas, uno de sus amigos, un conocido y joven profesor por aquel entonces, le pidió disculpas por no haber podido reseñar mejor el primer tomo del *Espíritu*; personalmente, según él, lo habría hecho de buen grado, pero no se atrevía a manifestarlo en consideración a su carrera académica”<sup>15</sup>. En definitiva, y sin descartar los motivos personales que quizá también existieron para su postergación universitaria, hay buenas razones para creer en la tesis del ostracismo.

Si echamos un vistazo a su trayectoria académica, llama la atención que nunca se le invitase a ocupar las cátedras de las grandes universidades germanas hasta una etapa muy avanzada de su carrera. Berlín, la universidad de Savigny, de Puchta o de Stahl, sólo se interesó por él cuando ya frisaba los cincuenta y cinco años –si exceptuamos la breve etapa post-doctoral, en la que dictó un par de cursos en la capital prusiana<sup>16</sup>–. Heidelberg, que fue su destino siempre anhelado, sólo terminó llamándole tras una renuncia de su amigo y colega Windscheid, también a la edad aproximada de cincuenta y cinco años. A esas alturas de la vida, probablemente herido por la preferencia mostrada hacia su colega, también él decidió declinar la oferta del puesto tan ansiado<sup>17</sup>. Así pues, sus estaciones fueron Basilea, Rostock, Kiel, Gießen, Viena y Göttingen, casi todas ellas ciudades de menor importancia y con universidades humildes. Sólo su paso estelar por la capital austriaca, donde vivió cuatro años gloriosos en lo científico y en lo personal, parece equilibrar un tanto la balanza negativa<sup>18</sup>.

El problema de la interdisciplinariedad, sin embargo, no es algo que sólo afectara al *Espíritu del derecho romano*. De hecho, todavía en esta etapa de la evolución de Jhering

---

<sup>15</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 656.

<sup>16</sup> KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., p. 13.

<sup>17</sup> No es este el momento para detenerse en mayores consideraciones biográficas, pero baste señalar lo siguiente: 1) La amistad entre Jhering y Windscheid, pese a las divergencias científicas, se mantuvo desde muy temprano hasta el final de sus vidas –murieron con sólo unas semanas de diferencia–. 2) Pese al incidente de Heidelberg, Jhering nunca llegó a confiarle a su amigo los celos que había sufrido a ese respecto, y el episodio nunca logró enturbiar la relación. Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, cit., pp. 137-151.

<sup>18</sup> Sobre los años transcurridos en Viena, vid. LOSANO, Mario G., “Una costellazione del firmamento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Unger”, *Quaderni fiorentini*, n° XXI, 1992, pp. 97-157; vid. también HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, cit., pp. 38-48.

puede percibirse un punto de vista más ligado a la historia y menos especulativo que en sus últimas fases. La acusación por eclecticismo temerario, o sea por diletantismo, se agrava mucho más con la publicación de *El fin en el Derecho*, una obra en la que termina de marcar distancias respecto de lo aprendido en el seno de la escuela histórica. Si con la primera de sus grandes obras había merecido el desprecio de juristas e historiadores, ahora se ganará también el de los filósofos. Jhering no sólo se atrevía a plantear cuestiones generales respecto del fenómeno jurídico, por encima de las bien delimitadas investigaciones historiográficas, sino que aspiraba a construir una teoría general sobre la dinámica de la ética y la vida social en su conjunto. *El fin en el Derecho* no sólo pretendía explicarse los porqués y los modos de funcionamiento de las reglas jurídicas, sino que se aventuraba hasta la esfera de la moralidad y de los usos sociales –*Moralität* y *Sittlichkeit* en la nomenclatura de Hegel–.

Por si fuera poco, es en esta última época en la que Jhering parece abrazar ciertos elementos de las corrientes evolucionistas. Su pasión por la ciencia se había terminado fundiendo con su pensamiento, de manera que el darwinismo, aun en la versión un tanto espuria transmitida por Ernst Haeckel, había calado en sus escritos<sup>19</sup>. En este sentido, es digno de reseñar el áspero juicio de una figura tan puntera como la de Wilhelm Dilthey, que se pronunció de forma contundente contra el resabio evolucionista de las últimas obras de su compatriota: “por lo que oigo, Jhering ha caído en la trampa del darwinismo alemán. Del egoísmo deriva leyes, de la adaptación de éstas a las necesidades sociales deriva su evolución, de estas leyes efectivas deriva el sentimiento jurídico: si este es en realidad el núcleo darwinista-iusnaturalista que se encuentra bajo el lustroso y denso envoltorio, entonces se ha vuelto a echar a perder un buen cerebro”<sup>20</sup>. En definitiva, el reproche de Dilthey se centraba en el diletantismo que creía percibir en una asunción tan superficial y mecánica de las teorías de Darwin, una tendencia extensible, como parece deducirse de sus palabras, a todo “el darwinismo alemán”.

---

<sup>19</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, pp. 31 y 86. Ernst Haeckel (1834-1919) puede considerarse, junto con Thomas Huxley (1825-1859), como uno de los principales defensores y divulgadores del darwinismo en el terreno social y cultural. Por otra parte, fue el más importante difusor del evolucionismo en Alemania, del que extrajo consecuencias político-sociales de corte conservador e imperialista. Vid. LEMA AÑÓN, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III. Siglo XIX*, vol. I libro II, dir. por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Fco. Javier Ansuátegui, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp. 1049-1119.

<sup>20</sup> DILTHEY, Wilhelm, “Brief an Yorck von Wartenburg” (1878), cit. en WIEACKER, Franz, “Jhering und der Darwinismus”, en AA. VV., *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederischen y Claus-Wilhelm Canaris, C. H. Beck, München, 1973, pp. 63-92.

Llegados a este punto, ya podemos hacernos una idea de las dos acusaciones abordadas y proponer un balance provisional. En cuanto al problema del eclecticismo, no creo que deba considerarse como algo censurable, sino como una posibilidad de análisis que en algunas ocasiones se revela especialmente fructífera –siempre y cuando no se rebasen los límites de lo razonable–. En lo que atañe a Jhering, como tendremos tiempo de ver, dicha propensión fue una de las claves que le han hecho pasar a la posteridad. De hecho, el eclecticismo metodológico, que podemos equiparar a la interdisciplinariedad tan citada en la actualidad, ha resultado ser una de las sendas más transitadas por las modernas tendencias en el ámbito jurídico. Este es el caso, por ejemplo, de la sociología del Derecho, una disciplina de la que el alemán puede considerarse pionero. A caballo entre la sociología *stricto sensu* y la ciencia jurídica tradicional, entre la filosofía y la ciencia social, se trata de un tipo de estudio abocado por necesidad a un cierto sincretismo metódico<sup>21</sup>.

Por otra parte, está la cuestión del diletantismo, que ya no podría estimarse como un atributo positivo en absoluto. Mientras que el eclecticismo alude a una opción metodológica más o menos pertinente y más o menos criticable en función de los contextos, el diletantismo equivale a frivolidad temeraria en la elección y tratamiento de los temas. Diletante es aquel que penetra en campos de conocimiento extraños o desconocidos, pero sólo a modo de divertimento, por curiosidad lúdica y no por interés científico<sup>22</sup>. Sin ánimo de incurrir en una actitud acrítica y apologética, no creo que dicha acusación esté justificada con Jhering. Es verdad que existe una tendencia a la dispersión en algunas de sus obras, y que en ocasiones pecó de neófito por su osadía intelectual. Pero no era un diletantismo pueril o inconsciente, ni tampoco un carácter megalómano o pretencioso, lo que le empujaba a adentrarse en otros campos, sino una profunda necesidad por explicarse la realidad hasta sus últimas consecuencias.

---

<sup>21</sup> Vid. TREVES, Renato, “Insegnamento interdisciplinare, diritto e sociologia del diritto”, en *Sociologia del Diritto*, IV, 1977, 2, pp. 305-314.

<sup>22</sup> La distinción entre eclecticismo y diletantismo es importante, porque a veces se confunden entre sí de forma deliberada. El término eclecticismo fue acuñado a partir de un fragmento de Diógenes Laercio, en el que éste hablaba de la *eklektiké aíresis* (“escuela seleccionadora”) para referirse a la corriente filosófica que buscaba la verdad mediante la elección de aquello que más ajustado se consideraba de cada escuela, sin vincularse necesariamente a los principios de una sola. La ulterior deriva del concepto es demasiado prolija para reseñarla aquí, pero puede decirse que goza de una larga tradición filosófica. El diletantismo, por el contrario, proviene del italiano *dilettare* (deleitar) y se utiliza para designar al que penetra en un arte o disciplina por simple afán lúdico. Frente al eclecticismo, además, no goza de ninguna tradición filosófica. Vid. LAERCIO, Diógenes, *Vidas opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres* (Proemio, XV), trad. de José Ortiz y Sainz, Editor Luis Navarro, Madrid, 1887, pp. 28-29. Vid. también FERRATER MORA, José, “Eclecticismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, ed. revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabras, tomo II, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 964-966.

Aquí sostendremos que tanto el eclecticismo, como el pretendido diletantismo, se debieron a un espíritu abierto que trató de modelar su pensamiento en función de la trepidante realidad que se desplegaba ante sus ojos. En el siguiente epígrafe, tratarán de explicarse las causas que pudieron motivar esta trasgresión metódica de forma algo más pormenorizada. Desde nuestro punto de vista, no se trataba de un capricho azaroso del destino, ni de una propensión festiva y frívola connatural al autor. Existen razones que ayudan a explicarla y que son importantes para el ulterior desarrollo de este trabajo. Una vez realizado este diagnóstico, estaremos en condiciones de ofrecer una estrategia interpretativa que nos permita afrontar con solvencia la exégesis del pensamiento jurídico de Jhering.

## **1.2. Las motivaciones del eclecticismo y del pretendido diletantismo**

En líneas generales, pueden señalarse dos motivos que explican las acusaciones examinadas en el epígrafe anterior. En primer lugar, hay una razón de tipo subjetivo, que tiene que ver con la propia personalidad de Jhering y con su excéntrico método de trabajo (§a). En segundo lugar, existe una razón de carácter objetivo que justifica el eclecticismo ya estudiado, y que tiene que ver con el núcleo de la apuesta filosófico-jurídica del autor (§b). La finalidad de este apartado es analizar ambas cuestiones, porque sólo así podremos elaborar una estrategia hermenéutica adecuada, que nos sirva para acercarnos con garantías al pensamiento del autor.

### ***a) Motivaciones subjetivas: el método de trabajo de Jhering***

Aun sin pretensión de establecer categorías cerradas, podría decirse que hay dos tipos básicos de intelectual. Por un lado está el intelectual preciso, riguroso, metódico y coherente, cuyos diversos puntos de vista pueden reconducirse a un único principio ordenador. Se trata del pensador que logra formular una idea matriz, a partir de la cual se desenvuelven sus demás aportaciones particulares, como si éstas no fueran más que corolarios o derivaciones del principio básico. Por otro lado está el intelectual disperso, que abraza una gran cantidad de saberes y que se ocupa de problemas aparentemente inconexos, cuyas contribuciones científicas no parecen seguir un único patrón epistemológico, y cuyos logros no se engarzan de forma orgánica o concatenada.

Desde el punto de vista subjetivo, el primer tipo suele coincidir con personalidades intelectuales rígidas, mientras que el segundo se caracteriza por una mayor laxitud. Con frecuencia, sucede que el primero encuadra sus ideas en un marco filosófico unitario, del que extrae hasta las últimas consecuencias, mientras que el segundo bebe de muy diversas fuentes, heterogéneas y no siempre congruentes entre sí. Asimismo, el primer tipo suele construir su pensamiento de forma más o menos piramidal, ofreciendo así al intérprete una guía bastante segura para la exégesis. El segundo tipo, en cambio, tiende a elaborar sus ideas a semejanza de una red, en la que existen intersecciones y puntos de apoyo, pero en la que a veces resulta difícil bucear.

La clasificación está extraída de una célebre dicotomía establecida por Isaiah Berlin con motivo de un famoso ensayo sobre León Tolstoi<sup>23</sup>. No obstante, la distinción ha terminado trascendiendo con valor propio como herramienta de análisis para muchos sectores de la historia del pensamiento. Según Berlin, el primer tipo bosquejado se correspondería con lo que él denominaba pensador-erizo, mientras que al segundo lo bautizaría como pensador-zorro. Esta nomenclatura, tan extravagante a primera vista, trae causa de unos antiguos versos del poeta griego Arquíloco, según los cuales “el zorro sabe *muchas cosas*, pero el erizo sabe *una gran cosa*”. Como toda clasificación dicotómica, ya lo advierte el propio Berlin, no debe seguirse hasta límites absurdos, pero puede llegar a ser útil en determinados contextos. Por lo demás, para quien los apelativos resulten en exceso peregrinos, puede prescindir de ellos sin necesidad de impugnar a la vez el fondo de la distinción.

¿En qué medida puede resultarnos útil ahora? Si la extrapolamos a nuestro ámbito, y por poner un ejemplo ilustrativo, podría trazarse una interesante comparación entre los tipos intelectuales de Jhering y de Kelsen. Mientras que el primero entraría en el bloque de los pensadores zorro, el segundo entraría en el de los erizos. Jhering, en efecto, no puede alinearse dentro de una clara tradición de pensamiento, puesto que cuenta con influencias muy plurales y heterogéneas, a menudo solapadas y difíciles de identificar. Kelsen, al contrario, se inserta en una línea neokantiana bien palpable<sup>24</sup>. Jhering bascula desde investigaciones más bien históricas hasta obras de marcado carácter teórico, desde la *Prehistoria de los indoeuropeos* hasta *El fin en el Derecho*, pasando por obras

---

<sup>23</sup> BERLIN, Isaiah, “El erizo y el zorro”, en ID., *Pensadores rusos*, comp. por Henry Hardy y Aileen Kelly, introd. de Aileen Kelly y trad. de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1992, pp. 69-173, especialmente 69-73.

<sup>24</sup> PAULSON, Stanley L., “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 547-582.

dogmáticas como *El fundamento de la protección posesoria*. Kelsen, en cambio, ubica toda su producción intelectual bajo un mismo paraguas epistemológico y transita con orden desde un tema hasta el siguiente, tanto si nos referimos a su faceta filosófica, como si apelamos a su obra de constitucionalista o de internacionalista<sup>25</sup>.

Si nos paramos un momento a pensarlo, y como bien observa Mauro Barberis, toda la producción de Kelsen encontraba un punto de fuga en la cuestión de la pureza del método, que a su vez desembocaba en la noción piramidal del ordenamiento jurídico<sup>26</sup>. Desde ese enfoque nuclear –en el sentido literal de la palabra–, el austriaco conseguía construir una teoría con dos grandes virtudes: 1) deslindaba con enorme precisión al Derecho de otros sistemas normativos; y 2) podía aplicarse tanto a los ordenamientos jurídicos estatales como a los supraestatales, constituyéndose así en una macro-teoría con fuerte coherencia interna<sup>27</sup>. Pese a la brillantez y la inteligencia de Jhering, algo así es imposible de encontrar en su obra, porque carecía del bagaje filosófico del austriaco y porque, por encima de todo, su personalidad intelectual era más propensa a la hibridación metódica que a la pureza científica, más inclinada a la curiosidad por la periferia que a la deducción anclada en un único amarradero.

Todo esto, por supuesto, se refleja en los métodos de trabajo. Hay personalidades intelectuales que siguen un patrón bien diseñado, con un gran método y una conciencia clara de los pasos a adoptar en el forjado de las ideas. Otras, sin embargo, funcionan de manera mucho más anárquica. Oliver Wendell Holmes, el famoso juez norteamericano y brillante pionero del realismo jurídico, anotaba cuidadosamente las lecturas realizadas y las pendientes por hacer, señalando la fecha del acercamiento original y de las eventuales relecturas<sup>28</sup>. Karl Marx, en una línea similar, llevaba un control de las obras estudiadas, de las que procuraba hacer reseñas una vez terminadas: “me había hecho a la costumbre de hacer extractos de todos los libros que leía”<sup>29</sup>. Sin embargo, hay otras personalidades que no se mueven conforme a una pauta única y que dan la impresión de caminar en círculos, de una manera que puede parecer errática y a veces diletante. Este, como puede imaginarse, es el caso de Jhering.

---

<sup>25</sup> Vid. KELSEN, Hans, *Scritti autobiografici*, trad., cura e pref. di Mario G. Losano, introd. di Matthias Jestaedt, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 69-85.

<sup>26</sup> BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 252 y 296.

<sup>27</sup> SCHMILL, Ulises, “El positivismo jurídico”, en AA. VV., *El Derecho y la justicia*, ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, Madrid, 2000, pp. 65-75.

<sup>28</sup> LITTLE, Eleanor L., “The Early Reading of Justice Oliver Wendell Holmes”, en *Harvard Library Bulletin*, nº 8, 1954, pp. 163-203.

<sup>29</sup> MARX, Karl, “Carta al padre (Berlín, 10-XI-1837)”, en ID., *Escritos de juventud sobre el Derecho*, ed. de Rubén Jaramillo, Anthropos, Barcelona, 2008, p. 45.



El joven Jhering, al igual que les sucedió a otros clásicos como Marx o como Kelsen<sup>30</sup>, tuvo en sus inicios más inquietudes literarias que tendencias científicas o especulativas. De hecho, durante el primer año de universidad se dedicó a escribir relatos y no sintió ningún interés por las clases de Derecho –desaprovechando incluso las lecciones de Thibaut, a las que asistió sin ningún entusiasmo–. Su despiste y su absentismo de las aulas llegaron hasta tal punto, que la familia tuvo que tomar medidas y decidió enviarle a la universidad de Göttingen, más provinciana que la de Heidelberg y, por lo tanto, más indicada para que el joven descarriado retomase el estudio en serio. Aunque pronto empezó a sentir la vocación por el Derecho, y más tarde por la carrera científica, nunca le abandonarían por completo una cierta tendencia a la dispersión, la sensibilidad literaria y la curiosidad un tanto anárquica de los primeros años<sup>31</sup>.

Así pues, un celo metódico como el que hemos podido comprobar en Kelsen, en Marx o en Holmes, brilla por su ausencia en la biografía de Jhering. Nunca se propuso el diseño de un plan de estudio pautado, sino que fue moviéndose al compás de aquello que más le llamaba la atención en cada fase. La merma de rigor que esto implicaba, sin embargo, encontró un valioso sustituto en su fina e innata capacidad de observación. Lo que otros lograban descubrir e interiorizar mediante un gran acervo de lecturas y de horas de estudio, Jhering lo alcanzaba gracias a una sensibilidad y una intuición poderosas, que sabían interpretar el mundo de forma admirable y que siempre estaban alerta ante los estímulos de la realidad. Esto no quiere decir que fuera un iletrado en materia filosófica. De hecho, aunque de manera ambulante y autodidacta, llegó a poseer un conocimiento importante de bastantes clásicos.

Con todo, su mayor fuente de estudio eran las pandectas del *corpus iuris*, a las que volvía una y otra vez, y de las que extraía un jugo que ningún otro habría logrado sacar. Sus obras están repletas de referencias a sentencias e instituciones romanas, incluso en los pasajes que menos propicios nos puedan parecer para ello<sup>32</sup>. Su acercamiento, sin embargo, nunca fue el mismo que practicaban la mayoría de representantes de la escuela histórica. Éstos utilizaban el *corpus iuris* como materia de estudio filológico, analizaban cada pasaje en función de su contexto original y academizaban su lectura hasta el

---

<sup>30</sup> Vid. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Introducción” a KELSEN, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, ed. y trad. de Juan Luis Requejo Pagés, KRK, Oviedo, 2007, pp. 5-30.

<sup>31</sup> KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., pp. 12-13.

<sup>32</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, cit., pp. 133 y ss; WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, 2ª ed., K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1968, pp. 13-17; MERKEL, Adolf, “Jhering”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 32, Gustav Fischer, Jena, 1893, p. 11.

extremo. Pero para Jhering las pandectas no eran sólo un recurso de trabajo, sino una verdadera fuente de conocimiento, en la que buceaba una y otra vez para extraer lecciones aplicables a cualquier problema, tanto a modo de ejemplo como de contraejemplo. En definitiva, se habían convertido para él en un clásico, en el sentido en que Italo Calvino lo define: “llámase clásico a un libro que se configura como equivalente del universo, al igual que los antiguos talismanes”<sup>33</sup>. Es decir, que para Jhering las pandectas no eran sólo un óptimo recurso para elaborar tratados de Derecho, sino que se habían convertido en un inagotable tesoro de enseñanzas con las que observar e interpretar el mundo.

En cualquier caso, Jhering nunca fue un intelectual de biblioteca. El vicio del erudito, que se sumerge en los libros y las referencias bibliográficas hasta extraviarse, no fue precisamente su punto flaco. En una ocasión, le llegó a aconsejar a su amigo Bernhard Windscheid que leyera menos: “me parece que realmente estás en riesgo de dejarte influir por el insano espíritu que domina, en parte, al ingente material con el que trabajas. ¡Lee menos!”<sup>34</sup>. Así pues, pese a poseer una vasta cultura, nuestro jurista no se dejaba atrapar por los excesos de la erudición y prefería volcarse hacia una contemplación reflexiva del mundo que le rodeaba. No por casualidad, Max Weber llegó a decir que “las mejores cosas se le ocurren a uno mientras fuma un cigarro puro en el sofá, como le sucedía a Jhering”<sup>35</sup>. Y es que, como muy bien captó el sociólogo, era en la meditación sosegada, libre de hormas y ataduras, atenta a los estímulos de la vida, donde Jhering encontraba su mejor acicate para la creación<sup>36</sup>.

Es obvio que esta actitud le condujo a errores en no pocas ocasiones. Una vez, por ejemplo, dedicó casi treinta páginas a presentar y fundamentar una tesis que él creía original, pero que en realidad había sido expuesta treinta y seis años atrás por Theodor Mommsen<sup>37</sup>. En otra ocasión, tras haberse publicado los dos tomos de *El fin en el Derecho*, un teólogo católico le llamó la atención sobre la obra de Tomás de Aquino, en la que podría encontrar aspectos muy coincidentes con su punto de vista teleológico.

---

<sup>33</sup> CALVINO, Italo, *Perché leggere i classici*, Mondadori, Milano, 2002, p. 9.

<sup>34</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Bernhard Windscheid (26-III-1866)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 195.

<sup>35</sup> WEBER, Max, “La ciencia como vocación”, en ID., *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, introd. de Raymond Aron, Alianza, Madrid, 1997, p. 193.

<sup>36</sup> Mario G. Losano sostiene que fue en el segundo volumen de *El fin en el Derecho*, la obra menos jurídica y más criticada por su hipotético diletantismo, donde Jhering “se encontró realmente a sí mismo. Es libre de observar la conducta de las personas y de forjar sus pensamientos sin tener que tomar en consideración textos jurídicos o polémicas doctrinales”. Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 84.

<sup>37</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 656.

Admitiendo sin ambages su ignorancia al respecto, Jhering llegó a decir que quizá no hubiera escrito su libro, de haber conocido antes las aportaciones de aquel “gran pensador”<sup>38</sup>. Los acusadores de diletantismo encontraban así –no sin cierta razón– un terreno abonado para fundamentar sus reproches. No obstante, con todas las críticas y las salvedades pertinentes, esa frescura de espíritu y esa libertad creativa son las que hacen que aún hoy siga siendo un autor digno de conocer.

Hasta ahora se han analizado algunos de los rasgos de carácter del personaje que nos permiten entender la razón de sus tendencias eclécticas y de su hipotético diletantismo. Pero queda un aspecto importante por destacar. Por todo lo que acaba de decirse, podría pensarse que Jhering tenía una gran facilidad de pluma. Si echamos un vistazo a su ingente producción bibliográfica, llegaríamos sin duda a la misma conclusión: sólo con los tres tomos del *Espíritu* y los dos volúmenes de *El fin*, podrían llenarse cerca de dos mil páginas. Sin embargo, no parece que fuera así en absoluto. Casi todos los testimonios y las alusiones epistolares indican un ritmo de trabajo lento, a veces atormentado, vacilante y bastante autocrítico. Con frecuencia se lamentaba de su incapacidad por poner en palabras sus ideas, de bloqueos mentales más o menos duraderos, de una mengua paulatina en la capacidad de trabajo, de dudas metodológicas y de los virajes y equivocaciones cometidos.

Por otra parte, la desazón que le solían producir las críticas, pese al tono de sosiego y superioridad que pretendía aparentar ante sus corresponsales, también dan muestra de una forma de trabajo algo tumultuosa y tornadiza –por no decir excéntrica–<sup>39</sup>. Y es que, si bien hacía gala de tesón y decisión en los propósitos que se señalaba, no lo lograba de manera espontánea, sino a costa de un gran esfuerzo y de severas restricciones autoimpuestas. Es especialmente llamativo el método de trabajo que se marcó para poder llevar a término el *Espíritu del Derecho romano*. En una carta a su amigo Carl Friedrich Gerber, muy interesante para conocer la rebotica del escritor, Jhering muestra un alto nivel de ansiedad por el efecto que dicha obra pudiera producir al publicarse. Pero lo que más le atormentaba, como puede colegirse de la misiva, era no llegar a tiempo con los plazos. Y es que, dada su natural dificultad por poner las ideas sobre el

---

<sup>38</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, hrsg. mit einem Vorwort und mit zwei bisher unveröffentlichten Ergänzungen aus dem Nachlaß Jherings versehen von Christian Helfer, Georg Oms Verlag, Hildesheim-New York, 1970, p. 126.

<sup>39</sup> No cabe hacer una cita exhaustiva de todos los indicios epistolares que avalan esta afirmación. Antes se ha hecho referencia a la crítica de Dirksen, que aparece citada en seis ocasiones en la correspondencia publicada. Ello da muestras de la desazón que le causó. Pero no sólo en este caso, sino en muchos otros, puede palpase una actitud similar. Vid. por ejemplo JHERING, Rudolf von, “Brief an Bernhard Windscheid (11-VII-1857)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., pp. 78-82.

papel, se había comprometido con la editorial a entregar la obra en partes sucesivas, embarcándose así en una febril contrarreloj con el impresor.

Dada la importancia que tiene esta carta para entender la personalidad y la forma de trabajo del autor, conviene transcribir algunas frases por extenso: “sufro de dolores de parto; y no me refiero al número de horas de trabajo que debo dedicar a diario, pues no es desmesurado, sino a las dudas, al miedo, etc., que siempre se apodera de mí cuando tengo que releer lo escrito. Entonces me murmura la angustia al oído: tacha, tacha, deja aún pasar un tiempo... Y a mí me gustaría arrojar todo el pastel al fuego [...]. Cada mes se imprimen seis pliegos, pero no creo que esté listo antes de noviembre, incluso si no me sobreviene ningún bloqueo. Con el manuscrito voy por delante del editor en unos dos o tres pliegos, y tengo la gran preocupación de que trabaje más rápido que yo. Se preguntará usted por qué mando imprimir antes de que esté ya lista toda la obra. La cosa tiene sus buenos motivos. Precisamente porque así me obligo a superar mi angustia con la redacción. Ahora me veo obligado a trabajar más rápido de lo que lo haría en otras circunstancias y, quizá justo por eso, la exposición salga mejor así”<sup>40</sup>.

Las consecuencias de esta mentalidad insegura y de este estrambótico método de trabajo fueron básicamente dos. En primer lugar, que nunca llegó a terminar sus grandes obras. Ni el *Espíritu del Derecho romano* ni *El fin en el Derecho* quedaron acabados. Al comenzar a escribir sin tener el plan de conjunto definido, terminaba sumergiéndose en excursos y disquisiciones con los que no había contado de partida. Las páginas aumentaban así de forma exponencial, pero nunca se llegaba a cubrir todo el espectro temático necesario para agotar la materia, de modo que se posponía su desarrollo a un tomo posterior. En segundo lugar, cada nueva edición de sus obras comprendía innumerables cambios respecto de las anteriores, porque en el trance de la reedición le volvían a asaltar los temores e inseguridades. Es así como contamos con cinco ediciones de cada uno de los tres tomos del *Espíritu del Derecho romano*, con no pequeñas modificaciones entre una y otra, o con las siete entregas de *La lucha por el Derecho*, también retocada de forma continua y a veces sustancial<sup>41</sup>.

Todos estos son factores que dificultan el trabajo del intérprete y que, en buena medida, han motivado las acusaciones de incoherencia, eclecticismo y diletantismo. La

---

<sup>40</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber (13-VI-1851)”, en LOSANO, Mario G. (Hrsg.), *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber* (Teil 1), Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, pp. 22-23.

<sup>41</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Bibliographie Rudolf von Jherings”, en ID., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 207-260. Hay una edición crítica de *La lucha por el Derecho*, donde se reseñan muchos de los cambios acaecidos entre cada nueva edición: JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992.

longitud inabarcable de sus obras principales, extendidas a lo largo de muchos años, reflejan además cómo su punto de vista cambiaba desde el primer volumen hasta el último. Así las cosas, lo que tan sólo habría sido una modificación de planteamientos constatable en libros diferentes –para cualquier autor con un buen método–, en Jhering se convertía en una profunda paradoja al concentrarse en partes de una misma obra. Por otra parte, los desvíos y digresiones que en él surgían como tentáculos de la pieza central, podrían haber sido monografías autónomas en otro autor más ordenado. Pero no eran esas las cualidades que adornaban al alemán. Llegados a este punto, no queda más remedio que dar la razón a Kelsen por las palabras que escribió, precisamente, en su recensión al primer epistolario publicado del romanista: “una mirada al taller de este creador nos muestra con claridad que, al igual que una cosmovisión entera, también la especialidad del trabajo científico se fundamenta en la originalidad de una personalidad. Y más aún: que la ciencia no sólo es cosa del talento y del trabajo; la ciencia es, por encima de todo, cuestión de carácter”<sup>42</sup>.

En definitiva, y por volver al punto de arranque, Jhering fue un pensador zorro en casi todos los sentidos. La falta de un método riguroso, su curiosidad desenfrenada y su cierta dispersión temática, son algunos de los elementos que aquí se han abordado. Frente a las teorías construidas desde la cúspide, con prolongaciones bien trabadas con el punto de fuga principal, la obra del alemán se despliega más bien como una red, donde la continuidad y la coherencia de pensamiento existen, pero ocultas entre los pliegues de la malla. Para entenderlo en su justa medida, eran imprescindibles estas páginas sobre los móviles personales que latieron por detrás de su creación intelectual. Sin embargo, no sólo son factores de índole subjetiva los que explican la tendencia al eclecticismo y al hipotético diletantismo que nos habíamos propuesto analizar. También hay razones objetivas que ayudan a entender ambos aspectos. A exponer y analizar estas causas es a lo que se dedica el siguiente epígrafe.

### ***b) Motivaciones objetivas: el pensamiento realista de Jhering***

A la hora de catalogar a Jhering en la historia del pensamiento jurídico, nos salen al paso innumerables dudas. ¿Era un autor positivista, historicista, realista o iusnaturalista?

---

<sup>42</sup> KELSEN, Hans, “Rudolf von Jhering in Briefen”, *Neue Freie Presse (Wien)*, n° 17423, 23 de febrero de 1913, pp. 32-35.

¿Era todas esas cosas juntas, o en realidad sólo algunas de estas etiquetas son válidas? Y en el caso de que fueran válidas, ¿fue todas las cosas a la vez, o más bien transitó desde una postura hasta la otra a lo largo de su trayectoria intelectual? La cuestión es compleja, porque los apelativos que circulan en la literatura secundaria podrían llegar a engrosar un enorme batallón de *-ismos* de lo más variado y contradictorio. En el segundo capítulo de esta tesis se intentarán reseñar las distintas perspectivas que se han ofrecido a este respecto, por lo que no es momento de entrar en ello con detalle. No obstante, conviene ir introduciendo alguna idea.

En Jhering confluyeron numerosas orientaciones de pensamiento, y del género más diverso que podamos imaginar. Por un lado, recibió las enseñanzas de la escuela histórica, en cuyo seno nació y se amamantó el joven jurista. Por mucho que terminara desprendiéndose de este legado, un poso inextirpable se mantuvo hasta el final de su vida. Por otro lado, escuchó los ecos de la encendida polémica sobre la codificación, que ya tuvo lugar en el país vecino y que en Alemania comenzaría a producirse a partir de la segunda mitad del siglo XIX<sup>43</sup>. La sustancia filosófica de este debate, fundamental para entender el positivismo y la ciencia jurídica alemana de toda la centuria, también ejercería un poderoso influjo sobre sus ideas. Por último, y esto no conviene olvidarlo en absoluto, el añejo iusnaturalismo seguía manteniendo su vigor en la mentalidad y en la producción bibliográfica de muchos juristas de su época. Tampoco a esta corriente, pese a su paulatino declive, pudo ser ajeno nuestro autor.

Desde todos estos puntos de vista, Jhering se nos presenta enclavado en una compleja encrucijada de corrientes en liza: historicismo, positivismo, iusnaturalismo... Además, no sólo en el ámbito de la ciencia jurídica se fraguaron sus ideas. Desde fuera del mundo del Derecho penetraron en su espíritu líneas de pensamiento muy variadas, algunas provenientes de fuentes bien lejanas a los libros de pandectas y de leyes. Su hijo Hermann, que con los años llegaría a ser un importante naturalista, nos ha ilustrado

---

<sup>43</sup> Los primeros embates teóricos sobre la codificación en Alemania tienen lugar en 1814, a raíz de la polémica entre Savigny y Thibaut, el primero en contra y el segundo a favor de aquélla. No obstante, las reverberaciones de este debate se sintieron durante todo el siglo. A mediados de la centuria, se empieza a sentir con fuerza la necesidad de la codificación, pero no es hasta la década de los setenta cuando se reúnen las comisiones para su puesta en marcha. Jhering no formó parte de ninguna de éstas, aunque se barajó su nombre como posibilidad. Finalmente, las autoridades gubernativas se decidieron por su colega Windscheid. Sobre la importancia de la codificación a efectos iusfilosóficos, vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "La escuela histórica del Derecho", en ID., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, pp. 116-129. Sobre el papel de Jhering y de Windscheid al respecto, vid. KROESCHELL, Karl, "Einleitung", *Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891*, hrsg. von Karl Kroeschell, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1988, pp. 10-11. Vid. también FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, cit., pp. 148-151.

acerca del agrado de su padre por las ciencias naturales, de cómo siempre le gustó rodearse de zoólogos, de físicos y otros científicos, que le transmitían así los descubrimientos y los avances más punteros del momento<sup>44</sup>. Por otra parte, también desde la filosofía pura le arribaron numerosas influencias. Así lo atestiguan sus abundantes referencias bibliográficas y sus alusiones epistolares, que nos enseñan cómo se dejó contaminar por un heterogéneo elenco de pensadores y movimientos, tanto antiguos como contemporáneos.

Pese a toda la dificultad de estos factores para ubicar al autor en una corriente definida, hay algunas notas que parecen despuntar en la bibliografía secundaria. Rudolf Stammler situaba a Jhering en un movimiento que bautizó con la rúbrica de *empirismo jurídico*. Sólo tres años después, enmendando o precisando este juicio, prefirió colocarlo en el bloque del *realismo jurídico*, una etiqueta bajo la que también alineó a su compatriota Julius von Kirchmann<sup>45</sup>. El principal traductor de Jhering en nuestra lengua, Adolfo Posada, también se terminó decantando por este último apelativo<sup>46</sup>. Erik Wolf, junto con la mayor parte de la crítica moderna, no dudó en enmarcarlo en el *positivismo jurídico*<sup>47</sup>, mientras que anglosajones y norteamericanos tendieron a situarlo en la órbita del *pragmatismo* y –en expresión de Roscoe Pound– del *utilitarismo social*<sup>48</sup>. Podría cerrarse el elenco aludiendo a una carta que el propio Jhering dirigió al traductor italiano de *Die Gastfreundschaft im Altertum* –La hospitalidad en el mundo antiguo–, en la que se quejaba del idealismo de la ética alemana<sup>49</sup>. Interpretando esto *a sensu contrario*, y dados los intereses de su última etapa, podríamos encuadrarlo en una cierta versión del *materialismo sociológico*.

---

<sup>44</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, en JHERING, Rudolf von, *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., pp. 445-472.

<sup>45</sup> STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho* [1922], trad. e introd. de Wenceslao Roces, Editorial Reus, Madrid, s. f.; STAMMLER, Rudolf, *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit*, 2. vermehrte und verbesserte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1925, pp. 97-99.

<sup>46</sup> POSADA, Adolfo G., “Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Jhering”, en JHERING, Rodolfo von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, pról. de Victor Ehrenberg, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, pp. VII-XXXI.

<sup>47</sup> WOLF, Erik, “Rudolf von Jhering”, cit., p. 622 y ss.

<sup>48</sup> Vid. POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2000, pp. 130 y ss.

<sup>49</sup> JHERING, Rudolf von, “Lettera di R. v. Jhering a Francesco Montefredini”: “me alegro mucho de que haya dado a conocer mi tratado entre sus compatriotas, a quienes estimo más capaces que los míos de apreciar la importancia de los puntos de vista prácticos en relación con las ideas morales; los italianos y los franceses nos preceden con mucho en este aspecto a los alemanes. Aquí, en mi patria, no me encuentro en una posición sencilla con mi opinión y, en general, con mi orientación científica; en la ética la dirección predominante es puramente idealista, en la ciencia jurídica puramente formalista, y yo no me hago ilusiones de que mi obra sea coronada con el éxito: quizá los frutos aparezcan después de mi muerte” (Vid. BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, cit., p. 690).

Si echamos un vistazo a todas estas denominaciones, pese a la falta de rigor que subyace a alguna de ellas, podemos encontrar un cierto aire de familia. Las ideas de pragmatismo, realismo, materialismo, empirismo, positivismo y utilitarismo, cada una desde su respectivo ámbito, parecen confluir en un posicionamiento difícil de definir, pero intuitivamente identificable. Se trataría de una especie de actitud contraria a toda clase de idealismo, propensa a la comprensión de la realidad tal y como ésta se percibe, no tal y como nos gustaría que fuera o debiera ser. En el caso que nos ocupa, puede decirse que tal era el punto de vista con el que Jhering contemplaba las cosas. Si algún hilo conductor podemos detectar en su obra, es precisamente éste: la tendencia a mirar y pensar el Derecho como producto humano, enraizado en contextos reales y concretos, e incomprensible sin un estudio en profundidad de estos últimos.

Es verdad que existen profundas diferencias entre todos los apelativos citados. El empirismo tiene que ver con una determinada toma de postura en el nivel *epistemológico*, mientras que el materialismo implica un posicionamiento *ontológico* con respecto a la naturaleza esencial de las cosas<sup>50</sup>. El pragmatismo y el utilitarismo son corrientes que despliegan su influencia en el terreno de la *razón práctica*, mientras que el positivismo jurídico es una etiqueta exclusiva de la *filosofía del Derecho*. Se refieren a distintos ámbitos y, por lo tanto, de ningún modo son equivalentes o necesariamente compatibles entre sí. No obstante esas importantes divergencias, lo que nos interesa ahora es destacar el rasgo unitario que posibilita su confluencia en Jhering –si hacemos caso de los juicios vertidos en la literatura secundaria–. En este sentido, y haciendo un esfuerzo de síntesis, es posible encontrar una característica más o menos común a estas rúbricas. Y es que todas ellas abocan, por quedarnos con una sola de entre todas las citadas, a un tipo de *pensamiento fuertemente realista*.

Es importante subrayar que nos referimos a un realismo en sentido lato y no sólo al realismo jurídico que proliferó en el siglo XX como escuela iusfilosófica. Este último no fue sino una importante derivación del positivismo, que terminó decantándose en dos diversas corrientes: la estadounidense y la escandinava<sup>51</sup>. Con la noción amplia de realismo, en cambio, lo que pretendemos es aludir a una forma genérica de entender el Derecho, que se define por su rechazo a cualquier clase de aproximación idealista y que

---

<sup>50</sup> Lenin quiso refutar la creencia de que empirismo y materialismo son cosas diversas en su *Materialismo y empiriocriticismo*. Según el pensador ruso, no cabría una escisión entre ambas corrientes como la aquí señalada. Aunque compartimos lo absurdo de separarlas con nitidez absoluta, conviene huir del *totum revolutum* y reconocer que, pese a su aire de familia, no son equivalentes del todo. Vid. LENIN, Vladimir Ilich, *Materialismo y empiriocriticismo*, sin traductor, Grijalbo, Mexico, 1967, pp. 13-26.

<sup>51</sup> Vid. HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico”, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, cit., pp. 77-87.



siempre está al acecho de los factores prácticos para explicar la forma y la sustancia de las reglas jurídicas<sup>52</sup>. En este sentido, tiene mucho que ver con el realismo jurídico en sentido estricto, pero va más allá de éste, puesto que también abarca un punto de vista con respecto a la moral o a los usos sociales, tal y como lo solemos encontrar en las obras tardías de Jhering. La manera que éste tenía de comprender las instituciones sociales y morales, cuya existencia atribuía sólo a fines prácticos –explícitos o solapados– sólo se comprende si adoptamos este concepto amplio de realismo.

La preferencia por esta etiqueta también tiene que ver con su mayor flexibilidad. Es verdad que el realismo goza de cierta tradición filosófica, pero no está tan cargado de potencialidades teóricas precisas como los otros términos. Según José Ferrater Mora, cabe identificar tres acepciones de realismo<sup>53</sup>. En primer lugar, como “actitud que se atiende a los hechos ‘tal como son’, sin pretender sobreponerles interpretaciones que los falsean o sin aspirar a violentarlos por medio de los propios deseos”. En segundo lugar, existe un significado que se inserta en la polémica medieval sobre los universales: *realistas* eran aquellos filósofos o teólogos que defendían la existencia de las cosas con independencia del lenguaje que las designaba, mientras que los *nominalistas* creían que las convenciones lingüísticas determinaban el ser de la realidad. En tercer lugar, hay una acepción que tiende a equiparar al realismo con el empirismo y el materialismo, dependiendo de si nos movemos en el terreno gnoseológico o en el ontológico.

De estas tres diversas acepciones, nosotros manejaríamos la primera, que es la más laxa y la menos cargada desde el punto de vista filosófico. En algunas ocasiones podría ser aceptable la tercera, pero en ningún caso nos movemos en el segundo de los significados señalados. De cualquier manera, es el propio Jhering quien utilizó dicha categoría para calificar su método. A tenor de la forma en que usaba de ella, podría concluirse que él mismo prefería una noción más bien amplia de realismo, que comprendía el aspecto jurídico, pero que llegaba a internarse en las regiones de la moral y las costumbres. Asimismo, puede decirse que se refería más bien a una toma de postura metodológica en *sentido amplio* –de acuerdo con la primera de las acepciones anteriores– y no a un planteamiento epistemológico u ontológico en *sentido estricto*<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Vid. JØRGENSEN, Stig, “Idealism and realism in jurisprudence”, *Scandinavian Studies in Law*, nº 21, 1977, pp. 93-118.

<sup>53</sup> FERRATER MORA, José, “Realismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, tomo IV, cit., pp. 3019-3023. Un tratamiento por extenso de esta categorización, así como una ampliación y una profundización considerables de la misma, pueden encontrarse en HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 17-43.

<sup>54</sup> Vid. JØRGENSEN, Stig, “Idealism and realism in jurisprudence”, cit., pp. 95-100.

En algunos casos, como ya habrá tiempo de precisar, sí sería lícito caracterizar a Jhering como materialista o empirista –de acuerdo con la tercera de las acepciones–, pero veremos que no de forma generalizada.

Hay dos obras del autor alemán en donde se repite con frecuencia este calificativo autoatribuido. Se trata de dos publicaciones tardías: *La voluntad de posesión. Con una crítica del método jurídico reinante* (1889), y la póstuma e inacabada *Prehistoria de los indoeuropeos*, preparada en 1894 por su yerno Victor Ehrenberg<sup>55</sup>. Ambas son obras esenciales para comprender el viraje que tanto ha dado que hablar en relación con las dos célebres etapas de Jhering. En lo que a nosotros afecta ahora, son relevantes para ver cómo éste quiso encuadrarse en una orientación de pensamiento realista. Son obras de la última etapa, es decir, de un momento en el que su autor ya había abandonado las convicciones profesadas en su juventud. En este sentido, el autoproclamado realismo debe predicarse sólo de esta última parte de su trayectoria. Las clasificaciones de la literatura secundaria citadas parten de este mismo presupuesto, pues dan por sentado que esta es la fase que mayor impronta ha dejado en la historia de las ideas jurídicas. Sin perjuicio de una mayor profundización en capítulos posteriores, conviene decir algo de ambas obras, por cuanto afecta al asunto del realismo.

En *La voluntad en la posesión*, Jhering retoma una de sus preocupaciones más antiguas y recurrentes, pero añadiendo importantes cambios a sus antiguos puntos de vista: “si me he decidido a reelaborar la doctrina [de la posesión], sólo ha sido para poner de manifiesto el contraste entre dos métodos de la ciencia jurídica: el formalista o dialéctico y el realista o teleológico [...] Pese a haberme entregado en cuerpo y alma a la orientación formalista en mis años jóvenes, hacia la mitad de la vida he llegado a entender paulatinamente su desacierto, y desde entonces no he cesado de combatirla [...]. No podía pensar en un final mejor para el apriorismo conceptual en la ciencia jurídica, que el de aportar la prueba de que el pensamiento finalista es el único creador del Derecho, y que el dominio ostentado por la lógica en el Derecho es engañoso. La imposibilidad de limitar mi demostración sólo al Derecho, que me asaltó cada vez más durante el transcurso del trabajo, me condujo hasta los usos sociales y la moral, para demostrar también en ellos el citado pensamiento”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich einer Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968; JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos* [1894], trad. y estudio preliminar de Adolfo G. Posada, pról. de Victor Ehrenberg, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896.

<sup>56</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille*, cit., pp. IX-X.

En esta manifestación programática se encuentran muchas de las claves para entender el realismo del que se hablaba en párrafos anteriores. *En primer lugar*, es el propio Jhering quien alude a un cambio en su manera de percibir las cosas, que precisamente tiene que ver con la asunción de un pensamiento realista. Más adelante, retomaremos la cuestión de las dos etapas, la complejizaremos y la relativizaremos, pero siempre bajo la premisa de que existió un cambio de planteamientos a lo largo de su vida. *En segundo lugar*, vemos que fue él mismo quien adoptó el título de realista. En la cita, éste aparece como equivalente del método teleológico y como contrapuesto al formalista o dialéctico. Sobre qué puede significar aquí dialéctico, es difícil aventurar una hipótesis, porque la palabra ha terminado vaciándose de significado<sup>57</sup>. No obstante, parece claro que el realismo al que alude tiene que ver con una toma de postura antiformalista, o sea: 1) contraria a una separación tajante entre Derecho y sociedad o entre Derecho y moral; y 2) proclive a interpretar el Derecho como producto de fines sociales y no como emanación de elucubraciones lógicas<sup>58</sup>. *En tercer lugar*, puede verse cómo el citado realismo no quería circunscribirse sólo al Derecho, sino que pretendía un radio de acción que englobase también a la ética y a la sociedad.

Es significativo que sea en una obra sobre la posesión donde se plasme semejante declaración de intenciones. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque fue a raíz de un dictamen relacionado con el tema de la legitimidad posesoria, cuando el alemán comenzó a entrever la necesidad de modificar algunas de sus convicciones juveniles<sup>59</sup>. En segundo lugar, porque Jhering no concebía su método como una mera aportación de carácter teórico, sino que también quería instaurarlo como nueva vía de aproximación a las cuestiones prácticas del Derecho civil. El pensamiento teleológico, a su modo de ver, debía revolucionar la manera de razonar de los juristas y la interpretación de muchas

---

<sup>57</sup> Como ha señalado Javier Muguerza con ironía, “la inanidad de la palabra «dialéctica», de la que tanto se abusó en el apogeo de la tradición hegeliano-marxista de pensamiento, llegó a tales extremos que alguien con buen humor propuso tacharla sin contemplaciones cuandoquiera que apareciese en algún texto: si después de tachada el texto se entendía, eso querría decir que la palabra era absolutamente innecesaria” (MUGUERZA, Javier, “Racionalidad, fundamentación y aplicación de la ética”, en AA. VV., *La aventura de la moralidad (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, ed. por Carlos Gómez y Javier Muguerza, Alianza, Madrid, 2007, p. 360).

<sup>58</sup> La de formalismo es una etiqueta difícil de definir. Las dos notas que acaban de ofrecerse son sólo una aproximación provisional, pues no es este el momento de profundizar en una problemática tan compleja. Como simple orientación, vid. las siguientes fuentes: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 141-169; RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 7-37; LLANO ALONSO, Fernando, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 29-48; STONE, Martin, “Formalism”, en AA. VV., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. por Jules Coleman y Scott Shapiro, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 166-205.

<sup>59</sup> KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., p. 12.

instituciones jurídicas tradicionales: “me he propuesto demostrar la trascendencia del pensamiento finalista, después de haberlo fundamentado principalmente desde el punto de vista de la historia, en su especial aplicación para el tratamiento científico del Derecho, tanto para las doctrinas más generales, como para los institutos jurídicos particulares más importantes”<sup>60</sup>.

Hasta aquí ha tratado de mostrarse cómo el realismo condujo a Jhering a modificar sus planteamientos teóricos. ¿Pero qué tiene esto que ver con el eclecticismo y el diletantismo que nos ocupan ahora? Pues bien, si retomamos el análisis desde la cita anterior, recordaremos que el alemán confesó haberse visto en la necesidad de extender sus tesis hasta la ética y la ciencia social. Terminó así ensanchando su campo de estudio de tal forma, que provocó de inmediato los reproches por diletantismo. En cierto modo, era algo inevitable. Al plantearse el Derecho desde un enfoque teleológico, resultaba automático enraizarlo en el caldo de cultivo de las relaciones sociales. Si el Derecho estaba orientado por fines prácticos, y no por razonamientos de juristas o por emanación espiritual de las viejas pandectas romanas, entonces había que buscar el sentido de las normas en el magma del interés social. Y así, de forma insensible, se vio abocado al estudio de la ética y de los usos como basamento del entramado jurídico<sup>61</sup>.

Aquí es donde enlazamos con la segunda obra que queríamos traer a colación, la *Prehistoria de los indoeuropeos*. Se trata de una obra esencial para entender al último Jhering, que algunos han juzgado como una especie de divertimento frívolo, propio del diletantismo arrogante de la vejez<sup>62</sup>, pero que en realidad encierra muchos aspectos de interés. El título, de entrada, parece bien alejado de los temas que le habían ocupado durante su vida investigadora: más que un tratado de Derecho, sugiere un estudio de antropología histórica. Sin embargo, esta conclusión no es del todo exacta. *La prehistoria de los indoeuropeos* nació como una aplicación más del método realista o finalista que ya había sido avanzado en su última obra sobre la posesión. Si en ésta el

---

<sup>60</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille*, cit., p. X.

<sup>61</sup> Al hablar de usos sociales, nos referimos a lo que en la tradición alemana se conoce como *Sittlichkeit*, una palabra de difícil equivalencia. A veces se traduce como costumbre, a veces como uso y, cuando se refiere al concepto que Hegel tenía de ella, es común el término “eticidad”. La *Sittlichkeit*, que aquí se traducirá por “usos sociales”, alude a un complejo universo normativo en el que se aglutinan las reglas familiares, las normas sociales, los usos económicos, los rasgos culturales y psicológicos de la conducta, y las reglas del trato social. Vid. RITTER, Joachim, “Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana”, en AA. VV., *Estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*, ed. e introd. de Gabriel Amengual Coll, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 143-170.

<sup>62</sup> RIPLEY, William Z., “The Evolution of the Aryan (Book Review)”, *The American Historical Review*, vol. 3, nº 4, July, 1898, pp. 703-704: “en algunos lugares, hay que confesarlo, aparecen huellas de senilidad en el absurdo tratamiento de este teorema [se refiere al determinismo geográfico]” (p. 703).

método se utilizaba para dilucidar cuestiones prácticas del Derecho civil, en aquélla se empleó para buscar el fundamento de algunas instituciones jurídicas romanas, que no parecían explicarse bien desde un punto de vista pragmático.

La génesis de esta obra puede explicarse como sigue. Jhering, fiel a su formación romanista, se había seguido ocupando del Derecho romano hasta el final de sus días, pero con el bagaje del nuevo método adquirido. En ese trance, alumbrado por el faro metodológico finalista, le salió al paso una inquietud nunca antes percibida. Parecían evidentes las motivaciones prácticas de instituciones como la compraventa, el comodato, la prenda, etc. Pero al lado de ellas había una larga serie de disposiciones, usos y costumbres, que no parecían obedecer a ninguna utilidad aparente. En algunos casos, incluso, se encontraban preceptos y ritos bastante engorrosos desde ese punto de vista. Pese a todo, en lugar de abdicar de sus convicciones realistas y reconocer que no siempre tenían que existir los fundamentos pragmáticos que él había teorizado como piedra angular del Derecho, el alemán perseveró en su empeño. Se puso así a escarbar en la historia, hasta encontrar los fines sociales que pudieran justificar la necesidad de aquellos preceptos extraños. Y al emprender semejante búsqueda, sin quererlo, terminó retrotrayéndose hasta las antiguas migraciones indoeuropeas.

He aquí algunas de las palabras con las que abría Jhering dicha obra: “El interés que me ha movido a estudiar el pasado de los pueblos indoeuropeos se enlaza con mi especialidad profesional: el Derecho romano. He querido ver con claridad cómo los romanos se han conducido con relación a las instituciones primitivas del pueblo aborigen, lo que de ellas han conservado y lo que las han modificado”<sup>63</sup>. Y todo ello, en lo que a nosotros afecta en este momento, desde la orientación realista que estamos intentando exponer y justificar en estas páginas: “las nociones de moralidad no siempre han existido: no son ellas las que han hecho el mundo; cuando ellas surgieron, el mundo ya existía: la relación entre las mismas y la realidad, es precisamente a la inversa de lo que corrientemente se admite: la realidad, hecha ya, las ha engendrado; su verdadero creador es la necesidad y el interés”<sup>64</sup>.

Es evidente que al embarcarse en un proyecto de tamaña envergadura, su autor incurriría en errores y deslices con relativa frecuencia. No en vano, tuvo que sumergirse en estudios de lingüística comparada, de arqueología, de historia oriental... Y tuvo que penetrar en campos inexplorados hasta entonces, como en la organización jurídica

---

<sup>63</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 12.

<sup>64</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 63.

babilonia o como en el Derecho tradicional germánico. Es especialmente interesante y revelador el testimonio de su hijo Hermann: “una nueva prueba de la gran vivacidad intelectual que conservó mi padre hasta edad bien avanzada, me la proporcionó el trabajo con el que le encontré en 1888. Su despacho estaba lleno de obras sobre sánscrito, cultura aria, etc., que estudiaba con empeño. «Por supuesto», me dijo, «que no se me ocurriría entregarme a un campo de estudio tan nuevo para mí por simple apetencia. Siento la necesidad insoslayable, después de haber perseguido el Derecho de la antigua Roma hasta sus comienzos, de investigar todavía más allá, y así es como he llegado a la etnia de los antiguos arios. Fuentes jurídicas escritas no había en aquellos tiempos remotos; la posibilidad de llegar igualmente a alguna idea sostenible al respecto, nos la ofrece el conocimiento detallado de la vida doméstica y social de aquella época, y por cierto desde la perspectiva del filósofo del Derecho» [...] Durante años siguió trabajando sobre el problema, pero la crítica se ha mostrado más bien contraria a la obra aparecida tras su muerte –en mi opinión injustamente–»<sup>65</sup>.

He ahí compendiada, en líneas muy generales, la actitud de Jhering ante la labor intelectual. La acusación de diletantismo, que es predicable de multitud de trabajos, se encuentra de forma prominente en esta obra póstuma. Así lo reconoce algunas líneas más adelante su propio hijo Hermann. Pese a todo, como ha tratado de mostrarse, la tendencia ecléctica que se palpa en empresas como ésta no era fruto de un ensueño diletante, sino de una profunda necesidad por darle sentido a la realidad. En el fondo, lo que sucedía es que la complejidad de ésta terminaba abrumando a nuestro jurista, que lo intentaba todo con tal de no dejar preguntas abiertas. Pero en ningún caso, valga subrayarlo una vez más, se trataba de frivolidad. Podemos darle otra vez la palabra a su hijo Hermann para expresar lo errado de aquellas acusaciones: “todo depende de lo que se entienda por diletantismo. Si significa el hecho de abarcar un tema alejado de la propia disciplina, con ello se condena a todo el trabajo intelectual sintético o comparativo, por no hablar de la filosofía. Esto sería algo absurdo”<sup>66</sup>.

Llegados a este punto, podemos dar por cerrada la explicación de las motivaciones que se encontraban tras el eclecticismo y el pretendido diletantismo de Jhering. Desde un punto de vista subjetivo y objetivo, han tratado de esbozarse algunas razones que

---

<sup>65</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., pp. 459-460. Existe otra reseña estadounidense especialmente mordaz con esta obra póstuma, que se cebó en la falta de fuentes de su autor, y que la censuró con violencia por su diletante atrevimiento intelectual: JEVONS, F. B., “Ihering’s Evolution of the Aryan”, *The Classical Review*, vol. 12, nº 8, November, 1898, pp. 418-419.

<sup>66</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 461.

explican el porqué de ambas acusaciones, y se ha intentado destacar el poco fundamento de éstas. Esto no le exime por completo, pero sí nos impone la obligación de ir más allá del escuálido reproche, que tan sólo arroja la piedra para luego esconder la mano. En cualquier caso, su sincretismo y su extraño método de trabajo siguen planteando dificultades al intérprete. Por ello, como ya se había prometido, conviene elaborar una estrategia de aproximación para abordar su pensamiento.

### **1.3. Estrategia interpretativa: Jhering en el paradigma positivista del siglo XIX**

A tenor de lo analizado, quizá puedan extraerse algunas ideas fundamentales. En primer lugar, se ha dicho que Jhering no es un pensador sistemático, de modo que su pensamiento no puede seguirse como si nos deslizásemos por una superficie tersa. En segundo lugar, se ha adelantado uno de los ejes de este trabajo: el hecho de que en sus ideas confluyeron muchas influencias procedentes de distintos campos de las ciencias y la filosofía. En función de ambos factores, se impone un tipo de lectura holística de su pensamiento, que no puede hacer un recorrido ordenado según los criterios al uso. No cabe analizar sus ideas, por ejemplo, conforme a un itinerario cronológico basado en la fecha de sus obras, ni tampoco puede trazarse una trayectoria sistemática que vaya abordando poco a poco los distintos temas de su acervo. De lo que se trata, bien al contrario, es de efectuar una lectura global, buscando las pretensiones de base, las ideas recurrentes y los hilos conductores que articulan sus intereses.

En este sentido, y pese a todas las críticas que quepa emitir, es menester prepararse para la lectura y no ser muy severos con las incursiones extrajurídicas tan propias del autor. Como ha señalado Franz Wieacker, Jhering nunca fue un pensador “en sí”, sino un jurista pragmático que buscaba una explicación a los interrogantes que le surgían en su contemplación diaria del Derecho, sin parar mientes en los medios utilizados para ello: “apreciar a Jhering significa, para empezar, corregir al propio Jhering, omitir las amalgamas metódicas y las asociaciones de ideas precipitadas, que aquel hombre sensible y deseoso de resultados creía deber al pensamiento “filosófico” de su época; y significa, a continuación, no tanto exponer su teoría, cuanto el hecho que yace en su teoría”<sup>67</sup>. Es decir, que más vale rechazar una lectura demasiado literal, para sumergirse

---

<sup>67</sup> WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, cit., pp. 11-12.

en un texto complejo que debe ser escrutado entre líneas. Un texto que muchas veces sugiere y evoca, pero que no siempre apuntala conclusiones palmarias.

Hay un testimonio de época especialmente interesante a este respecto, que debemos a un joven colega de Jhering, Ernst Immanuel Bekker: “entendernos científicamente el uno al otro es algo que sólo conseguimos después de años, de muchos años. Jhering era alemán del norte, pero su original mezcla de temperamento sanguíneo y colérico no se correspondía con la naturaleza habitual del norteño; la fantasía era más poderosa, el corazón más ardiente [...] Sólo después de haber reconocido su fuerte vena poética, pude entender también al científico. Recopilar, mensurar, ponderar, construir y volver a desmontar con tímida pulcritud, no era propio de su naturaleza; las respuestas debían de dispararse en él como las imágenes del estereoscopio: alzándose violentamente frente a él, con arrebatadora belleza”<sup>68</sup>. En resumidas cuentas, y haciéndonos cargo de la propia experiencia de Bekker, quizá convenga aproximarse a Jhering con una actitud no demasiado analítica, no demasiado severa en cuanto a manías metódicas se refiere, y sí receptiva frente a las sugerencias que nos puedan salir al paso.

Con todo, más allá de cómo conviene leer al alemán, es imprescindible aportar algún criterio rector, alguna guía que nos permita sortear los obstáculos advertidos en el epígrafe anterior. Si hacemos un rápido repaso de lo ya expuesto, nos daremos cuenta de que hay dos elementos que descuellan con especial relieve. *En primer lugar*, la importancia atribuida a la cuestión del *eclecticismo*, es decir, a la pluralidad de fuentes que Jhering manejaba y que llegaron a moldear de forma notable sus ideas sobre el Derecho. Evidentemente, la presente investigación deberá dar cuenta de ello (§a). *En segundo lugar*, siguiendo con la recapitulación, también puede constatarse la relevancia otorgada al *realismo* como la orientación teórica que movió a Jhering en su deriva intelectual (§b). En función de ambas coordenadas, que caracterizan su pensamiento de

---

<sup>68</sup> BEKKER, Ernst Immanuel, “Meine erste Begegnung mit Jhering”, en AA. VV., *Rudolf von Jhering 1852-1868. Briefe und Erinnerungen*, hrsg. von Johannes Biermann, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1907, p. 105. Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) fue uno de los mayores romanistas de la pandectística alemana tras la generación de Puchta y Savigny. Dada su formación fuertemente historicista, se enfrentó con las tendencias dogmático-sistemáticas de estos dos autores, a los que reprochaba su paulatino abandono de la exégesis textual. También a consecuencia de esta formación, se opuso con fiereza al Derecho romano “filosófico” que propugnaba el propio Jhering. Curiosamente, sin embargo, terminaría dedicándole a éste una de sus últimas obras: *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft (Veras y bromas sobre nuestra ciencia)*, cuyo título es una clara alusión al *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Bromas y veras de la ciencia jurídica)*, el famoso libro de Jhering donde éste satirizaba con mordacidad al método formalista de la pandectística. Vid. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, Carlos, “Ernst Immanuel Bekker”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3: Juristas del siglo XIX)*, ed. Por Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 369-372.



forma especialmente relevante, se delineará la estrategia interpretativa que parece más adecuada para entender sus ideas (§c).

#### **a) El eclecticismo: un paradójico imperativo del positivismo de Jhering**

Como ha afirmado José Luis Monereo con elegancia, “Jhering es uno de esos personajes de la literatura jurídica en los que se reúnen, como en un foco luminoso, los dispersos rayos de una época de la humanidad”<sup>69</sup>. La pregunta que hay que hacerse, por lo tanto, pasa por saber de qué época estamos hablando, cuáles son sus peculiaridades y en qué medida el alemán se vio influido por ellas. Si intentamos pasearnos entre bastidores, bajo las líneas de *La lucha por el Derecho* o de *El fin en el Derecho*, quizá podamos descubrir a los actores reales que se enmascaran tras los personajes de sus obras. Podríamos así preguntarnos, más allá de lo que él nos cuenta, cuál es la lucha en la que estaba pensando al elegir un título tan resonante, o cuál era el fin que le rondaba la mente al publicar su obra magna. Se trataría de un intento por entender y contextualizar el pensamiento de un autor al que se le quedó corto el mundo del Derecho. De un autor, por tanto, al que no es posible comprender mediante el estudio aislado de sus maestros y sus continuadores en el ámbito jurídico.

No cabe duda de que es imprescindible conocer a Savigny y a Puchta, entre otros, para entender bien su obra, pues ejercieron una profunda influencia sobre su formación universitaria y sus ideas posteriores<sup>70</sup>. Tampoco cabe desconocer, si queremos hacernos una idea cabal de su importancia, el influjo que él mismo terminaría provocando sobre autores como Philip Heck, Roscoe Pound o tantos otros exponentes de lo que se conoce como antiformalismo jurídico<sup>71</sup>. Mario G. Losano ha expresado muy bien esta doble condición: “de Jhering me fascinaba el *entourage* pandectístico de sus primeras obras y su posterior ruptura metodológica con el pasado, para acompasarse con la modernidad

---

<sup>69</sup> MONEREO PÉREZ, José Luis, “Estudio preliminar: Jhering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico”, en JHERING, Rudolf von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, Comares, Granada, 1998, p. XXIV.

<sup>70</sup> Sobre el papel de Savigny en su formación, vid. el testimonio que escribió con motivo de su muerte: JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny”, en ID., *Gesammelte Aufsätze*, Bd. II, 2. Neudr. der Ausgabe 1882, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-21. Hay trad. española: “Savigny”, en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 32-48.

<sup>71</sup> La repercusión de Jhering sobre el antiformalismo es enorme. Sobre su influencia en Roscoe Pound y el realismo americano, vid. GIULIANI, Alessandro, “Dal positivismo benthamiano al realismo giuridico”, en AA. VV., *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, coord. por Aristide Tanzi, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. 95-113. Sobre su influencia en Philipp Heck y la jurisprudencia de intereses, vid. HECK, Philipp, “Aspetti e problemi della giurisprudenza dei concetti”, en ID., pp. 297-332.

de Europa en la segunda mitad del XIX. Me fascinaba también la multitud efervescente y heterogénea de sus seguidores: desde la jurisprudencia de intereses y el movimiento del Derecho libre hasta los *Critical Legal Studies* norteamericanos y el Derecho alternativo de la Europa continental y de América Latina”<sup>72</sup>.

Sin embargo, por rico y plural que nos parezca este mosaico de ascendientes y herederos, el relato de los juristas que le precedieron y le sucedieron nos lega sólo una pálida imagen de lo que significó su obra. No es el momento de enumerar los nexos que unieron a Jhering, como en una frondosa malla, con los pensadores e intelectuales de su tiempo y del período subsiguiente. Pero baste señalar, a modo de anticipo, las repercusiones que ejerció sobre la sociología jurídica de Max Weber, sobre la primera sociología de Émile Durkheim, sobre el concepto de poder en Friedrich Nietzsche o sobre la filosofía de los valores de Franz Brentano. En cuanto a sus predecesores externos al ámbito jurídico en sentido estricto, baste también anotar, al menos de momento, la valiosa inspiración que pudo encontrar en Montesquieu, en G. W. F. Hegel, en Jeremy Bentham o en Herbert Spencer<sup>73</sup>.

Sobre todo ello habrá ocasión para profundizar. De lo que se trata ahora es de advertir sobre la importancia de entender a Jhering en el amplio marco de la cultura de su tiempo, más allá del círculo del Derecho en el que se le suele representar. Se trata de una obra infiltrada por el ambiente filosófico, científico y político del siglo que le tocó vivir, donde sedimentaron afluentes de toda índole y donde bien vale la pena escarbar con algo de paciencia. Desde luego, no con un compulsivo afán de erudición o de estéril coleccionismo, sino con la convicción de que, tras incardinar su pensamiento en semejante retablo, surgirán elementos de interés para entender la filosofía jurídica contemporánea. Veremos, en concreto, que quizá su pensamiento pueda iluminar alguna de las rencillas que se han sucedido últimamente en torno a la actualidad del positivismo jurídico. Pero para ello, como sostendremos, es imprescindible entender su obra en el marco más amplio del *positivismo filosófico y científico*.

Es justamente la cuestión del positivismo –en sentido lato– la que debe guiar esta investigación. Tanto el problema del *eclecticismo*, como la orientación *realista* que ya

---

<sup>72</sup> LOSANO, Mario G., “Entrevista a Mario Losano”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, nº 28, 2005, p. 387. El mismo Losano ha dedicado algunas páginas a recorrer con detenimiento este amplio campo de influencias. Vid. LOSANO, Mario G., “Introduzione” a JHERING, Rudolf von, *Lo scopo nel diritto*, trad. y ed. de Mario Losano, Einaudi, Torino, 1972, pp. LXIV-LXXXV.

<sup>73</sup> Existe una compleja obra de conjunto, que trata de anudar a Jhering con alguna de las corrientes filosóficas y científicas de su época, si bien reconduciendo todas ellas a los conceptos de voluntad y libertad. Como veremos, muy diferente es la orientación que aquí se adoptará (PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1982).

se han apuntado, encuentran un marco de referencia común en la cultura positivista del siglo XIX. Además, este enfoque no sólo sirve para incardinar y explicar los posicionamientos de la última etapa de Jhering, sino también sus primeras obras. La literatura más común suele ubicarle como un crítico de las corrientes en boga, como el ariete de una concepción anticuada que tuvo la gallardía de atacar. Pero sabemos que Jhering fue un jurista penetrado por el espíritu de su época desde el comienzo de su trayectoria. No es que en un momento dado abriera los ojos y decidiese mirar con ojos receptivos al mundo, sino que siempre lo hizo<sup>74</sup>. Recordemos que ya en el *Espíritu del Derecho romano*, como ha sido señalado, se apuntaba una senda interdisciplinaria por la que fue criticado y en la que más adelante profundizaría.

Así pues, fue el positivismo filosófico y científico de la segunda mitad del siglo XIX –que llegó a constituirse en paradigma epistemológico de prácticamente todas las manifestaciones culturales de la centuria–, la fuerza que transpiraba por los poros de su obra, desde los primeros hasta los últimos escritos<sup>75</sup>. Y fue la propia complejidad de dicho movimiento intelectual, con sus incontables derivadas e implicaciones, lo que dio lugar a que sus ideas nos resulten heterogéneas y contradictorias en algunas ocasiones. Desde la botánica hasta la sociología, pasando por la historia o la filosofía, el paradigma epistemológico positivista se había adueñado de la vida intelectual de aquella Europa. Y el Derecho, pese al aislamiento disciplinar en el que muchas veces se ha visto arrinconado, no podía dejar de sufrir las consecuencias.

De esta plétora de ramificaciones es de donde se deriva el eclecticismo jheringiano. Es paradójico que así sea, porque fue justo a raíz del positivismo cuando se comenzaron a escindir las diversas ciencias del tronco filosófico común, cercenándose así la posibilidad de un trabajo transversal e interdisciplinario. La sociología, la psicología, la historiografía y muchas otras materias, nacieron como disciplinas autónomas a partir de entonces. Fue el positivismo, en efecto, quien desencadenó la especialización intelectual que aún hoy marca nuestra concepción del saber, ya que propugnaba una aplicación rigurosa del método científico y consideraba necesaria una ruptura con el método sintético tradicional. Frente al árbol metafísico cartesiano, del que pendían todos los

---

<sup>74</sup> Como ejemplos paradigmáticos de esta concepción en dos etapas, pueden consultarse las siguientes obras: FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 189-193; RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, trad. de José Medina Echevarría y pról. de Joaquín Almoguera, Editorial Reus, Zaragoza, 2007, pp. 71-73. Según Fassò, que ilustra con especial claridad la brusca caracterización dual, “el Jhering maduro” está “en las antípodas del joven Jhering” (cit., p. 191).

<sup>75</sup> En este sentido, vid. BELVISI, Franz, “La positività del diritto nel primo Jhering”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIII, 2, 2003, pp. 491-518.

frutos del conocimiento como desarrollos orgánicos de una misma idea motriz, ahora se preconizaba la fragmentación de los saberes, pues sólo así podían perfeccionarse y conquistarse nuevas parcelas de verdad al servicio del progreso<sup>76</sup>.

En lo que atañe a la filosofía jurídica, también ésta se constituyó como disciplina específica gracias al advenimiento del positivismo<sup>77</sup>. Sin embargo, al menos en el caso de Jhering, el atropellamiento de los nuevos descubrimientos y saberes, que aparecían por doquier, excitó enormemente su curiosidad y le propulsó a la actitud ecléctica de la que tanto se ha hablado ya. A contracorriente de la dinámica común, y frente a la especialización que iba calando en el resto de disciplinas, el jurista alemán se transformó en un adalid de la interdisciplinariedad como método para el estudio del Derecho: “también en la ciencia funciona la ley de la división del trabajo. Sólo cuando la parte quiere representarse como el todo, cuando el trabajador, que es empleado para un determinado trabajo, no quiere tolerar ningún otro junto a sí o lo mira con desdén, como si lo único valioso fuera lo que él hace, sólo entonces es el momento de volver esta contradicción contra él, la que él mismo ha creado en la ciencia, y recordarle que su trabajo tan sólo es una parte de la obra”<sup>78</sup>.

El error, sin embargo, sería considerar que esta actitud se dio como reacción al positivismo. Muy al contrario, y frente a algunas opiniones que veremos en los capítulos posteriores, en esta tesis se afirmará que Jhering constituye un perfecto modelo de dicho movimiento. Podría afirmarse, incluso, que se trata de un referente especialmente privilegiado para comprender las variadas y plurales manifestaciones que cobró la cultura positivista en el ámbito jurídico. Y es que, como más adelante se intentará mostrar, el iuspositivismo no es una corriente que beba sólo de la tradición jurídica, sino que constituye una variante más de todo un vuelco epistemológico e ideológico que sacudió a la segunda mitad del siglo XIX. Evidentemente, existen ciertas especialidades que justifican hablar de un positivismo particular en el ámbito jurídico, pero sería un error concebirlo al margen del paradigma general en que se inserta.

Lo que ocurre es que, como tal paradigma, el positivismo no implicó una uniformización avasalladora del pensamiento, pues tan sólo vino a definir una serie de líneas maestras de carácter nuclear, sobre las cuales pudieron inscribirse propuestas bien

---

<sup>76</sup> Vid. SIMON, Walter M., *Il positivismo europeo nel XIX secolo*, trad. di Enzo Massari, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 13-80.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 207-258.

<sup>78</sup> JHERING, Rudolf von, *¿Es el Derecho una ciencia?*, trad. y estudio preliminar de F. Fernández Crehuet, Comares, Granada, 2002, p. 77.

diferentes. En este sentido, veremos que también dentro de la cultura iuspositivista se dieron aproximaciones muy diversas al estudio del fenómeno jurídico. Es así como González Vicén llegó a incluir bajo semejante rúbrica a una pléyade de autores que en principio no parecían tener demasiado que ver entre sí: desde el historicismo jurídico de Savigny hasta la teoría general del Derecho de Adolf Merkel, desde el formalismo de Karl Bergbohm hasta el sociologismo de Léon Duguit, o desde el estatalismo de John Austin hasta el pluralismo jurídico de Eugen Ehrlich<sup>79</sup>.

La característica especial de Jhering, y lo que le hace tan atractivo, es que en su obra encontramos casi todos los motivos que nacieron al amparo de este nuevo paradigma. Dado su particular método de trabajo, su talante reacio a la erudición y su apertura natural a una contemplación activa de la realidad, se acercó durante su vida a numerosos dominios del saber, de los que extrajo consecuencias de diverso género a la hora de teorizar sobre el Derecho. Así es como podemos encontrar en él a bastantes de las vertientes en las que llegaría a encarnarse el iuspositivismo. En este sentido, fue un ecléctico radical, pero precisamente por encontrarse en el seno de un nuevo paradigma plural y rico en aportaciones científicas novedosas. Frente a la caracterización común del positivismo jurídico, que a veces se presenta como una corriente de pensamiento más bien roma, unívoca, fría o acartonada, aquí defenderemos que se trata de un nicho capaz de acoger a una enorme pluralidad de manifestaciones.

Así pues, y pese a lo paradójico que pudiera parecer en un principio, el eclecticismo de Jhering sólo se explica si lo entendemos enmarcado en este amplio retablo. He aquí unas palabras de Mario G. Losano referentes a la compatibilidad del positivismo jurídico con el estudio de otras disciplinas, que bien valen para cerrar este epígrafe: “¿pero puede un positivismo jurídico que sea ‘modesto’ (esto es, que no pretenda explicar todos los fenómenos jurídicos) y ‘caritativamente ecléctico’ (es decir, abierto a las aportaciones de otras disciplinas, si éstas se muestran heurísticamente más fructíferas) seguir siendo definido como positivismo jurídico? Yo creo que sí, al menos en el sentido de que participa de un elemento común a los distintos positivismos: la oposición al iusnaturalismo. Obviamente, también éste se concibe de mil maneras. Aquí me limito a subrayar el elemento conceptual que diferencia al positivismo jurídico del iusnaturalismo: para el positivismo jurídico, el Derecho es un producto humano”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., especialmente pp. 53-114.

<sup>80</sup> LOSANO, Mario G., “Entrevista a Mario Losano”, cit., pp. 391-392.

## ***b) El realismo: un congruente imperativo del positivismo de Jhering***

Mientras que podía detectarse una aparente paradoja al plantear el eclecticismo como una consecuencia del positivismo, no sucede lo mismo con el tema que queremos abordar ahora. Y es que el realismo que acompañó a Jhering durante casi toda su vida, sobre el que ya se han avanzado algunas ideas, sí se corresponde de forma bastante congruente con los principios del nuevo lenguaje positivista. No es este el momento de entrar en grandes consideraciones sobre tan complejo movimiento intelectual, pues es algo que reservamos para capítulos posteriores. No obstante, puede decirse que el positivismo se constituyó en un paradigma con consecuencias de gran calado en muy distintos órdenes. Por un lado, se produjo un vuelco radical desde el punto de vista filosófico, con renovaciones absolutas en la ontología y la epistemología tradicionales. Por otro lado, y en estrecho vínculo con estos cambios, también se dieron repercusiones sociales y políticas de notable importancia.

Por lo que respecta a la renovación filosófica, empezaron a cobrar una importancia primordial –casi hasta rozar el fetichismo–, los llamados “hechos positivos”<sup>81</sup>. No es fácil definir el significado exacto de tan ambigua expresión desde la perspectiva actual, porque con el tiempo se ha vaciado de la carga cuasi religiosa que llegó a tener durante el siglo XIX. Se han desvelado así las complejidades que también latían bajo aquella cáscara aparentemente diáfana, se ha puesto en duda la infalibilidad de la ciencia tan incontestada por aquel entonces, y se ha constatado la dificultad de conocer cuáles podrían ser esos misteriosos “hechos positivos”, que tan meridianos habían parecido a primera vista. No obstante todo ello, podría decirse que con semejante expresión se quería proponer un rechazo de la metafísica idealista tradicional. Los hechos positivos, desde esa óptica, no serían otra cosa que los hechos empíricamente cognoscibles.

El empirismo, el naturalismo, el utilitarismo, el pragmatismo... Todas ellas fueron tentativas filosóficas que se afanaban, cada una desde su respectivo ámbito, por construir un conocimiento basado en los datos proporcionados por la realidad, concebida ésta sin trampa ni cartón, como aquello que se ve, se toca y, en suma, como aquello que es tangible y mensurable mediante la observación y la experimentación. La concepción opuesta a esta manera de contemplar el mundo, el idealismo, se había fundamentado sobre la vetusta dualidad entre materia y forma, donde la forma era entendida como el reino de lo visible, como aquello que se representa ante nuestros

---

<sup>81</sup> FASSÓ, Guido, *Storia della filosofia del diritto e dello stato (III)*, cit., p. 154.

sentidos, mientras que la materia se postulaba como un núcleo subyacente y oculto tras el velo ilusorio de las formas perceptibles. Esta materia, desde la perspectiva idealista, constituía el fondo último y verdadero de la realidad, y era el único objeto digno de atención para toda ciencia que quisiese arrogarse con justicia tal vitola<sup>82</sup>.

Desde el punto de vista ontológico, pues, el positivismo descartó la existencia de una hipotética materia latente por debajo de los datos aprehensibles mediante la observación empírica. La realidad pasó a ser tan sólo lo visible. Y desde el punto de vista epistemológico, como corolario del planteamiento anterior, se empezó a predicar un único medio para el conocimiento de las cosas. El idealismo se había aferrado al método especulativo, porque sólo así le era posible aprehender el mundo “real” que se imaginaba por debajo de la esfera de los fenómenos. Pero si este mundo de “esencias” o “sustancias” desaparecía por mor de la nueva ontología positivista, entonces también el método especulativo merecía ser desterrado. A partir de ahora, tan sólo la observación de los fenómenos, considerados en sí mismos, tendría carta de naturaleza como método científico. Todo lo demás se reservaba a un abigarrado haz de formas de conocimiento acientífico, supersticioso o primitivo, entre las que se encontraban la religión, la metafísica y, desde algunos planteamientos radicales, también las llamadas ciencias del espíritu o ciencias humanas<sup>83</sup>.

Pero el positivismo no sólo implicó una modificación de los planteamientos filosóficos y científicos. De hecho, quizá deba dársele bastante mayor importancia a las metamorfosis políticas y sociales que se dieron a su paso. Sería un error pensar que la revolución científica, con el surgimiento y desarrollo de tantas disciplinas de nuevo cuño, tuvo lugar por la mera inquietud de intelectuales afanosos en la búsqueda de la verdad. En realidad, el programa positivista se gestó como un fruto maduro de la revolución industrial y como expediente para promover el cambio social. Es así como el gran referente y promotor del movimiento, August Comte, nunca pensó en su proyecto como en una mera conquista espiritual, sino que tenía en mente un programa político y

---

<sup>82</sup> Esta es la concepción que Karl Popper tildó de esencialista, fundamentándola en una serie de grandes hitos de la historia del pensamiento occidental, entre los que sobresalen Heráclito, Platón, Aristóteles y Hegel. Vid. POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 2002, especialmente pp. 199-267.

<sup>83</sup> Lev Tolstói, por ejemplo, pensaba que las ciencias jurídicas, sociales e históricas, eran en realidad “semiciencias”. Citamos al literato ruso, que no fue ni filósofo ni científico, porque quizá así se muestre mejor cómo el nuevo espíritu llegó a calar en todo el acervo intelectual de la Europa decimonónica. Vid. TOLSTÓI, Lev, *Confesión*, trad. de Marta Rebón, Acantilado, Barcelona, 2008, pp. 49 y ss.

social de amplio calado<sup>84</sup>. Otros representantes característicos de dicha corriente, como el Conde de Saint-Simon o Herbert Spencer, también entendieron que lo fundamental era poner la ciencia al servicio de algún tipo de ingeniería social<sup>85</sup>.

Esto no quiere decir que el positivismo fuera deudor de ideales emancipadores o revolucionarios, pues tanto Comte como Spencer, cada uno desde perspectivas dispares, se situaban en el marco de un pensamiento más bien conservador. Otros, como Saint Simon o el segundo Marx, convirtieron el credo positivista en una guía para la acción de izquierdas. Pero en todos ellos existía el propósito de conducir la teoría hasta el dominio de la praxis. Lejos de concebir la ciencia en *términos veritativos*, ésta pasó a ser evaluable en *términos pragmáticos*. No era ya la *conformidad* con una verdad supraterrrenal o preexistente lo que se buscaba, sino la *utilidad* del conocimiento con vistas al logro de una óptima organización social. Y es que en un contexto de profunda crisis política, social y económica como la que vivía Europa hacia mediados del siglo XIX, el mundo de las ideas no podía quedarse de brazos cruzados, sino que estaba obligado a coadyuvar en la génesis de un nuevo orden, con independencia del signo ideológico que cada autor tuviese en mente para la sociedad futura.

Todo este caldo de ideas tuvo también su reflejo en el Derecho. El positivismo jurídico, frente a lo que se ha señalado en algunas ocasiones, nació de la mano de un contexto político y social en ebullición, que determinó de forma sustancial la aparición de esta corriente en el parné de las ideas jurídicas. El afianzamiento de un mapa europeo basado en el sistema de los Estados-nación, con un control de la fuerza legítima monopolizado en exclusiva por el Estado, la génesis de códigos civiles estables como respuesta a las necesidades del capitalismo económico, y una larga serie de novedades en el orden político y social, desencadenaron el surgimiento del iuspositivismo en el terreno de las ideas. La piedra de toque para este proceso, al igual que sucedió con el positivismo filosófico y científico, fue el derrumbamiento de la metafísica, cuyo equivalente en nuestro campo sería el Derecho natural. Frente a las evanescencias idealistas que anclaban el Derecho en instancias ajenas a lo humano, el iuspositivismo insistió en reclamar para éste la exclusiva paternidad de las normas jurídicas<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Vid. VILLACAÑAS, José Luis, *Historia de la filosofía contemporánea*, Akal, Madrid, 2001, pp. 31-42.

<sup>85</sup> Vid. ROSSI, Pietro, *Positivismo e società industriale*, Loescher Editore, Torino, 1975, pp. 9-38.

<sup>86</sup> No es el momento de profundizar en las conexiones del iuspositivismo con el positivismo filosófico y científico. Por ahora, valga un reenvío a las siguientes fuentes: FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto e dello stato (III)*, cit., pp. 157 y ss; TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del*



Aquí es donde enlazamos con el tema del realismo. Una de las consecuencias fundamentales del giro positivista fue la consideración de que la tarea del científico, del filósofo o del intelectual, consistía en un análisis de la realidad lo más ajustado posible, para efectuar desde ahí cuantas propuestas de reforma, de mejora o de innovación fueran pertinentes. La clave del progreso estaba en una aprehensión correcta de la realidad objetiva, de sus leyes, de sus dinámicas, de sus recovecos más íntimos. Sólo desde esta base podía caminarsse con solidez hacia la transformación social. Es así como se explica la obsesión del Marx maduro por realizar un diagnóstico exhaustivo de los mecanismos de funcionamiento del capital<sup>87</sup>. También es así como se entiende, en otro orden de cosas, el auge de la novela realista durante la segunda mitad del siglo. Y es así como cabe explicar, en fin, la obsesión por escudriñar al Derecho en sus formas de realización efectiva. Sólo comprendiéndolo desde esta perspectiva, y no desde la etérea esfera del *deber ser* o de la *justicia* abstracta, podría promoverse un ideal de cambio.

En este sentido es en el que cabe también entender el realismo de Jhering. Como hemos visto en apartados anteriores, tal fue el apelativo con el que quiso definir su método. Y es que, en línea con lo que acaba de señalarse, la observación atenta de la realidad fue una de las preocupaciones más acuciantes de su vida. No le interesaba tanto la construcción de un sistema de pensamiento cerrado e intocable, cuanto la proposición de una filosofía que pudiese dar cuenta de la realidad hasta en sus pliegues más ocultos. Sin embargo, como ya se ha apuntado, no era un interés estrictamente teórico lo que le motivaba, sino una finalidad pragmática. Explicar la naturaleza y el funcionamiento del Derecho desde un punto de vista realista, fiel a la dinámica efectiva de las instituciones jurídicas y de la vida social en la que aquéllas se insertan, era para él la condición *sine qua non* de una ciencia verdaderamente útil al progreso social<sup>88</sup>.

En aquella Alemania convulsa por guerras que terminarían conduciendo a la unificación nacional, vibrante por el desarrollo industrial y por el auge del capitalismo, la ciencia jurídica no podía permanecer anclada en los viejos esquemas romanistas. Por

---

*Derecho y del Estado: idealismo y positivismo* (tomo 3), Alianza, Madrid, 2004, pp. 173-174; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 48-60.

<sup>87</sup> Nos referimos al Marx de *El Capital*, es decir, al del así llamado “socialismo científico”. Desde que se descubrieron los manuscritos juveniles de Marx, en efecto, es tradicional establecer una divisoria entre dos etapas de su pensamiento: la primera más marcada por la herencia idealista de Hegel, y la segunda inserta en el paradigma científicista del positivismo. Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Introducción” a MARX, Karl, *Manuscritos de economía y filosofía*, trad. e introd. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2003, especialmente pp. 7-26.

<sup>88</sup> Vid. WIEACKER, “Rudolph von Jhering”, en ID., *Gründer und Bewährer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1958, pp. 199-205.

eso, en opinión de Jhering, era menester acompañarse a los tiempos y coadyuvar a la gestación de la nueva sociedad desde su humilde parcela de conocimiento<sup>89</sup>. La aproximación a disciplinas como la sociología, la psicología o las propias ciencias naturales, formaban parte de esta actitud abierta y receptiva. Por eso señalábamos al eclecticismo como un fruto del marco positivista en el que vivió. Ahora, una vez analizado el asunto del realismo a la luz de las novedades e implicaciones del nuevo paradigma, vemos cómo también éste se entiende desde las mismas coordenadas. Así las cosas, puede concluirse que realismo y eclecticismo fueron dos manifestaciones prominentes del pensamiento de Jhering, que pueden y deben comprenderse como dos vertientes del marco positivista en el que aquél tuvo que forjar sus ideas.

### ***c) Estrategia interpretativa: ideología y filosofía en el positivismo de Jhering***

Una vez analizados los dos anteriores aspectos, estamos ya en condiciones de formular la estrategia interpretativa que habrá de guiarnos en lo sucesivo. El eje será la cuestión del positivismo. Conviene advertir que no es esta una tesis de autor en sentido estricto. No se parte de un esbozo biográfico inicial, ni de la contextualización detallada del personaje, con el hipotético objetivo de hacer una especie de presentación en sociedad. Tampoco se propone un análisis pormenorizado de sus ideas o un recorrido exhaustivo por sus obras. Lo que se ha querido hacer, más bien, es una lectura de Jhering desde el prisma que hemos juzgado más destacado en su pensamiento. Por un lado, se ha tenido en cuenta que la óptica elegida fuera la más adecuada para entender al autor en toda su complejidad. Por otro lado, se ha tomado en consideración aquello que más atractivo pudiera resultar para la filosofía jurídica actual. Ambas razones nos han movido a decantarnos por el tema del positivismo jurídico<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Una de las claves sobre las que se abundará, y que ahora sólo podemos mencionar, es la admiración que llegó a sentir el alemán por Bismarck. A su juicio, la tarea de la ciencia debía encomendarse a realizar lo que Bismarck había promovido en el campo de la política. Si la *Realpolitik* había sido el instrumento de éste para lograr erigir a Alemania como nación unificada y como potencia internacional, el realismo era la senda que debía transitarse en el terreno filosófico y científico. Vid. POSCHINGER, Heinrich von, *Bismarck und Jhering. Aufzeichnungen und Briefe*, Verlag von Gebrüder Paetel, Berlin, 1908.

<sup>90</sup> Con respecto al interés del positivismo jurídico en el debate iusfilosófico actual, la bibliografía es extensísima. En cualquier caso, es común aludir a la llamada “crisis del positivismo” como enrucijada de arranque para las actuales orientaciones en el ámbito de la filosofía del Derecho. Vid. FARALLI, Carla, “La filosofía del diritto contemporanea dopo la crisi del positivismo giuridico”, en AA. VV., *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Gianfrancesco Zanetti, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. XIII-XXVII.

Lo que intentará hacerse, por consiguiente, es ver en qué medida fue positivista el pensamiento de Jhering, a través de qué influencias, con qué motivaciones ideológicas y mediante qué manifestaciones externas. Asimismo, se tratará de comprender en qué medida este positivismo ha terminado marcando nuestra actual concepción del Derecho y hasta qué punto puede seguir siendo actual. Una de las ideas latentes a esta investigación es que en Jhering se concitaron casi todas las espigas de los movimientos que llegarían a jalonar el devenir iusfilosófico del siglo XX. En ese sentido puede decirse, como nos advertía González Vicén, que el alemán constituye un hito fundamental para el desarrollo de las ideas jurídicas modernas: aglutinando en su obra toda la panoplia de inquietudes, de presupuestos y de motivos teóricos de sus maestros, se revolvió en el seno de la tradición para penetrar en un zaguán que daba entrada a los grandes problemas de la filosofía jurídica contemporánea<sup>91</sup>.

Sin embargo, al elegir el tema del positivismo como hilo conductor, son necesarias algunas precisiones. Se trata de una corriente compleja, con muchas versiones y con perfiles borrosos, lo cual dificulta una definición unitaria de sus planteamientos<sup>92</sup>. Por eso, no puede abordarse un estudio del positivismo jurídico en Jhering sin antes acotar los aspectos sobre los que se incidirá en particular. Aquí proponemos un estudio basado en dos dimensiones. *En primer lugar*, se estudiarán los fundamentos ideológicos que latían por detrás del positivismo de Jhering. Con ello, se intenta dar cuenta del realismo que hasta ahora hemos visto en la concepción iusfilosófica del autor: en la asunción de una actitud teórica realista influyeron muchos elementos de corte ideológico que le condujeron a decantarse por tal orientación. *En segundo lugar*, se analizarán los fundamentos filosóficos que cabe identificar en la base del positivismo jheringiano. Con ello, se trata de dar respuesta a la problemática del eclecticismo: veremos que en su positivismo se dieron cita numerosas corrientes del mundo de las ciencias naturales, de la filosofía y de las ciencias sociales, que le movieron a asumir ese posicionamiento.

Pese a todo, la estrategia de esta investigación sigue sin quedar del todo definida así. Y es que, además de acotar el ámbito de análisis, hay muchos otros aspectos que deben puntualizarse a la hora de trazar una vía de acercamiento al pensamiento de

---

<sup>91</sup> En opinión del citado González Vicén, este honor debería reservarse conjuntamente a Jhering y a Otto von Gierke: “en el umbral del pensamiento jurídico contemporáneo en su sentido más estricto, con un pie ya en su temática y apuntando a sus problemas, se hallan dos figuras de carácter universal: Rudolf von Jhering y Otto von Gierke (...). Como Savigny, a principios de siglo, también ellos cierran una época y abren otra en los modos del pensar jurídico” (GONZÁLEZ VICÉN, “La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke”, en ID, *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., p. 259).

<sup>92</sup> Vid. SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, introduzione e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1997, pp. 49-60.

nuestro autor. ¿En qué orden deberían tratarse los dos temas señalados? ¿A qué se alude con exactitud cuando hablamos de positivismo? ¿Por qué es lícito encuadrar a Jhering bajo dicha rúbrica y no bajo otras? ¿Qué quieren decir ideología y filosofía en el contexto en el que aquí van a ser manejados ambos conceptos? Se trata de cuestiones que serán abordadas con mayor detalle en lo sucesivo, pero sobre las que merece hacer alguna aclaración desde este mismo instante. A continuación, efectuaremos una serie de consideraciones que intentan definir por completo nuestra estrategia de aproximación a Jhering. Nos servirán, además, como guía para justificar la estructura global de la tesis.

1) La primera consideración tiene que ver con la complejidad de Jhering sobre la que ya se ha abundado. Si hemos elegido el tema del positivismo como eje, es porque estimamos que así debe entenderse su pensamiento. Sin embargo, no es esta una cuestión pacífica en la literatura secundaria. Ya se han adelantado algunos de los epítetos que pululan para definir su posicionamiento filosófico, pero la nómina no se ha agotado, ni se ha profundizado en el porqué de tal abundancia. Se trata de un caso llamativo, porque no son muchos los autores que planteen tantas dudas en cuanto a su filiación teórica. Probablemente, se trata de una consecuencia del puesto de Jhering en la historia del pensamiento jurídico: un jurista a caballo entre dos mundos, que inauguró la manera contemporánea de ver y de pensar el Derecho y que, en consecuencia, se resiste a un encasillamiento diáfano y sencillo. Por todo ello, será necesario hacer una valoración de la recepción de Jhering y de las interpretaciones que se han dado en torno a su pensamiento. Veremos así cuáles son las percepciones más asentadas y cuál puede ser la causa de tanta dispersión. Este es el objetivo del *capítulo segundo*.

2) La segunda consideración tiene que ver con la noción de positivismo que aquí utilizaremos. En las páginas anteriores se ha utilizado de forma un tanto ambigua, ya que no se ha establecido una separación tajante entre el positivismo filosófico –en general– y el positivismo jurídico –en particular–. La ambigüedad ha sido deliberada, puesto que partiremos de la continuidad entre ambos. No obstante, tampoco esto puede darse por sentado, pues se trata de una vieja disputa entre los filósofos del Derecho: ¿es el iuspositivismo una derivada del marco filosófico positivista, o bebe de sus propias fuentes? Si tenemos en cuenta lo dicho sobre el eclecticismo de Jhering, parece obvio que nuestra opción es la primera: el iuspositivismo es la manifestación de un paradigma filosófico y científico que inundó la cultura europea en la segunda mitad del XIX. Al recalar en el Derecho, derrumbó el planteamiento clásico del iusnaturalismo y se constituyó en un marco de pensamiento que sigue definiendo la mentalidad del jurista

contemporáneo. Dada la importancia de este problema, se dedicará el *capítulo tercero* a presentar y justificar dicha opción.

3) La tercera consideración tiene que ver con la ideología subyacente al positivismo de Jhering. Se trata de uno de los pilares de la tesis, puesto que sostendremos que existió una gran influencia de las circunstancias políticas en el hecho de que adoptara esa postura teórica. Hablamos de ideología, pese a su casi nula participación en la política activa, en el sentido más amplio del término<sup>93</sup>: ninguna de sus aportaciones a la filosofía jurídica –desde la teoría de la coacción hasta el imperativismo normativo, desde la teoría del derecho subjetivo hasta su concepción teleológica del Derecho– pueden entenderse sin aludir a los fundamentos políticos y sociales que se hallaban tras la formulación de sus propuestas. La constitución de Alemania como nación unificada, el crecimiento exponencial del Estado como principal factor de progreso social, la admiración hacia la *Realpolitik* del Canciller Bismarck, etc. Todos estos elementos, por citar sólo algunos de los más prominentes, desempeñaron un importante papel en la génesis de las ideas jurídicas de Jhering. Estudiar en qué medida y con qué consecuencias contribuyeron a la asunción de un planteamiento positivista, es a lo que dedicaremos el *capítulo cuarto*.

4) La cuarta consideración tiene que ver con los fundamentos filosóficos del positivismo en Jhering. Es verdad que su formación inicial estuvo bastante huérfana del contacto con la filosofía. Pero también lo es que fue un gran autodidacta: “las fronteras históricas del Derecho romano –nos decía Kelsen– eran demasiado estrechas para su espíritu siempre en búsqueda de una perspectiva universal”<sup>94</sup>. Ese espíritu anhelante de respuestas fue, como ya se ha dicho, el que le condujo a escaparse del estricto marco de la ciencia jurídica. En este sentido, es difícil explicar sus ideas si sólo nos movemos en el círculo autorreferente del Derecho. Paralelamente a lo que se dirá en relación con la génesis del iuspositivismo, también las ideas de Jhering se interpretarán en el marco de las tendencias filosóficas de su tiempo a las que se acercó, y que le movieron a decantarse por dicha corriente. Al hablar de filosofía, y sin perjuicio de las precisiones que se harán en su momento, nos referimos a un gran núcleo de influencias que

---

<sup>93</sup> No ignoramos la complejidad polisémica del concepto de ideología. En su momento se abordarán con mayor detalle los problemas que de ello se derivan, y las soluciones que cabe adoptar para sortearlos. Por ahora, reenviamos a LENK, Kurt, *El concepto de ideología. Comentario crítico y selección sistemática de textos*, 2ª ed., trad. de José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 2000.

<sup>94</sup> KELSEN, Hans, “Rudolf von Jhering in Briefen”, cit., pp. 34-35.

alcanzan también a las ciencias sociales y naturales de su época. El análisis de este complejo retablo se reserva para el *capítulo quinto*.

Estos son los núcleos que articulan este trabajo. Expuesto así el planteamiento general, y avanzados ya los elementos que serán objeto de desarrollo posterior, sólo nos restan dos de los puntos que anunciábamos como contenido de esta introducción. En primer lugar, intentaremos exponer el sentido que puede tener una investigación como ésta en el contexto actual, aunque tengamos que hacerlo con brevedad y aunque aquél sólo pueda entenderse de verdad a medida que avancemos en los temas. De momento, trataremos de justificar el interés que puede revestir hoy, en la cultura iusfilosófica española, ocuparnos de Jhering en las coordenadas que acabamos de exponer. En segundo lugar, teniendo en cuenta el planteamiento señalado y el sentido de nuestro propósito, se establecerán algunos de los fundamentos metodológicos que deben guiar a una empresa como ésta. Particularmente, se señalarán algunas de las características que distinguen a la historia de la filosofía del Derecho, pues tal es el marco epistemológico en el cual se inserta este trabajo.

## 2. SENTIDO DE LA INVESTIGACIÓN

En un libro sobre la teoría del Estado de Dante, que Hans Kelsen escribió a la temprana edad de veinticuatro años, se profería la siguiente exclamación como exordio: “¡Escribir sobre Dante supone tanto como verter agua en el océano! Disponemos de una bibliografía seis veces centenaria en la que todas las naciones cultivadas de la tierra se han afanado en la interpretación de las obras del gran florentino”<sup>95</sup>. Aunque no es posible trazar un paralelismo exacto con nuestro empeño actual, se dan algunas similitudes. Sobre Jhering no hay tanto escrito como sobre Dante, ni han transcurrido tantos años tras su muerte, ni tampoco es comparable en cuanto a importancia histórica. Sin embargo, se trata de un clásico de la filosofía jurídica y, en consecuencia, existen muchas páginas sobre él en este ámbito. Como se ha llegado a sostener, “Jhering fue el jurista más influyente de la segunda mitad del siglo XIX y uno de los más grandes juristas de todos los tiempos”<sup>96</sup>. ¿Cuál puede ser hoy, entonces, el sentido de una investigación sobre su pensamiento?

1) En primer lugar, podría afirmarse que hemos llegado a una especie de canonización de su papel en la historia de las ideas jurídicas. Y esto, pese a tratarse de un proceso natural con consecuencias positivas, también ha acarreado resultados perjudiciales para la comprensión de su pensamiento en profundidad. En el breviario de historia que ha terminado instalándose en la mentalidad del jurista contemporáneo, al alemán se le reservan unos eslóganes determinados, que casi todo el mundo acepta de forma acrítica. De modo que, antes que acudir directamente a su obra para extraer sugerencias con visos de actualidad, se le suele citar de forma mecánica y displicente, sin una verdadera consciencia de su importancia y sin una noción muy fundada de lo que realmente puede ofrecernos hoy. Desde este punto de vista, bien puede merecer la pena una investigación sobre su pensamiento, con el objetivo de proyectar una mirada diferente sobre su significado, su aportación y su posible actualidad.

En su obra sobre los *Maestros alemanes del Derecho público*, decía Sosa Wagner que albergaba el propósito de recuperar a algunos grandes iuspublicistas germanos –a

---

<sup>95</sup> KELSEN, Hans, *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, cit., p. 31.

<sup>96</sup> FRANZ, Günther, “Jhering”, *Biographisches Wörterbuch zur deutschen Geschichte*, tomo II, fundada por Hellmuth Röbber y Günther Franz, 2ª ed. corregida y aumentada por Karl Bosl, Günther Franz y Hans Hubert Hofmann, Francke Verlag, München, 1974.

Gerber, Laband, Jellinek y tantos otros—, “del sarcófago de las notas a pie de página”<sup>97</sup>. De algo parecido se trata en nuestro caso. La figura de Jhering es aplaudida como un hito inapelable en la evolución de la mentalidad jurídica. Su nombre aparece citado en esos “sarcófagos” y se le suelen atribuir una serie de descubrimientos en el desarrollo de nuestras concepciones sobre el Derecho. Sin embargo, todo esto ocurre como si se tratara de una rutina intrascendente, sin sustanciarse una revisión a fondo de su papel y su importancia. En definitiva, se le suele reconocer como a una autoridad petrificada, al igual que sucede con las lenguas muertas. A veces, incluso, se le menciona arrojándole en verdaderas “fosas comunes”, enmarañado entre interminables haces de juristas a los que se hace acreedores de tal o cual contribución. Si ya en los sarcófagos los cadáveres enmohecen y se desfiguran sin remedio, el deterioro es máximo en las fosas comunes: al final resulta imposible distinguir los perfiles de cada rostro.

Así pues, pese al abstracto tributo que se suele rendir a la obra de Jhering, cabe dudar de que exista un conocimiento profundo sobre el significado de sus consecuencias filosóficas. En el capítulo segundo se hará un recorrido por la literatura secundaria, en el que intentarán analizarse las tendencias interpretativas predominantes y la importancia de su obra a escala internacional. Por un lado, a través del repaso de su recepción internacional, se podrá identificar la importancia de su legado en sus respectivos contextos histórico-sociales. Por otro lado, a través de un recorrido por las tendencias hermenéuticas fundamentales de su obra, podrá verse cómo se ha terminado fraguando una visión un tanto academizada de sus ideas. En particular, expondremos que la visión de su pensamiento como un bloque dividido en dos etapas, responde a un planteamiento historiográfico identificable en el tiempo histórico, que ha terminado emborronando algunas de los propósitos originales de su autor.

Todo esto, como decíamos hace un momento, se hace con la intención de lanzar una nueva mirada sobre Jhering. No tanto con el afán de ofrecer una nueva interpretación que pretenda superar a las ya existentes, sino con el más humilde fin de volver a leerlo con espíritu crítico. El hecho de permanecer ocultamente indiferenciado en el panteón de los juristas históricos, sin discutirse su pertenencia a tan selecto club y sin explicar el porqué de dicho galardón, amputa la potencialidad que supone poseer lujosas vitrinas de clásicos. Y es que las galerías de personalidades no sólo están para adornar nuestras estancias —nuestros escritos—, sino para mirarnos en ellas y movernos a

---

<sup>97</sup> SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del Derecho público*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005, pp. 11-12.



una reflexión dialogante con el pasado<sup>98</sup>. Animar a ese diálogo con Jhering, de cuyo pensamiento aún pueden extraerse lecciones para la actual filosofía del Derecho, es uno de los objetivos de esta tesis.

2) En segundo lugar, pueden extrapolarse las anteriores reflexiones al contexto de la filosofía jurídica española. Como ya se ha señalado, el segundo capítulo de esta investigación está dedicado a analizar la repercusión de Jhering en algunos de los países europeos de nuestro entorno más próximo. No es el momento, por lo tanto, de entrar en grandes consideraciones al respecto. Pese a todo, puede adelantarse que la influencia de Jhering en la cultura jurídica española fue bastante pequeña en comparación con los demás países de nuestro continente. La recepción de su obra fue tardía y estuvo mediatizada por una exégesis bastante *sui generis*. En lugar de interpretarlo en el marco del positivismo jurídico que aquí se propone, se llegó a postular una especie de comunión entre sus ideas y el marcado idealismo de la corriente krausista, tan en boga durante la España de finales del siglo XIX<sup>99</sup>. Esta curiosa interpretación obedeció a razones de índole política y social que más adelante precisaremos, y no a una hipotética alucinación intelectual. Sin embargo, la visión un tanto idealista de la filosofía de Jhering, que se destilaba de semejante planteamiento, permaneció instalada durante buena parte de nuestra historia iusfilosófica.

No podemos entrar en pormenores, pues esto es algo sobre lo que se profundizará en el capítulo siguiente. No obstante, puede decirse que el pensamiento de Jhering no encontró en España una acogida que se correspondiera con su importancia histórica y filosófica internacional. La primera recepción de su obra, como acaba de señalarse, estuvo caracterizada por peculiaridades interpretativas que introdujeron una cierta distorsión en su asimilación posterior. Pero es después de su primera recepción cuando constatamos la postergación más clara de su pensamiento. Y es que la larga etapa que transcurre entre los años treinta y los años ochenta del siglo XX, se caracterizó por una gran ausencia de sus ideas en nuestra cultura jurídica. Al margen de algunas alusiones en los manuales y las obras de conjunto especializadas, no puede constatarse ni siquiera una mediana repercusión de su pensamiento en nuestro panorama iusfilosófico<sup>100</sup>. De

---

<sup>98</sup> HUIZINGA, Johann, "Problemas de historia de la cultura", en ID., *El concepto de la historia*, trad. de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 9-83, especialmente pp. 51-71; CALVINO, Italo, *Perché leggere i classici*, cit., pp. 7-15.

<sup>99</sup> Vid. POSADA, Adolfo, "Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Jhering", cit., pp. VII-XXXI.

<sup>100</sup> Vid. GIL CREMADES, Juan José, *El reformismo español. Krausismo, Escuela histórica, Neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 340; ID., "Nota del director", en *Anuario de filosofía del Derecho*, 1987, p.

manera que sólo a partir de las últimas décadas del siglo XX hemos podido asistir a un paulatino proceso de recuperación.

Dentro de este proceso, podrían distinguirse dos facetas. Por un lado, se ha producido una importante labor de reedición de antiguas obras y de publicación de otras inéditas. Por otro lado, puede constatarse la aparición de alguna bibliografía secundaria, aunque no muy extensa, a través de artículos en revistas especializadas. En cuanto al aspecto editorial, se han reeditado las siguientes obras: *La lucha por el Derecho* (1985), *Bromas y veras de la ciencia jurídica* (1987), *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (1998), *El fin en el Derecho* (2000), de nuevo *La lucha por el Derecho* (2008), y la *Prehistoria de los indoeuropeos* (2008). De *La lucha por el Derecho* no existía una edición española desde 1976. De *Bromas y veras de la ciencia jurídica* no teníamos aún una edición íntegra: la única, incompleta, databa de 1933. Del *Espíritu del Derecho romano* no había edición española desde 1909. De *El fin en el Derecho*, ni siquiera existía una edición íntegra en España, pues la versión de Abad de Santillán, primera completa en castellano, fue publicada en México en 1957. Y de la *Prehistoria de los indoeuropeos*, no teníamos una edición desde 1896. Además de la labor de reedición, se han traducido dos pequeños opúsculos hasta ahora inéditos en castellano: *¿Es la jurisprudencia una ciencia?* (2002) y *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* (2008)<sup>101</sup>.

En cuanto a la literatura secundaria, el proceso de recuperación es menos llamativo. Contamos con los estudios preliminares, ya citados, que se han adjuntado a las reediciones y publicaciones señaladas en el párrafo anterior. Además, puede constatarse la aparición de algunos artículos en revistas especializadas, pero la mayoría de ellos

---

222. Se trata de una breve nota introductoria que Gil Cremades redactó, en tanto que director de la revista, como exordio a dos artículos sobre Jhering que se publicaron en dicho número.

<sup>101</sup> He aquí las referencias: *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas y de Luis Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1985 (la ed. de 1976 fue publicada en Doncel con la trad. de Posada y el pról. de Alas). *Bromas y veras de la ciencia jurídica*, trad. de Tomás A. Banzhaf, introd. de José Vallet de Goytisolo, Civitas, Madrid, 1987 (la ed. de 1933 fue publicada en la Editorial Revista de Derecho Privado con trad. de Román Rianza). *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, estudio de José Luis Monereo, Comares, Granada, 1998 (la ed. de 1909 fue publicada con la misma trad. en la Editorial de D. Carlos Bailly-Bailuere). *El fin en el Derecho*, trad. de Diego Abad de Santillán, Comares, Granada, 2000 (la ed. de 1957 fue publicada en Cajica, México, con la misma trad.). *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas y estudio de José Luis Monereo, Comares, Granada, 2008 (nueva edición a la que se adjunta un pequeño estudio). *Prehistoria de los indoeuropeos*, trad. y estudio de Adolfo Posada, Comares, Granada, 2008 (la ed. de 1896 fue publicada por la Librería de Victoriano Suárez con la misma trad.). *¿Es el Derecho una ciencia?*, trad. y estudio de Federico Fernández Crehuet, Comares, Granada, 2002. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. e introd. de Federico Fernández Crehuet, Trotta, Madrid, 2008.

entre los años 1987 y 2000<sup>102</sup>. La razón de esto, con mucha seguridad, tiene que ver con dos factores. En primer lugar, hay algunos artículos coincidentes con el reinicio de la tarea de edición de Jhering en lengua castellana. En segundo lugar, puede comprobarse que otro sector de los artículos coincide *grosso modo* con la fecha clave de 1992, año en el que se conmemoró el 150 aniversario del nacimiento de Jhering, y que dio origen a la proliferación de numerosos escritos de homenaje en lengua alemana. Un pálido reflejo de este resurgir es lo que puede comprobarse en la literatura española aparecida alrededor de dicha efeméride. Con todo, la producción de bibliografía secundaria sigue siendo notablemente magra en la filosofía jurídica española. Ni en el nivel de la literatura especializada, ni en los grandes manuales de filosofía y teoría del Derecho, se suele prestar demasiada atención a las contribuciones de Rudolf von Jhering.

Así las cosas, seguimos sin contar con una monografía sobre Jhering en lengua española. Por otra parte, apenas se han dedicado tesis doctorales al estudio de su pensamiento. Existe una muy antigua, de muy pocas páginas y redactada a mano, que data de 1906 y que no ofrece ningún planteamiento crítico: se trata, más bien, de un breve resumen de las posiciones principales del jurista alemán<sup>103</sup>. Por lo que hasta ahora hemos podido indagar, sólo se han leído dos tesis doctorales más que versen sobre su pensamiento. Una de ellas data de 1943 y la otra de 1979. La primera se caracteriza por una vocación comprensiva, mientras que la segunda se centra en los conceptos de voluntad e interés. Esta última, además, plagia a su homóloga de 1943 en un alto número de páginas<sup>104</sup>. He aquí otro de los motivos que alientan a esta investigación. Ante una ausencia tan llamativa de obras o investigaciones sobre una personalidad tan

---

<sup>102</sup> Deben citarse dos artículos de 1987 publicados en el *Anuario de Filosofía del Derecho*: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico”, pp. 223-248; y RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>, “Rudolf von Ihering”, pp. 249-270. Por otra parte, pueden señalarse los siguientes: ITURMENDI MORALES, José, “Acerca de Rudolf von Jhering (1818-1892) y el sistema de los juristas romanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n<sup>o</sup> 11, 1993, pp. 415-480; MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “Si ha muerto Ihering, vive en sus obras. Apostillas a un centenario”, *Seminarios complutenses de Derecho romano*, IV, Fundación Ursicino Álvarez, Madrid, 1992, pp. 11-47; RUIZ RESA, Josefa Dolores, “El concepto de interés en Jhering”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3, 2000, pp. 435-453; VILLAPALOS SALAS, Gustavo, “El paraíso de los conceptos jurídicos de Rudolf von Ihering”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, época II, n<sup>o</sup> XXVI, 1993.

<sup>103</sup> URBANO GUERRERO, José, *El sistema jurídico de Ihering. Memoria reglamentaria en el Grado de Doctor*, sin publicar ni mecanografiar. Consultada en la Unidad de Tesis Doctorales de la Universidad Complutense. En el tribunal de la tesis se encontraban los señores Azcárate, Aramburu, Vadillo, M. Peña y J. G<sup>a</sup> Herreros, cuyas firmas figuran en el manuscrito. El primero fue uno de los intelectuales krausistas más importantes del siglo XIX español. El segundo fue catedrático de Derecho penal y Rector durante muchos años en la Universidad de Oviedo. De los otros tres no ha podido recabarse información.

<sup>104</sup> Vid. AYALA Y DELGADO, Francisco Javier de, *Rudolf von Ihering, filósofo del derecho*, Tesis Doctoral leída en la Universidad Central de Madrid, 1943; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ MOREDA, Luis, *La filosofía jurídica de Ihering: reflexiones a propósito de la voluntad y el interés en el derecho*, Tesis Doctoral leída en la Universidad del País Vasco, 1979.

prominente en el campo de la filosofía del Derecho, parece razonable plantearse una tesis monográfica sobre su importancia en lengua española.

3) Hasta ahora, se han señalado dos motivos por los que la presente investigación puede tener algún sentido. Si nos fijamos bien, ambas eran razones de tipo más bien historiográfico. Por un lado, decíamos, se ha llegado a una especie de canonización de su pensamiento, que reclama una revisión crítica de semejante proceso. Por otro lado, y ciñéndonos al estricto ámbito de la historiografía iusfilosófica española, constatábamos una significativa ausencia de contribuciones al respecto. Desde estos dos puntos de vista, nuestro propósito se circunscribiría al campo disciplinar de la historia de las ideas jurídicas. Se trataría de ofrecer nuevos planteamientos interpretativos, desde el primer enfoque, o de colmar una importante laguna bibliográfica, desde el segundo enfoque. Sin embargo, no sólo por motivos historiográficos puede defenderse el interés de esta investigación. Existen razones filosóficas que justifican la oportunidad de este trabajo, y que desarrollaremos con brevedad a continuación.

Ya hemos adelantado que el pensamiento de Jhering puede servir como hito para deslindar dos épocas en el desarrollo de las ideas sobre el Derecho. Aunque aún no se ha profundizado lo suficiente en esto, podría afirmarse que su obra constituye la plataforma de salida de casi todas las propuestas teóricas que salpicaron el siglo XX. Esto vale, en especial, para todos los empeños filosóficos de la primera mitad del siglo, aunque también cabría rastrear su influencia en buena parte de la segunda mitad. Antonio Pérez Luño, en sus *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, se refiere al jurista alemán en uno de los primeros capítulos de su exposición histórica, ubicándolo como la piedra angular del gran viraje que dio inicio a la reflexión iusfilosófica de la centuria: la rebelión contra el formalismo jurídico<sup>105</sup>. Dentro de esta genérica categoría, a su vez, Pérez Luño alude a tres orientaciones diversas: las doctrinas institucionalistas, las realistas y las sociológicas.

Si nos paramos un momento a analizar esas tendencias, nos daremos cuenta de que se trata de tres núcleos de ideas que aglutinan movimientos muy diversos. Las *doctrinas institucionalistas* surgieron como alternativa a los excesos del *normativismo*: antes que norma aislada, los preceptos jurídicos son haces de normas organizados en instituciones, que conectan a su vez con las corporaciones y los grupos sociales que laten por detrás

---

<sup>105</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, 5ª ed. a cargo de Rafael González-Tablas y Fernando Llano, Tébar, Sevilla, 2007, pp. 23-29.

de cada sector del ordenamiento<sup>106</sup>. Las *teorías realistas* nacieron frente al *legalismo* exacerbado: no son los códigos escritos los que determinan el Derecho, sino los hechos sociales subyacentes. La decisión personal de un juez, el clima político del momento, la mayor o menor voracidad de fiscales y abogados... Las *doctrinas sociológicas*, por último, surgieron como reacción frente al *método dogmático* tradicional. En contra del unilateralismo epistemológico de la ciencia jurídica hasta aquel entonces, estas corrientes plantearon una nueva senda de investigación: además de estudiar los preceptos jurídicos conforme al método lógico –con vistas a lograr interpretaciones tendentes a la coherencia y la plenitud del ordenamiento– cabía la posibilidad de analizar el desenvolvimiento de dichos preceptos en el seno de la vida social.

En el fondo, todas estas son orientaciones que acentuaban la dimensión social del Derecho. Si escarbamos bajo cada una de esas rúbricas, podemos descubrir doctrinas muy diversas, cuyo denominador común no es otro que su pretensión de entender el fenómeno jurídico desde un prisma sociológico. Y esto, que hoy parece formar parte de un acervo innato del jurista, no es sino el fruto de un enorme cambio de paradigma con fecha de nacimiento. La “sociologización” del pensamiento jurídico, en efecto, abrió las puertas a una nueva manera de entender el Derecho a partir del siglo XX<sup>107</sup>. Entre muchos otros, podemos citar algunos de los movimientos que más contribuyeron a dar este viraje: el pluralismo jurídico de Eugen Ehrlich, la escuela del Derecho libre de Kantorowicz, el institucionalismo de Maurice Hauriou o Santi Romano, la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound en Norteamérica o de Serguei Murončev en Rusia, o el realismo jurídico en sus variantes estadounidense y escandinava.

En todos esos casos, de lo que se trataba era de derribar, de diverso modo y con diferente intensidad, alguna de las características de la mentalidad jurídica formalista: *normativismo*, *legalismo* y *método dogmático*<sup>108</sup>. Pues bien, todas las escuelas citadas en el párrafo anterior bebieron de las enseñanzas de Jhering. Algunas reconocieron de

---

<sup>106</sup> HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, trad. de Isabel Soler y Concepción Valera, ed. al cuidado de Antonio Serrano González, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 214 y ss.

<sup>107</sup> Para el concepto de “sociologización” del pensamiento jurídico vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Sociología del derecho*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 25-28. Se trata de un concepto muy útil para distinguir la sociología jurídica *stricto sensu*, de lo que no es más que filosofía del Derecho con una cierta sensibilidad sociológica. La aparición de este tipo de pensamiento jurídico fue una condición previa para la gestación de la sociología jurídica como disciplina, pero sería incorrecto confundir ambas cosas.

<sup>108</sup> El formalismo es una orientación de pensamiento compleja y con manifestaciones muy plurales. En realidad, no toda concepción formalista tiene que cumplir los requisitos de *normativismo*, *legalismo* y *método dogmático*. No obstante, todas las teorías formalistas se han agarrado a una u otra de estas tres tendencias. Para mayor profundidad y desarrollo, vid. BOBBIO, Norberto, “Formalismo giuridico”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 79-100.

manera expresa su inspiración, como hicieron Kantorowicz o Pound<sup>109</sup>, mientras que otras lo asumieron sin demasiada consciencia de su ascendencia intelectual. Pero en todas puede rastrearse la huella de ideas o sugerencias apuntadas por primera vez por el alemán. De cualquier manera, podría decirse que el antiformalismo fue el pistoletazo de salida para la reflexión contemporánea sobre el Derecho<sup>110</sup>. No es que todas las aportaciones del siglo estuvieran volcadas hacia una visión sociológica del Derecho, pero la gran mayoría participaron de un común rechazo hacia el formalismo exacerbado. En ese sentido, también las propuestas que propugnan un “retorno a los valores”<sup>111</sup> –de Gustav Radbruch en adelante–, son herederas de Jhering aun sin pretenderlo de manera expresa.

A la vista de lo que acaba de decirse, investigar sobre la figura de Jhering puede ser interesante y justifica el sentido de esta investigación. En los albores del siglo XXI, parece que sería el momento pertinente para llevar a cabo una evaluación de todo un siglo de reflexión iusfilosófica. En semejante tarea, podría ser oportuno remitirse a uno de los hitos que señalaron el comienzo de esa época. Es en este sentido en el que debe entenderse esta tesis. En un momento en el que aún no sabemos, al menos con exactitud, por qué derroteros habrá de conducirnos el pensamiento jurídico de la nueva centuria, no está de más repasar los frutos de la anterior. Sólo así podrá discernirse cuál es la línea que nos ha conducido hasta donde estamos y los senderos que parten hacia el futuro. Para hacer esto, antes que perderse en los sucesivos recodos del camino, conviene buscar la encrucijada que dio origen a la ruta principal. Pues bien, esto es lo que fue Jhering: un hombre que supo captar su tiempo y los grandes trazos del venidero, alguien que vivió, por lo tanto, en medio de un cruce de caminos.

4) El último de los motivos que queremos traer a colación, también tiene que ver con la potencialidad filosófica de esta tesis. Acabamos de decir que Jhering se sitúa en el quicio de dos épocas y que es un referente privilegiado para entender la sustancia de nuestras actuales concepciones sobre el Derecho. Pero además, y en función de los lineamientos de la investigación propuestos, puede suponer un autor muy interesante para entender una de las cuestiones más debatidas en la actual filosofía jurídica. Si

---

<sup>109</sup> KANTOROWICZ, Hermann, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1925, pp. 38-39; POUND, Roscoe, “The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 1931, pp. 697-711.

<sup>110</sup> TANZI, Aristide, “Introduzione. Voci dell’antiformalismo giuridico”, en AA. VV., *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, a cura di Aristide Tanzi, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999, pp. XIII-XXXVI, especialmente XIII-XV y XXVII-XXXII.

<sup>111</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, cit., p. 73 y ss.

echamos un vistazo a las últimas contribuciones, veremos que uno de los principales caballos de batalla tiene que ver con el problema del positivismo jurídico. ¿Ha terminado la época del positivismo? ¿Son tan exiguas las potencialidades de esta corriente que ha sido superada tras el advenimiento de las constituciones modernas? ¿Se puede seguir siendo positivista en la actualidad? Todos estos interrogantes, y otros parecidos, marcan buena parte de la discusión iusfilosófica actual<sup>112</sup>.

En ese sentido es en el que hemos propuesto esta investigación. Podríamos haber planteado una tesis sobre la figura de Jhering desde un punto de vista comprensivo. Podríamos haber elegido el tema de la sociología jurídica, o el concepto de poder y coacción, o tantos otros posibles, como ejes fundamentales de la tesis. En suma, podríamos haber tomado una gran cantidad de temas como hilo conductor. Sin embargo, hemos preferido el problema del positivismo, por cuanto se trata de uno de los principales asuntos de debate en el contexto actual. Jhering, también desde esta perspectiva, resulta un autor fundamental. Tanto en la primera como en la segunda etapa de su obra, pese a los grandes cambios que se dieron entre una y otra, se mantuvo en coordenadas positivistas. Desde este punto de vista, constituye una figura privilegiada para comprender las plurales manifestaciones por las que transitó esta corriente, su carácter no monolítico y la problemática de la disputa actual.

No es fácil decir cuándo se inició el positivismo como corriente de pensamiento en el ámbito jurídico. Algunos pretenden retrotraerla hasta Thomas Hobbes, cosa que ha sido y sigue siendo harto discutida entre los estudiosos. Algunos señalan el origen de esta teoría en las aportaciones de la escuela histórica del Derecho<sup>113</sup>, mientras que otros consideran que esta última no dejaba de pertenecer al iusnaturalismo en sentido lato<sup>114</sup>. Otros, en fin, subrayan el carácter definitivamente procesual de esta génesis<sup>115</sup>. Lo que todo esto revela, al menos en principio, es que no pueden establecerse contornos nítidos sobre cuándo, cómo y por qué nació el positivismo jurídico. Por eso el estudio de

---

<sup>112</sup> Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 73-105. POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 5-42 y 125-182; SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 91 y ss.

<sup>113</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 36 y ss.

<sup>114</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Esbozo de una sociología del derecho natural", en *Revista de estudios políticos*, n° 44, 1949, p. 18. KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 4ª ed., C. H. Beck, München-Berlin, 1966, pp. 275 y ss.

<sup>115</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "Del Derecho Natural al Positivismo Jurídico", en ID., *De Kant a Marx*, cit., pp. 204-229.

Jhering resulta especialmente atractivo, porque bebió de una de las fuentes de dicha corriente, la escuela histórica, pero se dejó contaminar por otras fuentes como la del positivismo filosófico y científico predominante durante su época. Así las cosas, su obra resulta ser un apoyo perfecto para entender la complejidad de dicha corriente, con todas sus variantes, sus defectos y sus potencialidades.

En la actualidad, se ha producido un gran debate en torno a la naturaleza y los postulados del positivismo como teoría del Derecho. No es el momento de reseñar las etapas de esta polémica, pero en cierto modo se trata de una batalla por la salvaguarda de la pureza científica. La emergencia de modalidades divergentes como las del positivismo incluyente y excluyente, de versiones éticas, corregidas, sofisticadas o presuntivas del positivismo, han ampliado el elenco de posibilidades teóricas hasta límites insospechados, generando así una logomaquia difícil de comprender en ocasiones<sup>116</sup>. En este contexto, se ha producido un debate en el que algunas “facciones” pretenden negar carta de naturaleza positivista a sus adversarias, a la vez que un nutrido sector de autores se considera ya fuera de dicho marco de pensamiento. En esta guerra de etiquetas, y lanzando una mirada revisionista hacia el pasado, algunos han llegado incluso a negar que la filosofía de Jhering pueda ser considerada positivista<sup>117</sup>.

Desde este punto de vista, también juzgamos que la presente investigación puede tener algún sentido. Si la discusión actual pasa por saber hasta qué punto cabe seguir manteniendo incólumes los postulados del positivismo, puede venir bien mirar a uno de los pilares históricos de su formación como corriente. En Jhering se dan cita varios de los aspectos que confluyeron en el surgimiento de ésta. Así pues, y trasladando sus puntos de vista hasta la discusión actual, podría proponerse una manera novedosa de encarar las preguntas que circulan en el debate contemporáneo. En particular, como intentará justificarse, esta mirada nos puede ayudar a relativizar posturas, por un lado, y también a repensar la naturaleza del positivismo como teoría. Antes que tratarse de una orientación bien definida, con tesis concretas y delimitadas, estamos ante un paradigma

---

<sup>116</sup> Vid. ESCUDERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 150-198.

<sup>117</sup> DREIER, Ralf, “Jherings Rechtsstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrends, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 111-129; ID., “Jhering als Rechtstheoretiker”, en AA. VV., *Rechtsnorm und Rechtswissenschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, hrsg. von A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright und D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 233-245. En el mismo sentido se han pronunciado otros autores, como por ejemplo SUMMERS, Robert S., “Ralf Dreier, Rudolf von Jhering and Non-Positivism”, en AA. VV., *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, hrsg. von Robert Alexy, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 127-140.



complejo con muchas posibilidades, con perfiles difusos y poco sujeto a una definición analítica como la que a veces se intenta ofrecer. En el crisol de tendencias que fue la obra de Jhering, podrá verse cómo el positivismo abarcó diferentes manifestaciones.

También pensando en el debate contemporáneo es como se han elegido los ejes de la investigación: los fundamentos *ideológicos* y *filosóficos* del positivismo en Jhering. En primer lugar, porque uno de los principales caballos de batalla actuales tiene que ver con la naturaleza ideológica o meramente descriptiva del positivismo. ¿Conlleva éste planteamientos ideológicos, o sólo se afana por dar una definición del Derecho lo más neutral posible<sup>118</sup>? En segundo lugar, porque también se ha producido un debate en torno a la naturaleza y los orígenes del positivismo. Hay quien considera que es una corriente surgida al amparo de determinadas coordenadas filosófico-científicas, y quien piensa que sus fuentes se encuentran sólo en el mundo del Derecho. Por otra parte, y en relación con la hipotética superación del positivismo –planteada por algunas tendencias actuales– se ha intentado reubicar la filosofía del Derecho en el seno de la razón práctica. Si la filosofía jurídica nació como fruto del positivismo, escindiéndose así del tronco de la filosofía moral en la que siempre se había visto subsumida –nos vienen a decir–, es hora de volver a situarla en el seno del árbol filosófico general<sup>119</sup>.

Desde ambos puntos de vista, por consiguiente, se pueden afrontar algunas cuestiones del debate contemporáneo. Esto no quiere decir que nuestra tesis vaya a versar sobre estos asuntos: tan sólo se pretendía justificar la oportunidad del tema elegido y del planteamiento adoptado para abordarlo. Si aquí no podrán hacerse grandes consideraciones con respecto a los pormenores del debate actual, sí podrán ofrecerse algunos senderos críticos por los que adentrarse en semejante polémica. De lo que se trata, en definitiva, es de mirar hacia las cuestiones iusfilosóficas presentes con el pertrecho que nos facilita la historia de un gran clásico del pensamiento jurídico. De un clásico, además, que puede considerarse uno de los padres de la concepción positivista del Derecho. A veces, los atolladeros del presente pueden sortearse con un regreso al punto de partida: volviendo sobre el camino y observando con atención los baches y recovecos del recorrido, pueden detectarse los posibles errores cometidos.

---

<sup>118</sup> Vid. SCARPELLI, Uberto, *Che cos'è il positivismo giuridico?* [1965], introd. e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 15-49. Vid. también JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, pról. de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 85 y ss.

<sup>119</sup> Como representante de estas posiciones, vid. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, n° 5, 1988, pp. 139-151; para una exposición sucinta del concepto “rehabilitación de la razón práctica”, vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, en *Doxa*, n° 12, 1992, pp. 313-323.

Hasta aquí, se han analizado cuatro aspectos fundamentales por los que hemos elegido esta investigación. Se trataba de justificar el porqué de un estudio sobre Jhering y el porqué de la orientación que se ha delineado en los dos primeros epígrafes. No es que con esto queden cerradas las potencialidades de este estudio, pues esto es algo que se irá viendo poco a poco. Más bien pretendía darse una justificación de intenciones imprescindible a la hora de enfrentarse con todo trabajo científico. A continuación, y en función de lo visto hasta ahora, deben exponerse algunos fundamentos epistemológicos y metodológicos del trabajo. El planteamiento temático ya se ha ofrecido en el primer epígrafe, pero nos resta ubicar este trabajo en un marco epistemológico adecuado, ya que sólo así pueden entenderse por completo algunas de las pretensiones que acaban de señalarse en este epígrafe. Al hacer un trabajo de historia de la filosofía, como en el fondo es éste, esto es algo de lo que nunca se puede prescindir.

### 3. MARCO EPISTEMOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

Existen muchas formas de clasificar el amplio abanico de tendencias que coexisten dentro de la filosofía del Derecho. Una de las que más fortuna ha causado es la que ofreció Norberto Bobbio en un trabajo ya clásico en la materia. Según éste, son tres las ramas que dotan de contenido a la disciplina: la teoría del Derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. La primera se ocuparía de determinar el concepto de Derecho: las diferencias entre éste y la moral, el concepto de norma o la noción de ordenamiento jurídico, son algunas de las preguntas que laten bajo esta rúbrica. La segunda vertiente, la teoría de la justicia, tendría la misión de determinar el *deber ser* del Derecho. Al contrario que en el caso anterior, no se trataría de dar un concepto descriptivo del Derecho, sino de ofrecer planteamientos prescriptivos para hacerlo más justo. La tercera perspectiva, la teoría de la ciencia jurídica, tendría como objeto el estudio de los procedimientos intelectuales que emplean los juristas para manejar el complejo universo normativo que se ven en la necesidad de aplicar<sup>120</sup>.

Por hacer una síntesis de lo que sugiere esta tripartición, podría decirse que la teoría del Derecho se ocupa del aspecto *ontológico* (cómo *es* el Derecho), la teoría de la justicia del problema *deontológico* o *axiológico* (cómo *debe ser* el Derecho) y la teoría de la ciencia jurídica de la cuestión *epistemológica* (cómo *se conoce* el Derecho). A estos tres asuntos principales, Bobbio añadió en otra ocasión un cuarto enfoque, que él mismo denominaba *fenomenológico* (cómo *se manifiesta* el Derecho). Del estudio de esto se encargaría la sociología jurídica, una disciplina ya especializada respecto de la matriz filosófica original de donde surgió<sup>121</sup>. Así pues, y aunando ambas clasificaciones, el mapa de la filosofía jurídica quedaría dividido sólo en las tres primeras partes citadas. De manera que, desde este punto de vista, la historia del pensamiento jurídico quedaría fuera del mapa epistemológico de la filosofía del Derecho.

Ante los problemas que planteaba semejante conclusión, y desde una diferente concepción de lo que debía ser la filosofía jurídica, Antonio-Enrique Pérez Luño sugirió añadir una última dimensión al esquema anterior. Mientras que las primeras se movían en un plano sincrónico, el cuarto enfoque propuesto por dicho autor consistía en

---

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 37-51.

<sup>121</sup> BOBBIO, Norberto, “La filosofia del diritto e i suoi problemi”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 53-73. Sobre todo ello vid. DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, pp. 245 y ss.

introducir la perspectiva diacrónica. Desde este punto de vista, la filosofía del Derecho no debería estar sólo compuesta por una teoría abstracta sobre lo que es o dejan de ser el Derecho, la justicia o la ciencia jurídica. Dado que todas estas cuestiones evolucionan y adoptan formas bien diversas en el tiempo, no sería posible aportar un concepto unitario respecto de todas ellas. Antes bien, de lo que se trataría es de intentar pensarlas en su historicidad, asumiendo que estarán siempre sujetas a transformaciones y tratando de plantear una filosofía humilde, que no pretenda definiciones categóricas y atemporales, sino que sepa hacerse cargo de semejante constatación<sup>122</sup>.

El presente trabajo se encuadraría bajo esta última rúbrica: la historia del pensamiento jurídico. Se trata de un tipo de aproximación al Derecho que reviste una importancia central para entender y reflexionar sobre los problemas actuales de la filosofía jurídica, pero que no siempre ha sido debidamente comprendida y apreciada. Criticada en tanto que saber vacío de perspectivas para el presente, en tanto que divertimento inútil para dar respuesta a los problemas de la actualidad, en tanto que conocimiento ajeno a las preguntas contemporáneas, su función y su estatus epistemológico suelen ser objeto de frecuentes controversias. El propio Norberto Bobbio, con la clasificación que acaba de citarse, no parecía dar cabida a este saber como parte de la filosofía del Derecho. Todo lo más, desde su punto de vista, podría considerarse como una herramienta auxiliar sin sustancia disciplinar propia<sup>123</sup>.

Dada la importancia de este debate para nuestro trabajo, hemos juzgado oportuno hacer algunas observaciones al respecto. Las consideraciones que siguen a continuación tratan de pensar sobre estos problemas, con el objetivo de precisar el valor de la historia de las ideas jurídicas y el modo en el que aquí se entiende. Se trata de situar la investigación sobre Jhering en un marco epistemológico adecuado, que no sólo nos sirva para caracterizar el pensamiento de un autor, sino también para reflexionar sobre las cuestiones que hoy se debaten en la filosofía jurídica. Para ello, en primer lugar, plantaremos una breve reflexión sobre los entrecruzamientos entre filosofía e historia (§3.1). En segundo lugar, se trasladarán estas consideraciones al ámbito de la filosofía jurídica (§3.2). En tercer lugar, y concretando más, señalaremos cómo se relacionan la historia y la filosofía en nuestro modo de entender la investigación (§3.3).

---

<sup>122</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 6ª ed., con la colaboración de Carlos Alarcón, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 43-45.

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione de la filosofia del diritto”, cit., p. 49.

### 3.1. Las relaciones entre filosofía e historia

Las relaciones entre filosofía e historia se cuentan entre las más escurridizas, mudables y conflictivas de la historia de la cultura<sup>124</sup>. Para algunos, la historia vendría a ser una herramienta del quehacer filosófico, más o menos prescindible y más o menos útil según los casos; para otros, desde la perspectiva opuesta, la filosofía pasaría a ser uno de los instrumentos del conocimiento y el estudio de la historia, una especie de armazón metodológico que se emplearía para poder desarrollar con crítica y finura la labor de investigación sobre el pasado. Desde ambos puntos de vista se practica un cierto reduccionismo: o bien la historia se subsume en la filosofía, o bien la filosofía queda encerrada en la historia. Aun a riesgo de simplificar en exceso, el primer punto de vista se correspondería con un modelo de pensamiento *racionalista*, mientras que el segundo tiene que ver con un modo de pensar *historicista*.

Para algunos historiadores, en otro orden de cosas, la filosofía no sería más que una disciplina voluble y vaporosa cultivada por un tipo particular de diletante intelectual, inexplicablemente entregado a construir teorías abstrusas, e incapaz de ubicarse con sensatez en el mundo de los documentos y las cosas tangibles. Desde el otro polo, para algunos filósofos la historia no sería más que un saber plebeyo, necesario pero mediocre, que consiste en escarbar y exponer los hechos pretéritos con la compulsión del erudito y con el celo del taxonomista<sup>125</sup>. Dentro de este abanico de posibilidades, naturalmente, no faltan las voces intermedias, aquellas que apelan a una suerte de comunión epistemológica y que subrayan la necesidad de colaboración recíproca. Según estas tesis, que a su vez encierran una gran variedad de posiciones, ambos conocimientos se necesitarían entre sí de forma más o menos paritaria<sup>126</sup>.

La polémica, que acabamos de bosquejar de modo un tanto caricaturesco, no es en absoluto pacífica, ni puede despacharse con facilidad en pocas líneas. Por el tenor de lo dicho, quizá cabe pensar que sólo se trata de pueriles rencillas académicas o de pruritos gremiales ajenos a una oposición fundada. Pero nada hay más lejos de la realidad. Y es que, más bien, se trata de una tensa relación que entronca desde la raíz con las bases del

---

<sup>124</sup> Vid. HUIZINGA, Johann, *El concepto de la historia*, cit., pp. 9-97.

<sup>125</sup> Vid. ORTEGA Y GASSET, José, “La filosofía de la historia de Hegel y la historiología”, en HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de José Gaos, Alianza, Madrid, 2001, pp. 15-32, especialmente pp. 17-23.

<sup>126</sup> Sobre todo ello vid. PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio, “Introducción”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XV y XVI*, pp. 1-12.

conocimiento filosófico y con la intrincada problemática epistemológica de las ciencias sociales<sup>127</sup>. Desde luego, no se trata de introducirnos ahora en un laberinto de tamaña magnitud, pero sí conviene apuntar algunas observaciones preliminares, por cuanto afectan de lleno a la naturaleza de esta tesis.

La contradicción entre ambos términos trae causa de una clásica y manida atribución de papeles, que aún sigue funcionando como lugar común en la mentalidad de muchos científicos sociales<sup>128</sup>. Según ésta, a la filosofía le competiría estudiar los problemas intemporales, las cuestiones que afectan de modo universal al ser humano, pero sin detenerse en tiempo ni lugar concreto. Si así lo hiciera, no estaría sino corrompiendo y distorsionando la universalidad de la respuesta, inutilizándola como tal aportación filosófica. Habida cuenta de semejante planteamiento, la tarea fundamental del filósofo sería la producción de sentencias, de definiciones, de explicaciones cuasi apodícticas que pudieran aplicarse como se aplican las leyes de la física.

A la historia, en cambio, le estaría reservada la más humilde labor de indagación y exposición de los eventos pasados, que consistiría en una laboriosa y paciente recogida de materiales, acompañada por la no menos mostrenca tarea de exponer los resultados con orden y pulcritud. Siguiendo con el paralelismo, por consiguiente, a la historia le estaría censurado embarcarse en disquisiciones de carácter general, pues perdería el carácter de verdadera ciencia en cuanto postulase universalidades o se excediese del tiempo y el lugar al que se hubiese circunscrito *prima facie*. Recordemos, en este sentido, las críticas a las que fue sometido el propio Jhering por sus pretensiones filosóficas. Por resumir la oposición con una simple rúbrica, podría decirse que a la filosofía le correspondería la *definición*, mientras que a la historia la *narración*.

Es evidente que semejante presentación de los papeles es exagerada y que no se da así en la realidad de cada una de las disciplinas. Sin embargo, aun con algunos matices, el aura de tal repartición de papeles sigue gozando de predicamento: al filósofo se le requiere para que formule verdades, sentencias generales de validez perenne, a ser posible definitorias y definitivas. Al historiador, en cambio, se le presupone una presentación fiel de lo acaecido, un relato fidedigno y más o menos austero del pasado. Que el filósofo tenga que verter juicios históricos o descender a un aquí y un ahora para formular sus verdades, o que el historiador deba asentarse en un aparato metodológico

---

<sup>127</sup> Vid. MARAVALL, José Antonio, *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento*, Ediciones Arión, Madrid, 1960, especialmente pp. 37 y ss.

<sup>128</sup> BRAUDEL, Fernand, *La historia y las ciencias sociales*, trad. de Josefina Gómez Mendoza, Alianza, Madrid, 1968, pp. 201-214.

importado de la filosofía para construir su relato, no es óbice para que la tradicional dualidad se mantenga en pie. De modo que, en el marco de este *dramatis personae*, filosofía e historia son personajes bien diferenciados en la trama de las ciencias humanas, sin quizá ser antagónicos, pero sin confundirse en absoluto.

### 3.2. Filosofía e historia en el pensamiento jurídico

Aplicando las reflexiones anteriores a la filosofía del Derecho, ¿cómo se presenta la oposición esbozada hasta ahora? Pues podría decirse que, en líneas generales, de forma similar. A la filosofía jurídica le corresponde la formulación, si no de sentencias o de leyes –puesto que esto es algo que, en el universo del Derecho, sólo le está reservado a legisladores y tribunales–, sí de definiciones explicativas sobre el Derecho o las piezas que lo componen. La filosofía jurídica, por consiguiente, tiene la misión de ofrecer respuestas a las preguntas de qué es el Derecho, la norma, el ordenamiento, la sanción, el soberano, el derecho subjetivo. O bien, desde otra vía también practicable dentro de su campo de posibilidades, le está encomendado responder a preguntas tales como qué es la justicia o cómo sería posible alcanzar la equidad social<sup>129</sup>.

Para la historia del Derecho, en cambio, tales preguntas serían rematadamente ilícitas, pues su tarea no debería sobrepasar los límites de una investigación sobre las formas jurídicas pretéritas. Se trataría de descubrir y de poner a la luz, mediante expediciones cuasi espeleológicas a través de archivos y documentos, antiguas fuentes, instituciones o formas de entender el fenómeno jurídico. Todo lo más, al historiador del Derecho le estaría permitido el intento de explicar los fundamentos políticos y sociales que existieron tras la formación de esas experiencias jurídicas pasadas. Desde el momento en que la investigación sobre las instituciones jurídicas pasadas cayese en la tentación de efectuar juicios de carácter general sobre la esencia o las cualidades del Derecho –por muy recomendable y natural que nos parezca–, se estaría violando el credo asignado en principio al historiador<sup>130</sup>.

Sin embargo, existe un tipo de estudios un tanto híbrido que se aleja de cada uno de los modos de trabajo que acabamos de esquematizar: aquellas investigaciones que

---

<sup>129</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., pp. 37-51.

<sup>130</sup> Tal es el punto de vista sobre la historia que António Manuel Hespanha denomina la “historia como discurso legitimador”. Según el mismo autor, tal es la visión común que se suele practicar desde la historia del Derecho. A su modo de ver, no obstante, debería ponerse en marcha otro tipo de análisis historiográfico que buscara construir una historia crítica del Derecho. Vid. HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea*, cit., pp. 15-26.

suelen situarse bajo el paraguas epistemológico de la historia de la filosofía –en nuestro caso historia de la filosofía jurídica– o bien las que se dedican a practicar la historia de la historia, que más comúnmente suelen encuadrarse en la disciplina que conocemos como historiografía<sup>131</sup>. ¿Qué es lo que sucede con este último par de variantes? Porque a la vista está que, al menos de partida, sus métodos y finalidades quedan fuera de los núcleos científicos que atribuimos de forma paradigmática a las dos disciplinas en liza.

En líneas generales, aunque esto merecería mucha mayor precisión, puede decirse que la historia del pensamiento jurídico incluye alguna de las características del método propio del historiador, en la medida en que no pretende ofrecer explicaciones o definiciones sobre problemas teóricos concretos, sino más bien brindar una narración sobre figuras o períodos relevantes para el devenir de las ideas jurídicas. Además, y aproximándose ahora a la tarea del filósofo, su relato también desea ofrecer alguna guía sobre los interrogantes actuales. La historiografía jurídica, a su vez, se situaría en un terreno también mixto, pues su objetivo sería la definición de algunas claves con valor permanente sobre la ciencia de la historia y el modo en que se construye el pasado de las instituciones jurídicas. Pero ciñámonos a partir de ahora, por ser lo que verdaderamente interesa en este trabajo, al ámbito de la filosofía del Derecho.

Es frecuente distinguir, en el marco de esta disciplina, entre un tipo de pensamiento “problemático” o “sistemático”, y otro “histórico” o “genealógico”<sup>132</sup>. Se trata de una división que, de forma más o menos explícita y más o menos consciente, incluye la presunción de que la verdadera filosofía del Derecho, la que puede ostentar el nombre con pleno derecho y con el orgullo de no incorporar injerencias, sería sólo la primera. No se trata de un rechazo de la historia en pos de verdades analíticas que nada le deben al estudio de antiguallas, pues ésta es sólo la opinión de un reducido sector. Ni siquiera tiene por qué tratarse de un desprecio hacia la historia de la filosofía, sino tan sólo de una ordenación de prioridades que ubica a aquélla como un elemento instrumental de la verdadera teoría. Según esto, un cultivo autónomo de la historia del pensamiento jurídico, dedicado a la exposición de las ideas de un autor clásico o a la indagación

---

<sup>131</sup> FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, Crítica, Barcelona, 1982. Precisamente en este ensayo, Josep Fontana nos ofrece una exposición crítica de la historiografía. Con ello, nos brinda una exposición especialmente lúcida sobre el carácter híbrido del discurso historiográfico, a la vez que plantea una crítica a la consideración de la historia expuesta más arriba: la exposición ordenada de materiales obtenidos mediante una paciente y abnegada recolección no es sino un espejismo de la verdadera tarea del historiador, que continuamente vierte valores, ideología, prejuicios y, en definitiva, pensamiento, en su labor aparentemente aséptica de narrador científico.

<sup>132</sup> Vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la Baja Edad Media*, 13ª ed. Alianza, Madrid, 2004, pp. 5-8.



sobre determinada corriente iusfilosófica pretérita, no sería propiamente filosofía del Derecho. Todo lo más, podría calificarse como una parte desgajada del tronco principal que, a modo de boceto, estaría al servicio de la filosofía *stricto sensu*<sup>133</sup>.

Norberto Bobbio, al que ya hemos aludido antes, constituye un buen ejemplo de esta posición. Según el autor italiano, pese a no ser en modo alguno beligerante con el estudio de la historia, la buena filosofía del Derecho debe construirse sólo en torno a temas o problemas, de manera que la historia del pensamiento se incardine en alguna cuestión teórica formulada con anterioridad. Es decir, que no vale la pena, ni constituye un ejercicio productivo, estudiar dicha historia de forma autónoma: “no me gustan [las historias de la filosofía del derecho] porque no las encuentro ni útiles ni apasionantes. Creo que la mejor manera para hacer historia de la filosofía es referirse a las doctrinas del pasado tema por tema, problema por problema, es decir, sin olvidar los precedentes históricos en el tratamiento de cada materia. No concibo una buena teoría del derecho sin el conocimiento de Grocio o de Hobbes, de Kant o de Hegel, de Austin o de Thon; ni una buena teoría de la justicia sin el libro V de la *Ética Nicomáquea* o sin el análisis de Hume; ni una buena teoría de la ciencia jurídica sin Leibniz o sin Ihering”<sup>134</sup>.

Como puede verse, se trata de una noción instrumental de la historia de la filosofía del Derecho, lo que sitúa a Bobbio entre las filas de aquel sector que acabamos de dibujar en los párrafos precedentes. El objetivo de estas líneas es criticar esta manera de presentar la naturaleza de la historia del pensamiento jurídico. No porque esta forma de entenderla no sea lícita o pertinente –pues se trata de una vía fructífera en numerosas ocasiones– sino porque también existe otro modo de afrontar la cuestión. Se trata de una manera de entender la historia de las ideas jurídicas como parte del discurso filosófico en sentido estricto y no como una mera contribución al desarrollo de uno u otro argumento teórico. Una visión del problema que, en el fondo, se afana por diluir la frontera entre filosofía e historia de la filosofía, rechazando su concepción como compartimentos estancos y cuestionando la naturaleza exclusivamente narrativa o expositiva de la historia del pensamiento.

---

<sup>133</sup> No se trata de algo exclusivo de la filosofía del Derecho. También José Antonio Maravall, refiriéndose en particular a las ideas políticas, consideraba que la historia del pensamiento es un sector de la disciplina histórica, y no una parte de la filosofía. Vid. MARAVALL, José Antonio, *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento*, cit., pp. 58 y ss.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione de la filosofia del diritto”, cit., p. 49.

### 3.3. La historia del pensamiento jurídico como filosofía del Derecho

Como acaba de anunciarse, el marco epistemológico en el que nos movemos es la historia del pensamiento jurídico. Comprendida, eso sí, como un tipo de disciplina iusfilosófica, y no sólo como un retazo de la historia del Derecho que atañe en particular al campo de las ideas jurídicas. Si retomamos la idea con la que iniciábamos el epígrafe, donde se exponían las tirantes relaciones entre filosofía e historia, podemos recabar algunas conclusiones útiles para profundizar en esto último. Haciendo un análisis de los posibles modos de relación entre esas dos disciplinas –tan sólo a modo expositivo y sin ninguna pretensión conceptual de largo alcance– podríamos distinguir tres variantes principales, a la que añadiremos una cuarta que señalaremos como idónea.

En primer lugar, y de acuerdo con la visión más simplista del asunto, filosofía e historia se hallarían en una situación de mera *yuxtaposición*, constituyendo dos diversos modos de conocimiento con sus respectivas características y, por lo tanto, sin ninguna posibilidad de entrar en conflicto entre sí. Por poner un ejemplo real, esta sería la concepción típica del período medieval, en la que la historia no se concebía más que como crónica y, por ende, sin semejanza alguna con el método filosófico. Desde esta perspectiva, la historia no era más que un relato del pasado sin apenas estatus científico. De lo que se trataba era de reflejar por escrito una serie de hitos importantes, con el fin de que fueran recordados por la posteridad. La filosofía en cambio, constituía el reino del conocimiento en sentido verdadero.

En segundo lugar, cabrían dos tipos diferentes de *subordinación*, dependiendo de si es la historia la subordinada a la filosofía o viceversa. Según este tipo de relación, una de las dos disciplinas se constituye en servidora de la otra, a modo de presupuesto sin el cual no podría existir como ciencia. O bien el verdadero conocimiento se residencia en la filosofía –en cuyo caso la historia no es más que una herramienta de análisis– o bien la historia es la protagonista –en cuyo caso la filosofía es un mero útil metodológico–. Desde el punto de vista de la filosofía jurídica, podemos citar el caso del jurista alemán Josef Kohler, cuyo pensamiento iusfilosófico aparece indeleblemente marcado por la obsesión del método histórico: “toda filosofía del Derecho que no se apoye en la historia del Derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre”<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> KOHLER, Josef, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. versehene von Arthur Kohler, Berlin-Grünewald, 1923, Neudr. von Scientia Verlag, Aalen, 1998, p. 10. Josef Kohler siempre consideró a sus teorías como una derivación del método hegeliano, del que se mostró partícipe y al que quiso servir con

En tercer lugar, y siguiendo con el paralelismo sintáctico, existiría una relación de *coordinación* entre las dos perspectivas, donde ambas pueden sumar aportaciones de forma recíproca, pero conservando sus identidades diferenciadas, sin reducciones de una respecto de la otra y sin necesidad de mantener un vínculo indisoluble entre ambas. Salvando las posibles distancias, esta sería la visión de Bobbio que ha quedado expuesta anteriormente. Por un lado, desde dicha perspectiva, la historia es necesaria para la filosofía, en la medida en que ésta no puede construirse sin un adecuado conocimiento de los antecedentes requeridos para abordar una u otra cuestión teórica. Por sí sola, sin embargo, la historia no ofrecería gran cosa y sería más bien molesta<sup>136</sup>. A la vez, y por el otro lado, la filosofía mantendría una autonomía absoluta, aunque fuera conveniente un apoyo en el pasado para construirse con garantías de éxito.

El cuarto modelo de relación que antes anticipábamos, y que se escapa del símil sintáctico, propone un vínculo que podría denominarse *orgánico*. Según éste, ni la historia ni la filosofía deben considerarse campos plenamente distintos, pues ambos comparten dimensiones epistemológicas que, sólo en apariencia, parecen corresponder en exclusiva a una de ellas. Así las cosas, cuando se efectúa una indagación histórica, no puede pensarse en un modelo de historiador aséptico, más parecido a un coleccionista de mariposas que a un verdadero intelectual. La historia incorpora también una fuerte carga filosófica, en la medida en que la forma de posicionarse ante el pasado está proponiendo ideas, formas de interpretación y respuestas a problemas que podrían ser parte del elenco de cuestiones filosóficas.

Según este tipo de relación orgánica, tampoco la filosofía podría arrogarse el papel tradicional de formular definiciones y sentencias a interrogantes intemporales. Sólo una

---

sus planteamientos. No obstante, la crítica posterior ha venido recalando las profundas diferencias entre Hegel y Kohler, que no representaba sino un cuadro deformado del filósofo suabo. En particular, como ha destacado González Vicén, falta en Kohler la idea de totalidad hegeliana, según la cual cada momento de la historia encierra la esencia de todo el desenvolvimiento del espíritu universal. Para Kohler la historia es más bien, de acuerdo con las concepciones positivistas de su época, un aglomerado de dinámicas singulares e independientes entre sí, que encuentran explicación mediante leyes de causa y efecto. El hecho de que se reivindicase como hegeliano tiene que ver con la incorporación del método histórico a su iusfilosofía, pues entendía el Derecho como emanación de fuerzas históricas subyacentes, que se constituían así en su causa inmediata. Es verdad que hay en esto un vago aire de hegelianismo, pero quizá no se trate más que de un etéreo poso que las ideas de Hegel dejaron impregnado en todo el ambiente filosófico del siglo XIX. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit, pp. 88-93.

<sup>136</sup> En contra del planteamiento bobbiano, puede citarse a Guido Fassò, quien sí consideraba posible y necesaria la realización de una historia de la filosofía del Derecho, con independencia de problemas teóricos a los que aplicarse *hic et nunc*. En el prólogo a su monumental *Storia Della filosofia del diritto*, se pronunciaba solapadamente contra algunos de los argumentos de su colega turinés (aunque siempre sin citarlo). Vid. FASSÒ, Guido, *Storia Della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, 4ª ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 3-8.

consideración evolutiva de dichos interrogantes, consciente de la propia historicidad de la pregunta y dispuesta a asumir la carga provisional de la respuesta, tendría cabida en este marco de relaciones. Es así como podría trazarse la semblanza de un personaje o de una época desde el punto de vista filosófico, con la pretensión de iluminar sobre una realidad presente, y no sólo con un afán historiográfico abocado a ilustrar sobre los pormenores de una realidad pasada. La *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, de Benedetto Croce, sería un buen ejemplo a este respecto: no se trataba del retablo de una época, sino de la expresión de una perspectiva filosófica profunda, que entroncaba con los ideales que el italiano quería defender en el plano teórico<sup>137</sup>.

Este tipo de planteamiento es heredero de una cierta forma de entender el historicismo. No es fácil definir esta orientación de pensamiento, pero podría decirse que se trata de un paradigma epistemológico que revolucionó la concepción de las ciencias humanas durante la primera mitad del siglo XIX. Hoy en día, debido a las críticas a las que fue sometido durante el XX<sup>138</sup>, no goza de una prensa excelente, pero cabe seguir manteniendo bastantes de sus ideas. En lo que a nosotros concierne, el historicismo es una manera de plantear el estudio filosófico que se empeña en diluir la barrera entre la filosofía y la historia, negando que aquélla se mueva en el plano de lo universal y ésta en el de lo particular. Por el contrario, la historia encerraría una semilla de lo universal, como si en cada pliegue del devenir se encontrase *in nuce* el sentido último de la realidad. A la vez, y frente al punto de vista clásico, la filosofía no sería algo que pueda aplicarse a todo tiempo y lugar, sino que está irremediabilmente marcada por los condicionamientos de la época en la que surge.

El arranque de esta orientación puede localizarse en las grandes filosofías de la historia decimonónicas, como la de G. W. F. Hegel o la de Leopold von Ranke, mientras que la conceptualización más seria y acabada de este enfoque la encontramos con Wilhelm Dilthey o con el propio Ortega<sup>139</sup>. Pero es en Hegel, por encima de todos los demás, donde encontramos plasmada esta actitud de forma más destacable. Fue justo en sus *Principios fundamentales de la filosofía del Derecho*, donde pronunció la célebre afirmación de que “la filosofía es su tiempo aprehendido en pensamientos”, un manifiesto sintético del historicismo y de la historia de la filosofía contemporánea.

---

<sup>137</sup> CROCE, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, a cura di Giuseppe Calasso, Adelphi, Milano, 2007, especialmente pp. 11-30.

<sup>138</sup> POPPER, Karl R., *La miseria del historicismo*, trad. de Pedro Schwartz, Alianza, Madrid, 2002.

<sup>139</sup> ORTEGA, ORTEGA Y GASSET, José, “La filosofía de la historia de Hegel y la historiología”, cit., pp. 15-32.

Desde un enfoque similar, y tan sólo unas pocas líneas más allá, sentenciaba de la siguiente manera: “la filosofía llega siempre demasiado tarde. En cuanto *pensamiento* del mundo, aparece en el tiempo sólo después de que la realidad haya consumado su proceso de formación y se halla ya lista y terminada [...] Cuando la filosofía pinta con sus tonos grises, ya ha envejecido una figura de la vida que sus penumbras no pueden rejuvenecer, sino sólo conocer; el búho de Minerva sólo alza su vuelo en el ocaso”<sup>140</sup>.

Pues bien, he ahí una buena exposición de la relación orgánica entre historia y filosofía, bien diversa al reduccionismo en que incurría la afirmación de Kohler citada páginas atrás. Se ha discutido mucho sobre esta controvertida frase, en la que tendremos oportunidad de ahondar mejor más adelante, pero puede aventurarse una rápida exégesis provisional. La filosofía es para Hegel, como inclementemente sugiere la imagen del búho de Minerva, una forma de aprehensión de lo real, una eterna victoria pírrica que sólo es capaz de ofrecer una pálida comprensión de lo existente tras la dura batalla especulativa. Una existencia que, para mayor desesperación, ya ha comenzado a caducar en cuanto hemos logrado comprenderla. Con lo que la filosofía, en el fondo, viene a asumir el papel de un Sísifo condenado a erguirse una y otra vez, para alcanzar una cima a la que nunca llegará. Así las cosas, la anhelada transformación de lo real que a la filosofía le pudiera corresponder, y que Marx reclamaba en su undécima tesis sobre Feuerbach, no parece caber en la composición hegeliana<sup>141</sup>.

Ahora bien, si interpretamos esta frase desde un punto de vista más halagüeño, y descartamos la retórica un tanto agónica de Hegel, no tenemos por qué desechar el planteamiento de base. De lo que se trata, en el fondo, es de entender el ejercicio filosófico con la debida humildad, como una labor de reflexión desde el presente y con base en la realidad circundante. Asimismo, debe comprenderse como una exhortación a una tarea de pensamiento realista, por mucho que el punto de vista hegeliano fuera de corte idealista en un principio. Frente a la postulación de ideales en un hipotético futuro, o en un limbo especulativo sin anclaje en lo real, a partir de Hegel y del historicismo la filosofía sólo podrá ser crítica mediante una comprensión profunda de la realidad en la que surge. En este sentido, y contra la lectura reaccionaria de la citada aseveración hegeliana, podría proponerse una interpretación progresista: el cambio sólo puede

---

<sup>140</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del Derecho*, trad. y pról. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999, pp. 61-63.

<sup>141</sup> MARX, Karl, “Thesen über Feuerbach”, en ENGELS, Friedrich y MARX, Karl, *Studienausgabe* (vol. I) *Philosophie*, Fischer Bücherei, Frankfurt am Main, 1971, p. 141: “los filósofos tan sólo han interpretado el mundo de diversa forma; de lo que se trata es de transformarlo”.

provenir de una comprensión cabal de lo existente, nunca de un salto al vacío sin lanzadera y sin una diana como referente. En definitiva: que el *deber ser* sólo podrá darse si con anterioridad sabemos en qué consiste el *ser*<sup>142</sup>.

La problemática que acaba de esbozarse es muy compleja, por cuanto entronca con muchas de las cuestiones centrales de la filosofía de la historia<sup>143</sup>. Como puede imaginarse, no es este el momento de profundizar en ello. Lo que nos interesaba, a efectos de esta investigación, era esbozar el punto de vista orgánico que aquí manejaremos en cuanto a la relación entre filosofía e historia. En lo que se refiere a la historia del pensamiento jurídico, por lo tanto, partimos de un enfoque genealógico: no existe la pretendida separación entre filosofía del Derecho e historia de la filosofía jurídica, al menos no de una manera radical. Los conceptos jurídicos, y la reflexión que se hace sobre ellos, deben concebirse como un proceso en el que la definición no será el fin último del recorrido. Es verdad que el planteamiento historicista tiene sus riesgos, en la medida en que puede llegar a quintaesenciar la historia hasta límites absurdos<sup>144</sup>. Pero no se trata de eso. El objetivo es simplemente advertir sobre lo falaz de la cesura epistemológica entre filosofía e historia de la filosofía.

En este sentido, una tesis sobre Jhering no debería ser sólo una investigación historiográfica destinada a comprender un autor. Evidentemente, un objetivo importante sería lograr entenderlo de la forma más comprensiva y profunda posible, pero no con una pretensión libresca o coleccionista. Como ya se puede decantar del planteamiento esbozado páginas atrás, lo interesante es replantear los interrogantes actuales a partir de la reflexión sobre el pasado. Esto es mucho más que simple retórica. Y es que, aunque quisiéramos, no podríamos leer a Jhering sin pensarlo desde nuestra realidad presente. En este sentido, es inevitable que la reflexión sobre su pensamiento nos aboque a una u otra manera de entender las preguntas contemporáneas. Como ya hemos dicho en varias ocasiones, y por concretar algo más, en nuestro caso podrán aportarse algunas guías para pensar el actual debate sobre el positivismo jurídico.

En definitiva, subyace a este trabajo la profunda convicción de que es necesario entender a Jhering, y en general a cualquier autor o movimiento iusfilosófico, como una

---

<sup>142</sup> Vid. HOPPE, Hansgeorg, “Einleitung”, en HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Die philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, pp. 7-13. Vid. también VERMAL, Juan Luis, “Comentario introductorio” a HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del Derecho*, cit., pp. 13-43, especialmente pp. 15 y ss.

<sup>143</sup> Vid. CRUZ, Manuel, “Imposible futuro (un ejercicio de la filosofía de la historia)”, en AA. VV., *La filosofía hoy*, ed. por Javier Muguerza y Pedro Cerezo, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 327-336.

<sup>144</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la Baja Edad Media*, cit., p. 6.

parte más del proceso orgánico a través del que se gesta toda obra de cultura. Y además, de la mano de esta incursión histórica, se efectúa una valoración sobre el presente. El conocimiento situado de las ideas jurídicas, desde su historicidad original, es la condición *sine qua non* para que nos puedan seguir iluminando. Lejos de empañar así su pureza, es gracias al estudio del mantillo añejo en el que germinaron, con sus máculas e imperfecciones, como las conseguimos hacer nuestras. Es verdad que las ideas son intemporales, pero no lo son gracias a algún abstracto maná que atesoren en su interior. Lo son porque nacieron para escanciarse en circunstancias reales y concretas, y no como puras entelequias destinadas a proyectarse en la posteridad. Es su carácter ineludiblemente humano, y no cualidades supramundanas, lo que hace posible su aplicación universal.

Es en este último sentido en el que se citaba aquella frase de Wittgenstein como encabezamiento de este capítulo: “quien sólo se adelanta a su época, será alcanzado por ella alguna vez”<sup>145</sup>. En el caso de Jhering, la sentencia resulta especialmente pertinente. Hay algunos pensadores que han terminado pasando a la historia por el talante profético de sus opiniones, por haberse adelantado a su tiempo y haber propuesto ideas que sólo más tarde fueron comprendidas. El valor que esto tiene, interpretando las palabras de Wittgenstein, es limitado, ya que al final el tiempo acabará atrapándolos y superándolos. Pero hay otro tipo de figuras, como es el caso de nuestro jurista, que basaron su éxito en el hecho de haber comprendido su época hasta en sus más íntimos recovecos, forjando así una filosofía pensada por y para su circunstancia. A éstos, por mucho que el tiempo avance, no suele golpearles la obsolescencia, puesto que marcharon acordes con su historia: su lección consiste precisamente en eso.

En efecto, esa capacidad para haberse integrado con su historia, contribuyendo así a moldear nuestra realidad presente, es lo que los hace actuales: al coadyuvar en la construcción de su época marcaron nuestra manera de pensar y se convirtieron en el poso imborrable sobre el que hemos ido construyendo nuestro mundo. Algo así es lo que nos pasa con Jhering. Por mucho que las cosas hayan cambiado en la filosofía del Derecho, hay un aire de familia entre sus ideas y nuestra mentalidad jurídica contemporánea. Una vez más, percibimos aquí el nexo orgánico que hay entre la historia de la filosofía y la filosofía misma. Así pues, en esta investigación –que debemos ubicar sin duda en el marco epistemológico de la historia del pensamiento– no

---

<sup>145</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Aforismos: cultura y valor*, 2ª ed., trad. de Elsa Cecilia, pról. de Javier Sádaba, Espasa-Calpe, Madrid, 2004, § 39.

trataremos tan sólo de historiar la vida y las ideas de un autor antiguo. Con las debidas limitaciones de toda tesis doctoral, y sin necesidad de efectuar huidas hacia adelante, de lo que se trata es de pensar sobre algunas de las cuestiones contemporáneas, pero desde la plataforma que nos brinda un autor clásico como Rudolf von Jhering.



## Capítulo II. La recepción y la interpretación de Rudolf von Jhering

*“No hay nada absolutamente primario para interpretar, porque en el fondo ya todo es interpretación; cada signo es en sí mismo, no la cosa que se ofrece a la interpretación, sino la interpretación de otros signos”.*

(Michel Foucault)<sup>1</sup>

La cuestión de la interpretación es una de las más problemáticas de la filosofía del siglo XX. Una de las corrientes de mayor predicamento en la actualidad, hasta el punto de haberse constituido en el marco del que parten casi todas las apuestas contemporáneas, es la de la hermenéutica<sup>2</sup>. En relación con la historia del pensamiento, además, esta orientación tiene particular importancia. En efecto, a la hora de enfrentarse con una filosofía del pasado, elaborada en un contexto político y cultural determinado, con unas motivaciones originales ya desvanecidas y a menudo ocultas para la mirada actual, al intérprete se le plantean numerosas dificultades. Fijémonos en el caso de Jhering. El jurista de hoy suele conocer sus principales ideas a través del legado que le ha sido transmitido por el canon iusfilosófico instalado en la actualidad. Pero este canon, a su vez, no se ha construido mediante lectura directa de las obras de referencia, sino a través del manto interpretativo que ya tejieron sus propios contemporáneos en torno a sus ideas. Así las cosas, ¿cabe llegar a un conocimiento “verdadero” de su obra y su significado?

Esta es la pregunta con la que se afana la hermenéutica. El punto de vista más primario podría caer en la ingenuidad de pensar que los problemas interpretativos se resuelven mediante una pulcra tarea de desbroce. Si en nuestra actividad comprensiva se interponen obstáculos, de lo que se trataría es de escarbar a fondo y apartarlos hasta encontrar la gravilla original, el punto de referencia original que daría sentido a todo el

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel, *Nietzsche, Freud, Marx*, 2ª ed., trad. de Alberto González Troyano, Anagrama, Barcelona, 1981, pp. 35-36.

<sup>2</sup> Vid. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, 11ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, pp. 9-25.

entramado de exégesis superpuestas. Así, por ejemplo, deberían apartarse todas las lecturas que se hayan dado sobre la obra de un autor, haciendo un esfuerzo mental por prescindir de ellas y por acudir al texto sin ideas preconcebidas. No obstante, semejante actividad es poco menos que imposible. El acto de lectura se hace desde un aquí y un ahora ontológicamente inevitables, mediatizado por un acervo inconmensurable de variables que se interponen entre el objeto a interpretar y el sujeto que interpreta. De manera que, por mucho que intentemos despejar el camino, siempre quedará un gran manojo de factores no identificados, que determinan nuestro modo de comprender de forma ineludible. En ese sentido es en el que se pronunciaba Foucault en la cita transcrita: “no hay nada absolutamente primario que interpretar, porque en el fondo ya todo es interpretación... cada signo es la interpretación de otros signos”.

Así pues, el acto interpretativo puede caminar por muy distintas vías. Una de ellas es la del historicismo radical. Por lo que ya se dijo en el capítulo anterior, no es esta una senda que deba seguirse al pie de la letra, pese a que existen muchos elementos todavía apreciables en esta posición. El historicismo extremo trataría de lograr lo que la cita de Foucault denunciaba como imposible: escarbar en el pasado hasta dar con un signo primigenio, exento del peso acumulado por mor de las exégesis sucesivas. Es así como, en el ámbito del Derecho, el historicismo quiso retornar a las prístinas fuentes jurídicas romanas, desprendiéndose del enorme fárrago de glosas y comentarios vertidos durante la larga etapa del Derecho común. También es así como esta tendencia, en el campo musical, preconizaba una lectura de las partituras fiel al contexto de su creación original, con el empleo de instrumentos de época y de tempos adecuados a la moda del momento en el que fueron ideadas. Y es así como, en el campo de la lingüística, se empeñó en trazar la genealogía de las lenguas euroasiáticas hasta encontrar la hipotética raíz indoeuropea de donde provendrían todas las demás<sup>3</sup>.

Hoy en día, esa “preocupación por los orígenes”, tan característica del siglo XIX<sup>4</sup>, ha sido parcialmente superada. No es que se haya abdicado de la posibilidad de trazar genealogías, pero sí se ha planteado en unos términos menos ambiciosos. He ahí la importancia de la hermenéutica como corriente filosófica. De lo que se trata es de adoptar un cierto enfoque historicista, pero sin llevarlo hasta sus últimas consecuencias y partiendo además de una premisa básica: que jamás es posible llegar a algo así como

---

<sup>3</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de Antonio E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 19-62.

<sup>4</sup> La expresión es de MAGÉE, Bryan, *Los grandes filósofos*, 4ª ed., trad. de Amaia Bárcena, Cátedra, Madrid, 2004, p. 258.

una interpretación verdadera o aséptica. Esta es la segunda de las vías interpretativas que queremos traer a colación aquí, pues será la que adoptemos en este trabajo. No es nuestro objetivo llegar a una interpretación “pura” de Jhering, ya que esto sería algo imposible desde el punto de vista ontológico. Tampoco se trataría de deslegitimar a las diferentes exégesis que se han dado hasta ahora sobre su obra, bajo la presunción de que la que se aporta ahora es la correcta. Como todas las interpretaciones, y en línea con este punto de vista hermenéutico-historicista, la que aquí ofrecemos también está sujeta a los condicionamientos históricos en los que se propone.

Por todo ello, el presente capítulo es obligado. Como ya se ha advertido antes, hay muchas páginas escritas sobre Jhering, de manera que existen determinadas visiones de su pensamiento que se han asentado con solidez en el imaginario actual de los juristas. Por consiguiente, no puede desarrollarse una investigación sobre sus ideas sin antes saber cuáles son las tendencias interpretativas fundamentales y cuáles son las aportaciones que han sido acogidas con mayor éxito por la posteridad. En este capítulo se abordarán ambos aspectos. *En primer lugar*, se trazarán un recorrido a través de las diversas *formas de recepción* de Jhering en el entorno europeo y extra-europeo, con el fin de realizar una síntesis de su influencia en los distintos contextos de acogida. Con esto, lo que se quiere es ofrecer un retablo *histórico-geográfico* de la propagación de su pensamiento (§1). *En segundo lugar*, se sugerirá una posible clasificación de las líneas hermenéuticas preponderantes en la literatura secundaria. Con esta aproximación, lo que se pretende es ofrecer una ordenación *conceptual* de las diversas *interpretaciones* existentes sobre su significado (§2).

## 1. LA RECEPCIÓN DE JHERING (PUNTO DE VISTA HISTÓRICO-GEOGRÁFICO)

La obra de Jhering, originalmente escrita y pensada en el contexto alemán del siglo XIX, ha terminado trascendiendo a muchos lugares del mundo. Y esto, como no podía ser de otra manera, ha sucedido merced a procesos de adaptación en cada contexto histórico y geográfico. No es lo mismo hablar de sus ideas en la Alemania de finales del XIX, que en la Francia de comienzos de siglo XX o en la España actual. Su rastro es divergente en los distintos marcos de acogida y, por lo tanto, no sería lícito pensar en una aportación unilateral de su pensamiento. Desde el momento en que la noción de historia universal ha sido repudiada por la historiografía contemporánea –una vez desmantelado el armazón hegeliano que dio sustento a tan hiperbólica expresión<sup>5</sup>, tampoco cabría hablar de una cultura jurídica universal. Sólo a través de una hipóstasis alucinada desde el punto de vista científico, y peligrosa desde el punto de vista político, podría darse pábulo a conceptos tan omnicomprendivos.

Por eso, aunque sea a modo de bosquejo, conviene ensayar un sumario repaso de la influencia jheringiana en los diversos países del entorno<sup>6</sup>. Si concebimos la evolución de las ideas jurídicas, con sus flujos y reflujos, como un devenir constante en el que cada época y lugar aparecen tocados por una singularidad propia, no puede plantearse esta tesis sin aludir al estado de la cuestión en términos comparativos. Evidentemente, no se trata de un ejercicio exhaustivo, ya que no es este el fin central de la investigación. Lo que sigue a continuación debe tomarse, más bien, como un ejercicio útil a efectos heurísticos, como un instrumento que nos permitirá ubicar el sentido de la filosofía jheringiana en función de su recepción internacional. En definitiva, se trata de descubrir hilos conductores o notas recurrentes entre las distintas formas de penetración que su pensamiento ha experimentado a escala internacional. Dividiremos la exposición en dos partes. En primer lugar, se hará un repaso por las diversas recepciones de Jhering en el

---

<sup>5</sup> Vid. FERRATER MORA, José, *Cuatro visiones de la historia universal: San Agustín, Vico, Voltaire, Hegel*, Alianza, Madrid, 1982. Si bien Ferrater realiza una larga genealogía filosófica del concepto de historia universal, partiendo desde el mismo San Agustín, los elementos más perfilados e influyentes de dicha noción –al menos por cuanto afectan a la historiografía contemporánea– pueden retrotraerse con más precisión a Hegel. Desde el punto de vista historiográfico, por ejemplo, vid. KOSELLECK, Reinhart, “De la historia universalis a la historia mundialis”, en *Historia/historia*, trad. e introd. de Antonio Gómez Ramos, Trotta, Madrid, 2004, pp. 97-106.

<sup>6</sup> Desde luego, dedicaremos más atención a la recepción europea de Jhering. Es en los países del entorno donde más temprano y con más fuerza fueron recibidas sus obras. No obstante, como se verá, también en países como Japón o Brasil puede constatar una penetración muy significativa de su pensamiento.

entorno europeo (§1.1). En segundo lugar, se ensayará una breve incursión por las recepciones extra-europeas más destacadas (§1.2).

## 1.1. La recepción europea de Jhering

### a) Jhering en la cultura jurídica germana

Conviene comenzar por su propio ámbito de referencia. La recepción de Jhering en el espacio germánico<sup>7</sup> es imposible de abarcar y sintetizar en unas pocas páginas. En primer lugar, porque su figura llegó a ser una de las más punteras de su época, hasta el punto de que sus ideas impregnaron muchos ámbitos de conocimiento y trascendieron a numerosos círculos sociales e intelectuales. Particularmente a partir de su estancia vienesa (1868-1872), su nombre comenzaría a sonar también en los oídos de filósofos, científicos y personas de cultura en general<sup>8</sup>. En segundo lugar, porque el centro de irradiación de su obra fue sin duda el mundo germánico y, en consecuencia, su presencia en este ámbito es mayor que en casi ningún otro. Además de estos dos importantes factores, todavía no es oportuno entrar a fondo en su repercusión alemana: si así lo hiciéramos, penetraríamos en aspectos de la investigación que serán tratados en adelante con algo más de profundidad. Así pues, nos limitaremos a hacer unas meras consideraciones preliminares.

*En primer lugar*, conviene destacar su faceta como jurista práctico. Como ya se ha dicho, a Jhering le debemos numerosas contribuciones desde el punto de vista dogmático. Por hacer un breve elenco de las doctrinas más conocidas, deberíamos citar dos aportaciones al Derecho civil: por un lado, la teoría de la *culpa in contrahendo*,

---

<sup>7</sup> Hablamos de ámbito germánico, porque el influjo de Jhering no sólo se dio en el espacio comprendido por la Alemania actual, sino en toda la cultura germanoparlante. Por otra parte, no fue hasta la madurez y vejez de Jhering cuando se abandonó el proyecto pangermanista y tuvo lugar la separación entre Austria y Alemania. Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800-1866. Bürgerwelt und starker Staat*, C. H. Beck, München, 1998, pp. 11-30 y 320-354.

<sup>8</sup> En la recensión que Kelsen escribió al epistolario de Jhering publicado en 1913, el austriaco comenzaba recordando los años vieneses de su colega, e indicaba cómo llegó a integrarse en un amplio círculo social e intelectual mucho más allá de la ciencia jurídica. Vid. KELSEN, Hans, “Rudolf von Jhering in Briefen”, *Neue Freie Presse (Wien)*, n° 17423, 23 de febrero de 1913, p. 32. Vid. el testimonio del propio Jhering: “la vida y la animación vienesa, con sus numerosos estímulos y placeres, se topó conmigo de forma enormemente atractiva; acogido por doquier del modo más hospitalario y amistoso, conocía a nuevas personas casi a diario, entre ellas a algunas que me interesaban sobremanera: artistas, poetas, profesores, altos funcionarios, señoras encantadoras; cada día algo novedoso. Y además los placeres musicales y las estimulantes relaciones científicas, sobre todo con Unger, una persona inteligentísima y de ingenio efervescente”: JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber (Wien, 13. Januar 1869)”, en *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, hrsg. von Mario G. Losano, Teil 1, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, p. 648.

según la cual puede existir responsabilidad por incumplimiento de lo acordado entre dos partes, aunque no se haya perfeccionado el título contractual destinado a sellar el pacto; por otro lado, la teoría objetiva de la posesión, que hoy en día sigue siendo una de las más citadas por la doctrina de los derechos reales<sup>9</sup>. Es inevitable reconocer que la influencia dogmática de Jhering no fue inmediata en el mundo germánico, ya que el modelo principal para la redacción del Código Civil de 1900 (el famoso BGB) fue la obra de Bernhard Windscheid<sup>10</sup>. No obstante, hay un cauce central por el que se vino asentando su legado de forma indirecta: la creación y publicación de una revista que fundó y dirigió junto con Carl Friedrich Gerber durante más de treinta años, “*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*”<sup>11</sup>. Aun sin proponerse explícitamente la tarea de sembrar el camino hacia la codificación, lo cierto es que la revista se constituyó en una de las sedes de debate doctrinal más importantes a estos efectos durante la segunda mitad del XIX<sup>12</sup>.

No obstante la especial relevancia de Jhering en el ámbito civil, también en el Derecho penal aportó elementos que siguen siendo fundamentales. En el marco de la polémica entre causalismo y finalismo, que durante décadas marcó una importante cesura entre los especialistas de esta disciplina, el bando finalista se reclamaba heredero del enfoque inaugurado por aquél. Desde la primera aplicación de dicha perspectiva en la obra de Franz von Liszt –que citaba con profusión a Jhering en su obra programática– hasta su repercusión en la doctrina de Hans Welzel o Gustav Radbruch, la influencia de nuestro jurista en el finalismo es más que destacable. Se trataba de aplicar el enfoque teleológico, que Jhering había desarrollado en *El fin en el Derecho*, al dominio específico del Derecho penal. Asimismo, y también en este ámbito, le debemos al alemán la génesis de la categoría doctrinal de la antijuridicidad (como paso previo a la

---

<sup>9</sup> DIEDERISCHEN, Uwe, “Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, hrsg. von Okko Behrends, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996, pp. 175-200; PÓLAY, Elemér, “Beiträge zu Jherings Besitztheorie”, en AA. VV., *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, 2. Aufl., hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, pp. 192-205.

<sup>10</sup> Vid. KROESCHELL, Karl, “Einleitung”, *Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891*, hrsg. von Karl Kroeschell, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1988, pp. 10-11; FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976., pp. 148-151.

<sup>11</sup> Tras la muerte de Jhering, la revista asumiría su nombre como parte del título: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (1893-1896) y *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (1897-1942). Terminaría desapareciendo en 1942. Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, Rolf Gremer, Ebelsbach, p. 64.

<sup>12</sup> Vid. el fundamental escrito programático redactado por Jhering en el primer número de esta revista: JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

determinación de la culpabilidad), un concepto que hoy constituye un escalón esencial dentro de la teoría jurídica del delito<sup>13</sup>.

*En segundo lugar*, su influencia fue enorme en el campo de la filosofía jurídica. No es exagerado decir que todas las tendencias de inicios del siglo XX fueron más o menos deudoras de su magisterio en el ámbito germánico. Es verdad que la primera recepción de su obra fue bastante crítica –como se ha visto en el primer capítulo– a consecuencia de las hibridaciones metódicas y del hipotético diletantismo que se le censuró en tantas ocasiones. Sin embargo, hubo una segunda recepción notablemente cálida llevada a cabo por las corrientes antiformalistas: tanto la jurisprudencia de intereses inaugurada por Philip Heck y prolongada por Rudolf Müller-Erzbach, como la escuela del Derecho libre de Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz o Ernst Fuchs, se reclamaron herederas del planteamiento abanderado en primera instancia por aquél. Después de esta fase, podría identificarse una tercera recepción preconizada por algunos sectores del pensamiento neokantiano durante el primer tercio del siglo XX. Pese a no ser tan laudatoria como la anterior, mantuvo una alta valoración de Jhering y determinó de forma ineludible nuestra forma de comprender e interpretar su obra en la actualidad. Por último, en una cuarta fase, podría detectarse una recepción de su pensamiento a partir de la década de los setenta del siglo XX.

Con respecto a la primera recepción, poco nos resta que decir, puesto que ya se ha aludido a ella en el capítulo anterior. De la segunda, la tercera y la cuarta, sin embargo, conviene precisar algo más. Por lo que respecta a la importación antiformalista, estamos ante uno de sus principales legados a escala internacional<sup>14</sup>. Lo que estas corrientes recogieron de su obra fue el enfoque sociológico, que llevaron hasta extremos no desarrollados en el pensamiento de Jhering y, con bastante probabilidad, ni siquiera deseados por él mismo. En lugar del formalismo abstracto, que manejaba el Derecho conforme a procedimientos lógicos y con total independencia de su incidencia social, en el alemán vieron un acicate para “sociologizar” la reflexión sobre el Derecho, para bajarla del altar profesoral y situarla en el corazón de la vida real. La pulcra decantación de conceptos en un laboratorio jurídico aislado de los casos concretos, como bien había

---

<sup>13</sup> Vid. LISZT, Franz von, *La idea del fin en el Derecho penal*, introd. de José Miguel Zugaldía Espinar, trad. de Carlos Pérez del Valle, Comares, Granada, 1995; BARATTA, Alessandro, “Über Jherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 17-26; HURWICZ, Elias, *Rudolf von Jhering und die deutsche Rechtswissenschaft. Mit besonderer Berücksichtigung des Strafrechts*, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1911, pp. 105 y ss.

<sup>14</sup> TANZI, Aristide, “Voci dell’antiformalismo giuridico”, en AA. VV., *L’antiformalismo giuridico*, a cura di Aristide Tanzi, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. XIV y ss. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1991, pp. 49-69.

enseñado aquél, no era la matriz del Derecho. Lo que de verdad se hallaba en su raíz era la dinámica social en sus diversas manifestaciones: en el choque de intereses encontrados, como subrayarían Heck y sus seguidores, o en la creatividad del juez, como vendrían a señalar los partidarios del Derecho libre<sup>15</sup>. Aunque lo que cabe encontrar en Jhering, en palabras del propio Ernst Fuchs, todavía no va más allá de una “criptosociología”<sup>16</sup>, su obra sirvió de plataforma para fomentar las primeras tentativas en esa dirección.

Por lo que se refiere a la tercera recepción, también pueden adelantarse algunas ideas. A partir de los años treinta del siglo XX, desde la perspectiva neokantiana, se empezó a proponer un regreso al mundo de los valores jurídicos. Pese al más que sellado derrumbe del Derecho natural, según estas corrientes, no debía renunciarse a la búsqueda del Derecho justo. Que no pueda encontrarse un Derecho natural en instancias inaprensibles mediante el conocimiento empírico –nos vendrían a decir– no implica que no existan elementos fijos y estructuralmente inherentes a todo ordenamiento jurídico. Además, como también se empeñaron en subrayar, no podía renunciarse a la búsqueda del “Derecho justo”. En este contexto se inserta la filosofía jurídica de Rudolf Stammler<sup>17</sup>. El punto de vista sobre Jhering que subyace a este autor y a la restauración de la axiología que quiso promoverse por esta hornada iusfilosófica, es parcialmente laudatorio. Según estas concepciones, la importancia histórica de Jhering radicaba en haber logrado liberar al Derecho de la obsesión por la lógica cultivada por la jurisprudencia de conceptos. Al promover una visión sociológica, en cierto modo, había humanizado la filosofía jurídica, preparando así el terreno para una vuelta a la teoría de los valores. Por ello, pese a los excesos sociologistas en los que terminaría incurriendo, merecía el elogio de estas corrientes<sup>18</sup>.

En cuanto a la cuarta y última recepción, puede decirse que ha sido más bien laudatoria. A partir del año 1968, en el que se celebró el 150 aniversario de la muerte de Jhering, empezó a sucederse una rica tradición de recuerdo e investigación en torno a

---

<sup>15</sup> Vid. HECK, Philip, *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, hrsg. von Rolan Dubischar und mit einem Nachwort von Josef Esser, Gehlen, Berlin-Zürich, 1968; FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, en ID., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, hrsg. von Albert S. Foulkes y Arthur Kaufmann, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1965, pp. 181-192.

<sup>16</sup> FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, cit., pp. 185-186.

<sup>17</sup> Vid. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, trad. de José Medina Echevarría, Editorial Reus, Madrid, s. f., pp. 73 y ss.

<sup>18</sup> Vid. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho* [1922], trad. e introd. de Wenceslao Roces, Editorial Reus, Madrid, s. f., pp. 80-81. No avanzamos más en esta idea, puesto que nos volveremos a ocupar de ello en este mismo capítulo.



sus ideas<sup>19</sup>. Encabezada por el historiador del Derecho Franz Wieacker, esta línea se prolongó en su sucesor de la cátedra de Göttingen, Okko Behrends. El primero realizó una valoración de Jhering desde una perspectiva más histórica que filosófica, encuadrándolo en el gran retablo del positivismo naturalista del siglo XIX y, además, como principal protagonista de la renovación metódica que lograría romper con los excesos formalistas de la dogmática jurídica de principios de siglo<sup>20</sup>. El segundo, aun proviniendo también de la historia del Derecho, se ha decantado por una aproximación más filosófica a la obra del alemán. Por otra parte, frente a la valoración equilibrada de su predecesor, en Okko Behrends encontramos una literatura un tanto hagiográfica<sup>21</sup>. Sea como fuere, lo que caracteriza a esta cuarta recepción es un tono globalmente laudatorio, que de alguna manera vuelve a apreciar la orientación sociológica e historicista de Jhering, y viene a rechazar los planteamientos axiológicos de la hornada neokantiana y neo-iusnaturalista.

*En tercer lugar*, la influencia germana de Jhering también se sintió fuera del mundo del Derecho. Hoy no nos resulta fácil hacernos a la idea, puesto que la filosofía y la ciencia jurídicas han alcanzado un grado de especialización que dificulta transiciones disciplinares de tal género. Sin embargo, en su época no existían fronteras tan tangibles y se pudo conocer su obra más allá de la literatura técnica. Es así como, por ejemplo, su filosofía ejerció un influjo importante en la génesis de las ideas de Max Weber. Es algo conocido que los estudios jurídicos fueron esenciales en la conformación inicial del pensamiento sociológico de este autor, pero es menos conocido el gran aprecio que siempre mantuvo hacia Jhering. Ya en 1882, todavía como joven estudiante de Derecho, Weber había pedido el *Espíritu del Derecho romano* como regalo de Navidad<sup>22</sup>. Más allá de lo anecdótico, este gusto coadyuvó enormemente a la génesis de su reflexión socio-jurídica. La dicotomía entre lo formal y lo material, que se encuentra en la base de su teoría sobre los tipos de Derecho, se enriqueció a través de las disquisiciones sobre el

---

<sup>19</sup> Hacer un elenco de la literatura que surgió con dicho motivo es imposible. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse el libro colectivo que surgió como fruto del congreso impulsado por Wieacker: *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, 2ª ed., hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970.

<sup>20</sup> WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, pp. 450 y ss. y 564 y ss.; ID., *Rudolph von Jhering*, 2. ed., K. F. Koehler, Stuttgart, 1968, pp. 7-30.

<sup>21</sup> BEHREND, Okko, "War Jhering ein Rechtspositivist? – Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage", en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, cit., pp. 235-254.

<sup>22</sup> TREIBER, Hubert, "I concetti fondamentali della sociologia del diritto di Weber alla luce delle sue fonti giuridiche", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXX, nº 1, junio de 2000, pp. 97-108; TURNER, Stephen, "Weber and his philosophers", en *International Journal of Politics, Culture and Society*, vol. 3, nº 4, 1990, pp. 539-553.

formalismo que Jhering desarrolló en el segundo tomo de la obra citada<sup>23</sup>. Por otra parte, su valoración por el jurista se mantendría fija hasta su época de madurez: en *Economía y sociedad*, y esta vez con referencia a *El fin en el Derecho*, Weber reconocía la importancia sociológica de algunas ideas de Jhering<sup>24</sup>.

Pero no acaban aquí las sorpresas. La crítica ya ha señalado y fundamentado en varias ocasiones que Jhering influyó en la gestación de algunas ideas de Nietzsche, que éste terminaría exponiendo en su *Genealogía de la moral*. Aun sin citarlo, es evidente que el filósofo había leído al jurista y que en él había encontrado alguna inspiración. Por un lado, es posible que su principal fuente de conocimientos jurídicos fuera Jhering. Para escribir la genealogía de la moral, en la que constantemente se vierten juicios sobre la culpa, el dolo, la responsabilidad, el contrato, etc., tuvo que conocer hasta cierto punto algunas de las nociones básicas elaboradas por la doctrina jurídica. Por otro lado, también es posible que la idea de coacción jheringiana, así como sus apuntes sobre el origen del Derecho romano, del contrato y de la noción de culpa, influyeran en la ulterior génesis de las ideas nietzscheanas. Como ha estudiado Henry Kerger, a tenor de los grandes paralelismos constatables, es muy probable que Nietzsche conociera bien el *Espíritu del Derecho romano* y el primer tomo de *El fin en el Derecho*<sup>25</sup>. Erik Wolf, por su parte, ha establecido notables coincidencias en cuanto a la inspiración vitalista y voluntarista que subyacía a ambos intelectuales<sup>26</sup>.

Antes de terminar con el repaso de las influencias extrajurídicas, debemos referirnos al importante papel que tuvo Jhering en la génesis de las ideas de Franz Brentano. Como es sabido, Brentano fue uno de los grandes pioneros de la psicología moderna y de la filosofía fenomenológica contemporánea. El gran manifiesto por el que ha pasado a la posteridad y que tanta influencia posterior provocó es su opúsculo *Sobre el origen del conocimiento moral*. Lo que es menos conocido es el origen de dicho escrito. Y es que se trata, nada más y nada menos, de una conferencia de contestación a Jhering que

---

<sup>23</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II-1, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1953, pp. 470-674.

<sup>24</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad*, ed. preparada por Johannes Winckelmann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, pp. 24, 27 y 598.

<sup>25</sup> Vid. KERGER, Henry, *Autorität und Recht im Denken Nietzsches*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, especialmente pp. 11-44 y 88-97; MERLE, Jean-Christophe, "Nietzsches Strafrechte (II 8-15)", en AA. VV., *Zur Genealogie der Moral*, hrsg. von Otfried Höffe, Akademie Verlag, Berlin, 2004, pp. 97-113; GERHARDT, Volker, "Schuld, schlechtes Gewissen und Verwandtes (II 4-7)", en AA. VV., *Zur Genealogie der Moral*, cit., pp. 81-95.

<sup>26</sup> WOLF, Erik, "Rudolf von Jhering", en ID., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. durchgearbeitete und ergänzte Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, pp. 652-653.

Brentano pronunció con motivo de una invitación a la Sociedad Jurídica vienesa, un foro en el que aquél había tenido una intervención *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* algunos años atrás. En aquella ocasión, Jhering había rechazado la existencia de todo tipo de Derecho natural a través de un áspero combate contra las ideas nativistas, que sostenían la presencia de un sentimiento jurídico innato independiente de la historia y sus avatares<sup>27</sup>. Brentano, que fue invitado ex profeso para discutir el mismo tema desde una perspectiva opuesta, concordaba con su predecesor en la crítica contra las citadas teorías nativistas. Sin embargo, afirmaba la existencia del Derecho natural en un segundo sentido, a saber, como el Derecho que “en y para sí, según su naturaleza, es reconocible como correcto y vinculante”<sup>28</sup>. En esta línea, aunque no fuese adquirido de forma innata, sí le parecía posible alcanzar el sentimiento jurídico mediante un oportuno ejercicio de la razón y el aprendizaje.

En definitiva, la presencia de Jhering se ha mantenido constante en el ámbito germánico desde su misma época hasta la fecha. Oscilando entre el elogio y el reproche, que parecen alternarse de forma periódica entre los comentaristas de su obra, la literatura alemana sigue siendo rica al respecto. Por hacer un intento de síntesis, podría decirse que la obra de Jhering aglutina tres dimensiones principales: la *filosófico-jurídica*, la *histórica-jurídica* y la *dogmático-jurídica*. En un extraño epílogo que el jurista Josef Kohler adjuntó a un escrito de Ernst Fuchs sobre Jhering, aquél se refería a la imposibilidad de ubicar a éste último bajo ninguna de esas tres rúbricas. En su opinión, Jhering habría venido a fracasar en todos los frentes en los que se propuso contribuir con alguna aportación intelectual: al abarcar tanto y de forma tan iniciática en cada campo, no había terminado de comprender nada en profundidad<sup>29</sup>. En cierto modo, Kohler se estaba haciendo eco de una percepción sobre su pensamiento que sigue estando vigente. Ahora bien, interpretando esta apreciación desde un punto de vista más benévolo, puede utilizarse dicha tripartición para analizar la presencia de Jhering en la cultura jurídica alemana actual.

Con respecto a su proyección en la *historia del Derecho* contemporánea, es decir, a sus aportaciones al conocimiento del Derecho romano, sus ideas parecen haber sufrido un notable deterioro en la cultura académica alemana de las últimas décadas. A la altura

---

<sup>27</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* [1884], ed. y trad. de Federico Fernández-Crehuet, Trotta, Madrid, 2008. Dado que más adelante nos referiremos a esto, no conviene decir más por el momento.

<sup>28</sup> BRENTANO, Franz, *Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis*, 4. Aufl. hrsg. von Oskar Kraus, Verlag von Felix Meiner, Hamburg, 1955, p. 7.

<sup>29</sup> KOHLER, Josef, “Nachwort” a FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, cit., p. 191.

de los años treinta y cuarenta del siglo XX, se practicaba todavía un Derecho romano de corte más bien filosófico, orientado a la identificación de aquellos principios básicos que Roma había legado a la cultura jurídica universal. En este sentido, que entronca por completo con el punto de vista de Jhering en su *Espíritu del Derecho romano*, encontramos la ya clásica obra de Fritz Schulz: *Principios del Derecho romano*<sup>30</sup>. Fuertemente influida por aquél, y en concomitancia con la labor historiográfica que algunos años más tarde promoverá Franz Wieacker<sup>31</sup>, esta línea romanística ha ido perdiendo fuelle con los años: a partir de la década de los noventa, se ha venido privilegiando un método de trabajo más histórico-filológico, fiel al comentario de las fuentes y sin pretensiones de generalidad filosófica. En suma, se ha vuelto a adoptar el enfoque contra en el que Jhering vino a alzar su voz.

En cambio, por lo que se refiere a la faceta *dogmático-jurídica*, su obra sigue gozando de bastante buena salud. Aun cuando tropiece todavía con el citado reproche de diletantismo<sup>32</sup>, sus ideas siguen estando presentes en el imaginario contemporáneo de los juristas alemanes. Por lo que se refiere a sus contribuciones al Derecho civil, como ha señalado Uwe Diederischen, a Jhering le corresponde el mérito de haber identificado los problemas jurídicos más candentes de su tiempo y de haber proyectado soluciones que todavía integran el acervo de instituciones vigentes en el Derecho germano. Si Windscheid logró diseñar un plan global y estructurado de todo el Derecho civil, que más tarde serviría para articular el código de 1900, Jhering renunció a dicha tarea y se concentró en problemas independientes. Sin embargo, pese a la mayor importancia que pareciera revestir la primera labor, en realidad Jhering superó a Windscheid en su aguda percepción de las cuestiones centrales, de las necesidades más acuciantes a las que debía responderse<sup>33</sup>. En este sentido, su papel en la dogmática jurídica alemana sigue siendo clave y, frente al de aquél, no parece decaer con el tiempo.

Por lo que atañe a la *filosofía jurídica*, el panorama es similar al anterior. Aunque también aquejado por la oscilante acusación de diletantismo, su obra sigue formando parte importante de la atención iusfilosófica. Una de las cuestiones que más interés han

---

<sup>30</sup> SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934, especialmente pp. 1-4 y 13-26.

<sup>31</sup> Vid. MIQUEL, Joan, “La autonomía del derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004, vol. 57, nº4, pp. 1413-1428. El artículo analiza la línea de continuidad que se da entre el pensamiento de Jhering, Schulz y Wieacker con respecto a su valoración del Derecho romano.

<sup>32</sup> Vid. SCHMIDT, Karsten, “Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung. Ein Streifzug durch den ‘Geist des römischen Rechts’ aus heutiger Sicht”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, cit., p. 201.

<sup>33</sup> DIEDERISCHEN, Uwe, “Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart”, cit., pp. 199-200.

suscitado es la de sus célebres dos etapas. Frente a la tradicional bipartición de su pensamiento, las últimas orientaciones tienden a diluir la frontera entre ambas partes de su trayectoria<sup>34</sup>. La motivación de esta reinterpretación historiográfica puede tener que ver con el hecho de que, frente al clásico repudio de su primera fase, se ha comenzado a valorar la importancia filosófica de esta etapa. Al mismo tiempo, parece que el segundo periodo, su acercamiento a una teoría jurídica sociológica, ha perdido el beneplácito que en su día gozó entre los filósofos del Derecho. No en vano, como ha advertido Ralf Dreier, hay grandes concomitancias entre el primer Jhering y las actuales teorías de Dworkin o Alexy: la reflexión sobre los principios inmanentes al ordenamiento, sobre cómo estos se integran y recrean entre sí para gestar nuevas reglas e instituciones, es algo que se encontraría tanto en éstos como en aquél<sup>35</sup>.

En este sentido, y a caballo entre la historia y la filosofía, se ha producido una corrección interpretativa paralela a cuanto se acaba de decir. El historiador Hans Peter Haferkamp, que ha puesto en duda la tradicional exaltación de Jhering en menoscabo de juristas como Puchta, ha acentuado la importancia filosófica de la escuela pandectística. En su opinión, en efecto, los pandectistas habrían sido indebidamente acusados de conceptualismo y de abstracción obtusa frente a la realidad, como consecuencia de una campaña de descrédito conducida por el propio Jhering. Con ello, según Haferkamp, se habría postergado de manera acrítica una obra rica, compleja y matizada como la de Puchta<sup>36</sup>. Sin ser ésta una corriente historiográfica dominante, lo cierto es que supone un importante desvío en relación con la tendencia que se reflejaba en obras como la de Franz Wieacker u Okko Behrends. Además, por lo que se refiere a la relevancia iusfilosófica de Jhering en la actualidad, se trata de una interpretación concomitante con el interés que ha venido despertando su primera etapa en los últimos tiempos.

Sea como fuere, y a modo de conclusión, puede afirmarse la profunda huella de Jhering en la cultura jurídica germana, desde su época hasta la misma actualidad. A veces ensalzado y a veces criticado, a veces explícitamente presente y a veces sólo entre los bastidores, su pensamiento ha quedado impregnado en este ámbito de forma perenne e indeleble. En este sentido, por consiguiente, la historia del Derecho germana resultaría absolutamente incomprensible sin su legado.

---

<sup>34</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist* und Jherings *Zweck*“ (Teil 1), en *Rechtsgeschichte*, 5, 2004, pp. 128-149 y (Teil 2) en *Rechtsgeschichte*, 6, 2006, pp. 122-142.

<sup>35</sup> DREIER, Ralf, “Jherings Rechtslehre – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, cit., pp. 230-231.

<sup>36</sup> Vid. HAFERKAMP, Hans-Peter, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004, pp. 26 y ss.

## ***b) Jhering en la cultura jurídica italiana***

La segunda etapa de este recorrido comparado ha de ser Italia, puesto que fue allí donde se produjo una de las recepciones más animosas. La influencia de Jhering en la cultura jurídica de este país fue temprana y muy activa desde su primera penetración. No sólo es que existieran numerosas traducciones y comentarios a sus obras entre los juristas italianos, sino que el propio Jhering hizo varios viajes a la península, donde siempre fue recibido de manera obsequiosa y donde él mismo decía sentirse como en casa<sup>37</sup>. Además, también ha podido registrarse una correspondencia considerable con varias personalidades italianas del mundo del Derecho. De la mayoría de las cartas puede concluirse, en líneas generales, que el intercambio académico casi siempre se dirimió en términos afectuosos. En una primera fase de su relación con Italia, que podría extenderse hasta 1870, no sintió particular interés por su producción científica. Sin embargo, a partir de dicha década, comenzó a abandonar la visión exótica del país, para empezar a preocuparse por sus logros intelectuales<sup>38</sup>.

Es muy posible que en esta afinidad influyera la paralela situación histórica que vivían los dos países, ambos embarcados en una lucha simultánea por lograr la ansiada unidad nacional. Si la filosofía jurídica de Jhering es inseparable de su apuesta por el Estado nacional unitario, y se encuentra pensada y madurada en tales coordenadas socio-históricas, parece razonable pensar que la Italia decimonónica fuera un óptimo caldo de cultivo para su asimilación. El propio Jhering, aludiendo a esta paralela situación histórica en una carta a su colega y amigo Bernhard Windscheid, se refería así al proceso de unificación italiano: “cómo he envidiado desde hace años a los italianos, al hecho de que hubieran logrado lo que el destino parecía haber aplazado hasta un lejano futuro para nosotros; cuánto he anhelado a los Cavour y los Garibaldi alemanes como Mesías políticos para Alemania”<sup>39</sup>.

Cinco años más tarde de esta misiva, en otra carta dirigida a su amigo y colega Oskar Bülow<sup>40</sup>, se volvía a referir a esta paralela situación política. Sin embargo, su

---

<sup>37</sup> Vid. VANO, Cristina, “Itinerari italiani di Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*, 2ª ed., ed. por Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1993, pp. 121-126.

<sup>38</sup> VANO, Cristina, “Itinerari italiani di Rudolf von Jhering”, cit., p. 122.

<sup>39</sup> JHERING, Rudolf von, “An Bernhard Windscheid (19-VIII-1866)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit, p. 206.

<sup>40</sup> Oskar Bülow (1837-1907) fue profesor de Derecho romano y Derecho procesal civil, en cuyo campo realizó sus aportaciones más trascendentes. Por un lado, es reconocido como el promotor de la autonomía científica de dicha rama: a partir de él, se empezará a concebir el Derecho procesal con independencia del Derecho sustantivo. Por otro lado, es considerado uno de los precursores de la escuela del Derecho libre y

valoración era ahora algo distinta a la anterior: “¡si tuviéramos en Alemania también otro Cavour! Así me lamentaba yo hace diez o doce años con frecuencia, insultando a la vez a Bismarck con gran rabia, mientras que ahora se demuestra que ha hecho mucho más para Alemania de lo que Cavour hizo para Italia. Los alemanes no hemos comprado nuestra unidad mediante la cesión de un pedazo de tierra alemana; al contrario, ¡hemos recuperado un antiguo pedazo de tierra alemana! [...] Esta noche yo y algunos buenos partidarios de la “pequeña Alemania” –*Deutschgesinnte*<sup>41</sup>– (entre ellos Lorenz y un tal profesor Scherer, ambos austriacos de nacimiento) celebramos la capitulación de París”<sup>42</sup>.

En todo caso, y pese a esta corrección de juicio, no cabe duda de que la simpatía de Jhering hacia Italia, así como el interés que demostró en su política, se debieron en buena medida a esta coincidencia entre sus itinerarios históricos y políticos. En este sentido, la dilatada presencia de su obra en la península, con toda probabilidad, se benefició de esta circunstancia. En esta misma línea, no olvidemos que en alguna ocasión llegó a sentirse más identificado con la ciencia jurídica italiana que con la de su propio país. Esta sensación queda certificada por una sintomática carta que envió a su traductor italiano de *Die Gastfreundschaft im Altertum* –La hospitalidad en el mundo antiguo–, que ya ha sido citada en el capítulo primero. Como puede verse en el párrafo traducido a continuación, Jhering se manifestaba muy partidario de las orientaciones científicas reinantes en Italia:

“En mi *Hospitalidad* he intentado hacer palpable, en un aspecto concreto, mi opinión con respecto al desarrollo de las ideas morales en el mundo y del retorno de las mismas a motivos prácticos (...). Por eso me alegro mucho de que haya dado a conocer mi tratado entre sus compatriotas, a quienes estimo más capaces que los míos de apreciar la importancia de los puntos de vista prácticos en relación con las ideas morales; los italianos y los franceses nos preceden con mucho en este aspecto a los alemanes. Aquí, en mi patria, no me encuentro en una posición sencilla con mi opinión

---

de las corrientes sociológicas en general. Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Oskar Bülow” en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3: Juristas del siglo XIX)*, ed. por Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 452-454. Vid. también BÜLOW, Oskar, *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft. Eine Gabe zur ersten Geburtstagsfeier des neuen deutschen bürgerlichen Rechts*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1901.

<sup>41</sup> Mediante el vocablo *Deutschgesinnte* se aludía a los alemanes y austriacos que, en pro de una unidad más rápida y menos traumática, habían decidido prescindir de Austria en el proyecto de unificación nacional: apostaban así por la “pequeña Alemania”. Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1866-1918. Zweiter Band: Machtsaat vor der Demokratie*, C. H. Beck, München, 1992, pp. 250 y ss.

<sup>42</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Oskar Bülow (1. Februar 1871)”, en *Rudolf Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., pp. 261-262.

y, en general, con mi orientación científica; en la ética la dirección predominante es puramente idealista, en la ciencia jurídica puramente formalista, y yo no me hago ilusiones de que mi obra sea coronada con el éxito: quizá los frutos aparezcan después de mi muerte”<sup>43</sup>.

Sin embargo, el corresponsal más asiduo y el propagador más conspicuo de la obra de Jhering en Italia sería Filippo Serafini (1831-1897). Nacido en el Véneto, entonces parte del Imperio austro-húngaro, este jurista fue el principal importador de la cultura jurídica alemana en la península italiana. No sólo tradujo algunas contribuciones de Jhering, sino también las de otros renombrados juristas germanos, entre ellos el *Lehrbuch der Pandekten* de Karl Arndts. Además, fue un pionero en la aplicación del método docente de los casos prácticos en Italia, que desarrolló mediante el famoso libro que Jhering había elaborado a tal efecto: *Casos de derecho civil sin solución*<sup>44</sup>. También en la línea del jurista alemán, fue director de una revista fundamental para la ciencia jurídica italiana durante el siglo XIX: el *Archivio Giuridico*. Aunque no fue fundada por él mismo, fue bajo su dirección cuando asumió el papel central que llegaría a tener, y fue cuando dicha publicación se constituyó en plataforma de aproximación a la ciencia jurídica alemana, en una orientación que él mismo quiso parangonar con la revista fundada y dirigida por Jhering y Gerber<sup>45</sup>.

Buena muestra de la presencia italiana de Jhering es que existe un trabajo sobre la materia, donde se exponen las diversas fases de su penetración en la península. Se trata de un exhaustivo escrito de Ermanno Bonazzi, en el que incluso podemos encontrar tablas y gráficos elaborados con base en la fortuna editorial del alemán. El riguroso celo investigador del autor le ha llevado a incluir, por si fuera poco con todo lo anterior, un elenco cronológico de la bibliografía secundaria publicada en Italia<sup>46</sup>. Del análisis de este estudio, podemos concluir que la influencia de Jhering en dicho país ha sido casi ininterrumpida hasta nuestros días, tanto en el Derecho romano, el Derecho civil y la

---

<sup>43</sup> JHERING, Rudolf von, “Lettera di R. v. Jhering a Francesco Montefredini”, en BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, en LOSANO, Mario (ed.), *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 690.

<sup>44</sup> JHERING, Rudolf von, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen (Zum akademischen Gebracuh bearbeitet und hrsg. von Rudolf Jhering)*, 2. wesentlich veränderte Aufl., Mauke’s Verlag, Jena, 1870. La edición italiana es del propio Serafini: *La giurisprudenza della vita quotidiana*, trad. ed annotata da Vito Perugia sotto la direzione di Filippo Serafini, Fava e Garagnini, Bologna, 1871.

<sup>45</sup> Sobre la importancia de Serafini en la cultura jurídica italiana decimonónica, vid. VANO, Cristina, “Itinerari italiani di Rudolf von Jhering”, cit., pp. 127-128; LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 403-404; KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 4ª ed., C. H. Beck, München-Berlin, 1966, p. 276; BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, cit., pp. 642-649.

<sup>46</sup> BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, cit., pp. 629-694.



historia del Derecho, como en la propia filosofía jurídica. Bonazzi percibe un decrecimiento de esta influencia tan sólo durante la primera mitad del XX, lo cual contrasta con la calurosa acogida del segundo periodo del XIX y la segunda mitad del XX. A lo largo de ese lapso un tanto yermo, tan sólo cabría señalar la reedición de *La lucha por el Derecho* promovida por Benedetto Croce en 1935, una edición que además incluía un prólogo del célebre filósofo neo-hegeliano<sup>47</sup>.

A tenor del tipo de estudios y las traducciones que se fueron realizando durante los intervalos de tiempo señalados, también puede aventurarse una tesis respecto a la naturaleza de la influencia que produjo el pensamiento de Jhering. En líneas generales, cabría colegir que durante el primer periodo –la segunda mitad del XIX– la repercusión fue más relevante entre las filas de los romanistas y los civilistas, privilegiándose así la obra del llamado primer Jhering. De hecho, la primera traducción extranjera que existe de todas sus obras fue la versión italiana del primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*: la primera edición alemana databa de 1852 y la italiana apareció en 1855, sólo tres años después<sup>48</sup>. Las personalidades más relevantes que promovieron la primera recepción de su obra, además del ya citado Filippo Serafini, fueron Francesco Forlani y Vittorio Scialoja. De Forlani, que ejerció como profesor de Derecho civil alemán en la Universidad de Innsbruck, ya se habló con motivo de las acusaciones de diletantismo. A Scialoja, por su parte, se le deben varios artículos y reseñas sobre Jhering publicados en el *Archivio Giuridico*, así como una necrológica de 1893<sup>49</sup>.

En el tercer periodo de los señalados por Bonazzi –la segunda mitad del siglo XX–, la recepción sería más proclive a valorar las aportaciones del segundo Jhering. He ahí, de forma muy destacada, la repercusión sobre el pensamiento de Norberto Bobbio y la inmensa labor de traducción y difusión realizada por su discípulo Mario G. Losano. Es en este espacio de tiempo, además, cuando este último traduce la obra más característica de la segunda fase jheringiana, *El fin en el Derecho*<sup>50</sup>. Si nos fijamos bien, se trata de una época que coincide *grosso modo* con el auge editorial promovido en Alemania por

---

<sup>47</sup> La edición de 1935 ha sido reeditada en 1960: JHERING, Rudolf von, *La lotta per il diritto*, 3ª ed., trad. de Raffaele Mariano, avvertenza di Benedetto Croce, introd. de Pietro Piovani, Laterza, Bari, 1960.

<sup>48</sup> Vid. la cuidada y completa bibliografía de Jhering confeccionada por LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, pp. 207-257.

<sup>49</sup> Vid. SCIALOJA, Vittorio, “Della natura e della capacità giuridica dei così detti Comitati (di R. di Ihering professore in Gottinga)”, *Archivio Giuridico*, vol. XXV, 1880, pp. 473-478; ID., “Sull’elemento del valore pecuniario e dell’interesse proprio nelle obbligazioni (per R. di Jhering)”, *Archivio Giuridico*, vol. XXV, 1880, pp. 478-492; ID., “Necrologico di Rudolf von Jhering”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto romano*, 1893, pp. 46-61. Vid. BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, cit., pp. 653-660.

<sup>50</sup> JHERING, Rudolf von, *Lo scopo nel Diritto* (vol. I), trad. e introd. de Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1972.

Franz Wieacker. Y del mismo modo que sucedió en el ámbito germánico, esta recepción italiana fue más bien positiva en su juicio sobre las aportaciones de Jhering. En un clima en el que la sociología jurídica iniciaba su difícil andadura como disciplina académica, y se reinstauraba la serenidad tras el furor anti-positivista posterior a la segunda guerra mundial, el pensamiento de Jhering ofrecía perspectivas bastante interesantes<sup>51</sup>. Sin embargo, siempre según el estudio de Bonazzi, el periodo comprendido entre estas dos etapas –la primera mitad del XX–, habría sido de influencia casi nula, a excepción de la reedición de *La lucha* promovida y prologada por Croce.

Pese a esta conclusión, Renato Treves ha corregido la opinión de Bonazzi a este respecto, puesto que aquella simple reedición, aparentemente inocua en el panorama jurídico de la Italia fascista, tuvo una importante repercusión en el núcleo de los juristas turineses que se mantenían fieles al credo democrático y liberal<sup>52</sup>. La idea de la lucha por el Derecho, que Jhering había pensado en clave positivista, fue interpretada por Croce en un sentido más bien idealista y cosmopolita, filtrada por el tamiz neo-hegeliano que éste profesaba. Con ello, aunque entre líneas, estaba intentando elevar una crítica frente a la degeneración del sentimiento jurídico en el Estado fascista, ya que éste se había entregado a la más corrupta arbitrariedad –por mucho que viniera envuelta con el subterfugio del cacareado Estado ético–: “un alto concepto informa este escrito de Jhering: la necesidad de afirmar y defender el propio derecho incluso con sacrificio de los propios intereses individuales (...). El autor considera esta defensa particularmente en el ámbito del derecho privado, pero no sin advertir la sustancial identidad con cualquier otra defensa de derechos, tanto en el ámbito público como en las relaciones entre Estados”<sup>53</sup>.

Como ejemplo paradigmático del influjo que tuvo esta lectura, puede mencionarse una breve reseña que Bobbio publicó a la reedición del opúsculo jheringiano, donde recogía y apuntalaba el meollo de la interpretación de Croce. El hecho es ciertamente relevante, por cuanto la figura de Jhering continuaría marcando el pensamiento jurídico del turinés en múltiples aspectos, y ya no sólo como velado estandarte antifascista, sino como auténtica fuente de ideas respecto al fenómeno jurídico en general. Desde aquel

---

<sup>51</sup> CERRONI, Umberto, “Ritorno di Jhering”, en *Democrazia e Diritto (Rivista critica di diritto e giurisprudenza)*, anno 1, fasc. 2, aprile-giugno, 1960, pp. 86-92. Vid. también, en el mismo año, el estudio introductorio de Pietro Piovani a la reedición de *La lotta per el diritto: La lotta per il diritto*, Laterza, Bari, 1960.

<sup>52</sup> TREVES, Renato, “La fortuna di Jhering in Italia e la cultura antifascista”, *Sociologia del diritto*, IV, 1977, 2, pp. 453-457.

<sup>53</sup> CROCE, Benedetto, “Avvertenza” a JHERING, Rudolf von, *La lotta per il diritto*, 3ª ed., trad. de Raffaele Mariano, introd. de Pietro Piovani, Laterza, Bari, 1960, p. 33.

escrito inicial en el que glosaba *La lucha por el Derecho* bajo premisas idealistas similares a las de Croce, fue evolucionando hacia planteamientos positivistas, en los que aún hoy puede palpase la influencia de Jhering. La noción de coacción, la idea funcional del Derecho, la concepción de la filosofía jurídica como una disciplina cultivada preferentemente por juristas...<sup>54</sup>. En todos estos aspectos, por poner sólo unos pocos ejemplos, puede notarse la presencia del alemán.

En todo caso, no vale la pena prodigarse en este tema, porque ya Mario Losano ha realizado una buena exposición de conjunto sobre el significado político de la edición de *La lucha* de 1935<sup>55</sup>. No sólo juristas, sino también intelectuales de otras disciplinas y algunas casas editoriales, se sintieron identificados con el espíritu que se destilaba del prólogo de Croce. No obstante, al margen de esta interpretación política, Croce conoció y difundió otros aspectos de la obra de Jhering. Aunque siempre crítico con su tendencia sociológica y con su tardía orientación utilitarista, se refirió a él en una de sus grandes obras sobre la filosofía de la práctica. A su modo de ver, “no obstante sus profundos conocimientos jurídicos y su vivaz ingenio”, y no obstante su afán por encontrar “la más pura idealidad de la ética”, Jhering se terminó quedando a medio camino de esa senda, encallado en una visión demasiado realista y utilitarista<sup>56</sup>. En cualquier caso, pese a lo crítico de esta valoración, los últimos apuntes sirven para ilustrar cómo también en este periodo de la historia italiana –pese al juicio de Bonazzi– se dio una cierta continuidad en la recepción del jurista alemán.

Para cerrar este apartado, tan sólo nos quedaría hacer mención a la fortuna italiana de Jhering en el período sucesivo al trabajo de Bonazzi. Pues bien, también sobre esta fase existe una breve bibliografía que confirma lo dicho hasta ahora: tanto la labor de traducción, como la literatura secundaria sobre su obra y significado, han seguido manteniendo un ritmo apreciable en esta etapa. Sin ser tan fecunda e intensa como la actividad de los años sesenta, puede afirmarse la existencia de continuidad en la

---

<sup>54</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, “Recensione a R. Jhering: La lotta pel diritto”, en *La Cultura*, Einaudi, marzo de 1935, pp. 51-52. La influencia sobre el pensamiento jurídico de Bobbio es bastante relevante. Puede palpase con especial nitidez en numerosos de los ensayos publicados en el volumen *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, pref. de Mario G. Losano, Laterza, Roma-Bari, 2007. Podría decirse, en cierto modo, que en la dicotomía anunciada desde el mismo título, Kelsen ocuparía el papel de la *estructura*, mientras Jhering el de la *función*. En lo que se refiere a la distinción entre la filosofía jurídica hecha por filósofos y la hecha por juristas, precisamente aludió a Jhering como ejemplo de esta última –que consideraba preferible–: BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 43 y ss.

<sup>55</sup> LOSANO, Mario G., “La lotta per il diritto di Jhering nel dibattito politico dell’Italia degli anni trenta”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII, n° 1, junio, 1998, pp. 195-216.

<sup>56</sup> CROCE, Benedetto, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, a cura di Maurizio Tarantino con una nota al testo di Gennaro Sasso, Bibliopolis, Napoli, 1996, pp. 375-376.

recepción de su pensamiento<sup>57</sup>. Llama bastante la atención, por otra parte, que existan hasta dos estudios específicos dedicados a analizar la influencia del jurista alemán en Italia. En el fondo, ello no hace sino ofrecernos otra importante pista sobre lo penetrante y duradero de su presencia en este país.

### ***c) Jhering en la cultura jurídica francesa***

La recepción de Jhering en Francia, aunque muy diversa de la anterior, también reviste un gran interés. Para entenderla bien, conviene retrotraerse hasta los primeros compases del siglo XIX. Desde la aprobación del código napoleónico de 1804, como es bien conocido, la cultura jurídica francesa sufrió un vuelco de importancia capital para el ulterior desarrollo del Derecho europeo. Y es que, si bien esto no fue algo achacable a los primeros redactores del código, su promulgación dio lugar a una escuela de pensamiento fuertemente legalista, que pretendió ver en la ley escrita una especie de texto sacrosanto, definitivo e inmune al transcurrir del tiempo. De acuerdo con este credo, todo caso singular, por muy único, particular e irreductible que pareciera, podría encontrar una solución adecuada en el venerado texto legal. Así las cosas, según esta corriente, la actividad del jurista debía reducirse a una interpretación aséptica de la norma, sin contaminaciones de otro género<sup>58</sup>.

Las derivaciones de semejante planteamiento fueron múltiples. Como primera consecuencia, se abrió la puerta a una mentalidad jurídica que hoy nos parece obvia, pero que en realidad era muy novedosa en el panorama de la historia del Derecho. Nos referimos a la reducción del fenómeno jurídico al momento legislativo, que cobraba así una preponderancia extraordinaria en relación con el tradicional protagonismo del juez. Si este había sido el titular de la primacía durante la larga etapa del Derecho común,

---

<sup>57</sup> VANO, Cristina, “Una fortuna che dura ancora (1895-1992)”, en AA. VV., *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*, cit., pp. 132-133. Desde el 1992 hasta hoy, han seguido publicándose varios artículos sobre Jhering. En cuanto a su fortuna editorial, se ha traducido todavía una obra más: JHERING, Rudolf von, *La mancia*, trad. de L. Pannarale, Nuova Editoriale Grasso, Bologna, 1998.

<sup>58</sup> Es conocido que Portalis, el principal redactor e impulsor del código, mantenía una postura matizada en cuanto a la posibilidad de subsumir todos los casos en el marco de la ley. Pese a admitir el principio del *non liquet*, por el cual el juez estaba obligado a emitir sentencia en todo caso, no creía que pudiera hacerlo siempre al amparo de su letra exacta. Los principios generales, los usos y la equidad, a su modo de ver, podían ser utilizados en caso de insuficiencia u oscuridad de la ley. Sólo los comentaristas posteriores, haciendo gala de un dogmatismo que fue ajeno a las ideas del inspirador original, procedieron a una entronización absoluta del código: “por mucho que lo intentáramos, las leyes positivas nunca podrían reemplazar al uso de la razón natural en los asuntos de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan variopintos, y sus relaciones tan extensas, que al legislador le es imposible prever todo (...) Por otra parte, ¿cómo encadenar la acción del tiempo?”. (PORTALIS, Jean-Étienne Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*, préface de Michel Massenet, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999, p. 18).

este papel sería ahora asumido por la ley. De este viraje fundamental, como en un juego de dominó, se deducen las características principales que definen a la cultura jurídica francesa durante el siglo XIX. Así, con especial relieve, el estatismo en la doctrina de las fuentes (la única fuente de Derecho es el Estado) y la exigencia de una interpretación mecánica en la doctrina de la aplicación: frente a la enrevesada hermenéutica medieval, ahora todo se reducía al tajante *in claris non fit interpretatio*<sup>59</sup>.

En lo que a nosotros afecta, hubo dos consecuencias de enorme alcance. En primer lugar, se produjo una modificación radical del papel del Derecho romano. Del largo primado del *Corpus Iuris* de Justiniano, incrementado y enriquecido por un monumental palimpsesto de glosas y comentarios más que farragoso, se pasó a disponer de un único libro de leyes, huérfano de interpretaciones, superposiciones o añadidos de ninguna clase. Es verdad que al final, frente a las primeras aspiraciones iusnaturalistas –que apostaban por una gestación racional y *ex novo* del nuevo libro de leyes–, el código terminó acogiendo una gran parte de las antiguas instituciones de Derecho común. Sin embargo, ello no impidió que éste quedara en última instancia reemplazado<sup>60</sup>. Teniendo el código, del que se predicaban cualidades casi taumátúrgicas, no era ya necesario el cultivo de las viejas instituciones romanas: parecía que el ciclo histórico de Justiniano, tras largos siglos de vigencia, había tocado a su fin.

En segundo lugar, se procedió a la abolición de cualquier reflexión sobre el fenómeno jurídico que se situara al margen del estricto comentario legal, lo que afectaba de forma especial a todo lo que hoy ubicamos bajo el paraguas de la filosofía del Derecho. La obsesión de Napoleón por no dar el más mínimo pie a instancias ajenas al legislador, junto con la desproporcionada exacerbación del mito legalista, condujo hasta la supresión de los estudios teóricos en las escuelas donde se formaba a los juristas. Todo aquello que significase desbordar los férreos límites de la ley, incluida la reflexión filosófica sobre la misma, era visto como un peligro potencial<sup>61</sup>. Puede entenderse bien cómo en estas coordenadas la asunción de Jhering no pudo hallar un fácil acomodo. Ni sus contribuciones al estudio del Derecho romano, preñadas a la vez de una enorme

---

<sup>59</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dottore Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 72-84.

<sup>60</sup> KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 183-188; BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 60-72. Antes de la estelar aparición de Portalis en la escena de la codificación francesa –que imprimiría un acento más pragmático y realista al proceso– Jean-Jacques-Régis de Cambacères (1753-1824) presentó tres proyectos de inspiración iusnaturalista. Dado el tono excesivamente innovador de todos ellos, y pese a sus intentos por mitigar el idealismo inicial, fracasaron uno tras otro.

<sup>61</sup> FASSÓ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, 4ª ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 18-19.

carga filosófica, ni sus aportaciones estrictamente teóricas, tenían cabida en el nuevo paradigma jurídico de la Francia napoleónica.

El predominio de esta corriente legalista, la llamada escuela de la exégesis, tuvo lugar entre 1830 y 1880, justo el periodo en el que Jhering publicaba sus grandes obras (el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano* data de 1852; el segundo tomo de *El fin en el Derecho* de 1883). Durante toda esta época, la consigna de la ciencia jurídica francesa fue que no existía ningún otro Derecho más allá del recogido en el código napoleónico. Ni las orientaciones políticas o sociales, ni las propuestas de los filósofos, ni las hipotéticas interpretaciones torticeras de habilidosos leguleyos, cabían en este nuevo modelo legalista. Se entiende así la lapidaria frase de Joseph Bugnet, uno de los más célebres juristas de dicha escuela: “yo no conozco el derecho civil, yo sólo enseño el Código de Napoleón”<sup>62</sup>. Así las cosas, sólo después del inevitable derrumbe de tan dogmático modo de concebir el Derecho –cosa que sucedería hacia finales del siglo XIX y principios del siguiente– pudo acogerse con interés el pensamiento de Jhering. Es así como los grandes autores del movimiento antiformalista francés, erigidos en críticos y reformadores de los excesos de la ideología codificadora, encontraron un poderoso referente en el jurista alemán.

François Gény (1861-1959), en primera instancia, situó a Jhering como uno de sus inspiradores más importantes, lo cual se refleja en el gran número de citas que le dedica a lo largo de su ensayo programático, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*<sup>63</sup>. Publicada en 1899, tan sólo siete años después de la muerte del alemán, esta obra supuso un hito para la ciencia jurídica francesa y se convirtió en un referente de las tendencias críticas y sociológicas del Derecho a escala internacional, desde Italia hasta España, Brasil o Estados Unidos<sup>64</sup>. A la vez que en Alemania florecían la jurisprudencia de intereses y la escuela del Derecho libre, en Francia Gény encabezaba un movimiento

---

<sup>62</sup> BUGNET, Joseph, citado en BONNECASE, Julien, *L'école de l'exégèse en droit civil*, E. de Boccard, Paris, 1924, pp. 29-30.

<sup>63</sup> GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899], 2<sup>ème</sup> édition revue et mise au courant précédé d'un préface de Raymond Saleilles, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1954. Sobre las fuentes jurídicas y filosóficas de Gény vid. KAYSER, Pierre, “La vie et l'œuvre de François Gény”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (François Gény e la scienza giuridica del Novecento), 20, 1991, pp. 53-76.

<sup>64</sup> Vid. GROSSI, Paolo, “Pagina introduttiva (Ripensare Gény)”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 1-51, especialmente pp. 1-5; COSTA, Pietro, “L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 367-495; CLAVERO, Bartolomé, “El método entre infieles o el código en España”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 271-317; REALE, Miguel, “Gény na cultura jurídica brasileira”, *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, pp. 351-365; PETIT, Carlos, “A contributor to the method of investigation. Sobre la fortuna de Gény en América”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 201-269.

que promovía “la libre búsqueda científica”, es decir, una teoría de la interpretación que no tuviese a la ley como única referencia. Aun considerando a ésta como la fuente primaria del Derecho, quería ir más allá de su letra y proponer un cierto eclecticismo metódico a la hora de interpretarla<sup>65</sup>. Sólo así podían corregirse los absurdos a los que abocaba un legalismo exacerbado.

Con independencia de las particularidades de su pensamiento, en el que no cabe entrar ahora, lo cierto es que el alemán se contaba entre sus fuentes de inspiración más destacables: “En Alemania, donde hasta ahora la investigación jurídica no estaba constreñida por el molde rígido de una codificación general (por lo menos en lo que respecta al derecho civil), R. von Jhering se ha alzado, con el ardor y la energía que ya le conocemos, contra el procedimiento de las construcciones *a priori* y las deducciones geométricas [...]. Esta teoría, de la que sobre todo se desprende un vivo sentimiento de reacción (que aquí sólo quiero dejar anotado) contra el abuso de una lógica estrecha y estéril, ha suscitado entre nosotros, sus vecinos, todo un movimiento de ideas a favor de un rejuvenecimiento del método; y podemos esperar que, en la aplicación del nuevo código civil, protegerá a su ciencia jurídica práctica de ciertos peligros de la codificación, ya divisados otrora claramente por Savigny<sup>66</sup>.

Junto a la renovación promovida por Géný, es obligado reseñar la impronta de su amigo y colega Raymond Saleilles (1865-1912), otro de los pilares de la crítica francesa contra el formalismo de la exégesis<sup>67</sup>. El punto de vista de éste, quizá más matizado que el del anterior, se mostró igualmente influido por las tesis de Jhering. Como botón de muestra de la comunión de ideas entre estos juristas franceses y su homólogo alemán, sirva la siguiente frase que Saleilles redactó como prólogo a Géný: “no encuentro mejor forma de acabar este prefacio, que mediante la fuerte divisa, inspirada por una frase análoga de Jhering, en torno de la cual converge, ora envolviéndolo ora desarrollándolo (como se prefiera), todo el libro de M. Géný: *ja través del Código civil, pero más allá del Código civil!* Quizá yo me encontraría entre aquellos que de buena gana hubieran

---

<sup>65</sup> HAKIM, Nader, “Géný, François”, en AA. VV., *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>ème</sup> – XX<sup>ème</sup> siècle)*, publié sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, Quadriga-Puf, Paris, 2007, pp. 360-362.

<sup>66</sup> GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., pp. 8-9.

<sup>67</sup> Raymond Saleilles fue profesor de historia del Derecho, Derecho civil, Derecho penal y Legislación comparada en Grenoble, París y Dijon. Es conocido por haber fundado la *Société d'études législatives* en 1902 y por haber organizado el primer centenario del código francés, que marcó un hito en la evolución de la ciencia jurídica gala. Su trascendencia internacional tiene que ver, por encima de todo, con su pionera contribución a la génesis del Derecho comparado como disciplina científica. Vid. HALPÉRIN, Jean-Louis, “Saleilles, Raymond”, en AA. VV., *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>ème</sup> – XX<sup>ème</sup> siècle)*, cit., pp. 694-696.

invertido los términos: *¡más allá del Código civil, pero a través del Código civil!* Reconozco que implicaría quitarle algo de audacia y querer conservar una parte de ficción. Pero no insisto ya más –demasiado feliz de dejarme convencer– siempre que esto sí pueda convencer: aquello en lo que todos tenemos más interés es el ‘*más allá*’. A partir de ahora, será difícil que este ‘*más allá*’ no se convierta en la máxima de todos los juristas”<sup>68</sup>.

La mayor importancia de Saleilles radica en haber contribuido de forma central a la fundación de una nueva disciplina científica: el Derecho comparado. En semejante propósito, sin duda, confluyeron muchos factores e influencias. Ahora bien, de entre todos ellos, fue fundamental el impulso de Jhering<sup>69</sup>. No en vano, también se ha atribuido a éste el papel de cicerone en los estudios de comparatística jurídica. Por supuesto, en su caso se trató de una contribución iniciática y restringida a la historia del Derecho, pero aquello ya era significativo. A su modo de ver, en efecto, la ciencia jurídica debía ensanchar su horizonte más allá de las fronteras políticas de cada nación, porque de otra manera corría el riesgo de degradarse: sólo la comparación con Derechos históricos de otros lugares, con un cotejo de instituciones alejadas en el tiempo y el espacio, podía llegar a pensarse la universalidad que tanto le ocupó desde los primeros compases del *Espíritu del Derecho romano*<sup>70</sup>.

Las referencias a Jhering en la obra y la correspondencia de Saleilles son muchas y de diverso género: relativas al Derecho civil, a la historia del Derecho, a la metodología jurídica... En todos esos campos, la admiración del francés es palmaria y no va mucho más allá del tono laudatorio que ya encontrábamos con Géný. Por lo que respecta al Derecho comparado, sin embargo, Saleilles introduce una novedad frente a la interpretación de su colega. En una misiva a Eugen Huber<sup>71</sup>, con el que mantuvo una

---

<sup>68</sup> SALEILLES, Raymond, “Préface” a GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., p. XXV. Para la cita de Jhering a la que se alude, vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, p. 14: “a través del Derecho romano, pero más allá de éste – este es el lema en el que se encierra, a mi modo de ver, el significado del Derecho romano para el mundo moderno”.

<sup>69</sup> La influencia de Jhering sobre Saleilles se encuentra ampliamente documentada en ARAGONESES, Alfons, “*Au delà du code civil mais par le code civil*”. *Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado*, tesis doctoral, Universidad de Girona, 2006.

<sup>70</sup> Sobre Jhering como pionero del Derecho comparado, vid. ZWEIGERT, Konrad, “Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit, pp. 240-251. ZWEIGERT, Konrad y SIEHER, Kurt, “Jherings Influence on the Development of Comparative Legal Method”, *The American Journal of Comparative Law*, 19, 1971, pp. 215-231.

<sup>71</sup> Eugen Huber (1849-1923) fue uno de los juristas más sobresalientes del tránsito entre los siglos XIX y XX. Nacido en las cercanías de Zúrich y representante de las últimas generaciones de la escuela histórica (fue alumno de Jhering en la Universidad de Viena), a él se le debe la unificación del Derecho privado helvético. El código civil suizo de 1912, de hecho, no es sino un desarrollo del anteproyecto redactado por él con tal propósito. El famoso artículo 1 de este texto, que habilitaba al juez para crear Derecho en



correspondencia prolija, se refería al pensamiento del alemán como inspirador y pionero del Derecho comparado: “luchó contra muchas dificultades, de las cuales la principal es hacer entender a mucha gente que no tiene idea de lo que es el derecho comparado. Para ellos, es estudiar una cuestión jurídica según la diversa reglamentación que ha recibido en las diferentes legislaciones. Pero esto es tan sólo el comienzo del derecho comparado; es una yuxtaposición, no es una comparación. Es como si dijéramos que hemos hecho derecho romano cuando establecemos la versión exacta de los textos. De la yuxtaposición hay que extraer resultados; por cierto que estos resultados se extraen por sí solos, mediante la compenetración inconsciente de los usos y de las doctrinas. Jhering lo ha mostrado admirablemente. Ahora bien, junto a la compenetración inconsciente, hace falta organizar una compenetración consciente y científica, y esto es lo que es el derecho comparado”<sup>72</sup>.

De todo ello se sigue que, si bien tardía y diferente a la italiana, la recepción francesa de Jhering fue tan importante o más que aquélla. En líneas generales, puede decirse que su introducción en Francia tuvo más que ver con el planteamiento sociológico y antiformalista de la segunda etapa que con sus contribuciones dogmáticas o sus posiciones respecto a la teoría del Derecho y del Estado. Es algo muy coherente con el tiempo que se vivía. Si de lo que se trataba era de criticar una ideología legalista como la de la exégesis, qué mejor inspiración que la de su fase sociológica para fundamentar un nuevo modo de pensar el Derecho. A partir de ahora, la ciencia jurídica francesa debía construirse con la mirada puesta en el devenir de las instituciones sociales y en los fines prácticos para los que debía crearse e interpretarse el Derecho. Los fríos mecanismos de razonamiento lógico, apadrinados y fomentados por la escuela de la exégesis, se habían revelado incapaces de resistir a la amenaza de la obsolescencia y resultaban del todo inservibles a la altura de 1900.

Fijémonos, además, en que la época de esta recepción coincide con la segunda oleada de influencia jheringiana en el contexto germánico. Las obras antiformalistas de la escuela del Derecho libre y la jurisprudencia de intereses, en efecto, coexistieron en el tiempo con la sociologización del pensamiento jurídico francés. Y desde ambos núcleos,

---

caso de lagunas, fue consecuencia de su cercanía a las ideas del Derecho libre, la jurisprudencia de intereses y la escuela de Gény. Entre sus amistades, de hecho, se contaba la de Max Rümelin, uno de los representantes más destacados de la jurisprudencia de intereses. Vid. PICHONNAZ, Pascal, “Eugen Huber”, en AA. VV., *Juristas universales* (vol. 3), cit., pp. 571-573.

<sup>72</sup> SALEILLES, Raymond, “Lettre a Eugen Huber (17. 12. 1899)”, in ARAGONESES, Alfons (Hrsg.), *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2007, pp. 91-92.

pese a sus particularidades, se practicó una remisión al pensamiento de Jhering como pionero intelectual. Tampoco es casual, en este sentido, que el propio Gény reflexionara en clave positiva sobre el pensamiento antiformalista germánico<sup>73</sup>. La única diferencia de la recepción francesa con esta última es que en el país galo faltó una primera penetración en pleno siglo XIX. Es verdad que muchas obras fueron traducidas y admiradas por un jurista belga llamado Octave de Meulenaere, quien llevó a cabo una intensa labor de difusión. Sin embargo, sus esfuerzos nunca llegaron a cuajar en una asimilación seria de su pensamiento<sup>74</sup>.

En todo caso, no es sólo a causa de la recepción promovida por Gény o por Saleilles por lo que la influencia del alemán tuvo un marcado sentido sociológico. Especialmente interesante a este respecto es la repercusión que ejerció en la formación del joven Émile Durkheim. Sobre este último influjo, se sabe más bien poco y en él se encierran particularidades que conviene explicar con algo de detenimiento. Hasta hace no mucho tiempo, se pensaba que la ascendencia intelectual de Durkheim debía rastrearse en los pioneros franceses de la ciencia social: Montesquieu, Comte, Saint-Simon, Espinas y Rousseau<sup>75</sup>. Sin embargo, investigaciones recientes han revelado que *La división del trabajo social* –en origen su tesis doctoral– fue ideada gracias a numerosas influencias recabadas del mundo intelectual germánico. Entre todas sus referencias teóricas, que van desde Ferdinand Tönnies hasta Georg Simmel, desde Albert Schäffle hasta Gustav Schmoller, se encontraba también la de Jhering, al que expresamente se citaba en la primera entrega de dicha obra.

Sin embargo, todas estas alusiones desaparecieron en las siguientes ediciones. Como ha sugerido Gregorio Robles, esto pudo deberse al nacionalismo y la animadversión política entre las dos potencias<sup>76</sup>. Por un lado, muchos de los autores alemanes eran de origen judío. Por otro lado, los dos países se estaban disputando la hegemonía europea y hacía bien poco de la derrota francesa en la guerra franco-prusiana. En este contexto, ser germanófilo era bastante problemático. Primero, por la procedencia judía de muchos autores alemanes. Tengamos en cuenta que se trataba de la

---

<sup>73</sup> GÉNY, François, “Il movimento del diritto libero nei paesi austro-tedeschi”, en AA. VV., *L'antiformalismo giuridico*, cit., pp. 43-63.

<sup>74</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 168-169 y 245-250.

<sup>75</sup> Vid. DURKHEIM, Émile, *Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología*, trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azúa y estudio preliminar de Helena Béjar, Tecnos, Madrid, 2000.

<sup>76</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 14-25. Vid. también JONES, Robert Alun, “The Positive Science of Ethics in France: German Influences on *De la division du travail social*”, *Sociological Forum*, vol. 9, nº 1, 1994, pp. 37-57.

Francia del caso Dreyfus, en el que Durkheim había tomado partido a favor del capitán judío. Añadir a esto una cierta filiación semita en la elección de sus libros de cabecera, podría haber sido un problema. Segundo, por las tensiones internacionales entre ambos Estados. En un clima de guerra solapada y germanofobia generalizada, no era muy conveniente demostrar apego hacia la ciencia alemana. Ambos factores debieron de mover a Durkheim, según Robles, a maquillar su ascendencia intelectual como medida profiláctica. En todo caso, aunque no podamos extendernos más, lo dicho da una buena muestra de la penetración de Jhering en la ciencia social francesa<sup>77</sup>.

Por lo que respecta al periodo histórico más próximo, todavía puede palparse la influencia de su obra. Es forzoso reconocer que su presencia no es comparable a la existente en países como Italia o Alemania. Y es que, pese a las correcciones efectuadas por la escuela de Géný o la de Saleilles, la cultura jurídica francesa sigue estando marcada por un notable legalismo. En cualquier caso, y aunque su influencia es menor que la ejercida durante la primera mitad del siglo XX, puede seguir registrándose la aparición de algunos escritos y artículos especializados sobre su pensamiento. También en la actualidad, por cierto, tendentes a subrayar la vertiente sociológica y antiformalista de su obra. Por otra parte, y en la misma línea, la relevante institucionalización de una vertiente socio-jurídica en su cultura académica reciente, mantiene vivo el legado que ya dejó Jhering en los inicios del pasado siglo<sup>78</sup>.

#### ***d) Jhering en la cultura jurídica anglosajona y norteamericana***<sup>79</sup>

Para estudiar la repercusión de las ideas de Jhering en el ámbito anglosajón disponemos de una preciosa referencia. En el volumen colectivo publicado por Franz Wieacker con motivo del aniversario de su nacimiento, nos encontramos con un artículo breve, pero muy enjundioso, escrito por H. L. A. Hart. Veamos las palabras con las que

---

<sup>77</sup> Como muestra del interés que suscitaba en Francia la ciencia social alemana, vid. BOUGLÉ, Charles, *Les sciences sociales en Allemagne. Les méthodes actuelles*, Felix Alcan Éditeur, Paris, 1896. Los autores que Bouglé selecciona para trazar el mapa de la sociología germana corresponden a diversos ramos de la ciencia social: Moritz Lazarus a la psicología, Georg Simmel a la sociología *stricto sensu*, Adolf Wagner a la economía, y Rudolf von Jhering al Derecho.

<sup>78</sup> Como pequeña muestra de la literatura gala reciente, vid. los siguientes artículos: COULOMBEL, Pierre, “Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 55, 1957, pp. 609-631; GAUDEMET, Jean, “Organicisme et évolution dans la conception de l’histoire du droit chez Ihering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit, pp. 29-39; VILLEY, Michel, “Le droit subjectif chez Ihering”, en ID., *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, Paris, 1969, pp. 208-220; CHAZEL, François, “Sentiment d’injustice, lutte pour le droit et rationalité axiologique : variations sur le «cas» de Michael Kohlhaas”, *Droit et Société*, 55, 2003, pp. 769-781.

<sup>79</sup> Aunque se va fuera del marco europeo, también tratamos aquí la influencia norteamericana, porque tradicionalmente ha existido un nexo muy potente entre su cultura jurídica y Europa.

abría su contribución el filósofo de Oxford: “empezaré expresando mi pesar de que tan pocas de las obras importantes de Ihering se hayan traducido al inglés. Se trata de una tragedia intelectual; no existe traducción inglesa ni siquiera de la genial *Geist des römischen Rechts* ni de *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* [...] Espero que este fracaso nuestro en contar con traducciones de estas obras sea remediado algún día”<sup>80</sup>.

Más de cuarenta años después de escribirse aquella frase, podemos decir que sigue tratándose de un juicio certero y de un anhelo insatisfecho, puesto que el panorama de las traducciones inglesas de Jhering –hasta donde sabemos– no ha variado ni un ápice. No obstante, conviene que maticemos la primera conclusión que esto nos podría sugerir, porque no siempre la carencia de un amplio elenco bibliográfico es significativa con respecto a la asimilación real de un pensamiento. Y es que, si bien la constatación de Hart es cierta, no parece tan claro que de ello pueda extraerse un diagnóstico negativo en cuanto a la penetración de Jhering en el mundo jurídico anglosajón. Más bien, como enseguida justificaremos, su presencia es muy relevante en dicha cultura.

En líneas generales, puede decirse que Jhering no gozó de gran influencia en el ámbito británico, desde el que estaba escribiendo el propio Hart. Sin embargo, sus repercusiones fueron de enorme amplitud y profundidad en la cultura jurídica estadounidense. De hecho, tanto *La lucha por el Derecho* como *El fin en el Derecho* fueron publicados por primera vez en los Estados Unidos y no en Gran Bretaña: la primera de estas obras en 1879, bajo el título *The Struggle for Law*; la segunda –aunque sólo del primer tomo– en 1913 y bajo el poco literal encabezamiento de *Law as a means to an end*<sup>81</sup>. Ambas estarían destinadas a ejercer un influjo más que poderoso en la cultura jurídica norteamericana: primero a través de Oliver Wendell Holmes (1841-1935), después sobre Roscoe Pound (1870-1964) y, por último, en muchos autores de la escuela realista norteamericana.

No es fácil explicar el porqué de esta divergencia entre ambos contextos. Recurrir al hecho de que el sistema jurídico anglosajón era muy distinto del Derecho continental

---

<sup>80</sup> HART, H. L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit, pp. 68-78. Existe traducción castellana en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, cit, pp. 109-123.

<sup>81</sup> La primera traducción británica de *La lucha por el Derecho*, con el título *The Battle for Right*, data de 1884. Esta versión, comparada con su homóloga estadounidense, erraba por completo al traducir el título: al evitar el término *Struggle* se diluían las importantes resonancias darwinianas del original alemán (la popular obra de Darwin se llamaba *The Struggle for Life*); al traducir *Recht* por *Right*, incluía sólo la mitad del pensamiento de Jhering, que aludía a ambos sentidos de Derecho: en su dimensión objetiva, en tanto que ordenamiento jurídico (*Law*), y en la subjetiva, en tanto que pretensión susceptible de ejercitarse ante los tribunales (*Right*). Respecto a la segunda de las obras citadas, *El fin en el Derecho*, no ha habido más ediciones británicas. Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit, pp. 207-257.

podría parecer una buena razón para que Jhering no hubiera penetrado con facilidad en la cultura del *common law*. Sin embargo, sí fue rápidamente introducido en Estados Unidos, que también formaba parte del mismo modelo. Así las cosas, quizá sea más razonable pensar que, a la altura de finales del XIX y principios del siglo XX, el pensamiento jurídico inglés se hallaba dominado por dos importantes corrientes teóricas, que coparon casi todo el panorama intelectual en cuanto al Derecho se refiere. La predominancia casi exclusiva de ambas, según la hipótesis que aquí vamos a manejar, fue lo que obstaculizó la penetración de Jhering. Una penetración que, sin embargo, sí se dio con fuerza al otro lado del océano.

Por un lado, estaba la línea emprendida por Jeremy Bentham, quien a su vez había influido de forma notable en las ideas del último Jhering<sup>82</sup>. El principio utilitarista de la finalidad como criterio de la existencia de las normas, la teoría imperativista del Derecho, la idea de la irreductible variabilidad de los ordenamientos en función de las coordenadas histórico-geográficas, o la insistencia en el factor coactivo como elemento central del fenómeno jurídico, formaban ya parte del acervo de pensamiento que los ingleses tenían disponible en Bentham. Como puede verse, son ideas que encontramos también en la concepción iusfilosófica de Jhering. Es verdad que podrían señalarse muchas diferencias entre ambos, ya que las formas de plantear los temas son distintas en uno y otro caso. Pero el hecho es que la existencia de Bentham, con gran probabilidad, habría hecho un tanto redundante la asimilación provechosa de Jhering. No en vano Roscoe Pound pensaba, pese al excesivo esquematismo de tal afirmación, que Jhering venía a ser “el Bentham alemán”<sup>83</sup>.

Por otro lado, estaba la tendencia representada por John Austin. Pese a ser el gran continuador de Bentham, Austin avanzó ideas que en realidad eran algo ajenas a la orientación preponderante de su maestro. Concretamente, desarrolló lo que más tarde se conocerá como *Teoría General del Derecho*. No era la primera vez que se proponían ideas similares, pues Adolf Merkel había caminado en un rumbo semejante, pero puede

---

<sup>82</sup> Vid. DRAKE, Joseph H., “Editorial Preface to this volume”, en JHERING, Rudolf von, *Law as a means to an end*, trad. de Isaac Husik, The Boston Book Company, Boston, 1913, pp. XV-XXIV; Vid. también MORESO, Josep Juan, *La teoría del Derecho de Bentham*, PPU, Barcelona, 1992.

<sup>83</sup> POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2000, pp. 127 y ss, 215 y ss; “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 25, 1912, pp. 489-516. ID., “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, *Harvard Law Review*, 27, 1914, pp. 195-234. La influencia de Jhering puede palpase también, desde el mismo título, en una de sus obras centrales: *The Spirit of the Common Law* [1921], Beacon Press, Boston, 1963.

considerarse a Austin como el representante canónico de dicha tendencia<sup>84</sup>. Esta forma de plantear la filosofía jurídica heredaba el rechazo al iusnaturalismo inculcado por Bentham, pero no seguía los pasos sucesivos de éste. En lugar de buscar un marco de reflexión alternativo al derrumbado Derecho natural, como hacía aquél al focalizar su atención en la política y la sociedad, Austin ideó una filosofía que pudiese construirse sin salir fuera del Derecho positivo. Se trataba de encontrar, a través de un ejercicio de comparación entre diferentes sistemas, aquellos “conceptos jurídicos fundamentales” que se hallarían en el fondo de cualquier orden legal: una especie de “catálogo de principios” que serían intrínsecos a todo ordenamiento concreto y, por ende, parte esencial de la misma idea de Derecho.

La inspiración para construir semejante teoría provenía de la fructífera estancia que Austin realizó en Alemania, donde entró en contacto con las ideas de Savigny y sus discípulos<sup>85</sup>. Particularmente, encontró una valiosa fuente de inspiración en el método constructivo practicado por Puchta y los pandectistas. Éste método se basaba en la inducción de conceptos jurídicos cada vez más amplios y comprensivos, merced a un proceso de derivación y depuración que arrancaba desde las normas e instituciones inferiores del sistema, para llegar al final hasta su cúspide. Esta técnica, sin embargo, sufre en Austin una transformación que le confiere originalidad propia. No se trataba ya de definir una lista de conceptos que englobasen la pluralidad de normas de un sistema *determinado*, sino de encontrar una especie de gramática *universal* del Derecho, una serie de conceptos necesarios e independientes de cualquier orden normativo concreto. Como ejemplo Austin señalaba las nociones de delito, pena, sanción, derecho u obligación, ideas que en su opinión debían existir en cualquier sistema jurídico: no encontrarlas sería, desde este punto de vista, un imposible ontológico<sup>86</sup>.

En todo caso, no nos interesa profundizar ahora en esto. Lo relevante del caso es que, dada la matriz de donde bebía este modo de hacer filosofía, tampoco se presentaba aquí un colchón de acogida adecuado para el pensamiento de Jhering. El punto de vista

---

<sup>84</sup> Sobre Merkel como pionero de la *Teoría General del Derecho*, vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 61-66. En realidad, según González Vicén, hay una divergencia radical entre Merkel (que es el padre de la expresión *Teoría General del Derecho*) y Austin, que más bien sería el pionero de la *Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales*. La literatura posterior, sin embargo, ha adjudicado a Austin una rúbrica que había sido formulada como tal por Merkel.

<sup>85</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Estudio preliminar” a AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 5-22.

<sup>86</sup> AUSTIN, *Sobre La utilidad del estudio de la jurisprudencia*, versión y estudio de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 27-31.

de su primera etapa, que sí encontraba un reflejo aproximado en el planteamiento de Austin, se encontraba en realidad superado por el giro que éste había impreso al método pandectista: no era sólo la búsqueda de lo universal lo que le interesaba, sino también la utilidad pragmática de esa indagación filosófica de altos vuelos<sup>87</sup>. Y el segundo Jhering, desengañado respecto a la posibilidad de construir un sistema coherente y racional de conceptos jurídicos, se hallaba en coordenadas similares a las de Bentham: frente a la imposibilidad del Derecho natural y ante la inexistencia de una regla áurea que diese orden y unidad a la infinidad de preceptos, normas, instituciones y procedimientos que integran los sistemas jurídicos, la única vía factible era salirse fuera del sistema para poder dar alguna explicación sobre el Derecho<sup>88</sup>.

He aquí el nexo que sí terminaría permitiendo una importante influencia en los Estados Unidos. El célebre juez Holmes, padre espiritual del realismo americano y referente indispensable para entender la actual cultura jurídica estadounidense, se alineaba claramente con la opción adoptada por Bentham y por Jhering. De hecho, rechazó expresamente el método de Austin ya a partir de 1874, cuando ni siquiera había comenzado a leer al jurista alemán<sup>89</sup>. Es sólo en 1879 cuando pudo conocerlo por primera vez, tras un probable intento fallido con la versión alemana del *Espíritu del Derecho romano* en diciembre de 1877. Sea como sea, sólo será a través de la versión francesa en cuatro tomos de Meulenaere<sup>90</sup>, y gracias a la traducción norteamericana de *La lucha por el Derecho* (que vio la luz en 1879)<sup>91</sup>, cuando pudo familiarizarse con los principales puntos de vista de Jhering.

Es difícil evaluar hasta qué punto repercutió en su manera de entender el Derecho, ya que la mayor parte de su legado nos lo transmitió en su actividad de juez y no de teórico –hasta el punto de que buena parte de sus concepciones iusfilosóficas debe

---

<sup>87</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe” en ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46. Frente a la pasividad de la ciencia jurídica practicada por sus antecesores, según Jhering, había que transitar a una ciencia jurídica productiva.

<sup>88</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto. Vol. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 288-291.

<sup>89</sup> Vid. GIULIANI, Alessandro, “Dal positivismo ‘benthamiano’ al realismo giuridico”, cit, p. 100. Sobre las lecturas del joven Oliver Wendell Holmes, puede consultarse el interesante artículo de LITTLE, Eleanor L., “The Early Reading of Justice Oliver Wendell Holmes”, *Harvard Library Bulletin*, 8, 1954, pp. 163-203. Incluye una relación exhaustiva de sus lecturas tempranas, separada por años y por meses según los cuadernos de notas del propio Holmes, en los que éste iba dejando rigurosa constancia de sus “conquistas bibliográficas”, con un método y una aplicación admirables.

<sup>90</sup> JHERING, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. par Octave de Meulenaere, Librairie Marescq Aîné, Paris et F. Clemm, Gand, 1877-1878.

<sup>91</sup> JHERING, Rudolf von, *The Struggle for Law*, translated from the 5<sup>th</sup> German edition by John J. Lalor, Callaghan & Co., Chicago, 1879.

buscarse en sus sentencias<sup>92</sup>-. No obstante, y pese a tratarse de un asunto controvertido, cabe pensar que el trasvase de ideas existió. La formación filosófica de Holmes estaba muy ligada con el pragmatismo norteamericano, lo cual facilitaría la acogida de un punto de vista teleológico y antiformalista como el del último Jhering, reacio a la veneración desafortunada por la lógica y consciente de que el Derecho es una realidad en perpetuo movimiento. Si tenemos en cuenta sus lecturas y la coincidencia teórica de numerosos pasajes y opiniones, no parece haber problema en sostener dicha influencia. Desde luego, como documenta cuidadosamente Hart, la afinidad teórica entre ambas visiones del Derecho rezuma en casi todos los aspectos<sup>93</sup>.

En cualquier caso, el mayor exponente de esta recepción sería Roscoe Pound (1870-1964), quien además terminaría propagando las ideas de Jhering entre las filas del realismo americano<sup>94</sup>. El papel de Pound en la cultura jurídica norteamericana es el de mediador entre el pensamiento europeo y el naciente interés estadounidense por las cuestiones filosóficas relativas al Derecho. Lector voraz, curioso por todos los campos de conocimiento, ser de gustos eclécticos e interdisciplinarios y conocedor exhaustivo de la literatura jurídica y filosófica del viejo continente, vino a representar el gozne entre las culturas jurídicas de ambos lados del océano<sup>95</sup>. En ese sentido, se sitúa también como un gran referente del tránsito entre el mundo de Holmes y la generación del realismo jurídico. Fue sólo a partir de Pound, en efecto, cuando se empezó a producir un contacto realmente estrecho entre la filosofía jurídica estadounidense y las producciones intelectuales europeas, un puente que ha terminado marcando la evolución iusfilosófica del siglo XX y los comienzos del XXI.

Por otra parte, al pertenecer a una generación posterior a la de Jhering y Bentham, Pound desempeñó un puesto similar al de la jurisprudencia de intereses en el mundo germánico. Si ésta había tratado de adaptar la idea de interés –formulada en abstracto por Jhering– a la praxis y la metodología jurídica reales, también el americano quiso ejercer esa transición en la cultura jurídica de su país<sup>96</sup>. En su caso, los referentes eran Jhering, Holmes y Bentham, de los cuales pudo extraer la veta sociológica, el realismo y

---

<sup>92</sup> Vid. ARJONA SEBASTIÀ, César, “Estudio preliminar” a HOLMES, O. W., *Los votos discrepantes del juez Holmes*, trad. y estudio preliminar de César Arjona, Iustel, Madrid, 2006, pp. 11-56.

<sup>93</sup> HART, H. L. A., “El cielo de los conceptos de Jhering...”, cit., pp. 110-115.

<sup>94</sup> Vid. POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, cit., pp. 130 y ss; ID., “The Call for a Realist Jurisprudence”, cit., pp. 697-711.

<sup>95</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., “Roscoe Pound”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3) Juristas del siglo XIX*, cit., pp. 876-883.

<sup>96</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung (Band II: Anglo-Amerikanischer Rechtskreis)*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, pp. 226-236.



el pragmatismo a la hora de entender el Derecho. Sin embargo, faltaba dar un paso hacia la consagración práctica de ese mundo de ideas. A partir de 1921, y siempre remitiéndose al alemán como inspirador fundamental, comenzó a desarrollar una teoría global basada en el concepto de interés<sup>97</sup>. Desde luego, la introducción de Jhering en el mundo jurídico norteamericano ha de retrotraerse a la traducción de *La lucha por el Derecho* y del primer volumen de *El fin en el Derecho* (en 1913), cuya edición vino acompañada de varios e interesantes estudios introductorios<sup>98</sup>. No obstante, su verdadera virtualidad en este ámbito de pensamiento, así como su penetración en el realismo americano, se la debemos a Pound sin asomo de duda.

La influencia que Jhering ejerció sobre este movimiento es gigantesca, pues se infiltró casi sin excepciones en el pensamiento de los más señeros de sus representantes, desde Felix Cohen hasta Jerome Frank o Karl Llewellyn. Prácticamente todos, y en general con bastante frecuencia, se refirieron a su obra como fuente de los elementos que luego desarrollarían en sus respectivas teorías<sup>99</sup>. Téngase en cuenta que el realismo jurídico, en el fondo, no fue sino una variación en sentido antiformalista del positivismo jurídico<sup>100</sup>. En lugar de creer en la omnipotencia de la ley, o en el poder taumatúrgico del Estado, se trataba de subrayar la existencia de una pléyade de factores sociales que determinan el ser del Derecho: la ideología del juez, la psicología social predominante, la habilidad del abogado, los intereses políticos del momento... También aquí, por lo tanto, cabe constatar un paralelismo con la recepción sociológica y antiformalista que comprobábamos en Francia y Alemania. La coincidencia en el tiempo con aquéllas, cómo no, también es significativa.

Es muy posible que los puntos de vista de Jhering fueran mucho más matizados que los de la mayoría de los realistas. No en vano, y pese a las tendencias sociológicas de la última etapa, el alemán nunca renunció al enfoque estatalista, ni prescindió del elemento de la coacción institucionalizada como factor definitorio del Derecho. No

---

<sup>97</sup> Vid. POUND, Roscoe, "A Theory of Social Interests", *Papers and Proceedings of the American Sociological Society*, 1921, pp. 16-45.

<sup>98</sup> JHERING, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, transl. by Isaac Husik with an editorial preface by Joseph H. Drake and with introductions by Henry Lamm and W. M. Geldart, The Boston Book Company, Boston, 1913. En varios de esos ensayos introductorios, sintomáticamente, se intentaba establecer una analogía entre Jeremy Bentham y el propio Jhering (vid. p. e. pp. XVII-XXIV).

<sup>99</sup> Vid. SUMMERS, Robert, "Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory – A Selective Account", en *Jherings Rechtsdenken*, cit., pp. 77-96; ZWEIGERT, Konrad y SIEHER, Kurt, "Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method", cit., pp. 224-230.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "Sobre el positivismo jurídico", en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 171-205, especialmente pp. 190 y ss.

obstante, tal es el destino inquebrantable de las ideas: “rodar por la historia”<sup>101</sup>. Aunque los norteamericanos condujesen los planteamientos de Jhering hasta linderos que él nunca hubiera atravesado, lo cierto es que en su obra hay elementos suficientes para forjar una concepción escéptica como la que caracterizó al realismo jurídico. El rechazo por la lógica como instrumento epistemológico para la ciencia del Derecho, la renuncia a la idea de sistema como posible explicación de los ordenamientos jurídicos, o el hincapié en las instituciones sociales como basamento último de la experiencia jurídica, son elementos que ya estaban presentes en su obra.

Así pues, puede ya emitirse una doble conclusión: 1) por lo que respecta a la presencia de Jhering en la cultura jurídica norteamericana, cabe certificar una poderosa influencia directa, primero a través de Holmes y sobre todo mediante Roscoe Pound, quien filtraría sus ideas entre las filas de los jóvenes autores realistas. Por mucho que éstos exacerbasen alguno de sus planteamientos, la influencia directa es innegable. 2) Por lo que se refiere a la cultura jurídica británica, el influjo no se pudo dar de forma inmediata, pero sí a través de la vía del realismo norteamericano, que más tarde terminaría marcando con fuerza el quehacer iusfilosófico de Gran Bretaña. El trasiego entre ambos lados del océano, en efecto, era y es importante en el terreno de las ideas jurídicas. Así las cosas, por lo tanto, también en la cultura jurídica anglosajona nos encontramos con una importante presencia del pensamiento de Jhering.

#### ***e) Jhering en la cultura jurídica escandinava***<sup>102</sup>

La influencia de Jhering en el ámbito escandinavo, aunque quizá más dispersa y solapada que las anteriores, es fuerte y digna de reseñarse. Además, encierra algunas particularidades propias que contribuyen a mejorar el mapa de la recepción de su pensamiento que estamos intentando trazar aquí. En primera instancia, debe constatarse la escasa labor de traducción que se ha llevado a cabo en los países nórdicos. Tan sólo existe una traducción danesa de *La lucha por el Derecho* (1875), dos traducciones suecas de la misma obra (1879 y 1941), una traducción sueca de *Das Trinkgeld –La*

---

<sup>101</sup> La expresión es de Emilio Lledó: LLEDÓ, Emilio, *La memoria del logos. Estudios sobre el diálogo platónico*, Taurus, Madrid, 1996, p. 34.

<sup>102</sup> Aunque a continuación se especificarán más los contextos nacionales de referencia, se ha optado por agrupar bajo un mismo epígrafe la recepción de Jhering en los países nórdicos. Primero, por razones de facilidad expositiva. Y segundo, porque la cercanía de sus culturas facilitó una relativa permeabilidad de fronteras en lo que se refiere a la importación de Jhering.

*propina*– (1882) y otras dos versiones finlandesas de *La lucha por el Derecho* (1902 y 1948)<sup>103</sup>. De *El fin en el Derecho* o el *Espíritu del Derecho romano*, las dos otras obras cumbres de su carrera, no hay ninguna traducción hasta la fecha. Pese a semejante panorama, este rasgo no es en absoluto significativo. La cultura jurídica escandinava, dada la escasa proyección de sus lenguas nacionales, ha funcionado con frecuencia a través de la alemana, con la que ha mantenido un intercambio científico constante. Durante el siglo XIX, además, está dinámica era más palpable: si hoy es el inglés la lengua dominante, entonces era el alemán el punto de referencia principal. Por lo que respecta a la ciencia jurídica, la conexión entre las corrientes germanas y escandinavas ha estado a la orden del día desde hace al menos dos siglos<sup>104</sup>.

Una de las vías a través de las que se fomentó el contacto con la cultura jurídica germana fue el viaje de estudios, una práctica que también encontraremos al tratar de la repercusión de Jhering en Rusia. Entre los estudiantes escandinavos que acudieron a Alemania para familiarizarse con las doctrinas punteras del momento pueden citarse a los noruegos Anton Martin Schweigaard (1808-1870) y Francis Hagerup (1853-1921), a los daneses Carl Goos (1835-1917) y Viggo Bentzon (1861-1937), o a los suecos Ivar Afzelius (1848-1921) y Johann Hagströmer (1845-1910)<sup>105</sup>. De entre todos estos, que desde luego no agotan el elenco, hubo algunos cercanos al pensamiento de Jhering. Ivar Afzelius, uno de los procesalistas suecos más importantes del siglo XIX (así como juez, diputado y senador) fue traductor de *La lucha por el Derecho*<sup>106</sup>. Francis Hagerup, el jurista más sobresaliente de la historia noruega, dos veces presidente del gobierno y diplomático durante varios años, fundó una revista con el fin de emular la que en Alemania encabezaban Jhering y Gerber<sup>107</sup>. Y Viggo Bentzon, por su parte, trató de importar las ideas del alemán a la ciencia jurídica danesa<sup>108</sup>.

Ahora bien, las sendas de penetración del pensamiento de Jhering en los países nórdicos son complejas y conviene explicarlas con orden. La mayoría de los autores que

---

<sup>103</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Bibliographie Rudolf von Jherings”, en ID., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 207-259.

<sup>104</sup> Vid. MODÉER, Kjell Å, “Jherings Rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, cit., pp. 153-158.

<sup>105</sup> MODÉER, Kjell Å, “Jherings rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz”, cit., pp. 154-156.

<sup>106</sup> MODÉER, Kjell Å, “Afzelius, Ivar”, en AA. VV., *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. von Michael Stolleis, Beck, München, 2001, pp. 20-21.

<sup>107</sup> Vid. MICHALSEN, Dag, “Francis Hagerup”, en AA. VV., *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, cit., pp. 273-275.

<sup>108</sup> JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 123-124.

se han dedicado a analizar el problema coinciden en señalar una dificultad básica para que la asunción de sus ideas fuera rápida y mecánica. En líneas generales, por cuanto se ha visto en los epígrafes precedentes, Jhering penetró en muchos contextos de referencia gracias a su crítica contra la escuela histórica y a su rechazo del formalismo. En este sentido, lo normal fue instrumentar su pensamiento como acicate para el desarrollo de una orientación sociológica o realista. En los países escandinavos, sin embargo, la tendencia realista ya había tenido a su propio fundador años atrás, el danés Anders Sandoe Ørsted (1778-1860)<sup>109</sup>. La relevancia de Ørsted para el desarrollo de la filosofía y la ciencia jurídica escandinava fue fundamental a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del XX, hasta el punto de que podría equipararse al papel de Savigny en el ámbito centroeuropeo. Aunque estuvo próximo a las ideas de éste y de Anselm Feuerbach, su orientación fue mucho más pragmática que la de aquellos, por lo que, en cierto modo, vino a cumplir el puesto que en Alemania ocupó Jhering<sup>110</sup>.

Así pues, desde este punto de vista, la obra de Jhering no pudo tener el impacto que llegaría a tener en otros lugares. En primer lugar, la orientación realista y antiformalista se hallaba ya relativamente asentada como resultado de la influencia de Ørsted. En segundo lugar, y en concomitancia con esto, no se dio en Escandinavia una tendencia equiparable a la jurisprudencia de intereses germana o a la libre investigación científica francesa<sup>111</sup>. En una segunda fase, sin embargo, sus ideas fueron introduciéndose por otras sendas. En Dinamarca, donde las ideas de Ørsted habían calado con más fuerza, se produjo una asimilación de Jhering a través de Viggo Bentzon. Éste, que había podido escuchar las lecciones del alemán durante su viaje de estudios a Göttingen<sup>112</sup>, se afanó por importar su pensamiento a la ciencia jurídica danesa, cosa que intentó mediante una conciliación de sus teorías con las de Ørsted y Goos, uno de los principales seguidores de la vía iniciada por aquél. En concreto, trató de desarrollar las ideas de Jhering respecto al choque de intereses como motor del Derecho –que éste había expuesto en *La lucha por el Derecho*– emparentando esta teoría con la de sus compatriotas y buscando

---

<sup>109</sup> Vid. KOPTEV, Alexandr, “Anders Sandoe Ørsted”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 2)*, cit., pp. 911-913.

<sup>110</sup> BLANDHOL, Sverre, “The Rhetorical Foundations of Nordic Jurisprudence”, en *Ideas in History*, vol. 1, nº 1-2, 2006, pp. 33-56; JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die skandinavische Rechtslehre”, cit., pp. 119-120; GAGNÉR, Sten, “Ørsteds Wissenschaft, die deutschen Kriminalisten und die Naturrechtslehre”, en ID., *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von Joachim Rückert, Michael Stolleis und Maximiliane Kriechbaum, Keip Verlag, Goldbach, 2004, pp. 521-608.

<sup>111</sup> JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die skandinavische Rechtslehre”, cit., p. 122.

<sup>112</sup> MODÉER, Kjell Å, “Jherings rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz”, cit., pp. 154, 156, 161-162.

su aplicabilidad a la práctica de los tribunales<sup>113</sup>. En este sentido, *mutatis mutandis*, se sitúa en una línea interpretativa parecida a la de Pound: al igual que éste había tratado de conciliar a Jhering con Bentham y Holmes, Bentzon lo hizo respecto de Ørsted y Goos; al igual que aquél se dedicó a concretar la noción de interés del alemán, el danés se esforzó en aplicar ese concepto a la práctica forense.

Es posible que, a través de la mediación de Bentzon, la obra de Jhering provocara algún influjo en el pensamiento del realismo jurídico danés, sobre todo en Alf Ross y Knud Illum. Sin embargo, es más verosímil que las teorías realistas escandinavas, al menos en Dinamarca, se fundamentasen antes en el legado de Ørsted<sup>114</sup>. En cualquier caso, la influencia de Jhering fue mucho más palpable en la cultura jurídica noruega. Tras un predominio de la ciencia y la filosofía jurídicas de impronta nacional, que se reflejó en la influencia de Ørsted y sus seguidores, a partir de 1890 se empezó a fraguar una generación de juristas que asumieron con intensidad la herencia del alemán. En esta oleada, sin embargo, no se trataba ya de la aportación del segundo Jhering, es decir, de la orientación realista y sociológica de *La lucha por el Derecho* o *El fin en el Derecho*. Al contrario, el periodo entre 1890 y 1920, al menos en Noruega, recibió con fuerza las ideas del *Espíritu del Derecho romano*, crítico con los excesos de la escuela histórica, pero portavoz destacado de la jurisprudencia de conceptos.

La figura más representativa de este periodo fue Francis Hagerup, al que ya se ha citado páginas atrás. Con independencia de su intensa labor política, el significado de Hagerup para la historia jurídica escandinava es esencial. A él le corresponde el mérito de haber fundado y dirigido una revista fundamental para el desarrollo del pensamiento jurídico de finales del siglo XIX y principios del XX, *Tidsskrift for Rettsvidenskap* (*Revista para la ciencia del Derecho*)<sup>115</sup>. Hoy en día, resulta difícil hacernos a la idea de la importancia que tuvieron las revistas como vehículo de comunicación científica

---

<sup>113</sup> JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die skandinavische Rechtslehre”, cit., p. 123-124.

<sup>114</sup> KOPTÉV, Alexandr, “Anders Sandoe Ørsted”, cit., pp. 911-913; BJARUP, Jan, *Skandinavischer Realismus. Hågerstrom, Lundstedt, Olivecrona, Ross*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1978, pp. 101 y ss.; VOGEL, Hans-Heinrich, *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Alfred Metzner, Frankfurt am Main, 1972, pp. 14-15; JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die skandinavische Rechtslehre”, cit., p. 124. Jørgensen sugiere que la influencia sobre el realismo se dio más bien en Illum, ya que Alf Ross se escoró hacia la doctrina norteamericana: al querer vincular el realismo estadounidense y el escandinavo, terminó aproximándose a las tendencias analíticas del iuspositivismo. De ahí se derivan las dificultades para clasificar el pensamiento de Ross. Por un lado fue un gran crítico de Kelsen, cuya teoría veía carente de base empírica; por otro lado, sin embargo, se embarcó en una tendencia analítica que también lo alejaba del empirismo escandinavo. Vid. ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 361-382.

<sup>115</sup> Vid. GAGNÉR, Sten, “Hagerups Zeitschrift (von 1888 bis in die 1920er Jahre)”, en ID., *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte*, cit., pp. 615-750.

durante el siglo XIX. Es verdad que en la actualidad siguen siendo un gran medio de propagación del conocimiento, pero han perdido el talante programático que tuvieron en otras épocas<sup>116</sup>. Por lo que se refiere a la apuesta de Hagerup, se trataba de un proyecto editorial que pretendía servir de plataforma para una renovación de la ciencia jurídica en un sentido constructivo, es decir, tratando de emular el viraje que Jhering y Gerber habían impreso en el ámbito jurídico alemán.

En el prólogo de Jhering al primer número de su revista, *Unsere Aufgabe* (*Nuestra misión*), éste había apostado por una renovación del historicismo. A su modo de ver, debía promoverse una ciencia jurídica “productiva”, dirigida al reciclaje del material histórico para que éste tuviese utilidad en la construcción de nuevos conceptos e instituciones jurídicas: frente a la recepción pasiva de la historia, se trataba de leerla y manejarla activamente<sup>117</sup>. Pues bien, al igual que aquél, Hagerup incluyó un escrito programático en la primera entrega de su revista: *Den moderne Retsmetode –El método jurídico moderno–* (1888). En él, abogaba por un maridaje entre el Derecho nórdico y la ciencia jurídica continental, así como por un énfasis en la investigación académica. Así, aun al precio de alejarse del tradicional pragmatismo escandinavo, consiguió alzarse como la revista nórdica de mayor nivel científico<sup>118</sup>. Además, por lo que respecta al influjo de Jhering, Hagerup defendió una ciencia capaz de trabajar con conceptos jurídicos de forma abstracta y que fuese más allá del derecho nacional, vinculándose así con la crítica del alemán a la escuela histórica<sup>119</sup>.

En la misma senda iniciada por Hagerup, y continuando con esta recepción del primer Jhering, se encontraba Oscar Platou (1845-1929), otro de los juristas noruegos más señeros del tránsito entre los siglos XIX y XX. Platou fue, sin duda, uno de los más entusiastas seguidores de Jhering en tierras escandinavas. Colaborador de la revista de Hagerup y suscriptor del método constructivo jheringiano, se mostró aún más seducido

---

<sup>116</sup> Vid. STOLLEIS, Michael y SIMON, Thomas, “Juristische Zeitschriften in Europa”, en AA. VV., *Juristischen Zeitschriften in Europa*, hrsg. von Michael Stolleis und Thomas Simon, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006, pp. 1-13.

<sup>117</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

<sup>118</sup> Durante la primera mitad del siglo XIX dominaron las revistas fundadas y promocionadas por Ørsted, que se había convertido en un promotor de publicaciones periódicas casi compulsivo. Frente a la tónica pragmática de éstas, que solían incluir una fuerte carga de resúmenes y comentarios de jurisprudencia, la *Tidsskrift for Retsvidenskap* acentuó mucho más el aspecto académico. Vid. MICHALSEN, Dag, “The Making of a Public Legal Sphere. The Legal Journals of Norway in the 19<sup>th</sup> Century”, en AA. VV., *Juristischen Zeitschriften in Europa*, cit., pp. 46-54; BJÖRNE, Lars, “Nordische juristische Zeitschriften im 18. und 19. Jahrhundert”, en AA. VV., *Juristischen Zeitschriften in Europa*, cit., pp. 15-28.

<sup>119</sup> MICHALSEN, Dag, “The Making of a Public Legal Sphere. The Legal Journals of Norway in the 19<sup>th</sup> Century”, cit., pp. 50-52. Con los años, y a pesar de esta primera orientación, la revista de Hagerup se convertiría en el órgano de difusión principal para el realismo jurídico escandinavo.

por el método histórico-natural del alemán, una dirección iusfilosófica que éste había emprendido en el *Espíritu del Derecho romano* y cuyo objeto era complementar el historicismo con una aproximación a la metodología de las ciencias naturales<sup>120</sup>. Con todo, el último eslabón de la recepción noruega de Jhering, Fredrik Stang (1867-1941), retornó de algún modo a la orientación realista y sociológica de aquél. Stang, que también recogió la herencia de Hagerup y Platou, asumió el punto de vista universal que éstos habían impreso a la ciencia del Derecho. Sin embargo, en lugar de volverse hacia la construcción jurídica, rechazó el punto de vista dogmático y acentuó la dimensión social y funcional del Derecho<sup>121</sup>. En línea con este planteamiento, terminaría fundando en Oslo un Instituto para la investigación cultural comparada, cuyo propósito era promocionar la investigación comparatística y socio-jurídica.

Por último, hay que destacar la influencia de Jhering en Suecia. Todos los autores coinciden en señalar dos focos de recepción principales. Por un lado, en lo que se refiere a la faceta dogmática del alemán, parece claro que desempeñó un gran papel en las ideas de Östen Undén (1886-1974), sobre todo en su teoría de la posesión y en problemáticas anejas de derechos reales. En opinión de Undén, pese a mostrarse crítico con Jhering, sus ideas de finalidad y de función habían marcado al Derecho escandinavo de forma indeleble<sup>122</sup>. Por otro lado, como señalan Schmidt, Jørgensen y Modéer, el legado de Jhering se transmitió a la Escuela de Uppsala mediante la figura de Vilhelm Lundstedt (1882-1955)<sup>123</sup>. Como es sabido, Lundstedt se cuenta entre los principales autores del realismo jurídico escandinavo. Dentro de los partidarios de esta corriente, además, fue el más radical: en su celo por construir una teoría jurídica verdaderamente científica, llegó a sostener que debían desterrarse los conceptos de deber, derecho y norma jurídica. A su juicio, en efecto, se trataba de residuos metafísicos que no designaban entidades reales y que encubrían lo único efectivo y tangible que podía decirse sobre el Derecho: los fines sociales que éste trata de cumplir<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre”, cit., p. 123; MICHALSEN, Dag, “Oscar Platou leser Rudolf Jhering. Rettsvitenskapelig politikk: Skyld – og forderlingsprinsippet i romersk og norsk erstatningsrett”, en AA. VV., *Bonus pater familias - Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Oslo, 2002, pp. 445-459.

<sup>121</sup> Vid. GAGNÉR, Stén, “Hagerups Zeitschrift (von 1888 bis in die 1920er Jahre)”, cit., pp. 704-718.

<sup>122</sup> Vid. SCHMIDT, Folke, “Jherings Tradition im schwedischen Sachenrecht”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 206-210.

<sup>123</sup> SCHMIDT, Folke, “Jherings Tradition im schwedischen Sachenrecht”, cit., p. 206; JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre”, cit., p. 121; MODÉER, Kjell Å., “Jherings rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz”, cit., pp. 158-159.

<sup>124</sup> Vid. HIERRO, Liborio, “Anders Vilhelm Lundstedt”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 4)*, cit., pp. 80-83.

En semejante apuesta filosófica, cómo no, resuenan las ideas iusfilosóficas del último Jhering. Sin embargo, y pese a la influencia que sin duda le prestó al sueco, éste se mostró bastante crítico con él. A juicio de Lundstedt, pese a que Jhering logró desembarazarse del conceptualismo exacerbado de sus predecesores, su pensamiento se encontraba aún lastrado por la herencia idealista de la escuela histórica. En ese sentido, había seguido manteniendo casi incólume el concepto de voluntad de Windscheid y, en consecuencia, había incidido en el error metafísico que subyacía a la teoría de dicha escuela: “debería enfatizarse con fuerza que el misticismo del derecho no ha sido disminuido en absoluto mediante la contribución de Jhering. La oposición entre el concepto de derecho de Windscheid, por un lado, y el de Jhering, por otro lado (además del resto de autores que apelan a la ‘protección legal’ en su determinación del derecho) se convierte tan sólo en una mera diferencia terminológica”<sup>125</sup>. En cualquier caso, y a tenor del elevado número de citas que le dedica en su trabajo, parece que Lundstedt sufrió algún tipo de influencia del alemán<sup>126</sup>.

La última etapa de este recorrido tiene un cierto carácter anecdótico, pero no ayuno de significado. La primera edición sueca de *La lucha por el Derecho*, a cargo del citado Ivar Afzelius, data de 1879. No obstante, en 1941 se realizó una nueva versión de dicha obra. En esta ocasión corrió a cargo del magistrado Andreas Cervin, juez en Göteborg y activo partidario del liberalismo, que intentó promover la resistencia frente a la amenaza totalitaria que se abalanzaba sobre Europa. Ante un dificultosísimo caso que le fue encargado resolver, con implicaciones políticas que envolvían a la Noruega ocupada por el nazismo, a Suecia y a Inglaterra, se vio sometido a una presión social e internacional difícil de soportar. Sin embargo, lejos de decidir conforme al criterio de quienes le coaccionaban, tomó la resolución de defender el valor del Derecho y el imperio de la ley. Tras semejante experiencia, e inspirado como estaba por lo ocurrido, se encargó de volver a traducir y reeditar la obrita de Jhering<sup>127</sup>.

El prólogo que redactó para la ocasión, y que no fue aceptado por el editor, planteaba una lectura de la pieza en un sentido muy similar al que vimos con Croce en Italia. En contextos políticos casi idénticos, ambos apuntaron hacia una lectura política de *La lucha por el Derecho*, entendida como una batalla preñada de idealismo y de

---

<sup>125</sup> LUNDSTEDT, A. Vilhelm, “General Criticism of Prevailing Jurisprudence”, en ID., *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1956, p.84.

<sup>126</sup> Vid. LUNDSTEDT, A. Vilhelm, “General Criticism of Prevailing Jurisprudence”, cit., pp. 78-93, 125 y 159-170.

<sup>127</sup> MODÉER, Kjell Å, “Jherings rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz”, cit., pp. 163-164.



valor moral: frente al jaque que el fascismo y el nazismo representaban para los valores del Estado de Derecho liberal-democrático, frente al desprecio de la obediencia a la ley y frente a la arbitrariedad de las instituciones del Estado, los dos sugirieron leer la obra de Jhering en un sentido ético y anti-totalitario<sup>128</sup>. Más allá de lo anecdótico, se trata de una interpretación que ha dejado huella y que ayuda a bosquejar el mapa de la recepción de Jhering: Croce en Italia, Cervin en Suecia y, como pronto veremos, Clarín o Abad de Santillán en España, se adhirieron a una lectura política de la obra de Jhering. Por eso, además de la importancia que esta reedición tuvo para la cultura jurídica y política escandinava, merecía la pena detenerse en ello.

#### ***f) Jhering en la cultura jurídica rusa***

La introducción de Jhering en Rusia es, probablemente, una de las más complejas, significativas y apasionantes de cuantas se acaban de analizar. La primera constatación que ha de hacerse tiene que ver con la difusión de sus escritos en este país. En este sentido, deben hacerse dos consideraciones: primero, que el ruso es la lengua extranjera en la que más veces ha sido traducida su obra; segundo, que Rusia fue el país donde más rápidamente se introdujo. De acuerdo con la bibliografía confeccionada por Mario G. Losano, se han publicado hasta veinte y cuatro traducciones rusas de los libros y escritos de Jhering, frente a las doce existentes en italiano, las once francesas y las seis publicadas en inglés<sup>129</sup>. La propagación de su pensamiento en Rusia, a tenor de semejante promoción editorial, fue más que notable. Y, aunque de ahí no quepa predicar una asimilación de sus ideas, resulta un dato fundamental a tener en cuenta.

A la cantidad hay que añadir la rapidez, puesto que el ruso fue la primera lengua en la que se tradujeron sus obras. A título de ejemplo, valgan los siguientes datos: *La lucha por el Derecho*, de 1872, fue traducida al ruso en 1874, convirtiéndose así en la primera versión extranjera (junto con la serbia, la griega y la holandesa) y adelantándose a las traducciones francesa, danesa, checa e italiana (1875), sueca e inglesa (1879), española (1881), japonesa (1890), rumana y polaca (1898), china (1900-1901), finesa (1902),

---

<sup>128</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “La lotta per il diritto di Jhering nel dibattito politico dell’Italia degli anni trenta”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII, n° 1, junio, 1998, pp. 195-216.

<sup>129</sup> LOSANO, Mario G., “Bibliographie Rudolf von Jherings”, en ID., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 207-259.

húngara (1907) y portuguesa (1909)<sup>130</sup>. Lo mismo sucede con otras obras. *El fin en el Derecho*, cuyos dos tomos datan de 1875 y 1883, fue traducida en 1881 (sólo el primer volumen), convirtiéndose así en la primera edición fuera de Alemania. Para la siguiente versión extranjera, en serbio, habrá que esperar hasta 1894, mientras que la francesa, la inglesa, la italiana, la española o la portuguesa pertenecen ya al siglo XX. Por cerrar este breve elenco, puede aludirse al *Espíritu del Derecho romano* (1865). En este caso, también la rusa fue la primera versión íntegra (1875): existía una traducción italiana de 1855, pero sólo cubría el primer volumen de los cuatro originales.

¿A qué pudo obedecer esta veloz y extensa penetración de Jhering entre los juristas rusos? ¿Conllevó esta profusa difusión editorial una verdadera asimilación de sus ideas? Y si así fue, ¿en qué consecuencias se tradujo esta influencia? Para responder a todas estas preguntas, aunque de forma sumaria, es necesario retrotraerse en el tiempo y escarbar en las características de la cultura jurídica eslava. En líneas generales, puede decirse que el pensamiento de Jhering se introdujo por dos grietas principales: por un lado, a través del Derecho romano, que conoció un poderoso auge en la Rusia de finales del siglo XIX; por otro lado, y sólo en segunda instancia, a través del despegue de la filosofía jurídica rusa. Para entender esto bien, son inevitables algunas consideraciones sobre la cultura jurídica en la Rusia decimonónica.

Frente a casi todos los países tratados hasta ahora, en Rusia nunca se dio la presencia del Derecho romano, puesto que no llegó a penetrar el *corpus iuris* de Justiniano: ni tras la caída del imperio y los subsiguientes siglos de influencia bizantina, ni a raíz de la recepción tardo-medieval de las pandectas promovida por la escuela de los glosadores y los post-glosadores<sup>131</sup>. Las únicas similitudes del Derecho ruso con algunos preceptos de la legislación justiniana se deben a la labor de intermediación de los juristas bizantinos, que durante siglos ejercieron un poderoso influjo religioso sobre el territorio que hoy conocemos como Rusia. No obstante esta última contaminación, parece que en la *Russkaja Pravda*, la primera compilación de leyes destacable –y la más influyente desde el siglo IX en adelante–, pesaron mucho más los elementos de Derecho consuetudinario ruso que las vetas de origen bizantino<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Los datos están extraídos de la citada bibliografía de Losano, con dos únicas modificaciones: no figura en ésta la primera traducción española de 1881 (*La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo G. Posada, pról. de Leopoldo Alas “Clarín”, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881), ni la traducción china (*Quanli Jingzheng lun*, trad. de Liang Qichao, Tokyo, 1900-1901).

<sup>131</sup> KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 132-133.

<sup>132</sup> HAMMER, Darrell P., “Russia and the Roman Law”, *American Slavic and East European Review*, vol. 16, nº 1, 1957, pp. 1-13.

A este aislamiento tradicional, tan sólo mitigado por la influencia greco-bizantina, contribuyó también la invasión y la dominación mongola, que duraría hasta 250 años y dejaría un poso difícil de ignorar. Si con el cisma de la Iglesia de Constantinopla y la de Roma se había propiciado un acercamiento de los principados eslavos a la esfera de influencia bizantina (y con ello se había rebajado el rigor del Derecho ruso tradicional), este influjo quedaría truncado por la duradera dominación mongola (1237-1480)<sup>133</sup>. La simultánea caída de Constantinopla en manos de los turcos, en 1453, terminó de apuntalar un aislamiento político y cultural que definiría la idiosincrasia rusa hasta la época contemporánea. Y esto afectó también al Derecho: no será hasta el siglo XIX cuando se comiencen a recibir las corrientes de pensamiento jurídico occidental. Nótese que fue durante el dominio mongol cuando en Europa se produjo la recepción del Derecho romano, que inauguraría la larga etapa del Derecho común y que determinaría la cultura jurídica del continente. Por si fuera poco, el único vector que habría podido facilitar esta introducción más allá de los Urales, Bizancio, fue desmantelado al mismo tiempo que los príncipes moscovitas se liberaban del yugo mongol.

Para hacernos una idea del retraso ruso en comparación con el Derecho occidental – todavía a finales del siglo XVIII –, pueden citarse varios ejemplos. En la cultura jurídica rusa, frente a los países de herencia romanística, no existía ni el concepto de persona jurídica, ni se diferenciaba entre propiedad y posesión, ni se disponía de normas para regular el tráfico mercantil. No existía protección para el comprador de buena fe, ni se tenía una noción de lo que conocemos como *iura in re aliena* (derechos sobre cosa ajena), ni mucho menos se vislumbraban instituciones como las de propiedad industrial o intelectual. Incluso se desconocía la distinción entre Derecho público y privado, lo cual resulta aún más llamativo, puesto que en Europa constituía una piedra angular ya desde Roma<sup>134</sup>. Si Bobbio señaló que ésta era la “gran dicotomía” del pensamiento jurídico y político occidental, podemos hacernos una idea aproximada de la magnitud y las consecuencias del atraso ruso<sup>135</sup>.

Benedetto Croce, en su *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, nos refiere una anécdota que es bien ilustrativa de cuanto se acaba de decir. En la insurrección militar antiimperialista de 1825, conocida como la revuelta decembrista, se dice que los

---

<sup>133</sup> LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 128-135.

<sup>134</sup> Vid. HAMMER, Darrell P., “Russia and the Roman Law”, cit., pp. 10-13.

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 11-38.

oficiales conjurados aclamaron a la “Constitución” porque creían que se trataba de la mujer del Gran Duque Constantino I, hijo del zar Nicolás y a la sazón heredero del trono. Más allá de lo veraz de este suceso, lo cierto es que revela una realidad palmaria que sin duda sí se dio. Como el propio Croce sentenciaba, “no se podía decir que Rusia perteneciese a Europa”<sup>136</sup>. En suma, por lo que respecta al Derecho, puede decirse que el país de los zares vivía en un acentuado retraso civilizatorio. Junto a la carencia de instituciones elementales para la mentalidad europea, faltaba también una cultura jurídica como la que en Occidente se estaba destilando a través de la sistematización de las antiguas pandectas romanas<sup>137</sup>.

Sin embargo, esta situación empezó a cambiar a principios del siglo XIX. Junto a una cierta occidentalización de la filosofía y la política –recordemos el papel de Rusia, junto con el resto de potencias europeas, en la Restauración monárquica–, se produjo un despertar para el mundo del Derecho. En particular, comenzó a percibirse la necesidad de renovar las instituciones para adaptarlas al nuevo tráfico económico y mercantil<sup>138</sup>. Para ello se intentó recurrir, en primera instancia, al modelo francés. Tras el fracaso de dicha tentativa, que llegó a motivar el destierro siberiano de su promotor, el estadista reformista Mijaíl Speransky (1722-1839)<sup>139</sup>, se comenzó a trabajar con el modelo germano: el código napoleónico, diseñado desde un prisma racionalista y liberal, era demasiado radical para la vetusta autocracia zarista<sup>140</sup>. Y así, desde entonces, la ciencia jurídica rusa se empezó a construir con la mirada puesta en Alemania, más conservadora y tradicional que la Francia post-revolucionaria.

En este caldo de cultivo es en el que se recibió la obra de Jhering. Ya en 1810, el zar Alejandro I empezó a enviar jóvenes estudiantes rusos a Berlín, con el objetivo de que se formasen en la facultad donde enseñaban Savigny y sus discípulos. Con él y con otros famosos profesores alemanes debería formarse la nueva *intelligentsia* jurídica

---

<sup>136</sup> CROCE, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, 3ª edizione a cura di Giuseppe Galasso, Adelphi, Milano, 2007, p. 106.

<sup>137</sup> A esto hay que añadir los enormes déficits culturales y científicos que lastraban a Rusia frente al resto de Europa. La universidad de Moscú se había fundado sólo en 1755, lo cual dificultó enormemente la génesis de una casta intelectual madura y solvente, imprescindible para el surgimiento de una ciencia y una cultura jurídicas modernas. Vid. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 136-137.

<sup>138</sup> HAMMER, Darrell P., “Russia and the Roman Law”, cit., pp. 7-8.

<sup>139</sup> Speransky fue una de las personalidades políticas más importantes de la Rusia decimonónica. Ministro de justicia bajo el reinado de Alejandro I y director del departamento de codificación con Nicolás I, fue la cabeza visible de las aspiraciones liberales e ilustradas importadas del pensamiento europeo. Sus intentos de introducir la separación de poderes y el régimen parlamentario fracasaron, pero logró una renovación parcial de la Administración pública y llevó a cabo las primeras compilaciones que sembrarían el camino para la ulterior codificación. Vid. BABEROWSKI, Jörg, “Speranskij, Michajl Michajlovič”, en AA. VV., *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, cit., pp. 595-596.

<sup>140</sup> LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 136 y ss.

rusa, destinada a importar las novedades que tanta falta hacían para la renovación legal del país. Más tarde, esta colaboración se ampliaría hasta Göttingen, donde muchos juristas rusos estudiaron Derecho civil y romano a través de las lecciones de Jhering. Dado que este régimen de cooperación educativa se apuntaló y creció con los años, el zar Alejandro III, ya en los años ochenta del siglo XIX, fundó en Berlín un *Instituto para la formación de juristas rusos*, una institución planificada junto con el ministerio de cultura prusiano, que aún hoy funciona como centro de investigación<sup>141</sup>.

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de exponer los avatares más concretos de la recepción de Jhering. Podría decirse que, en primera instancia, la influencia del alemán se desplegó en cuanto que romanista y civilista. En un contexto en el que la renovación jurídica estaba por hacerse desde sus mismos cimientos, el Derecho romano constituyó un referente esencial para los jóvenes juristas eslavos. Y Jhering, como brillante romanista y civilista que era, fue uno de los núcleos de atención principales para todos los que viajaron a Alemania en busca de una formación científica y jurídica occidental. En segunda instancia, y sobre la base de esta primera recepción, Jhering penetró en Rusia como filósofo del Derecho, constituyéndose así en ejemplo a seguir para toda una fecunda escuela de pensamiento. A continuación, aunque de forma sumaria, desarrollaremos estos dos aspectos.

Los primeros estudiantes rusos enviados a Alemania, todavía a principios del siglo XIX, tenían la mirada puesta en Savigny y la escuela histórica del Derecho. No obstante, a mediados y finales de la centuria este enfoque comenzó a cambiar. Aun apreciando mucho cualquier contribución que proviniera del mundo germánico, el historicismo exacerbado de aquella escuela empezó a resultar insuficiente para las necesidades específicamente rusas. Por otra parte, en la misma Alemania la situación era distinta: en primer lugar, ya no se renegaba con tanta virulencia de la posible codificación del Derecho civil<sup>142</sup>; en segundo lugar, las críticas de Jhering a los excesos historicistas también habían motivado una atemperación de las posturas originales. Esta es la coyuntura en la que nos encontramos con Nikolai Djuvernua (1836-1906), el romanista ruso que más directamente se vio influido por Jhering.

---

<sup>141</sup> AVENARIUS, Martin, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland*. Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij, Wallstein Verlag, Göttingen, 2004, pp. 19-20.

<sup>142</sup> Recuérdese la dura polémica sostenida en 1814 entre Savigny y Thibaut, sobre la conveniencia o la desventaja de codificar el Derecho alemán. Aunque prevaleció la línea anti-codificadora sostenida por Savigny, a medida que avanzó el siglo se produjo un cambio de planteamiento, que culminó en 1900 con la publicación del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 44-54; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La escuela histórica del Derecho”, en ID., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, pp. 112-119.

Nikolai Djuvernua heredó la estela de predecesores ilustres como Dimitri Mejer (1819-1855), quien ya había importado algunas novedades del alemán, en particular su revolucionario método pedagógico basado en el comentario y la resolución de casos prácticos<sup>143</sup>. Djuvernua fue bastante más allá, puesto que asumió un sector importante de los planteamientos teóricos de Jhering, con cuyas ideas pudo familiarizarse durante su estancia de dos años en la Universidad de Viena (donde a la sazón enseñaba aquél). La principal preocupación del jurista ruso fue la de adaptar el Derecho de su país a la nueva coyuntura política, económica y social del mundo contemporáneo. En este sentido, al igual que muchos jóvenes de aquella hornada, quiso utilizar el Derecho romano a modo de taller para corregir las deficiencias de las compilaciones legales rusas. En otras palabras, se trataba de promocionar una verdadera recepción del Derecho romano. Si las leyes positivas eran defectuosas y no había perspectivas de modificación legislativa, tendría que promoverse una renovación jurídica a través del reciclaje y la reinterpretación de las viejas instituciones romanas.

Sin embargo, dada la ausencia de influencia romana en la ley eslava, el esquema historicista era inadecuado para legitimar una importación de las pandectas. De acuerdo con la escuela histórica, el Derecho era manifestación del espíritu del pueblo, un resultado singular de la historia de cada nación y, por tanto, un fruto apenas controlado por la voluntad humana. Desde este prisma, difícilmente podía justificarse el trasplante de un Derecho extraño como el romano, pues de ningún modo podía entenderse como parte del “espíritu ruso”. Así las cosas, Djuvernua decidió hacer suyas las críticas de Jhering al principio de las nacionalidades<sup>144</sup>. En el *Espíritu*, éste había criticado con dureza el nacionalismo de Savigny, entendiendo que la potencialidad del Derecho romano se hallaba en su carácter universal, en su aplicabilidad a distintos tiempos y lugares, y no en una pretendida pureza y singularidad irreductible. Desde su punto de vista, que Djuvernua asume con entusiasmo, el Derecho romano era tan sólo un vehículo para entender el “Derecho en sí”, el “Derecho universal”<sup>145</sup>.

En líneas generales, esta fue la importancia de Jhering para la ciencia jurídica rusa. A partir de su faceta como romanista, se intentó promover una renovación de las arcaicas estructuras jurídicas del país. Sin embargo, la influencia más penetrante se dio en la filosofía del Derecho. Y aquí, como en el caso anterior, también desempeñaron un

---

<sup>143</sup> AVENARIUS, Martin, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland*, cit., p. 24.

<sup>144</sup> AVENARIUS, Martin, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland*, cit., pp. 43-47.

<sup>145</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 1-16.

papel central los viajes a Alemania. El más destacado introductor de Jhering, con gran probabilidad, fue Lev Petrazhitsky (1867-1931), que pudo estudiar con él en Göttingen y que ejerció de intermediario entre sus ideas y las siguientes generaciones de juristas. Y es que, en efecto, el papel de Petrazhitsky en la historia del pensamiento jurídico eslavo fue el de abrir la espita de la incertidumbre. Frente al romo legalismo autocrático cultivado y promovido por los zares, y frente al paralelo erial filosófico que a éste vino aparejado durante siglos, Petrazhitsky puso en cuestión todas las convicciones jurídicas tradicionales, hasta desarrollar una audaz teoría psicológica como explicación del fenómeno jurídico<sup>146</sup>.

Sin embargo, pese a este papel de intermediario tan fundamental, el principal seguidor y difusor de Jhering en Rusia fue el jurista y estadista Serguei Murončev (1850-1910). Murončev se cuenta entre las personalidades políticas más relevantes del cambio de siglo en Rusia. En cuanto a la vida pública, fue fundador y líder del partido de los cadetes, que se constituyó en la vanguardia constitucionalista y liberal frente a la autocracia zarista. Fue redactor principal de la Constitución de 1906 y primer Presidente del Parlamento previsto en dicha Carta Magna<sup>147</sup>. Desde el punto de vista científico, en Murončev encontramos al padre de la escuela sociológica rusa, que podríamos señalar como equivalente de la filosofía jurídica que en Europa estaban pergeñando Ehrlich, Kantorowicz o Gény, y que en Estados Unidos desarrollaría Pound<sup>148</sup>. En este sentido, y pese a las particularidades que ya se han analizado, vemos cómo también en Rusia se recibió a Jhering desde una veta sociológica y antiformalista.

La importancia de Murončev es absolutamente central, puesto que de él partieron numerosas orientaciones teóricas que fertilizarían en los años sucesivos, hasta recalar en los primeros brotes de pensamiento jurídico soviético. De lo que se trataba, al igual que con sus homólogos occidentales, era de contestar la primacía absoluta del Estado y de la ley en la fijación del Derecho. Frente a las rigideces de una interpretación mecánica de

---

<sup>146</sup> Vid. CERRONI, Umberto, *El pensamiento jurídico soviético*, trad. de Virgilio Zapatero y Manuel de la Rocha, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977, pp. 52-58. La importancia de Petrazhitsky radica en el hecho de haber cuestionado muchísimos lugares comunes hasta sus últimas consecuencias, abriendo así el camino a una gran variedad de tendencias iusfilosóficas. Por lo demás, su teoría se asemeja en muchos aspectos al pensamiento de corte psicologista que también tuvo exponentes en la Europa occidental. Vid. p. e. BIERLING, Ernst Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 1-13 (Teil I) y 351 y ss. (Teil II). Sobre el psicologismo jurídico en general, vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 59-76.

<sup>147</sup> MEDUSCHEVSKIJ, Andrei N., “Konstitutionelle Projekte in Russland am Anfang des 20. Jahrhunderts”, en AA. VV., *Reformen im Russland des 19. Und 20. Jahrhunderts*, hrsg. von Dietrich Beyrau, Michael Stolleis und Igor ‘Chichurov, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1996, pp. 246-258.

<sup>148</sup> VERESCHAGIN, Aleksandr Nikolaevich, *Judicial Law-Making in Post-Soviet Russia*, Routledge, Abingdon-New York, 2007, pp. 2-4.

las normas, frente a la entronización del Estado como fuente única de Derecho, y frente a los excesos academicistas de algunos romanistas, Murončev llamó la atención sobre instancias tales como el poder creador del juez, la dialéctica de los intereses sociales contrapuestos, la psicología social predominante, etc. En definitiva, asumió la vertiente sociológica de Jhering, con quien estudió en Göttingen y de quien se sentía discípulo, hasta el punto de que mantuvo con él alguna correspondencia<sup>149</sup>.

El principal de los seguidores de esta escuela, Nikolai Korkunov (1853-1904), también se reclamó seguidor del alemán, de quien extrajo consecuencias de corte sociológico y a quien utilizó como referente en su dura cruzada contra el iusnaturalismo. No obstante su admiración por Jhering, en su *Teoría del Derecho* se mostró crítico con los planteamientos estatistas y con la teoría de la coacción que aparecía plasmada en *El fin en el Derecho*<sup>150</sup>. Dada la orientación liberal y antizarista que caracterizaba a esta corriente de pensamiento, era más bien natural que se rechazase este aspecto de la filosofía jheringiana, a la vez que se privilegiaban las dimensiones sociológicas y antiformalistas. Es así como, por ejemplo, encontramos alusiones laudatorias al enfoque utilitarista de su última etapa o a la noción conflictualista del Derecho, entendido así como producto de luchas de intereses sociales en pugna permanente<sup>151</sup>.

Pero la influencia de Jhering no se circunscribe al último período del siglo XIX y principios del XX. También durante la primera fase del pensamiento soviético, por lo menos hasta mediados de los años treinta, se siguen palpando ecos de su legado. Es imposible hacer una síntesis de todo el pensamiento soviético en esta sede, pero baste señalar que el alemán ejerció una poderosa influencia sobre uno de sus principales representantes durante la primera mitad de siglo: el letón Piotr Ivanovich Stučka (1865-1932)<sup>152</sup>. Aunque fuertemente crítico con Jhering, Murončev y Korkunov (en tanto que representantes de la ciencia jurídica burguesa), no puede dejar de sentirse una profunda huella de éstos en su noción de interés de clase y en su orientación de pensamiento sociologista. Por lo demás, como enseguida veremos, nunca tuvo reparos en admitir que encontró en ellos una importante inspiración.

Según Stučka, Jhering había percibido correctamente la naturaleza conflictiva del Derecho, lo esencial de su dimensión coactiva y la importancia de los intereses en la

---

<sup>149</sup> VERESCHAGIN, Aleksandr Nikolaevich, *Judicial Law-Making in Post-Soviet Russia*, cit., p. 2.

<sup>150</sup> KORKUNOV, Nikolai, *Theory of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., translated by W. G. Hastings, The Mac Millan Company, New York, 1922, pp. 96 y ss.

<sup>151</sup> KORKUNOV, Nikolai, *Theory of Law*, cit., pp. 110 y ss y 164 y ss.

<sup>152</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 157-160.



configuración de su contenido. Sin embargo, le faltaba el concepto de clase para poder dar una visión coherente y completa del mismo: “y así, también el más audaz y franco representante de la ciencia jurídica burguesa –y sin duda es necesario admitir que éste fue precisamente Jhering– no llegó (o no quiso llegar) a un directo reconocimiento del carácter clasista del Derecho, permaneciendo al contrario en el mismo callejón sin salida”<sup>153</sup>. A tenor de la cantidad de alusiones a Jhering en el texto, y pese a este juicio negativo, puede sostenerse que el alemán desempeñó un gran papel en la génesis de las ideas iusfilosóficas del jurista letón. En definitiva, de lo que se trataba era de añadir el concepto de clase a la noción de interés ya teorizada por aquél, y de adaptar su enfoque conflictualista a la teoría marxista de la lucha de clases.

Con todo lo dicho hasta ahora, podemos hacernos una idea aproximada de la profunda penetración de Jhering en la cultura jurídica rusa. En el proceloso debate iusfilosófico soviético, su nombre fue una referencia bastante habitual. Téngase en cuenta que en un contexto de novedades tan radicales, en el que debía construirse un nuevo Derecho comunista sobre la base de un legado teórico burgués, la filosofía del alemán pudo resultar un útil comodín. Pese a rechazar sus convicciones conservadoras y su condición burguesa, sus puntos de vista resultaban interesantes en muchos aspectos: la idea de la lucha por el Derecho, aceptada y desarrollada por Mijaíl Reisner<sup>154</sup>, la importancia otorgada al Estado como factor de progreso, la explicación del Derecho sobre la base de los fines sociales... Todos ellos fueron apoyos, en uno u otro momento, para construir la nueva teoría marxista y revolucionaria.

Con la llegada de Stalin, el pensamiento de Stučka fue postergado en beneficio de las ideas más normativistas preconizadas por Andrei Vishinsky, hasta el punto de que se le forzó a efectuar a una rectificación pública. En ella, de forma bien significativa, se refería de nuevo a Jhering: “recientemente se me ha acusado de haber estado bajo la influencia de la escuela sociológica del Derecho (Murončev, Korkunov y, en parte, Jhering y otros). Por supuesto que así fue; pero tomé de ellos *sólo el resultado* de sus estudios, de ninguna manera los atributos burgueses de su ciencia. En este sentido, me mantuve firme en el punto de vista leninista”<sup>155</sup>. Aunque de forma muy paulatina, tras la muerte de Stalin se recuperarían las orientaciones sociológicas que habían predominado

---

<sup>153</sup> STUCHKA, Piotr, “La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato”, en AA. VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di Umberto Cerroni, Giuffrè, Milano, 1964.

<sup>154</sup> Vid. CERRONI, Umberto, *El pensamiento jurídico soviético*, cit., pp. 58-64.

<sup>155</sup> STUCHKA, Piotr, “Mi Journey and my Mistakes”, en AA. VV., *Selected Writings on Soviet Law and Marxism*, edited, annotated, translated and introduced by Robert Sharlett, Peter B. Maggs and Piers Beirne, M. E. Sharpe Inc., New York, 1988, p. 221

en la primera etapa del pensamiento jurídico soviético. Y la herencia teórica de Jhering, materializada en dicho legado, sufriría por esta vía una nueva resurrección. En la actualidad, tanto en las filas del Derecho romano como en las de la filosofía jurídica, su figura y sus ideas siguen siendo un pilar de su cultura jurídica.

### **g) Jhering en la cultura jurídica española**

La recepción de Jhering en nuestra cultura jurídica es quizá la más excéntrica de cuantas se han expuesto. Entre sus lectores y difusores españoles hubo juristas, pero también alguno de nuestros más brillantes literatos del siglo XIX. El más destacado de ellos, Leopoldo Alas “Clarín”, fue quien impulsó al joven Adolfo Posada a traducir *La lucha por el Derecho*, una edición a la que el autor de *La Regenta* añadiría un luminoso prólogo, hoy ya convertido en parte inseparable del opúsculo para la cultura jurídica hispanoamericana<sup>156</sup>. Esta fue la primera traducción de una obra del jurista alemán a nuestra lengua. Más tarde vendrían *El espíritu del Derecho romano* (1891) la *Teoría de la posesión* (1892), la *Prehistoria de los indoeuropeos* (1896), *La voluntad en la posesión* (1910), *Jurisprudencia en broma y en serio* (1933), *Del interés en los contratos* (1947) y *El fin en el Derecho* (1957)<sup>157</sup>. Todas ellas, a excepción de *El espíritu* y de *El fin en el Derecho*, fueron traducidas por Posada, quien fue sin duda el principal artífice de su introducción en nuestra cultura.

A tenor de semejante lista, que así y todo no es exhaustiva, podría sentenciarse que la penetración del pensamiento de Jhering fue extraordinaria en nuestro país. Sin embargo, al igual que sucedía en el ejemplo anglosajón, conviene no precipitar las conclusiones. Si allí existían pocas traducciones y, pese a ello, se había dado una intensa propagación de sus ideas, en el caso español puede decirse lo contrario: la importante *difusión* de sus obras, aunque tardía en comparación con otros países europeos, no vino acompañada de una real *asimilación* de su pensamiento. Es verdad que las versiones españolas se difundieron y se comentaron –incluso prolijamente–, pero se les hizo pasar por un filtro tan ajeno a las motivaciones que subyacían a la obra de Jhering, que al final se produjo una gran deformación de su punto de vista original.

---

<sup>156</sup> JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1881.

<sup>157</sup> Para la bibliografía de las traducciones españolas de Jhering, además de LOSANO (*Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 207-257), vid. MONEREO, José Luis, “Jhering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico”, en *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, estudio preliminar de J. L. Monereo, Granada, 1998, pp. XCI-XCIII.

En líneas generales, esto fue debido a la extraña plataforma en la que se intentó acomodar la filosofía jurídica de Jhering, el krausismo. Se trata de una corriente filosófica tan desconocida en su Alemania natal, como ubicua en el ámbito hispanoamericano de la segunda mitad del XIX y la primera mitad del XX. He ahí, dicho sea de paso, otro ejemplo de las curiosas derivas que se producen con la comunicación de las ideas. No es el momento de adentrarse en las razones que explican la aclimatación de Krause en nuestra cultura, pues han sido magníficamente explicadas por Elías Díaz<sup>158</sup>. Sin embargo, sí nos interesa retener algunos de los núcleos esenciales de dicho movimiento, a fin de contrastarlos con la filosofía jurídica de Jhering. Veremos que fue a partir de los postulados krausistas como se intentó importar al jurista alemán. Y podrá entenderse así cómo la radical heterogeneidad entre ambas concepciones sobre el Derecho produjo distorsiones y adaptaciones un tanto extrañas, en ocasiones dignas del más insólito contorsionismo.

En un esfuerzo de síntesis, podríamos señalar cinco notas que caracterizan a la concepción krausista del Derecho, tres de ellas negativas y dos afirmativas: 1) la negación de la coacción estatal como elemento definatorio del fenómeno jurídico; 2) la negación de lo que se conoce como bilateralidad o reciprocidad de la norma entre los teóricos del Derecho; 3) la negación de la exterioridad del Derecho y de la paralela interioridad de la moral; 4) la afirmación de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral; y 5) la afirmación del desarrollo armónico de la sociedad y los sistemas jurídicos que la acompañan<sup>159</sup>. Curiosamente, sin embargo, ninguna de todas estas características se encuentra en el pensamiento del alemán.

En primer lugar, para Jhering la coacción del Estado era esencial para acotar el Derecho frente a otros órdenes normativos como el de la moral o el de los usos sociales. El krausismo, al contrario, rechazaba que algo tan burdo como el poder estatal pudiera contaminar el concepto “ideal” de Derecho. En segundo lugar, Jhering entendía que toda norma encierra un haz de derechos y deberes recíprocos, de manera que no puede darse un derecho sin generarse a la vez un deber de la contraparte. En cambio, el

---

<sup>158</sup> DÍAZ, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres, Valencia, 1983, pp. 15-61.

<sup>159</sup> HIERRO, José Luis del, “Aproximación al pensamiento filosófico-jurídico de Leopoldo Alas (Clarín)”, *Revista de Ciencias de la Información*, nº 4, Ed. Complutense, Madrid, 1987, pp. 389-404. De José Luis del Hierro hemos tomado las ideas de la bilateralidad, la exterioridad y la coacción. Hemos reformulado la que él proponía como “afirmación del carácter ético del derecho” en términos de la relación entre Derecho y moral. Y hemos añadido una quinta nota, la del armonismo jurídico, sobre el cual pueden encontrarse abundantes referencias en FORSTER, Wolfgang, *Karl Christian Friedrich Krauses frühe Rechtsphilosophie und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund*, Aktiv Druck und Verlag, Ebelsbach, 2000.

krausismo sostenía, en su vaporosa interpretación de Kant, que el Derecho es sólo un orden de deberes. En tercer lugar, Jhering consideraba que el Derecho sólo debe regular conductas externas, pues los pensamientos e intenciones corresponden al reino de la moral, mientras que el krausismo extendía el dominio del Derecho hasta los “actos internos”<sup>160</sup>. En cuarto lugar, Jhering deslindaba con precisión el Derecho de la moral, que entre los krausistas se hallaban confusamente entrelazados. Y, en quinto lugar, Jhering planteaba una noción conflictualista del Derecho, en tanto que orden normativo gestado por el choque de intereses enfrentados; los krausistas, al contrario, entendían que el Derecho seguía un desarrollo ideal y tendencialmente armónico.

Es verdad que los puntos de vista krausistas no eran compartidos por toda la cultura jurídica de la España finisecular, porque también existieron otras corrientes en lo que al Derecho se refiere, en particular el neotomismo y el historicismo<sup>161</sup>. El primero gozó de un importante predicamento entre las filas más conservadoras de la Restauración monárquica. El segundo, floreciente sobre todo en Cataluña, sirvió para canalizar las aspiraciones nacionalistas en el ámbito jurídico. No obstante, puede afirmarse que la krausista fue la única que se interesó en serio por Jhering. También conviene precisar que no todos los integrantes del movimiento sostuvieron las mismas opiniones, pues el krausismo fue más una actitud moral ante la política y la ciencia, que un credo férreamente estipulado. En concreto, puede constatarse una cierta aproximación a las orientaciones positivistas y sociológicas del último cuarto del siglo XIX en los jóvenes de la segunda generación krausista (el llamado krausopositivismo). Entre estos, de forma destacada, se encontraba Adolfo Posada<sup>162</sup>. De cualquier modo, y pese a estas advertencias, el ideario jurídico de esta corriente fue *grosso modo* el que se acaba de bosquejar. ¿Cómo fue posible que importaran a Jhering?

La mejor manera de explicarlo es acudir al propio Adolfo Posada, que se expresaba así en su prólogo a la traducción de la *Prehistoria de los indoeuropeos* de Jhering: “si prescindimos de las palabras y nos vamos al fondo del pensamiento, conceptúo posible demostrar que entre Krause y Jhering hay puntos de intersección muy interesantes. Sería obra no de gran empeño, variando un tanto la terminología, demostrar, por ejemplo,

---

<sup>160</sup> Vid. ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, *El Derecho y la moralidad. Determinación del concepto de Derecho y sus relaciones con la moralidad*, Casa editorial Medina, Madrid, 1878, p. 66.

<sup>161</sup> GIL CREMADES, Juan José, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969.

<sup>162</sup> La fecha que se suele señalar como comienzo de esta orientación es 1878, año de un famoso escrito de Nicolás Salmerón, donde el político y catedrático de metafísica venía a sintetizar las líneas maestras del nuevo rumbo a emprender. Vid. SALMERÓN, Nicolás, “Prólogo” a Hermenegildo Giner de los Ríos, *Filosofía y arte*, Imprenta de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1878.

que, en definitiva, el Derecho, es decir, el orden positivo de la vida humana racional, conseguido por movimiento espontáneo de la voluntad reflexiva, es para Ihering la consecuencia, no del imperio material del poder del Estado, sino de las tendencias éticas de la conciencia humana individual y social”<sup>163</sup>.

La lectura de este fragmento casi invita a esbozar una sonrisa. Y es que las alusiones a la posibilidad de “variar la terminología” o “prescindir de las palabras”, que reflejan una actitud un tanto cándida, no podían ocultar la fundamental heterogeneidad de ambos pensamientos. Resulta verdaderamente ingenuo hablar del Derecho como “un orden positivo de la vida humana racional, conseguido por movimiento espontáneo de la voluntad reflexiva”, cuando en *La lucha por el Derecho* Jhering había sostenido lo contrario. Para éste el Derecho era, en efecto, un producto del enfrentamiento, un resultado de ásperas luchas por reivindicaciones concretas, que se habrían ido cristalizando por mor de un proceso dialéctico y siempre en marcha<sup>164</sup>. Lo extraño del caso es que, en el fondo, da la impresión de que Posada estaba siendo consciente de la incompatibilidad entre ambas filosofías. Pese a ello, y con cierta tozudez, se empeñaba en atenuar las diferencias. Que para ello fuese necesario encerrar a Jhering en un lecho de Procusto, no parecía ser un obstáculo relevante.

No es fácil explicar la razón de semejante interés, cuando el punto de vista krausista, al que en ningún caso se renunciaba, hacía tan difícil la penetración de ideas como las de Jhering. En pocas palabras, puede decirse que la predilección por Krause obedecía a motivos políticos y sociales<sup>165</sup>. No era por un atractivo científico o filosófico por lo que su obra se había expandido entre nuestros intelectuales, ni tampoco por razones literarias, pues su prosa era tan abstrusa como la de todo el idealismo alemán. De hecho, muchos de los que se dijeron integrantes del movimiento ni siquiera habían

---

<sup>163</sup> POSADA, Adolfo, “Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering”, en IHERING, Rodolfo von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo Posada, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, pp. VII-XXXI. La cita está tomada de la página XXI.

<sup>164</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, pp. 7-20.

<sup>165</sup> Vid. ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, “Prólogo” a Adolfo Posada, *Ideas pedagógicas modernas*, en David Torres (ed.), *Los prólogos de Leopoldo Alas*, Playor, Madrid, 1984, p. 176: “Fue muy oportuno que los primeros vientos de *modernismo* intelectual y de independencia filosófica hubieran sido en España idealistas, de un idealismo tan noble, generoso y poético como es el krausismo [...]. Si estas corrientes de filosofía racionalista hubieran tardado más, lo importado hubiera sido probablemente el positivismo, y puede afirmarse que tal tendencia no habría arraigado en el espíritu de muchos, ni producido el entusiasmo y la actividad de fecundo estudio y de propaganda intelectual que el idealismo del simpático filósofo alemán produjo. Años adelante, el positivismo vino, pero de modo esporádico, si cabe hablar así; y ni causó gran efecto, ni fue popular entre los estudiosos, ni arraigó ni suscitó ningún pensador español notable [...] No sólo favorecieron aquí la aclimatación krausista sus elementos de idealidad, sino que también la ayudó el predominio de la filosofía ética y de sus tendencias prácticas [...].”

leído a Krause: sé era krausista pero no krausiano. Lo que hizo atractiva a esta corriente fue que su filosofía era abierta y ecléctica en sus planteamientos, poco definitiva en sus propuestas, más bien dúctil e indecisa respecto a los problemas concretos, y siempre moderada en sus sugerencias reformistas. Frente a ello, sin embargo, estaba el carácter monolítico y estatalista del gran Hegel. La insistencia de Krause sobre la educación, sobre la ética, sobre la sociedad frente al Estado, eran elementos atractivos para un grupo de intelectuales más o menos liberales, cuyo posicionamiento político se definía por oposición a las corruptelas del Estado clientelar de la Restauración<sup>166</sup>.

En este estado de cosas, y en el marco del citado krausopositivismo, se produjo un acercamiento hacia las corrientes sociológicas que se hallaban en boga por toda Europa. Fue a raíz de esa aproximación cuando se introdujo por primera vez a Jhering. De él quisieron extraer, como les sucedería más tarde a Benedetto Croce y a Andreas Cervin, un poso idealista y un impulso moral que apuntalara sus críticas frente al orden político existente. En un Estado degradado, que había terminado provocando un insalvable abismo entre la España *legal* y la *real*<sup>167</sup>, las apelaciones al Estado no eran bienvenidas. Ni las de Hegel ni las de Jhering. De ahí sus frecuentes críticas a la posición de nuestro jurista en cuanto a la teoría de la coacción. Sin embargo, sobre todo en *La lucha por el Derecho*, creyeron ver un estímulo para el combate frente al orden establecido, un llamamiento de carácter ideal, místico y casi religioso, a la batalla del pensamiento y al deber moral de preservar los valores. Sin apercibirse de que Jhering, en realidad, llamaba más a la lucha efectiva que a la serena resistencia pasiva, más a la defensa del *derecho* subjetivo que a la exaltación del *deber* moral<sup>168</sup>.

Por consiguiente, al igual que el krausismo se había adoptado por razones más políticas que científicas, también la lectura de Jhering se vio condicionada por factores similares. De hecho, el motivo inmediato del prólogo de Clarín fue una diatriba contra el partido liberal, que en 1881 se aprestaba a abandonar las posturas abstencionistas,

---

<sup>166</sup> DÍAZ, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, cit., pp. 15-61.

<sup>167</sup> En este sentido, vid. COSTA, Joaquín, *Oligarquía y caciquismo, Colectivismo agrario y otros escritos (Antología)*, ed. y prólogo de Rafael Pérez de la Dehesa, Alianza, Madrid, 1967; y AZCÁRATE, Gumersindo de, *El régimen parlamentario en la práctica, El régimen parlamentario en la práctica*, 3ª ed., con prólogos de E. Tierno Galván y Adolfo Posada, Tecnos, Madrid, 1978.

<sup>168</sup> Vid. ALAS "CLARÍN", Leopoldo, "Prólogo" a IHERING, Rudolph von, *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004, pp. 9-45. Una buena muestra del influjo de esta lectura, en clave un tanto idealista, la tenemos en un prólogo que escribiría Diego Abad de Santillán muchos años más tarde, con motivo de su nueva traducción de *La lucha por el Derecho*: ABAD DE SANTILLÁN, Diego, "Prólogo" a IHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, trad. y pról. de Diego Abad de Santillán, Cajica, México, 1957, pp. 8-25. Se incluye como apéndice el prólogo de Clarín.

para entrar a formar parte del corrupto juego político de la Restauración<sup>169</sup>. Clarín, que en aquel entonces todavía profesaba convicciones radicales, se oponía con rabia a la actitud posibilista de Emilio Castelar, quien abogaba por participar en el juego amañado del turno político para revertir su dinámica viciosa desde dentro. La lucha de Clarín era, por lo tanto, una lucha por la salvaguarda de los ideales políticos frente a su degeneración en manos del sistema, por la resistencia de la ética frente a las concesiones de la política, por el mantenimiento de los valores frente a la corrupción de las instituciones. Con ello, evidentemente, se captaba sólo un aspecto muy parcial del pensamiento original de Jhering.

Esta lectura idealista de Clarín, que tiene paralelismos con la que más tarde haría Croce, es la que se filtró en Adolfo Posada. El añadido que introduciría éste, junto al vago antiformalismo que también asumió de aquella interpretación de *La lucha*, sería el de la sociología. No sólo apreciaba a la obra de Jhering, como en el prólogo de Clarín, en cuanto que animosa arenga a la lucha por los ideales, sino por sus contribuciones sociológicas al estudio del Derecho. Sin renegar nunca del ideario krausista y, por tanto, rechazando de plano el positivismo *stricto sensu*, es muy posible que fuera Jhering el que movió a Posada a interesarse por la nueva literatura sociológica que se desarrollaba en el continente<sup>170</sup>. La traducción que hizo de la *Prehistoria de los indoeuropeos* y el largo prólogo que escribió con tal motivo, pese a las distorsiones que ya hemos visto, son un buen indicio de esta orientación en sus ideas.

Así las cosas, estamos en condiciones de hacer una valoración final. Para ello, quizá pueda ser adecuado recurrir a la siguiente afirmación de Jhering: “la adopción de instituciones jurídicas extrañas, más bien que cuestión de nacionalidad, lo es de oportunidad y de necesidad”<sup>171</sup>. Con estas lúcidas palabras, que encerraban una crítica al planteamiento de las nacionalidades defendido por Savigny, el jurista alemán se estaba refiriendo al fenómeno de la importación y exportación del Derecho. Ahora bien, esta vez sí, cambiando un tanto las palabras, podríamos hacer el mismo juicio respecto a la transmisión de las ideas. Con la penetración de Jhering en España sucedió algo así: no existía ni la *oportunidad* ni la *necesidad*, a finales del XIX y principios del XX, de asumir con coherencia y fidelidad su pensamiento jurídico.

---

<sup>169</sup> Vid. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *El pensamiento de Leopoldo Alas “Clarín”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 245-283.

<sup>170</sup> Adolfo Posada fue, en efecto, uno de los principales introductores de la sociología en España. Vid. LAPORTA, Francisco, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974, pp. 261-265.

<sup>171</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 7.

El estatalismo, en efecto, no podía ser adoptado en un contexto en el que el Estado español entraba en una decadencia que terminaría con la simbólica fecha de 1898, año de independencia de las últimas colonias. La teoría imperativista de la norma o la teoría de la coacción, por similares razones, se habrían importado con notables dificultades. Por otra parte, el conflictualismo jurídico, en un país que se desgarraba entre guerras, levantamientos e insurrecciones intestinas, tampoco podía suscitar gran entusiasmo. Frente a esto se encontraba el recetario idealista del krausismo, más ético que jurídico, más proclive al énfasis en la sociedad que a la exaltación del Estado, y más cercano del armonismo que del conflictualismo<sup>172</sup>. Todo ello resultaba más sugerente y aplicable a la situación de crisis. Lo que se pudo asumir de Jhering fue aquello que cabía acomodar en dicha forma: el antiformalismo jurídico, una cierta inspiración sociológica y una idea un tanto sublimada de la lucha por el Derecho.

A modo ejemplificativo de cuanto se acaba de decir, es especialmente útil aludir a las palabras del jurista, sociólogo y politólogo Joaquín Costa, uno de los intelectuales españoles más señeros del quicio entre los siglos XIX y XX. La importancia de su juicio sobre Jhering, que enseguida citaremos, tiene que ver con el hecho de que Costa vino a ser una especie de buque insignia para el pensamiento español durante la época de crisis que sacudió a España en esas décadas. En este sentido, es probablemente en él donde encontramos las críticas más duras contra los aspectos señalados en el párrafo anterior: ni el estatalismo, ni la coacción, ni la idea de lucha son del agrado del aragonés. Su punto de vista, más cercano a las convicciones del historicismo y a ciertas orientaciones moderadas del tradicionalismo católico, era proclive a una entronización del Derecho consuetudinario frente al legalismo estatal, más propenso a la exaltación de la sociedad y su dinámica pretendidamente espontánea, que a las rigideces impositivas del Estado y sus esclerotizadas instituciones<sup>173</sup>.

En este sentido, se comprende por qué Joaquín Costa se pronunció de forma tan crítica con a las ideas plasmadas por Jhering en *La lucha por el Derecho*: “pasemos por alto la inseguridad y falta de consecuencia que se echa de ver en esta dogmática exposición, que no razonamiento, donde la fuerza es alternativamente uno de los *elementos* constitutivos del derecho, la idea madre, la potencia generadora [...]. Sea una

---

<sup>172</sup> Para entender la importancia del pensamiento armonista en el krausismo, vid. FORSTER, Wolfgang, *Karl Christian Friedrich Krauses frühe Rechtsphilosophie*, cit., pp. 133-178.

<sup>173</sup> Para un panorama sobre el significado político de Costa, vid. PÉREZ DE LA DEHESA, Rafael, *El pensamiento de Costa y su influencia en el 98*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1966; Para una síntesis sobre sus ideas jurídicas, vid. LÓPEZ CALERA, Nicolás M., *Joaquín Costa, filósofo del Derecho*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1965, pp. 191-214.



persona que se compromete a ejecutar un servicio [...]. Si ese hombre mantiene su palabra y cumple su compromiso, será efecto no más de su voluntad, y no sería capaz Ihering de descubrir en el hecho un átomo de coacción: si, por el contrario, se resiste a ejecutarlo, ni Maquiavelo, ni Hobbes, ni Kant, ni Ihering, ni Comte juntos, asistidos por todos los ejércitos de la tierra, tendrían poder para conseguir que ese hombre prestase el servicio pactado<sup>174</sup>».

En definitiva, vemos aquí plasmadas las anteriores objeciones contra el positivismo estatalista de Jhering. En el caso de Costa, quizá con mayor relieve que en Clarín o Posada, se pueden ver las dificultades que representaba una asunción literal de sus ideas. Después de la primera recepción, y tal vez a causa del persistente iusnaturalismo que dominó la filosofía jurídica española del franquismo<sup>175</sup>, no se pudo palpar una verdadera asimilación de su pensamiento. Es sólo a partir de los años 80 del pasado siglo cuando empieza a sentirse un relativo esfuerzo por publicar y difundir su doctrina. Mucho más a fondo, no obstante, sólo se ha visto esta resurrección a finales del siglo XX y principios del actual. En esta recuperación podrían percibirse dos frentes. Por un lado el terreno editorial, donde se han propiciado reediciones y alguna nueva traducción de inéditos en castellano. Con salvedad de los escritos sociológicos de la última etapa, se ha traducido todo lo importante de la obra de Jhering. Por otro lado está el aspecto doctrinal, en el que puede registrarse la tímida aparición de alguna literatura secundaria. Así y todo, reiterémoslo otra vez, sigue sin haber una monografía sobre su pensamiento en nuestro panorama bibliográfico.

## 1.2 La recepción extra-europea de Jhering

La pluralidad de los sistemas jurídicos mundiales es casi inagotable. Y el objetivo de esta tesis, a saber, la incardinación de Jhering en el paradigma iuspositivista, está determinado por la adscripción a un cierto tipo de cosmovisión jurídica. En este sentido, vale la pena advertir que el positivismo y la figura de Jhering han sido generalmente asumidos en marcos de referencia del mundo occidental, ya en su versión europeo-continental, ya en las modalidades de *common law* anglosajonas. Sin embargo, de forma especialmente llamativa, su obra también ha encontrado ecos más allá de Occidente. En

---

<sup>174</sup> COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, pról. de Nicolás M. López Calera, Comares, Granada, 2000, pp. 16-18.

<sup>175</sup> Vid. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y RIVAYA, Benjamín, “Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo”, *Anuario de filosofía del Derecho*, nº 15, 1998, pp. 305-334.

los siguientes epígrafes se hará una breve incursión por los avatares de su recepción extra-europea. Se ensancha así el recorrido hermenéutico y se enriquece el mapa de las diversas formas en que se han interpretado sus ideas. En primer lugar, se esbozarán los lineamientos de su recepción asiática, concretamente en Japón y en China (§a). En segundo lugar, se darán algunas pinceladas sobre su presencia en América Latina (§b). En este segundo apartado, como podrá imaginarse, la distancia con la recepción europea es menor que en el primero.

#### **a) Jhering en la cultura jurídica asiática (Japón y China)**

Al hablar de cultura jurídica asiática, pese a la excesiva amplitud de esta etiqueta, nos queremos referir a China y a Japón<sup>176</sup>. Es en estos dos países, sobre todo en el segundo de ellos, donde mayor información se ha podido recabar respecto a la recepción de Jhering en Asia. Por otra parte, al tratarse de dos culturas sustancialmente diversas a las que se han examinado en los epígrafes precedentes, se ponen de manifiesto nuevos rasgos y potencialidades de la obra del alemán. Enseguida se podrá ver que, junto a algunas tendencias interpretativas que ya se han esbozado en los anteriores contextos, la recepción asiática de su pensamiento planteó nuevas y curiosas vías de instrumentación de sus ideas. Dado que el influjo ha sido mucho más poderoso en Japón, comenzaremos la exposición por este país.

La recepción de Jhering en Japón es sin duda una de las más fuertes y persistentes de todas cuantas se han estudiado. De hecho, junto con Rusia, quizá se trate del lugar donde su pensamiento ha encontrado más fortuna. Hablamos de una influencia fuerte, puesto que desde su misma época se le valoró como un referente en la cultura jurídica japonesa, hasta el punto de que llegó a condecorársele con una *orden del sol naciente de segundo grado*, un preciado galardón que solía imponerse a las personalidades políticas de alto nivel<sup>177</sup>. Y hablamos de una influencia persistente, porque sus obras se han seguido traduciendo con frecuencia hasta la más próxima actualidad. No sólo se han vertido obras tan paradigmáticas como *El fin en el Derecho*, el *Espíritu del Derecho*

---

<sup>176</sup> Mario G. Losano, en sus *I grandi sistemi giuridici*, agrupa en un mismo bloque a los Derechos chino y japonés. No en vano, ambas culturas jurídicas caminaron de la mano hasta bien entrado el siglo XIX. Sólo a partir de la occidentalización del Derecho japonés, y a la concomitante emancipación de la influencia china a la que había estado sometido, comenzarán a particularizarse ambos mundos. El Derecho indio y el islámico, que también cubren una vasta porción del territorio asiático, son tratados aparte por Losano. Dado que no se han localizado datos sobre una hipotética influencia de Jhering en estos ámbitos, aquí no serán considerados. Vid. LOSANO, Mario G., *I grandi sistema giuridici*, cit., pp. 405-408.

<sup>177</sup> Vid. NISHIMURA, Shigeo, “Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung und die Verleihung des Ordens”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, cit., pp. 97-109.

romano o *La lucha por el Derecho*, sino que también la *Prehistoria de los indoeuropeos* o *Bromas y veras de la ciencia jurídica* han alcanzado una importante difusión en dicho país<sup>178</sup>. Por otra parte, como se acaba de anunciar, esta intensa labor de propagación sigue extendiéndose hasta los últimos años. A título de ejemplo, valga señalar que las innumerables ediciones de *La lucha por el Derecho*, más conocida allí que en cualquier otro país occidental, se usan a modo de material propedéutico para iniciarse en el estudio del Derecho y de la ciencia jurídica<sup>179</sup>.

Para entender bien el proceso de recepción de Jhering, es necesario retrotraerse a la época de la revolución Meiji. Como es bien sabido, la historia moderna de Japón puede dividirse en dos grandes periodos: desde 1635 hasta 1868 y desde este año hasta la actualidad. En el lapso de más de dos siglos que media entre ambas fechas, la isla asiática permaneció cerrada por completo al contacto con el extranjero. Durante el primer tercio del siglo XVII, en efecto, la difusión del cristianismo y la intensificación del tráfico comercial con Occidente habían comenzado a laminar el secular aislamiento japonés. Ante el riesgo de que así se desmantelase el entramado feudal que llevaba funcionando desde el siglo XIII, la principal familia *shogun*, el clan Tokugawa, decidió prohibir la salida de los japoneses al exterior y la entrada de los europeos en el territorio nipón. Esta férrea política de aislacionismo, practicada con la anuencia de los diversos señores feudales del imperio (*shogunes*) y comandada por la hegemónica familia de los Tokugawa, terminó conduciendo al país a un desfase científico y tecnológico de grandes proporciones respecto a Occidente.

Sin embargo, hacia mediados del siglo XIX, ante el empuje de las grandes potencias coloniales europeas, este *statu quo* no pudo resistir. Por la fuerza de las armas, Japón se vio obligado a abrir sus fronteras y a suscribir una serie de pactos comerciales con las distintas naciones occidentales (1853-1854). En función de estos *tratados inicuos*, los europeos se reservaban una gran cantidad de prerrogativas que devaluaban por completo al imperio nipón y que allanaban el camino para su ulterior colonización. El principal

---

<sup>178</sup> JHERING, Rudolf von, 權利競争論 (*La lucha por el Derecho*), trad. de Goro Utsunomiya, Tokyo, 1894; ID., 欧洲民族文化史 (*La prehistoria de los indoeuropeos*), trad. de Inoue Kinji, Tokyo, 1919; ID., 法律目的論 (*El fin en el Derecho*), Universidad de Waseda, Facultad de Derecho, Tokyo, 1930-1935; ID., ローマ法の精神 (*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*), Tokyo, 1950; ID., 法学における冗談と真面目 (*Bromas y veras de la ciencia jurídica*), trad. de Sanada Yoshiaki y Yazawa Hisazumi, Chuo University Press, Tokyo, 2009. Queremos agradecer al profesor Koji Mizuno (Universidad Hokkaido - Sapporo), por su valiosa ayuda con las traducciones japonesas.

<sup>179</sup> BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf um's Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, en AA. VV., *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 87-112, especialmente pp. 102-103 y 112.

argumento para justificar la necesidad de esos acuerdos se basaba en las profundas diferencias de los Derechos occidentales con el tradicional Derecho japonés. Dado ese desequilibrio de partida –pretendían las potencias europeas– era indispensable suscribir unos pactos correctores que, en la práctica, venían a aforar a los extranjeros respecto de toda clase de actos que realizaran en suelo japonés. Además, y sobre esa misma base, los aranceles nipones quedaron rebajados hasta un mínimo irrisorio, con el resultado de que comenzó a practicarse un comercio absolutamente desigual para la isla. Ambas prescripciones, fundamentadas en la diferencia de su cultura jurídica, determinaron la historia japonesa contemporánea<sup>180</sup>.

Dada la preocupación por la creciente penetración extranjera y la paralela pérdida de confianza en la capacidad de los *shogunes* para controlar la situación, el sistema feudal terminó resquebrajándose en favor de la casa imperial, que vino así a recuperar un poder que no había poseído *de facto* durante siglos. A partir de 1868, año de comienzo del reinado del emperador Meiji, empezará a fomentarse una renovación en todos los órdenes de la vida japonesa. Y precisamente, el principal horizonte de esta etapa fue la abrogación de los acuerdos inicuos, una rémora que lastraba el renacimiento del país desde sus mismos cimientos. Para ello, con una rapidez inusitada, se decidió promover una conversión total de las estructuras jurídicas, que así empezaron a forjarse según los modelos occidentales. Mediante esta tarea, pensaban, se atacaba el argumento esgrimido por las potencias europeas para mantener los tratados desiguales<sup>181</sup>.

El primer modelo elegido para llevar a cabo la occidentalización jurídica fue el francés. Heredero del glorioso código napoleónico, aureolado por el éxito militar de esta nación durante el primer tercio del siglo XIX, el Derecho galo parecía cumplir todos los requisitos para convertirse en un buen ejemplo a seguir. Fundamentalmente a través del jurista Gustave Émile Boissonade (1825-1910), que ejerció de consejero y principal ponente de varias comisiones codificadoras, se dejó sentir la huella jurídica francesa<sup>182</sup>. A él es a quien se debe la creación del código penal, del código procesal-criminal y de un código civil que nunca llegaría a entrar en vigor. La primera de estas leyes se vio coronada con un gran éxito, mientras que la segunda no pudo funcionar correctamente:

---

<sup>180</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 415-415.

<sup>181</sup> Vid. por ejemplo BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf ums Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, pp. 88-97.

<sup>182</sup> Vid. DOMINGO, Rafael, “Gustave Émile Boissonade”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, cit., pp. 347-349; LOSANO, Mario G., “Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III, 1, 1973, pp. 519-567, especialmente pp. 559-585. Los tres consejeros tratados por Losano en este artículo son el francés Gustav Émile Boissonade, el alemán Hermann Roesler y el italiano Alessandro Paternostro.

ante la falta de una administración de justicia dotada de medios y estructuras suficientes, sus prescripciones no lograron llevarse a cabo.

Por lo que respecta al fallido código civil, se trata de una de los elementos más significativos para entender la ulterior recepción de Jhering. A partir de la década de los setenta, y como resultado de la derrota gala tras la guerra franco-prusiana, el foco de influencia comenzó a desplazarse hacia Alemania. Los políticos y juristas japoneses, divididos entre los partidarios del modelo inglés, el francés y el prusiano, iniciaron un acercamiento cada vez más ostensible hacia este último. En este torbellino de corrientes opuestas es en el que surgió la figura de Hermann Roesler (1834-1894), el gran artífice de la germanización del Derecho japonés, autor del código de comercio (1890) y de la Constitución Meiji de 1889<sup>183</sup>. Con independencia de su actividad como legislador, lo que nos interesa destacar es su papel como intelectual y consejero del gobierno, su profunda contribución a la germanización jurídica del archipiélago. Será en ese clima, y en buena medida a través de su influencia, cuando entre en crisis el código civil de Boissonade. Todavía en el periodo de *vacatio legis*, y acosado por las presiones de las corrientes germanófilas, el código fue sometido a una revisión radical encabezada por los juristas Nobushige Hozumi, Masaaki Tomii y Kenjiro Ume<sup>184</sup>.

En este contexto es en el que puede entenderse la recepción de Jhering. La primera traducción de *La lucha por el Derecho*, aunque sólo parcial y nunca publicada, corrió a cargo de Amane Nishi (1829-1897). Nishi fue uno de los juristas más relevantes del siglo XIX japonés, uno de los primeros activistas por la modernización jurídica del país y por la introducción controlada de los modelos occidentales. Hijo de familia samurái, fue uno de los jóvenes enviados a estudiar a Europa para conocer las ideas extranjeras. Amigo del positivismo y el utilitarismo en el terreno filosófico, crítico con el excesivo peso de la moral en el Derecho tradicional japonés –pero a la vez contrario a una importación mecánica de las reglas occidentales– y partidario de las leyes “precisas y detalladas”, fue uno de los intelectuales más influyentes de la centuria<sup>185</sup>. Por razones

---

<sup>183</sup> Vid. BARTELS-ISHIKAWA, Anna (Hrsg.), *Hermann Roesler. Dokumente zu seinem Leben und Werk*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, pp. 25-80; LOSANO, Mario G., “Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno”, cit., pp. 537-559. El artículo de Losano incluye un largo apéndice con el comentario del propio Roesler al título I de la Constitución Meiji, así como el que hizo Hirobumi Ito, a la sazón Ministro de Justicia japonés y responsable político del giro alemán del Derecho japonés. El libro de Bartels-Ishikawa incluye cartas y documentos biográficos de interés sobre Roesler y su labor legislativa en el imperio japonés.

<sup>184</sup> Vid. RAHN, Gunthram, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan. Dargestellt an der Entwicklung der modernen japanischen Zivilrechtsmethodik*, C. H. Beck, München, 1990, pp. 91-113.

<sup>185</sup> Vid. MINEAR, Richard H., “Nishi Amane and the Reception of Western Law in Japan”, *Monumenta Nipponica*, vol. 28, n° 2, 1973, pp. 151-175.

desconocidas, dejó sin terminar la citada traducción de Jhering. Sin embargo, pese a la cuasi nula influencia de su versión, resulta llamativo que uno de los más grandes juristas e intelectuales japoneses del XIX, embarcado en la tarea de introducir el Derecho occidental, se interesase por esta obra<sup>186</sup>.

La segunda traducción de *La lucha por el Derecho*, publicada en 1894, correspondió a Goro Utsunomiya. Aunque de éste no se conoce casi nada, lo relevante de la versión son los prólogos que la acompañaban. Y es que dos de los tres juristas encargados de revisar el código de Boissonade bajo la óptica de las nuevas tendencias germanófilas – Hozumi y Tomii<sup>187</sup>– contribuyeron con sendos pequeños prefacios a la edición de Utsunomiya. Resulta un dato esencial para entender cómo la obra de Jhering suscitó un interés enorme entre las altas esferas de la renovación jurídica japonesa. Ahora bien, al menos desde el punto de vista iusfilosófico, son más destacables los otros dos prólogos que se adjuntaron a la traducción. Uno de ellos corrió a cargo de Hiroyuki Kato (1836-1916), un famoso jurista que también tradujo el *Allgemeines Staatsrecht* de Johann Caspar Bluntschli. El siguiente prefacio se lo debemos a Iken Kojima (1837-1908), un gran juez que llegó a ser presidente de la Corte de Casación<sup>188</sup>.

La importancia de Kato radica en el hecho de que éste fue uno de los más fieros representantes del darwinismo social en suelo japonés<sup>189</sup>. Aunque en una primera etapa fue partidario de la idea de los derechos humanos derivados del Derecho natural, más tarde se convirtió al positivismo y terminó sosteniendo una posición bastante opuesta a semejante idea. Tras las luchas por los derechos civiles durante los primeros años del periodo Meiji, que llegaron a hacer peligrar el equilibrio estamental tradicional, se volcó hacia una filosofía conservadora y orientada a criticar esas tendencias. Seguidor de Darwin y Spencer, defendió una teoría sobre el derecho del más fuerte y la aplicó al desarrollo de las sociedades: según él, los pueblos mejor adaptados eran los que estaban

---

<sup>186</sup> BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf ums Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, pp. 97-98.

<sup>187</sup> Nobushige Hozumi (1855-1926) fue educado en Inglaterra y estuvo muy influido por el pensamiento evolucionista de Henry Sumner Maine. En Alemania, donde viajaría años después, pudo escuchar las lecciones de Rudolf Gneist o Georg Bruns. Masaaki Tomii (1858-1935), pese a su formación francesa inicial, fue uno de los más decididos defensores de la germanización del código. Vid. DOMINGO, Rafael y MAULEÓN MURAMATSU, Aiki, “Nobushige Hozumi”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, cit., pp. 655-657; JARAMILLO, Marcos, “Masaakira Tomii”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, cit., pp. 697-699.

<sup>188</sup> BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf ums Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, pp. 98-100.

<sup>189</sup> Vid. MURAKAMI, Junichi, “Sozialdarwinismus im Japan der Meiji-Zeit. Eine konservative Wende des Frühliberalismus?“, en AA. VV., *Beiträge zur modernen japanischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von Hans-Peter Marutschke, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006, pp. 53-63.

destinados a sobrevivir y a ejercer la hegemonía. La obra donde expuso estas ideas, *Der Kampf um's Recht des Stärkeren und seine Entwicklung* (*La lucha por el derecho del más fuerte y su evolución*) era un claro guiño al opúsculo de Jhering, que interpretaba desde una perspectiva darwinista y desde un prisma marcadamente político: en el seno de la lucha contra los tratados desiguales suscritos con Occidente, pretendía arengar al pueblo japonés como posible potencia asiática<sup>190</sup>.

El prefacio de Kojima, en cambio, sostenía ideas antagónicas a las de su colega. En primer lugar, rechazó la posibilidad de utilizar las ideas de Darwin más allá del reino animal: la evolución de las sociedades humanas, en su opinión, no se regía de acuerdo con las leyes descubiertas por el científico inglés. En segundo lugar, y en coherencia con este posicionamiento, realizó una interpretación de Jhering desde el punto de vista del respeto a la legalidad. El caso de Kojima es muy interesante, porque guarda un fuerte paralelismo con el del magistrado Andreas Cervin en la Suecia de 1942. Al igual que éste había sido acosado por interferencias políticas que querían orientar su sentencia en un sentido determinado, Kojima sufrió la presión de altas instancias japonesas para decidir sobre un caso especialmente peliagudo.

En 1891, el futuro Zar Nicolás II sufrió un intento de asesinato durante una visita que realizó al archipiélago. Queriendo aplacar a los rusos, con quienes las relaciones diplomáticas eran bastante tensas, las autoridades niponas se empeñaron en condenar a muerte al autor del atentado. Sin embargo, para ello era necesario violentar las leyes existentes al respecto, ya que éstas no preveían la pena de muerte para la tentativa de asesinato. Pese a todo, Kojima –que a la sazón era presidente de la Corte Suprema– decidió fallar conforme a la ley, saltándose las fuertes presiones externas a las que se vio sometido durante el proceso. Con esta actitud, que después se reflejaría en su lectura de Jhering<sup>191</sup>, sentó un importante precedente para afirmar la independencia judicial japonesa. A partir de entonces, su actuación ha sido motivo de elogio y se ha terminado convirtiendo en un símbolo para la judicatura nipona<sup>192</sup>.

Así las cosas, puede entenderse el viraje interpretativo que imprimió Kojima a la obra de Jhering. Su lucha por el Derecho particular, más coherente con la que el propio

---

<sup>190</sup> Quizá no sea ocioso señalar que el jurista polaco Ludwig Gumplowicz (1838-1909), uno de los representantes más extremos del darwinismo social, pionero de la teoría de las razas y partidario de una concepción conflictualista del Derecho y la sociedad, redactó una laudatoria recensión al libro de Kato. Vid. GUMFLOWICZ, Ludwig, “Der Kampf ums Recht der Stärkeren und seine Entwicklung”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, nº 5, 1895, pp. 767-768.

<sup>191</sup> BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf ums Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, pp. 99 Y 107-108.

<sup>192</sup> DEAN, Meryll, *Japanese Legal System*, 2<sup>nd</sup> edition, Cavendish Publishing, London, 2002, pp. 90-96.

alemán tenía en mente, era una lucha por la salvaguarda del imperio de la ley, por el respeto de las normas como garantía de la independencia judicial y del vigor de la comunidad política. Con semejante prisma interpretativo, Kojima se movía en las coordenadas que más fuerza cobrarán en las sucesivas lecturas japonesas de Jhering. Resulta demasiado prolijo ahondar en todas y cada una de las versiones de *La lucha por el Derecho* que aparecieron en los años sucesivos. No obstante, y a modo de síntesis, puede decirse que la importancia de este escrito tuvo que ver con su planteamiento acerca de la relación entre el Derecho objetivo y los derechos subjetivos.

Dadas las características tradicionales del Derecho asiático, en la cultura jurídica japonesa no existía un concepto equiparable al de derecho subjetivo. Desde este punto de vista, la conferencia de Jhering debió de resultar extraordinariamente llamativa. Su empleo de la palabra Derecho –*Recht*– en el doble sentido de derecho subjetivo y objetivo<sup>193</sup>, se encontraba cargada de sugerencias y potencialidades para la renovación jurídica que Japón se traía entre manos. De hecho, hay buenas razones para suponer que la influencia de Jhering fue clave en la importación de este concepto occidental. Dado que los vocablos tradicionales para referirse al Derecho estaban vinculados con el sentido objetivo del mismo –*hō, ritsu, rei*– o con la noción de deber u obligación –*giri, dō, jin*–<sup>194</sup> fue necesario acuñar un neologismo. Después de algunas vacilaciones, el término que se impuso fue el de *kenri*, una palabra que constaba de dos partes: *ken*, que significa *poder*, y *ri*, que significa *interés*<sup>195</sup>. En definitiva, era un vocablo que venía a recoger, *grosso modo*, la definición jheringiana del derecho subjetivo: “los derechos son *intereses jurídicamente protegidos*”<sup>196</sup>.

Fuera como fuera, el caso es que el escrito de Jhering levantó un enorme interés. A partir de la traducción de 1924, a cargo de Tatsuhito Mimura, las siguientes versiones se hicieron pensando en la difusión del pensamiento jurídico europeo. Tanto en el prefacio de esta entrega, como en los de las traducciones de 1931, 1933, 1949, 1978 y 1982 –dos

---

<sup>193</sup> Si bien aquí utilizamos la mayúscula para designar el significado objetivo, mientras que reservamos la minúscula para el subjetivo, en alemán todos los sustantivos se escriben con mayúscula. Por eso, desde el mismo título, *La lucha por el Derecho* de Jhering era una lucha entendida desde ambos puntos de vista.

<sup>194</sup> Vid. MINEAR, Richard H., “Nishi Amane and the Reception of Western Law in Japan”, cit., p. 151 ss.

<sup>195</sup> CHOE, Byoung Jo, “Der Kampf ums Recht im traditionellen Korea. Die konfuziansische Ideologie und die Wirklichkeit”, en AA. VV., *Jhering Rechtsdenken*, cit., p. 33.

<sup>196</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, §60, p. 339. He aquí la definición más desarrollada: “dos elementos son los que constituyen el concepto de derecho: uno *sustancial*, en el que reside el fin práctico del mismo –esto es, la utilidad, el provecho, la ganancia–, que debe ser garantizado por medio del Derecho; y uno *formal*, que únicamente funciona como instrumento para lograr dicho fin –esto es, la *protección* jurídica, la *acción procesal*–. El primero de estos elementos es el núcleo, mientras que el segundo es la cáscara protectora del derecho (...). El concepto de derecho se fundamenta en la seguridad jurídica de su disfrute: los derechos son *intereses jurídicamente protegidos*”.



de ellas bilingües y expresamente destinadas a estudiantes de instituto que quisieran optar por la carrera de Derecho— la importancia de esta obra ha basculado en torno a su potencial explicativo, a su gran capacidad para condensar el núcleo de las ideas occidentales relativas al fenómeno jurídico. El hecho de que existan tantas versiones, con innumerables reimpresiones en algunos casos, es muy sintomático del predicamento que ha encontrado en la cultura jurídica nipona. Y su propagación entre los estudiantes de Derecho, que suelen emplear este opúsculo como texto propedéutico para iniciarse en el conocimiento de las materias jurídicas, supera con mucho a la difusión que hoy tiene en los países occidentales<sup>197</sup>.

Ahora bien, además del éxito estelar que tuvo este escrito en la cultura japonesa, el legado de Jhering se transmitió por otras vías. En primer lugar, y de forma llamativa, también ejerció una relativa influencia en el campo del Derecho público. Tras la promulgación de la Constitución de 1889, elaborada por Roesler bajo las órdenes del Ministro de Justicia Hirobumi Ito, las autoridades japonesas quisieron informarse sobre la dinámica constitucional, es decir, sobre cómo conviene conducir la vida política bajo el amparo de una Constitución de corte parlamentario. Con este fin, se decidió enviar a Alemania un delegado —Kentaro Kaneko (1853-1942)— cuyo cometido era entrevistarse con varias personalidades políticas y académicas, para así poder recabar consejos sobre el adecuado funcionamiento de la vida constitucional.

El propio ministro Ito, que tiempo atrás había realizado un viaje de estudios en Alemania, estaba fascinado por las teorías de los iuspublicistas Lorenz von Stein (1815-1890) y Rudolf von Gneist (1816-1895), más conservadoras que las corrientes francesas que habían tratado de imponerse en una primera etapa<sup>198</sup>. Sobre esa base, se decidió que Kaneko visitara a ambos profesores. Pero además, de forma un tanto insólita, se añadió el nombre de Jhering como visita preceptiva<sup>199</sup>. Es posible que a ello contribuyera la amistad de Kaneko con Taizo Miyoshi, un alto funcionario, magistrado y renombrado jurista que había sido alumno de Jhering. En cualquier caso, lo cierto es que Kaneko sostuvo dos largas entrevistas con el alemán, a quien visitó en su casa de Göttingen y de quien pudo recabar valiosas informaciones sobre política parlamentaria.

---

<sup>197</sup> BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf ums Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, pp. 100-103.

<sup>198</sup> LOSANO, Mario G., “Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno”, cit., pp. 530-533. La influencia de Gneist en el Derecho japonés ha sido considerable. Vid. ESSER, Dirk, “Gneist als Zivilrechtslehrer”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34, 2006, pp. 57-78.

<sup>199</sup> Vid. NISHIMURA, Shigeo, “Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung”, cit., pp. 98-100.

Tras su retorno a Japón, Kaneko redactó un informe con los consejos de Jhering, que circuló entre altas instancias políticas y que llegó a las manos del ministro Ito. El informe se conserva y contiene datos de gran interés para trazar la semblanza ideológica del alemán. Dado que el tema de la ideología ocupará el capítulo cuarto de este trabajo, reenviamos provisionalmente a ese lugar. Como adelanto, podría decirse que se trata de una manifestación cercana a lo que conocemos como liberalismo doctrinario: todos los consejos estaban destinados a mitigar la eventual radicalización del parlamento contra la estabilidad gubernamental. Parece ser que sus indicaciones fueron muy valoradas por el gobierno nipón, porque en 1892, como agradecimiento por los servicios prestados, se decidió concederle la *orden del sol naciente de segundo grado*. Si tenemos en cuenta que esta distinción solía otorgarse a las personalidades políticas de alto rango, y que su concesión llegó a rechazarse para el ministro de justicia prusiano, podemos hacernos una idea de la importancia que tuvo la aportación de Jhering<sup>200</sup>.

En resumen, podría concluirse que el legado del alemán estuvo muy ligado a circunstancias político-sociales. Si hasta ahora ya había podido constatarse un potente filón interpretativo en esta línea, en el caso del país asiático resulta aún más perceptible. La exégesis social-darwinista de Kato, el énfasis legalista de Kojima, la instrumentación de *La lucha por el Derecho* como cauce de entrada de la mentalidad jurídica occidental, su papel como consejero constitucional... Todos estos son rasgos que permiten hablar de una recepción política de la obra de Jhering. Después de la primera introducción, su pensamiento ha seguido influyendo en la cultura jurídica japonesa, pero también desde una óptica científica. Es en la obra de Takeyoshi Kawashima, sobre todo, donde se ha puesto de manifiesto esta huella. Kawashima, que puede considerarse como el principal artífice de la sociologización del pensamiento jurídico nipón, vio en Jhering un atractivo acicate para orientar su teoría en esa dirección<sup>201</sup>. Así pues, aunque menos significativa que en otros contextos, también aquí puede verse una penetración del alemán a través de la veta socio-jurídica y antiformalista.

Frente a una influencia tan llamativa como la que se acaba de ver, la introducción de Jhering en China resulta algo pálida. No obstante, dada la relevancia que tuvo para la

---

<sup>200</sup> NISHIMURA, Shigeo, "Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung", cit., pp. 102-103. El contenido del informe de Kaneko se publicó como anexo a este artículo (pp. 106-109).

<sup>201</sup> Vid. RAHN, Guntram, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, cit., pp. 216-218. Junto a la influencia de *El fin en el Derecho* de Jhering, el propio Kawashima citaba al partidario del movimiento del Derecho libre Eugen Ehrlich (cuya obra magna, *Grundlegung einer Soziologie des Rechts*, tradujo al japonés), el *Law and the Modern Mind* del realista americano Jerome Frank, y *El capital* de Karl Marx. Vid. también CHIBA, Masaji, "Giappone", en AA. VV., *L'insegnamento sociologico del diritto*, a cura di Renato Treves e Vincenzo Ferrari, Edizioni di Comunità, Milano 1976, pp. 145 y ss.

importación del concepto de derecho subjetivo, merece la pena dedicarle unas líneas. Al igual que acaba de verse en el caso anterior, hacia mediados y finales del siglo XIX, China se había visto reducida a un Estado semi-colonial. Acosada por los ingleses, fue obligada a abrir sus puertas para el aciago comercio del opio, una lacra que terminó provocando estragos irreparables en la población. Al igual que a sus vecinos orientales, y de nuevo con base en el argumento del desfase entre las culturas jurídicas asiática y europea, las potencias occidentales impusieron a China una larga serie de tratados manifiestamente injustos, cuyo fin no era otro que someter *de facto* a todo el imperio. Así pues, del mismo modo que en el archipiélago nipón, la abolición de esos acuerdos pasó a ocupar el primer lugar de la agenda política. La diferencia con el país vecino fue que este proceso se realizó de forma más pausada y, a largo plazo, con una menor penetración de las estructuras jurídicas occidentales<sup>202</sup>.

En este contexto es en el que se sitúa la recepción de Jhering. En 1902, el famoso periodista, intelectual y activista político Liang Qichao (1873-1929) escribió un ensayo remitiéndose a la reciente traducción de *La lucha por el Derecho*<sup>203</sup>. Liang fue una de las personalidades más relevantes del quicio entre los siglos XIX y XX. En el marco de la decadente dinastía Qing (1644-1911), bajo cuyo dominio se había producido la derrota contra los ingleses en las dos guerras del opio, y cuyas estructuras políticas se hallaban preñadas de corrupción hasta la médula, Liang ejerció una posición crítica y reformista. Partidario de la monarquía constitucional y de una resurrección de China mediante la importación parcial de modelos jurídico-políticos occidentales, tuvo que pasar la mayor parte de su vida en el exilio, desde donde nunca dejó de ejercer como reportero y activista<sup>204</sup>. Por otra parte, no fue el único que apostó por una modernización a la europea en semejante caldo de cultivo: si bien con debilidad y con más traspiés que auténticos logros, algunos juristas empezaron a coquetear con la posible importación de conceptos tan centrales como el de derecho subjetivo<sup>205</sup>.

En el citado escrito de Liang Qichao, expresivamente titulado *Lun Quanli Sixiang* (*Sobre la conciencia de los derechos*), el autor trataba de arengar a sus compatriotas sobre la necesidad de adquirir una cultura de los derechos de tipo occidental. Frente a la

---

<sup>202</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., pp. 405-407.

<sup>203</sup> ANGLE, Stephen C., “Should We All Be More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering and Rights”, en *Journal of the History of Ideas*, vol. 61, nº 2, April 2000, pp. 241-261.

<sup>204</sup> Vid. METZGER, Gilbert, *Liang Qichao, China und der Westen nach dem Ersten Weltkrieg: ein Viertel der Menschheit hat gegenüber der gesamten Menschheit die Verpflichtung für ein Viertel ihres Glücks*, Lit Verlag, Berlin, 2006, pp. 26 y ss.

<sup>205</sup> Vid. SVENSSON, Marina, *Debating Human Rights in China: a Conceptual and Political History*, Rowman & Littlefield, Lanham (Maryland), 2002, pp. 75 y ss.

tradicional dinámica del Derecho chino, que concebía a la virtud como instrumento de regulación social preferente –el ideal confuciano se basa en privilegiar el ejercicio de la benevolencia por encima de la ley abstracta<sup>206</sup>– apostaba por fortalecer la sensibilidad contra la injusticia y por instaurar una cultura jurídica más reivindicativa. En su opinión, este era el único camino para que China saliese de la postración en que se hallaba desde mediados del XIX. Con ello, como ya hemos visto en otros casos, se volvía a hacer un fuerte hincapié en la lectura política de este opúsculo. Además, de forma similar a lo sucedido en Japón, el texto se utilizaba como vehículo para impregnar la mentalidad china con ideas jurídicas occidentales. Por si fuera poco, al igual que había ocurrido en el país vecino, el concepto de derecho se tuvo que traducir mediante un compuesto de dos ideogramas preexistentes: *quan*, que vendría a significar poder, y *li*, que significaría *interés, utilidad o provecho*<sup>207</sup>.

Como ha señalado Angle, en dicha interpretación se siguieron vertiendo numerosos presupuestos heredados de su educación confuciana: donde Jhering pensaba en una lucha mediante los cauces procesales, Liang veía una batalla más bien ética<sup>208</sup>. Sin embargo, ello no impugna la radical modernidad de su propósito. De hecho, pese al bagaje confuciano que se deja sentir en muchos pasajes de su escrito, en otros lugares parece haber asumido la esencia conflictualista de Jhering. Es así como insiste, una y otra vez, en la necesidad de cultivar una cierta agresividad<sup>209</sup>: frente a la tradicional valoración de la paz social como bien supremo en la cultura china, Liang intentaba promover un cambio de conciencia radical. Por otra parte, como ya ha podido verse, no todas las lecturas occidentales subrayaron el halo positivista que quiso imprimirle el propio Jhering. También Clarín, Croce o Abad de Santillán delinearon una exégesis de tipo moralista. Así pues, con todas las particularidades que se quieran, nos encontramos con una nueva lectura política del pensamiento jheringiano.

---

<sup>206</sup> En realidad, no toda la historia china se ha regido según este modelo. Además del confucianismo, también han proliferado las escuelas legistas, cuya piedra de toque es la estricta obediencia a la ley. A resultas del antagonismo entre estas dos direcciones filosóficas, el Derecho tradicional chino se compone de dos principios basilares: el *lí* (precepto moral) y el *fǎ* (precepto jurídico). No obstante, dado que el confucianismo ha sido más bien preponderante a lo largo de la historia, el *fǎ* viene a gozar de un carácter subsidiario: tan sólo en el caso de fallo o ausencia del *lí*, cobran relevancia los preceptos jurídicos. Vid. LOSANO, Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 408. Como ejemplo paradigmático de legismo, vid. FEI ZI, Han, *El arte de la política. Los hombres y la ley*, trad. de Yao Ning y Gabriel García-Noblejas, estudio preliminar de Pedro San Ginés Aguilar, Tecnos, Madrid, 1998.

<sup>207</sup> CHOE, Byoung Jo, “Der Kampf ums Recht im traditionellen Korea. Die konfuziansische Ideologie und die Wirklichkeit”, cit., p. 33.

<sup>208</sup> ANGLE, Stephen C., “Should We All Be More English?..”, cit. pp. 251 y ss.

<sup>209</sup> ANGLE, Stephen C., “Should We All Be More English?..”, cit. p. 255.

### ***b) Jhering en la cultura jurídica iberoamericana (Brasil e Hispanoamérica)***

La recepción de Jhering en Iberoamérica fue dispar en función de los contextos nacionales. Mientras que en Brasil hubo una penetración muy destacable de sus ideas, en el resto del continente fue notablemente menor. Por otra parte, mientras que en el país lusoparlante se recibieron las obras de Jhering durante el mismo siglo XIX, la recepción de su pensamiento en Hispanoamérica sería bastante posterior. Por último, hubo una diferencia importante respecto a los cauces de recepción. La introducción del alemán en Brasil se dio de manera directa, mientras que en el resto del continente tuvo lugar gracias a la mediación de algunos juristas españoles. Así las cosas, conviene dividir la siguiente exposición en dos partes, aunque sea de manera informal. Dada la mayor importancia de la recepción brasileña, empezaremos por ahí.

La introducción de Jhering en Brasil es una de las más llamativas de cuantas se han expuesto hasta ahora. El principal artífice de su importación fue Tobias Barreto (1839-1889), uno de los juristas más célebres de la historia jurídica brasileña<sup>210</sup>. Barreto fue un humanista en el sentido clásico del término: febrilmente activo como periodista político y social, fundador del Colegio de Humanidades de la ciudad de Recife, poeta y crítico literario y hasta diputado provincial por Pernambuco, pasó a la historia, no obstante lo anterior, por sus contribuciones al mundo del Derecho. De hecho, de esta formación interdisciplinaria se deriva una de las obsesiones de su pensamiento: la creación de una educación nacional para el Derecho y el desarrollo de una cultura jurídica humanística, es decir, alejada del escolasticismo iusnaturalista, pero a la vez crítica con las tendencias excesivamente prácticas del legalismo<sup>211</sup>. En esta línea, promovió el acercamiento entre la ciencia jurídica y las naturales, fomentando así la sociologización de la filosofía del Derecho brasileña. De estas bases se deriva, en buena medida, la orientación de Miguel Reale, una filosofía culturalista que pretendía integrar las dimensiones ética, social y normativa del Derecho<sup>212</sup>.

Como hombre público, defendió la constitución de un Brasil republicano, basado en la libertad y la justicia social, así como en la abolición de la esclavitud. Como jurista teórico, fue el fundador de la Escuela de Recife, un movimiento de juristas empeñados en la renovación del Derecho del país sobre las bases anteriormente enunciadas. La

---

<sup>210</sup> POVEDA, Ignacio, “Tobias Barreto (1839-1889)”, en *Juristas universales* (vol. 3), cit., pp. 466-468.

<sup>211</sup> PAUL, Wolf, “Barreto, Tobias (1839-1889)”, en *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, cit., pp. 65-66.

<sup>212</sup> Vid. REALE, Miguel, *Horizontes do Direito e da História. Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura*, 2ª ed., Saraiva, 1977, pp. 225 y ss.

relevancia de esta escuela sería fundamental en el futuro próximo, no sólo en la medida en que diseminó ese espíritu culturalista para la comprensión del Derecho, sino porque en ella se educó el que después sería autor del código civil brasileño, Clóvis Bevilacqua (1859-1944)<sup>213</sup>. Probablemente de esta formación inicial se derivaría el sabor liberal y parcialmente socializante de la codificación brasileña<sup>214</sup>. Asimismo, la trascendencia de la Escuela de Recife –y de Barreto en particular– tiene que ver con la importación de las corrientes de pensamiento que se estaban pergeñando en Europa. Desde este punto de vista, su aportación fue esencial para el acercamiento de la cultura brasileña a las ideas más punteras de la época, en especial de Alemania<sup>215</sup>.

La fascinación de Barreto por la cultura alemana fue verdaderamente llamativa: nunca viajó al país germano y aprendió la lengua de forma independiente, a través de una gramática y un diccionario adquiridos por su cuenta. El resultado fue que, pese a dominar a la perfección el idioma escrito –hasta el punto de hacer traducciones de alto nivel– era incapaz de pronunciarlo y de entenderlo<sup>216</sup>. El impulso que le movió a estudiar el idioma y la cultura alemana con tanto ahínco era de carácter filosófico, puesto que admiraba mucho sus aportaciones intelectuales. El papel de la germanización cultural del país es equiparable al caso japonés, pues también en Brasil había predominado la impronta francesa: el lema de su bandera, “orden y progreso”, había sido tomado del positivismo de Comte, e incluso se puso en marcha un proyecto de “iglesia positivista”, forjado por el más conspicuo seguidor de Comte, Émile Littré<sup>217</sup>. Desde este punto de vista, la germanización promovida desde Recife supuso trasladar el foco de atención, un cambio concomitante con las transformaciones políticas que acaecían en Europa, que le daban más protagonismo a la triunfante Alemania.

Fue gracias a este interés como accedió a la obra de Jhering, cuyo pensamiento se encargaría de importar a su país. De hecho, al igual que Murončev en Rusia o Roscoe Pound en Estados Unidos, Barreto terminaría siendo el portavoz brasileño de Jhering. En primera instancia, Barreto hizo una lectura de nuestro autor en términos darwinistas, hasta el punto de ubicarle como representante privilegiado del darwinismo jurídico. En

---

<sup>213</sup> Vid. POVEDA, Ignacio, “Clóvis Bevilacqua”, en *Juristas universales (vol. 3)*, cit., pp. 728-730.

<sup>214</sup> Sobre la codificación brasileña vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 307-320.

<sup>215</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “La Scuola di Recife a l’influenza tedesca sul diritto brasiliano”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 4, 1974, pp. 323-415.

<sup>216</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

<sup>217</sup> Vid. VAREJÃO, Marcela, *Il positivismo dall’Italia al Brasile: sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)*, Giuffrè, Milano, 2005.

este sentido, el pensamiento del alemán el sirvió para fortalecer su voluntad de maridaje entre las ciencias naturales y la ciencia del Derecho<sup>218</sup>, una tendencia en la que se había embarcado para sociologizar el estudio del fenómenos jurídico. En segunda instancia, el jurista brasileño quedó fuertemente impresionado por la *Jurisprudencia de la vida cotidiana*, ese pequeño libro de casos prácticos que había recopilado Jhering con fines docentes. Escrito por el alemán con el objetivo de modificar la enseñanza tradicional del Derecho civil, introduciendo un componente de realismo y talante práctico –frente al formalismo academicista de sus colegas– este librito causó una honda huella en Barreto, que lo vio como acicate para construir una visión realista del Derecho. Así que, inspirado por esta meta, difundiría la sustancia del opúsculo entre sus compatriotas y lo terminaría traduciendo parcialmente<sup>219</sup>.

Sin embargo, no sólo llegó a conocer esta obrita, sino también *El fin en el Derecho*, a la que dedicó páginas brillantes y en la que fundamentó buena parte de sus ideas de regeneración jurídico-cultural<sup>220</sup>. En esta obra vio el espíritu pragmático del Derecho que subyacía a las últimas convicciones de Jhering, la tendencia a la sociología que también él buscaba para su pensamiento y, en general, un ejemplo de integración entre el mundo de lo jurídico, lo ético, lo político y lo social. La trayectoria intelectual de Barreto puede verse bajo la égida del positivismo. Marcado por la educación francesa en una primera etapa –en la que pasó de un momento más espiritualista a otro positivista– entusiasmado con el darwinismo en una segunda fase y próximo al neokantismo en una tercera etapa<sup>221</sup>. Pese a la divergencia de estas orientaciones, en todas latía el impulso común de la cultura positivista en varias de sus modalidades. Desde este punto de vista, el pensamiento de Jhering fue un fiel aliado: también el alemán, en su propio contexto, transitó de un polo a otro, atravesando las distintas opciones que la cultura positivista fue dejando a su paso.

Pese a ser Barreto el gran introductor de Jhering, la recepción continuó después de él. En buena parte motivada por los juristas de la Escuela de Recife, y en buena parte como forma de preparar el país al advenimiento del código, se produjo una importante introducción. De hecho, es Bevilacqua quien dirigirá la labor de traducción que se dio en las décadas siguientes. La primera versión en portugués es brasileña: *O fundamento dos*

---

<sup>218</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, cit., pp. 81-82.

<sup>219</sup> BARRETO, Tobias, “Jurisprudência da vida diária”, en *Edição comemorativa*, Editora Record – Governo de Sergipe, Rio de Janeiro-Aracaju, 1989-1991, vol. 1, pp. 66-72.

<sup>220</sup> LOSANO, Mario G., “Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien”, cit., pp. 90-94.

<sup>221</sup> LOSANO, Mario G., “Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien”, cit., pp. 95-96.

*interdictos possessorios*, realizada en 1900 por Adherbal de Carvalho, con un estudio de Joseph Duquesne<sup>222</sup>. Más allá del Jhering dogmático, enseguida se dieron a conocer otras vertientes de nuestro autor. En 1910 se volvería a traducir *La lucha por el Derecho*, esta vez con un prefacio de Bevilacqua<sup>223</sup>: aunque fue publicada en Oporto, la presencia del gran codificador brasileño no deja lugar a dudas respecto a la importancia que ya tenía Jhering en el país sudamericano. A continuación, en 1942, se publicaría el *Espíritu del Derecho romano* –una de las pocas versiones extranjeras de esta obra– de nuevo con prefacio de Bevilacqua<sup>224</sup>. Y finalmente, en 1955, se publicó un volumen de ensayos con el título de *Questões e estudos de direito*, encabezado otra vez por un prólogo de Bevilacqua –*Algunas palabras sobre Rudolf von Jhering*– e integrado por varias obras pequeñas de nuestro autor<sup>225</sup>.

Así pues, en resumidas cuentas, puede constatarse una honda penetración de Jhering en la cultura jurídica brasileña, una penetración que discurrió sobre las bases de la introducción inicial de Tobias Barreto, pero que continúa hasta la actualidad. En líneas generales, podría decirse que Jhering concitó tres intereses primordiales. Por un lado, sus obras sirvieron como puente entre la cultura jurídica alemana y la brasileña, a modo de correa de transmisión. Por otro lado, y en estrecha conexión con esto último, sentó las bases de la orientación sociologista en el Derecho brasileño, una línea que arranca de Barreto, pero que se prolonga hasta Miguel Reale. Por último, aunque en otro orden de cosas, el pensamiento de Jhering sirvió como acicate para la renovación jurídica del país, un poco en la misma clave que sucedió en Japón. En este sentido, es especialmente revelador el interés que demostró Bevilacqua hacia el pensador alemán. Más allá del interés dogmático que pudieran tener sus contribuciones, de lo que se trataba era de generar una cultura jurídica sólida, que fuera más allá de la superficie legal y penetrara en las mentalidades.

Como ya se anunciaba antes, la recepción de Jhering en Hispanoamérica no es parangonable a la presencia que tuvo en Brasil. Sin embargo, sí merece la pena reseñar algunos aspectos. En primer lugar, debe considerarse una notable labor de recepción

---

<sup>222</sup> JHERING, Rudolf von, *O fundamento dos interdictos possessorios*, com um appendice contendo o estudo sobre o “Corpus possessionis” do autor, e uma crítica da theoria possessoria do mesmo pelo Dr. Joseph Duquesne, trad. de Adherbal de Carvalho, Laemmert & C., Rio do Janeiro, 1908.

<sup>223</sup> JHERING, Rudolf von, *A luta pelo direito*, trad. de José Tavares Bastos, prefácio de Clóvis Bevilacqua, Imprensa Moderna de Manuel Lelo, Porto, 1910.

<sup>224</sup> JHERING, Rudolf von, *O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento*, trad. de Rafael Benaion, prefácio de Clóvis Bevilacqua, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943.

<sup>225</sup> JHERING, Rudolf von, *Questões e estudos do direito*, prefácio de Clóvis Bevilacqua, trad. de J. Vieira Araujo, Clóvis Bevilacqua e Adherbal de Carvalho, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1955.



durante la segunda mitad del siglo XX. En este sentido, es muy de destacar el volumen de ensayos que dedicó la Facultad de Derecho chilena de Valparaíso al pensamiento de Jhering, entre 1976 y 1977, dirigido por Agustín Squella<sup>226</sup>. En segundo lugar, sí fue relativamente importante la recepción de sus ideas en algunos países, particularmente en Argentina. No puede olvidarse que un importante filón de las tendencias iusfilosóficas latinoamericanas caminan en la línea del antiformalismo jurídico y el uso alternativo del Derecho. En este sentido, aunque de forma remota y mediata, la figura de Jhering se contempla como referente.

Es muy probable que la introducción de nuestro autor en Hispanoamérica se diera a través de algunos juristas españoles. Nótese que una de las líneas de trabajo del claustro universitario de Oviedo fue la política americanista<sup>227</sup>, con la que se intentaban trabar lazos de unión académica con las jóvenes naciones americanas y así reconfigurar los vínculos panhispánicos en clave de reciprocidad. Esta política se materializó en muchas cosas, pero inicialmente en dos viajes: el primero fue emprendido por Rafael Altamira entre 1909 y 1910<sup>228</sup>, y el segundo por Adolfo Posada en 1910. Varios años más tarde, en 1921, Posada volvería a realizar un viaje a la Argentina<sup>229</sup>. Ambos establecieron lazos con numerosas personalidades políticas e intelectuales de América Latina, hasta el punto de que se terminó creando una cátedra americanista en la Universidad Central de Madrid, un proyecto docente e investigador que encabezaría Altamira durante toda su andadura, hasta la guerra civil y el exilio<sup>230</sup>.

Independientemente de este hermoso periodo de la historia intelectual española y americana –en el que no podemos entrar ahora–, lo que nos interesa destacar es la posibilidad de que Jhering fuera introducido por esa vía. Téngase en cuenta que, como ya se dijo en su momento, el grupo de Oviedo fue el principal artífice de la introducción del alemán en nuestra cultura jurídica. Además, recordemos que el más activo en esta recepción fue Posada, a quien volvemos a encontrar aquí. Desde este punto de vista, no parece descabellado pensar que fue gracias a él como se difundieron las ideas de Jhering en Hispanoamérica. Téngase en cuenta, por ejemplo, que una de las figuras con las que

---

<sup>226</sup> AA. VV., *Jhering y la lucha por el Derecho*, dir. por Agustín Squella, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976-1977.

<sup>227</sup> Vid. PRADO, Gustavo H., *El grupo de Oviedo en la historiografía y la controvertida memoria del krausoinstitucionalismo asturiano. Aportes para un postergado debate*, KRK, Oviedo, 2008, pp. 197 y ss.

<sup>228</sup> Vid. ALTAMIRA, Rafael, *Mi viaje a América. Libro de documentos*, Universidad de Oviedo, 2007.

<sup>229</sup> Vid. POSADA, Adolfo, *La República argentina. Impresiones y comentarios*, Hyspamerica, Buenos Aires, 1986.

<sup>230</sup> Vid. ALTAMIRA, Rafael, *La enseñanza de las instituciones de América*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1933.

establecieron contacto Posada y Altamira fue Octavio Bunge (1875-1918), uno de los grandes representantes del darwinismo social en Argentina, pero con gran trascendencia en todo el continente, en cuyas obras se puede rastrear la influencia de Jhering<sup>231</sup>. Y téngase en cuenta, además, que algunas traducciones castellanas de Jhering fueron publicadas originalmente en Argentina: así la *Posesión del corpus possessionis*<sup>232</sup> o *Del interés en los contratos*<sup>233</sup>.

Junto a la recepción argentina de Jhering, es imprescindible destacar la importante labor realizada en México. Fue en México, de hecho, donde se publicaron por primera vez los dos tomos íntegros de *El fin en el Derecho*, con versión del español Diego Abad de Santillán<sup>234</sup>. La historia de Abad de Santillán, uno de los más célebres anarquistas españoles del siglo XX, fue increíblemente agitada. Nació en León en 1897 y murió en Barcelona en 1983, pero pasó su vida entre España, Argentina, México y Uruguay, militando desde muy joven en la lucha obrera y compaginando su dedicación política con una extensísima labor intelectual. Trabajó de carpintero, de herrero, de albañil y de campesino, fue encarcelado tras la gran huelga española de 1917 y en 1936 llegó a ocupar la consejería de economía en la Generalitat de Cataluña<sup>235</sup>. Escribió numerosos ensayos sobre anarquismo y, por otro lado, fue un gran traductor de obras libertarias. Así como Wenceslao Roces hizo esta labor para el pensamiento marxista, Santillán hizo las veces para el anarquista. A él le debemos importantes traducciones de Bakunin, Proudhon o Malatesta<sup>236</sup>.

Sin embargo, más allá de estas facetas, aquí nos interesa destacar su tarea como difusor de Jhering. Y es que, en efecto, no sólo tradujo *El fin en el Derecho*, sino que realizó una versión de *La lucha por el Derecho* alternativa a la de Posada, que también

---

<sup>231</sup> Vid. MIRANDA, Marisa y VALLEJO, Gustavo, “Hacia la perfección humana: raza y evolución en el pensamiento de Carlos Octavio Bunge”, 2004, consultado por última vez en el mes de octubre de 2010 en [ensayistas.org: http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/argentina/bunge.htm](http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/argentina/bunge.htm)

<sup>232</sup> JHERING, Rudolf von, “Posesión del *corpus possessionis*”, en *Revista del Círculo de Escribanos*, n° 8, Buenos Aires, 1922, pp. 48-55.

<sup>233</sup> JHERING, Rudolf von, *Del interés en los contratos*, trad. directa del alemán, revisada y corregida por Adolfo G. Posada, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

<sup>234</sup> JHERING, Rudolf von, *El fin en el Derecho*, trad. y pról. de Diego Abad de Santillán, Cajica, Puebla (México), 1957.

<sup>235</sup> Vid. CAPPELLETI, Ángel J., “Autopercepción intelectual de un proceso histórico”, en *Anthropos*, n° 138 (Diego Abad de Santillán. *Un anarquismo sin adjetivos. Una visión crítica y actual de la revolución social*), noviembre de 1992, pp. 10-15; Vid. también, aunque sólo hasta el año 1936, las memorias del propio Santillán: ABAD DE SANTILLÁN, Diego, *Memorias 1897-1936*, Planeta, Barcelona, 1977.

<sup>236</sup> Vid. RIVAYA, Benjamín, *Comunismo y compromiso intelectual: Wenceslao Roces*, Fundación de Investigaciones Marxistas, Madrid, 2000: <http://www.wenceslaoroces.org/arc/roces/trab/cciw/index.htm>. Para la bibliografía de Santillán, aunque es incompleta, vid. MINTZ, Franck y FONTANILLAS, Antonia, “Bibliografía”, en *Anthropos (Suplementos): Diego Abad de Santillán. Historia y vigencia de la construcción social de un proyecto libertario*, n° 36, enero de 1993, pp. 175-182.

sería publicada en México en 1957, introduciendo un nuevo prólogo y adjuntando el clásico de Clarín como apéndice<sup>237</sup>. La importancia de esta traducción, apenas conocida en España, es que sirvió para difundir las ideas de nuestro autor en la cultura jurídica mexicana, y esta vez desde un nuevo enfoque. Así como Croce o Cervin, entre otros, habían realizado lecturas políticas de este opúsculo, también lo hará Santillán; lo que ocurre es que, congruente con su posicionamiento ideológico, terminó interpretando *La lucha por el Derecho* en clave libertaria.

Escrito en el clima de la guerra fría, Santillán nos incita a la lucha contra la carrera armamentística y a una batalla irreductiblemente individual contra las imposiciones del poder: “vive el mundo nuestro una honda crisis de todos los valores espirituales; se advierte un retroceso peligroso en la contextura moral y de las costumbres, tanto en el dominio individual como en el colectivo; no se vive ni se lucha por el derecho con el vigor y el fervor que merecen los altos fines del hombre y de la sociedad [...]. Hoy el mundo no se mueve por salvar millones de vidas, pueblos enteros de masacres incalificables o genocidas. Esa insensibilidad ante la injusticia es el símbolo más tenebroso de nuestro tiempo y hay que prever que esa condición no será superada fácilmente. Para todos aquellos que no ven en la justicia un mero formalismo codificado, sino un pilar esencial de la existencia, el contacto con el pensamiento de Ihering ofrece perspectivas fecundas, vías promisorias de recuperación y de fe. Este gran maestro pertenece a la otra Alemania, la que se quiso ignorar y tergiversar en aras de una reciente psicosis colectiva espantosa, la Alemania de los Kant, los Lessing, los Herder, que sigue siendo luminosa y alentadora”<sup>238</sup>.

Y en su diatriba ética y libertaria contra la violencia del Estado, llega a comparar al estatalista Jhering con el anti-estatista Thoreau, y con el llamamiento a la resistencia frente al tirano de Étienne de la Boétie: “esas páginas inolvidables podrían leerse y meditarse junto con aquella otra joya de Étienne de la Boétie, *De la servidumbre voluntaria*, o aquel ensayo de Thoreau, *El deber de la desobediencia civil*. Con argumentación muy diversa y con orientaciones aparentemente contradictorias, tienen el común denominador de la aspiración a infundir en el hombre el aliento de la lucha por su dignidad y su personalidad”<sup>239</sup>. La comparación es sin duda desenfocada, puesto que

---

<sup>237</sup> JHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. y pról. de Diego Abad de Santillán, con el pról. a la 1ª ed. castellana de Leopoldo “Alas” Clarín, Cajica, México-Lima-Buenos Aires, 1957.

<sup>238</sup> ABAD DE SANTILLÁN, Diego, “Prólogo” a JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, cit., pp. 9-10.

<sup>239</sup> ABAD DE SANTILLÁN, Diego, “Prólogo”, cit., p. 11.

estos dos autores diseñaron su obra como dardo contra el poder del Estado. De hecho, Thoreau ha sido instrumentalizado por el neoliberalismo contemporáneo, pues a él es a quien debemos la célebre frase de que “el mejor gobierno es el que menos gobierna”<sup>240</sup>, mientras que de la Boëtie, por su parte, ha sido reivindicado por algunas corrientes de pensamiento anarquista<sup>241</sup>.

En todo caso, y con independencia de la mayor o menor fidelidad de Santillán a las ideas originales de Jhering, nos volvemos a topar con una lectura política de la obra de Jhering, una constante que ya hemos podido recabar a lo largo de las páginas anteriores. En líneas generales, por lo tanto, podría concluirse que la recepción iberoamericana de Jhering comparte algunos rasgos con las que se han visto antes. Pese a cierto retraso en la recepción, los vectores a través de los que se asumió fueron dos: por un lado, desde un prisma político, como acabamos de comprobar en Santillán o como podía verse en el caso brasileño; por otro lado, desde una perspectiva sociológico-jurídica, como hemos visto con Tobias Barreto o como podría decirse de Octavio Bunge. Una vez identificados estos ejes, estamos en condiciones de pasar a analizar la interpretación de Jhering desde un punto de vista conceptual. Teniendo en cuenta lo recabado en este epígrafe, y otros elementos de la literatura secundaria, intentaremos trazar un mapa de las diferentes orientaciones hermenéuticas respecto a Jhering.

---

<sup>240</sup> THOREAU, Henry David, *La désobéissance civile*, trad. et postface de Guillaume Villeneuve, Éditions Mille et une Nuits, s. l., 1996, p. 9.

<sup>241</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio, “La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII”, en ID., *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 1-76, especialmente 45-52.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DE JHERING (PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL)

En el epígrafe anterior se ha intentado dibujar un mapa comparado de la recepción de Jhering. Ahora se trata de sintetizar las principales lecturas que se han sugerido en torno a su pensamiento. Si antes se pretendía hacer un repaso histórico-geográfico de su acogida en diversos contextos, ahora se trataría de una sistematización conceptual de las vías interpretativas que cabe identificar en la literatura secundaria. Es posible que así queden un tanto mutiladas las potencialidades de una filosofía rica como la de Jhering, pues tendrán que esquematizarse las posiciones existentes al respecto. Sin embargo, no de otro modo puede ofrecerse una exposición ordenada de las líneas hermenéuticas más relevantes. Además, como ha dicho Claudio Magris, “es en las clasificaciones donde la vida revela su arrollador centelleo, en los protocolos que intentan catalogarla y ponen así en evidencia el irreductible residuo del misterio y del encanto”<sup>242</sup>. Y es que la labor taxonómica, pese a sus eventuales excesos, al final resulta indispensable: no sólo como imperativo científico, sino también como acicate para el pensamiento.

Si echamos un vistazo inicial a la recepción de Jhering, quizá puedan constatarse dos grandes sectores hermenéuticos. 1) Por un lado, su contribución se ha querido ver como la piedra de toque para iniciar la revuelta contra el formalismo, como un peldaño imprescindible para promover una conversión sociológica de la ciencia y la filosofía del Derecho. 2) Por otro lado, sobre todo en relación con *La lucha por el Derecho*, se han dado un gran número de interpretaciones políticas. En realidad, se trata de dos exégesis bastante coherentes con la significación global del pensamiento de Jhering. Por lo que respecta a la lectura política, como ya viene anunciándose desde el principio, se trata de uno de los elementos más prominentes para entender su filosofía: sólo introduciendo este punto de vista puede aprehenderse el meollo de sus ideas y de su evolución interna. En cuanto a la lectura sociológica, es otra de las brújulas que guían su trayectoria: el abandono de la epistemología del historicismo exacerbado y del formalismo abstracto, y la paralela asunción de un enfoque realista y pragmatista.

En ambos filones, no obstante, se ha pretendido sostener la existencia de un Jhering maduro, crítico con sus inicios y refractario al positivismo romo, pobre o descarnado de su primera etapa. En ese sentido, tanto la interpretación política como la lectura sociológica y antiformalista, se han querido ver como ataques contra sus convicciones

---

<sup>242</sup> MAGRIS, Claudio, *El Danubio*, trad. de Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 15.

juveniles, como correcciones de un rumbo excesivamente positivista que habría lastrado sus comienzos. Ahora bien, a la hora de clasificar este hipotético giro anti-positivista, las posiciones distan mucho de ser claras y uniformes. En algunos casos, se ha tendido a presentar su obra como pionera de la sociología del Derecho. En otros casos, se ha llegado a sostener que aún pervivía una huella iusnaturalista en el fondo de su pensamiento. Y en otros casos, desatendiendo al citado viraje de sus ideas, se le ha clasificado tan sólo como positivista. Lo que resulta de todo ello es un cuadro complejo y difícil de manejar, que exige una previa labor de desbroce.

Así pues, a continuación se intentará bosquejar una síntesis conceptual de las principales orientaciones hermenéuticas que se han dado hasta la fecha. Para articular la exposición, nos serviremos de dos apartados. En el primero de ellos, se planteará la existencia de tres líneas interpretativas preponderantes sobre su pensamiento: Jhering como pionero de la sociología del Derecho, Jhering como representante del positivismo jurídico y Jhering como representante tardío del iusnaturalismo (§2.1). En el segundo apartado, y sobre la base de lo anterior, reflexionaremos sobre la debatida cuestión de las dos etapas de su trayectoria. Veremos que, en realidad, la cuestión es mucho más compleja de lo que se suele presentar en la historia tradicional de la filosofía jurídica. De hecho, como se verá más adelante, la canonización de esta concepción de su obra es un producto historiográfico de la crítica neokantiana<sup>243</sup>. De ello se deriva que, dentro de este segundo apartado, veamos con un poco de detalle las críticas de Hans Kelsen, Rudolf Stammler y Gustav Radbruch (§2.2).

## **2.1 Tres líneas interpretativas sobre la obra de Jhering**

Quien se enfrente por primera vez con la literatura secundaria sobre Jhering, puede encontrarse con serios interrogantes. Si echamos un vistazo a las repercusiones de su obra en los diferentes países tratados en el epígrafe anterior, podría identificarse alguna línea interpretativa común. En efecto, dejando a un lado la especificidad de cada contexto de referencia, cabe afirmar que un gran sector de la recepción internacional se centró en la vertiente antiformalista de su pensamiento. Es así como buena parte de su herencia intelectual se ha constituido en fuente de inspiración para aquellas visiones que reivindican un acercamiento pragmático y sociológico al Derecho, ya sea mediante el

---

<sup>243</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, cit., p. 269.

énfasis en los fines o los intereses sociales concretos –frente a la clásica atención hacia la norma considerada en abstracto–, ya sea mediante un rechazo genérico de la lógica como método de tratamiento y aplicación de las instituciones jurídicas –frente al procedimiento de la dogmática tradicional–<sup>244</sup>.

Sin embargo, existen otras dos lecturas notablemente diferentes del pensamiento de Jhering, razón por la que hablamos de serios interrogantes hermenéuticos. Y es que, de acuerdo con la segunda línea interpretativa que aquí se traerá a colación, Jhering se nos presentaría envuelto en los ropajes del iuspositivismo estatalista e imperativista en su versión más característica. Esto contrasta de forma chocante con la versión sociologista de su pensamiento que se anunciaba en el párrafo anterior. No en vano, casi todos los enfoques sociojurídicos se construyeron, pese a un sinfín de matices e irregularidades que no cabe desarrollar aquí, en pugna contra el estatismo positivista tan en boga durante la segunda mitad del siglo XIX. Frente a la entronización de las autoridades legislativas del Estado como la única fuente de Derecho, casi todos los sociologismos se empeñaron en ensanchar y enriquecer el elenco de posibles fuentes: la labor creadora del juez, los fenómenos de autorregulación de algunos grupos sociales, la importancia de las instituciones no estatales...<sup>245</sup>.

Con todo, la perplejidad puede seguir aumentando aún más. Y es que, según la tercera de las lecturas que aquí se han identificado, el pensamiento de Jhering no estaría sino incurriendo en una nueva variante del Derecho natural. Con arreglo a esta tercera interpretación, el llamado segundo Jhering habría venido a caer en el clásico defecto de los conversos, que consiste en perder el equilibrio y la mesura en su embate crítico –pecando así de *hybris* y convirtiendo la sana crítica en un patológico desafuero– para terminar deslizándose hacia los brazos de una postura antagónica a la adoptada originalmente. Según esta presentación de las cosas, en cierto modo, no cabría un *tertium quid* entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, ni se admitiría la existencia de un positivismo distinto al legalista o al estricto normativismo. Al salirse del marco de la

---

<sup>244</sup> No caben ahora ulteriores precisiones sobre el significado de nociones tan complejas como las de formalismo y antiformalismo. Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre el tema, reenviamos de momento a las siguientes fuentes: BOBBIO, Norberto, “Formalismo giuridico”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 79-100; LLANO ALONSO, Fernando, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 29-48; STONE, Martin, “Formalism”, en AA. VV., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. por Jules Coleman y Scott Shapiro, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 166-205.

<sup>245</sup> El ejemplo paradigmático, pero no el único, sería el de Eugen Ehrlich. Como botón de muestra de esta actitud, puede verse su debate con Hans Kelsen, en el que se plantea con fuerza la tensión en torno al estatismo jurídico: EHRlich, Eugen, y KELSEN, Hans, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915-1917)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.

pandectística, Jhering habría recaído sin quererlo en las añejas y absorbentes redes del Derecho natural. Junto a esta valoración, otras posturas tienden a pensar que incluso el primer Jhering se movía en coordenadas parecidas a la crítica contemporánea del positivismo, es decir, a las ideas de Ronald Dworkin o Robert Alexy. Si bien la etiqueta de “neo-iusnaturalismo”<sup>246</sup> es algo discutible para estas corrientes, resulta conveniente agrupar a este sector hermenéutico aquí<sup>247</sup>: los argumentos que maneja son similares a los que pretendían emparentar a Jhering con el iusnaturalismo.

Para explicitar y confirmar todo esto, dividiremos este epígrafe en tres secciones. En primer lugar, se hará un breve repaso del significado de Jhering como pionero de la sociología del Derecho y de las corrientes sociológicas que se han dado dentro de la filosofía jurídica (§a). En segundo lugar, se utilizarán las críticas que Hans Kelsen vertió sobre nuestro jurista en su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, con el fin de dilucidar el significado de la segunda línea interpretativa, a saber, la que hacía de Jhering un buque insignia del estatalismo y el imperativismo (§b). En tercer lugar, y también a través de la misma obra de Kelsen, intentará esbozarse el significado de la última de las líneas hermenéuticas, aquella que situaba a Jhering como una especie de continuador –si bien probablemente a su pesar– de las corrientes del Derecho natural. También aquí, como ya se avanzaba, se darán algunas pinceladas sobre la valoración del alemán desde las filas del post-positivismo (§c).

### ***a) Jhering como precursor de la sociología del Derecho***

En primer lugar, puede constatarse una interpretación de la obra de Jhering en clave sociológica. La sociología del Derecho, como disciplina independiente de la ciencia jurídica y de la sociología en general, sólo puede datarse a partir de los inicios del siglo XX. La mayoría de autores coincide en señalar que los verdaderos fundadores habrían sido Émile Durkheim, Eugen Ehrlich y Max Weber, sobra cuyas aportaciones se fueron construyendo las diversas orientaciones que salpicaron el siglo XX y que determinaron

---

<sup>246</sup> Vid. CALSAMIGLIA, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio, serio* [1977], trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 7-29.

<sup>247</sup> Es frecuente adoptar la nomenclatura de post-positivismo. Sin embargo, como ha señalado Juan Carlos Bayón, se trata más bien de una “etiqueta de circunstancias... de nulo poder explicativo”. En opinión de este autor, dicho rótulo serviría como forma un tanto torpe de aludir a un gran elenco de posiciones que se ubican en la “inhóspita tierra de nadie entre positivismo y no positivismo”. Vid. BAYÓN, Juan Carlos, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en AA. VV., *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* (vol. II), ed. por Virgilio Zapatero, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002, pp. 33-54.



la institucionalización definitiva de esta rama de conocimiento<sup>248</sup>. Por lo que respecta a Weber y Durkheim, se trata de los dos grandes pilares de la sociología en términos generales: sólo a partir de su obra puede hablarse con propiedad de una metodología sociológica realmente científica. Por lo que respecta a Ehrlich, su contribución se circunscribió sólo al ámbito jurídico. En este sentido, podría decirse que es en él donde se encuentra al primer sociólogo del Derecho *stricto sensu*<sup>249</sup>.

Pese a lo innegable de las anteriores afirmaciones, las ideas de estos tres autores no surgieron de la nada. Desde una perspectiva un tanto laxa, podrían identificarse precedentes hasta en la antigua filosofía griega<sup>250</sup>. La consideración del Derecho como un producto enraizado en la sociedad, determinado por sus idas y venidas, es algo que no se le escapó a casi ningún filósofo. En particular, desde la clásica afirmación de Aristóteles, según la cual el ser humano es un animal social, sería posible discernir una línea de pensamiento que conduce hasta la aparición de la sociología en el siglo XX. No obstante, por lo que se refiere a la vertiente jurídica de esta ciencia, el primer precursor serio ha de verse en Montesquieu. En *El espíritu de las leyes*, en efecto, el ilustrado francés se propuso analizar los factores de tipo material que explicaban la creación de las leyes y las diferencias de éstas entre los distintos Estados y culturas. Aunque sus conclusiones incurrieron en un determinismo climático exacerbado –son las variedades del clima las que explican el origen y la evolución de las normas–, abrió la espita del pluralismo jurídico y del Derecho comparado, dos sendas intelectuales que se hallan en la base de lo que más tarde será la sociología del Derecho<sup>251</sup>.

Con todo, nos movemos todavía en coordenadas más filosóficas que científicas, más generalistas que específicas. Para hablar de sociología, además de intuiciones tan geniales como la de Montesquieu, hacía falta la incoación de un cierto espíritu empírico, la aparición de una metodología de las ciencias sociales. Y para hablar de sociología del Derecho, para más añadidura, era necesaria una evolución muy notable de la ciencia jurídica. El primer paso para esto, aunque de forma aún precaria, sería emprendido por

---

<sup>248</sup> RAISER, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. neugefasste Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 26; ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Sociología del derecho*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

<sup>249</sup> Vid. REHBINDER, Manfred, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, mit einem Geleitwort von René König, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.

<sup>250</sup> Vid. MENZEL, Adolf, *Grundriss der Soziologie*, Verlag Rudolf M. Rohrer, Baden bei Wien /Leipzig, 1938, pp. 12-16.

<sup>251</sup> IPSEN, Gunther, “Montesquieu und die politische Soziologie”, KONDYLLIS, Panajotis, “Montesquieu und der Geist der Gesetze – Naturgesetz, Naturrecht, positives Recht”, en AA. VV., *Montesquieu-Tradition in Deutschland. Beiträge zur Erforschung eines Klassikers*, hrsg. von Edgar Mass und Paul Ludwig Weinacht, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 75-85 y 241-251; MENZEL, Adolf, *Grundriss der Soziologie*, cit., p. 237.

el historicismo de Savigny. Con su entronización de la historia como única matriz del Derecho, venía a recoger una herencia que ya había apuntado Montesquieu<sup>252</sup>. Sin embargo, más allá de éste, el alemán se empeñó en provocar un viraje de la ciencia jurídica a través de dicho prisma. En el prólogo con el que inauguró la revista fundada con Karl Friedrich Eichhorn (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*) Savigny distinguió entre la ciencia jurídica histórica y la que no lo era<sup>253</sup>. Aunque su proyecto de conversión historicista estaba aquejado de un romanticismo algo místico –he ahí su idea del *espíritu del pueblo*– y aunque su legado terminó degenerando en una vuelta al conceptualismo<sup>254</sup>, dejó apuntada una vía que otros desarrollarían.

Frente a todos estos precedentes, se alza la contribución de Jhering. Desde luego, como ya se anticipaba antes, todavía se trata de un simple pionero. No obstante, en él encontramos los anteriores motivos más depurados de contaminaciones idealistas, más próximos a la senda empírica que más tarde habrá de caracterizar a la sociología del Derecho. No en vano, como ya se pudo ver en el primer epígrafe de este capítulo, en su obra se han querido ver los orígenes del Derecho comparado o de la criminología –por su influencia en Franz von Liszt–. Es así como ha podido afirmarse lo siguiente: “de forma más inmediata que Savigny, *Rudolf von Jhering* (1818-1892) se cuenta entre los antecedentes de la sociología jurídica. Característico de su trayectoria intelectual es su rechazo del idealismo *kantiano* y *hegeliano*, así como de la teoría del espíritu del pueblo de la escuela histórica y de la jurisprudencia constructivo-conceptual en la que ésta había desembocado. En su lugar, pasó a profesar un *realismo* que entendía el Derecho como producto de la realidad social (...). Así pues, el enraizamiento en la sociedad y el carácter teleológico del Derecho son las ideas centrales del último Jhering, que con ello abría directamente la puerta a la sociología jurídica”<sup>255</sup>.

Las aportaciones del alemán a este campo se encuentran en muchos lugares de su obra. Con las críticas al nacionalismo de la escuela histórica, que ya empiezan desde el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*, daba el paso hacia una consideración universal de la ciencia jurídica. Y así, como ya se detalló en el primer epígrafe, sentaba las bases de la comparatística jurídica. Con la teoría de los intereses como fundamento

---

<sup>252</sup> MEINECKE, Friedrich, *Die Entstehung des Historismus*, 2. Aufl., Leibniz Verlag, München, 1946, pp. 118- 182; CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., 19 y ss.

<sup>253</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Über den Zweck dieser Zeitschrift” [1815], en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, pp. 201-205. Hay trad. esp. en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 22-31.

<sup>254</sup> Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 14-24; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 396-408.

<sup>255</sup> RAISER, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, cit., pp. 27-28.

del derecho subjetivo, dejó apuntadas las bases metodológicas de la jurisprudencia de intereses, una escuela de pensamiento que también allanaría el camino de la sociología jurídica. Aunque aún en posturas templadas, y moviéndose en el campo de la aplicación de las normas, los autores de esta orientación teórica –Philip Heck, Rudolf Müller Erzbach– llamaron la atención sobre los intereses sociales que eventualmente pueden influir en la decisión del juez. Por cuanto se refiere a su deuda con Jhering, siempre la reconocieron de forma explícita: “un gran papel en su penetración [de la jurisprudencia de intereses] le corresponde al gran romanista *Rudolf v. Jhering* [...]. Él erigió y fundó el axioma de que el creador del Derecho no es el concepto, sino el interés, la finalidad. En ese sentido Jhering cuenta con razón como el fundador de la orientación teleológica y, con ello, de la jurisprudencia de intereses”<sup>256</sup>.

Además de la crítica al nacionalismo y la teoría de los intereses, que se encuentran en tomos distintos del *Espíritu del Derecho romano*, el gran acicate para el desarrollo de la sociología jurídica se puede localizar en *La lucha por el Derecho* y en *El fin en el Derecho*. La primera de estas obras se ha terminado convirtiendo en una especie de estandarte para las corrientes que reivindican un acercamiento sociológico al Derecho. En este sentido, no es en absoluto casual que Hermann Kantorowicz, uno de los grandes representantes del movimiento del Derecho libre y también precursor de la sociología jurídica, escribiera un manifiesto titulado *La lucha por la ciencia del Derecho*<sup>257</sup>. Y tampoco es fortuito que Adolfo Posada, uno de los introductores más destacados de la sociología en el ambiente intelectual español de finales del XIX y principios del XX<sup>258</sup>, realizara la mayoría de las versiones españolas de Jhering y valorara tanto la citada obra. En efecto, era su crítica a la escuela histórica y su tendencia sociológica lo que mayor admiración le producía en este brillante opúsculo<sup>259</sup>.

Por lo que respecta a *El fin en el Derecho*, en particular a su segundo tomo, podría decirse que se trata del principal referente de las concepciones socio-jurídicas que ayudaron a sentar los fundamentos de la nueva disciplina. El propio Jhering se había convencido de la importancia de las instituciones sociales como basamento del Derecho

---

<sup>256</sup> HECK, Philipp, *Interessenjurisprudenz. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M., gehalten am 15. Dezember 1932*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933, p. 12.

<sup>257</sup> KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1906.

<sup>258</sup> Vid. POSADA, Adolfo G., *Principios de sociología*, Daniel Jorro, Madrid, 1908. Fue traductor, entre otros, de Lester Ward, Gabriel Tarde, Léon Duguit, Anton Menger o Alfred Fouillée.

<sup>259</sup> POSADA, Adolfo G., “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. y pról. de Adolfo G. Posada, La España Moderna, Madrid, s. f., pp. 5-15.

en esta etapa de su trayectoria. Si echamos un vistazo a los temas desarrollados allí, nos podremos dar cuenta del significado de este viraje. El volumen, que consiste en un único capítulo dedicado a la moral social –*das Sittliche*–, se abre con una disquisición sobre el papel del lenguaje en las costumbres, continúa con algunas observaciones sobre la relevancia de las formas y las buenas maneras y, después, se aventura en una larga argumentación sobre el fundamento social de la ética<sup>260</sup>. Después, como colofón de una larga argumentación en torno al egoísmo, el eudemonismo y el utilitarismo, introduce algunas observaciones sobre la moda, la propina, los días festivos, el lenguaje coloquial, el decoro...<sup>261</sup> En definitiva, un largo elenco de instituciones normativas sociales o consuetudinarias, que en su opinión eran imprescindibles para aprehender la esencia del fenómeno jurídico en su profunda complejidad.

Los resultados concretos de estas investigaciones sociológicas fueron alabados en alguna ocasión por el propio Max Weber: “sobre la costumbre y la moral social, los correspondientes pasajes de *El fin en el Derecho* de Jhering (tomo II) todavía hoy son dignos de leer”<sup>262</sup>. Y sólo dos páginas más adelante, también remitiéndose a esta parte de la obra, Weber recomendaba la lectura de sus consideraciones sobre el valor de la convención. Incluso Durkheim, en la primera edición de su *De la división del trabajo social*, aludió a esta obra de Jhering como motivo de inspiración<sup>263</sup>. No obstante todo ello, al margen de la mayor o menor validez de estas investigaciones particulares, lo importante de esta etapa de Jhering era la vocación que subyacía al proyecto entendido en su globalidad. La convicción de que era necesario descender de la ciencia jurídica conceptual, para bregarse en el más pantanoso terreno de la evolución social tangible, en el magma de las normas no escritas que determinaban la evolución y la interpretación del Derecho formal, es lo que serviría de sugerencia a tantas tendencias sociológicas posteriores. Si bien él nunca dio el paso definitivo a la sociología científica, sí lo harían algunos de sus continuadores.

Por hacer una recapitulación apresurada, recordemos que esta línea de pensamiento es la que terminaría recalando en las múltiples escuelas sociológicas que se han visto en el primer epígrafe del capítulo. Pound en los Estados Unidos, Murončev en Rusia, Géný

---

<sup>260</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, Cap. IX, ed. de Christian Helfer, Georg Olms Verlag, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1970, pp. 12-105.

<sup>261</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, Cap. IX, pp. 180-437.

<sup>262</sup> WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. I (*Grundriß der Sozialökonomik*), 3. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1947, p. 15.

<sup>263</sup> DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social. Thèse présentée à la Faculté des Lettres de Paris*, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1893, p. 11.

en Francia, Bentzon en Escandinavia, Barreto en Brasil, Kawashima en Japón... Todas estas escuelas contribuyeron, de una u otra manera, a la gestación de la sociología del Derecho. Si bien Pound, Géný o Murončev no dieron pasos efectivos hacia una consagración científica de dicha disciplina, sí sentaron las bases para que este tránsito se produjera. El realismo norteamericano –en algunos de sus representantes y de sus investigaciones concretas– los estudios de Derecho comparado promocionados por Saleilles en Francia, o la línea inaugurada por Nikolai Korkunov en Rusia, serían ya verdaderas apuestas de corte socio-jurídico.

Ahora bien, no sólo en los precedentes de la sociología del Derecho encontramos valoraciones sobre Jhering. También entre sus más estrictos fundadores podemos hallar indicaciones interesantes. Además de Durkheim y Weber, cuyas ideas al respecto ya han sido citadas, pueden recabarse menciones relevantes en Eugen Ehrlich. Es así como, por ejemplo, reconoció sin ambages el papel del alemán en cuanto que inspirador de la nueva disciplina científica que se estaba pergeñando: “una cantidad de sugerencias casi incalculable provino de Jhering y de algunos germanistas aislados”<sup>264</sup>. Como ha señalado Manfred Rehbinder, es una lástima que no exista un trabajo de Ehrlich sobre Jhering, puesto que parece haber influido notablemente en sus ideas<sup>265</sup>. Desde luego, y a tenor del número de citas que le dedicó en su *Die juristische Logik (La lógica jurídica)*, parece que así debió de ser. Dejémosle a él mismo la palabra: “algunas veces, incluso los clásicos han tomado parte activa en las transformaciones, no sólo divisando la tierra prometida, sino también logrando penetrar en ella. Este destino le estaba reservado, entre otros, a Goethe y a Byron y, entre los juristas, a Jhering”<sup>266</sup>.

Además del influjo en todas las escuelas y movimientos que contribuyeron a la génesis de la sociología del Derecho, a Jhering le corresponde el honor de haber logrado participar indirectamente en la formación de dos nuevas disciplinas socio-jurídicas. Por un lado, a través de la mediación de Saleilles, en el Derecho comparado. Por otro lado, a través de la figura de Franz von Liszt, en la criminología. Del Derecho comparado ya se

---

<sup>264</sup> EHRLICH, Eugen, *Soziologie und Jurisprudenz* [1906], Scientia Verlag, Aalen, 1987, p. 21.

<sup>265</sup> REHBINDER, Manfred, “Einleitung”, en EHRLICH, Eugen, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, hrsg. von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 9.

<sup>266</sup> EHRLICH, Eugen, *Die juristische Logik*, 2. Aufl. [1925], Scientia Verlag, Aalen, 1966, pp. 6, 18-19, 61, 130-131, 135, 162, 180, 194, 198, 223, 295. Las citas a Jhering no son ni mucho menos unívocas: en algunos casos se refieren a sus contribuciones romanísticas, en otros a su método histórico-natural y a su consiguiente papel como cumbre de la pandectística, en otros a su papel como crítico de la jurisprudencia de conceptos, en otros a su teoría del derecho subjetivo, en otros a su teoría de la antijuricidad como categoría diferente de la culpabilidad... En suma, Ehrlich demuestra un conocimiento exhaustivo de la obra y el pensamiento de su predecesor. La cita está tomada de la p. 180.

ha dicho suficiente en el primer epígrafe. De la criminología, sin embargo, aún puede precisarse algo más. Es cierto que Jhering no se ocupó en absoluto de semejantes temas. No obstante, es algo reconocido que ejerció un poderoso influjo sobre Franz von Liszt, quien puede considerarse como el padre de esta rama del conocimiento<sup>267</sup>. En su escrito programático, *La idea del fin en el Derecho penal*, se remitía a Jhering como modelo de su teoría: “mi hipótesis, pese a todas las aparentes contradicciones, coincide en todo lo esencial con la concepción desarrollada por Jhering en *El fin en el Derecho* [...]. En idéntica relación se encuentra la pena con el Derecho. En el Derecho se esconde la idea del fin; es la esencia del Derecho. Esta es la idea basilar del pensamiento jheringiano. La acción impulsiva, no obstante, es aprehensible con independencia de la idea del fin y la precede cronológicamente hablando. De aquí no se deriva la incompatibilidad de mi concepción con la idea del fin jheringiana; antes bien, aquella se aclara y se confirma a través de esta; y lo mismo sucede a la inversa”<sup>268</sup>.

En definitiva, como señaló Ernst Fuchs con expresión afortunada, en Jhering hay una “criptosociología”<sup>269</sup> y no una sociología *stricto sensu*. Además, como documentó Treves, los peldaños para erigir esta disciplina fueron múltiples y prolongados: desde Marx hasta Jhering, desde Montesquieu hasta Savigny<sup>270</sup>. No obstante, aunque no sea lícito atribuir a nuestro jurista un protagonismo exclusivo en la génesis de esta ciencia, podría decirse que fue uno de sus precursores más destacados. En primer lugar, por sus críticas al empleo exacerbado de la lógica: antes que enredarse en elucubraciones abstractas sobre los enunciados jurídicos y su pretendido encadenamiento racional, es menester observar la realidad social concreta. En segundo lugar, por su crítica al historicismo romántico de Savigny: si bien éste ya había llamado la atención sobre la profunda historicidad del Derecho, aún mantenía entelequias idealistas como la del *espíritu del pueblo*. Y en tercer lugar, por el uso de un método interdisciplinario como herramienta epistemológica: si ya en el origen de esta rama era fundamental esta aproximación, resulta indispensable para la moderna sociología jurídica<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> Vid. RAISER, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, cit., p. 31.

<sup>268</sup> LISZT, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1968, pp. 10 y 14. Hay trad. española LISZT, Franz von, *La idea del fin en el Derecho penal*, introd. de José Miguel Zugaldía Espinar, trad. de Carlos Pérez del Valle, Comares, Granada, 1995.

<sup>269</sup> FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, cit., pp. 185-186. Para la utilización de la idea de criptosociología vid. También EHRlich, Eugen, *Die juristische Logik*, cit., pp. 296, 303 y ss.

<sup>270</sup> TREVES, Renato, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de Manuel Atienza, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 82 y ss; vid. también ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Sociología del derecho*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 25-28.

<sup>271</sup> TREVES, Renato, “Insegnamento interdisciplinare, diritto e sociologia del diritto”, en *Sociologia del Diritto*, IV, 1977, 2, pp. 305-314.

Con todo, pese a esta aparente uniformidad hermenéutica, nos topamos con varios interrogantes al examinar la literatura secundaria. Y es que, en efecto, casi todos los rasgos que acaban de destacarse van en la línea de una crítica al positivismo clásico del siglo XIX. El énfasis en los factores sociales y el paralelo rechazo de un pensamiento sistemático, sólo construido conforme a cánones lógicos o intra-jurídicos; la llamada de atención sobre los usos sociales como fundamento del Derecho; la crítica contra el formalismo de predecesores tan ilustres como Puchta... En resumen, desde diferentes perspectivas, aquí parecen confluír bastantes elementos que no suelen entenderse como propios del positivismo, sino más bien como opuestos a éste. Pese a todo, y he aquí la paradoja, existe un importante sector interpretativo que identifica al jurista alemán como uno de los representantes más acendrados del iuspositivismo decimonónico<sup>272</sup>. En el próximo apartado se intentarán exponer los lineamientos de esta exégesis.

#### ***b) Jhering como representante del positivismo jurídico***

El significado de una etiqueta tan polisémica como la de positivismo jurídico es algo que dificulta en buena medida esta investigación. No obstante, dada la enorme complejidad que subyace tras esta problemática, hemos preferido reservar su desarrollo pormenorizado al capítulo tercero, donde se desmenuzará la noción de positivismo que manejamos y la manera de entender a Jhering desde dicha perspectiva. Por el momento, no podemos sino contentarnos con una utilización algo laxa del concepto. En este sentido, cuando decimos que un importante sector ha querido ver en Jhering a un gran defensor del positivismo jurídico, nos referimos a tres de las características más señeras que suelen adscribirse a dicha corriente, por lo menos en su variante decimonónica: el *estatalismo*, el *imperativismo* y el *normativismo*. En definitiva, a varios de los rasgos que Bobbio identificaba como propios del “positivismo teórico”<sup>273</sup>.

En particular, pueden destacarse tres aspectos de la teoría de Jhering que suelen mencionarse de acuerdo con esta visión de su pensamiento: 1) la definición del Derecho en tanto que fenómeno normativo respaldado por la coacción estatal, teoría que puede retrotraerse a tiempos bastante más antiguos, pero de la que se suele hacer acreedor

---

<sup>272</sup> WOLF, Erik, “Rudolf von Jhering”, en ID., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, cit., pp. 622-627; HIPPEL, Ernst von, “Rudolf von Jhering als Begründer des Rechtspositivismus”, en *Neues Abendland*, 1951, pp. 322-326.

<sup>273</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 147-161, 185-201.

privilegiado al jurista alemán; 2) la concepción del Derecho como conjunto de normas imperativas –o sea, ni permisivas ni recomendatorias–, frente a aquellas otras corrientes que prefieren concebirlo como una red de relaciones intersubjetivas, como agregado de instituciones o como complejo de decisiones unilaterales<sup>274</sup>; y 3) la teoría que identifica a los destinatarios de la norma jurídica con los órganos encargados de aplicarla –jueces, funcionarios, etc.–, en lugar de otras concepciones más tradicionales, para las que los destinatarios serían los súbditos o ciudadanos.

Podrían citarse numerosos autores que han subrayado con especial hincapié esta segunda dimensión del pensamiento de Jhering<sup>275</sup>. No obstante, tanto por su notoriedad como por su relevancia histórica y filosófica, cabe destacar a uno de ellos: Hans Kelsen. En su escrito de habilitación de 1911 –*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*<sup>276</sup>– que tan importante fue como anticipo de las ideas que más adelante sostendría en la *Teoría pura del Derecho*, Jhering es citado con una recurrencia inusitada. Bien es verdad que, en la mayoría de los casos, Kelsen apela a nuestro autor con el fin de criticarlo, pero esto es irrelevante por el momento. Lo que nos interesa recalcar aquí es que, frente a la lectura de Jhering en clave sociológica y antiformalista, en Kelsen nos encontramos con un retrato algo distinto. En efecto, a tenor de la mayoría de las citas que le dedica en dicha obra, podría darse pie a la consideración de su filosofía jurídica como un paradigma del positivismo estatalista más característico, incluso ornado, a veces, con ciertos ribetes de formalismo. Dada la trascendencia de Kelsen para la historia del positivismo jurídico, conviene detenerse en esto con algo de atención.

Aun sin ánimo de exhaustividad, podrían identificarse los siguientes aspectos que Kelsen señala –y casi siempre denuncia– en el pensamiento de Jhering. En primer lugar, el austriaco se refiere a la noción de *fin* del último periodo de su colega, para censurar la inconsistencia de semejante planteamiento si lo que se pretendía es definir de manera científica el Derecho. Aquí nos encontramos ya con el Kelsen formalista y normativista

---

<sup>274</sup> Bobbio sólo nos llamaba la atención sobre los tres primeros modos de concebir al Derecho, prescindiendo del modelo decisionista. Aquí añadimos éste sobre la base de un importante trabajo de Carl Schmitt. Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, 2ª ed., trad. de Eduardo Rozo Acuña, rev. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2005, pp. 6-19; y SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. y estudio preliminar de Montserrat Herrero, Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>275</sup> A título de ejemplo, vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 79-81; PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 35-39; ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Madrid, 2001, pp. 165-166; BEHRENDTS, Okko, “War Jhering ein Rechtspositivist? Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrendts, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 131-160.

<sup>276</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Neudr. der 2. Aufl. [1923], Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1984.



que tan bien conocemos, que apunta hacia la *Teoría pura del Derecho* y que se afana por no introducir elementos políticos, sociológicos, económicos o psicológicos en su concepto de Derecho: “el punto de partida jheringiano, desde el que se contempla el fin en el Derecho, nunca puede conducir a conceptos jurídicos, sino sólo a conceptos sociológicos, ya sean estos económicos o psicológicos. Y, sin embargo, Jhering no sólo ha considerado el momento teleológico (*Zweckmoment*) en sus investigaciones socio-históricas. También lo ha utilizado con frecuencia como base de sus construcciones jurídico-formales, y no sin razón los representantes del conceptualismo teleológico (*teleologische Begriffsbildung*) se remiten a él en la ciencia jurídica formal”<sup>277</sup>.

Desde este punto de vista, en realidad, la imagen que Kelsen nos ofrece sigue coincidiendo con el Jhering que habían apadrinado las corrientes sociológicas, pues lo que está haciendo es rechazar la incongruencia de introducir elementos extrajurídicos a la hora de definir y explicar el Derecho. O dicho de otra manera: Kelsen denuncia la pretensión de definir el ámbito de lo jurídico mediante el recurso a variables sociales, políticas, psicológicas o económicas, porque con ello no lograríamos sino sacudirnos el problema de manera expeditiva, reenviando su solución a otros foros y dejando la cuestión irresoluta<sup>278</sup>. De acuerdo con semejante visión de las cosas, con la apelación de Jhering a los conceptos de *fin* y de *interés* –ajenos al estricto redil de la norma jurídica–, se estaría incurriendo en una contaminación metodológica que desvirtúa la pureza de una ciencia verdaderamente rigurosa sobre el Derecho.

Pero las alusiones a Jhering no terminan aquí. El siguiente pasaje en el que el austriaco se refiere a él tiene lugar en el capítulo decimotercero, dedicado a “los destinatarios de la norma jurídica”. La pregunta sobre quiénes son los destinatarios de la norma jurídica, huelga decirlo, ha sido uno de los principales caballos de batalla de la teoría del Derecho. Y es que, si bien a primera vista pudiera parecer una cuestión más bien técnica, en realidad envuelve toda la compleja problemática de la naturaleza de las normas, que a su vez aboca a la distinción entre el Derecho y la moral y a la siempre inacabada definición del concepto de Derecho. En este contexto, la tesis según la cual las normas de un ordenamiento jurídico no se dirigen a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción, sino a los órganos encargados de aplicar dicho ordenamiento –cuando se

---

<sup>277</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 89.

<sup>278</sup> Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 69 y ss.

violan preceptos del mismo— se suele atribuir a Kelsen<sup>279</sup>. En el marco de su teoría, esta discusión se resolvía mediante la distinción entre normas primarias y secundarias, que luego recalaría críticamente en Herbert Hart y que ha constituido uno de los núcleos más fecundos de la discusión iusfilosófica del siglo XX. Sin embargo, el origen de dicha teoría lo encontramos en *El fin en el Derecho* de Jhering, como el propio Kelsen nos advierte al inicio del capítulo<sup>280</sup>.

En el caso de Jhering, el fundamento de semejante concepción de la norma se encontraba en su *postura estatalista*, en su *imperativismo normativo* y en su definición del Derecho a través de la *coacción*: si el Derecho es, frente a la moral o los usos sociales, un conjunto de *imperativos* respaldados por la *fuerza coactiva* del *Estado*, entonces esos imperativos deberán dirigirse a los órganos de dicho Estado. Es a ellos, en efecto, a quienes les ha sido encomendada su aplicación efectiva: “con la figura del juez o, mejor dicho, de las autoridades que ejecutan los imperativos estatales, hemos llegado al punto en el que el aspecto de la coacción muestra su verdad absoluta para el Derecho, donde encuentra una validez sin excepciones [...]. Si desde este punto de vista con respecto al Estado y al Derecho, repetimos la anterior pregunta —¿a quién van dirigidos los imperativos estatales?— la respuesta sólo puede rezar así: a los órganos a quienes se ha encomendado la gestión del poder de coacción, desde los monarcas y las altas cumbres de la jerarquía funcional, hasta los niveles más bajos de la escala”<sup>281</sup>. Así pues, lo que hace Kelsen no es sino tomar la idea de Jhering y acomodarla a su teoría de la norma mediante los reajustes pertinentes<sup>282</sup>.

En todo caso, lo que nos interesa destacar es la visión que parece plasmarse aquí sobre Jhering. Si en la primera de las críticas de Kelsen parecía manifestarse de nuevo el pensador antiformalista y precursor de la sociología del Derecho, en esta segunda aparece un Jhering casi opuesto a semejante interpretación. Si en primera instancia se le reprochaba la inclusión de los conceptos de interés y finalidad como incrustaciones

---

<sup>279</sup> Vid. por ejemplo PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., pp. 107-108; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 197.

<sup>280</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 378-395. Vid. VERGARA, Óscar, “El destinatario de las normas jurídicas en la tradición positivista. Un estudio en torno a R. von Jhering”, en AA. VV., *Legal Theory/Teoría del Derecho. Proceedings of the 22<sup>nd</sup> IVR World Congress* (Granada 2005), vol. I, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2007, pp. 220-232.

<sup>281</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 261.

<sup>282</sup> Nótese que la teoría kelseniana de la norma se construyó frente a las teorías imperativistas. En lugar de identificar a la norma jurídica con una proposición imperativa, Kelsen sostenía que ésta sigue el modelo de los juicios hipotéticos: si X —donde X es el supuesto de hecho— entonces Y —donde Y sería la sanción—. Pese a todo, Kelsen seguirá utilizando el modelo de los destinatarios de Jhering, desproveyéndolo de sus presupuestos e implicaciones imperativistas, para insertarlo en su propia concepción de la norma jurídica.

espurias en un concepto verdaderamente formal de Derecho, ahora el austriaco nos lo presenta como un ejemplo acerbo del positivismo jurídico. Y es que, como acaba de verse, la teoría de los destinatarios se encontraba asociada a tres de las concepciones más señeras del iuspositivismo del XIX: *estatalismo*, *imperativismo* y *coactivismo*, por decirlo con los términos de Bobbio<sup>283</sup>.

Utilizando una clasificación también propuesta por el filósofo italiano, se trataría de tres de los rasgos más prominentes del llamado *positivismo teórico*, es decir, de un positivismo que no sólo buscaría un modo empirista o antimetafísico de aproximación al Derecho –*positivismo metodológico*– sino que también apostaría por ofrecer una teoría concreta sobre las piezas básicas de su concepto y funcionamiento<sup>284</sup>. En nuestro caso, además, estos tres rasgos no son sólo elementos típicos del positivismo jurídico en sentido fuerte, sino que son precisamente los aspectos contra los que se revolvieron las corrientes sociologistas de finales del XIX y principios del XX. No de otra manera se entiende la sátira de Kantorowicz sobre el modelo de jurista preponderante a la altura de 1900: “la representación dominante del jurista es la de un alto funcionario estatal con educación académica, sentado en su celda y armado tan sólo con su máquina de pensar, por supuesto del estilo más refinado posible. Su único mobiliario es una mesa verde, sobre la que yace, frente a él, el código del Estado...”<sup>285</sup>. A continuación, veamos la crítica contra cada uno de los tres elementos citados.

El *estatalismo* fue, en primer lugar, la principal diana de dichas corrientes, que enseguida se afanaron en denunciar la intolerable soberbia de un Estado que pretendía arrogarse todo el monopolio de la producción del Derecho. Con semejante posición, según estas teorías, se ignoraba la pluralidad e inconmensurabilidad de lo jurídico, su espontáneo discurrir más allá de las instituciones oficiales –formales–, que en vano tratarían de adueñárselo con exclusividad. La gran dicotomía entre Estado y Sociedad, que recorre buena parte del pensamiento jurídico y político occidental<sup>286</sup>, y que la teoría estatalista desequilibró hasta dejar sin contenido el segundo polo de la ecuación, se

---

<sup>283</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 67-69. Por *estatalismo* deberá entenderse la doctrina que señala al Estado como única fuente de las normas jurídicas; el *imperativismo* sería la teoría que entiende las normas jurídicas como imperativos, no como permisos, juicios hipotéticos o meras reglas técnicas; por *coactivismo*, en fin, debe entenderse la concepción que define al Derecho como orden normativo respaldado por la fuerza. Ninguna de estas tres tesis, como nos señala Bobbio, implica a la otra necesariamente. En el caso de Jhering, sin embargo, los tres elementos están entrelazados.

<sup>284</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 129 y ss.

<sup>285</sup> KANTOROWICZ, Hermann, *Die Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p.7.

<sup>286</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 79-81.

intentaba así reconducir hacia posiciones más ponderadas, otorgando a la sociedad un protagonismo que le había sido indebidamente arrebatado. El siempre dinámico magma social, fuente inagotable de nuevas reglas, de nuevas costumbres e instituciones, tenía que volver a ser valorado por la ciencia del Derecho.

El *imperativismo*, en segundo lugar, tampoco parece fácilmente conciliable con los sociologismos a los que parecía dar pábulo la primera de interpretación de Jhering. La cerrazón de reducir la norma jurídica a las proposiciones imperativas, haciendo caso omiso de la enorme variabilidad de formas que puede asumir el Derecho –desde las regulaciones de baja intensidad como el Derecho internacional, hasta los permisos, recomendaciones u otras modalidades no asociadas con la idea de *imperium*– fue otra de las tendencias iuspositivistas que intentaron impugnarse a través de la inflexión sociologista de finales de siglo. En particular, como sucedía en el caso de Ehrlich, se volvieron a valorar formas de normatividad difusa como la costumbre<sup>287</sup>. Por otra parte, la propensión del imperativismo a restar protagonismo al momento de la interpretación, esto es, a la actividad creadora del juez, tampoco parecía armonizable con las corrientes sociológicas a las que Jhering había servido de baluarte.

Merece la pena subrayar que el imperativismo, en tanto que *teoría de la norma jurídica*, no siempre estuvo acompañado del estatalismo, en tanto que *teoría de las fuentes del Derecho*. Así sucede, por ejemplo, con el pensamiento de August Thon, cuya teoría era imperativista en lo que se refiere a su noción de la norma, pero pluralista en cuanto a los cauces de creación del Derecho: “al contrario [que a Jhering], me parece que toda norma que una comunidad humana reconozca como vinculante para la conducta recíproca, debe ser considerada como norma jurídica y, por tanto, no ha de verse al Estado como el único creador de Derecho”<sup>288</sup>. Desde este punto de vista, y por contraste con la opinión matizada de Thon, Jhering se nos revelaría como representante de un positivismo jurídico especialmente pronunciado: al vincular los dos aspectos citados como los engranajes colindantes de un mismo mecanismo, se adhería a dos principios fundamentales de esta corriente de pensamiento.

---

<sup>287</sup> EHRlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1913, pp. 352 y ss.

<sup>288</sup> THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* [1878], Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. X. Sobre el pensamiento de Thon y la desvinculación entre estatalismo e imperativismo, vid. LEVI, Alessandro, “Studio introduttivo” a THON, August, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, 2ª ed., trad., introd. y notas de A. Levi, Antonio Milani, Padova, 1951, pp. VI-LVI.

Por último, y en la misma línea de los dos elementos anteriores, el *coactivismo* fue otro de los núcleos controvertidos para las tendencias que reivindicaron una aproximación sociológica al Derecho. Una de las principales críticas de los autores que introdujeron a Jhering en España, por ejemplo, fue la sobredimensión que el elemento coactivo parecía tener en su teoría<sup>289</sup>. Según dicho punto de vista, que cabe generalizar a otras tendencias disconformes con este rasgo del positivismo jheringiano, el excesivo énfasis en la coacción diluía el potencial moral del Derecho, su sagrada e inmaculada tarea en cuanto que ideal regulativo, su innegable aspiración a la justicia. El ejemplo de su recepción en España es muy ilustrativo, porque en él se manifiesta con claridad la paradoja que estamos queriendo subrayar. Autores como Adolfo Posada, que recibieron a Jhering con entusiasmo y como fuente de una posible inflexión sociológica en el ya marchito formalismo de la jurisprudencia de conceptos, se opusieron con tesón frente a otros elementos igualmente importantes del sistema de Jhering. Así, sobre todo, contra el papel de la coacción en su definición del Derecho<sup>290</sup>.

Pero no es necesario ceñirse tan sólo a este ejemplo. La mayoría de corrientes citadas en los primeros párrafos de este epígrafe, de corte sociologista y antiformalista, se fundamentaron justamente en el rechazo de este aspecto: definir al Derecho mediante la coacción desdibujaba el papel de ese basamento social, siempre bullente y en marcha, en el que se gestarían de verdad las normas jurídicas. Normas que, de acuerdo con estos planteamientos, se impondrían mediante mecanismos mucho más sutiles y solapados de lo que alcanza a explicar la mera presencia del desnudo aparato coactivo del Estado. Así, por ejemplo, a través de la costumbre, de la interpretación ingeniosa de un juez, de la presión social en un determinado sentido, de la temperatura ideológica de la judicatura, de la fuerza de sectores profesionales... En definitiva, la coactividad ofrecería sólo un pálido reflejo, más bien tosco e ideológicamente interesado, de la complejidad que entraña la dinámica cotidiana del Derecho.

---

<sup>289</sup> Vid. POSADA, Adolfo, "Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LVIII, Madrid, 1881, pp. 63-80 y 183-207.

<sup>290</sup> La teoría que vincula al Derecho con la coacción no es exclusiva de Jhering. El testimonio más antiguo podría encontrarse en Tucídides, que ya expuso esta idea en el diálogo de los atenienses y los melios (TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, 2ª ed., trad., introd. y notas de Francisco Rodríguez Adrados, Biblioteca Clásica Hernando, Madrid, 1969, vol. 2, libro V, §105, pp. 350-351). También en la *República* de Platón, por boca de Trasímaco, se expone una visión similar, al igual que sucederá más tarde con Hobbes, a quien no en vano se debe la primera versión inglesa de Tucídides (vid. VARONA CODESO, Patricia, "Introducción", TUCÍDIDES, *El discurso fúnebre de Pericles*, trad. de Patricia Varona, Sequitur, Madrid, 2007, pp. 8-10). No obstante, estas manifestaciones se ven superadas por el planteamiento de Jhering. Más adelante se retomará este problema y se argumentará en profundidad.

En cualquier caso, y volviendo al hilo conductor de Kelsen, puede advertirse que la propia teoría de los destinatarios de la norma jurídica se hallaba ya en las antípodas de lo que debería ser una teoría sociológica del Derecho. Hacer a las autoridades estatales, jueces y funcionarios en su mayor parte, receptores exclusivos de la norma, suponía circunscribir el Derecho a un circuito cerrado en el que la sociedad –el pueblo en la terminología de Jhering<sup>291</sup>– quedaba marginada por completo. Ni en el punto de arranque de la norma, en el momento de su *creación*, ni en el punto de destino, en el momento de su *aplicación*, parecía ofrecerse un mero resquicio al factor social: sólo en el cauce cerrado del aparato estatal se desenvolvía todo el ciclo normativo, sin conexión alguna con la sociedad y con los ciudadanos que la integran. Más adelante veremos que el pensamiento de Jhering es mucho más complejo de lo que aquí se está expresando, y que en sucesivos desarrollos de *El fin en el Derecho* se otorgará un protagonismo esencial a las instituciones sociales. Sin embargo, al menos por lo que atañe a su teoría de la norma, parecía moverse en un iuspositivismo estatalista bien lejano de cualquier clase de consideración sociológica<sup>292</sup>.

### **c) Jhering como representante del iusnaturalismo**

Hasta aquí hemos visto cómo el Jhering que se apunta en los *Hauptprobleme* de Kelsen difiere del pensador proto-sociológico que habíamos podido conocer de la mano del primer sector interpretativo. Pero tampoco cesan aquí las referencias del austriaco a su obra, pues aún nos aguarda otra interesante sorpresa. Una vez más, en los capítulos del 22 al 25, donde Kelsen analiza las diversas teorías del derecho subjetivo, podemos ver a Jhering citado en abundancia. Según el austriaco, cabría identificar tres modos diferentes de justificar y explicar la siempre discutida categoría del derecho subjetivo<sup>293</sup>: “la teoría finalista o de los intereses de Jhering y sus seguidores, la teoría de la voluntad

---

<sup>291</sup> En la discusión respecto a los destinatarios de la norma, Jhering anunciaba tres posibles respuestas, que luego desarrollaba pormenorizadamente, para terminar concluyendo que los verdaderos destinatarios son los jueces y funcionarios. Las tres posibilidades identificadas eran el Estado (*Staat*), el pueblo (*Volk*) y el juez (*Richter*). JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit. p. 258.

<sup>292</sup> Para todo lo referente a la teoría normativa de Jhering, vid. GROMITSARIS, Athanasios, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

<sup>293</sup> La complejidad de semejante problemática no puede abordarse aquí. Reenviamos con carácter general a HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 2004, pp. 47 y ss.; PÁRAMO, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo”, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, 2ª ed., coord. por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 2000, pp. 367-394.

de los romanistas, entre los que son de destacar algunos representantes prominentes como Windscheid o Arndts; y por último, aquella teoría que busca una combinación del momento del interés y el de la voluntad para su definición del derecho subjetivo; ésta última fue fundada por Bernatzik y ha sido aceptada y desarrollada de forma independiente por Jellinek<sup>294</sup>. De estas tres teorías, que Kelsen se ocupará de impugnar una por una, la de Jhering es la que estaría incurriendo con mayor gravedad –por usar sus mismas palabras– en el “error fundamental de la teoría iusnaturalista”<sup>295</sup>.

Para entender bien la crítica kelseniana, conviene recordar el modo y el contexto en el que Jhering se hizo acreedor de la citada teoría. He aquí el fragmento más central para comprender la polémica: “dos elementos son los que constituyen el concepto de derecho: uno *sustancial*, en el que reside el fin práctico del mismo –esto es, la utilidad, el provecho, la ganancia– que debe ser garantizado por medio del Derecho; y uno *formal*, que únicamente funciona como instrumento para lograr dicho fin –esto es, la *protección* jurídica, la *acción procesal* (*Klage*)–. El primero de estos elementos es el núcleo, mientras que el segundo es la cáscara protectora del derecho. Aquél, por sí solo, únicamente fundamenta un estado efectivo de utilidad o de goce (interés fáctico), que puede ser alterado, en cualquier momento y sin mayores consecuencias, por todo aquel que efectivamente se encuentre en la situación de hacerlo. El carácter de accidentalidad y caducidad de este estado sólo se pierde cuando la ley lo acoge bajo su protección; el goce o la perspectiva de goce se convierten así en algo más seguro: en un derecho. El concepto de derecho se fundamenta en la seguridad jurídica de su disfrute: los derechos son *intereses jurídicamente protegidos*”<sup>296</sup>.

Se trata de una definición que Jhering incluyó en el capítulo final del último de los tres tomos del *Espíritu del Derecho romano*. Por consiguiente, en la que podríamos considerar como etapa de transición entre los dos célebres periodos de su trayectoria. La apelación al elemento *sustancial* en el concepto de derecho –y nótese que estamos hablando de derecho subjetivo– forma parte así de una evolución intelectual que se acentuará aún más en el primer tomo de *El fin en el Derecho*, sólo que con una importante variante. Ese elemento sustancial que aparecía en la definición transcrita

---

<sup>294</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 571 (cap. XXII). Para todo lo que sigue, vid. pp. 567-618 (caps. XXIII, XXIV y XXV).

<sup>295</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 572.

<sup>296</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, 3, p. 339. Los subrayados son del propio Jhering. La utilización de mayúscula y minúscula al traducir el alemán *Recht*, que denota por igual al derecho subjetivo y al Derecho objetivo, es necesariamente interpretativa. No obstante, pese a cierta ambigüedad que acaso podría reprochársele a Jhering en este pasaje, parece bastante claro que se está refiriendo a los derechos en su sentido subjetivo.

dejará ya de ser el del *interés*, noción que todavía se hallaba preñada de reminiscencias individualistas y que adolecía de un subjetivismo con graves problemas teóricos, para convertirse en el del *fin*. Se trata de una idea en la que el propio Jhering quiso ver una ostensible evolución, pues estaría transitándose de un pensamiento muy centrado en el derecho subjetivo, a una concepción más preocupada por el Derecho en su sentido objetivo: desde el punto de vista del sujeto de Derecho –su *interés* individual–, hacia el punto de vista del objeto del Derecho –el *fin* social–<sup>297</sup>.

El foco de atención de Jhering, de manera congruente con este cambio en sus planteamientos, dejó de ser en exclusiva el Derecho privado. Comenzó así a interesarse por dos nuevas esferas de problemas. *En primer lugar*, empezaron a cobrar relevancia algunas de las cuestiones del Derecho público que estaban debatiéndose con profusión en la Alemania finisecular, aunque es cierto que nunca con el grado de profundidad que constatamos en contemporáneos como Gerber, Laband o Jellinek<sup>298</sup>. *En segundo lugar*, empezó a despuntar una gran preocupación por escarbar bajo la superficie del Derecho positivo, por encontrar sus causas, sus motivaciones, las pretensiones que existen tras los preceptos concretos. Este último propósito recibió dos diversas manifestaciones en su obra: por un lado, se agudizó su interés por el origen y la justificación “material” de las instituciones jurídicas, es decir, por su razón de ser socio-antropológica; por otro lado, se incrementó su curiosidad por la evolución de dichas instituciones en términos de eficacia, esto es, de su plasmación social efectiva.

*En el primer sentido*, el de su giro hacia las cuestiones características del Derecho público, puede citarse a Jhering como uno de los autores que contribuyó de forma indirecta a la génesis de las teorías del Estado de Derecho, aunque nunca fuera un iuspublicista en sentido estricto –como su amigo y colega Gerber, o como lo fuera algo más tarde Georg Jellinek<sup>299</sup>–. La referencia a estos dos autores no es ni mucho menos baladí, puesto que ambos tuvieron conexiones de especial relevancia con Jhering. Con Gerber, el alemán mantuvo una correspondencia fluidísima a lo largo de buena parte de

---

<sup>297</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. IV. Vid. También BEHRENDTS, Okko, “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, en AA. VV., *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. von Fritz Loos, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, pp. 229-269.

<sup>298</sup> Vid. SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del Derecho público*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 135-169.

<sup>299</sup> Vid. COSTA, Pietro, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, en AA. VV., *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, coord. por Pietro Costa y Danilo Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 89-170, especialmente pp. 116-118. Vid. también LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975.



su vida, y con él fundó la revista que comenzó llamándose *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, para convertirse tras su muerte en los *Jherings Jahrbücher*. Es verdad que los puntos de vista que les unieron en la común empresa se diluyeron por completo con el transcurso de los años, pero no deberían minusvalorarse los puentes que vincularon a Jhering con el Derecho público a través de la figura de Gerber<sup>300</sup>.

Con Jellinek, por otra parte, existe también un importante nexo. En este caso no se trata de una relación entre iguales, sino más bien de la que une al maestro con el discípulo. Aunque no lo fue en sentido estricto, Jellinek es deudor del magisterio de Jhering, pues asistió a sus lecciones y de ellas recibió una poderosa influencia para desarrollar su pensamiento<sup>301</sup>. Jellinek fue además un gran amigo de Victor Ehrenberg (1851-1929), uno de los más destacados profesores de Derecho mercantil de la época y futuro marido de una hija de Jhering, Helene<sup>302</sup>. En la correspondencia entre ambos, que abarca cuatro décadas, puede constatarse la enorme admiración de Jellinek hacia nuestro jurista<sup>303</sup>. Especialmente en la materia que nos ocupa ahora, la del derecho subjetivo, Jellinek encontró un valioso referente para construir su teoría de los derechos público-subjetivos. No por casualidad dedicó a Jhering su célebre obra sobre el tema, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, en la que éste aparece citado con frecuencia. Vale la pena transcribir un breve fragmento del prólogo, porque en él se expresa con palabras laudatorias y emocionadas sobre el magisterio de aquél:

“Hace más de veinte años que le oí proclamar su teoría del derecho subjetivo con aquella arrolladora energía de su forma de ser, junto a cientos de compañeros que se apelotonaban en el aula más grande de la universidad de Viena –que sin embargo resultaba demasiado pequeña–, a escuchar embelesados sus palabras. A él y a su amigo Joseph Unger, junto a algunos otros que disfrutaron entonces del esplendor de la

---

<sup>300</sup> Buena parte de la correspondencia entre Gerber y Jhering ha sido publicada por Mario G. Losano, que así ha contribuido a iluminar los entresijos de una fecunda relación personal e intelectual. Vid. LOSANO, Mario G. (Hrsg.), *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Teil 1, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984; ID, *Studien zu Jhering und Gerber*, Teil 2, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984. Sobre la revista y los diversos nombres que recibió con el correr del tiempo, vid. pp. 64-66 del vol. 2. Sobre el desencuentro intelectual –que no personal– entre ambos, vid. pp. 179-181 del vol. 2.

<sup>301</sup> Vid. NOGUEIRA DIAS, Gabriel, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 55 y ss.

<sup>302</sup> Victor Ehrenberg ha pasado a la historia por ser el fundador de una específica rama de la ciencia jurídica, el Derecho de seguros. Influido por el giro sociológico de Jhering, decidió abandonar la senda teórica formalista y dedicarse a estudiar la emergencia de una práctica económico-mercantil que cada vez cobraba mayor pujanza en el tráfico socio-económico: los seguros. Vid. KRAUSE, Hermann, “Ehrenberg, Victor”, en *Neue Deutsche Biographie*, 4. Band, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, pp. 351-352.

<sup>303</sup> Vid. KELLER, Christian (Hrsg.), *Victor Ehrenberg und Georg Jellinek. Briefwechsel (1872-1911)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

facultad de Derecho vienesa, les agradezco haber encontrado mi vocación profesional en la ciencia del Derecho. Como benevolente consejero, como enérgico benefactor, me ha apoyado después en horas difíciles. Para devolverle aquello, no tengo más que este humilde signo de mi agradecimiento. Espero que quiera aceptarlo amistosamente, y que no sea indigno el homenaje que todas las universidades del ámbito lingüístico alemán, con unanimidad poco frecuente, están a punto de ofrecerle”<sup>304</sup>.

*En el segundo sentido* que hemos señalado, como ya se advertía antes, puede constatarse una mayor sensibilidad de Jhering hacia diversas cuestiones de índole socio-antropológica, puesto que ahí es donde creyó ver un filón para estudiar las razones de ser de numerosas instituciones jurídicas. En su labor como historiador del Derecho, en efecto, se topó a menudo con preceptos que no parecían tener una motivación plausible, que quedaban inexplicados si no se intentaban escudriñar las causas y finalidades de su aparición y su desarrollo. Vale la pena destacar, ante todo, que nunca se trató de una preocupación académica o erudita, sino que dicho estudio tenía una gran trascendencia para poder entender los modos de gestación del Derecho en su plenitud. Y, por ende, para poder aplicarlo o modificarlo de forma oportuna. En este orden de cosas, pueden destacarse al menos dos tipos de contribuciones:

1) En primer lugar, las referidas a cuestiones de carácter histórico o metaético, en las que Jhering trató de investigar los porqués originarios de determinadas instituciones jurídicas. Desde el punto de vista diacrónico, la *Prehistoria de los indoeuropeos* nos ofrece un precioso testimonio, pues se trata de una obra en la que intentó fundamentar la existencia de algunos preceptos del Derecho romano, que no parecían poder explicarse de forma convincente sin recurrir al enfoque antropológico y socio-histórico. Desde el punto de vista sincrónico, ha de citarse la conferencia titulada *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, un pequeño escrito en el que Jhering pretendía dar cuenta de los fundamentos de nuestras percepciones sobre lo justo y lo injusto. Sólo que esta vez, en cambio, sin descender a contextos históricos concretos<sup>305</sup>.

2) En segundo lugar, las aportaciones de Jhering al estudio del Derecho en lo que atañe a su realización efectiva, esto es, a su canalización y cumplimiento –o también su inobservancia– a través de los usos, la costumbre y las instituciones sociales. Es aquí

---

<sup>304</sup> JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr, Freiburg, 1892, reeditado por Elibron Classics, Great Britain, 2006, p. 7.

<sup>305</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, versión española y estudio preliminar de Adolfo G. Posada, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896. Reeditado por Comares, estudio de José Luis Monereo (“Ihering, historiador”), Granada, 2009. Vid. también JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, ed. y trad. de Federico Fernández-Crehuet, Trotta, Madrid, 2008.

donde cabe incardinar casi todo el segundo tomo de *El fin en el Derecho* y una larga serie de escritos menores, todos de la segunda etapa de su pensamiento, dedicados al análisis de prácticas sociales como la propina, la moda o los hábitos gastronómicos. En esta fase del pensamiento de Jhering, en efecto, el Derecho ya no era más que uno de los tres bastiones del orden de lo ético –das *Sittliche*–, que concurría así junto con la moral y los usos sociales<sup>306</sup>. Fue en este tipo de planteamientos, dicho sea de paso, donde hallaron un caldo de cultivo las doctrinas realistas y sociológicas que buscaron en él a un pionero de sus respectivas orientaciones.

Baste con todo esto para ilustrar la relevancia que tuvo la sustitución del *interés* por el *fin* en la evolución intelectual de Jhering. La precisión es importante, porque Kelsen parece ignorar este proceso de decantación. El argumento del austriaco se basa en que todas las teorías del derecho subjetivo se construyeron sobre los presupuestos del iusnaturalismo contractualista de los siglos XVII y XVIII. De acuerdo con dicha corriente, cabía diferenciar un estado de naturaleza previo a la constitución del cuerpo social y, por ende, anterior al Derecho y al Estado. Junto ese hipotético estado de naturaleza venía asociada la creencia de que es posible pensar en seres humanos independientes de toda atadura, cuya prístina “esencia” sería estar sujetos únicamente a su libre albedrío. Al erigir el concepto de Derecho desde este armazón epistemológico, según la argumentación de Kelsen, se introducía la idea de que sólo caben un Estado y un Derecho justificados, en la medida en que respeten esa “esencia” primigenia que subyace a la constitución del cuerpo social.

De esta manera, siempre según Kelsen, se procedía a la refundación de la dualidad entre lo material y lo formal<sup>307</sup>. El papel de lo material quedaba asociado con el “estado natural” y el papel de lo formal se atribuía al Derecho, como si éste no fuera otra cosa que una especie de capa, envoltura o reflejo de realidades existentes con anterioridad. Aplicando este análisis a Jhering, Kelsen concluía que el interés constituye en aquél el

---

<sup>306</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. III-XII.; ID., *Soziologische Schriften. Über Mode, Tracht, Essen und Umgangsformen*, hrsg. von Klaus H. Fischer, Wissenschaftlicher Verlag, Schutterwald/Baden, 2004. La traducción de *Sittlichkeit* es siempre problemática. A veces puede intercambiarse por “usos sociales” o “costumbres”, pero en otras ocasiones alude a un concepto comprensivo de todas las formas de normatividad que implican valoración entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. De ahí que en esta ocasión se haya optado por “lo ético” como traducción. Vid. KERSTING, Wolfgang, “Sittlichkeit, Sittenlehre”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von Joachim Ritter y Karlfried Gründer, Bd. 9, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995, pp. 907-923.

<sup>307</sup> Hablamos de refundación, pese a que Kelsen no se expresa en dichos términos, puesto que la dicotomía entre ambos conceptos se lleva arrastrando en la filosofía occidental desde tiempos casi inmemoriales, por lo menos desde Aristóteles. Vid. RUSSELL, Bertrand, *La sabiduría de Occidente*, 2ª ed., trad. de Juan García Puente, Aguilar, Madrid, 1964, pp. 81-83.

contenido del estado de naturaleza, mientras que la acción procesal sería el atributo formal del Derecho. Bien es verdad que en Jhering no encontramos ninguna alusión a las teorías del Derecho natural. Y mucho menos aún, como cabe imaginar, se habla de un estado de naturaleza. Pese a reconocer sin ambages ambas cosas, lo que hace Kelsen es cotejar el modo de pensar del iusnaturalismo racionalista con la teoría de Jhering sobre el derecho subjetivo. Con semejante propósito, lo único que pretendía era desvelar eventuales inconsistencias y denunciar la pervivencia de supersticiones o residuos inadvertidos, vestigios camuflados que no estarían sino perpetuando errores de bulto del pensamiento iusnaturalista.

La crítica de Kelsen, que en líneas generales se repite en su refutación de las teorías de la voluntad y de teorías mixtas como la de Jellinek –y que más tarde recalará en la *Teoría pura del Derecho*<sup>308</sup>– tiene visos de verosimilitud y debe atenderse con cuidado. Sin embargo, por lo que se refiere a Jhering, yerra en un aspecto fundamental. En su embate crítico, Kelsen vinculaba las nociones de fin y de interés por completo, como si fueran sinónimos absolutos. Es así como concluía que la “característica constitutiva” de su definición del derecho subjetivo es la noción de *fin*, que lo “endeble y contradictorio” de la misma se encuentra en “la teoría teleológica”<sup>309</sup>. Ahora bien, como acaba de verse, ambas ideas son separables en el pensamiento de Jhering. Es verdad que pueden encontrarse similitudes entre ambas y que las dos se deben a la común aspiración de huir del formalismo. No obstante, se corresponden con dos fases de su obra que él mismo concibió como distintas: “el concepto del interés me obligó a abrazar el del fin, y el derecho en sentido subjetivo me empujó hacia su sentido objetivo, transformándose así el objeto de investigación original en uno desproporcionadamente extenso, al que corresponde el objeto del presente libro: el fin en el Derecho”<sup>310</sup>.

Este error de base conducía a Kelsen a una apreciación indebida sobre su antecesor. Una de las derivaciones de su crítica era la denuncia del individualismo que subyacía a todas las construcciones iusnaturalistas y a su proyección en las teorías del derecho subjetivo. En efecto, junto a la identificación de este estado de naturaleza primigenio en el que no había ningún lazo de sujeción –ya sea moral, político, social o jurídico– venía

---

<sup>308</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. von Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 51-63 (1ª edición de 1934); ID., *Teoría pura del Derecho*, 13ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2003, pp. 138-157 (2ª edición de 1960). Si bien la crítica al derecho subjetivo se mantiene en la edición de 1960, la imputación de dicho error al contractualismo iusnaturalista parece desdibujarse respecto a los *Hauptprobleme* y a la edición de 1934. Quizá se deba a la consideración de que el origen *histórico* de la teoría es menos importante que su refutación *teórica*.

<sup>309</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 572.

<sup>310</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. IV.

asociada la idea de que el ser humano existe de manera autónoma e irreductiblemente individual, independiente de cualesquiera consideraciones exteriores. Desde semejante presupuesto ontológico y epistemológico, en su opinión, la construcción del Derecho público partía viciada ya desde el inicio. Y es que no cabe pensar el Derecho del Estado, nos diría Kelsen, en términos tan subjetivos como los que se decantan de la matriz contractualista donde beben teorías como la de Jhering<sup>311</sup>.

Esto es así, en primer lugar, porque resulta imposible determinar los intereses individuales con carácter general. A no ser que optemos por hipóstasis metafísicas o por generalizaciones del concepto de interés, que terminarían desnaturalizando el meollo de esta noción, es inservible para entender el Derecho del Estado. En segundo lugar, seguiría diciendo el austriaco, el interés individual es de naturaleza psicológica, lo cual lo inhabilita como herramienta para pensar el concepto de Derecho. Para empezar, por motivos pragmáticos, ya que no puede alcanzarse una comunión de intereses tan amplia y estable como para fundamentar sobre ella un Estado. A continuación, por razones epistemológicas, ya que la noción de interés obligaría a incorporar a la psicología en el análisis del Derecho<sup>312</sup>. Y esto, desde la óptica de Kelsen, desvirtuaría la pureza de una teoría que se quiso circunscribir al estricto ámbito jurídico.

Sin embargo, como ya se ha explicado, el austriaco estaba desatendiendo una parte importante del pensamiento de Jhering. Mediante la acuñación del concepto de fin, en efecto, se trataba de sortear el individualismo de la idea de interés. Al contrario de lo que parecía estimar Kelsen, este viraje teleológico se introducía ya en las regiones de lo social y se separaba de la dimensión psicológica que encerraba el planteamiento de los intereses. En definitiva: si bien sus críticas hacia la noción de interés son plausibles en algunos aspectos, no cabe extender dicha censura hasta la idea de fin, ni mucho menos equiparar ambos conceptos. Es verdad que Jhering, al apadrinar ambas ideas, ya estaba intentando buscar un sustrato “material”, es decir, un cauce para escapar del formalismo

---

<sup>311</sup> Sería un error ver en Jhering a un heredero del contractualismo, puesto que en *La lucha por el Derecho* fue crítico con esta corriente. Antes que explicar el origen del Derecho y el Estado mediante un hipotético pacto constitutivo, suscribió una posición conflictualista. Lo que da vida al cuerpo social es el choque de intereses antagónicos. No es el contrato, sino el conflicto social, lo que subyace al Derecho positivo (JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 8-12). Kelsen no comete un error interpretativo de tal calibre, pues sólo intenta evidenciar los aspectos donde Jhering estaría prolongando errores del contractualismo. Con todo, convenía recalcar enseguida la incompatibilidad entre las dos doctrinas.

<sup>312</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 573-575.

que identificaba el Derecho con el Derecho vigente. Pero esto no aboca de forma inapelable, ni mucho menos, a las teorías del Derecho natural<sup>313</sup>.

En la postura de Kelsen puede detectarse un celo tan excesivo por deslindar los hechos de los valores, el ser del deber ser, que en ocasiones llegó a excederse en sus apreciaciones. Con este horizonte en mente es con el que se empeñó en negar el carácter científico a aquellas teorías que reconducían el problema del Derecho a la dimensión de lo fáctico –lo natural, lo social, lo político, lo económico, lo psicológico–. En muchas ocasiones, además, esta denuncia se acompañaba de una simultánea acusación de iusnaturalismo. Al entender que todas aquellas remisiones se arrojaban a la búsqueda de un basamento material para el Derecho –en lugar de limitarse a su explicación formal– concluía que de algún modo resquebrajaban la celosa diferenciación entre el Derecho y la moral, entre la validez y la justicia.

Stanley L. Paulson ha explicado cómo Kelsen terminó confeccionando un largo elenco de autores que habrían caído en la tesis de la facticidad, esto es, en la tentación de reducir lo jurídico a un fenómeno social. Semejante trasiego era ilícito desde los presupuestos metodológicos del austriaco: si se quiere definir científicamente el Derecho, no debería descenderse más allá de la tesis de la normatividad. Apelar a los hechos –el reino del ser– para teorizar el Derecho –el reino del deber ser– sería incurrir en la clásica falacia naturalista tantas veces desde David Hume en adelante<sup>314</sup>. Entre este largo catálogo de autores que Kelsen censuraba por caer en la tesis de la facticidad, se encuentran figuras como Jhering, Austin, Jellinek, Gierke, Somló, Stammler, Radbruch, Weber o Schmitt, por citar sólo algunos de los más representativos. Según Paulson, sin embargo, la atribución de dicha tesis sólo sería correcta para los casos de Austin y Somló, ya que el resto de esos autores siempre salvaguardó la diferencia entre los dos niveles: por un lado lo fáctico y por otro lo normativo<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Pese a todo, algún autor ha retomado esta línea argumental para denunciar un idéntico iusnaturalismo en *El fin en el Derecho*. Vid. ROELLECKE, Gerd, “Diskussionsbeitrag”, en AA. VV., *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, hrsg. von Heinz-Christoph Link und Georg Ress, (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer), Walter de Gruyter, Berlin, 1990, pp. 162 y s. Por todo lo dicho, parece difícil sostener algo así.

<sup>314</sup> PAULSON, Stanley L., “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 547-582. Especialmente pp. 547-557.

<sup>315</sup> En Austin estaríamos ante una reducción del Derecho a la política, pues su teoría terminaba con una remisión al soberano, erigido como una esfinge en la cúspide del sistema. En Somló, la reducción sería a la psicología, pues pretendía conducir el conocimiento del Derecho a una especie de “a priori sintético” en el sentido kantiano del término. Sobre este último vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 78-82.

Este celo kelseniano, aunque quizá un tanto mitigado, ha terminado trascendiendo a un importante sector de la filosofía jurídica contemporánea. De hecho, curiosamente, los actuales críticos del positivismo jurídico –los post-positivistas o no-positivistas– han venido a asumir los grandes rasgos de la argumentación del austriaco. Es así como Ralf Dreier, en algunos artículos sobre el particular, ha querido negar a Jhering el carácter positivista. En su opinión, frente a la celosa barrera que el positivismo trazaba entre el Derecho y la moral, estas esferas no se encuentran del todo diferenciadas en el alemán. La argumentación de Dreier se basa en el hecho de que Jhering habría vertido elementos “materiales” en su definición del Derecho. A su modo de ver, en efecto, el concepto de Derecho formulado por el romanista –tanto en su primera como en su segunda etapa– estaba “enriquecido” con un sinfín de consideraciones “ético-jurídicas”. Las apelaciones al interés o al fin social, la deriva socio-antropológica de la última fase, etc., no serían sino el reverso de una insatisfacción profunda –según Dreier– que se rebelaba así frente a la reducción de lo jurídico a la coactividad<sup>316</sup>.

Pero todo esto, pese a ser cierto en cuanto a la desazón que efectivamente sufrió Jhering, no conduce a la conclusión que se pretende establecer. Es verdad que Dreier no llega al extremo de Kelsen, puesto que no reubica al alemán en el iusnaturalismo. Sin embargo, siguen escuchándose los ecos del razonamiento del austriaco en su manera de argumentar. Desde nuestra perspectiva, ambos son partícipes de dos errores principales. En primer lugar, manejan una concepción demasiado restringida de lo que significa el positivismo jurídico, pues parecen reducirlo al formalismo normativista. En segundo lugar, entienden que “lo material” implica una toma de postura sobre la justicia y, por consiguiente, aboca a la confusión entre el Derecho y la Justicia –en cuyo caso sí estaríamos ante una posición iusnaturalista–. Adoptando una mirada más holística sobre lo que significa el iuspositivismo, históricamente situado, podría disiparse el primero de los errores. Ensanchando el campo de “lo material” o desechando el empleo de tan vaporoso concepto, podría disolverse el segundo. En el caso de Jhering, como habrá ocasión de ver, “lo material” no es tanto lo justo cuanto lo social.

---

<sup>316</sup> Vid. DREIER, Ralf, “Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, cit., pp. 111-129; ID., “Jhering als Rechtstheoretiker”, en AA. VV., *Rechtsnorm und Rechtswissenschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, hrsg. von A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright y D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlin, 1993. Vid. también SUMMERS, Robert S., “Ralf Dreier, Rudolf von Jhering and Non-Positivism”, en AA. VV., *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreibers*, ed. por Robert Alexy, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 127-140.

Asimismo, como se explicará en el capítulo tercero, no puede enjuiciarse toda la historia del iuspositivismo desde la mirada contemporánea. En la actualidad, la ciencia libre de valores preconizada por Max Weber –la famosa *Wertfreiheit*– se ha impuesto como un dogma metodológico para casi todas las ramas del saber. En el siglo XIX, sin embargo, no existía apenas un resquicio de semejante presupuesto<sup>317</sup>. De ahí se deriva, entre otras cosas, que la mayoría de los positivistas decimonónicos no sintieran reparos en verter juicios de valor al hilo de sus reflexiones sobre el concepto de Derecho, o que tampoco renegaran por completo de responder a la pregunta sobre la justicia. En el caso de Jhering, por ejemplo, puede palpase una aspiración constante a extraer una teoría de la justicia de sus reflexiones sobre el Derecho, como si no abdicase de la posibilidad de hallarla oculta entre los pliegues de su desenvolvimiento histórico o en los vericuetos de su positividad social<sup>318</sup>. Pero una cosa es esto, y otra bien distinta es el iusnaturalismo. La negación del Derecho natural es categórica a lo largo de toda su obra. Y la negación de instancias metafísicas como la del *espíritu del pueblo*, un concepto que Radbruch adscribía a las teorías de la “naturaleza de la cosa”<sup>319</sup> –aún preñadas de reminiscencias iusnaturalistas– es otra constante de sus ideas.

En resumidas cuentas, lo que subyace a esta última interpretación es una especie de relectura de la historia del positivismo jurídico a la luz de las últimas tendencias de la teoría del Derecho. En un maremágnum de posiciones enfrentadas, donde el sector del positivismo *incluyente* se opone al *excluyente*, donde otra potente orientación se declara como *no-positivista*, donde otros apelan a una refundación del *iusnaturalismo*, y donde cada uno parece tener *nuevas versiones* de lo que ha de ser el positivismo<sup>320</sup>, se ha venido produciendo una revisión de la historia en claves bien diversas. Si desde las filas del positivismo excluyente se tiende a trazar un baremo para delimitar las orientaciones que verdaderamente cumplen el test de pertenencia al panteón positivista, de aquellas que sólo serían putativas, los post-positivistas también están releendo con otros ojos

---

<sup>317</sup> Vid. OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, 1ª ed., trad. de Luis López Guerra, Editorial Labor, 1980, p. 53.

<sup>318</sup> RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist und Jherings Zweck*” (Teil 1), cit., pp. 135 y ss.; FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 140-141.

<sup>319</sup> RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* [1948], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960, p. 7.

<sup>320</sup> Vid. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 150-198. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, ed. por José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla González, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 765-780.



los hipotéticos antecedentes de esta corriente. Desde este punto de vista es como ha podido ponerse en duda la filiación positivista de Jhering.

En todo caso, habrá más tiempo de discutir estos aspectos en el capítulo tercero. De lo que se trataba aquí, con un mero carácter enumerativo y provisional, era de presentar las diferentes tesis que se han ofrecido sobre la ubicación de Jhering en una u otra corriente de pensamiento. El resultado es una especie de dilema interpretativo –más bien trilema– que plantea serias dudas sobre el significado de su aportación. ¿Fue un autor positivista, fue todavía iusnaturalista, fue un pionero de la sociología del Derecho, o fue todas las cosas a la vez? A continuación, tomando como base las consideraciones hechas en este epígrafe, se intentará profundizar en esta incógnita. En particular, intentará afrontarse otro de los problemas hermenéuticos característicos de la literatura sobre Jhering: la cuestión de las dos etapas de su trayectoria. Si bien hasta ahora se ha manejado esta distinción sin mayores precisiones, conviene preguntarse por su razón de ser, su validez y sus posibles problemas. De la mano de cuanto se acaba de sintetizar en este apartado, y teniendo presente el panorama histórico-geográfico que ya se trazó en el primero, en el siguiente intentará iluminarse esta cuestión.

## **2.2 Las distintas etapas en el pensamiento de Jhering**

Quizá al lector le haya sorprendido no encontrar una cuarta línea interpretativa en el anterior epígrafe. Y es que, si atendemos a la visión tradicional de Jhering, se suele aludir a dos periodos en su obra. El primero de ellos, en el que el alemán estaba aún influido por la jurisprudencia de conceptos de Friedrich Puchta<sup>321</sup>, sería el del Jhering formalista, lejano del enfoque sociológico que le ha valido tanta notoriedad a lo largo de la historia. A esta fase no le hemos dedicado apenas atención. La razón tiene que ver con el hecho de que en la literatura secundaria no suele recalcarse esta dimensión de su obra. Sólo en Noruega, a través de Francis Hagerup y Oscar Platou, y quizá en Italia, a través de Francesco Forlani y Vittorio Scialoja, se quiso reivindicar esta etapa. Lo importante de su pensamiento, su trascendencia en la actualidad, se suele hacer coincidir con la segunda parte, con su reacción frente a la primera época de su trayectoria. En este

---

<sup>321</sup> No en vano, el primer tomo de *El espíritu del Derecho romano* está dedicado “a la memoria del gran maestro Georg Friedrich Puchta”. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I [1852], cit., p. V.

sentido, los pasos iniciales de su obra han quedado condenados a ser un mero ejemplo de los excesos en que llegó a incurrir la jurisprudencia de conceptos<sup>322</sup>.

El propio Jhering, con la publicación de sus célebres *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz* –que más tarde se reunirían bajo el único volumen de *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Bromas y veras de la ciencia jurídica)*–, dio pie a semejante punto de vista. Baste citar, en este sentido, las palabras de la *Carta primera*, donde se refiere a sí mismo de manera sumamente irónica: “sólo nuestra pobre ciencia jurídica, la cenicienta de las ciencias, sigue tan huérfana como de costumbre y se encuentra a la zaga por lo menos veinte o treinta años, pues ni una sola vez ha sido objeto, por lo que yo sé, de ninguna carta. Parece que se le ha reservado mayor lozanía en otra variante moderna: la del *espíritu*. Desde que Montesquieu abriera la veda con su *Espíritu de las leyes*, no han faltado quienes destilaran el espíritu del derecho romano, del derecho prusiano, etc., para luego ofrecerlos por unas pocas monedas a todo amante del género. Y si esta moda se asienta aún más, sin duda podremos esperar que aparezcan el espíritu del derecho territorial de Katzenellenbogen, el del derecho público de Hesse, y cualesquiera otros espíritus de esta laya”<sup>323</sup>. Huelga decir que con la alusión sarcástica a esta “búsqueda de espíritus”, Jhering se estaba refiriendo, ni más ni menos, a la obra magna de su primera etapa, *El espíritu del Derecho romano*.

Esta forma tan tajante de presentar la ruptura, avalada incluso por su propio testimonio, ha sido gráficamente descrita por Franz Wieacker, quien ha llegado a hablar de un “Damasco” en su itinerario intelectual<sup>324</sup>. Es verdad que, como se dijo al describir la recepción de Jhering en el ámbito germánico, esta visión se ha venido cuestionando a partir de los años ochenta del siglo XX<sup>325</sup>. No obstante, sigue pesando mucho en el imaginario de los juristas y los filósofos del Derecho. He ahí otra razón por la que no se ha creído conveniente identificar un sector interpretativo de Jhering como defensor de la

---

<sup>322</sup> Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 27: “mientras en el primer periodo de su producción, sobre todo en el *Espíritu del Derecho romano* y en el ensayo introductorio a los *Jherings Jahrbücher*, no sólo aprueba la jurisprudencia de conceptos y la construcción formal de Puchta, sino que incluso la conduce hasta el extremo, en el segundo periodo la criticó con sarcasmo, e intentó sustituirla mediante un acercamiento completamente distinto”; EHRlich, Eugen, *Die juristische Logik*, cit., p. 130: “la jurisprudencia de conceptos encuentra su remate final en el ‘método científico-natural’, en la versión, ya imposible de sobrepasar, de Jhering”.

<sup>323</sup> JHERING, Rudolf von, “Erster Brief”, en ID., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* [1924], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 3.

<sup>324</sup> WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 451.

<sup>325</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., p. 202 y ss.: “se ha insistido, en contra de la visión de Jhering dominante hasta la fecha, que en el fondo su pensamiento metódico representa una unidad [...]. El resultado de la crisis no fue un nuevo comienzo metódico, sino la reelaboración de un motivo metodológico colateral a partir de un planteamiento filosófico más profundo”.

jurisprudencia de conceptos, mientras que sí es oportuno traerlo a colación ahora. Si juntamos las consideraciones del anterior epígrafe con la clásica concepción de las dos etapas, nos surge un intrincado panorama. En el siguiente apartado (§a) se esbozará cuál es el escenario que queda así. A continuación, se intentará extraer una conclusión general sobre la tónica preponderante de la literatura secundaria (§b).

**a) ¿Dos, tres, cuatro o cinco etapas?**

El panorama hermenéutico que se nos presenta, después de todo lo advertido hasta ahora, resulta extremadamente complejo. Y es que, si mantenemos la bipartición de su pensamiento en dos etapas, tendremos que reconocer que las tres líneas interpretativas a las que se ha dedicado el anterior epígrafe se encuentran ya en la segunda fase. Con lo cual, como enseguida se precisará, habría que identificar una pléyade enorme de virajes y épocas en su producción intelectual.

En primer lugar, está la vertiente sociológica de su obra, en la que podría verse la reacción más acerba frente a sus primeros pasos como jurista. Mediante la aproximación realista, en efecto, lograba un antídoto contra el exceso de lógica y erudición filológica en el que había degenerado la escuela histórica. En segundo lugar, nos encontramos la tesis de Jhering como positivista teórico, es decir, como el autor que acentuó la idea de la coactividad en el marco de una concepción estatalista e imperativista sobre el Derecho. También desde este punto de vista se estaría oponiendo a la pandectística academicista de sus años de formación. No es el concepto –el “homúnculo civilístico”, como él lo llamó con sarcasmo<sup>326</sup>– lo que nos enseña cómo nace y se desarrolla el Derecho, sino la fuerza coactiva del Estado, siempre presta a descender su brazo armado. En tercer y último lugar, estaría la acusación de iusnaturalismo que veíamos a través de Kelsen y otros, que precisamente se basaba en las ideas de su llamada segunda etapa. En el caso del austriaco, su diana era la teoría del interés, mientras que Dreier se dirigía contra varios puntos de *El fin en el Derecho*.

¿Qué actitud adoptar ante semejante panorama? *Grosso modo*, se puede optar por dos vías. O bien profundizamos en la clásica compartimentación del pensamiento de Jhering, aumentando las etapas hasta convertir su trayectoria intelectual en una descomposición cercana a las técnicas pictóricas del cubismo y el futurismo, o bien

---

<sup>326</sup> JHERING, Rudolf von, “Erster Brief”, en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., p. 7.

cambiamos el punto de mira y desechemos el intento de dividir en esquemas cerrados su obra. La primera opción, a nuestro modo de ver, no resulta atractiva en absoluto. Si así actuáramos, nos veríamos obligados a distinguir un primer Jhering partidario de la jurisprudencia de conceptos, en el que a su vez confluye la corriente historicista –he ahí la herencia de Savigny– y la tendencia dogmática de la pandectística –he ahí la influencia de Puchta–. Frente a este Jhering, ya de por sí desdoblado entre la lealtad a cada uno de los dos maestros citados<sup>327</sup>, deberíamos diferenciar varias fases dentro del que habitualmente se conoce como segundo Jhering.

Así, para empezar, estaría el autor del método de los intereses, precursor de una escuela que más tarde desarrollarían Philip Heck y sus seguidores<sup>328</sup>. A continuación, tendríamos al teórico de la coacción, el estatalismo y el imperativismo, que en buena medida se opone a la anterior encarnación jheringiana. En una tercera instancia, surgiría el padre del método teleológico, que sustituye la idea subjetiva del interés por la dimensión objetiva del fin en el Derecho, marcando así una nueva falla en su evolución<sup>329</sup>. Por último, y de la mano de esta última inflexión, aparecería el Jhering proto-sociológico y antropológico, interesado por el estudio de instituciones sociales como el saludo, la propina o el vestido popular. Si echamos cuentas tras esta sumaria recapitulación, deberíamos establecer un recorrido intelectual dividido en cinco etapas, con el problema añadido de que no siempre se trataría de fases consecutivas en el sentido evolutivo de la palabra, sino de verdaderas quiebras que a veces llegan a resultar incongruentes entre sí.

Así las cosas, parece más prudente desechar el intento de convertir a Jhering en un rompecabezas de piezas sueltas por ensamblar. Esto nos conduciría, en primer lugar, a fragmentar *ad absurdum* un pensamiento que fue complejo, pero no tanto como para convertirlo en un esquizofrénico despliegue de personalidades intelectuales encontradas. En segundo lugar, semejante concepción de su obra nos obligaría a intentar hallar un

---

<sup>327</sup> Nótese que ambos puntos de vista conviven en *El espíritu del Derecho romano*. Por un lado está el historiador, en algunos casos el filólogo, que intenta desentrañar las claves del antiguo Derecho romano. Pese a las críticas que se vierten a Savigny (JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 1-25), casi todo el contenido de los volúmenes primero y segundo podría considerarse bajo esta rúbrica. Por otro lado, sin embargo, está el punto de vista del dogmático, que a través del Derecho romano –que no en vano era, en su variante destilada de Derecho común, el Derecho vigente de la Alemania en que vivió– intentaba dilucidar cuáles eran las leyes de una buena técnica jurídica. En este aspecto, que está más presente en la primera parte del tomo tercero, se percibe la fuerte influencia de Puchta.

<sup>328</sup> Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche (I). Il concetto del diritto*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 197 ss., 216 ss. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 49-58.

<sup>329</sup> Angelo Falzea, al contrario que le sucedía a Kelsen, distingue claramente entre estas dos etapas: una cosa es la jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*) y otra distinta la jurisprudencia teleológica (*Zweckjurisprudenz*). Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 197, 212-214.

hilo conductor que diese orden a semejante miríada de ideas contradictorias, una especie de regla subyacente al caos. Y esto, con bastante seguridad, nos conduciría a deformar su pensamiento para acomodarlo en una horma confeccionada con excesiva rigidez. La primera de las consecuencias citadas nos estaría ofreciendo un retrato desenfocado de Jhering, mientras que la segunda, para enfocar dicha imagen aparentemente borrosa, trataría de retocar algunos detalles del cuadro. Como ya se puede imaginar, ninguno de estos resultados resulta en absoluto deseable.

En este sentido, lo mejor será dar un paso hacia atrás, para tratar de ofrecer una mirada algo más holística hacia su obra y su contexto. Si nos paramos a pensarlo con calma, reflexionando sobre lo dicho hasta ahora desde una atalaya algo más elevada, en el fondo de todas estas interpretaciones parece rezumar una visión compartida sobre el puesto de Jhering en la historia del pensamiento jurídico. De acuerdo con esta percepción subyacente, el jurista alemán habría sido sin duda un autor positivista, pero en sentido estricto sólo en primera instancia. Después del abandono del método formal, ya no tendríamos positivismo, sino una mixtura de positivismo con aditivos de diverso género. Esos aditivos quedarían siempre algo desdibujados, porque nos abocan a varias de las visiones sobre Jhering que hemos recorrido anteriormente. En algunos casos, como hemos podido ver, incluso se pretendía negar la existencia de una concepción iuspositivista en su pensamiento. Pero en casi todas las apreciaciones se encuentra esta especie de lugar común: el primer Jhering es el autor verdaderamente positivista; el segundo quizá lo sea, pero si lo es, será positivista y “algo más”<sup>330</sup>.

### ***b) En síntesis: positivismo “y algo más”***

Para ilustrar este punto de vista, pueden citarse algunos ejemplos significativos. El primero lo encontramos en Okko Behrends, uno de los especialistas actuales en la filosofía jurídica de Jhering: “el positivismo de Jhering es, para retornar al punto de partida, un positivismo crítico de procedencia clásica-liberal (*klassisch-freiheitlich*). La coacción estatal es un criterio del Derecho, pero no es lo que legitima al Derecho. Según la fórmula de justicia de Jhering, el Estado está creado y determinado para sustentar la validez de *las normas erigidas por la sociedad*. Es decir, que en una comunidad política

---

<sup>330</sup> Sin referirse a Jhering, ya se ha podido hablar de ese positivismo “y algo más” al que nos referimos aquí. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Merece la pena ser positivista... Y algo más”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., pp. 881-894.

auto-reflexiva y producida por el Derecho, que se encuentra en la cúspide del desarrollo cultural, el Estado está para realizar y desarrollar el Derecho positivo según las mejores posibilidades que ofrezca su estadio de evolución científica y vital”<sup>331</sup>. Ahora bien, como enseguida se verá, no es sólo en el marco de la literatura especializada donde pueden encontrarse juicios de este género.

A continuación, veremos las críticas de tres importantes autores hacia la filosofía de Jhering, que expresan puntos de vista coincidentes en lo que se refiere a esta percepción generalizada que acabamos de ver con Behrends: en Jhering hay positivismo y “algo más”, por muy borroso, abstracto y controvertido que sea este “algo más”. Nos referiremos, concretamente, a las críticas de Rudolf Stammler (§b.1), Gustav Radbruch (§b.2) y Hans Kelsen (§b.3), tres autores con notables diferencias entre sí, pero que encuentran un nicho común en su filiación neokantiana y en el hecho de pertenecer a generaciones intelectuales cercanas. Es importante referirse a ellos, porque han marcado muchos de los senderos por los que transita la actual filosofía jurídica. Sobre todo, por cuanto afecta a nuestro tema, su exégesis de Jhering ha influido de manera destacable en la visión contemporánea de su pensamiento y su significado. De algún modo, la percepción que hoy tenemos del alemán es el fruto de una especie de interpretación “canónica”, que habría empezado a fraguarse a partir de las aportaciones hermenéuticas de estos tres autores<sup>332</sup>.

### ***b.1. La crítica de Rudolf Stammler (1856-1938)***

Stammler es, probablemente, uno de los primeros en iniciar esta vía historiográfica. Desde su punto de vista, Jhering había supuesto el nexo entre la vieja y la moderna filosofía del Derecho, un papel que le otorgaba por haber sido él quien derribó los sofismas de la escuela histórica. En su opinión, el historicismo jurídico se había terminado convirtiendo en una lacra que obstaculizó durante medio siglo la constitución de una filosofía jurídica “ideal”. Para Stammler, la idea matriz de la escuela histórica, su exacerbación de un pretendido “espíritu popular” que cobraba forma orgánica en el Derecho visible de las naciones, no era más que un postulado místico y romántico que desembocaba sin remedio en el relativismo más descarnado. Si el Derecho no es más

---

<sup>331</sup> BEHRENDTS, Okko, “War Jhering ein Rechtspositivist? Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage”, cit., p. 156.

<sup>332</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., p. 269. Pese a hablar en bloque de los neokantianos, Fikentscher señalaba a Stammler como principal artífice de esta dirección hermenéutica.

que manifestación *contingente* de causas internas que lo sustentan, y estas causas tienen que ver con la vida histórica de las naciones, no queda más remedio que admitir una perpetua variabilidad de las formas jurídicas. Pues la historia, en su fluir constante e incontrolable, no da pie a pensar lo *necesario* de las cosas<sup>333</sup>.

Semejante planteamiento cercenaba el propósito teórico que Stammler se había marcado como meta y que él entendía como imprescindible para la investigación futura: construir una filosofía que investigase las ideas absolutas connaturales al Derecho, prescindiendo de todo aquello que resultase contingente y, por ende, ajeno a la verdadera naturaleza de la tarea filosófica. Pese a la imparable deriva de la historia, era menester encontrar las formas *a priori* de la conciencia jurídica no sujetas al cambio<sup>334</sup>. He aquí sus propias palabras: “la pregunta filosófico-jurídica es una pregunta por el *concepto* y la *idea* del Derecho. Se trata de investigar la esencia del Derecho y de la Justicia, de estudiar su manifestación en la historia, su desenvolvimiento y aplicación. Esta pregunta es siempre y dondequiera la misma; ha existido en todos los tiempos y existirá siempre con el mismo carácter uniforme, allá donde vivan personas y donde éstas reflexionen sobre su existencia”<sup>335</sup>.

En este contexto, la crítica de Jhering a la escuela histórica resultaba de la máxima importancia para su concepción de la filosofía jurídica. También para los juristas españoles que recibieron en su día la obra del alemán, como Leopoldo Alas “Clarín” o Adolfo Posada, éste fue el núcleo de mayor interés que les movió a recibir con entusiasmo sus ideas. El paralelismo es interesante, pues también éstos deseaban erigir una filosofía del Derecho “ideal”, que acentuase su dimensión axiológica, que volviese a plantear con seriedad la pregunta por la justicia y que aboliese todos los sofismas que entregaban el progreso humano en las manos de instancias inasequibles<sup>336</sup>. La escuela histórica, tanto para Stammler como para los dos españoles citados, se contaba entre las más perniciosas tendencias que reducían el reino de la potencialidad humana a la

---

<sup>333</sup> STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1922, pp. 36-38.

<sup>334</sup> Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 66-69.

<sup>335</sup> STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., p. 15.

<sup>336</sup> Vid., por ejemplo, POSADA, Adolfo, “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, cit., pp. 5-15; ID., “Ihering”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XL, tomo 81, Madrid, 1892, pp. 225-245. Reeditado, con pequeños cambios, como “Estudio preliminar sobre la vida y obras de Ihering”, en JHERING, Rudolf von, *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, Editorial Reus, Madrid, 2004, pp. VII-XXVII.

mínima expresión, apelando a una historia mixtificada hasta el delirio, y anulando así la posibilidad de labrar el surco ideal del Derecho justo<sup>337</sup>.

Volviendo a Stammler y a su crítica sobre Jhering, cabe plantearse hasta qué punto no hizo una lectura parcial del alemán –como la hicieron también sus exegetas españoles–. Sobre todo, porque la crítica frente a la escuela histórica nunca promovió en Jhering un abandono del método historicista, sino simplemente una mitigación de sus consecuencias. Si en Savigny la historia adquiría los poderes del demiurgo, entronizada hasta convertirse en fuente privilegiada del Derecho, en poderosa e incontestable soberana, en su joven colega la historia sólo era un elemento importante a tener en cuenta. Se trataba de un factor que condicionaba, y de manera bien relevante, las instituciones jurídicas de todo pueblo, pero no como el vagón imparable que circula por una vía continua sin guardagujas que lo desvíe, sino como un lastre siempre controlable y revocable. Por muy pesada e innegable que fuera la influencia de la historia, en opinión de Jhering, siempre cabía la posibilidad de reconducir su cauce<sup>338</sup>.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar es la crítica que a continuación vertía Stammler sobre la aportación de Jhering. Y es que, pese a considerarlo como un eslabón fundamental en la génesis de la filosofía jurídica moderna, el tránsito definitivo quedaba incompleto, como una especie de recorrido truncado. Es verdad que había situado correctamente el papel de lo social, incardinando el Derecho en el tejido vivo de la sociedad humana y rescatándolo de la metafísica historicista. Sin embargo, a su modo de ver, aún faltaba ascender otro peldaño hacia la abstracción que compete a la verdadera filosofía del Derecho<sup>339</sup>. Para Stammler, en efecto, en las doctrinas de Jhering “no encontramos un análisis de las nociones de Derecho que tienda a separar sus elementos formales y absolutos de la materia relativa y condicionada. Esta ausencia de la distinción entre conceptos jurídicos puros y condicionados es lo que explica que, a pesar de sus esfuerzos, no pudiese llegar a conclusiones de alcance absoluto y fracasase ante el problema central de la *Filosofía del Derecho*”<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Vid. STAMMLER, Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902, pp. 3-12. Sobre Jhering, vid. sobre todo pp. 603-606.

<sup>338</sup> Vid., por ejemplo, JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 13-20. La imagen del guardagujas es de BLOCH, Ernst, “¿Puede resultar fallida la esperanza?”, en AA. VV., *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, ed. por Carlos Gómez, Alianza, Madrid, 2002, pp. 165-173.

<sup>339</sup> Vid. MÜLLER, Claudius, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, pp. 142-143.

<sup>340</sup> STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., p. 43.



He aquí la visión de Jhering como un pensador positivista que había logrado avanzar un poco más allá de dicha matriz filosófica, pero que no había llegado a cumplir un progreso definitivo respecto al punto de partida original. Es decir, la idea de Jhering como positivista “y algo más” que está tratando de exponerse. En el caso de Radbruch, veremos que la crítica se hace bascular sobre el hecho de que la sociologización de su pensamiento no fue suficiente para catapultarle a las más elevadas regiones de la filosofía del Derecho –en el sentido un tanto restringido en que éste la comprendía en su última etapa, es decir, en tanto que teoría de la justicia<sup>341</sup>–. En Stammler, en una línea parecida, se ubica a Jhering dentro de lo que él denominaba el “empirismo jurídico”, una rúbrica un tanto escurridiza bajo la que conviven autores tan dispares como Adolf Merkel, Karl Binding y el propio Jhering<sup>342</sup>. Lo interesante de esta clasificación es que, frente a los dos primeros, situaba a Jhering como el puente de unión entre el empirismo jurídico y la siguiente fase de evolución en la filosofía del Derecho: el abandono del positivismo y el retorno al mundo de los valores.

En opinión del neokantiano, Jhering seguía preso de un empirismo que entendía la búsqueda de lo absoluto como un imposible viaje en pos del vellón de oro, pero ya se percibían algunos signos de cambio en su obra. Stammler quiso ver este cambio en la orientación y la finalidad de dos de las obras más importantes del romanista. *El Espíritu del Derecho romano*, a su modo de ver, era una aportación de carácter eminentemente *histórico*, en la que aún se palpaba su deuda con el enfoque historicista y antifilosófico de sus maestros. *El fin en el Derecho*, sin embargo, ya se afanaba por encontrar un fundamento *sistemático* al Derecho concreto de las naciones históricas, propósito en el que ya creía percibir una inquietud filosófica de vocación ideal. El paso de una a otra obra era para Stammler una prueba evidente de que el nuevo rumbo ya se había incoado. Con todo, en su opinión, la nueva travesía estaba destinada a ser recorrida por otros, puesto que Jhering nunca logró librarse del realismo y el empirismo, de su tendencia a

---

<sup>341</sup> También Radbruch experimentó una evolución intelectual. De una primera fase positivista, terminó pasándose al iusnaturalismo. Por eso se le considera como ejemplo paradigmático del renacimiento del Derecho natural tras la segunda guerra mundial. La caracterización de Jhering en esos términos procede de una fase de transición, lo que explica el porqué de su interpretación. Para Radbruch, en efecto, Jhering planteaba una crítica hacia los aspectos ramplones del positivismo, pero no conseguía volver al enfoque axiológico que tan desacreditado había quedado tras la caída del Derecho natural. Vid. MARTÍNEZ BRETONES, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, 2ª ed., UNAM, México, 2003, pp. 39-42 y 58 y ss.

<sup>342</sup> STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 41-45.

acercarse al mundo concreto del Derecho en marcha, de su método de trabajo basado en el análisis de instituciones jurídicas contingentes<sup>343</sup>.

## ***b.2. La crítica de Gustav Radbruch (1878-1950)***

Siguiendo la senda iniciada por Stammler, aunque con algunas particularidades, nos encontramos con la valoración de Gustav Radbruch sobre nuestro jurista: “la teoría general del Derecho no podría concebirse sin Rudolf von Jhering. Sin embargo, éste avanza tan decididamente más allá del positivismo, que resulta imposible valorarlo en dicho marco. En su seno se aglutinaron todos los motivos de pensamiento que hasta ahora se han considerado, y se enzarzaron en ese enfrentamiento recíproco del que ha procedido el renacimiento de la filosofía del Derecho y la revisión del método jurídico que hemos experimentado. Jhering ha cumplido y superado el programa de la escuela histórica [...]. Sea como sea, todavía habría necesitado Jhering otro paso para transitar de la sociología a la filosofía jurídica: si hubiera dejado de verse como un mero espectador contemplativo de la imposición de fines ajenos, para verse como un propio actor de la evolución del Derecho, capaz de determinar los fines, no habría observado una implantación de fines objetiva, sino que habría divisado el fin mismo a implantar; habría experimentado el enfrentamiento entre la realidad jurídica empírica y un baremo jurídico normativo, habría entendido el dualismo entre la realidad del Derecho y la valoración moral del Derecho...”<sup>344</sup>.

Del tenor de esta afirmación se pueden extraer tres grandes conclusiones. En primer lugar, que Radbruch consideraba a Jhering como una especie de punto de inflexión en el devenir de las ideas jurídicas, como un pensador en el que se concitaban todos los logros anteriores, pero no sólo para constituirse en un eslabón más de la tradición positivista, sino para superarla e inaugurar una nueva etapa. En segundo lugar, que esa nueva época es ya la del propio Radbruch, que se veía a sí mismo como un fruto

---

<sup>343</sup> En otra de sus obras, Stammler colocó a Jhering bajo una rúbrica distinta. Reservando el epíteto de empiristas para Montesquieu y Merkel –prescindiendo en esta ocasión de Binding– añadió la etiqueta de “realismo jurídico”, en la que englobó simultáneamente a Jhering y a Julius von Kirchmann. Pese a traslucirse alguna confusión e imprecisión en el empleo de los de conceptos realismo y empirismo, parece más o menos claro el puesto general que Stammler otorgaba al alemán en su visión del pensamiento jurídico. Vid. STAMMLER, Rudolf, *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit*, 2. vermehrte und verbesserte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1925, pp. 97-99. Nótese que el siguiente de los apartados de este libro lo dedicó su autor a las corrientes sociológicas.

<sup>344</sup> RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie* [1932], Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley Paulson, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 28.

del viraje emprendido por aquél. La alusión al renacimiento de la filosofía del Derecho y del método jurídico “que hemos vivido” no puede interpretarse de otro modo. En tercer lugar, no obstante todo lo anterior, que el viaje emprendido por Jhering no ha podido llegar al puerto definitivo. Si es verdad que habría logrado preparar las bases para una recuperación de la filosofía del Derecho –al igual que pensaba Stammler–, no habría sido capaz de dar el salto pertinente hacia la axiología<sup>345</sup>.

A continuación del pasaje citado, comienza Radbruch a reflexionar sobre el puesto de Jhering en la evolución de la filosofía del Derecho, sobre el porqué de su relevancia y sobre sus méritos principales. En su opinión, su gran logro fue haber desembarazado a la iusfilosofía de su tiempo de dos pesadas lacras. Por un lado, del formalismo metódico y academicista en el que había degenerado la jurisprudencia de conceptos. Por otro lado, de la peligrosa evanescencia del *Volksggeist* (el espíritu popular) en el que había cifrado toda su teoría la escuela histórica. Con ambos embates, en cierto modo, habría venido a aligerar a la filosofía jurídica de lastres que la encorsetaban en esquemas atezadores, que limitaban el alcance de los valores en la conformación del Derecho. En definitiva, lo que Radbruch pensaba es que su compatriota había vuelto a situar a la justicia en un pedestal del que había sido excluida tras el derrumbe del Derecho natural. Frente a verdades *científicas* o *históricas*, inasequibles al control humano, se volvía a alzar el valor de la justicia.

Jhering sería así el autor que logró podar las malas hierbas que impedían crecer a una filosofía jurídica asentada en los valores, no en una ciencia técnica desprovista de la secular aspiración a la justicia –he ahí la crítica al formalismo–, ni en una entronización metafísica de la historia –he ahí la crítica al historicismo–. Dos vicios ciertamente distintos, pero coincidentes en una visión del Derecho como producto independiente del fundamento axiológico que debería constituir su fuente y su meta primordial. Con el ataque al formalismo, diría Radbruch, Jhering hacía frente a la tendencia excesivamente técnica en que había derivado la ciencia jurídica, llamando así la atención sobre el *mundo de la vida* –en terminología de Husserl– y sacando a los juristas de su obsesivo encierro en una lógica abstracta. Con el ataque al historicismo exacerbado, por otro lado, estaría reubicando en el ser humano consciente la capacidad para crear, modificar e innovar el Derecho: no son esencias necesarias e inmanentes las que definen el curso

---

<sup>345</sup> Vid. WOLF, Erik, “Gustav Radbruch”, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, cit., pp. 713-765.

de nuestras reglas e instituciones, sino la decisión de humanos que las crean con arreglo a valores y principios de carácter universal<sup>346</sup>.

Por debajo de esta interpretación, encontramos los propios motivos de la filosofía de Radbruch. Para éste, la importancia de Jhering radicaba en haber rescatado a la ciencia jurídica de un estado en el que la axiología había perdido su razón de ser, o bien entregada al exiguo abrazo de una técnica *formal* que poco tenía que ver con la justicia *material*, o bien relegada a mera manifestación de fuerzas históricas que se imponían con carácter necesario y descontroladas de la acción humana. De hecho, existe un prólogo que Radbruch escribió con motivo de la publicación de una antología de escritos de Jhering, en el que dividía el pensamiento de éste en tres etapas, en lugar de la habitual bipartición de la que ya se ha hablado. Merece la pena detenerse un poco en ello, puesto que ayuda a entender la valoración sobre el romanista que acabamos de constatar en su *Filosofía del Derecho*<sup>347</sup>.

Según esta nueva propuesta de Radbruch, existiría en Jhering una primerísima fase plenamente deudora de las teorías de la escuela historicista. Se trata de un joven jurista, de entre veinticuatro y veinticinco años, que acaba de doctorarse con una tesis sobre derecho sucesorio y que ha redactado un trabajo de habilitación sobre derechos reales. Ambos escritos eran de corte inequívocamente dogmático y denotaban una consonancia absoluta con la orientación de sus mentores pandectistas, quienes creyeron ver a un nuevo colega académico en el joven y reciente doctor. Nótese que el director de su tesis y principal protector en esta época fue Friedrich Rudorff (1803-1873), uno de los representantes de la escuela más allegados a Savigny. La tesis doctoral, además, fue evaluada por un tribunal en el que se estaban Georg-Friedrich Puchta y Julius Stahl, dos de los referentes más célebres de la pandectística alemana<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> En este sentido, es importante la distinción que Radbruch estableció entre las teorías del Derecho natural y las de la “naturaleza de la cosa”. Mientras que el iusnaturalismo aspiraba al hallazgo de principios inherentes a la naturaleza humana, válidos como justos para todo tiempo y lugar, la idea de la “naturaleza de la cosa” era “ eminentemente apropiada para servir de fundamento al pensamiento historicista, nacionalista y conservador. Así es como resulta plenamente comprensible que la escuela histórica se sirviese de buen grado de la naturaleza de la cosa, pese a su actitud combativa frente al Derecho natural”. De ello se derivaba, para Radbruch, la legitimidad teórica del iusnaturalismo, puesto que no se cerraba en banda a la posibilidad de encontrar reglas comunes y fundamentos universales a nuestras normas de conducta. La idea de la naturaleza de la cosa que tan bien habría combatido Jhering, en cambio, ponía palos en las ruedas del progreso, al hacer quintaesencia del *statu quo* mediante una apelación torticera a pretendidas esencias inmanentes. Vid. RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, cit., p. 7.

<sup>347</sup> RADBRUCH, Gustav, “Einleitung”, en JHERING, Rudolf von, *Der Geist des Rechts. Eine Auswahl aus seiner Schriften*, hrsg. von Fritz Buchwald, Bremen, Schünemann, 1965, pp. 7-14.

<sup>348</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, cit., pp. 11-28, especialmente p. 13.

Pero esta fase estaba destinada a durar bien poco. Ya con la publicación del primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*, en opinión de Radbruch, Jhering había iniciado el tránsito a una segunda etapa de su pensamiento. Tanto por su afán universalista –que se esgrime en abierta polémica contra el nacionalismo jurídico de Savigny y de Stahl– como por sus ambiciosas pretensiones filosóficas, esta obra se escapaba del método y de los objetivos de los pandectistas. Y es que, según el neokantiano, hay en ella mucho más que una indagación histórica sobre el Derecho romano. Por otra parte, y también en esa línea crítica con sus maestros, también hay mucho más que un conjunto de aportaciones dogmáticas pensadas para sistematizar y aplicar el Derecho vigente. Empleando las propias palabras de Radbruch, se trataba de una pieza de “filosofía del Derecho con ropajes de historia del Derecho”<sup>349</sup>.

En tercer y último lugar, nos encontraríamos con la etapa teleológica de su obra, inaugurada con *La lucha por el Derecho* y profundizada con *El fin en el Derecho*. En opinión de Radbruch, este sería el punto de inflexión final en su recorrido, un cambio que por fin abría las puertas –pese a sus errores, sus peligros y sus evidentes inmadureces– a la olvidada pregunta por la justicia material. En este último periodo, Jhering habría renunciado al culto de la lógica, por un lado, y al formalismo que sólo se interesaba por las cuestiones jurídicas *stricto sensu*. Frente a la entronización de la lógica que subyace en sus primeras obras, ahora Jhering sostiene la importancia de los fines sociales concretos: son estos los que determinan en realidad la creación de nuevas reglas. Frente al enclaustramiento epistemológico del formalismo, también la moral y los usos pasan a ser objeto de atención científica<sup>350</sup>.

No obstante todo ello, la crítica de Radbruch supo ver –o más bien quiso ver– las limitaciones del análisis de Jhering. A su juicio, al igual que pensaba Stammler, éste no habría terminado de pegar el salto definitivo hacia la filosofía del Derecho: tan sólo se habría quedado en el zaguán que daba entrada a la filosofía con mayúsculas, en eso que hoy conocemos como sociología del Derecho. Si bien esto sembraba ya el camino hacia una verdadera renovación filosófica, no cumplía el recorrido por completo, quedándose en una tierra de nadie que lo convertía en un mero eslabón entre dos tiempos. He aquí las palabras de Radbruch en otra de sus conocidas obras: “en la época, tan reacia a la filosofía, que siguió al derrumbamiento del sistema hegeliano, Jhering, aunque prisionero todavía en buena parte del positivismo, fue el precursor de una renovación de

---

<sup>349</sup> RADBRUCH, Gustav, “Einleitung”, cit., p. 7.

<sup>350</sup> RADBRUCH, Gustav, “Einleitug”, cit., pp. 9-13.

la filosofía del Derecho como la que más tarde habría de llevar a cabo Rudolf Stammler con su *Teoría del Derecho justo* (1902)”<sup>351</sup>.

### ***b.3. La crítica de Hans Kelsen (1881-1973)***

Sin necesidad de profundizar más en las dos críticas vistas hasta ahora, lo llamativo del caso es que encontramos un interesante paralelismo con la lectura que también hicieron Kelsen o Ralf Dreier. Para éstos últimos, pese a todas las diferencias que ya se apuntaron entre ambos –Dreier nunca llega a emparentar a Jhering con las corrientes iusnaturalistas– el error de Jhering consistía en haber incluido elementos “materiales” en su definición del Derecho. Ya fuera mediante la noción de interés, ya mediante la apelación a elementos sospechosos de enturbiar una neta y aséptica separación entre el Derecho y la moral, el caso es que se estaba transitando desde un positivismo juvenil hacia ideas que lo alejaban de ese punto de partida.

Para Kelsen, en cierta medida, esto significaba recaer en ciertos aspectos del Derecho natural que no lograban superarse del todo, como si de la empresa de Sísifo se tratara. Para su propia apuesta filosófica, basada en la consecución de una teoría jurídica formal y libre de cualesquiera incrustaciones “materiales” –morales, políticas, sociales– Jhering suponía un lamentable desvío en el camino<sup>352</sup>. Para Stammler o Radbruch, también era la inclusión de elementos “materiales” lo que resultaba censurable. Sólo que, en su caso, el reproche no se debía al deseo de alcanzar un positivismo puro como el de Kelsen, sino justamente a lo contrario: al afán por retornar a una filosofía jurídica que abrazase lo absoluto del Derecho y que trascendiese lo jurídico para reabrir la espita de lo justo. Es decir, al intento de refundar el iusnaturalismo sobre nuevas bases. Lo que Kelsen quería conjurar era el elemento *psicológico* que incorporaba la teoría del interés, mientras que Stammler o Radbruch se preocupaban por la dimensión *sociológica* que adquiriría el pensamiento de Jhering.

En cualquiera de ambos casos, pese a todo, la idea subyacente es similar: el positivismo de Jhering es un positivismo truncado, a caballo entre dos épocas. Para

---

<sup>351</sup> RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, pp. 22-23.

<sup>352</sup> Pero no sólo Jhering. La acusación de Kelsen se extiende, con inagotable *vis expansiva*, respecto de casi todos sus precedentes: “un vistazo a la ciencia del derecho tradicional, tal y como se ha desarrollado durante los siglos XIX y XX, muestra claramente lo lejos que se encuentra de satisfacer el requisito de pureza. De manera completamente acrítica, la ciencia jurídica se ha confundido con la psicología y la biología, con la ética y la teología”. Vid. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* [1934], cit., p. 15.

Kelsen, a mitad de camino entre el antiguo Derecho natural y el verdadero positivismo; para Stammler y Radbruch, en el quicio entre el positivismo y un cierto resurgir de las teorías del Derecho natural. La cuestión, así formulada, puede llegar a parecer un tanto peregrina, pues denota cierta obsesión por la logomaquia. Sin embargo, vale la pena planteársela, pues encierra una profunda discusión sobre la misión y los alcances de la filosofía jurídica. La tesis que aquí se defiende es que el pensamiento de Jhering fue claramente positivista. Las diferentes quiebras en su trayectoria, que han quedado explicitadas en este capítulo, se explican dentro del paradigma positivista en el que debe encuadrarse toda su evolución. Lo que sucede es que el positivismo es una corriente bastante más amplia y polifacética de lo que se tiende a señalar. La progresión en la obra de Jhering, desde este punto de vista, obedece al hecho de que fue transitando por diversas manifestaciones de un paradigma filosófico-científico rico y diverso, aunque homogéneo en sus planteamientos de base<sup>353</sup>.

Así pues, para concluir este epígrafe, vale la pena descartar la modalidad de análisis que tendía a fragmentar las ideas del alemán en pequeñas cajas, porque esto nos conduce a un panorama tan caótico como el que tenemos tras arrojar una piedra sobre un vidrio: un montón de piezas dispersas que cuesta mucho volver a ensamblar en su conjunto. Muchas de las incongruencias que parecen apreciarse al comparar la gran divergencia de opiniones que se dan en la literatura secundaria, se disipan si tratamos de ofrecer una mirada holística sobre su pensamiento.

Desde luego, esto no quiere decir que las contradicciones de su obra queden anuladas, puesto que éstas existen y no pueden obviarse de un plumazo. Simplemente quiere decir que sus ideas se comprenden mejor así. Ese positivismo y “algo más” sobre el que se ha estado discutiendo en las páginas anteriores, sería en realidad positivismo a secas, sólo que encarnado en varias de las manifestaciones que dicha corriente asumió en su evolución interna. Del mismo modo, los juicios de Stammler, Radbruch, Kelsen o Dreier, cada uno con sus matices, estarían obedeciendo a una comprensión demasiado restringida de lo que llegó a significar el positivismo como paradigma iusfilosófico.

Como se irá defendiendo en los capítulos sucesivos, en el positivismo de Jhering confluyeron una serie de planteamientos ideológicos y epistemológicos que, si bien particulares a su forma de pensar, pueden extenderse a todo el abanico de corrientes iuspositivistas que se han dado en la historia del pensamiento jurídico. He aquí la

---

<sup>353</sup> Todo esto, que ahora tan sólo se enuncia, será objeto de discusión y argumentación en el capítulo II.

importancia de la problemática que se aborda y que no quiere ceñirse a la mera presentación de un autor. Como ya se dijo en el primer capítulo, de lo que se trata es de iluminar alguno de los puntos del moderno debate en torno al positivismo jurídico desde la perspectiva histórica que nos ofrece un pensamiento tan rico como el de Jhering.

Para todo ello, intentará ofrecerse a continuación un retablo general sobre lo que entendemos por positivismo jurídico. En concreto, y frente a lo que se ha señalado en algunas ocasiones, se tratará de poner en relación con el marco filosófico y científico de la época en que surgió. Es decir, que intentaremos situar al positivismo jurídico bajo la égida del positivismo filosófico y científico *lato sensu*. Asimismo, se intentarán delinear los fundamentos ideológicos que latieron bajo su constitución como línea de pensamiento en el mundo del Derecho. Filosofía e ideología son, por lo tanto, los ejes que continúan marcando el desarrollo de la investigación.



### Capítulo III. El iuspositivismo como paradigma de pensamiento jurídico

*“Todos los conceptos en los que se condensa semióticamente una evolución completa, se resisten a la definición; sólo es definible lo que no tiene historia”.*

(Friedrich Nietzsche)<sup>1</sup>

En los capítulos precedentes hemos manejado la noción de positivismo con frecuencia, pero sin plantear una reflexión profunda sobre su significado exacto. Lejos de deberse a descuido, este uso impreciso ha sido deliberado. Uno de los pilares de esta tesis, como ya se avanzaba en el capítulo primero, es el de ubicar a Jhering bajo la égida del gran movimiento cultural e ideológico que conocemos como positivismo. Sin embargo, no es fácil acotar con nitidez lo que debe entenderse bajo dicha rúbrica. La posición más común tiende a separar el positivismo filosófico –en el sentido de la corriente fundada por el francés Auguste Comte– del positivismo jurídico, que sería así una línea de pensamiento independiente de la anterior<sup>2</sup>. Ahora bien, esta concepción de las cosas adolece de un cierto simplismo teórico y acarrea numerosos problemas de comprensión. En particular, como ya se advertía en el anterior capítulo, resulta inadecuada para entender la figura de Jhering.

Por eso, hemos preferido dejar la cuestión en suspenso hasta ahora y reservar el desarrollo de tan compleja temática a este capítulo, en el que intentará desenredarse el nudo teórico que se esconde tras el empleo de la noción de “positivismo”. Esta tarea es absolutamente imprescindible para cumplir uno de los objetivos de esta tesis, a saber, la incardinación del pensamiento de Jhering en el seno del actual debate sobre la naturaleza, los límites y las potencialidades del positivismo jurídico. Por otra parte, recapitulando elementos ya enunciados, de lo que se trata es de analizar esta corriente

---

<sup>1</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Zur Genealogie der Moral*, Reclam, Stuttgart, 2007, p. 71 (II, §13).

<sup>2</sup> Vid. por ejemplo BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1996, p. 3; OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, 1ª ed., trad. de Luis López Guerra, Editorial Labor, 1980, pp. 50-59, especialmente 57-59; WALINE, Marcel, “Positivisme philosophique, juridique et sociologique”, en *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, pp. 571 y ss.

desde dos perspectivas complementarias: la ideológica y la filosófica. Entenderíamos así que el positivismo, en tanto que paradigma de pensamiento complejo, entraña estas dos dimensiones de forma simultánea y, a veces, sin una clara solución de continuidad entre ambas. Esta es la razón por la que no se ha tratado de distinguir una variante filosófica y otra jurídica del movimiento: porque creemos que semejante distinción es falaz y da lugar a numerosos equívocos.

Así pues, el positivismo jurídico podría comprenderse a través de dos dimensiones. Por un lado, sería sólo una modalidad más de un paradigma filosófico de largo recorrido y vastas consecuencias, que extendió su radio de acción sobre todas las manifestaciones científicas y culturales a partir de mediados del XIX. Por otro lado, no sería sino la faz intelectual de profundos cambios políticos y sociales que, de forma sintética, hemos calificado como su vertiente ideológica. En ambos sentidos, nuestra comprensión del ius positivismo parte de un enfoque holístico, en el que las distinciones muy analíticas no resultan convenientes, porque separan realidades orgánicas que no deberían concebirse sino de forma conjunta. Estas son las razones por las que se ha preferido no escindir el ius positivismo del positivismo filosófico y científico en sentido amplio. Más adelante veremos que la distinción puede hacerse en aras de cierta claridad conceptual, pero siempre bajo el presupuesto de que la separación es artificial.

En los capítulos anteriores se ha intentado defender que el punto de vista adecuado para entender a Jhering pasa por situar sus ideas en este complejo retablo intelectual. En el capítulo primero se analizaron los dos rasgos que descollaban a la hora de enfrentarse a su obra y a la literatura secundaria: la cuestión del eclecticismo y la del realismo. En el segundo capítulo se trató de hacer un recorrido hermenéutico, primero desde un enfoque histórico-geográfico y después desde el punto de vista conceptual, en el que se quisieron detectar los hilos conductores que han articulado su recepción y la literatura existente sobre su obra hasta la fecha. En función de ambos capítulos, podía concluirse que en el pensamiento del alemán se dieron cita varios de los motivos principales del positivismo. Ahora es el momento de profundizar en el significado de esta corriente desde el prisma holístico que acaba de señalarse: enraizando la variante jurídica del mismo en su marco filosófico y científico.

Concretamente, presentaremos el positivismo jurídico como un paradigma de pensamiento —en el sentido que otorgó a esta noción el filósofo de la ciencia Thomas S. Kuhn—, de profunda significación para la historia de la filosofía del Derecho. Se trataría de la imposición de un nuevo marco de ideas, que arrambló por completo con la

herencia del pasado y se convirtió en la nueva conciencia jurídica del mundo occidental. Y ello porque, lejos de ser una mera teoría del Derecho, el positivismo se constituyó en un paradigma con mucho mayor alcance que el de haber propuesto una determinada opción doctrinal. Esto quiere decir que el mapa epistemológico quedó redefinido tras su advenimiento, hasta el punto de que se eliminó la posibilidad de sostener una posición iusnaturalista dentro de ese nuevo marco de ideas. A partir de la consagración del canon positivista, en efecto, las doctrinas del Derecho natural habrían quedado desterradas del espectro de lo científico, para pasar a engrosar el mundo de lo mítico, lo fantástico o lo religioso. Aunque muy resumida, tal es la posición que aquí se defenderá.

Para organizar la exposición, dividiremos el capítulo en cuatro epígrafes. En el primero se expondrá la naturaleza problemática del concepto de positivismo. Podrá constatarse la gran polisemia que lo lastra y las dificultades de entender su significado (§1). En el segundo se señalarán dos maneras de acercarse a la definición de esta corriente: la que se basa en identificar una serie de tesis que todo positivismo debería compartir, y la que prefiere trazar una genealogía de sus orígenes y sus motivaciones (§2). En el tercero, aceptando esta última vía de análisis, se presentarán las dos principales teorías ofrecidas para explicar su surgimiento: la que circunscribe su origen al mundo del Derecho y la que sostiene su enraizamiento en el positivismo filosófico-científico (§3). En el cuarto, por fin, se presentará el positivismo como paradigma de pensamiento en el sentido de Thomas Kuhn. A través de este enfoque epistemológico, se justificará la relevancia de Jhering en el seno del paradigma iuspositivista (§4).

## 1. EL POSITIVISMO JURÍDICO: UN CONCEPTO POLISÉMICO

Pocas cuestiones han sido tan debatidas en la filosofía del Derecho contemporánea como la del positivismo jurídico. La pregunta sobre su naturaleza en cuanto que teoría, sobre su valor filosófico, sus fronteras y sus posibilidades, ha sido causa de numerosas y enconadas polémicas, sobre todo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. A principios del siglo XXI, y sin visos de que pueda llegarse a un acuerdo definitivo, las lanzas siguen todavía en ristre. En particular, por lo que se refiere a la literatura reciente, bastantes sectores doctrinales han venido insistiendo en la hipotética obsolescencia del positivismo jurídico, en su pretendida muerte o su necesaria superación<sup>3</sup>. No obstante la aparente dureza de este embate, no es algo que se haya suscitado de forma novedosa en los últimos años. Ya en 1958, en un famoso artículo de Herbert Hart, el filósofo inglés aludía de forma crítica a las posiciones que predicaban el final del positivismo: “algunas voces actuales nos dicen que deberíamos reconocer algo que ha sido oscurecido por los ‘positivistas’ jurídicos, cuyo día ya habría llegado”<sup>4</sup>.

Ese “algo” al que se refería Hart es la cacareada cuestión de la relación entre el Derecho y la moral. Y es que buena parte de la doctrina contemporánea se ha afanado en atacar la característica distinción entre ambas esferas, una frontera que el positivismo jurídico se había empeñado en trazar con verdadero tesón. Pero no es sólo este aspecto lo que ha motivado la actual discusión en torno a los límites de esta corriente. También la problemática de la interpretación judicial, la naturaleza de la investigación científica sobre el Derecho, el papel de la ley en el contexto político del constitucionalismo, y hasta la propia misión de la filosofía jurídica, han sido puestos sobre el tablero por las críticas contemporáneas al positivismo<sup>5</sup>. Hasta tal punto han llegado estas voces, que muchos sostienen haber trascendido el paradigma positivista, un modelo que estaría superado por el llamado neo-constitucionalismo; al desaparecer el Estado de Derecho tras la llegada del Estado constitucional, sería menester sustituir el legalismo por el neo-constitucionalismo<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. por ejemplo DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, introd. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 65-101; SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 51-90.

<sup>4</sup> HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, nº 4, 1958, pp. 593-629. La cita está extraída de la p. 594.

<sup>5</sup> CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa*, 21, I, 1998, pp. 209-220.

<sup>6</sup> Vid. POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 15-42 y 125-146.

## 1.1 La discusión interna como rasgo constitutivo del iuspositivismo

En este capítulo sostendremos una posición radicalmente opuesta a estas últimas tendencias. Pero para ello, ante todo, es necesario plantear la cuestión terminológica y las complejidades filosóficas que tras ella se esconden. No en balde, la etiqueta de positivismo jurídico se encuentra, con mucha probabilidad, entre las más confusas y polisémicas de cuantas integran el contenido de la filosofía del Derecho. Esto sucede, *en primer lugar*, porque existen numerosos “apellidos” que especifican la escuela de adscripción concreta, aun dentro de la matriz positivista general. *En segundo lugar*, porque el debate se ha enmarañado hasta tal punto, que los mismos positivistas están enzarzados en una lucha por decidir quién representa el punto de vista más depurado o canónico de la doctrina. Y *en tercer lugar*, porque el calificativo de positivismo se ha venido usando desde antiguo como peyorativo por parte de las filas del iusnaturalismo y de todos aquellos que, de una u otra manera, con unas u otras motivaciones, se han posicionado contra esta corriente<sup>7</sup>.

Con respecto a lo primero, se ha llegado a proponer un positivismo jurídico “sin calificativos” como expediente para escapar de la logomaquia en que ha degenerado el debate de los últimos años. En la nómina de títulos que han pululado al hilo de esta discusión, podemos encontrar los de positivismo incluyente, excluyente, presuntivo, ético, moderado, corregido o sofisticado, por citar sólo alguno de los más señeros<sup>8</sup>. Pero si ampliamos el ojo crítico, nos daremos cuenta de que ya en los inicios del positivismo se suscitó una importante polémica con respecto a lo que en verdad debería significar esta expresión. Es así como Walter Ott identificaba, sin un carácter necesariamente exhaustivo, una pléyade de variantes enfrentadas: desde el positivismo estatalista hasta el psicológico, desde la variante legalista hasta la sociológica, desde la realista hasta la institucionalista<sup>9</sup>. Todas estas opciones, que surgieron entre mediados del siglo XIX y mediados del XX, también se presentaron como tendencias más o menos encontradas y como legítimas representantes del espíritu iuspositivista.

---

<sup>7</sup> RIEZLER, Erwin, “Der totgesagte Positivismus”, en AA. VV., *Naturrecht oder Positivismus?*, 2. Aufl., hrsg. von Werner Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, pp. 239-256: “entre los juristas, el positivista nada hoy [1962] contracorriente. Al mismo tiempo, es considerado por muchos como un miembro disminuido del gremio [...]. A veces se nos asegura que el positivismo “estéril” ha sobrevivido y a veces que ya ha muerto. El Derecho natural ha resucitado” (p. 237).

<sup>8</sup> ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 150-198.

<sup>9</sup> OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. überarb. und erw. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 32-103.

Con respecto a lo segundo, la propensión a negar carta de naturaleza positivista a los adversarios también forma parte de la dinámica contemporánea del debate. Es así como, por ejemplo, Joseph Raz y buena parte del positivismo excluyente se presentan a sí mismos como legítimos defensores del canon<sup>10</sup>. Los positivistas incluyentes, a su vez, se ubican en un marco de pensamiento alternativo a la versión “extrema” de la corriente, en el entendido de que permanecer en la pureza implicaría un dogmatismo inconciliable con una observación serena de la realidad jurídica actual. Sin embargo, ni siquiera esta polémica es tan nueva en la historia del positivismo, puesto que ya en otras fases de su desarrollo se dieron batallas similares. Recuérdense los dardos que arrojaba Kelsen a las teorías positivistas precedentes –en su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*– porque en su opinión no lograban desprenderse de muchos vestigios del Derecho natural<sup>11</sup>. Y recuérdense también, por poner sólo otro ejemplo, los reproches del realismo jurídico a la doctrina kelseniana, que habría errado por no incluir los factores sociales en su concepto de Derecho. Es así como Alf Ross, de forma paladina, se atrevió a definir al austriaco como “cuasipositivista”<sup>12</sup>.

Con respecto a lo tercero, en fin, es notorio el uso peyorativo que se suele hacer del apelativo de marras con el ánimo de descalificar a una u otra posición teórica. Como ha señalado Norbert Hoerster, “desde hace por lo menos cincuenta años, en la filosofía jurídica alemana es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”<sup>13</sup>. Esto es algo que se palpa en el rechazo del neo-constitucionalismo a ser considerado como una variante positivista, como si tal etiqueta implicase una especie de desdoro o de retraso filosófico imperdonable. No obstante, también en este caso nos encontramos con una situación antigua, puesto que ya desde finales del mismo siglo XIX se viene empleando esta estrategia descalificadora. Es así como el jurista e historiador Otto von Gierke, en 1882, criticó lo que denominaba el “romo positivismo”

---

<sup>10</sup> Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 221-247. Jiménez Cano argumenta, desde los presupuestos metodológicos que entiende necesarios para toda teoría iuspositivista, que el positivismo incluyente no merecería dicho título con propiedad.

<sup>11</sup> Los ejemplos podrían alargarse *ad infinitum*, pero baste con recordar las críticas del austriaco a las doctrinas de Windscheid, Jhering y Jellinek sobre el derecho subjetivo. La insistencia del primero en la *voluntad*, del segundo en el *interés* y del tercero en la *combinación* de ambos, revelaban para Kelsen un poso iusnaturalista: todos trataban de encontrar una base “sustancial”, subyacente al carácter meramente formal del derecho. Vid. KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Neudr. der 2. Aufl. [1923], Scientia Verlag, Darmstadt, 1984, pp. 567-618.

<sup>12</sup> ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. por Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 361-382, en particular 375 y ss.

<sup>13</sup> HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 9

(*kahler Positivismus*)<sup>14</sup>; y es así como Kelsen, en un escrito de 1954, se lamentaba de la “cruzada contra el positivismo” que parecía haberse instalado con hegemonía en los círculos académicos<sup>15</sup>. El propio Hart, en el mencionado artículo de 1958, se volvía a quejar de este uso peyorativo<sup>16</sup>.

Así las cosas, y a tenor de cuanto se acaba de decir, parece que el estatus científico y filosófico del positivismo nunca se ha visto libre de reproches teóricos, de ataques dialécticos y, en general, de una fuerte discusión en torno a su significado y su vigencia. ¿Podría inferirse de aquí alguna característica estructural sobre su naturaleza en cuanto que teoría? En principio, no podría descartarse que todos estos elementos nos faciliten pistas para desentrañar las claves de su significado y de su complejidad como apuesta filosófica. De momento, sin embargo, no cabe aventurar afirmaciones tan vastas. De lo que no cabe duda es de que, si bien con altibajos y acentos diversos, el positivismo jurídico ha estado en entredicho desde sus orígenes y desde muchos puntos de vista. No en vano, como ha señalado Olivecrona, es muy probable que el apelativo fuera creado con una finalidad exclusivamente despectiva por quienes se oponían a él<sup>17</sup>. Sea como sea, y pese a que no puedan emitirse afirmaciones categóricas, podemos extraer dos conclusiones provisionales de estos tres aspectos.

En primer lugar, parece razonable relativizar las críticas recibidas por el positivismo en los últimos años. No sería la primera vez que se produce un ataque serio contra sus fundamentos teóricos, ni la primera vez que se ha pronosticado su desaparición. En el citado discurso de Gierke, sin ir más lejos, ya se profetizaba la muerte temprana de la concepción positivista: como tercera vía entre la ilusa abstracción del iusnaturalismo y la fría desnudez del positivismo, Gierke pensaba que la escuela histórica representaba el verdadero y prometedor futuro<sup>18</sup>. Así pues, aunque sin otorgar un valor determinante al argumento histórico –pues éste es *per se* un argumento no definitivo–, convendría contemplar la polémica actual desde la serenidad que nos proporciona la perspectiva diacrónica. Desde esta atalaya, quizá sería más sensato descartar que el positivismo haya llegado a su fin o que se haya producido un viraje tan

---

<sup>14</sup> GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883, p. 11. En otro escrito de 1903, Gierke también hablará del “desnudo positivismo” (*nackte Positivismus*): GIERKE, Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Buckdruckerie von Gustav Schade, Berlin, 1903, p. 34.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. Por Eckhart Arnold, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etorena, Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 15 y ss.

<sup>16</sup> HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, cit., pp. 595 y ss.

<sup>17</sup> OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, cit., p. 51.

<sup>18</sup> GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht*, cit., p. 12.

radical como para propiciar el abandono de sus tesis. Más prudente sería, todo lo más, sugerir que se ha producido una reorientación de los mismos.

En segundo lugar, podemos extraer una conclusión más importante para nuestra investigación. Hasta ahora hemos venido hablando del positivismo como de una teoría. Sin embargo, acabamos de constatar que hay numerosas tendencias, autoproclamadas positivistas, que han sido censuradas como espurias por otras que se arrogaban el mismo título. ¿Cómo explicar esto? Lejos de deberse a un espíritu cainita que anime a los partidarios de esta corriente, la explicación tiene que ver con un elemento sustancial para acercarnos a su significado. Y es que, antes que de teoría, sería más propio hablar de paradigma. Más adelante profundizaremos en esta noción, pero vale la pena adelantar ya algo desde ahora<sup>19</sup>. Un paradigma sería algo así como un gran nicho de pensamiento con fundamentos epistemológicos e ideológicos comunes, en el que caben posibilidades teóricas diversas. Por eso, Kelsen negaba la carta de naturaleza positivista a Jhering, mientras que Ross se la negaba a Kelsen. Y por eso, también hoy, los positivistas excluyentes se la niegan a sus colegas incluyentes. Se trataría de teorías que, pese a estar dentro del paradigma positivista, ofrecen visiones alternativas sobre el Derecho, a veces hasta beligerantes entre sí. Enfocar el problema desde este prisma facilita la comprensión del desarrollo del iuspositivismo, ayuda a entender aspectos del debate actual y diluye alguna que otra polémica aporética.

## **1.2 La polisemia como rasgo constitutivo del iuspositivismo**

Llegados a este punto, ha debido quedar claro que el positivismo jurídico es una corriente difícil de acotar y entreverada por una discusión constante sobre su estatus y su vigencia. De lo que se trata ahora es de ver, con algo más de detalle, la polisemia que existe en torno a su significado: se trata de algo que ha venido lastrando la comprensión certera de lo que se quiere decir cuando se señala que una teoría es iuspositivista. Una vez hayamos hecho un recorrido por los distintos sentidos de la expresión que han sido identificados en la literatura especializada, estaremos en condiciones de abordar los siguientes pasos de la argumentación.

---

<sup>19</sup> Vid. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, pp. 32 y ss. La noción de paradigma de Kuhn es compleja y ha dado lugar a una profusa literatura secundaria. Por eso, no puede despacharse su definición en unas pocas líneas. De momento, tan sólo se trataba de señalar con claridad la filiación del concepto, mientras que reservamos la tarea de definirlo y especificarlo con más detalle para un epígrafe posterior.



Probablemente, una de las primeras clasificaciones de los diversos sentidos que se esconden tras la expresión “positivismo jurídico” se la debemos a Herbert Hart, que ya en 1958 propuso distinguir cinco significados. Según esta tipología, el positivismo sería una corriente que varía en función del uso del término y que, por tanto, podría sostener cosas muy distintas: 1) En primer lugar, que el Derecho está constituido por mandatos humanos. 2) En segundo lugar, que no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. 3) En tercer lugar, que el análisis de los conceptos jurídicos es la tarea principal de la ciencia jurídica, y que ésta debe desligarse de las indagaciones históricas o sociológicas. 4) En cuarto lugar, que el ordenamiento jurídico es un sistema lógico cerrado, del que pueden extraerse decisiones correctas para los casos concretos, con el mero apoyo del razonamiento lógico y sin recurrir a consideraciones políticas, morales o sociales. 5) En quinto y último lugar, que no pueden establecerse los juicios morales mediante pruebas empíricas o argumentaciones racionales<sup>20</sup>.

Todas estas, según Hart, son acepciones de la expresión “positivismo jurídico”: en unos casos se utilizaría para referirse a una sola de las cinco, mientras que en otras abarcaría a todas o varias de ellas. Si analizamos la clasificación, nos daremos cuenta de que el primer sentido se resume en la teoría imperativista, sostenida por Bentham, por Austin o por el propio Jhering<sup>21</sup>. El segundo significado, el de la separación entre Derecho y moral, es patrimonio de muchas concepciones positivistas, desde la jurisprudencia analítica inglesa hasta el positivismo excluyente contemporáneo<sup>22</sup>. El tercer significado, que prescribe la indagación semántica como tarea principal de la ciencia jurídica, tiene que ver con las corrientes analíticas y la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales<sup>23</sup>. El cuarto significado, que alude al sistema jurídico “cerrado”, podría atribuirse a la escuela de la exégesis francesa o a la jurisprudencia de conceptos alemana<sup>24</sup>. El último significado, en fin, tendría más que ver con las doctrinas éticas no cognoscitivistas y, en particular, con la filosofía kelseniana<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, cit., pp. 601-602.

<sup>21</sup> Vid. DRAKE, Joseph H., “Editorial Preface to this Volume”, en JHERING, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, transl. by Isaac Husik, preface by Joseph H. Drake and introductions by Henry Lamm and William Martin Geldart, The Boston Book Company, Boston, 1913, pp. XV-XXIV; JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, pp. 242-292.

<sup>22</sup> Vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus*, cit., pp. 112-115.

<sup>23</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Sta. Cruz de Tenerife, 1979, pp. 62 y ss.

<sup>24</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 72-84; LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 254-291.

<sup>25</sup> Vid. KELSEN, Hans, “¿Qué es justicia?”, en ID., *¿Qué es justicia?*, ed. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 35-63.

Así pues, parece que nos encontramos con muy diversos modos de entender el iuspositivismo, y no necesariamente coincidentes entre sí. Además, como el mismo Hart señalaba en el artículo, podría ampliarse aún más el elenco de acepciones posibles: existen versiones iuspositivistas que sólo con dificultad encontrarían un hueco en las definiciones ofrecidas<sup>26</sup>. De hecho, dos años más tarde tuvo lugar un evento central para la historia del positivismo jurídico y la subsiguiente discusión que se produjo a su cuenta. En 1960, en la ciudad italiana de Bellagio, se celebró un congreso organizado por Norberto Bobbio y Alessandro Passerin d'Entrèves, cuyo tema versó sobre la naturaleza y los problemas de esta corriente de pensamiento. En él participaron, sobre todo, profesores ingleses, estadounidenses e italianos. Siguiendo la estela iniciada por Hart sólo unos pocos años atrás, y en un clima generalizado de ataque a la concepción positivista, de lo que se trataba era de clarificar su significado preciso, de apuntar sus posibles problemas y de ofrecer eventuales soluciones<sup>27</sup>.

El resultado de este congreso fue que se pusieron de manifiesto las muy diversas nociones de positivismo que manejaban los propios participantes. Asimismo, como se desprende del artículo de Shuman y Falk –que tomaron parte activa en el evento– salieron a la luz las particulares diferencias de comprender la problemática entre la cultura científica anglosajona y la continental. Por lo que a nosotros afecta, es digno de reseñar que el catálogo de acepciones de positivismo jurídico se ensanchó aún más, al menos a tenor de cuanto nos dicen estos dos autores en su artículo de síntesis. De acuerdo con su crónica, en efecto, durante el congreso se pusieron sobre la mesa ocho definiciones de la corriente. No es este el lugar para efectuar un repaso de todas ellas, ni para profundizar con detalle en su significado particular. Sobre todo porque en cada una de estas ocho versiones se incluían subdivisiones y precisiones secundarias, que ampliarían demasiado la clasificación.

Lo que nos importa destacar de Bellagio no es el resultado concreto de las sesiones, sino el espíritu general de la discusión y, por encima de todo, el hecho de que se convirtió en un hito fundamental para el desarrollo del debate sobre el iuspositivismo. A partir de entonces, muchos de los filósofos que participaron en el congreso comenzaron a reflexionar y escribir sobre la compleja problemática que habían abordado allí, con el resultado de que se abrió una interesante discusión y se produjo una destacable

---

<sup>26</sup> HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, cit., p. 601.

<sup>27</sup> Vid. FALK, Richard A., y SHUMAN, Samuel I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, *Journal of Legal Education*, 1961-1962, pp. 213-228.

producción bibliográfica. De acuerdo con Genaro Carrió, al “espíritu de Bellagio” vinieron asociadas las publicaciones de Norberto Bobbio (*Aspetti del positivismo giuridico* - 1961), de Uberto ScarPELLI (*Che cos'è il positivismo giuridico* - 1965), de Herbert L. A. Hart (*The Concept of Law* - 1961), o de Alf Ross, (*El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural* – 1961)<sup>28</sup>. Muchas de estas obras, que ya se han convertido en canónicas, se escribieron como desarrollo, explícito o solapado, de los temas de Bellagio.

De todas estas contribuciones nos interesa detenernos en la de Bobbio, puesto que se constituyó en una propuesta interpretativa de gran predicamento a partir de entonces. En el citado artículo, que más tarde desarrollaría y apuntalaría en otros escritos, el profesor turinés se refería a la conferencia de Bellagio y al artículo de Hart, a partir de los cuales sugería un nuevo planteamiento para estudiar la problemática del positivismo jurídico. De acuerdo con su nuevo enfoque, las cinco versiones de Hart podrían quedar reducidas a tres grandes aspectos, bajo los que se englobarían los distintos autores y escuelas. El positivismo jurídico podría entenderse: 1) como “un modo de aproximarse al estudio del derecho”; 2) como “una determinada teoría o concepción del derecho”; o 3) como “una ideología de la justicia”<sup>29</sup>. No se trataba ya de teorías concretas dentro de la matriz positivista, sino de grandes acepciones de la expresión “positivismo”, que venían utilizándose de manera equívoca entre la doctrina.

La *primera acepción* es la más humilde de todas: positivista sería toda teoría que se aproxime al estudio del Derecho con la pretensión de no verter enunciados valorativos sobre su mérito o demérito, tratando de comprenderlo como *lo que es* y no como *lo que debe ser*. Esta es la versión que conocemos como metodológica, pese a que el propio Bobbio dijo que no se trataba de un método, sino más bien de una actitud<sup>30</sup>. La *segunda acepción* es más exigente, puesto que incluye ya una teoría jurídica concreta: positivista sería todo aquel que asuma una serie de puntos de vista, cuya raíz común es la de definir al Derecho como un fenómeno ligado al Estado. Así, la teoría de la coacción, la teoría

---

<sup>28</sup> CARRIÓ, Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, UNAM, México, 1981, pp. 22 y ss; BOBBIO, Norberto, “Aspetti del positivismo giuridico” [1961], en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 101-126; SCARPELLI, Uberto, *Che cos'è il positivismo giuridico?* [1965], introd. e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997; HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho* [1961], trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004; ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, cit., pp. 361-382.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto, “Aspetti del positivismo giuridico” [1961], en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 101-126. Esta división sería desarrollada con mucho más detalle en BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 133-250.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto, “Aspetti del positivismo giuridico”, cit., p. 104.

imperativista de la norma, la teoría de la ley como fuente única de Derecho, la idea del sistema jurídico pleno, coherente y unitario, o la teoría de la interpretación mecanicista. Este sería el positivismo teórico. La *tercera acepción* es la más fuerte y controvertida: positivista sería aquella teoría que propugna una obediencia absoluta al Derecho –con independencia de su mayor o menor justicia–, en el entendido de que su mera existencia representa ya un valor. Este sería el positivismo jurídico ideológico.

La importancia de esta tripartición radica en que se ha constituido en un lugar común de la filosofía del Derecho, hasta el punto de haberse consagrado como una especie de canon –aceptado o criticado– para todo aquel que asuma la tarea de estudiar en qué consiste el positivismo jurídico<sup>31</sup>. Frente a las cinco acepciones de Hart, o a las ocho de Bellagio, la propuesta de Bobbio tuvo el mérito de sintetizar mucho más el abanico de posibilidades filosóficas que coexisten bajo el gran paraguas del positivismo. Asimismo, la claridad y brillantez analítica de la clasificación hizo que muchos la siguieran como referente para guiarse en el movedizo terreno que hasta entonces había representado la concepción positivista. A partir de entonces y hasta hoy, fue frecuente que cada autor especificase su posicionamiento teórico mediante la referencia a uno de los tres significados que había identificado el turinés<sup>32</sup>. Así, habría autores que se confesasen positivistas metodológicos, pero no suscribieran la variante ideológica; autores que se adhirieran a la ideológica, pero sólo a algunos elementos de la teórica; o bien cualquier combinación entre las tres variantes.

El problema que generó, pese a todos esos aciertos, es el propio de toda definición canónica. Al haberse instalado con éxito en la doctrina, podría decirse que provocó una cierta ausencia de reflexión sobre sus ventajas y desventajas. Por decirlo de otro modo, la tripartición se terminó “reificando” o “naturalizando”, hasta el punto de que ya parece consustancial a la teoría del positivismo jurídico. De alguna manera, todo autor se ve impelido a posicionarse en alguna de las acepciones señaladas por el filósofo italiano, sin que exista apenas un resquicio para cuestionar la validez de la clasificación. Pero ésta no está exenta de posibles objeciones. En este sentido, debe señalarse que Bobbio no la construyó con un ánimo puramente científico, sino con la pretensión de señalar las

---

<sup>31</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, ed. por José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla González, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 765-780: “puede decirse sin mucho temor a equivocarse que prácticamente no ha habido autor que haya escrito en castellano sobre el problema del positivismo jurídico y que no haya tenido en cuenta esa triple distinción, aunque sea para criticarla” (p. 767).

<sup>32</sup> BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 84-85.

bondades de una de las tres opciones, la del positivismo metodológico. Del teórico sólo terminaba adoptando alguno de los aspectos citados, mientras que la variante ideológica sería rechazada de plano<sup>33</sup>.

Así las cosas, asumir la clasificación de Bobbio, tal como fue propuesta, determina un posicionamiento favorable al positivismo metodológico, mientras que se vienen a rechazar los otros dos. Pero la realidad es más compleja de lo que esta tripartición llega a evocar. El mayor defecto que se le puede achacar es el de haber emborronado la cuestión de la ideología del positivismo<sup>34</sup>. Al caracterizar de forma tan poco atractiva el así llamado positivismo ideológico, ha terminado desencadenando un rechazo acríptico frente a cualquier intento de ofrecer una visión ideológica de lo que representa dicha corriente. Asimismo, al delinear con tanta claridad los tipos de positivismo, ha facilitado la labor de análisis, pero también ha provocado un cierto empobrecimiento de las posturas. Resulta difícil encontrar a algún autor que se ubique con nitidez en una de las tres rúbricas, al igual que es complicado colocarse a sí mismo en una de ellas sin aceptar también elementos de las otras. En definitiva, como se dirá más adelante, el problema radica en que no siempre es una horma útil para leer la historia del pensamiento jurídico o para definir en qué consiste el positivismo.

No es el momento de plantear una crítica con mayor profundidad, pues esto es algo que reservamos para los epígrafes posteriores. De lo que se trataba era de bosquejar la complejidad que subyace tras una noción tan polisémica como la de positivismo jurídico. Al final, quizá no quede más remedio que admitir que positivismo no es más que lo que un conjunto relativamente amplio de filósofos del Derecho definen como tal. Ante la pregunta que se le hizo a un célebre matemático del siglo XX sobre la definición de geometría, éste respondió que “geometría es lo que viene aceptado como tal por un número suficientemente elevado de personas competentes”<sup>35</sup>. En los siguientes apartados, aunque con matices, veremos que algo así es lo que nos sucede con el

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 245-250.

<sup>34</sup> Como ha señalado García Máynez, el propio Bobbio se mostraba vacilante en la caracterización de esta tercera acepción. En algunas ocasiones, parece señalar que el deber moral de obediencia a la ley es una herencia de la versión ideológica del positivismo. En otros pasajes, sin embargo, apunta la filiación iusnaturalista de esta teoría. En otro lugar, en fin, nos advierte de que la tesis de la obediencia no procede ni de una ni de otra corriente, sino que se asienta entre las más firmes convicciones de la filosofía jurídica, desde sus más incipientes comienzos hasta la actualidad. Vid. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993, pp. 15 y ss. Sobre la ideología del positivismo, vid. SCARPELLI, Uberto, *Che cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 15-49. Sobre la distinción entre ideología del positivismo y positivismo ideológico, vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 85-104.

<sup>35</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, presentación, adaptación y ed. al cuidado de Pere Lluís Font, Crítica, Barcelona, 2006, p. 11.

positivismo jurídico. Más vale la pena optar por una consideración amplia de lo que significa, que circunscribirlo a unos pocos planteamientos exclusivos, que no terminan sino generando una visión parcial y distorsionada del mismo.

## 2. DOS ESTRATEGIAS DE APROXIMACIÓN AL POSITIVISMO JURÍDICO: CONCEPTUAL E HISTÓRICA

Ante un panorama como el esbozado hasta ahora, no resulta fácil orientarse para acometer nuestro problema. Si tantos son los significados que se suelen atribuir a la expresión “positivismo jurídico”, inmediatamente se disparan algunas preguntas obvias: ¿es espuria alguna de las acepciones señaladas? ¿Existe algún significado que debemos privilegiar entre todos ellos? Y en fin, ¿no se habrá terminado desnaturalizando esta noción teórica? Es decir: ¿seguirá siendo una etiqueta útil para pensar a través de ella? De alguna manera, se trata de las cuestiones que ha venido haciéndose la crítica contemporánea, y que han motivado la actual polémica en torno al iuspositivismo. Si profundizamos en estas preguntas, pueden identificarse varios de los posicionamientos más destacables del debate.

En primer lugar, al interrogante de si existe alguna versión espuria de entre todas las acepciones posibles, no han faltado respuestas afirmativas, y no precisamente desde hace pocos años. Recuérdense, en este sentido, las censuras de Kelsen a Jhering, de Ross a Kelsen, o del actual positivismo excluyente a las doctrinas incluyentes. En todos estos casos, de lo que se trataba era de acotar el ámbito del positivismo mediante su constricción a un campo más estrecho, promoviendo la expulsión de las teorías que se consideraban poco acordes con la que cada autor estimaba canónica. En la cuestión que más nos afecta, recordemos que el carácter positivista de Jhering había sido puesto en entredicho mediante una estrategia de este género<sup>36</sup>.

En segundo lugar, frente al interrogante de si existe algún significado que deba privilegiarse, también reconocemos aquí un recurso habitual entre los filósofos del Derecho. De acuerdo con algunos autores, por ejemplo, el genuino positivismo no sería más que el legalista, mientras que los demás serían derivaciones un tanto rebajadas<sup>37</sup>. Para otros estudiosos, sin embargo, el positivismo en sentido propio estaría representado por las teorías realistas, mientras que versiones como la del formalismo normativista u otras deberían quedar postergadas<sup>38</sup>. En definitiva, y por no prolongar la lista más allá, existen muchas posiciones que, sin llegar a señalar el carácter espurio de tal o cual

---

<sup>36</sup> Vid. DREIER, Ralf, “Jhering als Rechtstheoretiker”, en AA. VV., *Rechtsnorm und Rechtswissenschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, ed. por A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright y D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

<sup>37</sup> Vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus*, cit., pp. 108 y ss.

<sup>38</sup> Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 158 y ss.

tendencia positivista, consideran necesario privilegiar unas acepciones por encima de las otras, como si se tratara de grados de pureza.

En tercer lugar, y frente a la pregunta de si la noción de positivismo jurídico se ha terminado desnaturalizando, tampoco han faltado respuestas afirmativas. En líneas generales, esta sería la postura de la crítica contemporánea heredera de los ataques de Dworkin al positivismo de Hart. De acuerdo con estas concepciones, la época del positivismo habría sido superada por el advenimiento de los sistemas constitucionales modernos y, por consiguiente, sería necesario un replanteamiento de la teoría jurídica en los términos del neo-constitucionalismo. Desde este punto de vista, la desnaturalización del concepto de positivismo, fragmentado en cientos de versiones distintas, no sería sino consecuencia de su crisis como teoría del Derecho<sup>39</sup>.

En este trabajo, pese a todas estas respuestas, responderemos negativamente a las cuestiones formuladas: el positivismo jurídico no es un paradigma ya superado, ni es legítimo hablar de versiones espurias, ni tampoco lo es el privilegiar a unas corrientes sobre otras. Aunque es posible sostener que una u otra teoría responde mejor a los interrogantes filosóficos sobre el Derecho, no podría decirse que se trate de una concepción más o menos positivista, o más o menos fiel con sus planteamientos. Ahora bien, ¿a qué nos podemos agarrar entonces para tildar a una teoría de positivista? ¿Cómo acercarnos a definir la “esencia” del positivismo?

Como reza el título de este epígrafe, existen dos estrategias principales para acometer esta tarea. Por un lado, se ha intentado llegar a una noción clara de lo que significa el positivismo mediante un método que podría denominarse conceptual: se trataría de un proceso de depuración, cuya meta es llegar a la identificación de una serie de tesis básicas que toda teoría positivista debería compartir. Por otro lado, y esta es una vía mucho menos practicada, se ha intentado abordar el estudio del positivismo desde una perspectiva que podría llamarse histórica: de lo que se trataría aquí es de identificar los fundamentos culturales, ideológicos o epistemológicos que se hallan en el origen del iuspositivismo como paradigma de pensamiento.

El objetivo de este epígrafe es presentar brevemente cada una de estas estrategias, sus ventajas y desventajas y, por fin, optar por la última de ellas. Como se argumentará a continuación, sólo a través de la segunda vía se puede entender el positivismo en toda su amplitud y profundidad. Además, por lo que respecta a la filosofía jurídica de

---

<sup>39</sup> MACKIE, John Leslie, “The Third Theory of Law”, en AA. VV., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. by Marshall Cohen, Duckworth, London, 1983, pp. 161 y ss.



Jhering, es la única manera de poder abarcar la complejidad de su pensamiento con solvencia. Optar por la estrategia conceptual nos abocaría a una noción restringida de positivismo y, probablemente, sería difícil acomodar en él las ideas del alemán. En los siguientes epígrafes se presentarán estas dos vías (§2.1 y §2.2).

## 2.1. La estrategia de aproximación conceptual

El método conceptual es el más practicado por la doctrina después de que se iniciara el debate sobre el positivismo a partir de los años sesenta del siglo XX. En el apartado anterior hemos visto que Hart, los participantes del congreso de Bellagio y Bobbio intentaron ofrecer una síntesis de los significados que cabía atribuir a esta noción. Pero esto sólo fue el primer eslabón de la reflexión que nos conduce hasta la actualidad. El siguiente paso, que enseguida se expondrá, fue el de intentar identificar una serie de “tesis” fundamentales que toda propuesta positivista debería cumplir para ser concebida como tal. Mientras que la anterior era una indagación de corte *semántico*, ahora se trataría de una labor *conceptual*.

En este sentido, se han dado también varias formulaciones. Una de las que mayor predicamento ha alcanzado, hasta el punto de considerarse como la versión canónica de casi todo el positivismo contemporáneo, es la ofrecida por Hart y más tarde criticada por Dworkin<sup>40</sup>. Según esta propuesta, que el filósofo inglés expuso en numerosos lugares y a lo largo de varios años, las tesis que definen a toda teoría positivista que se precie de serlo serían tres. En primer lugar, la de las fuentes sociales; en segundo lugar, la de la separabilidad o la separación entre Derecho y moral; en tercer y último lugar, la de la discrecionalidad judicial<sup>41</sup>.

La primera tesis atañe a la determinación de la validez del Derecho, es decir, a los mecanismos que tenemos para decidir cuándo estamos ante una norma del sistema jurídico y cuándo no. Según la idea de las fuentes sociales, la regla para identificar la existencia del Derecho se encuentra en una práctica social, no en hipotéticas instancias

---

<sup>40</sup> Es notorio que Ronald Dworkin seleccionó la teoría de Hart como blanco de sus ataques contra todo el positivismo jurídico, bajo la presunción de que representaba la versión paradigmática de la corriente: “me propongo examinar la solidez de los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. Hart. Opté por concentrarme en su posición debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart” (DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 65).

<sup>41</sup> Vid. HART, Herbert L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. de Francisco Laporta, Liborio Hierro y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*, nº 36, 1990, pp. 3-19. Vid. especialmente pp. 4-6.

supramundanas –como defendería el iusnaturalismo teológico– o en determinadas concepciones morales –como podrían sostener otras variantes del Derecho natural o corrientes contemporáneas como la incluyente–. Desde este punto de vista, por lo tanto, una teoría positivista debería afirmar que la fuente del Derecho se encuentra en algún tipo de “hecho social”, una categoría un tanto escurridiza bajo la que cabría englobar una enorme pluralidad de factores: el poder político, como vendrían a sostener Austin, Bentham o Jhering<sup>42</sup>, el reconocimiento socialmente establecido, como diría Bierling<sup>43</sup>, o la decisión del juez, como pensarían algunos realistas<sup>44</sup>.

La segunda tesis tiene que ver con uno de los principales caballos de batalla que ha ocupado a la filosofía jurídica desde antaño, no sólo desde la aparición del positivismo: las relaciones entre Derecho y moral. El propio Jhering, con una metáfora bien gráfica, decía que la distinción entre ambas esferas era el “cabo de hornos” de la filosofía jurídica<sup>45</sup>. De acuerdo con la tesis positivista de la separación, tal y como la enunció Hart, no existiría una conexión necesaria entre las dos instancias. Esto no quiere decir que no puedan darse relaciones de carácter contingente entre ambas, porque de hecho se dan y en vano buscaríamos a algún autor positivista que las haya negado. Lo que se afirma mediante esta idea es que las dos normativas siguen su camino de manera independiente: no es necesario que el Derecho sea acorde con determinados preceptos morales para ser tal, ni tampoco hay que acudir a la moral para identificar las normas jurídicas de un determinado ordenamiento.

La tercera tesis, en fin, se refiere a otro de los asuntos tradicionales de la teoría del Derecho: el de la aplicación del Derecho. Es conocido que el problema de la aplicación de las normas ha sido una de las principales preocupaciones de los juristas en todos los tiempos. También con la aparición del positivismo, como era inevitable, siguió siendo un tema preferente. En su discurso preliminar al primer proyecto de código civil, el

---

<sup>42</sup> Vid. BENTHAM, Jeremy, *A Fragment on Government*, en ID., *The Works of Jeremy Bentham*, vol. I, published under the superintendence of his executor, John Bowring, William Tait, Edinburgh, 1838-1843, cap. IV, §§7-33, consultado en <http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605> el 26 de agosto de 2009; vid. también JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, pp. 249 y ss.

<sup>43</sup> Vid. BIERLING, Ernst Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Scientia Verlag, Aalen, 1965, especialmente pp. 2-12.

<sup>44</sup> Vid. HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 285 y ss.

<sup>45</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Aufl. Bd. II-1, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1854, p. 48; Retomando esta metáfora con mayor patetismo, Benedetto Croce diría que más bien se trataba del “cabo de los naufragios” (CROCE, Benedetto, *Filosofía della pratica. Economia ed etica*, a cura di Maurizio Tarantino, con una nota al testo di Gennaro Sasso, Bibliopolis, Napoli, 1996, p. 366). Y también Roscoe Pound, en la que podríamos considerar su obra magna, utilizó y desarrolló la mencionada metáfora de Jhering (POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2000, pp. 215 y ss).

francés Jean-Étienne Marie Portalis ya reconocía la insoslayable insuficiencia de las leyes y la correlativa discrecionalidad que quedaba en poder del juez: “cuando la ley es clara, es menester seguirla; cuando es oscura, es menester profundizar en sus disposiciones. A falta de ley, es menester consultar el uso o la equidad (...) La ciencia del magistrado es la de poner en marcha estos principios, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis privadas...”<sup>46</sup>. Con estas palabras, pese a ser de formación y credo iusnaturalista, Portalis expresaba uno de los dogmas del positivismo en la versión de Hart: la tesis de que siempre existirá un margen donde la ley resulte ambigua o insuficiente y donde, por lo tanto, deberá otorgársele al juez la facultad de integrar los aspectos oscuros.

Estas son las tres célebres tesis positivistas que se han terminado configurando como canon de la doctrina y que han animado la compleja discusión contemporánea<sup>47</sup>. Como ya se anunciaba, estas fueron las ideas del positivismo que Dworkin seleccionó como diana para construir su crítica. Con ello, como ha sido señalado por Carrió, el filósofo inglés estaba cometiendo un ilícito argumentativo de no pequeña envergadura, puesto que pretendía generalizar su crítica sobre *todo* el espectro iuspositivista, pero partiendo de *una única* teoría concreta –la de Hart–. En definitiva, y utilizando las propias palabras de Carrió, “Dworkin ha creado o inventado su blanco. La modalidad de positivismo jurídico contra la cual argumenta, no existe”<sup>48</sup>. Haría falta hacer un complejo estudio de sociología del conocimiento para cerciorarse, pero es probable que la celebridad de estas tres tesis se deba más al hecho de que fueron empleadas por Dworkin como objetivo crítico, que al hecho de que los propios autores positivistas las utilicen como breviario teórico o metodológico.

En cualquier caso, lo que nos interesa aquí es destacar las consecuencias que se producen si aplicamos esta vía de acercamiento al positivismo. Si nos fijamos bien, en realidad estas tesis no ofrecen una exposición de las características centrales de la corriente, sino que más bien constituyen un estándar a partir del cual juzgar si una teoría es o no es positivista. En este sentido, por consiguiente, su finalidad es *más prescriptiva que descriptiva*. ¿Qué es lo que pasaría si las confrontamos con la teoría de Jhering o con algunas otras orientaciones que tradicionalmente entendemos como pertenecientes

---

<sup>46</sup> PORTALIS, Jean-Étienne Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préface de Michel Massenet, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999, pp. 22 y 24.

<sup>47</sup> Vid. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., pp. 11-27.

<sup>48</sup> CARRIÓ, Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., p. 54.

al paradigma? Pues bien, a menudo llegaríamos a resultados absurdos, ya que muchas de ellas deberían ser desterradas del panteón positivista.

Fijémonos en la primera de las afirmaciones, la teoría de las fuentes sociales. Como ya se explicaba antes, se trata de una tesis que pretende dar respuesta a la cuestión de la validez jurídica. Lo que ocurre es que quizá éste no sea un asunto tan central para todas las modalidades de positivismo. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el realismo jurídico escandinavo. De acuerdo con muchos representantes de esta escuela, el problema de la validez era un vestigio obsoleto del iusnaturalismo y del positivismo formalista, sin ninguna pertinencia para construir una teoría jurídica que quisiera ser empírica<sup>49</sup>. Podría discutirse hasta qué punto el realismo escandinavo forma parte del acervo positivista, pero en la mayoría de los casos se entiende que no es sino una derivación de aquél<sup>50</sup>. Nos topamos así, por lo tanto, con un caso en que el “método de las tesis” puede resultar fallido en su pretensión comprensiva.

Vayamos ahora a la segunda tesis. La prohibición de vincular Derecho y moral se ha venido formulando como la interdicción de incluir elementos “materiales” en la definición de Derecho. Este es el punto de vista que asumía Ralf Dreier para negar el carácter positivista a Jhering. A juicio de aquél, la tesis de la separación no se cumplía en el caso de éste, porque se adhería a la tradición filosófica germana, según la cual el Derecho y la moral quedaban escindidos en los términos de Pufendorf y Kant: mientras que lo jurídico se corresponde con las acciones exteriores y coercibles, lo ético atañe al espacio íntimo. Este significado, distinto al que postulan las tesis de la separación anglosajonas, es superficial y menos exigente –según Dreier– y provocó que Jhering terminara incluyendo elementos materiales en su concepto de Derecho –a causa de sus escapadas sociológicas y sus impertinentes indagaciones sobre el fundamento ético-social del ordenamiento–<sup>51</sup>. Así las cosas, también aquí nos topamos con la paradójica conclusión de que Jhering pertenecería al iusnaturalismo.

Las cosas también son problemáticas con la tercera tesis. De acuerdo con ésta, el positivismo cree en la existencia de un margen para la discreción del juez, por lo menos

---

<sup>49</sup> HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pp. 277 y ss: “para Ross y para Olivecrona la «validez» es una categoría superflua o inútil para los propósitos científicos. Desde sus primeras obras trataron de la descripción del derecho en términos empíricos, y nunca de buscar un diferente apoyo a la «fuerza obligatoria» del derecho” (pp. 277-278).

<sup>50</sup> Vid. BJARUP, Jes, *Skandinavischen Rechtsrealismus*, Verlag Karl Abel, Freiburg/München, 1978, pp. 179-182; OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus*, cit., pp. 70-76.

<sup>51</sup> DREIER, Ralf, “Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrends, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 111-129, especialmente pp. 122-129.

en los casos difíciles Sin embargo, así sería imposible catalogar como positivistas a corrientes tan características como la escuela de la exégesis. El principal aserto de esta tendencia fue el de la plenitud del ordenamiento, un dogma que sostenía la inexistencia de antinomias o lagunas en la ley. De ahí, a su vez, se concluía que la discrecionalidad judicial era algo perjudicial e innecesario<sup>52</sup>. En este afán por restringir hasta el extremo la labor interpretativa del juez, los partidarios de esta corriente terminaron eliminando la clásica distinción entre ley y Derecho: como dijo Joseph Bugnet (1794-1866), “yo no conozco el derecho civil, yo sólo enseño el Código de Napoleón”<sup>53</sup>. La peculiar forma de positivismo que se decantó de estos presupuestos teóricos es lo que hoy conocemos como legalismo, una variante que suele considerarse como paradigmática. Algunos han llegado a calificarla, de hecho, como la doctrina positivista en sentido “súper-estricto”<sup>54</sup>. Así pues, he aquí un tercer ejemplo de cómo el sistema de las tesis distorsiona y puede dejar fuera aspectos esenciales.

Los ejemplos que acaban de citarse no tienen vocación exhaustiva, puesto que podrían añadirse algunos más. Lo que se pretendía es demostrar la insuficiencia de la perspectiva que hemos calificado como conceptual. Hasta ahora se han considerado las tesis definidas por Hart, pero no es la única propuesta de similares características que se ha elaborado en la teoría jurídica contemporánea. Otro intento de formular una serie de proposiciones comprensivas es el emprendido por Norbert Hoerster<sup>55</sup>. Lo que diferencia a este enfoque del de Hart, es que está propuesto de forma reactiva: tras constatar la pluralidad de ideas que se suelen achacar al positivismo, Hoerster se propuso analizarlas en detalle para concluir que sólo dos de ellas le eran imputables con propiedad. En otras palabras, su objetivo fue demostrar que existen ideas preconcebidas con respecto a esta corriente, prejuicios que no hacen sino emborronar y distorsionar lo que en realidad sostienen sus partidarios.

Las tesis que Hoerster identificó, como aquellas que normalmente se atribuyen a la concepción positivista, son las siguientes: 1) la tesis de la neutralidad, según la cual el concepto de Derecho puede y debe construirse con independencia de la justicia o injusticia de su contenido; 2) la tesis de la ley, que sostiene que el Derecho debería

---

<sup>52</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto, vol. III. Ottocento e Novecento*, 9ª ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 17-21.

<sup>53</sup> BUGNET, Joseph, citado en BONNECASE, Julien, *L'école de l'exégèse en droit civil*, E. de Boccard, Paris, 1924, pp. 29-30.

<sup>54</sup> OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus*, cit., pp. 39 y ss.

<sup>55</sup> HOERSTER, Norbert, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, München, 2006; ID., *En defensa del positivismo jurídico*, cit., pp. 11-27.

definirse a través del concepto de ley; 3) la tesis de la subsunción, que afirma que la aplicación del Derecho se produce mediante una sencilla operación de subsunción lógica; 4) la tesis del subjetivismo, que se basa en la afirmación de que los criterios para definir el Derecho justo son de naturaleza subjetiva; y 5) la tesis de la obediencia, según la cual las normas deben obedecerse en cualquier circunstancia<sup>56</sup>. Una vez analizados estos principios, el filósofo alemán concluyó que casi todos habían sido indebidamente atribuidos al positivismo. En su opinión, sólo el primero y el cuarto formarían el cuerpo de la doctrina. El primero, por cuanto la neutralidad es esencial para deslindarse del iusnaturalismo: sólo apartando la justicia del concepto de Derecho, podrá darse una teoría coherentemente positivista. El cuarto, por cuanto la existencia de criterios o valores objetivos de justicia no es demostrable a través de la experiencia.

Es evidente que el esfuerzo de depuración conceptual resulta diferente en Hoerster que en Hart. No sólo porque las tesis se reduzcan de tres a dos, sino porque están formuladas de manera menos taxativa y, por lo tanto, son capaces de aglutinar a un número mayor de autores y teorías. En este sentido, no se dejan tantos aspectos en el tintero como nos sucedía con la propuesta anterior. No obstante este importante mérito, el intento de Hoerster se ve aquejado por otros defectos que ya existían en el modelo de Hart, y que son inevitables en toda estrategia de aproximación conceptual como la que está bosquejándose en estas páginas. Y es que, al estipular un número tan reducido de tesis definitorias para abarcar una corriente tan compleja, los perfiles reales de las opciones teóricas se terminan diluyendo en un abstracto formalismo.

Es verdad, por ejemplo, que Jhering quiso construir su teoría del Derecho con independencia de la justicia<sup>57</sup>, como también es cierto que Kelsen se adhirió sin fisuras a la tesis del subjetivismo<sup>58</sup>. Ahora bien, ¿basta con ello para aproximarnos a las ideas de estos dos autores? ¿De verdad fueron ambos positivistas sólo por cumplir con ese test de pertenencia? Probablemente, por ceñirnos al caso de Jhering, podría decirse que sí cumplía con los dos imperativos mencionados, aunque con importantes matices que no cabe exponer ahora. Podría sostenerse, incluso, que todas las teorías positivistas serían más o menos fieles a ambas tesis, como si éstas constituyeran una especie de común denominador imprescindible. Sin embargo, en otras variantes positivistas han

---

<sup>56</sup> La traducción castellana de *En defensa del positivismo jurídico* habla de la tesis del legalismo, pero en el texto original (también en la monografía *Was ist Recht?*) la expresión utilizada es *Befolgungsthese*, que aquí preferimos traducir, de forma literal, como tesis de la obediencia.

<sup>57</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-1, cit., pp. 19-62.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, 1928, pp. 63-65.

confluido aspectos que Hoerster señalaba como espurios –o que simplemente no tuvo en cuenta al confeccionar su modelo– y que tienen aún mayor importancia que los dos caracterizados como principales.

En nuestro caso, por ejemplo, debería prestarse una especial atención a la tesis de la obediencia. No es que Jhering se adhirió a una teoría de la obediencia absoluta, pero este asunto desempeña un papel central en su pensamiento<sup>59</sup>. De hecho, podría decirse que la tesis del subjetivismo y la de la neutralidad son de bastante menor relevancia para adentrarnos en sus ideas. Lo mismo sucede si nos fijamos en otros autores. La tesis de la subsunción, por ejemplo, constituye un pilar del positivismo de la exégesis y una de las principales características de la jurisprudencia de conceptos –de la que Jhering, por otra parte, fue partícipe en sus comienzos–<sup>60</sup>. Es verdad que hoy ha sido descartado un planteamiento tan estéril, pero ello no debe llevarnos a eliminar del mapa a las orientaciones positivistas que sostuvieron tesis como esa.

Del mismo modo, la propuesta de Hoerster descuida aspectos esenciales para la comprensión adecuada del positivismo. Como más adelante se argumentará, resulta impensable entender esta corriente sin aludir al problema del Estado. No es que todas las versiones positivistas fueran estatistas. De hecho, muchas de ellas se construyeron contra dicha concepción teórica. Tal es el caso de casi todas las tendencias sociológicas, que tanta influencia recabaron de Jhering. Sin embargo, incluso estas orientaciones se entienden desde dicho prisma. En el caso del alemán, además, el tema del Estado cobraba una enorme relevancia, porque es del todo imposible entender su pensamiento sin referirse a las transformaciones políticas que estaba sufriendo la Prusia de su época. Y así, poco a poco, los ejemplos podrían seguir ampliándose.

Así pues, por mucho rigor que creamos ver tras el acercamiento conceptual, al final las sombras son más numerosas de lo que parecía en un principio. La clave del error

---

<sup>59</sup> Vid. DUXBURY, Neil, “Jhering’s Philosophy of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 1, pp. 23-47; JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, pp. 27-51.

<sup>60</sup> Ralf Dreier, por ejemplo, entendía que la jurisprudencia de conceptos no era en realidad una variante del positivismo, pese a ser generalmente reconocida como una de las más señeras del paradigma: “si contemplamos la característica común de todas las modalidades de positivismo jurídico con la mirada preponderante en la actualidad, bajo la tesis de la separación del Derecho y la moral (o mejor, del Derecho y la justicia), tendremos que poner en duda que la jurisprudencia de conceptos de Jhering (como también la de Puchta) sea positivista. Porque la concepción de que el Derecho es un sistema cerrado de conceptos, institutos y dogmas, que contiene una solución para todos los casos posibles, se basaba –como podría demostrarse– en un concepto del Derecho válido enriquecido por consideraciones ético-jurídicas. Según estas, al Derecho pertenecen ‘fundamentos rectores’ y principios, que obtienen validez jurídica con independencia de un acto de positivización del Estado.” (Vid. DREIER, Ralf, “Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft”, cit., pp. 124-125).

está en algo que ya se señaló algunas páginas más atrás: no se trata de propuestas descriptivas, sino normativas, de teorías cuyo fin no es explicar qué es el positivismo, sino prescribir cómo debería ser. El resultado final, como quizá ya se haya podido intuir, es que se termina negando la carta de naturaleza a buena parte de las doctrinas positivistas decimonónicas, como si éstas no fueran más que conatos imperfectos de lo que hoy entendemos como canónico. Este modo de afrontar la cuestión ha llevado a algún autor, incluso, a hablar de un “falso positivismo” para referirse a las doctrinas de Rudolf von Jhering, Karl Bergbohm (1849-1927) y Ernst Rudolf Bierling (1841-1919)<sup>61</sup>. Semejante conclusión, que quizá parezca aceptable para algunos, violenta por completo la historia real de la concepción positivista y entorpece la comprensión del significado profundo de su problemática filosófica.

## 2.2. La estrategia de aproximación histórica

Frente al anterior método de acercamiento, sin embargo, existe otra manera de afrontar la cuestión que nos ocupa: la estrategia que aquí hemos denominado histórica. Según ésta, el objetivo ya no sería delinear una serie de tesis nucleares y comprensivas, sino escarbar en la genealogía de las diversas tendencias positivistas, con el objetivo de hallar los fundamentos *epistemológicos* e *ideológicos* que subyacen tras la aparición de esta manera de concebir el Derecho. El punto de vista es bien distinto de cuanto se acaba de exponer. La meta no es llegar a una definición canónica que sirva para discriminar la pertenencia de tal o cual teoría a la matriz positivista. De hecho, la nueva estrategia partiría de la base de que tal cosa es imposible, porque presupone que no se puede trazar un baremo nítido para cribar con la adecuada precisión: como decía Nietzsche en la frase que encabeza este capítulo, “todos los conceptos en los que se condensa semióticamente una evolución completa, se resisten a la definición; sólo es definible lo que no tiene historia”<sup>62</sup>.

Esta afirmación ilustra con claridad el punto de vista de la aproximación histórica. Cuando tratamos con conceptos tan añejos –y el de positivismo ya lo es–, toda

---

<sup>61</sup> TRIPP, Dietrich, *Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 257-286. El resultado de este posicionamiento es especialmente sorprendente en lo que se refiere a Bergbohm, pues éste ha sido calificado como “uno de los más decididos defensores del positivismo legalista y opositor del Derecho natural” (LANG-HINRICHSEN, Dietrich, “Karl Bergbohm”, en *Neue Deutsche Biographien*, 2. Bd., Duncker & Humblot, Berlin, 1953, p. 77).

<sup>62</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Zur Genealogie der Moral*, cit., p. 71 (II, §13).



definición fracasará en su intento de aprehenderlos. El único medio que existiría para poder acercarse con solvencia al significado de dicha corriente, como quizá habría pensado Nietzsche, es el de trazar una genealogía de sus orígenes<sup>63</sup>. En los pliegues de ésta es donde se pueden vislumbrar los caracteres que conforman el concepto de positivismo, los fundamentos que lo animan y las potencialidades que lleva aparejadas. No se trata de retórica, ni de una manifestación de escepticismo gnoseológico. Es sólo la expresión de un punto de vista humilde con respecto a la tarea de la filosofía, respetuoso con la historia y consciente de la inevitable indeterminación de los conceptos. Antes que estipular un determinado contenido de forma convencional, como propondrían ciertas orientaciones filosóficas, desde este enfoque es preferible transigir con un cierto grado de indeterminación, si con ello queda a salvo la integridad de los procesos en los que se revelan y desenvuelven los conceptos históricos<sup>64</sup>.

La idea de la indeterminación conceptual es, precisamente, lo que diferencia a esta aproximación frente a la anterior. Si en aquella se creía posible ofrecer un baremo para discriminar las apuestas *verdaderamente* positivistas de las que no lo eran, en ésta se renuncia a semejante pretensión. Así, sería posible distinguir un elenco de doctrinas cuya filiación positivista es meridiana, de otras que son más dudosas y que entrarían en una compleja zona gris. Este puede ser el caso, por poner sólo un ejemplo, de la escuela histórica del Derecho. De acuerdo con algunos autores, sería una de las primeras apuestas positivistas, en la medida en que descartó con tenacidad la existencia de un Derecho natural por encima de los avatares históricos<sup>65</sup>. Para otros, sin embargo, no sería más que una prolongación *sui generis* del iusnaturalismo, puesto que sustituyó a aquél con otra quimera igualmente metafísica: la historia y el espíritu del pueblo<sup>66</sup>. Sea como sea, el problema no se remedia acordando una frontera de forma convencional, sino haciéndonos cargo de las complejidades del devenir histórico.

Además, trazar una genealogía implica dejar de concebir al positivismo como una mera teoría, para pasar a comprenderlo como un paradigma de pensamiento lleno de

---

<sup>63</sup> Vid. FOUCAULT, Michel, “Nietzsche, la genealogía, la historia”, en ID., *Microfísica del poder*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1978.

<sup>64</sup> Vid. KOSELLECK, Reinhart, “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung” en ID., *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp Verlag, 2006, pp. 365-401. Vid. del mismo autor, también en este volumen, “Die Geschichte der Begriffe und Begriffe der Geschichte”, pp. 56-75.

<sup>65</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Sobre el positivismo jurídico”, cit., pp. 178 y ss; vid. también BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 35-38.

<sup>66</sup> Vid. NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 2003, p. 29; vid. también TRUYOL Y SERRA, Antonio, “Esbozo de una sociología del derecho natural”, *Revista de estudios políticos*, nº 44, 1949, p. 18.

recovecos y particularidades. Algo de esto ya se ha anunciado antes y se profundizará más adelante. En todo caso, por lo que afecta a la argumentación inmediata, hay que advertir de que los paradigmas no pueden desmembrarse en tesis. Es posible explicar las motivaciones de su nacimiento, los rasgos generales que explican su aparición y, sobre todo, los virajes ideológicos y epistemológicos que se dan a su paso. Sin embargo, no es posible especificar un breviario de doctrinas que lo definen de forma tasada, al modo de un catón sobre el que se sostiene todo su entramado. En este sentido, valga destacarlo una vez más, un *paradigma* es algo distinto de una *teoría*. Mientras que éstas se pueden desglosar en asertos parciales, aquellos se resisten a compartimentaciones de ese tipo. La realidad de los paradigmas, por lo tanto, resulta mucho más difícil de aprehender con el empleo exclusivo del método analítico.

En primer lugar, para comprender en qué consistiría el paradigma positivista, es fundamental estudiar su sustrato ideológico. Más adelante se especificará este aspecto, pero conviene advertir que se trata de una tesis ya planteada por Uberto Scarpelli. Según el autor italiano, en efecto, no es posible identificar un cuerpo doctrinal común y definitorio de todas las corrientes positivistas. Lo único que puede hacerse, para lograr aprehender de algún modo la “esencia” del movimiento, es identificar las *consecuencias* ideológicas –o a la inversa, las *motivaciones* políticas– que éste trajo consigo. En este sentido, el positivismo no aludiría a una mera opción científica o filosófica, sino que se trataría del reflejo cultural de un cambio producido en la esfera política y social. Sólo desde este prisma podría encontrarse un elemento de unidad para abarcar con él a todas las orientaciones que coexisten bajo el manto del iuspositivismo<sup>67</sup>. Veremos que, en lo que atañe a Jhering, esta dimensión cobra una relevancia especial. Los cambios políticos y sociales que se sucedieron tras la constitución de Alemania como nación unificada, así como el industrialismo y sus enormes derivadas, son los factores que se encuentran tras muchas de sus convicciones teóricas.

En segundo lugar, también es fundamental el cambio epistemológico que se ha citado en varias ocasiones. Aproximarse al positivismo desde esta estrategia implica ser conscientes de la profunda historicidad del cambio producido. Implica concebirlo como una transformación de gran alcance con repercusiones en numerosas dimensiones circundantes al fenómeno jurídico, desde la filosofía hasta el imaginario colectivo de los operadores jurídicos (ciudadanos, jueces, abogados, funcionarios, etc.). En este sentido,

---

<sup>67</sup> SCARPELLI, Uberto, *Che cos'è il positivismo giuridico?*, cit., pp. 49-60 y 73-78.

lo primordial no es identificar una serie de tesis nucleares, sino indagar en la cesura gnoseológica que se produjo para que apareciera esta nueva mentalidad. De la mano de este análisis, podría llegarse a alguna de las características que ya veíamos estipuladas en los modelos de Hart o de Hoerster, pero no de forma necesaria ni como fin último del estudio. Lo principal es entender el profundo cambio de espíritu científico que se tuvo que producir para el surgimiento del positivismo, un cambio que a su vez vino acompañado de mutaciones en distintos órdenes. Juntando ambos puntos de vista, el ideológico y el epistemológico, es como podemos llegar a una noción de positivismo aceptable: útil para entender su significado, pero no constrictiva como para promover la depuración de doctrinas pretendidamente espurias.

Valga con estos apuntes preliminares para caracterizar las diferencias entre las dos aproximaciones que estamos discutiendo. Sobre cuáles son los elementos ideológicos y gnoseológicos que nos permitirían entender el paradigma positivista en un sentido más concreto, habrá tiempo de profundizar en los siguientes epígrafes de este capítulo. El objetivo de este apartado no era otro que delinear los fundamentos de la investigación sobre el problema del iuspositivismo, señalando dos grandes maneras de acercarse a la cuestión y realizando una crítica de sus deficiencias y sus fortalezas principales. Como ya podrá colegirse por la forma en que se han presentado ambas opciones, la estrategia por la que se opta en este trabajo es la histórica.

A continuación, intentará profundizarse en la noción de positivismo desde este punto de vista. La primera pregunta que hay que hacerse, haciéndonos cargo de todo lo señalado, tiene que ver con los orígenes del positivismo jurídico. Como expondremos en el próximo apartado, hay dos principales teorías que se han ofrecido para explicar dicha génesis. En función de cuál de las dos se acepte, las consecuencias interpretativas serán de una u otra índole. Por lo que respecta a Jhering, como argumentaremos aquí, sólo una de ellas resulta adecuada para comprender su pensamiento con las garantías necesarias. No obstante la elección que haremos, debe tenerse en cuenta que las dos teorías se basan en la estrategia que acaba de definirse como histórica.

### 3. DOS TEORÍAS SOBRE EL NACIMIENTO DEL IUSPOSITIVISMO: ¿ORIGEN JURÍDICO O EXTRAJURÍDICO?

La cuestión que aquí afrontamos es una de las más peliagudas de la teoría del Derecho. ¿Debemos entender el positivismo jurídico como una línea de pensamiento independiente del paradigma filosófico y científico de su época, o más bien como una derivada del espíritu positivista que se había infiltrado en casi todas las manifestaciones culturales de la Europa decimonónica? Con todo lo inofensivo que pueda parecer este interrogante, se trata de uno de los aspectos donde se ha producido mayor desencuentro doctrinal. Para algunos autores, el iuspositivismo tiene un origen extrajurídico. Según ellos, se trataría de una prolongación del cambio de paradigma que ya se había dado en otros foros, y que extendía así sus brazos también al ámbito jurídico. De acuerdo con otros autores, sin embargo, esta última no sería sino una creencia infundada que nada tiene que ver con la realidad histórica del proceso: el iuspositivismo, según estas tendencias, bebería sólo de fuentes internas al mundo del Derecho.

Como ejemplos de la primera posición, podríamos citar a Guido Fassò, a Theodor Viehweg, António Manuel Hespanha, Walter Ott o Ulises Schmill<sup>68</sup>. De acuerdo con este último, que se ha mostrado especialmente vehemente al respecto, el iuspositivismo fue una vertiente del espíritu filosófico y científico que surgió a partir de la segunda mitad del siglo XIX: “los principios del positivismo filosófico se aplican estrictamente al positivismo jurídico, pudiendo desprenderse de ellos las características fundamentales de los diversos usos que la expresión ‘positivismo jurídico’ ha tenido en el transcurso del tiempo”. Pese a lo categórico de esta afirmación, existen otras posturas que la niegan con igual convicción. Podrían citarse así, a título de ejemplo, las opiniones de Karl Olivecrona, Franz Wieacker, Joseph Raz, Marcel Waline o Norberto Bobbio<sup>69</sup>. Según

---

<sup>68</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., pp. 153-175; VIEHWEG, Theodor, “Positivismus und Jurisprudenz”, en AA. VV., *Positivismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971, pp. 105-111; HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, ed. al cuidado de Antonio Serrano, trad. de Isabel Soler y Concepción Valera, Tecnos, Madrid, 2002, p. 194; OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus*, cit., p. 19; SCHMILL, Ulises, “El positivismo jurídico”, en AA. VV., *El Derecho y la justicia*, ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, Madrid, 2000, p. 68.

<sup>69</sup> OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., pp. 56-57; WIEACKER, Franz, “Jhering und der Darwinismus”, en AA. VV., *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederischen und Claus Wilhelm Canaris, C. H. Beck, München, 1973, p. 63; RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de Rolando Tamayo, UNAM, México, 1982, p. 55; WALINE, Marcel, “Positivisme philosophique, juridique et sociologique”, cit., p. 571; BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 3.

este último, que también se ha pronunciado sin ambages, “el positivismo jurídico no tiene nada que ver con el positivismo filosófico”.

Junto a estas valoraciones tan extremas, no faltan posiciones intermedias que han querido afirmar algún tipo de comunión entre los dos positivismos, sin que por ello debamos identificarlos de manera absoluta. Así tenemos, por ejemplo, las opiniones de González Vicén o Leszek Kolakowski. El primero de ellos mostró una actitud favorable a la tesis de la relación entre ambos tipos de positivismo, pero en un artículo posterior prefirió matizar esta postura original. Según esta rectificación, existirían versiones iuspositivistas que sí bebieron de los supuestos ontológicos y epistemológicos del positivismo filosófico, mientras que otras se fundamentaron en matrices científicas distintas<sup>70</sup>. Por otro lado, según Kolakowski, el positivismo tuvo manifestaciones en campos muy diversos, desde el Derecho hasta la historiografía o la teología. En este sentido, existiría un vínculo entre la veta filosófica y su prolongación en el Derecho, pero no se trataría de una ligazón tan estrecha “como para excluir la posibilidad de un discurso específico para cada campo”<sup>71</sup>.

Difícilmente podríamos hallar mayor discordancia. ¿Con cuál de todas estas posiciones deberíamos quedarnos? ¿Qué argumentos avalan a cada una de ellas? En este epígrafe trataremos de exponer los apoyos de las dos principales tesis señaladas, con el objetivo de seleccionar la más ajustada y la más útil para entender el pensamiento de Jhering. Desde este mismo instante adelantamos que aquí se apostará, con todos los matices, por la idea de que sí se da un importante nexo con el positivismo filosófico y científico. En primer lugar, se presentarán los argumentos de quienes sostienen la independencia del positivismo jurídico. Dado el gran número de autores que han optado por esta tesis, nos centraremos en dos posiciones destacadas: la de Norberto Bobbio y la de Karl Olivecrona (§3.1). En segundo lugar, se abordará la postura que sí cree en la existencia del citado vínculo. En este punto será obligada una incursión histórica por la génesis de esta corriente (§3.2).

---

<sup>70</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 48-53; ID., “Sobre el positivismo jurídico”, cit., p. 172.

<sup>71</sup> KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, trad. de Nicola Paoli, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. VII: “El término ‘positivismo’ tiene diversos significados: además de una determinada teoría filosófica, que pretendería no ser ni teoría ni filosofía, designa también una determinada perspectiva en el campo de la teoría del derecho, una determinada corriente en la historiografía literaria, y por último una particular posición sobre determinadas cuestiones teológicas. El empleo de una misma e idéntica expresión en todos estos casos no es del todo arbitrario, sino que se basa en una orientación conceptual común a los distintos campos citados; el vínculo que los une, sin embargo, no es tan fuerte como para excluir la posibilidad de un discurso específico para cada uno de ellos”.

### 3.1. El origen “jurídico” del iuspositivismo

Tal y como se anunciaba, existe una línea historiográfica rica y bastante difundida entre los filósofos del Derecho, según la cual el positivismo jurídico nació por causas endógenas, es decir, como evolución inmanente de tendencias ya presentes en el mismo desarrollo de las ideas jurídicas. Dicho de forma negativa, estas tesis sostendrían que el positivismo jurídico no fue una proyección del positivismo filosófico y científico en sentido amplio, sino un modo de concebir el Derecho que se explica y justifica por una historia jurídica independiente, con sus propias derivas y motivaciones. A continuación, intentarán exponerse los fundamentos de esta opinión a través de dos posiciones que ya son clásicas. En primer lugar nos detendremos en el argumento de Norberto Bobbio (§a); en segundo lugar se esbozará la posición de Karl Olivecrona (§b). Tanto en uno como en otro caso se ensayará una crítica frente a esta manera de entender la génesis del iuspositivismo.

#### *a) El argumento de Norberto Bobbio*

Probablemente, una de las teorías más extendidas con respecto al origen del iuspositivismo es la de Bobbio. De hecho, es un lugar común de la doctrina citar su obra para defender la distinción entre las dos variantes positivistas que venimos discutiendo aquí. De acuerdo con el filósofo italiano, el positivismo jurídico no tendría nada que ver con el filosófico, salvo en el caso de algunos autores que sí habrían compartido esa alianza de perspectivas. Sin embargo, a su modo de ver, tal cosa sólo pudo suceder de forma casual, en aquellas situaciones en las que un autor era partícipe del positivismo filosófico y a la vez defensor del positivismo jurídico, cada cosa en su diferente plano. Una conexión necesaria entre ambas perspectivas o un proceso de retroalimentación recíproco, es algo que el turinés no parecía contemplar: si se dio la coincidencia, tuvo que ser de manera contingente<sup>72</sup>.

No obstante, el primer argumento que ofreció para fundamentar esta opinión es sorprendentemente débil. Según Bobbio, el positivismo jurídico había surgido en Alemania, mientras que el filosófico lo hizo en Francia. Así las cosas, concluía sin

---

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 3-11.

mayores precisiones, no pudo darse una conexión entre estas dos corrientes<sup>73</sup>. Esta afirmación, como veremos a continuación, es problemática desde muchos puntos de vista. Sin perjuicio de que puedan emitirse más críticas, aquí examinaremos tres razones por las que no puede mantenerse este argumento con solvencia.

*En primer lugar*, es discutible que el iuspositivismo naciera en Alemania. El turinés se estaba refiriendo a la escuela histórica del Derecho, cuya fecha de nacimiento hay que situar alrededor de 1814, cuando Savigny publicó su escrito programático: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*<sup>74</sup>. Ahora bien, por aquel entonces Francia ya había vivido diez años de vigencia del código de Napoleón. Como es bien sabido, una de las direcciones positivistas más señeras fue derivada de una exacerbación del espíritu codificador francés: la escuela de la exégesis. Hay dudas sobre la datación exacta de esta corriente, pero no cabe duda de que hacia 1814 ya se había incoado el método y la dinámica de sus tesis principales: la teoría mecánica de la interpretación, la veneración al texto legal, la plena reducción del Derecho a la ley, el estatalismo normativo...<sup>75</sup>. Desde este punto de vista, por lo tanto, resulta muy dudoso decir que el positivismo había nacido en Alemania.

Es verdad que la ideología original de la codificación fue iusnaturalista, en tanto que su propósito era plasmar por escrito el Derecho natural. Pero no es menos cierto que aquella plasmación, paradójicamente, desencadenó la asunción de una mentalidad positivista. Algunos de los juristas napoleónicos, que fueron legalistas hasta extremos recalcitrantes, siguieron pensando que existía un Derecho natural o una voluntad divina tras la letra de la ley<sup>76</sup>. Sin embargo, ya nunca osaron buscar esos fundamentos más allá de sus artículos y párrafos. Así las cosas, y pese al mantenimiento de la retórica iusnaturalista como propaganda de la sumisión al código, el positivismo fue deslizándose de manera insensible en la cultura jurídica francesa. Al final, merced a este proceso un tanto estrambótico, se transitó desde el iusnaturalismo hasta el positivismo<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 3.

<sup>74</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 64-65; HATTENHAUER, Hans, "Einleitung", en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, 2. erw. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, especialmente pp. 25-33.

<sup>75</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., pp. 17-20.

<sup>76</sup> BONNECASE, Julien, *L'école de l'exégèse en droit civil*, cit., pp. 130-160.

<sup>77</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., p. 20. En muchas exposiciones históricas de la filosofía del Derecho se descuida el capítulo de la exégesis: o bien no aparece tratada, o bien es despachada en muy pocas páginas. Se trata de algo bastante natural, porque el credo de esta corriente se basaba, precisamente, en un rechazo de toda filosofía que trascendiera la estricta remisión a la ley. No obstante esta posición antifilosófica, lo cierto es que de su seno nació la concepción positivista más

Como se verá con la escuela histórica, el paso de una a otra mentalidad nunca ha resultado meridiano. Lo que sí está claro, en función de lo anterior, es que no puede afirmarse la primacía de Alemania en el surgimiento del iuspositivismo.

*En segundo lugar*, también es dudoso que el historicismo constituyera una variante positivista. Ya se ha adelantado que la escuela histórica se encuentra en una de las “zonas grises” del paradigma, en un espacio de transición difícil de clasificar. Según algunos autores, se trata de una de las primeras formulaciones de corte positivista, mientras que para otros no sería más que una versión velada del Derecho natural. Para otros, en fin, se debería incardinar en una tendencia que Radbruch calificó como teoría de la “naturaleza de la cosa”<sup>78</sup>. En todo caso, basta con recurrir a escritos de la propia época. En el ya mencionado discurso de von Gierke, que fue pronunciado con motivo de su nombramiento como rector en la Universidad de Breslau, éste presentó a la escuela histórica como alternativa a las visiones extremas del Derecho natural y el positivismo jurídico. Es decir, como tercera vía frente a dos posiciones infructíferas<sup>79</sup>. Desde este punto de vista, una vez más, la posición de Bobbio resultaría problemática: si la escuela histórica fue positivista, lo fue de manera todavía incipiente.

*En tercer lugar*, podría elevarse una última crítica que quizá sea interesante para aproximarnos a la noción de positivismo filosófico. Según el turinés, esta corriente de pensamiento nació en Francia. En primera instancia, resulta imposible rebatir tal cosa, porque francés fue su fundador, Auguste Comte, y franceses sus primeros seguidores. Sin embargo, conviene no hacer afirmaciones apresuradas. Por positivismo debemos entender todo un clima de pensamiento que va más allá del método comtiano. Como ha señalado Fassò, las raíces de esta corriente ya se encuentran en la ideología ilustrada del siglo XVIII, cuyo énfasis naturalista había preconizado la asunción del método empírico como vía de conocimiento<sup>80</sup>. Por otra parte, no sólo es en Francia donde comenzaron a fraguarse estas ideas. El naturalismo y el empirismo, por ejemplo, hallaron su caldo de cultivo en la Ilustración escocesa, cuyo máximo representante había sido David Hume. Además, sin negar la importancia de Comte, el utilitarismo inglés ya había precedido en

---

radical. Por eso, aunque renegara formalmente de la filosofía jurídica, las ideas de esta escuela tuvieron una importancia fundamental para el desarrollo del pensamiento sobre el Derecho.

<sup>78</sup> Vid. RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960, p. 6 y ss.

<sup>79</sup> GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht*, cit., pp. 11-14.

<sup>80</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., pp. 153 y ss.



unos años a sus ideas. Y esta orientación, como muchos han señalado, constituyó una de las principales modalidades del positivismo filosófico<sup>81</sup>.

Hasta aquí es donde llega el primer argumento de Bobbio. El segundo fundamento utilizado para desvincular al positivismo filosófico de su homólogo jurídico es bastante más consistente y está más extendido entre los filósofos del Derecho. De acuerdo con éste, la expresión “positivismo jurídico” no habría surgido por una traslación de los presupuestos teóricos del positivismo *lato sensu* al campo de la filosofía jurídica. Antes bien, la expresión provendría de la locución “Derecho positivo”, cuyo origen no tiene nada que ver con el desarrollo de las ideas filosóficas y científicas positivistas<sup>82</sup>. Así las cosas, según el italiano, cada una de estas dos tendencias habría seguido un camino independiente: ni desde el punto de vista histórico ni desde el enfoque lingüístico tendrían nada en común. A continuación, intentará exponerse este razonamiento con algo de detalle, pero a partir de la formulación de Karl Olivecrona. Posiblemente, es en la obra de éste donde mejor desarrollado se encuentra<sup>83</sup>.

### **b) El argumento de Karl Olivecrona**

En un artículo que Olivecrona escribió con motivo del 150 aniversario del nacimiento de Jhering, el filósofo escandinavo trató de ubicar las ideas de éste bajo la égida del positivismo jurídico. En realidad, se trata de un artículo no demasiado útil para comprender al alemán, puesto que no le dedica apenas un párrafo. En cambio, resulta altamente esclarecedor para entender la tesis sobre el origen jurídico del iuspositivismo. Con gran rigor y claridad conceptual, en él sintetiza los puntos de vista desarrollados en *El derecho como hecho*. Después, una vez delineado el planteamiento general sobre la naturaleza del positivismo, termina situando a Jhering bajo las coordenadas extraídas a resultas de esa investigación. Aquí expondremos las líneas maestras de su análisis sobre

---

<sup>81</sup> GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 574-588. Como nos advierte el autor italiano, la ubicación del utilitarismo inglés ha sido siempre debatida por los historiadores del pensamiento. Algunos prefieren estudiarlo como prolongación de las corrientes ilustradas, mientras que otros lo sitúan como variante inglesa del positivismo. La cuestión no es tan importante, sin embargo, puesto que el propio positivismo ha de entenderse como una continuación enriquecida y *sui generis* de una línea ya emprendida en la Ilustración.

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 3-11.

<sup>83</sup> OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., pp. 15-59; ID., “Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft”, en AA. VV., *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, 2ª ed., hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, pp. 165-176.

el positivismo y lo criticaremos, sin por ello impugnar la filiación iuspositivista del jurista alemán. Como más adelante se verá, resulta más útil entenderlo desde el enfoque del positivismo como corriente de origen extrajurídico.

Según nos explica Olivecrona, no sabemos a ciencia cierta cuándo se habló de positivismo jurídico por primera vez. La referencia más temprana que él pudo localizar es la de Otto von Gierke, cuyo discurso ya ha sido citado aquí con frecuencia<sup>84</sup>. Sea como sea, todo parece sugerir que la expresión fue utilizada como un atributo despectivo para designar a aquellos que reducían todo el Derecho al “Derecho positivo”. Es así como el ilustre germanista pudo hablar de “hiperpositivistas” –*Hyperpositivisten*– para referirse con sorna a los que negaban la existencia del Derecho natural y reducían así todo el discurso a la mera constatación de la legalidad vigente. Al hacer semejante cosa, sin tener en cuenta la incardinación del Derecho en la historia viva de la nación, y circunscribiéndolo a un mero acto del poder coactivo –*zwingende Macht*–, eliminaban lo que Gierke llamaba la “idea de Derecho”<sup>85</sup>.

En opinión de Olivecrona, se trasluce aquí una noción de positivismo vinculada al problema del Derecho positivo, y no a las ideas del positivismo filosófico en sentido amplio. Si así son las cosas, continuaba, es menester investigar la procedencia de la locución “Derecho positivo”. Para esto, en su opinión, habría que retrotraerse hasta las doctrinas del Derecho natural racionalista, en particular a las obras de Hugo Grocio y Samuel Pufendorf. Según estos dos autores, existen dos niveles normativos distintos, el natural y el positivo. Mientras el natural es cognoscible mediante el ejercicio de la razón humana, el positivo consiste en la *voluntad del soberano*, ya se trate de Dios (en cuyo caso hablamos de Derecho positivo *divino*), o del gobernante (en cuyo caso hablamos de Derecho positivo *humano*). En cualquiera de los dos casos, para conocer el Derecho positivo sería necesario un *acto de promulgación* (o bien las Sagradas Escrituras, o bien las leyes, reglamentos y decretos del gobernante); de otro modo, sostendrían ambos, el contenido de la *voluntad del soberano* sería inaccesible.

---

<sup>84</sup> OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, cit., p. 51; GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht*, cit., p. 11.

<sup>85</sup> GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht*, cit., pp. 13 y ss. La primera censura de Gierke frente al positivismo arranca desde este discurso de 1882. No obstante, habrá que esperar un año para que desarrolle un aparato crítico coherente y argumentado. En un largo comentario a una reciente obra de Paul Laband, en efecto, fue donde Gierke expuso su posicionamiento antipositivista con mayor fundamento: GIERKE, Otto von, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* [1883], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1961. En síntesis, se trata de una crítica contra el método lógico-formalista de Laband, que Gierke viene a identificar con el positivismo *lato sensu*.

De aquí se derivan, a juicio de Olivecrona, la mayoría de los rasgos que luego encontraremos en las doctrinas positivistas: la voluntad del soberano como piedra angular del Derecho –he ahí el elemento de la autoridad–, o la gran importancia de la promulgación para conocer dicha voluntad –he ahí el elemento de la ley escrita–. En su opinión y en la de otros autores, en efecto, el positivismo jurídico heredó muchos planteamientos de las teorías iusnaturalistas. Así, como señalaba Wieacker, el método de trabajo conceptual y sistemático es un legado de la ciencia jurídica modelada por los post-glosadores y prolongada por los grandes tratadistas del Derecho natural racionalista<sup>86</sup>. Y así, como nos advierte el sueco, se explica la importancia otorgada al concepto de voluntad. El peso de esta noción en la obra de los pandectistas del siglo XIX, así como en la dogmática del Derecho privado contemporáneo, no sería sino una prolongación de ideas ya incoadas en los sistemas de Grocio o Pufendorf<sup>87</sup>.

En resumidas cuentas, el autor escandinavo sostiene que el positivismo tomó su concepto de Derecho positivo de las doctrinas iusnaturalistas. Frente a éstas, que lo fundamentaban en la apoyatura del contrato social y que lo subordinaban a la más alta autoridad del Derecho natural, formularon la noción con independencia de este legado filosófico. Así pues, a partir de entonces, el Derecho positivo pasó a ser tan sólo la emanación de la voluntad soberana, al mismo tiempo que el positivismo jurídico se convertía en la doctrina que únicamente reconocía a esa instancia como fuente de Derecho. De ahí se derivaban las acusaciones de Gierke ya señaladas: si se eliminan los fundamentos del contrato social o de un orden racional subyacente como fuente o supra-ordenamiento de las normas positivas, entonces no queda más que la desnuda voluntad del poder. Y de esta manera, dirían los acusadores de la concepción positivista, se da pie a una teoría lacaya, destinada sólo al servicio del Estado.

A tenor de esta explicación, el positivismo jurídico sólo habría bebido de fuentes inherentes a la historia de las ideas iusfilosóficas. Se trataría, lisa y llanamente, de una teoría que abanderó el Derecho positivo –el *ius positum*, el Derecho puesto– como el único merecedor de estudio. Desde este punto de vista, el advenimiento del positivismo filosófico, en la versión de Comte o en las demás tendencias que salpicaron el siglo XIX, sería tan sólo un factor sobrevenido sin repercusión sobre el devenir de las ideas jurídicas. Nótese, en efecto, que no ha sido necesario referirse a la influencia de

---

<sup>86</sup> WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 322 y ss.

<sup>87</sup> OLIVECRONA, Karl, “Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft”, cit., pp. 168-170.

elementos científicos, filosóficos o sociales –ajenos al estricto ámbito del Derecho– para explicar cómo y por qué nació el iuspositivismo. Y así las cosas, a juicio del sueco, era imprescindible discernir entre los dos significados de la expresión. Desde nuestro punto de vista, esta tesis es impugnada desde varias perspectivas. A continuación señalaremos tres razones por las que no resulta en absoluto satisfactoria.

*En primer lugar*, la explicación de Olivecrona deja sin explicar muchos aspectos de la cultura iuspositivista. Es posible que queden reflejadas algunas de las tendencias que coexistieron bajo dicha rúbrica. Así, por ejemplo, todas las doctrinas estatistas como las de Jhering, Austin o Bentham. En cambio, quedarían otras orientaciones con un difícil acomodo en el modelo. ¿Dónde podrían ubicarse las escuelas antiformalistas? Si la gran aportación de éstas fue desvincular al Derecho del Estado, para enraizarlo así en la sociedad<sup>88</sup>, ¿cuál es el papel que desempeña aquí la voluntad? ¿Deberíamos hablar de la voluntad social, en lugar de la del soberano? Y en el caso de que pudiéramos salir ilesos de este problema, ¿qué tipo de promulgación cabría predicar de este viraje de planteamientos? ¿Una promulgación espontánea, tácita, difusa? Por mucho ingenio que desplegáramos, difícilmente podría ensayarse algún retruécano teórico solvente: al final, la solución pasaría por negar el carácter positivista a estas corrientes.

En particular, este problema se agrava cuando tratamos con la filosofía de Jhering. Como es bien sabido, la ciencia jurídica de la escuela histórica y la pandectística se había construido sobre la base del concepto de voluntad, en una línea filosófica que entronca con la exaltación romántica del “yo” y que también se manifiesta en los grandes sistemas del idealismo alemán, desde Fichte hasta Hegel<sup>89</sup>. No obstante, esto no implica que todos los positivistas se apoyaran en este presupuesto. Por un lado, como acaba de afirmarse en el párrafo anterior, existen versiones del positivismo que se asentaron en otros principios; por otro lado, también hay modalidades iusnaturalistas que asumieron la noción de voluntad como base. De hecho, es posible encontrar este principio en Kant, sin que su ubicación como iuspositivista sea clara<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Vid. HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea*, cit., p. 209 y ss.

<sup>89</sup> AHRENS, Heinrich, *Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht auf philosophisch-anthropologischer Grundlage*, Carl Gerold & Sohn, Wien, 1852, pp. 150-161. Según el filósofo krausista Heinrich Ahrens, en efecto, el principio de la voluntad se encontraba en la base de la filosofía de Kant, de la escuela histórica, de Stahl, de Schelling y de Hegel. El propio Jhering lo vio así en el tercer volumen del *Espíritu del Derecho romano*, donde imputaba esta orientación –a su modo de ver errónea– a las filosofías de Kant y Hegel: JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 327-333.

<sup>90</sup> Vid. KÜHL, Kristian, “Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie”, en AA. VV., *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts (Vorträge der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. Von Ralf Dreier, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1990, pp. 75-93.

En lo que se refiere a Jhering, esta aproximación es insostenible. En sus primeras obras, herederas del anterior legado filosófico, la idea de voluntad desempeñó un gran papel. Sin embargo, ya en el tercer volumen del *Espíritu del Derecho romano* se enderezó el rumbo en otro sentido distinto. Es así como acuñó el concepto de *interés* como eje de la ciencia y la filosofía del Derecho, puesto que parecía explicar mejor la “sustancia” de muchas instituciones jurídicas<sup>91</sup>. Y es así como, tan sólo algunos años más tarde, será el *fin* lo que termine constituyendo la base de su pensamiento jurídico<sup>92</sup>. Ambos cambios de dirección se realizaron como crítica a las insuficiencias del enfoque voluntarista que había dominado en la ciencia jurídica de sus predecesores, y no como meras afirmaciones retóricas o incursiones especulativas baldías. De hecho, Jhering aplicó los nuevos puntos de vista a sus últimas contribuciones dogmáticas, sentando así las bases de una nueva y fructífera metodología jurídica<sup>93</sup>. En resumidas cuentas, el alemán edificó una manera de abordar el estudio del Derecho alternativa al vetusto aparato conceptual de la voluntad. Así pues, si se aceptara el argumento de Olivecrona, sería difícil incluir a Jhering como positivista.

*En segundo lugar*, la tesis del sueco adolece de un importante problema histórico. ¿Por qué recurrir al pensamiento de Pufendorf y Grocio para explicar la emergencia del concepto de Derecho positivo? Es verdad que la fecha de aparición de esta expresión no está del todo clara, pero es seguro que tuvo lugar mucho antes de la filosofía racionalista. Tradicionalmente, se ha sostenido que fue en la obra de Abelardo, el autor escolástico del siglo XII, donde por primera vez se empleó<sup>94</sup>. Sin embargo, estudios más recientes y exhaustivos han desvelado que ya en el comentario que el filósofo neoplatónico Calcidio realizó al *Timeo* de Platón (en el siglo V d. C.), se empleaba la expresión similar de “iustitia positiva”<sup>95</sup>. Más tarde, este diálogo platónico y el comentario de Calcidio encontrarían gran divulgación entre los escolásticos tardo-medievales. Así pues, es bastante seguro que el concepto se apuntaló junto con los cambios políticos y sociales acaecidos en la baja edad media.

---

<sup>91</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 327-350.

<sup>92</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. IV y V.

<sup>93</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich einer Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968, pp. VI-XVI. Sobre este vuelco metodológico de Jhering, vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 203 y ss.

<sup>94</sup> Vid. FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e Medioevo*, cit., pp. 198-199.

<sup>95</sup> Vid. BLÜHDORN, Jürgen y JAMME, Christoph, “Positiv, Positivität”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Bd. VII, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1989, pp. 1109-1110.

Así las cosas, ¿por qué acudir hasta Grocio y Pufendorf para explicar el origen del concepto actual? En realidad, ya en el empleo de la locución “Derecho positivo” de los últimos escolásticos se dejaba ver la idea de soberanía como telón de fondo<sup>96</sup>. No olvidemos que fue en esta época cuando comenzó a rescatarse y perfeccionarse el antiguo Derecho romano, en un proceso concomitante con el paulatino acrecentamiento de poder de las entidades feudales. Por si fuera poco, esta noción de Derecho positivo es la que se traslada a los autores voluntaristas del siglo XIV, especialmente a los franciscanos Duns Scoto y Guillermo de Ockham. En la filosofía de este último, la idea de Derecho natural se terminaba diluyendo casi por completo. En su opinión, sólo era Derecho el Derecho positivo, aunque se tratara, por supuesto, de Derecho positivo divino: las Sagradas Escrituras dictadas por voluntad de Dios<sup>97</sup>. Así pues, si para Olivecrona la clave de bóveda estaba en la progresiva decantación del concepto de voluntad, entonces la retrospección debería comenzar por la escolástica *voluntarista* tardo-medieval y no por el iusnaturalismo *racionalista* moderno.

*En tercer y último lugar*, la tesis del sueco peca de un importante defecto argumentativo. De acuerdo con su razonamiento, la idea de voluntad se trasladó desde la doctrina del Derecho natural hasta los autores positivistas. Sin embargo, como él mismo se encargaba de recalcar, dicha transferencia se produjo sin importarse a la vez los fundamentos que sostenían el edificio racionalista: la idea de un orden subyacente a todas las cosas y el instrumento teórico del contrato social. Pero la cuestión nuclear es precisamente esa. Sería difícil negar la existencia de puentes entre estas dos grandes épocas de reflexión sobre el Derecho, ya que se produjeron notables continuidades entre las doctrinas iusnaturalistas y las positivistas<sup>98</sup>. Sin embargo, se dieron también muchas rupturas, que son las que conviene explicar para entender la razón de ser del nuevo paradigma. Así pues, si bien es verdad que la noción de voluntad gozaba ya de solera en las doctrinas del Derecho natural, lo que hay que explicar es por qué se rechazaron las ideas de orden racional y de contrato social como apoyatura filosófica subyacente. Son

---

<sup>96</sup> Vid. TIERNEY, Brian, “Public Expediency and Natural Law: A Fourteenth-Century Discussion on the Origins of Government and Property”, en ID., *Rights, Laws and Infallibility in Medieval Thought*, variorum, Aldershot (Great Britain), 1997, pp. 167-182.

<sup>97</sup> Vid. FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª ed. corregida y aumentada, Ceura, Madrid, 1986, pp. 171 y ss.

<sup>98</sup> Vid. DILTHEY, Wilhelm, *Zur preußischen Geschichte (Gessammelte Schriften, Band XII)*, 2. unveränderte Aufl., B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 1960, pp. 152-182; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 322-347; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, en ID., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, pp. 206-221.

estas dos cuestiones, y no la del concepto de voluntad, las que marcan la cesura entre una y otra manera de entender el Derecho.

Dicho de forma resumida, lo que sucede es que Olivecrona parece empeñado en circunscribir el nacimiento del positivismo a razones endógenas, respectivas al estricto desarrollo de las ideas jurídicas y con independencia del clima general de cultura y pensamiento en el que éstas se desarrollan. Así, su planteamiento se aferra en exceso a la idea de voluntad y de Derecho positivo como piedras angulares del proceso, pero deja sin cubrir un largo elenco de aspectos relevantes para la comprensión cabal de éste. De ahí es de donde se derivan, *grosso modo*, las tres deficiencias que acaban de subrayarse. La idea de Derecho positivo se manejaba ya desde antiguo, en efecto, pero eso no nos ayuda a explicar por qué a partir del siglo XIX se comenzó a producir un vuelco teórico en nuestras ideas sobre el Derecho, por qué empezaron a proliferar autores que enseguida serán conocidos como positivistas, y por qué se abandonó la idea del Derecho natural casi del todo<sup>99</sup>. Como intentará argumentarse a continuación, este proceso sólo puede entenderse desde una aproximación “extrajurídica”.

### 3.2. El origen “extrajurídico” del iuspositivismo

Frente a las teorías que acaban de discutirse en el anterior epígrafe, las tesis que sostienen el origen extrajurídico del positivismo no hacen un hincapié tan fuerte en la noción de Derecho positivo. Al contrario, se centran en señalar un proceso de traslación desde los presupuestos metódicos del positivismo filosófico y científico al dominio del Derecho<sup>100</sup>. En semejante traslado, como es natural, se reformuló el concepto de Derecho positivo manejado desde hacía siglos por las diversas corrientes de pensamiento que se sucedieron tras la última escolástica. Sin embargo, la emergencia que dio pie al nuevo paradigma tuvo que ver con factores exógenos y no con una evolución inmanente de la idea de voluntad o de la noción de Derecho positivo. A diferencia de lo que sucedía con los autores anteriores, además, el celo por deslindar los dos significados de positivismo no es ya tan marcado: si bien suelen explicitar a cuál de

---

<sup>99</sup> Vid. VIEHWEG, Theodor, “Positivismus und Jurisprudenz”, cit., pp. 105-107.

<sup>100</sup> Vid. por ejemplo LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1991, pp. 36-38: “como movimiento intelectual general (europeo), el positivismo abarcó, durante el transcurso del segundo tercio del siglo XIX en Alemania, más o menos a todas las ciencias del espíritu”.

las dos nociones se alude en cada caso –por obvias razones de claridad analítica– este rigor no degenera en la obsesión que caracterizaba a las otras posturas<sup>101</sup>.

Como ejemplo de este segundo modelo explicativo, podemos citar la tesis de Ulises Schmill. Según éste, en efecto, el positivismo jurídico nació como proyección de un profundo cambio epistemológico que sacudió Europa hacia mediados del siglo XIX. De acuerdo con este planteamiento de base, el positivismo jurídico no sería una corriente definida con tesis meridianas sobre la esencia del fenómeno jurídico, sino más bien un nicho epistemológico que comprendería un acervo de teorías diversas. Como el propio Schmill señala, “la expresión positivismo designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, algunas de las cuales se encuentran en relativa oposición entre sí. Sin embargo, como dice Abraham Kaplan, puede distinguirse entre un positivismo del siglo XIX y un positivismo del siglo XX, a pesar de que ambos tienen como origen común el gran movimiento cultural del siglo XVIII conocido como ‘la Ilustración’ o ‘el Iluminismo’ [...]. En todos ellos se contienen contribuciones de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos presupuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre cierto tipo de problemas, con una manera especial de abordarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición a las ciencias empíricas”<sup>102</sup>.

Pese al carácter sintético de estas líneas, en ellas queda esbozada la posición que queremos exponer aquí. A continuación, tomando como base dichas consideraciones, desglosaremos los elementos que se concitan en la propuesta de Schmill, pues nos servirán para caracterizar el núcleo de las teorías que sostienen un origen “extrajurídico” del iuspositivismo. Tres son los aspectos que cabe identificar como principales en su modelo explicativo. *En primer lugar*, la idea de que el positivismo jurídico no es una teoría con tesis bien definidas, sino más bien un marco genérico que abarca distintas posiciones no siempre conciliables entre sí (§a). *En segundo lugar*, el hecho de que el positivismo jurídico tiene orígenes próximos en el siglo XIX y orígenes remotos en el siglo XVIII, concretamente en el movimiento filosófico y científico de la Ilustración (§b). *En tercer lugar*, la idea de que el iuspositivismo es una suerte de lecho ideológico y epistemológico, un nuevo paradigma que se define por una nueva manera de escoger y plantear los problemas que merecen atención científica (§c).

---

<sup>101</sup> Vid. por ejemplo FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. III. Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 79-85.

<sup>102</sup> SCHMILL, Ulises, “El positivismo jurídico”, cit., pp. 65-66.



### **a) Un marco de pensamiento con tendencias diversas**

Sobre el primero de estos aspectos ya se ha advertido parcialmente. En síntesis, queremos sostener que el *iuspositivismo* bebió de una corriente filosófica y científica conocida como *positivismo*, que se derramó como una mancha de aceite por todos los ámbitos del conocimiento a partir del siglo XIX. Entre los campos afectados por esta emergencia se encontraba el del Derecho, a cuya esfera empezó a aplicarse el corpus de métodos, doctrinas y actitudes forjados por el nuevo paradigma. En este sentido, y con independencia del concepto de Derecho positivo, la aparición del iuspositivismo tuvo que ver con un viraje cultural de notable envergadura para la deriva del conocimiento europeo. Como dice el propio Schmill, “los principios del positivismo filosófico se aplican estrictamente al positivismo jurídico, pudiendo desprenderse de ellos las características fundamentales de los diversos usos que la expresión ‘positivismo jurídico’ ha tenido en el transcurso del tiempo”<sup>103</sup>.

Así las cosas, lo que hay que hacer es determinar el sentido del positivismo en sentido amplio. Pero tampoco esta es tarea fácil, puesto que la expresión está cargada de una enorme polisemia. De acuerdo con el *Diccionario filosófico* de José Ferrater Mora, existen al menos seis acepciones diferentes de positivismo<sup>104</sup>. Por otra parte, si hacemos caso del *Historisches Wörterbuch der Philosophie* fundado por Joachim Ritter, son tres los significados principales que se atribuyen a esta etiqueta<sup>105</sup>. El primero de ellos tendría que ver con el calificativo que se otorga a determinadas *corrientes filosóficas* de los siglos XIX y XX. El segundo se refiere al apelativo empleado en la historia de la filosofía para designar ciertos *fenómenos de la historia intelectual* y cultural moderna. El tercero, en fin, atañe al uso de la expresión ‘positivismo’ en *contextos político-sociales*, como atributo despectivo para descalificar a posiciones antagonistas. Dado que dentro de cada uno de estos sentidos principales cabría distinguir acepciones distintas, el resultado es de una polisemia aún mayor que en la relación de Ferrater.

Si nos centramos en las seis acepciones ofrecidas por el filósofo español, podemos acercarnos a una noción de positivismo útil a nuestros efectos. En primer lugar, se llama positivistas a las doctrinas que destacan la importancia de lo que es cierto, efectivo o

---

<sup>103</sup> SCHMILL, Ulises, “El positivismo jurídico”, cit., p. 68.

<sup>104</sup> FERRATER MORA, José, “Positivismo” en ID., *Diccionario de filosofía*, tomo III, ed. revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabras, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 2853-2856.

<sup>105</sup> PRZYBYLSKI, Hartmut, “Positivismus”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., pp. 1118-1122.

verdadero. Dado que una gran cantidad de corrientes ha afirmado cosas semejantes, conviene desterrar una noción tan vaga. En segundo lugar, se entienden como positivistas las teorías de raigambre cartesiana. Se trata de una acepción más restringida que la anterior, ya que tales doctrinas se atienen a lo cierto, efectivo o verdadero, pero partiendo de un escepticismo epistemológico previo. No obstante este matiz, sigue siendo una noción excesivamente amplia. En tercer lugar, se denominan positivistas las teorías, como la de Schelling, que utilizan el término “positivo” para definir su sistema o posicionamiento filosófico. Dada la gran variedad de significados de dicho término, tampoco esta acepción parece recomendable.

Hasta aquí llegan las tres primeras acepciones, que se caracterizan por ofrecer una denotación muy amplia. Las tres siguientes, como enseguida se verá, limitan el ámbito de referencia y son más interesantes para nuestros fines. La cuarta sostiene que son positivistas las teorías filosóficas construidas con base en realidades accesibles mediante los sentidos. Pese a ser más precisa, también se desliza aquí un equívoco, porque no todos los filósofos “sensualistas”<sup>106</sup> podrían englobarse bajo la rúbrica del positivismo: en algunos casos sí se daría la coincidencia, pero no de forma necesaria. El quinto significado entendería el positivismo como una suerte de etiqueta genérica para designar a varias doctrinas filosóficas con un aire de familia y unos presupuestos más o menos comunes: utilitarismo, materialismo, naturalismo, biologismo, pragmatismo, etc. El cerco se estrecha aquí aún más, puesto que se descartan las teorías sensualistas y, desde el punto de vista histórico, nos colocamos ya en el siglo XIX. No obstante todo ello, Ferrater señala una última y más correcta acepción –a su entender– que define el positivismo mediante un reenvío al pensamiento de Auguste Comte (1798-1857) y al neopositivismo del Círculo de Viena en el siglo XX<sup>107</sup>.

A pesar de la opinión de Ferrater, para poder entender lo que sucedió en el ámbito jurídico de modo cabal sería más conveniente quedarnos con la penúltima acepción, es decir, aquella que entendía el positivismo como un gran nicho de teorías filosóficas diversas: utilitarismo, pragmatismo, naturalismo, biologismo, etc. Es verdad que, en un sentido súper-estricto, el positivismo debería circunscribirse a la teoría de Comte y sus

---

<sup>106</sup> Por sensualismo (también llamado sensacionalismo) ha de entenderse la doctrina según la cual el conocimiento sólo puede alcanzarse a través de las percepciones sensoriales. En sentido estricto, se trata de una concepción gnoseológica que surgió en Francia durante el siglo XIX. En sentido amplio, puede retrotraerse hasta Aristóteles y, sobre todo, a la epistemología de John Locke. Vid. VOLLMER, Matthias, “Sensualismus”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., pp. 614-618.

<sup>107</sup> FERRATER MORA, José, “Positivism”, cit., p. 2854.

discípulos<sup>108</sup>, pero entonces nos saldrían al paso dos problemas: 1) en primer lugar, la categoría perdería mucho de su potencial para comprender las plurales manifestaciones de una época compleja en la historia del pensamiento. 2) En segundo lugar, en lo que atañe al mundo del Derecho, apenas serviría para entender la aparición y el desarrollo del positivismo jurídico, ya que la incidencia directa de Comte en este ámbito fue limitada. Estas dos afirmaciones requieren una explicación.

Con respecto al potencial explicativo de la noción de positivismo, cabe recordar que algunas de las características del método “positivo” ya habían surgido años antes de que Comte fraguara su sistema. Es con el conde de Saint-Simon (1760-1825), de quien aquél fue discípulo y al que asistió como secretario durante unos años<sup>109</sup>, con quien ya vemos un empleo del concepto similar al que después utilizará Comte. En 1810, por ejemplo, Saint-Simon hablaba de “teoría y práctica de la ciencia general positiva”, reclamándose continuador de un viraje metodológico iniciado por Francis Bacon dos siglos atrás (éste ya había hablado de una “doctrina positiva”)<sup>110</sup>. Leszek Kolakowski, por su parte, inicia su estudio sobre el positivismo mediante una retrospectiva que se remonta hasta el nominalismo medieval, en particular hasta las obras de Roger Bacon (1214-1292) y Guillermo de Ockham (1285-1347)<sup>111</sup>. Desde luego, sería absurdo tildar de positivistas a autores tan antiguos, pero también resulta exagerado reducir el alcance de la corriente a la filosofía de Comte. Este planteamiento tan limitativo, además, no es capaz de explicar el positivismo lógico del siglo XX.

Con respecto a la segunda cuestión, tampoco nos es útil una idea tan restringida del positivismo, porque la obra de Auguste Comte no desempeñó un papel directo en la historia del pensamiento jurídico<sup>112</sup>. Cuando hablamos de una transferencia de nociones, presupuestos y actitudes desde el positivismo filosófico a su homólogo jurídico, no nos referimos tanto a Comte, cuanto a un clima de pensamiento que se había apoderado de la vida europea y que se manifestó en muchos autores, escuelas y movimientos. En lo que se refiere a la obra de Jhering, Helmut Coing ha creído ver una gran concomitancia

---

<sup>108</sup> Vid. por ejemplo SIMON, Walter, *Il positivismo europeo nel XIX secolo*, trad. di Enzo Massari, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 13-80.

<sup>109</sup> Vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. 3. Idealismo y Positivismo*, Alianza, Madrid, 2004, pp. 221 y ss.; GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 547.

<sup>110</sup> Vid. BLÜHDORN, Jürgen y JAMME, Christoph, “Positiv, Positivität”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., p. 1115.

<sup>111</sup> KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., pp. 14 y ss.

<sup>112</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 79-85; OLLERO, Andrés, “Auguste Comte (1798-1857)”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3: Juristas del siglo XIX)*, ed. Por Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 144-149.

de ideas entre éste y el filósofo francés, hasta el punto de sugerir una posible influencia directa<sup>113</sup>. Tal cosa, sin embargo, es muy poco probable, puesto que las fuentes filosóficas del jurista estuvieron más ligadas al utilitarismo inglés y a las variantes del positivismo germánico. Por otra parte, hasta la fecha no existen testimonios epistolares que avalen esta hipotética transferencia de ideas. Por todo ello, también desde este punto de vista, resulta más conveniente optar por una noción de positivismo algo más amplia y flexible que la estrictamente comtiana.

Tras estas consideraciones, podemos retornar al planteamiento que encontrábamos en Ulises Schmill y que está desglosándose en estas páginas. El primer elemento que se derivaba de su definición del positivismo jurídico, en efecto, tenía que ver con la gran diversidad de corrientes que cabe englobar bajo dicha noción. Por cuanto acaba de verse, parece difícil refutar algo así. Al tratarse de un paradigma de gran envergadura, integrado por opciones teóricas distintas entre sí, su reflejo en el mundo del Derecho también cobró tonalidades diversas: “la imagen del positivismo como orientación ideológica unívoca y como filosofía unitaria sobrevive tan sólo en las páginas de los manuales menos actualizados y en las discusiones (que a veces corren el riesgo de ser tan estériles como refinadas) de los epistemólogos que leen pocos libros y están ayunos de historia”<sup>114</sup>. Así pues, al igual que el utilitarismo, el biologismo o el pragmatismo constituyen modalidades de un paradigma filosófico común, también el legalismo, el historicismo o el sociologismo –por citar sólo algunos ejemplos– serían variantes del paradigma iuspositivista en el que se inscribieron.

Por tanto, pese a que la discusión sobre el positivismo siempre se ha visto tentada de ofrecer una definición normativa y conceptualmente unitaria de su significado, la perspectiva adoptada aquí nos imposibilita un enfoque de ese tipo. Es en la obra de González Vicén donde podemos encontrar una línea de pensamiento rica y compleja, que trata de hacerse cargo del enrevesado retablo histórico existente tras el uso de la noción de iuspositivismo: “si se quiere entender adecuadamente el positivismo jurídico,

---

<sup>113</sup> COING, Helmut, “Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering”, en AA. VV., *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, pp. 166-167.

<sup>114</sup> ROSSI, Paolo, “Introduzione”, en AA. VV., *L'età del positivismo*, a cura di Paolo Rossi, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 12. Vid. también p. 10: “como sucede en el caso de toda tradición científica y de todo *ismo* filosófico, se mueven posiciones diferentes en torno al núcleo central y a niveles diversos, operan orientaciones cambiantes, se mueven personajes que atraviesan historias individuales irrepetibles, se construyen teorías y doctrinas que a veces enriquecen los presupuestos iniciales, que a veces alteran su significado hasta dar lugar a tesis y posicionamientos que son contradictorios respecto a aquel núcleo y que sirven para concebir como discutibles las tesis que en principio estaban exentas de discusión”.

hay que ver claro, en efecto, que lo que en él nos sale al paso no es una *teoría*, sino un *hecho histórico*, un nuevo modo de consideración del Derecho, en el que se hace real en un sector determinado la conciencia de toda una época”<sup>115</sup>. De lo que se trata, por consiguiente, es de identificar esta época y entender en qué consiste la conciencia que la caracteriza. Siguiendo con los elementos derivados de la definición de Ulises Schmill, en el próximo punto se intentará explorar este problema.

### ***b) Una línea evolutiva desde el siglo XVIII al XX***

Si recordamos la definición de Schmill, la datación del positivismo podría desdoblarse en dos fases. Por un lado, sus orígenes remotos se encuentran en el siglo XVIII, mientras que su nacimiento estricto debería situarse en el siglo XIX. Además, se señalaba la posibilidad de diferenciar entre un positivismo del XIX y un positivismo del XX. De esta afirmación se derivan tres consecuencias.

*En primer lugar*, se parte de una concepción amplia del positivismo. Lejos de ser una corriente con perfiles diáfanos y una serie de autores identificables con claridad, se trataría de un espectro de pensamiento de largo recorrido, con fuentes que se retrotraen hasta el siglo XVIII y con rasgos que dificultan una definición unitaria (§b.1).

*En segundo lugar*, no obstante esta indeterminación, se precisa que el origen estricto del paradigma tiene que ver con los cambios filosóficos y científicos acaecidos durante el siglo XIX. Desde este punto de vista, se acota el marco del movimiento y se descartan las posiciones que pretenden ver “positivismos” en épocas diversas (§b.2).

*En tercer lugar*, se advierte sobre la gran extensión cronológica del paradigma – que llega así hasta el siglo XX–, aun cuando quepa distinguir esta variante de su homóloga decimonónica (§b.3). Con este tercer rasgo, se llama la atención sobre el hecho de que estamos ante algo más vasto que una mera teoría. Analicemos estas consideraciones una por una, prestando atención a su reflejo en el Derecho.

#### ***b. 1. El siglo XVIII – la introducción del paradigma***

En primer lugar, hay que tener en cuenta la paulatina aparición de todos los rasgos que terminarán abocando al positivismo. Leszek Kolakowski ha realizado una tarea de

---

<sup>115</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Sobre el positivismo jurídico”, cit., pp. 175-176.

retrospección interesante, en la que se ponen de manifiesto los precedentes filosóficos que fueron allanando el camino a la concepción positivista en sentido estricto<sup>116</sup>. En este panteón de predecesores ilustres, en primer lugar, hay que situar a dos grandes nombres del nominalismo anglosajón tardo-medieval, Roger Bacon y Guillermo de Ockham. La importancia de esta última corriente escolástica radica en haber propuesto un modelo de conocimiento próximo a las ideas que más tarde desarrollará el empirismo, así como en haber recuperado el interés por las ciencias naturales. Asimismo, fue muy relevante la concepción nominalista del conocimiento, según la cual las ideas no existen *antes* de las cosas (*ante rem*) ni se encuentran *dentro de* ellas (*in rem*), sino que son tan sólo nombres, vocablos o términos superpuestos a la realidad tangible (*flatus vocis*)<sup>117</sup>. En definitiva, como diríamos hoy, mero lenguaje convencional.

Si nos fijamos con atención, el *empirismo* y el *nominalismo* que se decantan de esta escuela son dos de los rasgos fundamentales para toda concepción iuspositivista, muy en particular las del siglo XX. El *empirismo*, porque no transige con conceptos o nociones inasequibles a la experiencia –como el del Derecho natural– y porque fomenta la investigación empírica como método para la reflexión sobre el Derecho –este es, por ejemplo, el estandarte del realismo jurídico en todas sus variantes–. El *nominalismo*, porque se trata de una orientación filosófica que entronca con lo que hoy denominamos el análisis conceptual, una línea metodológica que se encuentra en la misma base del positivismo jurídico como filosofía del Derecho<sup>118</sup>. Así pues, aun cuando todavía fuera *in nuce*, las contribuciones filosóficas de la escolástica medieval tardía representan una primera incoación del método positivista, tanto desde el punto de vista filosófico y científico, como desde el punto de vista jurídico.

Con todo, estos no son más que precedentes remotos del auténtico positivismo. En el recorrido histórico de Kolakowski, en efecto, la piedra de toque para entender la nueva concepción se encuentra en las ideas del ilustrado escocés David Hume: “él fue el

---

<sup>116</sup> KOLAKOWKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., pp. 14 y ss.

<sup>117</sup> FERRATER MORA, José, “Nominalismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, tomo III, cit., pp. 2575-2579. Las teorías que suponían la existencia de las ideas *ante rem* o *in rem* pueden reconducirse a las diversas encarnaciones del platonismo o del conceptualismo, es decir, a concepciones metafísicas que hoy consideramos idealistas en sentido lato. La expresión *flatus vocis* (sonido de la voz), que hoy forma parte del acervo lingüístico cotidiano, tiene su origen en esta polémica filosófica de la edad media.

<sup>118</sup> Sobre los dos aspectos mencionados, vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, pról. de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2008, pp. 43-62 y 147-167. De acuerdo con Jiménez Cano, el núcleo tradicional de la apuesta iuspositivista tiene que ver con el *análisis conceptual* como método filosófico predilecto. Sin embargo, a su modo de ver, una teoría positivista sólida debería profundizar más en el *aspecto empírico* –el término que emplea, más preciso, es el de naturalismo– como complemento al enfoque analítico. Desde su punto de vista, el realismo jurídico norteamericano es la orientación positivista que más ha ahondado en esta dirección filosófica.

verdadero padre de la filosofía positivista, el primero que podemos señalar como positivista sin tener que hacer todas las reservas que fueron necesarias para los filósofos anteriores”<sup>119</sup>. La importancia de Hume estriba en la inagotable iconoclastia que desplegó a lo largo de su vida, en su crítica contra un largo catálogo de prejuicios metafísicos y epistemológicos, que habían funcionado como presupuesto de todo el conocimiento filosófico y científico durante siglos. Haciendo una síntesis apresurada y quizá algo esquemática, podrían identificarse en él dos logros fundamentales para el ulterior desarrollo del paradigma positivista.

El primer logro tiene que ver con su crítica a la noción de causalidad, una piedra basilar del pensamiento occidental desde sus orígenes. Hasta Hume, se pensaba que el cometido de la investigación científica era señalar las relaciones de causa y efecto que existen entre los fenómenos, identificar los hechos o sucesos que dan lugar a otros a través de conexiones *causales*. Según este modelo gnoseológico, a la ciencia le estaría reservado un papel predictivo: se trataría de descubrir *regularidades perennes*, leyes inmutables sobre el encadenamiento de los sucesos en el mundo sensible, de tal manera que podamos prever su comportamiento futuro. Sin embargo, tras la crítica del escocés, este principio pasó a engrosar el batallón de las creencias infundadas. Tal y como vino a demostrar, lo máximo que la ciencia puede hacer es identificar *generalidades estadísticas*, relaciones que parecen suceder en un alto número de casos, pero que no necesariamente habrán de suceder siempre. Que el experimento realizado produzca el mismo resultado en todas las ocasiones comprobadas, no quiere decir que éste vaya a darse en todo caso. Así pues, afirmar la existencia de un nexo causal entre dos o más fenómenos, según Hume, equivaldría a dar un paso más allá del método empírico. Con semejante viraje epistemológico, desde entonces hasta hoy, la ciencia transitó desde el reino de la *certeza* hasta el de la *probabilidad*<sup>120</sup>.

El segundo logro tiene que ver con las aportaciones de Hume al dominio del Derecho y la moral. En concreto, con la primera formulación de la clásica *falacia naturalista*<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., pp. 30-45. La cita está extraída de la p. 31. Entre la escolástica medieval y Hume, por supuesto, se identificaban notables precursores, entre los que cabe destacar a Galileo y a Descartes. No obstante, reiterémoslo otra vez, se trata sólo de pioneros.

<sup>120</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 374-379.

<sup>121</sup> HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales* [1739-1740], tomo III, trad. de Vicente Viqueira, Calpe, Madrid, 1923, Libro III, parte 1ª, sección I: “... de repente me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones *es no es* encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con *debe o no debe*. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran consecuencia, pues como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y

De acuerdo con esta idea, como es sabido, una gran cantidad de juicios políticos, religiosos y morales suelen incurrir en el siguiente ilícito argumentativo. En primer lugar, se dice que una determinada práctica o conducta es *natural* y, en segundo lugar, se deriva de ello su obligatoriedad *moral*. O dicho de otra manera: se constata que una cosa *es* de cierta forma y, sin solución de continuidad, se concluye que así es como *debería ser*. Es un mérito de Hume el haber expuesto con agudeza y claridad el error lógico que subyace a semejante trasiego argumentativo. A partir de entonces, esta separación entre el *ser* y el *deber ser* se ha convertido en un pilar de la filosofía positivista y, en particular, de las concepciones positivistas del Derecho<sup>122</sup>. Esto es algo que vale con especial relieve para la iusfilosofía del siglo XX y en concreto para el pensamiento de Hans Kelsen<sup>123</sup>. No obstante, se trata de una tendencia que ya fue calando en los autores positivistas durante el transcurso del siglo XIX.

De estos dos aspectos se derivaron muchas consecuencias para la constitución del iuspositivismo a lo largo del XIX. Por lo que atañe al empirismo, se trata de un rasgo que desencadenó la paulatina “naturalización” de la filosofía jurídica. El naturalismo es una rúbrica empleada en la historia de la filosofía para designar una manera de abordar los problemas científicos que surgió en el siglo XVIII y que alcanzó su apogeo durante el XIX, en concomitancia con el positivismo<sup>124</sup>. De acuerdo con esta mentalidad, era menester promover el método empírico como único criterio apto para el conocimiento filosófico. Esto quiere decir que se debían desterrar las tentaciones conceptuales y apriorísticas de la filosofía tradicional. Frente a la entronización de la lógica, la matemática y la especulación deductiva, el naturalismo tendía a privilegiar a las ciencias naturales y sociales. En definitiva, a las disciplinas que se edifican sobre un armazón

---

explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ella”.

<sup>122</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts. III*, cit., pp. 7-35.

<sup>123</sup> KELSEN, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, 1928, pp. 27 y ss.; DVOŘÁK, Johann, “David Hume. Wissenschaft und Religion bei Kelsen”, en AA. VV., *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, hrsg. von Tamara Ehs, Nomos, Wien, 2009, pp. 133-153.

<sup>124</sup> Dada la indeterminación de su significado, los autores no se ponen de acuerdo para datar su origen. Ferrater Mora señala que puede hablarse de naturalismo para aglutinar a ciertas tendencias filosóficas de los siglos XV, XIX y XX (FERRATER MORA, José, “Naturalismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, tomo III, cit., pp. 2507-2510); Günther Gawlick establece el siglo XVII como punto de partida de esta concepción (GAWLICK, Günther, “Naturalismus”, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VI, cit., pp. 518 y ss.); Guido Fassò, con juicio algo más restringido que los anteriores, señala el siglo XVIII como fecha de surgimiento de la misma (FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, tomo III, cit., p. 153). Y Jiménez Cano, aun sin desconocer la inabarcable genealogía de esta corriente, se refiere sólo al siglo XX (JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 134). No obstante esta desorientadora diversidad de opiniones, conviene que nos acojamos a la opción del siglo XVIII: es en buena medida el duro embate empirista de Hume el que sienta las bases de esta nueva metodología.



empírico. Para la filosofía iuspositivista, como ha señalado Fassò, el naturalismo desempeñó un papel central, puesto que fue así como se desarrollaron las orientaciones *historicistas*, *sociologistas* y *psicologistas* que tanta relevancia tuvieron entre los siglos XIX y XX. Si bien cada una desde su prisma respectivo, todas estas líneas coincidían en su intento de “naturalizar” la filosofía del Derecho<sup>125</sup>.

Otro elemento esencial para la génesis del positivismo jurídico fue el escepticismo que se decantaba de la crítica de Hume a la idea de causalidad. Aun sin posicionarse en un empirismo tan radical como el del escocés, muchas corrientes positivistas se tomaron en serio esta advertencia. No es casual, por ejemplo, el debate que se produjo en el seno de la dogmática jurídica alemana, sobre si la ciencia del Derecho tenía o no tenía un verdadero valor científico<sup>126</sup>. Tampoco es casual que el propio Jhering, en las primeras líneas de *El fin en el Derecho*, dedicara una disquisición crítica frente al empleo de la causa como concepto jurídico<sup>127</sup>. Desde su punto de vista, esta noción disfrutaba de un protagonismo indebido entre los juristas y era motivo de numerosas confusiones conceptuales. En su opinión, el concepto adecuado para tratar con las instituciones jurídicas y con las ciencias humanas en general era el de finalidad. Es verdad que la profundidad filosófica de esta discusión, tal y como él la expuso, dejaba bastante que desear. También es cierto que no puede trazarse una continuidad entre las críticas de Hume y estas reflexiones de Jhering. No obstante, podríamos decir que se trata de la manifestación de un *Zeitgeist* en el que las cuestiones metodológicas se habían colocado en el centro de la palestra<sup>128</sup> y en el que se habían puesto en entredicho muchas bases de la epistemología y la metafísica tradicionales.

Por lo que se refiere a la separación entre el *ser* y el *deber ser* –la segunda gran aportación de Hume que aquí se ha traído a colación–, también produjo consecuencias de notable índole en el mundo del Derecho. En su enorme exposición histórica sobre la metodología jurídica comparada, Wolfgang Fikentscher introduce el tomo del espacio centroeuropeo con un capítulo dedicado a esta separación en el pensamiento de Hume y Kant<sup>129</sup>. Y es que, en su opinión, esta es la piedra de toque para adentrarse en los

---

<sup>125</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, tomo III, cit., pp. 157-175.

<sup>126</sup> KIRCHMANN, Julius von, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag* [1848], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1956; JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* [1868], hrsg. und mit einer Einf. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998.

<sup>127</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, Cap. I, cit., pp. 1-18.

<sup>128</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Estudio preliminar” a John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 8 y ss.

<sup>129</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 3-35.

recovecos de la metodología europea de los siglos XIX y XX. La jurisprudencia de conceptos, el positivismo sociológico, la jurisprudencia de intereses, la escuela del Derecho libre, la filosofía del Derecho neokantiana, el positivismo normativista... Todas estas orientaciones, y muchas otras que florecieron a lo largo de la época contemporánea, se explicarían como derivaciones de un cambio de mentalidad que asienta sus raíces en la separación entre *ser* y *deber ser*.

Según Fikentscher, las principales consecuencias de esta distinción fueron tres. En primer lugar, la marginación de las teorías del Derecho natural, que a partir de entonces comenzaron a perder credibilidad. Si el *ser* y el *deber ser* quedaban escindidos, ya no podía pretenderse que las reglas jurídicas fueran conformes con una hipotética naturaleza inamovible: el Derecho, forma paradigmática de institución *normativa*, no estaba obligado a reflejar un estado de cosas *fáctico*. En segundo lugar, la equiparación de ambas esferas en cuanto a grado de significación, competencia o autoridad. Frente a las concepciones filosóficas que subsumían la una en la otra, o que las entendían como una totalidad orgánica, se generó así un campo de tensión entre dos polos enfrentados: aquí está el *ser* y allí el *deber ser*, desafiándose entre sí desde campos opuestos. En tercer lugar, y este es el aspecto más importante de todos, se dio una reorientación de la tarea iusfilosófica hacia la búsqueda del equilibrio entre estos dos extremos. Si nos fijamos bien, todas las tendencias filosóficas citadas en el párrafo anterior se forjaron con el propósito de tender un puente entre el *ser* y el *deber ser*, ya desde la teoría de la justicia, ya desde la perspectiva metodológica<sup>130</sup>.

Este último apunte es fundamental para el objeto de la investigación. La dicotomía entre el *ser* y el *deber ser* se ha venido contemplando como una herramienta conceptual con un amplio radio de acción, desde la teoría del Derecho hasta la teoría de la justicia. Tanto en una como en otra disciplina, en efecto, se ha empleado esta distinción como cauce de reflexión y como valioso instrumento de pensamiento. Sin embargo, tendemos a pensar que sólo la teoría de la justicia ha intentado trazar un puente entre ambas

---

<sup>130</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 10-12: “si el *ser* y el *deber ser* constituyen la oposición así descrita, entonces el Derecho queda atrapado en una tensión que aspira al equilibrio, aunque éste nunca puede alcanzarse [...]. Con la contemplación del problema del *ser* y el *deber ser* como tarea de adaptación, como tarea de pensamiento, como enigma, o como quiera calificarse esta relación de tensión –*Spannungsgeladenheit*– (las palabras dialéctica y dialógico se evitan aquí por estar ya acuñadas y extendidas con anterioridad), se convirtió en misión iusfilosófica y metodológica para generaciones de juristas, en la que trabajan desde hace doscientos años sin haber logrado un nuevo y mejor planteamiento: la agonía de la problemática entre el *ser* y el *deber ser* es la característica principal del espacio jurídico centroeuropeo. Ninguna otra cultura jurídica se ha afanado tanto con esta pregunta; ninguna ha producido en tan poco tiempo –doscientos años– una cantidad de respuestas tan grande” (p. 11).

dimensiones. La teoría del Derecho, solemos creer, se habría empeñado en lo contrario, en abrir la zanja cada vez más, obsesionada con el afán profiláctico de salvaguardar la pureza científica de su labor. Pero las cosas son mucho más complejas. La brecha entre el *ser* y el *deber ser* se ha constituido en presupuesto de la reflexión contemporánea a todos los efectos, también para la teoría del Derecho. Y la tarea de salvar esa distancia, o por lo menos de pensar sobre ella, es lo que se encuentra en la base de contribuciones teórico-jurídicas como la de Jhering.

Sus ideas de interés o de fin, sobre las que ya se han dado algunas pinceladas, no eran otra cosa que tentativas de mediación entre ambas realidades. El interés, por ejemplo, se apuntaba como característica esencial del concepto de derecho subjetivo, en un intento por vincular el Derecho con la realidad social. Frente a la consideración de las normas jurídicas en un círculo autorreferente, se buscaba así llenar de contenido un concepto tan central como aquél. Desde una perspectiva renovada, menos apegada al individualismo del Derecho privado y más volcada hacia el aspecto colectivo del fenómeno jurídico, la noción de fin servía a los mismos efectos: “el fin es el creador de todo el Derecho”, rezaba el lema de su última gran obra<sup>131</sup>. Y con mayor empeño aún, en un ensayo que rompía las lindes entre la filosofía jurídica, la ética y la teoría política, en *La lucha por el Derecho* se intentaba abrir un sendero a través del que pensar la fisura entre el *ser* y el *deber ser*. Tal era el destino, en definitiva, de su apelación a la lucha por la defensa de los derechos subjetivos: cumpliendo esa tarea de reivindicación, según Jhering, se daba un paso esencial hacia el logro de la justicia en sentido amplio<sup>132</sup>. Los límites entre la *teoría del Derecho* y la *teoría de la justicia*, entre lo jurídico, lo político y lo moral, se difuminaban aquí casi del todo.

Sobre todo ello habrá tiempo de abundar más adelante. De lo que se trataba ahora era de señalar en qué medida la dualidad entre lo que es y lo que debe ser, tal y como nos apuntaba Fikentscher, ha sido fundamental para la constitución de la filosofía y de la ciencia jurídica contemporáneas. Al hablar de *ser* y *deber ser*, por supuesto, se ha de entender una pareja conceptual omnicomprensiva, que a su vez se materializa en dicotomías bien diversas. La contraposición entre Derecho y moral, tan característica de la filosofía del Derecho moderna, es una de las más señeras, pero no la única. También el antagonismo entre Derecho y sociedad, entre lo normativo y lo fáctico, se plantea con

---

<sup>131</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. I.

<sup>132</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, especialmente pp. 55-71.

gran virulencia en el epicentro filosófico de los sociologismos de la primera mitad del siglo XX. A veces ha sido instrumentada para señalar la diferencia entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, mientras que otras veces, como sucede en el pensamiento de Kelsen, el Derecho se hacía coincidir con el deber ser<sup>133</sup>. En definitiva, aunque se trata de usos distintos de esta dualidad, todos parten de esa especie de “laceración íntima”<sup>134</sup> que suscitaba la distancia entre las dos dimensiones.

## ***b. 2. El siglo XIX – la afirmación del paradigma***

Como acaba de mostrarse, las ideas ilustradas fueron una etapa imprescindible para la génesis del positivismo. Las contribuciones de Hume, sobre todo, allanaron la senda hacia una mentalidad científica que terminaría calando con gran fuerza en el ámbito jurídico y que desencadenó la aparición de la concepción iuspositivista. Sin embargo, como ya se advertía páginas atrás, no es hasta el siglo XIX cuando podemos hablar con propiedad de la génesis de esta corriente. Como ha señalado Felipe González Vicén, “en el siglo XIX el positivismo deja de ser, sobre todo, una dirección más del pensamiento para transformarse en la conciencia filosófica de la época, en aquel modo de entender el mundo e incluso en aquella actitud vital que de manera más adecuada responden a la estructura de su horizonte histórico”<sup>135</sup>. Así pues, si en el siglo XVIII se apuntaban los hitos que marcarían el vuelco epistemológico necesario para el cambio, es en el XIX cuando se produce la auténtica traslación de los presupuestos científicos y filosóficos del positivismo a su corriente homóloga en el ámbito jurídico.

No es el momento de detenerse en todas las peculiaridades de la nueva concepción del Derecho que se fue forjando así, porque tal cosa será materia de los siguientes capítulos. Lo que sí interesa destacar son las implicaciones derivadas de circunscribir el iuspositivismo a esta época. Muchas veces se comete la impropiedad de presentar al positivismo y al iusnaturalismo como teorías jurídicas contrapuestas en un sentido intemporal, como si hubiesen caminado juntas, en un perpetuo antagonismo, a lo largo de diversas etapas de la historia. Desde este prisma, podría llegar a afirmarse la

---

<sup>133</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* [1934], cit., §11, pp. 32 y ss.

<sup>134</sup> La expresión es de Bobbio, que utilizaba este bello hallazgo lingüístico para referirse al desgarramiento que se produce al optar entre iusnaturalismo y positivismo. Mientras que el positivismo parece irrenunciable para nuestra educación científica, el iusnaturalismo nos interpela con pertinacia en nuestras exigencias de justicia. Aunque desde otro punto de vista, también es la tensión entre el ser y el deber ser la que se encuentra en este juicio. Vid. BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 11.

<sup>135</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., p. 49.

existencia del positivismo hasta en la antigüedad. Así se ha sostenido, por ejemplo, que los epicúreos fueron los primeros representantes de esta corriente. Según esta tesis, el utilitarismo y la teoría del conocimiento sensualista, dos de los rasgos más preponderantes de dicha escuela, habrían desencadenado un planteamiento filosófico individualista. Y este enfoque, a su vez, habría generado un escepticismo frente a la idea de justicia, que quedaba convertida en una quimera inexistente<sup>136</sup>.

Pero no sólo a los epicúreos se les ha atribuido esta etiqueta. De acuerdo con el mismo autor, Heinrich Rommen, también podríamos hablar de positivismo en los escépticos o en el pensamiento de Carnéades, uno de los representantes más extremos de esta escuela<sup>137</sup>. No son estos los únicos ejemplos que pueden encontrarse en la literatura especializada, ni tal catalogación corresponde a la excentricidad de un solo autor. En un magnífico libro sobre las teorías del derecho del más fuerte en la antigüedad, Adolf Menzel se ha mostrado partícipe de calificar como positivistas a algunas doctrinas de la antigua Grecia. Así, por ejemplo, entendía que algunos de los sofistas ya iniciaron la andadura del positivismo jurídico. Haciendo un esfuerzo de reconstrucción historiográfica admirable, Menzel llevaba a cabo un repaso por las doctrinas de Protágoras, Calicles, Trasímaco y otros autores, tratando de identificar en ellos los posicionamientos democráticos y las teorías positivistas que se propusieron antes de los grandes sistemas filosóficos de Platón y Aristóteles<sup>138</sup>.

Hasta ahora se han señalado ejemplos del mundo antiguo. Pero no hay por qué detenerse aquí. La consideración de iusnaturalismo y positivismo como dos modos de pensamiento alternativos, que se habrían enfrentado con pertinacia desde siempre, también se extiende hasta el Medievo. De hecho, es justo en esta época donde se da uno de los casos más peliagudos para la teoría del positivismo: Guillermo de Ockham. La filosofía del Derecho de Ockham, en efecto, ha sido objeto de frecuentes disputas e interrogantes en cuanto a su filiación teórica. La mayoría tiende a ubicarlo bajo la égida del iusnaturalismo, por mucho que se trate de una versión peculiar del mismo. Sin embargo, no es raro encontrarlo citado como representante *sui generis* del positivismo

---

<sup>136</sup> ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2. Aufl., Hegner Bücherei, München, 1947, p. 16.

<sup>137</sup> ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, cit., pp. 26-27. Otros autores, como Karl Bergbohm, reconocen el posicionamiento anti-iusnaturalista de estas escuelas, pero no dan el paso de calificarlas como positivistas: BERGBOHM, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1. Bd., Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, pp. 152-154.

<sup>138</sup> MENZEL, Adolf, *Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stärkeren*, Franz Deuticke, Wien/Leipzig, 1922, pp. 13, 27, 64 y ss. Rommen, sin embargo, era contrario a considerar a los sofistas como positivistas (ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, cit., pp. 13-15).

jurídico. Así es como se pronunciaba, por ejemplo, el filósofo y penalista Hans Welzel: “el tránsito desde el iusnaturalismo voluntarista hasta el positivismo será proseguido con éxito por un fraile más joven que Duns Scoto, el franciscano inglés Guillermo de Ockham (1290-1349 ca.) [...] El voluntarismo conduce aquí hasta un puro positivismo moral y jurídico, pero ante todo hasta un positivismo de la revelación”<sup>139</sup>.

Las razones de semejante juicio tienen que ver con la filosofía ciertamente original de Ockham. Aunque de forma esquemática, puede decirse que la escolástica cristiana se había debatido entre dos líneas filosóficas opuestas: las racionalistas y las voluntaristas. Aquéllas creían en la existencia de una *razón natural* por encima o con anterioridad a la *voluntad de Dios*. Éstas, sin embargo, sostenían que era la voluntad divina la que dictaba el contenido del Derecho natural. A lo largo de este campo de tensión se fueron construyendo las diversas aportaciones del pensamiento medieval, en un rico abanico de opciones que iba mucho más allá del mero atrincheramiento en uno de los polos de este antagonismo. El epígono de este recorrido fue Ockham, que encarna la culminación del voluntarismo. En su opinión, debía desterrarse por completo la creencia en un Derecho natural racional, porque tal cosa implicaba reconocer limitaciones a la propia divinidad. Sólo admitiendo que el Derecho era consecuencia de su voluntad, quedaba a salvo la libertad de Dios. La obvia consecuencia de este razonamiento era que el único Derecho posible es el emanado de su arbitrio: el Derecho positivo divino<sup>140</sup>.

De Ockham se ha dicho que fue el fundador de la epistemología moderna y uno de los padres del positivismo en sentido amplio. Y también se ha sostenido, con cierta unanimidad, que es en su obra donde se encuentra el primer concepto de derecho subjetivo<sup>141</sup>. Desde luego, no puede albergarse duda alguna respecto a la modernidad de sus ideas, pues se trata de una de las personalidades más interesantes y atractivas de la historia del pensamiento. No obstante, y dadas las coordenadas que venimos delineando en las páginas anteriores, resulta precipitada su calificación como positivista jurídico. Faltan en él muchas características que harán del positivismo una corriente novedosa a

---

<sup>139</sup> WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. neubearb. u. erw. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962, pp. 81 y 87-88; vid. también OEHLER, Dietrich, “Die Wurzeln des Rechtspositivismus an der Wende zur Neuzeit”, en AA. VV., *Staat, Recht, Kultur. Festgabe für Ernst von Hippel zu seinem 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1965, pp. 207 y ss. Continuando la senda del pensamiento jurídico protestante, el autor del artículo alarga su exposición hasta las ideas de Lutero, Calvino y Melancton. En el caso de este último, también llega a sostener su carácter positivista.

<sup>140</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e Medioevo*, cit., pp. 292-295. La posición de Fassò, sin embargo, es mucho más matizada con respecto al supuesto positivismo de Ockham.

<sup>141</sup> VILLEY, Michel, “Les origines de la notion du droit subjectif”, en ID., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 221-250, especialmente 240 y ss. Vid. también BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, cit., pp. 127 y ss.

la altura del siglo XIX: el rechazo tajante de la metafísica idealista, la negación del concepto de Derecho natural –que Ockham sigue manejando, aunque algo adulterado y ninguneado–, la impugnación del método deductivo, una orientación pragmatista en cuanto al valor de la ciencia y de la filosofía, etc.<sup>142</sup>. Como mucho, podría decirse que algunos de estos rasgos se hallan ya *in nuce* en su pensamiento.

Junto al caso de Ockham, y quizá con más motivos que con éste, también se suele manejar el ejemplo de Thomas Hobbes. Según una opinión bastante extendida, en este gran pensador inglés hallamos ya una teoría iuspositivista con todas las consecuencias. Si en el caso anterior todavía encontrábamos titubeos y afirmaciones vacilantes, ahora desaparecen muchas de estas dudas. El fundamento de esta idea está en el hecho de que Hobbes se alineó con la tradición de pensamiento voluntarista, retomando una vía que llevaba truncada algunos siglos<sup>143</sup>. Se volvía así a caminar la senda que ya había dejado apuntada Ockham, pero esta vez sobre bases epistemológicas de nuevo cuño, prescindiendo de la argumentación teológica de aquél y enlazando con las conquistas de la revolución científica, desde el nuevo método preconizado por Descartes o Gassendi, hasta las contribuciones científicas de Galileo<sup>144</sup>. Además de este nuevo andamiaje gnoseológico, su voluntarismo cobraba tintes originales en función de la coyuntura política: frente al *poliárquico* mundo medieval, el absolutismo *monárquico* se apuntaba ya como la fórmula política por excelencia. En este sentido es en el que cabe entender la celeberrima afirmación de Hobbes: *auctoritas, non veritas facit legem* (la autoridad hace la ley, no la verdad)<sup>145</sup>. Probablemente, se trata de una de las formulaciones más robustas y enérgicas del voluntarismo, donde con más fuerza se manifiesta su oposición a las filosofías racionalistas.

Con todo, también en este caso es apresurada la calificación de Hobbes como positivista. En primer lugar, nos volvemos a encontrar con el problema del voluntarismo que ya se abordó al exponer las ideas de Olivecrona. Si restringimos toda la sustancia del positivismo al empleo de la voluntad como criterio filosófico definitorio, como

---

<sup>142</sup> Sobre la importancia del pragmatismo como elemento caracterizador del positivismo jurídico, en todas sus variantes, vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, cit., pp. 168 y ss; en una línea parecida, vid. también SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., especialmente pp. 73-78. Sobre esto se profundizará más adelante.

<sup>143</sup> Vid. OAKESHOTT, Michael, "Introduction", in HOBBS, Thomas, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, ed. and introd. by Michael Oakeshott, Basil Blackwell, Oxford, 1960, pp. LII-LIII.

<sup>144</sup> Vid. FETSCHER, Iring, "Einleitung", en HOBBS, Thomas, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hrsg. von Iring Fetscher, übers. von Walter Fuchner, Sukhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, pp. IX-XVII.

<sup>145</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, part. 2, cap. 26, cit., p. 179.

elemento fundamental de su concepto de Derecho, entonces habría que retrotraer el positivismo hasta doctrinas antiquísimas –y algo así es lo que les sucede a las tesis de Rommen o de Menzel, que hablaban de positivismo ya en la antigüedad–. De forma simultánea, además, habría que retirar el apelativo de iusnaturalistas a algunas teorías típicas del Derecho natural. En realidad, lo que Olivecrona quería subrayar es la escasa pertinencia filosófica de la oposición entre iusnaturalismo y positivismo, en el entendido de que resultaba mucho más útil la división entre doctrinas racionalistas y voluntaristas<sup>146</sup>. Pero este ya es otro problema. Si se mantiene la validez de la dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo, como aquí se está haciendo, entonces no es correcto reconducir este antagonismo a la polémica entre razón y voluntad.

Además de este obstáculo, la filiación iuspositivista de Hobbes tropieza con otras dificultades. La principal de todas ellas es que el pensador inglés seguía hablando de Derecho natural. Es verdad que le reservaba un papel marginal, pero ello no obsta para que se sigan palpando residuos de iusnaturalismo en su obra<sup>147</sup>. Un caso especialmente significativo de esta huella tiene que ver con su teoría de la obediencia. Hobbes distinguía entre la ley civil y la natural. La ley natural estaría integrada por preceptos no escritos y cognoscibles sin necesidad de una promulgación expresa; la ley civil se identificaría con la que emana del soberano y se le debe una obediencia absoluta. Sin embargo, a su juicio, existirían algunos aspectos sobre los que éste no tiene competencia para ordenar y sobre los que no cabría esperar obediencia. Así, no puede ordenarse el suicidio o la automutilación de los súbditos, ni puede prohibirse la legítima defensa; no puede ordenarse el servicio militar obligatorio, ni tampoco forzarse a la abstención de alimentos, medicinas u otros elementos de supervivencia<sup>148</sup>. En definitiva, todo el campo de la auto-preservación quedaría fuera del poder del soberano.

Junto a este importante matiz, resulta que el deber de obediencia sí constituía un precepto de Derecho natural para el inglés: “por consiguiente, la ley de la naturaleza es una parte de la ley civil en todos los estados del mundo. Y también recíprocamente, la ley civil es una parte de los dictados de la naturaleza. Pues la justicia, es decir, la realización de lo acordado y dar a cada hombre lo que es suyo, es un dictado de la ley de la naturaleza [...]. *Por tanto, la obediencia a la ley civil también es parte de la ley*

---

<sup>146</sup> OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., pp. 82 y ss.

<sup>147</sup> MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, en *Ethics*, 105, pp. 846-873. Según este autor, “la teoría de Hobbes se encuentra mucho más cerca de las primeras posiciones del Derecho natural, que de los últimos puntos de vista positivistas”.

<sup>148</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, cit., cap. 21, pp. 139 y ss. La cursiva es nuestra



*natural*. La ley civil y la ley natural no son de diferente género, sino que son partes diferentes del Derecho: la escrita se llama civil y la no escrita natural”<sup>149</sup>. Con base en esta teoría de la obediencia es como algunas veces se ha tendido a alinear a Hobbes con el llamado positivismo ideológico, es decir, con aquella corriente que predica un sometimiento incondicional a la ley, bajo la presunción de que en semejante acto se realiza la idea de justicia<sup>150</sup>. No obstante, y a tenor de las frases arriba transcritas, parece mucho más razonable sostener la raigambre iusnaturalista de esta tesis.

Podría señalarse todavía un factor más, que abundaría en los problemas derivados de catalogar a Hobbes como positivista: la orientación racionalista que subyace a buena parte de su modelo. Mientras que en ocasiones la idea de voluntad aparece elevada a quintaesencia, otras veces tenemos la impresión de estar siguiendo un razonamiento obsesivamente matemático. En este aspecto, Hobbes se halla entre dos mundos. Por un lado, es heredero del nominalismo inglés que encontrábamos en autores voluntaristas como Ockham. Por otro lado, sin embargo, es hijo del paradigma mecanicista de su época, de un marco de pensamiento que entroncaba con la física de Galileo y que se basaba en la analogía del universo con el funcionamiento de una máquina<sup>151</sup>. En este sentido, las ideas de Hobbes todavía están marcadas por el *more geometrico* de los sistemas de Derecho natural racionalista, es decir, por una concepción del mundo entendido como conjunto organizado. Si a esto le añadimos el contractualismo típico de su filosofía política y jurídica, obtenemos un cuadro bien complejo, en el que los rasgos del nuevo paradigma aparecen entreverados por muchos vestigios iusnaturalistas que sólo con el tiempo terminarán expurgándose<sup>152</sup>.

Llegados a este punto, conviene retomar la línea argumental del presente epígrafe. El objetivo de los anteriores ejemplos era mostrar cómo se ha intentado plantear la oposición entre iusnaturalismo y positivismo al modo de un antagonismo perenne, como si se tratara de dos escuelas enfrentadas desde tiempos inmemoriales. Tras el hecho de presentar a los sofistas, a los epicúreos, a los escépticos, al voluntarismo tardo-medieval

---

<sup>149</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, cit., cap. 21, p. 174.

<sup>150</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, “Appendice. Ancora sul positivismo giuridico”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 141 y ss.

<sup>151</sup> FERRATER MORA, José, “Mecanicismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, III, cit., pp. 2344-2348.

<sup>152</sup> Es forzoso reconocer, no obstante, que el caso de Hobbes resulta especialmente problemático. En el siguiente epígrafe (§4) se volverán a afrontar algunas de las cuestiones que aquí han quedado apuntadas, puesto que atañen a la misma noción de paradigma que intentará manejarse. En concreto, será necesario contestar a la tesis de Böckenförde, que ha propuesto a Hobbes como el gozne entre el paradigma iusnaturalista y el positivista. Vid. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der paradigmwechsel und Übergang von einer naturrechtlichen zur positivrechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thomas Hobbes*, Schwaber Verlag, Basel, 2004.

o a Hobbes como positivistas, subyace una posición historiográfica muy cuestionable, que desconoce la emergencia radical –en el sentido literal de la palabra– de un nuevo paradigma a la altura del siglo XIX. Aún dentro de este siglo, además, se asistió a un proceso de cambio paulatino, pues el tránsito entre estas dos etapas del pensamiento jurídico, como siempre sucede en estos casos, no se produjo de manera repentina. Es así como Truyol y Serra, haciéndose acreedor de tal línea historiográfica, llegó a hablar de un “positivismo jurídico teónomo”. Con esta insólita expresión, quería aludir a algunas tendencias del pensamiento tradicionalista y contrarrevolucionario como las del político y jurista Friedrich Julius Stahl (1802-1861)<sup>153</sup>.

También en este caso se trata de una utilización demasiado laxa de la noción de positivismo. Como viene afirmándose con insistencia, es sólo en el siglo XIX cuando se apuntala esta corriente. Sin embargo, no cualquier manifestación de pensamiento decimonónico merece ostentar ese título. Lo que Truyol denominaba positivismo jurídico teónomo, en realidad, sólo podría englobarse bajo esa rúbrica con un deslizamiento semántico excesivo. Friedrich Julius Stahl, a quien iba destinada la etiqueta, fue uno de los personajes políticos e intelectuales más influyentes de la Restauración. Desde el punto de vista jurídico, es uno de los grandes defensores de la teoría del principio monárquico, cuya repercusión en el Derecho administrativo fue fundamental durante todo el siglo<sup>154</sup>. Como amigo de las ideas contrarrevolucionarias y nacionalistas de la escuela histórica, desechó el enfoque racionalista y contractualista de los sistemas de Derecho natural precedentes, pero a la vez criticó la noción de Espíritu del Pueblo manejada por los discípulos de Savigny. En lugar de ésta, en su opinión, debía colocarse la autoridad suprema de Dios, ya que tal era la única institución a la que podía reconducirse con legitimidad el Derecho positivo<sup>155</sup>.

Semejante planteamiento puede ser novedoso en contraste con el iusnaturalismo racionalista, pero en modo alguno es una manifestación de lo que ha de entenderse por positivismo. Tal y como se ha defendido, el iuspositivismo es una línea que entronca con el giro epistemológico promovido por David Hume y con las consecuencias que éste provocó en el mundo del Derecho. Desde este punto de vista, la deriva teológica de Stahl, que a su vez enlaza con la orientación filosófica de corte protestante anticipada

---

<sup>153</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado (3) Idealismo y positivismo*, cit., pp. 116-123 y 174.

<sup>154</sup> STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, 1800-1914*, C. H. Beck, München, 1992, pp. 144-154.

<sup>155</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado (3)*, cit., pp. 121-123.

por Ockham, no resulta conforme con el método empírico que cabría presumir del nuevo paradigma. Desde luego, los lazos entre positivismo y empirismo no son de equivalencia, pero existe un estrecho vínculo entre ambas direcciones<sup>156</sup>. Podría decirse, de forma provisional, que el positivismo exige una actitud metodológica empirista, aunque no todo empirismo pueda calificarse como positivista. Sea como sea, reducir el Derecho al Derecho positivo divino, o sea a las Sagradas Escrituras, está muy lejos del contenido mínimo de esta nueva actitud.

Esto no quiere decir, ni mucho menos, que el positivismo viniese aliado con el ateísmo o el agnosticismo. Tan sólo significa que el debate científico y filosófico sobre el Derecho se emancipó de Dios y del Derecho natural como puntos de referencia inexcusables. El propio Jhering, como confesaba él mismo en la correspondencia, sintió una gran admiración por Stahl, hasta el punto de considerarle un maestro en cuestiones iusfilosóficas: “si nuestros estudiantes supieran al menos algo de filosofía del Derecho, si tuvieran al menos la posibilidad de escuchar sugerentes exposiciones sobre el tema, como por ejemplo las de Stahl en Berlín, me podría haber ahorrado una gran cantidad de consideraciones y observaciones”<sup>157</sup>. Sin embargo, esta actitud elogiosa no implicó que asumiese los puntos de vista de aquél en todos sus aspectos<sup>158</sup>. De hecho, la tendencia general del pensamiento de Jhering, tanto en sus primeras obras como en las más tardías, se mueve dentro de la nueva actitud empírica.

En el *Espíritu del Derecho romano*, la orientación todavía es conceptualista y la tónica del nuevo método positivo no ha calado en él con fuerza. Con todo, ya en el tercer tomo de esta obra demuestra una inclinación al realismo que anticipa los ulteriores desarrollos de su pensamiento: “todo ese culto de la lógica, que parece querer circunscribir la ciencia jurídica a una matemática del Derecho, es una aberración y se basa en un desconocimiento de la esencia del Derecho. La vida no existe a causa de los conceptos, sino que los conceptos están ahí a causa de la vida. No ha de suceder aquello que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico o el sentimiento jurídico, tanto si es lógicamente deducible como si no lo es [...]. Este método dialéctico- jurídico no es ni tan siquiera un poco mejor que el de Hegel; en lugar de los motivos reales que gobiernan el mundo –éticos, psicológicos, económicos, político-legislativos– coloca las

---

<sup>156</sup> BLÜHDORN, Jürgen, “Zum Zusammenhang von «Positivität» und «Empirie» im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts“, in AA. VV., *Positivismus im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 123-159.

<sup>157</sup> JHERING, Rudolf von, *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, hrsg. von Helene Ehrenberg [1913], Scientia Verlag, Aalen, 1971, p. 27.

<sup>158</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, pp. 18-25.

categorías jurídicas de persona, cosa, acción, etc.; su pretendida necesidad lógica es, exactamente igual que con Hegel, la fiel sombra de la realidad...»<sup>159</sup>.

Más allá de esta primera etapa, donde ya puede verse un duro embate a la lógica y una abstracta manifestación de realismo metodológico, en los siguientes escritos de Jhering se notará una actitud positivista cada vez más acendrada. Todo el segundo volumen de *El fin en el Derecho*, que fue bastante ninguneado por la crítica<sup>160</sup>, es un gran intento por desarrollar una concepción sociológica del Derecho. Y en este propósito, más que en ningún otro lugar de su obra, podemos comprobar su interés por fundar una ciencia jurídica de corte positivista, una ciencia que buscaba desembarazarse del conceptualismo autorreferente en el que se movían los juristas desde hacía siglos. De hecho, en el párrafo transcrito del *Espíritu* ya puede percibirse una cierta inquietud frente a la posible irrealidad de los conceptos jurídicos tradicionales. Así es como debe entenderse su llamada de atención sobre los factores psicológicos, económicos, éticos y políticos que laten tras toda institución jurídica, pues hay en ello una apelación a la “naturalización” de la ciencia del Derecho. Al igual que la orientación analítica del iuspositivismo contemporáneo parece reclamar un vuelco empírico, a fin de corregir el rumbo excesivamente abstracto de las últimas décadas –o sea, una naturalización de la teoría del Derecho<sup>161</sup>–, también Jhering albergaba un proyecto semejante como antídoto frente al conceptualismo exacerbado de sus predecesores. Pese a mediar más de un siglo de diferencia, en ambas vías encontramos la misma ambición positivista que ya se había apuntado a mediados del siglo XVIII: el naturalismo gnoseológico.

El concepto de naturalismo ya se ha traído a colación en páginas anteriores. No obstante, merece la pena insistir en ello, porque se trata de una de las características más notables del nuevo paradigma positivista. Sintetizar los rasgos principales de este nuevo marco filosófico y científico no resulta tarea fácil. Sobre todo, si tenemos en cuenta la enorme cantidad de corrientes que convivieron bajo el mismo paraguas epistemológico. Pese a todas esas dificultades, el de naturalismo sería un buen punto de partida para acercarse a comprender el fenómeno cultural que empezó a cobrar forma nítida hacia mediados de la centuria. Desde el punto de vista que aquí manejamos, el naturalismo es una actitud científica que propone la conversión del objeto de estudio en un material

---

<sup>159</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, pp. 321 y 324.

<sup>160</sup> Vid. por ejemplo KOHLER, Josef, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walther Rothschild, Berlin und Leipzig, 1909, p. 16: “todo el propósito de Jhering [en *El fin en el Derecho*] fracasa en un funesto diletantismo; tan sólo una cabeza completamente a-filosófica como la de Jhering podía conformarse con semejante resultado”.

<sup>161</sup> Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 125-140.

susceptible de investigación empírica. En este sentido, no es tanto una corriente cuanto un modo de trabajo, un posicionamiento metodológico frente a la materia que se desea analizar. Se trata, además, de una actitud que circula en todos los campos del saber, desde las ciencias naturales hasta las humanas<sup>162</sup>.

Es a través de este cambio, en efecto, como puede entenderse una gran cantidad de derivadas del positivismo. El análisis de la realidad desde la perspectiva naturalista es lo que nos encontramos, por ejemplo, en las tempranas aportaciones de la sociología como ciencia. El método de Émile Durkheim, cuya característica puntera era la consideración de los hechos sociales “como cosas”<sup>163</sup>, se basaba en este presupuesto. Frente a las dificultades que implica estudiar un ente tan complejo como el de sociedad, lo que había que promover era una especie de “naturalización” del objeto. Una vez realizada esta ficción metodológica, podía desarrollarse la actividad científica de forma similar a como sucede en las ciencias naturales: seleccionando y aislando fenómenos, analizando el comportamiento de las partes que componen el objeto así identificado, y extrayendo conclusiones generales. Dejémosle la palabra a él mismo: “hasta la fecha, la sociología *no ha tratado con cosas, sino más o menos exclusivamente con conceptos* [...]. Es necesario, por consiguiente, considerar a los fenómenos sociales en sí mismos, desvinculados de los sujetos conscientes que se los representan [...]. En definitiva, la reforma que hay que introducir en sociología es de todo punto idéntica a la que ha transformado la psicología en estos treinta últimos años”<sup>164</sup>.

También es el naturalismo lo que subyace tras la mutación estética que se dio en el terreno de la literatura. Es propiamente en este campo, además, donde se emplea la rúbrica de naturalismo con más frecuencia. El paradigma del movimiento naturalista se encuentra en la obra del francés Émile Zola, cuyo programa literario se expandió como la pólvora por todo el continente. Al igual que en las ciencias y en la filosofía, se quería promover un cambio de mentalidad en el reino de lo estético. La labor del escritor se debía transformar así en una misión científica, que consistía en el análisis riguroso y metódico de la realidad. La literatura tradicional había tendido a presentar a los personajes como figuras monolíticas, con todos sus rasgos psicológicos ya adquiridos

---

<sup>162</sup> Husserl lo describía de la siguiente forma: “lo que caracteriza a todas las formas de un extremo y consecuente naturalismo, desde el materialismo popular hasta el más reciente monismo sensualista y el energetismo, es lo siguiente: por un lado, la *naturalización de la conciencia*, incluidos todos los hechos de conciencia intencionales-inmanentes; por otro lado, la *naturalización de las ideas* y, con ello, de todas las normas e ideales absolutos. Vid. HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft* [1911], Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1965, p. 14.

<sup>163</sup> DURKHEIM, Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Félix Alcan, Paris, 1895, pp. 20 y ss.

<sup>164</sup> DURKHEIM, Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, cit., pp. 23, 36-37. La cursiva es nuestra.

de forma inamovible. Muchas veces, incluso, no se trataba de personas reales, sino de arquetipos diseñados para simbolizar ideas abstractas. Frente a este modo de manejar la creación literaria, el nuevo credo exigía una descripción científica de la realidad social, al modo de una disección anatómica o de un experimento químico.

He aquí algunas palabras del propio Zola: “el regreso a la naturaleza, la evolución naturalista que arrastra este siglo, empuja poco a poco a todas las manifestaciones de la inteligencia humana en una misma dirección científica [...]. No es más que una cuestión de grados en el mismo camino, desde la química a la fisiología y después desde la fisiología hasta la antropología y la sociología. La novela experimental está al final del recorrido [...]. Si el método experimental ha podido trasladarse desde la química y la física hasta la fisiología y la medicina, también puede llevarse desde la fisiología hasta la novela naturalista [...]. Debemos operar sobre los caracteres, sobre las pasiones, sobre los hechos humanos y sociales, igual que el químico y el físico operan sobre los cuerpos brutos, e igual que el fisiólogo sobre los cuerpos vivos”<sup>165</sup>. También aquí, como en el caso de Durkheim, vemos el intento de naturalizar un campo de conocimiento en el que hasta ahora no había podido penetrar el método empírico. Del mismo modo que el sociólogo llamaba la atención sobre la mayor madurez científica que la psicología había logrado alcanzar, Zola se lamenta aquí del retraso de la literatura en comparación con la fisiología, la química o la física. Por peregrino que hoy pueda parecernos este concepto del quehacer literario, no resulta nada discordante con el clima de ideas y presupuestos metodológicos que emanaban del positivismo.

Podríamos seguir mencionando aspectos de la vida cultural europea, en los que se palpan los frutos de este nuevo ambiente intelectual. En lo que atañe a la pintura, por ejemplo, estamos en la época del impresionismo. Lejos de tratarse de una disolución de las leyes estéticas y de una consiguiente merma del rigor, esta corriente se entiende desde las mismas coordenadas científicas del positivismo. Es gracias al descubrimiento de las leyes ópticas que gobiernan la percepción visual, como la nueva escuela pictórica logró desarrollarse en todas sus variantes, incluida alguna desembocadura final como la del puntillismo. Y por extraño que parezca, incluso en la música se produjo un derrame de los principios gnoseológicos positivistas<sup>166</sup>. En definitiva, todas las manifestaciones del saber y la cultura terminaron impregnadas por el mismo halo de científicidad que había propugnado esta corriente, y que aquí estamos describiendo como un proceso de

---

<sup>165</sup> ZOLA, Émile, *Le roman expérimental*, 5ª ed., G. Charpentier, Paris, 1881, pp. 1, 12-13 y 16.

<sup>166</sup> SERRAVEZZA, Antonio, *Musica e scienza nell'età del positivismo*, Il Mulino, Bologna, 1996.

naturalización. Con mayor o menor éxito, y con más o menos rigor metodológico, en todas las disciplinas quiso introducirse este espíritu.

Por lo que respecta al mundo del Derecho, y a Jhering en particular, también nos topamos con un panorama similar. Sirva la siguiente frase del jurista alemán para darnos cuenta de las grandes coincidencias entre su planteamiento y los anteriores ejemplos de Durkheim o de Zola: “la filosofía del Derecho no habría perdido su crédito en el grado en que lamentablemente lo ha hecho, si no se hubiera dejado apartar tanto del elemento de lo histórico y lo concreto. Su futuro está, en mi opinión, en una recuperación más enérgica de estos aspectos, en la constitución de una teoría natural del Derecho a través del análisis y la comparación de lo particular [...]. De ser una porteadora del legislador, una coleccionista de singularidades positivas, la ciencia jurídica alzaría así el vuelo hasta el arte libre y hasta la ciencia; a un arte que construye la materia, que le da forma, que le insufla vida; a una ciencia que, pese a lo positivo de su objeto, puede calificarse como una ciencia de la naturaleza en el terreno del espíritu”<sup>167</sup>. Así pues, una vez más, puede palpase aquí la retórica científicista propagada por el positivismo. Es bastante dudoso que la ciencia jurídica preconizada por Jhering –todavía el Jhering de la primera etapa– fuese tan científica como él parecía creer por aquel entonces. Sin embargo, pese a todos los traspies que su intento llegaría a sufrir, en su mismo propósito ya había calado el programa de naturalización positivista.

### ***b. 3. El siglo XX – la extensión del paradigma***

Si retomamos la cita de Ulises Schmill que se ha venido utilizando como hilo conductor, recordaremos que en ella se advertía sobre la posibilidad de distinguir un positivismo del siglo XIX y un positivismo del siglo XX. Desde luego, se trata de una precisión importante, porque las posiciones son bastante diversas entre los autores y los movimientos de una y otra época. Es así como el propio Durkheim, todavía en el ocaso del XIX, se pronunciaba en contra de considerar la filosofía de Comte como positivista *stricto sensu*: según él, en su compatriota no había sino una “metafísica positivista”<sup>168</sup>. También pueden encontrarse juicios similares entre los historiadores de la filosofía, que coinciden en señalar la curiosa mezcla de científicismo empirista y romanticismo

---

<sup>167</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., pp. XV y 361. Sobre el método “histórico-natural” de Jhering, vid. HOMMES, Hendrik Jan, “Rudolf von Jherings naturhistorische Methode”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 101-115.

<sup>168</sup> DURKHEIM, Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, cit., p. VIII.

que subyace en la filosofía del francés y del positivismo en general<sup>169</sup>. Otros, en una línea mucho más crítica, han subrayado el carácter idealista que pervive en Comte, hasta el punto de calificarlo como un “hegelismo de vía estrecha”<sup>170</sup>.

Frente a este positivismo cargado de residuos metafísicos, de prejuicios románticos y de vetas idealistas, el positivismo del siglo XX sería una realización verdaderamente congruente con los principios que esta corriente se habría propuesto defender. Este sería el punto de vista que subyace a la diferenciación entre estas dos etapas. Ahora bien, sin necesidad de impugnar dicha cesura por completo, tampoco parece razonable desechar todas las contribuciones del siglo XIX como una mera prolongación del idealismo post-ilustrado. Como ha señalado Leszek Kolakowski, “no tenemos ningún motivo para refutar la designación de positivismo para esta filosofía, ni siquiera si ésta contradice la imagen estereotípica del positivismo que se ha formado en nuestro siglo”<sup>171</sup>. Hay muchos rasgos de la filosofía de Comte y sus discípulos, en efecto, que hoy nos parecen alejados de lo que habría de ser un programa positivista congruente: un determinismo histórico tan exacerbado que a veces recuerda a una teodicea, un tono mesiánico en su valoración de la ciencia, una devoción irracional a la figura del científico y, en suma, un optimismo sobre el progreso un tanto descomedido.

Pese a todo, insistimos una vez más, no es lícito establecer una cesura tajante entre esas dos maneras de entender el positivismo. De hecho, la variante más característica del siglo XX, el positivismo lógico del Círculo de Viena, tuvo bastante presente su remota ascendencia intelectual. En el manifiesto que definió las líneas maestras de esta escuela, *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis* (1929), sus autores quisieron retrotraer los principios del movimiento hasta épocas bien lejanas. Con todos los matices y las reservas necesarias para cada autor citado, se reclamaban herederos de filósofos como Hume, Comte, Mach, Brentano, Spencer, Feuerbach, Marx, Bentham e incluso Leibniz. Cada uno con su respectiva aportación, con sus luces y sus sombras, habría significado un hito relevante en la genealogía de la mentalidad positivista<sup>172</sup>. Desde este punto de vista, por consiguiente, no parece razonable establecer una brecha demasiado amplia entre estos dos periodos de su evolución histórica.

---

<sup>169</sup> GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 548-549.

<sup>170</sup> MARTÍN VALVERDE, José, *Vida y muerte de las ideas. Breve historia del pensamiento occidental*, Ariel, Madrid, 2008, p. 248.

<sup>171</sup> KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., p. 69.

<sup>172</sup> Vid. AYER, Alfred Jules, “Introducción del compilador”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, ed. por A. J. Ayer, trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y T. Ruiz Harrel, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 9-34, especialmente 9-11.



Por otra parte, existen algunos elementos, acuñados ya desde el siglo XIX, que calaron con mucha fuerza en las ideas de la siguiente centuria. Una de las grandes contribuciones del positivismo decimonónico, más allá de sus visiones filosóficas concretas o de su mayor o menor congruencia con el punto de vista empírico, fue el enaltecimiento social de la figura del científico. A partir del siglo XIX, en una línea que conduce hasta nuestra actualidad más próxima, la ciencia y las personas de ciencia comenzaron a valorarse como una pieza central de la política y la sociedad, hasta el punto de considerarse como instancias poco menos que aureoladas<sup>173</sup>. Mediante este proceso, el científico dejó de estar recluido en su despacho o su laboratorio, para pasar a formar parte de la *intelligentsia* de la nación: su tarea ya no estaba al servicio de la verdad abstracta, sino de los intereses sociales del país.

Otra de las repercusiones centrales del positivismo, más allá de autores y escuelas concretas, tiene que ver con la entera redefinición del mapa epistemológico. Es también a partir del siglo XIX cuando se configura el catálogo de saberes y disciplinas tal y como lo conocemos hoy en día. La separación entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura, la sociedad o el espíritu, tiene su raíz en el advenimiento del positivismo<sup>174</sup>; la comprensión de la filosofía como un saber de saberes, cuya función es ejercer una especie de mediación, organización o clarificación de los resultados de las ciencias empíricas, también es un fruto de la mentalidad positivista<sup>175</sup>. En definitiva, la emancipación de las disciplinas particulares del tronco filosófico común en el que se habían amamantado durante siglos, es lo que se encuentra en la base de esta redefinición del conocimiento tan presente en el imaginario contemporáneo.

Las consecuencias de este viraje fueron tan grandes, que la filosofía quedó plantada ante un delicado cruce de caminos. Por un lado, podía limitarse a asumir el papel que le adjudicaban los miembros del Círculo de Viena, según el cual “por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones; por medio de la ciencia se verifican. A esta última le interesa la verdad de los enunciados, a la primera lo que realmente significan; la actividad filosófica de dar sentido cubre la totalidad del campo del conocimiento científico”<sup>176</sup>. En resumidas cuentas, se trataba de otorgar a la filosofía un papel dependiente de los resultados de las ciencias particulares, que ella estaría encargada de

---

<sup>173</sup> ROSSI, Paolo, “Introduzione”, *L'età del positivismo*, cit., pp. 10 y ss.

<sup>174</sup> Vid. DILTHEY, Wilhelm von, *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte* [1883], en *Gesammelte Schriften*, 1. Bd., Verlag von B. G. Teubner, Leipzig/Berlin, 1922, pp. XV-XX y 3-14.

<sup>175</sup> Vid. SCHLICK, Moritz, “El viraje de la filosofía”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, cit., pp. 59-65.

<sup>176</sup> SCHLICK, Moritz, “El viraje de la filosofía”, cit., p. 62.

interpretar. Por otro lado, y como alternativa a esta última posibilidad, se abría la senda preconizada por Husserl. Según éste, la misma filosofía debería convertirse en una “ciencia dura”, una tarea que creía poder acometer mediante un riguroso método de análisis de la conciencia, que desembocaría más tarde en la fenomenología<sup>177</sup>.

Visto desde la mentalidad del positivismo lógico, es muy probable que la filosofía de Husserl todavía se encontrase aquejada por la tentación metafísica del pensamiento tradicional. Sin embargo, desde la perspectiva actual, tanto una como otra dirección son hijas del mismo paradigma positivista. La ciencia es valorada como una alta instancia de conocimiento desde cada una de las dos aproximaciones. En el primer caso, su finalidad es nutrir de “proposiciones verdaderas” a la filosofía; en el segundo caso, es ésta la que se debe embarcar en la tarea de naturalizarse, de convertirse en ciencia empírica. No obstante la diferencia entre ambas vías, no se trata más que de dos caminos abiertos en un mismo paradigma de conocimiento. En particular, por ceñirnos al caso de Husserl, vemos en él un tono que ya existía en los propósitos de naturalización de Durkheim o de Zola: “las siguientes reflexiones están guiadas por la idea de que los más altos intereses de la cultura humana exigen la construcción de una filosofía científica fuerte; y que así, si es que ha de producirse una revolución filosófica en nuestro tiempo, ésta debe estar presidida, en todo caso, por la intención de refundar la filosofía en el sentido de una ciencia dura. Esta intención no es en absoluto extraña al mundo contemporáneo. Ya está completamente viva en el seno del naturalismo dominante”<sup>178</sup>.

Todas estas consideraciones nos sirven para hacernos una idea del vuelco que produjo la mentalidad positivista: también en el siglo XX sus efectos se siguieron sintiendo en muchos sectores de la vida intelectual. Así pues, dada la tesis que estamos sosteniendo, no es lícita una compartimentación rígida entre dos hipotéticas formas de positivismo, una a cada lado del gozne entre los dos siglos. Más bien se trata de la continuación de un paradigma ya iniciado a mediados del siglo XVIII. Por lo que respecta al mundo del Derecho, las reflexiones anteriores tienen todavía mayor validez. Y es que, si bien es legítimo dudar de que ya en los albores del siglo XXI se mantenga en pie el programa positivista en el mundo de la filosofía pura<sup>179</sup>, éste sigue gozando de total vigencia en el ámbito jurídico. De hecho, pese a que también en esta esfera del

---

<sup>177</sup> HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, cit., pp. 7-23.

<sup>178</sup> HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, cit., p. 12.

<sup>179</sup> Vid. ÁGUILA, Rafael del y BELTRÁN, Miguel, “El positivismo”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 4, ed. por Fernando Vallespín, Alianza, Madrid, 2002, pp. 425-430.

conocimiento se ha querido trazar una cesura entre el positivismo jurídico del XIX y el del XX<sup>180</sup>, lo cierto es que se dio una gran continuidad.

Como positivista emblemático del siglo XX, Ulises Schmill señalaba a Kelsen, por entender que en él se concentraban todos los motivos principales de dicha corriente, en una línea que a su vez entroncaba con las versiones positivistas decimonónicas. Para otros autores, quizá sea Hart el modelo a seleccionar de entre todas las variantes que se dieron a lo largo de la centuria. De hecho, tal fue la elección realizada por Ronald Dworkin, que quiso ver en él un paradigma del positivismo *lato sensu*<sup>181</sup>. Y para otros, en fin, es posible que la elección se decantase por Alf Ross<sup>182</sup>. Su posición filosófica, a caballo entre los autores realistas más beligerantes y la tradición analítica de ciertas corrientes iuspositivistas, le sitúan como un referente muy adecuado para entender las plurales bases de esta línea de pensamiento. Sea como fuere, y optemos por quien optemos de los tres, los principios del positivismo decimonónico podrían reconducirse hasta cada uno de ellos sin demasiados apuros.

El caso de Hart y de Ross es relativamente claro, porque ambos pueden entenderse desde la perspectiva de la naturalización iniciada a mediados del XIX. Hart, pese a manejar muchos principios de la filosofía analítica oxoniense, mantuvo una actitud contraria al formalismo exacerbado. En ese sentido, siempre fue consciente de la naturaleza social del Derecho. Por lo que respecta a su ascendencia intelectual, además, nunca tuvo problemas en reconocer su continuidad con el positivismo de la anterior centuria<sup>183</sup>. Ross, por su parte, se marcó el programa típico del realismo escandinavo, que pasaba por la conversión de la ciencia jurídica en ciencia empírica. En este sentido, también es obvia su ligazón con las doctrinas sociológicas del siglo XIX y con su tendencial proceso de naturalización. Si en aquellas ya se había iniciado el abandono de muchas nociones acientíficas heredadas del iusnaturalismo, ahora era el momento de profundizar en esa veta y generar una ciencia del Derecho empírica<sup>184</sup>.

Frente a estos dos últimos autores, el caso de Kelsen presenta algunas dificultades en cuanto a su continuidad con el positivismo decimonónico. De forma muy resumida, podría decirse que el austriaco se planteó una apuesta filosófica de gran envergadura,

---

<sup>180</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* [1934], cit., pp. 39 y ss.; OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., p. 53; JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 30-37.

<sup>181</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 65.

<sup>182</sup> Vid. HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pp. 172 y ss.

<sup>183</sup> Vid. HART, Herbert L. A., "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", en *Jherings Erbe*, cit., pp. 68-78. Sobre las conexiones de Hart con el propósito de naturalización de la teoría jurídica, vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 140 y ss.

<sup>184</sup> BJARUP, Jes, *Skandinavisk Realismus*, cit., pp. 75 y ss.

cuyo mérito fue construir una teoría jurídica autónoma respecto de otras instancias normativas; de otras instancias que hasta entonces se habían confundido con el Derecho en una amalgama inextricable. Según Ulises Schmill, el gran logro del jurista vienés fue integrar el Derecho privado, el Derecho público y el Derecho internacional en una única teoría comprensiva. Además, esta teoría quedaba configurada de tal modo, que otros órdenes normativos como el Derecho natural, la moral, la religión y los usos sociales, eran arrojados sin miramientos fuera de las lindes del concepto de Derecho<sup>185</sup>. En esto consistía, en definitiva, el objetivo de la teoría pura.

Este propósito de pureza metodológica se plasmó a partir de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, su ejercicio de habilitación de 1911. En esta obra, el austriaco pretendía distanciarse del iuspositivismo del XIX, porque en su opinión estaba aquejado de una perniciosa tendencia al sociologismo. Como él mismo señalaba en un prólogo a la edición de 1923, su objetivo era desembarazarse de dos tendencias contrarias al positivismo: el iusnaturalismo y la jurisprudencia sociológica<sup>186</sup>. Así pues, tal y como Kelsen enunciaba este propósito, parece existir una zanja muy profunda entre el positivismo del siglo XIX –con frecuencia de corte sociológico– y la nueva manera de entenderlo que él quería promover. Sin embargo, a medida que se avanza en la lectura de la obra, esta primera impresión se desvanece poco a poco. Kelsen critica con ahínco a casi todos sus predecesores, pero no logra desprenderse de una larga lista de influencias. Ya se ha señalado en el segundo capítulo, por ejemplo, que la teoría de que los destinatarios de la norma jurídica son los órganos llamados a aplicarla, en realidad es original de Jhering –cosa que el propio Kelsen reconoce<sup>187</sup>.

Con todo, lo más importante no son las influencias concretas que podrían irse acumulando tras una lectura atenta de la obra: August Thon, Bernhard Windscheid, Paul Laband, Carl Friedrich von Gerber, Adolf Merkel o Rudolf von Jhering son sólo algunos de los nombres que circulan a menudo por sus páginas. Lo fundamental es que el mismo proyecto de pureza metódica, en sus grandes lineamientos, entronca con una de las direcciones iuspositivistas más fecundas de todo el siglo XIX. Nos referimos a la ciencia del Derecho heredada de la jurisprudencia de conceptos, una opción doctrinal cuyo propósito era construir una teoría del Derecho autorreferente, tendente a la total

---

<sup>185</sup> SCHMILL, Ulises, “El positivismo”, cit., pp. 69-75.

<sup>186</sup> KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* [1911], J. C. B. Mohr, Tübingen, 1923, pp. 3 y ss.

<sup>187</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, p. 261; KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 378-395.

sistematización del ordenamiento jurídico e independiente de consideraciones fácticas de toda clase, ya fueran naturales, políticas o sociológicas. Existen muchas variantes de esta orientación a lo largo del siglo, a veces coincidentes y a veces enfrentadas entre sí. Pero en todas ellas está ya apuntado, con todos los tropiezos que se quieran, el proyecto de purificación que Kelsen se empeñará en llevar a cabo<sup>188</sup>.

La teoría analítica de John Austin, que sólo pudo fraguar tras su estancia junto con los miembros más destacados de la escuela pandectística alemana, es uno de los ejemplos más señeros<sup>189</sup>. Su objetivo, como es bien conocido, no era otro que definir un catálogo de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, de aquellos preceptos que deberían ser comunes a todo ordenamiento jurídico posible, con independencia de su localización geográfica, su perfil ideológico o su adscripción nacional y cultural. Se trata de un proyecto sustancialmente distinto al de Kelsen, bien es cierto, pero en ambos programas subyacen presupuestos metódicos similares: 1) lograr construir una ciencia jurídica formal, esto es, autónoma respecto a los contenidos morales o políticos del Derecho; y 2) intentar llevar a cabo este propósito mediante un tipo de investigación no sociológica, es decir, a través de la observación y el análisis del ordenamiento jurídico en sí mismo, sin necesidad de acudir a consideraciones extrajurídicas.

Otra variante fundamental del positivismo decimonónico, que coincide en un grado notable con estas convicciones metodológicas, es la que conocemos como teoría general del Derecho, entre cuyos representantes podríamos destacar a Karl Bergbohm, Ernst Rudolf Bierling o Félix Somló. Al igual que en el caso de Austin, aunque con procedimientos diferentes, el objetivo de estos autores era construir una teoría general del Derecho (*allgemeine Rechtslehre*), que fuera capaz de identificar aquellos principios o nociones esenciales que se encuentran en la base de todo sistema jurídico. Angelo Falzea ha ubicado a todas estas orientaciones dentro del bloque del formalismo jurídico y, en particular, entre las teorías que quisieron buscar el momento de la *universalidad* en el Derecho<sup>190</sup>. Lo relevante de esta ordenación, a efectos de nuestro discurso, es que bajo esta misma rúbrica también se colocaban la teoría pura de Kelsen (*reine Rechtslehre*) y la filosofía jurídica de Stammler.

---

<sup>188</sup> Vid. WILHELM, Walter, *Zum juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, pp. 7 y ss.

<sup>189</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Estudio preliminar” a John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, cit., pp. 6 y ss.

<sup>190</sup> FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 66-75.

Sobre la base de esta última constatación, pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, es forzoso reconocer que ya en varios autores positivistas de finales del XIX encontramos un planteamiento tendente a la pureza metódica. Es cierto que la consagración total de esta línea sólo tendrá lugar con Kelsen, pero no puede mantenerse con solvencia la nítida diferencia que él creía ver entre sus ideas y las de los positivistas del siglo precedente. En segundo lugar, por lo que atañe al propio Jhering, merece la pena recordar que ya en el *Espíritu del Derecho romano* se había apuntado esta misma línea en busca de lo universal. Aunque con falta de sistemática y de rigor metodológico, lo cierto es que ya con él puede verse una opción formalista de este corte: no era el Derecho romano en sus contenidos concretos lo que le importaba estudiar, sino la *universalidad* que se escondía detrás de los preceptos, las normas y las instituciones materiales: “mi objetivo no es el Derecho romano, sino el Derecho, escudriñado y puesto de manifiesto en el Derecho romano”<sup>191</sup>.

Junto a los autores empeñados en la busca de la *universalidad*, Falzea identificaba otra vertiente del formalismo decimonónico: el momento de la *generalidad*<sup>192</sup>. Aunque hay diferencias con la anterior propuesta, también ésta aspiraba a una cierta pureza metódica. Como paradigma podría señalarse la obra de Adolf Merkel, que desarrolló con gran claridad los fundamentos de esta línea. Se trataba, una vez más, de distanciarse de una ciencia pegada al texto de la norma, para lo cual se tomó como base la distinción entre partes especiales y partes generales. Tradicionalmente, se entendía que las partes generales del Derecho encerraban algo así como un elenco de principios básicos de cada rama jurídica particular. Habría así una parte general del Derecho penal, del civil, del mercantil, etcétera, mientras que las partes especiales, por su lado, serían el desarrollo pormenorizado de todas las instituciones concretas. Con base en esta dualidad, Merkel propuso la construcción de una *parte general de todas las partes generales*. Se trataba de dar un paso más en el proceso escalonado de inducción, hasta construir una teoría general unitaria para todas las ramas del Derecho vigente<sup>193</sup>.

La diferencia con las anteriores teorías estriba en que aquéllas querían forjarse con independencia de cualquier Derecho contingente. Su finalidad era encontrar una serie de nociones fundamentales comunes a cualquier Derecho posible, tanto vigente como no vigente, tanto pretérito como futuro. Estas últimas, al contrario, proponían una labor de

---

<sup>191</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. VII.

<sup>192</sup> FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 75-77.

<sup>193</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 62-66.

depuración semejante, pero sobre la base de un determinado Derecho: el alemán, el francés, el español, etc. A través de un recorrido de inducción escalonado, desde la base de la pirámide normativa hasta su cúspide, podrían llegar a identificarse aquellos principios que informan todo el sistema y que serían comunes a todas sus ramas particulares. Dicho con la terminología de Falzea, aquéllas estaban pensando en la *universalidad* del Derecho, mientras que éstas se centraban sólo en la *generalidad*. Pese a lo sustancial de esta diferencia, ambas líneas son equivalentes a los efectos de nuestra argumentación: lo que nos interesaba, en efecto, era demostrar que las teorías positivistas del siglo XIX ya habían anticipado el proyecto de pureza kelseniana.

Las anteriores consideraciones también valen para la ciencia del Derecho público, un campo especialmente fecundo de la reflexión iuspositivista durante el siglo XIX. En particular, es en la obra de Paul Laband donde se plasmó el programa de depuración que ya se había apuntado en la jurisprudencia conceptual: “de Bergbohm, el contemporáneo de Laband, es de quien proviene la expresión de que la ciencia jurídica es «pensamiento purificado». Si buscáramos una fórmula convincente para la teoría científica de Laband, esa sería la expresión adecuada. Una concepción y una exposición puras del Derecho positivo, independientes del establecimiento de fines y de valores, fundadas sólo sobre categorías formales incondicionadas y sobre la fuerza probatoria del pensamiento lógico: tal era el principio científico de la teoría «jurídica» del Estado”<sup>194</sup>. Y es que, en efecto, fue un afán de depuración lo que existió tras muchos de los intentos por construir una ciencia del Derecho público rigurosa. No sólo en Laband, sino ya antes en Gerber, es donde cabe encontrar este tipo de metodología<sup>195</sup>.

Hasta ahora, se ha tratado de argumentar que también en Kelsen, pese a lo tajante de sus afirmaciones, existe una sustancial continuidad entre el positivismo del XIX y su prolongación en el XX. Con ello, como se quiere mantener aquí, quedaría probada la naturaleza compleja de esta corriente de pensamiento, que apunta sus primeros rasgos ya en el siglo XVIII, pero que despliega su radio de acción hasta la misma actualidad.

---

<sup>194</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit., p. 7.

<sup>195</sup> Vid. STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, 1800-1914*, cit., pp. 330-348. Quizá no sea ocioso advertir sobre la gran amistad que unió a Gerber y a Jhering durante muchos años, tanto en el plano personal como en el académico. De hecho, ambos juristas sintieron una estrecha comunión de perspectivas científicas hasta que Jhering inició el viraje hacia una teoría jurídica realista. La coincidencia de planteamientos llegó hasta tal punto, que en 1857 decidieron fundar juntos una revista: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. A partir del vuelco metódico de Jhering, su afinidad científica se resintió y, pese a que el contacto entre los dos se mantuvo siempre a lo largo de los años, la correspondencia revela un paulatino enfriamiento de los lazos afectivos que antaño habían trabado. Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber* (Teil 2), Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, pp. 64-66 y 174 y ss.

Ahora bien, además de esta importante constatación, queda un último rasgo por tratar respecto al iuspositivismo contemporáneo. Se trata de la conexión entre la vertiente filosófico-científica y la variante jurídica de este movimiento. Y es que, como se viene defendiendo en este capítulo, no existe una clara diferencia entre ambas orientaciones. En este sentido, también en el siglo XX se ha de dar esta conexión fundamental. A continuación se señalarán dos aspectos de este vínculo.

En primer lugar, conviene hacer un apunte sobre los proyectos de pureza metódica. Si recordamos, una de las principales consecuencias del positivismo fue la redefinición del mapa epistemológico. Independizadas todas las ciencias de su tronco original, a la filosofía le quedaba una función de centralización, clarificación y depuración de los resultados de cada disciplina. Pues bien, si trasladamos esta nueva situación al mundo del Derecho, nos topamos con una sorprendente analogía. La filosofía jurídica como disciplina se forjó de la mano del positivismo. De hecho, los primeros pasos de esta génesis se dieron como fruto de aquella redefinición gnoseológica: hacia mediados del siglo XIX empezaron a pulular tratados filosóficos “sobre el Derecho positivo”, “filosofías del Derecho positivo”, “ciencias del Derecho positivo” y otros propósitos teóricos semejantes<sup>196</sup>. Desechada la creencia en un Derecho natural, en efecto, surgió la perentoria necesidad de refundar el modo de pensar sobre el Derecho. Y así es como nació la filosofía del Derecho, una materia cuya tarea es casi idéntica a la que el Círculo de Viena otorgaba a la filosofía pura: clasificar y clarificar los resultados de las ciencias jurídicas particulares. Tal es la función, por ejemplo, que se le asignaba en la teoría de Adolf Merkel. Así pues, he aquí manifiesta una vez más la íntima relación entre el positivismo filosófico y su variante jurídica.

En segundo lugar, sería importante destacar que la epistemología del positivismo del siglo XX es la misma que se traslada a las teorías iuspositivistas de esta centuria. Se ha discutido mucho sobre el vínculo de Kelsen con los principios del Círculo de Viena. Por lo que parece, su inspiración provenía más bien de la filosofía neokantiana que del positivismo lógico<sup>197</sup>. A pesar de esto, no deja de ser llamativo el paralelismo de propósitos entre ambas tendencias. En la *Teoría pura del Derecho*, el objetivo del austriaco era desprenderse de la ciencia política, la sociología, la psicología y la ética a

---

<sup>196</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 207-257.

<sup>197</sup> Vid. PAULSON, Stanley L., “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, *Doxa*, 26, 2003.



la hora de dar un concepto de Derecho<sup>198</sup>. El positivismo lógico, por su parte, se había propuesto un proyecto de depuración anti-metafísico que pasaba por la pulcra definición de cada disciplina y por una auto-contención metódica muy poco amiga de eclecticismos e interdisciplinidades<sup>199</sup>. Pero no todo acaba en Kelsen. Si tomamos a Hart, a Ross o a la filosofía analítica contemporánea, nos topamos con una analogía de planteamientos similar a ésta: en todos ellos late la preocupación del análisis del lenguaje como cauce central para una reflexión rigurosa del Derecho.

El tema daría para disquisiciones verdaderamente prolijas y para un estudio mucho más profundo y pormenorizado. Sin embargo, no es este el lugar para emprenderlas, porque no es tal la finalidad del presente epígrafe. Por hacer un ejercicio de síntesis, de lo que se trataba era de cumplir dos objetivos principales.

En primer lugar, era importante destacar la sustancial continuidad del paradigma iuspositivista a lo largo de varios siglos, en una línea evolutiva que resulta congruente con algunos planteamientos comunes a las diversas manifestaciones que fue asumiendo. Esto vale en el plano sincrónico y en el diacrónico. En el sincrónico, porque incluso en un mismo período se dieron versiones diversas del positivismo jurídico –hasta el punto de llegar a producirse verdaderos enfrentamientos– sin por ello dejar de pertenecer al mismo paradigma. En el diacrónico, porque también desde una perspectiva histórica se puede percibir un aire de familia entre corrientes separadas por grandes lapsos. Así es como, pese a las diferencias objetivas y a los propósitos declarados de los autores, se da una continuidad esencial entre las teorías del siglo XX y las del XIX.

En segundo lugar, era importante subrayar la continuidad entre los presupuestos del positivismo filosófico-científico y su variante jurídica. Tanto en sus primeros compases, a mediados del siglo XVIII, como en la extensión contemporánea del paradigma, se ha venido dando esta comunión de perspectivas. Y es que, como ya se ha argumentado con detenimiento, se trata de un proceso de interacción que tiene su razón de ser en el profundo alcance del paradigma positivista: desde la literatura hasta las artes plásticas, desde las ciencias naturales hasta la sociología, desde la filosofía pura a la filosofía jurídica. Todas estas, y muchas otras más, serían emergencias singulares de un cambio de paradigma cultural, con hondas raíces históricas y con prolongaciones no siempre sospechadas. En los siguientes epígrafes se intentará desarrollar esta idea.

---

<sup>198</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* [1960], Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992, p. 1.

<sup>199</sup> Vid. CARNAP, Rudolf, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, cit., pp. 66-87.

### *c) Un paradigma epistemológico e ideológico*

A estas alturas de la argumentación, conviene recordar los pasos que se han dado hasta ahora. Tomando como base la definición del positivismo de Ulises Schmill, se han tratado de analizar las principales características que conviene tener en cuenta para entender el origen extrajurídico de esta corriente. *En primer lugar*, se señaló la esencial diversidad de las diferentes direcciones que integran el acervo del positivismo: no se trata así de una teoría, sino de un gran marco de ideas con múltiples posibilidades de desarrollo. Como bien ha señalado Alf Ross, “nos habríamos ahorrado también otras discusiones si se hubiera advertido que un positivista jurídico no puede ser considerado responsable de todas las opiniones sostenidas en nombre del positivismo”<sup>200</sup>. *En segundo lugar*, como acaba de exponerse en el anterior epígrafe, se ha presentado la naturaleza evolutiva del positivismo, en su sentido general y en su sentido estrictamente jurídico. Frente a la idea de que se trata de una corriente intemporal, o bien ya definida y unitaria desde el comienzo, se ha intentado mostrar su naturaleza cambiante y su ya largo recorrido histórico.

Así las cosas, nos queda por afrontar el último elemento que se decantaba de la definición de Schmill. Después de señalar la variedad de posiciones y autores que cabe reunir bajo la rúbrica del positivismo, se expresaba así sobre la manera de operar de este nuevo paradigma filosófico: “en todos ellos se contienen contribuciones de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos presupuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre cierto tipo de problemas, con una manera especial de abordarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición a las ciencias empíricas”<sup>201</sup>. El elemento principal de esta definición se encuentra en el énfasis sobre los presupuestos culturales previos del positivismo.

En realidad, se trata de algo que ya hemos apuntado en las páginas precedentes. La emergencia del iuspositivismo no es tan sólo un acontecimiento que incumbiese a la filosofía jurídica. De hecho, como ya se ha señalado antes, el propio nacimiento de esta disciplina es un fruto de la nueva mentalidad positivista. Además, tampoco la aparición del iuspositivismo tiene únicamente que ver con los cambios acaecidos en el ámbito filosófico y científico. En realidad, se trata de un cambio cultural en sentido fuerte, que

---

<sup>200</sup> ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, cit., p. 365.

<sup>201</sup> SCHMILL, Ulises, “El positivismo jurídico”, cit., pp. 65-66.

atañe a todas las esferas del conocimiento y de la actividad humana. Ese es el motivo por el que se trajeron a colación algunos ejemplos de la literatura o de las ciencias sociales: porque no cabe entender el proceso de transformación en una urna separada de la historia en la que fermentó el nuevo paradigma.

A tenor de la definición de Schmill, este cambio cultural podría desgranarse en varios aspectos: 1) En primer lugar, se produjo una redefinición de los problemas que merecían atención científica y filosófica. 2) En segundo lugar, en estrecho contacto con la anterior transformación, se dio una reorientación del método empleado para abordar dichos problemas. 3) En tercer lugar, también en rigurosa concomitancia con estas dos mutaciones, se vino a trazar una línea que separaba lo relevante de lo irrelevante desde un punto de vista científico, de modo que ahora se empezarían a rechazar determinadas ideas filosóficas y religiosas centrales en el anterior paradigma. 4) En cuarto lugar, y como complemento de lo que acaba de decirse, el baremo de lo relevante quedó situado en la relativa concordancia con el método empírico: todo aquello que no superase este test de pertenencia, quedaría expulsado de lo científicamente pertinente.

En resumen, se trata de un nuevo paradigma de conocimiento. Hay testimonios de época que ilustran la incidencia de esta transformación, en tanto que ya fue percibida como tal por los mismos contemporáneos. En el discurso de Gierke sobre el Derecho natural y el Derecho alemán, que ya ha sido citado en varias ocasiones, encontramos un reflejo de esta autoconsciencia. Aunque su propósito era criticar al positivismo, expresó con mucha claridad lo que suele suceder con la aparición de todo nuevo paradigma. Además, y probablemente a su pesar, también formuló con fortuna lo que ocurrió con la llegada del paradigma positivista. En su opinión, el elemento diferencial del siglo XIX estaba en el surgimiento de la conciencia histórica como parte imprescindible del imaginario intelectual<sup>202</sup>. Es verdad que en el panorama alemán existían muchas corrientes de pensamiento jurídico enfrentadas entre sí, nos decía Gierke, pero ya todas compartían esa valoración común por lo histórico.

Dada la importancia de este juicio, conviene que transcribamos algunas frases por extenso: “Pese a todo, nuestra ciencia jurídica positiva se mantiene en un principio fundamental, que no se ha conmovido por semejante afluencia [de corrientes] y que ya no podrá ser conmovido. Se trata de la concepción *histórica* del Derecho predicada por la escuela histórica (...). Para ello consiguió crear un basamento sólido con fronteras

---

<sup>202</sup> Esto es algo que Wilhelm Dilthey teorizará desde una perspectiva filosófica. Vid. DILTHEY, Wilhelm von, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, cit., pp. XV y ss.

determinadas, sobre el cual no sólo la ciencia del Derecho positivo podía fundamentar su reconstrucción, sino que tampoco ninguna filosofía jurídica verdadera podría quedar inmune. Se puede ir más allá, pero ya no se puede volver atrás (...). La creencia en la capacidad de la razón para construir el derecho racional absoluto y exclusivo, no parece hoy menos absurda que la opinión de que la fantasía puede expresar la definitiva manifestación de la belleza en una única y absoluta obra de arte<sup>203</sup>.

En estas palabras de Gierke se encierran muchos elementos de interés. En primer lugar, nos ofrece un testimonio privilegiado sobre el hecho de la inevitable *variabilidad* de corrientes que convivieron bajo ese mismo movimiento. En segundo lugar, y como contrapunto a lo anterior, nos señala un aspecto sobre el que sí cabía predicar unidad: la asunción del dogma de la *historicidad* como criterio inexcusable para la ciencia y la filosofía jurídica. En tercer lugar, Gierke nos llama la atención sobre la *universalidad* de este nuevo paradigma: no sólo la ciencia jurídica en sus diferentes ramas, sino también la filosofía, habrían quedado afectadas de manera definitiva. En cuarto lugar, y en estrecha relación con esto último, nos advierte sobre la *irreversibilidad* del proceso. A partir de entonces, sólo se podría profundizar en esa línea, pero nunca volver a un tipo de pensamiento a-histórico. En quinto y último lugar, se nos sugieren las ideas de *relatividad*, *provisionalidad* y *pluralidad* como los rasgos que habrían de caracterizar al concepto de Derecho desde entonces en adelante.

De todos esos elementos, nos interesa centrarnos en alguno en especial. En primer lugar, en el de la *historicidad*. Según esta nueva cosmovisión, que puede encontrarse en todas las manifestaciones culturales de la centuria, todo objeto de estudio se había terminado convirtiendo en algo mudable y sujeto a un devenir perpetuo. Frente al protagonismo de la física y la matemática en los siglos anteriores, ahora era la historia la que se alzaba con la corona: toda ciencia, incluidas las naturales, debía pasar por el trance de una suerte de conversión historicista<sup>204</sup>. Ni tan siquiera las ciencias naturales, como se demuestra en las teorías evolucionistas de Lamarck o de Darwin, quedaron exentas de este peaje. Como bien ha señalado Rüdiger Safranski, “el descubrimiento de la historia dinámica y de todo lo que ello conllevaba, desde el orgulloso individualismo hasta la humildad frente a los antiguos testimonios de la cultura popular, produjo una

---

<sup>203</sup> GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht*, cit., pp. 7 y 13.

<sup>204</sup> Vid. CROCE, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, cit., pp. 112-113.

*verdadera cesura* en el pensamiento occidental. Desde entonces se volvió algo natural contemplar las cosas desde el punto de vista histórico”<sup>205</sup>.

En segundo lugar, es importante destacar las notas de *relatividad*, *provisionalidad* y *pluralidad* que empezaron a caracterizar al concepto de Derecho. Se trata de aspectos derivados del marco historicista en el que acaba de incidirse. Si la creencia en un Derecho natural se había abolido en nombre de una instancia en perpetuo movimiento como la historia, entonces no quedaba más remedio que admitir la necesaria relatividad del Derecho<sup>206</sup>. El carácter absoluto que había engalanado a éste durante siglos, la hipótesis de que en él se encerraban valores universales y elementos de sacralidad cuasi intocables, quedaba así desmantelada por completo. Lo que aquí era de una manera, allí podía ser de la contraria. Así las cosas, y como fruto de esta concepción, también hubo que reconocerse la provisionalidad y la pluralidad del Derecho. La provisionalidad, en el sentido de que todo ordenamiento habría de sufrir mutaciones sin cesar: ya no podía pensarse en regulaciones perennes como las postuladas por el iusnaturalismo. Y la pluralidad, porque ya no existía un único Derecho posible. A partir de ahora, todos los Derechos existentes, de una u otra cultura, con una u otra ideología, serían válidos por igual. Desechada la creencia en un orden natural, había desaparecido ese implacable baremo que otorgaba o denegaba la vitola de lo jurídico<sup>207</sup>.

En tercer y último lugar, nos interesa destacar la nota de la *irreversibilidad*. De acuerdo con Gierke, el cambio producido no tenía marcha atrás. Este es uno de los rasgos más importantes que identifican a un paradigma. Las teorías, frente a éstos, tienen cierto carácter contingente. Se proponen, se verifican, se refutan, se ensalzan o se denuestan. Sin embargo, y aun en el caso de ser rechazadas, siempre existe la opción de volver a recuperarlas parcialmente o por completo (por supuesto, dentro del reino de las ciencias humanas y sociales). Los paradigmas, al contrario, afectan a algo mucho más profundo que entronca con las convicciones metodológicas más íntimas de un periodo de la historia, que se entrelaza con las formas de conciencia social de modo inextricable

---

<sup>205</sup> SAFRANSKI, Rüdiger, *Romantik. Eine deutsche Affäre*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2009, p. 28. La cursiva es nuestra. El gran artífice de esta transformación fue sin duda Johann Gottfried Herder, a quien debemos una metafísica de la historia con consecuencias incalculables para el ulterior desarrollo de la cultura occidental. Hegel y Marx, por ejemplo, sólo son comprensibles desde la plataforma historicista inaugurada por Herder. Savigny, Jhering, Ehrlich, Kantorowicz o Pound, en el ámbito jurídico, tampoco habrían podido existir sin esta fundamental aportación. Vid. SAFRANSKI, Rüdiger, *Romantik. Eine deutsche Affäre*, cit., pp. 17- 27.

<sup>206</sup> Según Husserl, el historicismo siempre desemboca en un inevitable relativismo, no sólo en el mundo del Derecho. Vid. HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>207</sup> Para todo esto, vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La escuela histórica del Derecho”, en ID., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, cit., pp. 101-146.

y que, por tanto, delimita grandes regiones espacio-temporales con carácter necesario. En ese sentido es en el que Gierke percibía un carácter irreversible en el proceso antes descrito. Se puede avanzar en el conocimiento y el estudio del Derecho, pero ya nunca prescindiendo de la dimensión histórica<sup>208</sup>.

La emergencia que dio lugar a la aparición del nuevo paradigma iuspositivista, sin embargo, no sólo atañe a este descubrimiento de la historia. De hecho, ya con las aportaciones gnoseológicas de los ilustrados Hume y Kant se produjo un serio embate contra el marco iusnaturalista precedente. En concreto, fue el asentamiento del método empírico lo que logró laminar con más fuerza a aquella secular concepción del Derecho. A partir de entonces, lo empírico se convertiría en la vara de medir para deslindar lo científicamente pertinente de lo irrelevante. Y, pese a algún repunte especulativo de no pequeña envergadura –como sucedió con el idealismo alemán, desde Fichte hasta Hegel–, ya nunca más se pudo renunciar a este principio epistemológico. En el ámbito del Derecho, por supuesto, también tuvo lugar este viraje: “desde Hume y Kant, el iusnaturalismo católico y todo el Derecho natural fueron filosóficamente arrinconados hasta la línea de defensa; con ello, fueron relegados a una ética ciertamente respetable, pero en definitiva individual y particular”<sup>209</sup>.

Todas estas alusiones que acaban de hacerse, tanto la relativa a la penetración de la mentalidad historicista, como la derivada de los principios empiristas, van en la línea de demostrar la aparición de un nuevo marco epistemológico. El debate sobre la teoría del conocimiento que se produjo en aquellos años, en efecto, fue de los más intensos que ha sufrido la historia de la cultura. Ya se han señalado algunas de las repercusiones que tuvo esta polémica: la emancipación de muchas ramas del conocimiento de la matriz filosófica original, la naturalización de un gran número de disciplinas, el surgimiento de una profusa discusión relativa al estatus de las ciencias de la cultura... Todas éstas son manifestaciones de la revolución epistemológica que estaba teniendo lugar. Por lo que respecta al mundo del Derecho, esta diatriba también fue muy intensa. En un sentido estricto, el positivismo debería promover la expulsión de las ciencias sociales del

---

<sup>208</sup> Con base en esta constatación, Antonio-Enrique Pérez Luño proponía incluir a la historia como pieza esencial de la filosofía del Derecho. Normalmente, dentro de esta disciplina se suele distinguir entre una dimensión axiológica (correspondiente a la teoría de la justicia), una dimensión fáctica (correspondiente a la sociología del Derecho) y una dimensión normativa (correspondiente a la teoría del Derecho). Frente a esta tripartición, Pérez Luño proponía una teoría tetradimensional, que incluyese también la dimensión histórica (historia del pensamiento jurídico). Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 40-45.

<sup>209</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., p. 10.

espectro del conocimiento válido<sup>210</sup>. ¿Qué pasaba entonces con la ciencia del Derecho? ¿Cabía pensar en una disciplina menos exacta?

Este es el debate que terminó produciéndose hacia mediados de siglo. En 1847, el renombrado fiscal prusiano Julius von Kirchmann (1802-1884) dio una conferencia sobre el hipotético valor científico de la ciencia jurídica. La conclusión a la que llegaba, haciendo gala de una penetrante interiorización del método positivista, era que no podía predicarse tal carácter científico. En su planteamiento, se daban los mismos resultados que se anunciaban en el párrafo anterior. Ante un objeto tan mudable como el Derecho, que cambia a cada nuevo decreto, cada nuevo reglamento, cada nueva ley o cada nueva sentencia, no podía pretenderse construir ninguna ciencia<sup>211</sup>. El enfoque epistemológico que subyacía a semejante argumentación era ciertamente débil, pero muy común para la época y muy expresivo de la mentalidad positivista. Según ésta, las ciencias humanas y sociales nunca podrían alcanzar un estatus riguroso y plenamente científico, porque la perenne maleabilidad de su objeto lo impedía.

En realidad, hoy podemos decir que es muy dudosa la existencia de ninguna ciencia con un objeto fijo y duradero. Sabemos que la naturaleza está en perpetuo movimiento, que las partículas físico-químicas cambian de forma extraordinariamente veloz y que la lógica y las matemáticas ni siquiera tienen un objeto tangible. Sabemos, además, que en realidad es el propio *sujeto que estudia* –el científico– quien está creando la naturaleza de su *objeto de estudio*. En la época de Kirchmann, sin embargo, el razonamiento antes expuesto estaba a la orden del día. De hecho, todas las ciencias humanas y sociales se encontraban ante una difícil tesitura. Será el historicismo y sus derivaciones, en gran medida, los que conseguirán ofrecer el fundamento para una refundación de estas disciplinas<sup>212</sup>. Sin volver a la metafísica tradicional, e integrando aquellos aspectos del método empírico que pudieran valer para ese tipo de ciencias, se consiguió construir una teoría de las ciencias sociales en el marco del positivismo.

Por lo que respecta a la ciencia del Derecho, el planteamiento de Kirchmann produjo un importante revuelo. El propio Jhering, en 1868, pronunció una relevante conferencia que podría entenderse como réplica a los puntos de vista de aquél: *Ist die Jurisprudenz*

---

<sup>210</sup> COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1985, pp. 58-83.

<sup>211</sup> KIRCHMANN, Julius von, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, cit., pp. 14 y ss.

<sup>212</sup> Vid. VALVERDE, José María, *Breve historia del pensamiento occidental*, cit., pp. 277-279. La figura de Wilhelm Dilthey es especialmente relevante en este sentido. El neohegelianismo de Oswald Spengler, Robin Collingwood o Benedetto Croce, cada uno con sus respectivos matices, también contribuyó a esta refundación de las “ciencias del espíritu”. En fin, el neokantismo de las escuelas de Baden y Marburgo, si bien desde otra perspectiva, también realizó su aportación a la epistemología de las ciencias humanas.

*eine Wissenschaft?* (¿Es la ciencia jurídica una ciencia?)<sup>213</sup>. En esta obra, el jurista alemán lanzaba el mismo interrogante que Kirchmann veinte años atrás, pero llegaba a la conclusión opuesta: la ciencia jurídica sí podría merecer tal apelativo. Lo que ocurre es que, para lograr esto, debería marcarse una senda de estudio interdisciplinaria. Sólo mediante una sabia combinación de historia del Derecho, filosofía jurídica y dogmática jurídica podrían sortearse los problemas subrayados por su antecesor. Si el Derecho era algo en movimiento constante, entonces había que anclar su estudio en instancias que no sufrieran el ir y venir de las legislaciones cambiantes<sup>214</sup>.

La filosofía, por un lado, suministraría el sustrato teórico necesario para encauzar una comprensión cabal del Derecho positivo. Además de las reglas positivas y además de la vertiente práctica del Derecho, nos dice Jhering, hay en éste una dimensión ética que no cabe desconocer. No sólo por razones que tengan que ver con la justicia o con un planteamiento axiológico de su concepto, sino porque la ética es un motor de desarrollo y creación de nuevas normas e instituciones. En ese sentido, es importante practicar una ciencia jurídica iusfilosófica. La historia, por el otro lado, es un arma esencial para el jurista. Si no se quiere caer en un culto reverencial hacia el Derecho vigente, si se quiere salir del círculo vicioso en que nos encierra la legalidad, entonces hay que contemplarla desde la perspectiva diacrónica. Sólo así, además, puede sortearse el obstáculo apuntado por Kirchmann. Por último, siempre según Jhering, también la dogmática jurídica es fundamental. Sólo aunando los anteriores enfoques con un buen conocimiento del Derecho, podía resultar fructífera esa combinación de disciplinas.

Con esta observación, acaba de tocarse un último aspecto para entender el concepto de paradigma que aquí estamos manejando. Hasta ahora, se ha venido hablando de la cesura epistemológica que se produjo entre la época del Derecho natural y la era del positivismo. Sin embargo, tal y como reza el título de este epígrafe, también hay un factor ideológico que operó en la génesis de este nuevo marco de ideas<sup>215</sup>. Si leemos con atención a Jhering, si prestamos atención al enfoque de sus obras, nos daremos cuenta del gran protagonismo de este elemento. En la conferencia que acabamos de glosar, por ejemplo, nuestro jurista no estaba pensando en la verdad considerada en abstracto: era el

---

<sup>213</sup> JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868*, hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998.

<sup>214</sup> JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, cit., pp. 55 y ss y 76 y ss.

<sup>215</sup> Este elemento no estaba presente en la definición de Ulises Schmill. En general, por otra parte, se trata de un factor algo descuidado por la doctrina. Las ideas de González Vicén, que se han venido siguiendo hasta ahora como un gran marco de referencia, tampoco parecen atender mucho a este aspecto. Como gran excepción debe citarse a SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 99 y ss.



criterio de lo fructífero, lo útil, lo necesario, aquello que señalaba como guía principal para sentar los cimientos de la ciencia jurídica. Sólo si entendemos ésta desde un punto de vista pragmático, al modo de una servidora del progreso, de un peón encaminado al perfeccionamiento de la sociedad, estaremos haciendo justicia a la orientación filosófica que Jhering demostró a lo largo de su vida<sup>216</sup>.

Es posible que esto choque con la manera de entender el positivismo típica del siglo XX. Hoy se ha instaurado como un dogma indiscutible que la ciencia y la filosofía deben estar presididas, en la medida de lo posible, por la famosa *Wertfreiheit* de Max Weber, por una especie de asepsia valorativa. En el siglo XIX, sin embargo, esto no era así en absoluto. Ni siquiera las direcciones positivistas más extremas en el terreno filosófico y científico, aquellas que proponían una naturalización absoluta de las esferas de conocimiento, podrían encuadrarse bajo el presupuesto de la ciencia libre de valores. Comte, por ejemplo, quería poner todo su sistema, así como el entero elenco de las ciencias definido por él mismo, al servicio absoluto del progreso social<sup>217</sup>. Durkheim, con su sociología científica, no aspiraba sino a conseguir levantar un armazón ético potente, que pudiese dotar de estructura moral a la comunidad<sup>218</sup>. Y de la mano de esta forma de entender las cosas, cómo no, tampoco el positivismo jurídico decimonónico puede entenderse desde los presupuestos de la ciencia libre de valores. Los autores iuspositivistas del XIX nunca sintieron la necesidad de practicar una ciencia jurídica aséptica, puesto que no percibían una antinomia entre el método y el hecho de verter juicios ideológicos o morales al hilo de su pensamiento<sup>219</sup>.

Lo que aquí desea sostenerse, por consiguiente, es que el elemento ideológico fue un factor esencial para la gestación del paradigma positivista. Podría decirse, incluso, que sólo con éste podremos hablar de un nuevo paradigma con verdadero fundamento. Desde luego, cuando se habla de ideología no nos estamos refiriendo a tal o cual tendencia política: dentro del positivismo hubo corrientes de toda clase y autores que defendieron posiciones políticas de género diverso. Nos referimos a algo más profundo,

---

<sup>216</sup> WIEACKER, Franz, “Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft”, en ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag Kronberg, Göttingen, 1974, pp. 9-35.

<sup>217</sup> GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 554.

<sup>218</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El método sociológico en Durkheim”, introd. a DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, ed. de Gregorio Robles y trad. de Virginia Martínez Bretones, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 13 y ss.

<sup>219</sup> OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho*, cit., p. 53: “el principio de no-evaluación en las ciencias sociales (incluyendo la ciencia del Derecho) pertenece a este siglo. En rigor, los juristas alemanes del siglo pasado llevaban a cabo valoraciones sin escrúpulos y como algo natural”.

que entronca con la conciencia política y social de una época. La génesis de un Estado potente, la idea de la seguridad jurídica como valor primordial a proteger, la progresiva decantación del Estado de Derecho, los gérmenes de lo que luego habrá de ser el moderno Estado social, la idea teleológica y pragmática de las instituciones jurídicas... Todas estas, por poner sólo unos ejemplos a vuelapluma, son manifestaciones de lo que quiere decirse al hablar de ideología positivista.

En definitiva, no fue sólo un vuelco epistemológico lo que selló la aparición del positivismo jurídico, sino también una nueva conciencia respecto a la tarea social de la ciencia y la filosofía. A partir de entonces, también éstas quedaban subordinadas al servicio de intereses políticos, de mucho más alto rango y valor que la verdad como ente abstracto. Esta nueva forma de entender la investigación tenía que ver con factores ideológicos que se estaban expandiendo como la pólvora en el imaginario intelectual de aquella Europa. Karl Marx, con su crítica de la economía política, no hacía sino edificar un sólido andamiaje científico destinado a desvelar las claves del progreso social. Émile Zola, con la novela naturalista, no intentaba otra cosa que sacar a la luz las miserias sociales, pensando en sacudir las conciencias y promover la mejora de la condición humana. Bentham o Stuart Mill, con sus respectivas visiones del utilitarismo, también estaban pensando en poner la filosofía al servicio del progreso. No era el *utilitarismo* como mera *dirección teórica* lo que éstos perseguían, sino más bien el *eudemonismo* como *fin político y social*. Y Rudolf von Jhering, en el mundo del Derecho, no tenía otra cosa en mente que lograr una ciencia jurídica al servicio de los intereses de su país. Si la nación alemana se estaba alzando como Estado unificado, fuerte en política, en cultura, en economía y en desarrollo industrial, la ciencia jurídica no podía permanecer ajena a aquella colosal tarea de superación colectiva<sup>220</sup>.

Hasta ahora, se han analizado los diversos aspectos que confluyeron en la génesis del positivismo jurídico como corriente de pensamiento. Se ha señalado la constitutiva diversidad de posiciones que pueden acogerse bajo su techo, la prolongada extensión cronológica de sus principios y el hecho de que dio paso a un nuevo paradigma. Este último es el aspecto clave. En el presente epígrafe se han dado algunas pinceladas sobre

---

<sup>220</sup> El historiador Heinrich August Winkler ha caracterizado este nuevo paradigma intelectual como un tránsito desde el idealismo al materialismo. Desde su punto de vista, no faltaban razones históricas de peso para que éste tuviera lugar: “el elogio del materialismo no carecía de razones materiales en última instancia: los años entre 1850 y 1856 fueron una época de vertiginoso crecimiento económico a ambos lados del Atlántico, de expansión de la producción industrial y de la minería, del tráfico ferroviario, de la comunicación telegráfica y de la navegación a vapor, de la sociedad anónima y de la actividad bancaria y bursátil...”. (WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München, 2009, p. 687).

todo lo que llevó consigo esta aparición. En concreto, se ha señalado la necesidad de contemplar las dimensiones epistemológicas e ideológicas de manera conjunta, si quieren entenderse cabalmente todas sus implicaciones. En el siguiente punto de este capítulo (§4), intentará desarrollarse algo más esta última idea, pero a la luz de la teoría de los paradigmas elaborada por el filósofo de la ciencia Thomas S. Kuhn. Muchos de los elementos importantes ya se han avanzado y desarrollado en este epígrafe, pero merece la pena apuntalarlos, por cuanto rigen la exégesis propuesta sobre Jhering. Así pues, de lo que se trata es de examinar lo dicho hasta ahora, pero en función de un aparato filosófico-científico más sólido.

#### 4. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA DE PENSAMIENTO

La historia del concepto de paradigma es tan larga como el origen etimológico del vocablo. De acuerdo con el *Philosophisches Wörterbuch der Philosophie*, debemos retrotraernos hasta Platón para documentar la trayectoria filosófica de la expresión<sup>221</sup>. En griego clásico y en el uso común del término, al menos en el castellano actual, un paradigma es una especie de modelo, patrón o arquetipo. Este significado primario de la palabra también es el que encontramos en Platón. Según su célebre teoría de las ideas, en efecto, los paradigmas vendrían a ser aquellas formas originarias que constituyen la esencia de lo real. Todas las cosas de este mundo, desde los objetos animados hasta los inanimados, desde lo más pequeño hasta lo más grande, no serían otra cosa que copias o remedos de esas formas puras y primigenias. En definitiva, meras derivaciones de los paradigmas, burdas apariencias de la realidad objetiva.

La historia ulterior de este concepto no puede reseñarse aquí, porque sería prolijo e innecesario para nuestro tema. No obstante, sí cabe señalar que la idea de paradigma terminaría recalando en el pensamiento del gran escritor y naturalista Georg Christoph Lichtenberg (1742-1799), que la utilizaría por primera vez en el marco de la filosofía de la ciencia. De esta fuente provendría el uso que más tarde se encontrará en la obra del segundo Wittgenstein, con quien asistimos a una de las etapas más señeras de este recorrido histórico<sup>222</sup>. Es en su pensamiento donde este concepto comenzará a cobrar los rasgos más característicos a efectos de esta investigación. De acuerdo con el vienés, los paradigmas vienen a ser patrones epistemológicos que permiten a una comunidad la comprensión recíproca y una actividad compartida con pleno significado para los miembros del grupo. Se trataría de presupuestos, conjuntos de reglas y de prácticas que se sitúan con carácter previo a toda experiencia: no son algo que se pueda representar, sino que ellos mismos son el “medio de representación”<sup>223</sup>.

Este es ya un sentido parecido al que encontramos en la teoría de los paradigmas científicos de Thomas S. Kuhn, una aportación que ha terminado por revolucionar la filosofía de la ciencia y que ha calado de forma extraordinaria en una gran cantidad de esferas de conocimiento. De acuerdo con el propio testimonio del filósofo e historiador

---

<sup>221</sup> Vid. RENTSCH, Thomas, “Paradigma”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, cit., pp. 74-82.

<sup>222</sup> Vid. JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen, *La Viena de Wittgenstein*, trad. de Ignacio Gómez de Liaño, Taurus, Madrid, 2001, p. 222.

<sup>223</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 2002, p. 71.

estadounidense, su uso del concepto de paradigma no se derivaba de Lichtenberg o de Wittgenstein. Tan sólo más tarde supo del empleo que aquellos habían hecho del término. Del primero de ellos no sabía casi nada, pero le sorprendió no haber reparado él mismo en la versión de esta noción en Wittgenstein<sup>224</sup>. No obstante la independencia de su hallazgo, como tantas veces ocurre en la historia de la cultura y el pensamiento, no es descartable que Kuhn bebiera inconscientemente de un marco intelectual proclive a acuñar y desarrollar semejante idea filosófica. De hecho, las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein sí aparecen citadas en *La estructura de las revoluciones científicas*, aunque no con motivo de la definición de paradigma<sup>225</sup>.

Fuera como fuera la gestación del concepto, el uso que venimos haciendo aquí tiene mucho que ver con el que difundió este filósofo de la ciencia. Por eso, el objetivo de este epígrafe es examinar la anterior argumentación sobre el positivismo desde un prisma más riguroso que el que se ha estado manejando hasta ahora. Trataremos de exponer el planteamiento de Kuhn, para poder analizar la temática de este capítulo a la luz del andamiaje que nos presta su teoría. Dividiremos el trabajo en tres etapas. En primer lugar, se describirá la teoría de Kuhn tal y como fue propuesta para la historia de las ciencias naturales (§4.1). En segundo lugar, se examinará la posibilidad de su aplicación a la historia de las ciencias sociales y del pensamiento filosófico (§4.2). En tercer y último lugar, se abordará la problemática del positivismo jurídico desde el punto de vista de los paradigmas en sentido kuhniano. Desde este enfoque, concluiremos el capítulo con una reflexión sobre el fundamental puesto de Jhering en el seno de este paradigma (§4.3).

#### **4.1. Los paradigmas científicos según Thomas S. Kuhn**

En 1962, Thomas S. Kuhn publicaba un libro con el título de *La estructura de las revoluciones científicas*. Se trataba de una contribución al estudio del devenir de la ciencia, que en lo sucesivo daría un vuelco a nuestra forma de concebir su desarrollo y el trabajo de los que se dedican a ella. La visión tradicional de ambas cosas, con matices y precisiones para cada época, sostenía que la evolución del conocimiento se asemejaba

---

<sup>224</sup> Vid. KUHN, Thomas S., “Una conversación con Thomas S. Kuhn”, entrevista realizada por Aristides Baltas, Kostas Gavroglu y Vassili Kindi, en ID., *El camino desde la estructura. Ensayos filosóficos 1970-1993 con una entrevista autobiográfica*, comp. por James Conant y John Haugeland, trad. de Antonio Beltrán y José Romo, Paidós, Barcelona, 2001, p. 347.

<sup>225</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas* [1962], trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, pp. 82-83.

a la de un crecimiento *lineal, gradual y acumulativo*. Según esto, los científicos no hacían sino superponer nuevos descubrimientos e invenciones a los logros ya asentados por sus predecesores, de manera que se avanzaba constantemente en una línea de perpetua perfectibilidad, en un camino que cada vez nos iría aproximando más a la verdad. Frente a esta presentación de las cosas, Kuhn propuso que el conocimiento científico avanzaba más bien a saltos, a base de quiebras entre grandes modelos de conocimiento: los paradigmas.

De acuerdo con esta concepción del devenir histórico-científico, existirían dos principales modos de desarrollo del conocimiento: los periodos revolucionarios y los normales. En aquéllos, se produce una suerte de redefinición epistemológica de gran magnitud, se sustituyen los *presupuestos* y las *prácticas* típicas de la comunidad científica, para ser reemplazados por un nuevo armazón de nociones y fundamentos. En los periodos normales, en cambio, la investigación se desenvuelve de manera más o menos sosegada, ya que el mundo de presupuestos *paradigmáticos* se mantiene estable: una vez asentados estos principios compartidos tras la ruptura revolucionaria, el conocimiento puede avanzar como en un suave deslizamiento. O dicho de otra forma: a partir del mundo de nociones y de prácticas definidos por el paradigma, la investigación entra en su fase *normal*. Hasta la llegada de otra crisis y la consiguiente refundación de principios, los científicos podrían trabajar sin sobresaltos<sup>226</sup>.

La dinámica de este proceso se basa en el siguiente mecanismo. Durante la fase de desarrollo normal, los científicos trabajan al amparo de una serie de *prenociones* y de *prácticas* compartidas. Las *prenociones* atañen a la manera de concebir la ciencia y su sentido, el modo de entender qué es lo científico y qué lo fantástico, la forma de usar el lenguaje... Las *prácticas* compartidas aluden a los propios comportamientos de la comunidad de científicos: cómo se relacionan unos con otros, cómo entienden que debe desarrollarse una investigación y cómo ésta debe transmitirse, qué clase de vínculo mantienen con el poder establecido, etc. Una vez que este mundo de convicciones se asienta como hegemónico, las aportaciones se siguen con relativa armonía: se proponen teorías, modelos, experimentos, comprobaciones, sofisticaciones y perfeccionamientos del paradigma. Además, y sobre todo, se da pie a un proceso de especialización y a una intensa actividad manualística: el paradigma provoca la redefinición del mapa de disciplinas y la necesidad de afirmar públicamente la doctrina<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>227</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 45 y ss. y 212 y ss.

Este estado de cosas, sin embargo, no suele durar de forma perpetua. A partir de un momento dado, comienzan a surgir descubrimientos y emergencias que no encuentran acomodo en el paradigma. Es el momento prerrevolucionario<sup>228</sup>, en el que se comienzan a acumular más y más excepciones al modelo teórico, porque tal es la única salida para soslayar la perplejidad que provocan las anomalías descubiertas. La misma idea de anomalía tiene mucho que ver con las fuertes consecuencias que acarrea la existencia de un paradigma: lo que dentro de un paradigma determinado resulta inesperado, puede ser absolutamente normal, asumible y previsible en el marco de otro distinto. Y a la inversa: lo que en éste resulta una anomalía, podría ser natural en otro<sup>229</sup>. Así las cosas, llega un momento en que el número de estas emergencias se hace insoportable: la teoría se complejiza hasta extremos que hacen tambalear las convicciones más firmes de los científicos. En un principio, se ajustan las categorías del paradigma hasta lograr encajar los nuevos fenómenos. En un determinado punto, sin embargo, los sucesivos reajustes terminan configurando un modelo abigarrado, de cuya plausibilidad se empieza a dudar con seriedad en la comunidad de referencia.

Es entonces cuando se dan las condiciones para el reemplazo del paradigma. Sin embargo, esto no sucede hasta que no se dispone de una alternativa solvente. Según Kuhn, en efecto, la existencia de un paradigma es un imperativo insoslayable: no existen interregnos a-paradigmáticos<sup>230</sup>. Mientras no exista una explicación convincente como sustitutivo, los científicos continuarán proporcionando ajustes *ad hoc* para hacer cuadrar las emergencias anómalas con el modelo en el que han sido formados. De hecho, es frecuente que la alternativa ya exista desde bastante tiempo atrás, pero que no haya sido aceptada por tradición o por inercia generacional. Sólo en el estadio en que la crisis es demasiado aguda y nuevas camadas de científicos entran en juego, comienzan a surgir partidarios del modelo disponible con anterioridad. A partir de ese momento, tiene lugar un proceso de pugna entre el nuevo y el antiguo paradigma, una diatriba que generalmente no se dirime con criterios lógicos de verdad y falsación, sino a través de la persuasión y de argumentos de tipo pragmático<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> La expresión de periodo prerrevolucionario o paradigma prerrevolucionario no es de Kuhn, sino de Manfred Brocker, quien ha aplicado la metodología kuhniana al análisis de la historia conceptual de la noción de propiedad privada. Vid. BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1992, pp. 24-29.

<sup>229</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 92 y ss.

<sup>230</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 128 y ss.

<sup>231</sup> Vid. KUHN, Thomas S., "Consideraciones en torno a mis críticos", en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 187 y ss. Kuhn ha insistido en que la opción por una nueva teoría no tiene que ver con criterios irracionales, pero tampoco se trata de un proceso de ponderación con base en consideraciones de

Una vez en disposición del nuevo paradigma, se produce una vertiginosa carrera en búsqueda de respuestas a los nuevos problemas surgidos a su amparo. Es verdad que con la sustitución se solucionan muchas anomalías que había cosechado el anterior modelo, pero también es posible que queden inexplicados algunos fenómenos que sí tenían acogida en el marco precedente. De hecho, como el propio Kuhn ha llegado a señalar, la adopción de un nuevo paradigma siempre supone algunos riesgos<sup>232</sup>. Así es como se vuelve a un periodo de ciencia normal, cuya esencia consiste en profundizar en todos los recovecos del nuevo referente. Verificaciones, matices, perfeccionamientos, ampliaciones, etc., son las típicas tareas que empiezan a acometer los científicos. Es justo al someterse a una actividad tan exhaustiva de ensanchamiento y comprobación, por lo que en un futuro volverán a producirse anomalías. En esta ocasión, sin embargo, serán otras que no habían podido percibirse con el anterior modelo: es sólo mediante el contraste con el fondo del paradigma como éstas cobran relieve<sup>233</sup>.

En relación con esto último, merece la pena destacar un elemento adicional de la teoría de Kuhn. La concepción tradicional de la ciencia había tendido a percibir la realidad como un banco de datos inamovible, donde se encontraba todo el material empírico ya dado. En función de este material, los científicos modelaban sus teorías, que venían a ser formulaciones capaces de acoger y explicar la porción de datos extraída de ese universo empírico objetivo, estable y determinado. La propuesta de Kuhn, sin embargo, desechó esta visión de la realidad. Desde su punto de vista, una de las consecuencias del paradigma es la misma redefinición del banco de datos: no son los sucesos y los elementos de la experiencia los que mueven a los científicos a formular sus propuestas teóricas en uno u otro sentido, sino que son los propios paradigmas los que diseñan su universo experimental. Lo que en un paradigma es considerado como dato empírico, podría resultar absolutamente irrelevante en otro<sup>234</sup>.

Las consecuencias de la teoría kuhniana de los paradigmas científicos y las mutaciones revolucionarias fueron enormes. Al igual que sucedía con los paradigmas descritos en su modelo, se produjo una cascada bibliográfica que intentó poner a prueba la validez de sus tesis filosóficas, o que trató de profundizar en los aspectos oscuros que

---

tipo empírico. Mucho más importantes son, a su juicio, los factores relacionados con la edad media de la comunidad científica, con el contexto político y social o con la potencialidad persuasiva del nuevo paradigma propuesto (quizá, incluso, por sus cualidades estéticas). La teoría de Paul Feyerabend, más radical, ha insistido mucho en este aspecto.

<sup>232</sup> KUHN, Thomas S., "Consideraciones en torno a mis críticos", cit., pp. 190-192.

<sup>233</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., p. 111.

<sup>234</sup> KUHN, Thomas S., "El problema con la filosofía de la ciencia histórica", en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 133 y ss.



dejaba su planteamiento. Por lo que respecta a esto último, de hecho, fue necesario reformularse muchas cuestiones problemáticas que suscitaba su forma de concebir la evolución de la ciencia. Una de las más peliagudas fue la del progreso. Si el saber no avanzaba por mor de un proceso de aproximación gradual a la verdad, ¿dónde quedaba entonces la idea del progreso científico? Si el tránsito entre paradigmas no se producía mediante perfeccionamiento o acumulación, sino mediante un cambio en bloque de las estructuras conceptuales, ¿entonces qué es lo que pasaba con el trabajo secular de generaciones de científicos? ¿Había sido todo en balde<sup>235</sup>?

Junto al problema del progreso se apiñaron muchos más aspectos que parecían reclamar explicaciones o matizaciones significativas. En una serie de artículos compilados en 1970, Kuhn intentó dar respuesta a algunas de estas cuestiones. Entre los problemas que él mismo identificó como más importantes se encontraban el de su metodología histórica y sociológica como cauce válido para entender el desarrollo de las ideas científicas; el de la supuesta irracionalidad que se derivaba de su forma de explicar la aparición de las nuevas teorías; el del hipotético relativismo que se decantaba de sus ideas respecto a los logros de la ciencia y a la noción de verdad absoluta; y, con especial relieve para nosotros, el problema relativo a la noción de inconmensurabilidad, un polémico concepto que había venido aplicando con frecuencia<sup>236</sup>.

La inconmensurabilidad fue una idea que Kuhn utilizó para describir las relaciones entre paradigmas, el modo en que puede producirse la comunicación desde uno a otro. En síntesis, se trataba de un concepto acuñado para explicar la sensación de incompreensión que se produce al contemplar un paradigma antiguo desde la perspectiva científica en la que se ha sido educado<sup>237</sup>. El ejemplo ofrecido por él mismo resulta muy ilustrativo para entenderlo. Dado el universo de presupuestos epistemológicos, de prácticas y de nociones paradigmáticas en las que él había sido socializado –según su propia confesión– experimentó un sentimiento de estupefacción al enfrentarse con la física de Aristóteles: “mientras leía sus escritos, Aristóteles me parecía no sólo un ignorante en mecánica, sino además un físico terriblemente malo. En particular, sus escritos sobre el movimiento me parecían llenos de errores egregios, tanto de lógica

---

<sup>235</sup> El problema del progreso fue percibido por el propio Kuhn, que dedicó el último capítulo de su libro a desarrollar este aspecto. No obstante su punto de vista, favorable a mantener la existencia de un progreso a través de las sucesivas revoluciones, la cuestión siguió desatando una intensa polémica. En una posdata a su obra de 1969, puede verse la contrarréplica a muchos críticos. Vid. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 247 y ss y 268-319.

<sup>236</sup> KUHN, Thomas S., “Consideraciones en torno a mis críticos”, cit., pp. 151-209.

<sup>237</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 229 y ss.

como de observación. Estas conclusiones eran inverosímiles. Después de todo Aristóteles había sido el muy admirado codificador de la lógica antigua”<sup>238</sup>.

Tras esta primera impresión, sigue relatando Kuhn, comenzó a sentir la sospecha de que quizá el problema se hallaba en una incompreensión lingüística, en una posible divergencia de contextos espacio-temporales que impedía el entendimiento recíproco. Y así, tras una mayor profundización en el lenguaje y los recovecos argumentativos del gran filósofo, logró hallar la clave que ponía orden en el conglomerado de apreciaciones de Aristóteles. Ampliando el concepto de movimiento actual, y extendiéndolo a procesos como la transición de la salud a la enfermedad o la transformación de la semilla en árbol, todo cobraba un orden repentino. Lo que antes no parecían sino dislates e ideas peregrinas, ahora encajaba en un magnífico modelo que guardaba una profunda lógica interna. Al haber sido formado en una física newtoniana, nos dice Kuhn, algunos de los conceptos manejados por Aristóteles no habían podido percibirse de la forma en que éste los entendía. Y esto, que se encuentra dentro del mundo de presupuestos y nociones más íntimos del paradigma, había impedido la comprensión recíproca. Esto es lo que Kuhn denominaba inconmensurabilidad<sup>239</sup>.

#### **4.2. Los paradigmas en la historia del pensamiento filosófico**

Con las anteriores pinceladas, se ha intentado bosquejar el planteamiento de Kuhn en torno al concepto de paradigma y su importancia para explicar la evolución de las ciencias naturales. Es verdad que la exposición podría ser más amplia y que quedan muchos aspectos por abordar. En los párrafos anteriores, por ejemplo, se han indicado varios de los aspectos que más discusión suscitaron tras la publicación de su obra, sobre los que sería posible explayarse en profundidad. Asimismo, hay muchos extremos de su planteamiento que quizá merecerían algo más de desarrollo. No obstante, en esta investigación no resultaría pertinente entrar más a fondo. La pregunta que ha de hacerse a continuación, una vez trazado el esqueleto del enfoque kuhniano, es si este modelo también es aplicable a las ciencias sociales. En particular, intentará analizarse si resulta pertinente para la historia del pensamiento filosófico.

---

<sup>238</sup> KUHN, Thomas S., “¿Qué son las revoluciones científicas?”, en ID., *El camino desde la estructura*, cit., p. 26.

<sup>239</sup> KUHN, Thomas S., “¿Qué son las revoluciones científicas?”, cit., pp. 26 y ss. Para más precisiones y notas críticas sobre la noción de inconmensurabilidad, vid. KUHN, Thomas S., “Conmensurabilidad, comparabilidad y comunicabilidad”, en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 47-75.

Ante todo, conviene advertir sobre la posición de Kuhn al respecto. Como él mismo señaló en varias ocasiones, su teoría fue ideada como explicación del desarrollo de las ciencias naturales, principalmente de la física y la química. Sin embargo, el éxito de *La estructura de las revoluciones científicas* dio lugar a la propagación del modelo en un gran número de áreas de conocimiento. En general, puede decirse que Kuhn no creía en la existencia de una neta diferencia entre las ciencias naturales y las humanas. En ese sentido, estaba muy lejos de desear una restricción exclusiva de su teoría al ámbito de las naturales. No obstante, también pensaba que las ciencias humanas se hallaban en un estadio de desarrollo distinto al de aquéllas. En particular, aunque siempre manifestó muchas dudas al respecto, tendía a pensar que se encontraban todavía en un periodo pre-paradigmático. Mientras las ciencias naturales se movían a base de paradigmas hegemónicos, sus homólogas aún no habían conseguido funcionar con estos grandes sistemas de estructurar la investigación<sup>240</sup>.

Aunque el punto de vista de Kuhn siempre fue matizado y respetuoso con la idiosincrasia de las ciencias humanas, este planteamiento cuadraba muy bien con un espíritu bastante generalizado entre muchos científicos naturales: la creencia de que sus colegas sociales no habían penetrado aún en la etapa de madurez<sup>241</sup>. A modo de réplica frente a esta irritante conclusión, surgió un debate epistemológico en el seno de estas ciencias, que trató de buscar la aplicabilidad del modelo kuhniano a la historia de disciplinas como la sociología, la economía o la psicología. Los resultados fueron muy dispares, pero se apuntó con fuerza la idea de que no sólo era posible la utilización de este modelo, sino que además era adecuada para explicar muchos aspectos históricos y gnoseológicos de esas materias. Lo único que debía lograrse era una adaptación a las particularidades que entrañaban. Así es como surgió el concepto de ciencias multi-paradigmáticas: frente a los paradigmas hegemónicos típicos de las ciencias naturales, en las humanas solían convivir varias tradiciones en pugna<sup>242</sup>.

Además de esta importante precisión, se introdujeron otros elementos para poder ajustar el modelo kuhniano a las ciencias sociales. De entre todos los aspectos que se

---

<sup>240</sup> KUHN, Thomas S., "Las ciencias naturales y las humanas", en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 257-265.

<sup>241</sup> Para un intenso debate sobre este punto, en el que se pone de manifiesto esta actitud tan generalizada hacia las ciencias humanas, vid. BRICMONT, Alain y DÉBRAYS, Régis, *A la sombra de la Ilustración: debate entre un filósofo y un científico*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona, 2004.

<sup>242</sup> GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, "T. S. Kuhn y las ciencias sociales", *Éndoxa: Series Filosóficas*, nº 9, 1997, pp. 139-166. La bibliografía sobre la aplicación del modelo kuhniano a las ciencias sociales es verdaderamente. Vid. SALCIDIO CAÑEDO, Patricia y ZENZES EISENBACH, Carlota, "Hemerografía: Kuhn y las ciencias sociales", *Revista Acta Sociológica (versión electrónica)*, nº 19, enero-abril 1997.

pusieron sobre el tapete durante el debate, quizá deberían destacarse cinco de ellos. En primer lugar, se planteó el problema de la *ambigüedad* que podía desatarse al extender el concepto de paradigma a campos tan plurales. En segundo lugar, se puso de manifiesto la dificultad que implicaba utilizar la idea de *inconmensurabilidad* para el mundo de las ciencias humanas. En tercer lugar, se puso en duda la oportunidad del concepto de *anomalía* para explicar la evolución de estas ciencias. En cuarto lugar, se trajo a colación la idea de la *transversalidad* de paradigmas como posible singularidad de las disciplinas humanas y sociales. En quinto y último lugar, se sugirió la posible existencia de *solapamientos* y de *sub-paradigmas* como rasgo propio de todas estas materias. A continuación, intentarán explicitarse estos cinco puntos, señalando la forma en que pueden soslayarse las dificultades que plantean.

*En primer lugar*, la cuestión de la ambigüedad es constitutiva de la propuesta de Kuhn desde sus orígenes, no sólo en lo que atañe a las ciencias humanas. En un célebre artículo de 1970, Margaret Masterman pudo distinguir 21 usos diferentes de la noción de paradigma en la propia obra de aquél, que aceptó la crítica con gran naturalidad<sup>243</sup>. La subsiguiente discusión y el empleo indiscriminado del concepto provocaron que él mismo tendiera a evitar cada vez más su uso, en el entendido de que su sistema se mantenía sin necesidad de emplearlo de manera compulsiva<sup>244</sup>. Pese a todo, la mayoría de los científicos sociales y los filósofos siguen considerando útil la noción, una vez que se le añaden algunas matizaciones. En líneas generales, se suelen distinguir tres formas de entender lo que es un paradigma: un gran sistema de creencias (nivel metafísico), una matriz disciplinar (nivel sociológico) o una especie de patrón que sirve a los científicos para resolver problemas concretos<sup>245</sup>. Por lo que respecta a las ciencias humanas, tanto el primero como el segundo sentido podrían ser perfectamente válidos.

*En segundo lugar*, también el problema de la inconmensurabilidad ha sido foco de una dura discusión en el mundo de las ciencias naturales. Desde la publicación de la obra de Kuhn, los científicos y los filósofos de la ciencia se mostraron reacios a aceptar las consecuencias radicales de semejante concepto. La idea de que los paradigmas no tenían forma de comunicarse entre sí, que se producían rupturas en bloque entre una y otra cosmovisión, era algo que resultaba difícil de aceptar y que no se ajustaba siempre

---

<sup>243</sup> MASTERMAN, Margaret, “La naturaleza de los paradigmas”, en AA. VV., *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, ed. por Imre Lakatos y Alan Musgrave, trad. de Francisco Hernán, Grijalbo, Barcelona, 1975, pp. 159-201; KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 269 y ss.

<sup>244</sup> KUHN, Thomas S., “Las ciencias naturales y las humanas”, cit., p. 263.

<sup>245</sup> Vid. GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, cit., pp. 142 y ss.

a la realidad histórica. Aunque Kuhn nunca pretendió proponer una visión extrema del concepto, ni tampoco quiso plantear una incomunicabilidad absoluta entre paradigmas, lo cierto es que fue retrocediendo en su manera de presentarlo, hasta reducir su alcance a un problema de inconmensurabilidad lingüística –y no de métodos u otros elementos más profundos–<sup>246</sup>. En lo que respecta a las ciencias humanas, puede decirse otro tanto: resulta inverosímil admitir una inconmensurabilidad total, pues es evidente que existen puentes y cauces de comunicación entre modelos diversos. Asimismo, por lo que respecta a la historia de la filosofía, es obvio que se suelen producir relaciones entre paradigmas muy alejados en el tiempo y el espacio. Con todo, también es cierto que en ocasiones existe un notable grado de incomunicación, que puede explicarse mediante esa interpretación flexible de la inconmensurabilidad.

*En tercer lugar*, se planteó el problema de explicar las ciencias humanas mediante el recurso a las anomalías. En estas disciplinas, en efecto, los procesos revolucionarios se suelen deber al enfrentamiento entre dos paradigmas alternativos que sugieren formas diversas de encarar cuestiones fundamentales, no tanto a la aparición de emergencias inexplicadas<sup>247</sup>. Si se quisiera usar la noción también en estas ciencias, entonces sería necesaria una cierta extensión y relajación del concepto. El problema está en que Kuhn trazó un esquema del devenir histórico-científico un tanto inmanente: la sucesión de paradigmas se producía mediante el reconocimiento de anomalías internas que no encajaban con el modelo dominante. La posible influencia de elementos externos en el desencadenamiento de las crisis apenas desempeñaba un papel en su teoría<sup>248</sup>. Si bien ya es dudoso que este enfoque sea válido para las ciencias naturales, resulta decididamente inadecuado para las humanas: los factores políticos, sociales o económicos son centrales en la gestación de nuevos paradigmas para estas disciplinas.

*En cuarto lugar*, se sugirió la posibilidad de que las ciencias humanas disponían de paradigmas transversales. Frente al modelo de Kuhn, que no contemplaba la posibilidad

---

<sup>246</sup> Vid. KUHN, Thomas S., “Conmensurabilidad, comparabilidad y comunicabilidad”, cit., pp. 51 y ss.

<sup>247</sup> GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, cit., pp. 149 y 153.

<sup>248</sup> En el prefacio a *La estructura de las revoluciones científicas* reconoció esta laguna de su exposición, pero no consideró que alterase su planteamiento con respecto al problema concreto de las anomalías: “no he dicho nada, excepto en breves comentarios colaterales, sobre el papel desempeñado por el progreso tecnológico o por las condiciones externas, sociales, económicas e intelectuales, en el desarrollo de las ciencias. Sin embargo, no hay que pasar de Copérnico y del calendario para descubrir que las condiciones externas pueden contribuir a transformar una simple anomalía en origen de una crisis aguda” (KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., p. 16). Desde el punto de vista que aquí se está manejando, por lo que respecta a las ciencias humanas, este aspecto debería reconsiderarse. Con respecto a las ciencias naturales, además, también es bastante dudoso que pueda prescindirse de ese punto de vista político y social. Vid. BERNAL, John D., *La ciencia en la historia*, 4ª ed., trad. de Eli de Gortari, UNAM-Editorial Nueva Imagen, México, 1979, pp. 35-82.

de que éstos recorrieran una pluralidad de disciplinas, en las ciencias humanas sí se suelen dar estos fenómenos. Es así como puede hablarse del modelo funcionalista, del estructuralista o del marxista en un gran acervo de ámbitos, desde la sociología hasta la lingüística o la filosofía<sup>249</sup>. Desde una perspectiva un tanto roma, podría pensarse que esto es propio de falta de madurez epistemológica o de contaminaciones ideológicas. Sin embargo, es más probable que sea algo inevitable en estas materias, en tanto que se ven obligadas a tratar con hechos humanos, siempre entreverados de política y sujetos a una gran maleabilidad social. Además, que esta transversalidad no exista también en las ciencias naturales es discutible. El concepto de *episteme* acuñado por Foucault, que guarda indudables semejanzas con el paradigma de Kuhn, extendía el alcance de estas cosmovisiones epistemológicas –*epistemes*– a un amplio abanico de disciplinas, desde las naturales a las humanas<sup>250</sup>. De acuerdo con él, existen estructuras de creencias que arrojan de forma inconsciente a todas las producciones intelectuales de una época. En ese sentido, por lo tanto, se trataría de estructuras transversales.

*En quinto y último lugar*, se ha señalado la posibilidad de que existan paradigmas intermedios dentro de un mismo macro-paradigma. No sólo es que se dé la coexistencia de diversos paradigmas en las ciencias sociales (la idea de los multi-paradigmas), sino que en muchos casos también podría trazarse una especie de arquitectura arborescente compleja dentro de cada uno de ellos. Es así como el teólogo Hans Küng, por ejemplo, ha teorizado la presencia de macro-paradigmas, meso-paradigmas y micro-paradigmas. De acuerdo con esta concepción, el tránsito entre dos micro-paradigmas diversos no tendría por qué acarrear la modificación del gran nicho ideológico y epistemológico en el que se integran (ya sea meso o macro)<sup>251</sup>. Se trata de una apreciación de mucha importancia para nuestra tesis. Así, por ejemplo, la división entre el iuspositivismo del XIX y el del XX podría interpretarse como una mera transición entre micro- o meso-paradigmas, y no como la gestación de un mundo de ideas y prenociones radicalmente

---

<sup>249</sup> GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, cit., pp. 147 y ss.

<sup>250</sup> WEINERT, Friedel, “Die Arbeit der Geschichte: Ein Vergleich der Analysemodelle von Kuhn und Foucault”, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, vol. XIII, nº 2, 1982, pp. 337-358. Los paralelismos entre Kuhn y Foucault son sorprendentes hasta en las fechas: en 1961 el francés publicó la *Historia de la locura en la época clásica*, mientras que *La estructura de las revoluciones científicas* veía la luz en 1962; en 1969 Foucault dio a la imprenta la *Arqueología del saber*, mientras que Kuhn publicaba en 1970 la famosa *Posdata* a la obra anterior. La analogía conceptual más poderosa entre los dos tiene que ver con el hecho de que ambos partían de la idea de que existen discontinuidades en el devenir del conocimiento: frente a la explicación lineal y acumulativa de dicha historia, consideraban que se dan grandes quiebras entre modelos opuestos. Donde Kuhn hablaba de *ciencia normal*, Foucault de *episteme*; donde aquél hablaba de *revolución*, éste de *ruptura*. Ambos, a su vez, son deudores del concepto de *ruptura epistemológica* apadrinado por Gaston Bachelard y también utilizado por Louis Althusser.

<sup>251</sup> KÜNG, Hans, *Das Christentum: Wesen und Geschichte*, Piper Verlag, München, 2007, p. 125.

novedoso. Del mismo modo, este planteamiento permite explicar la existencia de solapamientos entre paradigmas: dependiendo del punto de vista que se maneje, del fenómeno intelectual que se desee explicar, podría señalarse la divisoria histórica en uno u otro lugar. Las divergencias de enfoque que así surgieran, desde la perspectiva de los sub-paradigmas, no serían necesariamente incompatibles.

Estos son los principales elementos que convendría destacar para poder promover una adaptación de las tesis kuhnianas a las ciencias humanas. Como se ha pretendido mostrar, pese a la existencia de algunos aspectos problemáticos a la hora de tratar con estas disciplinas, no se trata de cuestiones nucleares: con los pertinentes ajustes y matizaciones, la teoría de Kuhn gozaría de plena validez en las llamadas ciencias del espíritu. De hecho, como hemos querido poner de manifiesto, algunos de los rasgos que solemos creer propios de estas materias también deberían poder extenderse a las ciencias naturales. La incardinación de los paradigmas de la física o la química en su contexto político y social, la mitigación del concepto de inconmensurabilidad, la posible existencia de paradigmas intermedios también en el seno de estas disciplinas, o la transversalidad de grandes modelos entre ramas científicas distintas, serían algunos puntos sobre los que cabría plantearse esa reflexión.

En todo caso, aquí nos interesa centrarnos en las ciencias humanas. Los primeros intentos de instrumentación del modelo kuhniano se dieron en sociología, psicología y economía, tres disciplinas cuyo método se asemejaba al de las llamadas ciencias puras. De hecho, el mismo Kuhn pensaba que la psicología y la economía habían entrado ya en una fase de madurez, en un sentido parecido al que podía predicarse de la física o la química<sup>252</sup>. No obstante esta primera traslación, sus ideas se extendieron pronto a otras ramas. Un campo especialmente prolífico ha sido el de la historia de las instituciones. Manfred Brocker, por ejemplo, ha usado su metodología para explicar la deriva histórica de la noción de propiedad: el tránsito entre la *teoría de la ocupación* y la *teoría del trabajo*, como fundamentos teóricos de la propiedad privada, se habría cumplido mediante una modificación del paradigma<sup>253</sup>. Eusebio Fernández, en otro orden de cosas, ha empleado el mismo enfoque para estudiar la génesis de los derechos humanos:

---

<sup>252</sup> KUHN, Thomas S., “Las ciencias naturales y las humanas”, cit., p. 264.

<sup>253</sup> BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum*, cit., pp. 12-29: “al hilo de la renovación y reformulación sistemática de la teoría de la propiedad en el siglo XVII, sobre todo a través de Grocio, surgieron por primera vez “anomalías” en la teoría de la ocupación (es decir, disfuncionalidades y falta de concordancia con la realidad jurídica), que suscitaron la creciente atención de la comunidad científica (...). John Locke, que superó la crisis de la teoría de la ocupación tradicional con la teoría del trabajo, a comienzos de los años ochenta del siglo XVII, e introdujo un nuevo paradigma en la teoría de la propiedad iusnaturalista, no era ni jurista, ni teólogo, ni filósofo moral, ni un teórico del derecho natural” (pp. 20 y 21).

frente a la historiografía que tendía a presentar su nacimiento como el fruto de un desarrollo aproximativo sostenido, lo cierto es que su emergencia tuvo que ver con un profundo cambio de paradigma cultural e intelectual<sup>254</sup>.

Así pues, si el método kuhniano ha sido empleado con éxito en la historia de las ideas científicas, en la historia de ciencias sociales como la economía o la psicología, o en la historia de las instituciones, ¿por qué no habría de ser útil también en la historia del pensamiento? Por todo lo argumentado en las páginas anteriores, no sólo se trata de una posibilidad aceptable, sino de algo bastante conveniente. Hans Künig lo ha utilizado ya para explicar la historia del pensamiento teológico, introduciendo además las categorías de macro-, micro- y meso- paradigma. En la historia de la filosofía jurídica, por su parte, también se ha hecho algún intento de similar jaez<sup>255</sup>. Por lo que a nosotros respecta, se trata de un pilar de esta investigación y de las reflexiones que se han planteado en este capítulo. Sólo si pensamos el nacimiento del positivismo jurídico como una emergencia paradigmática radical, podremos entender en profundidad el cambio que se produjo en la manera de concebir el Derecho. A continuación intentará justificarse esta afirmación.

#### **4.3. El iuspositivismo como paradigma de pensamiento jurídico**

Una vez expuesto el anterior soporte epistemológico, puede entenderse mejor el significado que quiere expresarse al considerar al positivismo como paradigma de pensamiento jurídico. Si retomamos lo señalado con respecto a la génesis evolutiva de esta corriente y le aplicamos las categorías kuhnianas descritas, las reflexiones anteriores cobran un significado más preciso. El positivismo jurídico sería así una emergencia histórica de gran calado en el mundo de la ciencia del Derecho, que revolucionó la manera de entenderlo y de acercarse a su estudio. A partir de entonces, en efecto, se dio pie a una fase de ciencia normal, cuyo fin era profundizar en las nuevas posibilidades que se habían abierto. No es casual, por ejemplo, que nacieran entonces la sociología, la psicología o la lógica jurídica, la criminología, el análisis lingüístico del Derecho y tantas otras disciplinas particulares. Tampoco es casual que surgiera por

---

<sup>254</sup> FERNÁNDEZ, Eusebio, “Los derechos humanos y la historia”, en AA. VV., *Constitución y derechos fundamentales*, coord. por Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Luis Prieto y Juan Ramón de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 215-234.

<sup>255</sup> ISMERT, Mariana, “La estructura de las revoluciones científicas en el derecho. Una aproximación”, *Revista telemática de filosofía y derecho*, nº 9, 2005/2006, pp. 13-41.



primera vez una ciencia del Derecho público hasta entonces inexistente<sup>256</sup>, ni es azarosa la aparición del proceloso debate en torno al Derecho internacional como posible objeto de atención científica<sup>257</sup>. Todas estas novedades, y otras que no cabe detallar ahora, formarían parte de la redefinición del mapa epistemológico que suele tener lugar tras la incoación de un nuevo paradigma.

También se puede entender así la transición entre el mundo del Derecho natural y el del positivismo. Es verdad que se dieron muchas continuidades en relación con el método: la forma de manejar las fuentes y de comentarlas, las técnicas de sistematización de lagunas y antinomias... Pero esto es algo que también podría preverse desde una interpretación laxa de la inconmensurabilidad: pese a existir una amplia cesura entre las dos culturas, se dieron algunos fenómenos de interrelación. Así y todo, la inconmensurabilidad sigue ahí. Del mismo modo que Kuhn describía su perplejidad al enfrentarse con la física aristotélica, podríamos caracterizar nuestro estupor al sumergirnos en la polémica medieval sobre el Derecho natural. La mención de un “Derecho positivo divino”, por ejemplo, suscita sorpresa e incluso mueve a sorna desde el marco de ideas contemporáneo. El debate sobre si tal o cual episodio bíblico fundamenta uno u otro precepto legal, resulta hoy la antípoda de lo científico<sup>258</sup>: es posible que el método de tratamiento de las fuentes se haya trasvasado al positivismo, pero las propias fuentes han cambiado por completo<sup>259</sup>.

Otro de los elementos que se han destacado antes, el de la transversalidad, es lo que se encuentra detrás de la profunda sacudida epistemológica que se dio en numerosos campos de conocimiento hacia mediados del siglo XIX. Todas las observaciones sobre el método sociológico de Durkheim, la novela naturalista de Zola, el advenimiento del impresionismo como técnica pictórica o el método histórico-natural del primer Jhering, deben entenderse desde este punto de vista. En el mismo sentido ha de comprenderse el proceso de conversión historicista que sufrieron numerosas disciplinas a lo largo de la

---

<sup>256</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 129 y ss.

<sup>257</sup> WALZ, Gustav Adolf, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, Kohlhammer, Stuttgart, 1930.

<sup>258</sup> Es llamativo el propósito de Christian Thomasio –uno de los autores del XVIII que avanzan muchos aspectos del positivismo del XIX– de no aludir a las Sagradas Escrituras. Frente a precedentes como Pufendorf o Grocio, y en abierta polémica con éstos, Thomasio decidió no recurrir ni una vez a la Biblia (THOMASIIUS, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, estudio de J. J. Gil Cremades, trad. de Salvador Rus Rufino y M<sup>a</sup> Asunción Sánchez Manzano, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 4-28.

<sup>259</sup> Por otra parte, como bien ha señalado Karl Larenz, el método positivista de la escuela pandectística germana –una de las direcciones doctrinales que sentaron las líneas maestras de la metodología jurídica contemporánea– no sólo bebió del racionalismo iusnaturalista de los siglos precedentes. El enfoque sistemático, por ejemplo, le debía mucho a la filosofía del idealismo alemán, sobre todo a la tríada de Fichte, Schelling y Hegel. Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 19 y ss.

centuria: también se trataría de un caso de transversalidad paradigmática. Por lo que respecta a Jhering, bebió de ambos movimientos. Por un lado, su pensamiento atravesó el zaguán del historicismo, tal como puede comprobarse en el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*<sup>260</sup>; por otro lado, como también puede constatarse en esa misma obra, sus ideas se vieron impregnadas por la oleada naturalista<sup>261</sup>.

La consideración del iuspositivismo como paradigma, además, arroja conclusiones de gran importancia para comprender la actual disputa en torno a su hipotético final. Frente a las posiciones de aquellos que sostienen la superación de este modelo, lo que estaría sucediendo, como mucho, no es más que una transición interna entre dos micro-paradigmas: desde un iuspositivismo fraguado al amparo del Estado de Derecho, hasta un iuspositivismo del Estado constitucional<sup>262</sup>. En este sentido, la interpretación del positivismo desde este prisma llevaría también a concluir que no caben alternativas a semejante marco filosófico. Ser positivista dejaría de ser una opción teórica entre varias a escoger, porque no se trata de una mera *dirección doctrinal contingente*, sino de un *paradigma cultural necesario* en el que se desarrollan todas las posiciones iusfilosóficas desde hace casi dos siglos. Es verdad que todavía existen corrientes iusnaturalistas, pero también es cierto que han quedado fuera del canon. En este sentido, al igual que la química recluyó a la alquimia en el rincón de la fantasía, el iuspositivismo desterró la creencia en el Derecho natural como posibilidad científica.

Esta última es una de las conclusiones más controvertidas del empleo de la noción de paradigma. ¿Cómo explicar entonces el repunte del Derecho natural en las teorías neokantianas del primer tercio del siglo XX? ¿Cómo entender el señalado renacimiento del Derecho natural tras la segunda guerra mundial<sup>263</sup>? Felipe González Vicén, hace ya bastantes años, arrojó un preclaro haz de luz sobre esta pregunta. Pese a no emplear la metodología kuhniana, su planteamiento se movía en coordenadas que encajan con el enfoque aquí suscrito. En su opinión, el positivismo jurídico venía a ser una especie de manto intelectual con raíces culturales recias y profundas, que se había impuesto como necesidad histórica insoslayable a partir de mediado el siglo XIX. En ese sentido, hasta

---

<sup>260</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 1-25.

<sup>261</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 25-58. Especialmente llamativo a este respecto es la consideración del “organismo jurídico” bajo su aspecto “anatómico” y bajo su aspecto “fisiológico”. Una vez más, se trata del espíritu naturalista que ya hemos apuntado.

<sup>262</sup> Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 73-105.

<sup>263</sup> Vid. ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, cit., pp. 140 y ss. Vid. también CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, 2<sup>ème</sup> éd., préface de Gaston Morin, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, Paris, 1927, pp. 131-140.

la propia teoría de Rudolf Stammler –un buque insignia del neokantismo aparentemente iusnaturalista– debería entenderse en el marco positivista. Se trataba de una tentativa por refutar ese marco de forma inmanente, desde los mismos presupuestos ontológicos y epistemológicos que éste implicaba. Así pues, aunque quizá a su pesar, Stammler no fue sino una manifestación más del iuspositivismo<sup>264</sup>.

Dado el alcance y la naturaleza controvertida de esta posición, conviene transcribir algunas frases por extenso: “la filosofía jurídica positivista no es tan sólo una escuela o una dirección más dentro de la filosofía del Derecho contemporánea, sino su modo constitutivo, aquella determinación histórica de su tema y de su objeto que condiciona todo su desarrollo posterior (...). El neokantismo, la fenomenología, el neohegelianismo no representan concepciones diversas del objeto y el tema de la filosofía jurídica, sino modos distintos de instrumentación de la idea de filosofía del Derecho formulada por el positivismo. Es una línea de pensamiento dentro de la cual se mantienen incluso aquellas doctrinas que, como la de R. Stammler o como la filosofía de los valores, centran expresamente el interés en el problema del ideal jurídico: en todas estas doctrinas, en efecto, el problema del ideal jurídico no significa, como a veces suele decirse erróneamente, un retorno al planteamiento tradicional de la especulación filosófico-jurídica, sino un medio para el entendimiento del Derecho positivo, un instrumento con el que llegar a su comprensión formal...”<sup>265</sup>.

Heinrich Rommen, que ya ha sido citado en varias ocasiones, sostuvo una postura totalmente contraria a esta última visión de las cosas. A su modo de ver, el celeberrimo “renacimiento del Derecho natural” comenzó con la filosofía de Stammler. No obstante, también en su opinión, dicho repunte sólo se produjo “de forma tímida”<sup>266</sup>. Desde el punto de vista aquí manejado, se trataría de algo más que timidez. O mejor dicho, esa timidez identificada por Rommen no sería sino una expresión de la impotencia por escapar del paradigma iuspositivista. El impulso que movió a Stammler a construir su teoría fue refutar las posiciones que negaban el valor científico de la filosofía del

---

<sup>264</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 134-140.

<sup>265</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 134-140. Contrario a esta tesis, vid. CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, cit., pp.171 y ss. En opinión de éste, tanto el neokantismo como la teoría del Derecho objetivo de Duguit, las teorías del Derecho libre o el pragmatismo, deben ser consideradas como formas de “neoiusnaturalismo”. Asimismo, pensaba que el utilitarismo, la escuela sociológica y la escuela histórica estaban preñadas de idealismo. En ese sentido, en su opinión, también constituyeron una renovación del Derecho natural. Evidentemente, Charmont estaba partiendo de un concepto de positivismo idéntico al de legalismo.

<sup>266</sup> ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, cit., p. 140.

Derecho. Frente a una afirmación tan tajante, él creyó poder construir una verdadera ciencia jurídica mediante el método trascendental fraguado por Kant<sup>267</sup>. Pues bien, tanto el propósito de construir una *ciencia jurídica*, como el hecho de hacerlo mediante el *aparato formalista* kantiano, son ya manifestaciones características de la fase científica *normal* inaugurada por el iuspositivismo algunas décadas atrás.

Fiel a la senda trascendental kantiana, su teoría se basaba en deslindar las “formas puras” de la conciencia jurídica, de aquello que era “simple materia”, meros contenidos jurídicos cambiantes en el tiempo y el espacio<sup>268</sup>. Las formas puras de la conciencia jurídica vendrían a ser el paralelo de las formas *a priori* en el sistema kantiano, una serie de variables cognitivas que condicionan la posibilidad de todo conocimiento, una especie de armazón indeleble instalado en la conciencia y constitutivo a la razón humana, sin el cual no puede establecerse ningún juicio respecto al objeto que se desea conocer. En Kant estas variables eran el *tiempo*, el *espacio* y la *causalidad*, mientras que Stammler se afanó por desarrollar una tabla de conceptos *a priori* específicos para el mundo del Derecho: sujeto y objeto de Derecho, causa y relación jurídica, supremacía y subordinación jurídica, licitud e ilicitud jurídica<sup>269</sup>. Todo este empeño, sin embargo, desembocaba en una doctrina muy similar a las teorías de los conceptos jurídicos fundamentales, que no habían sido sino desarrollos de la temática positivista. En todas ellas, como en Stammler, se partía de la insoslayable positividad del Derecho; después, pese a constatarse la necesaria variabilidad de éste, se intentaba hallar un catálogo de nociones universales que fuera capaz de sobreponerse a la perpetua e inevitable pluralidad de los Derechos materiales concretos<sup>270</sup>.

Con semejante apuesta teórica, en el fondo, lo que se pretendía era reencontrar el halo de objetividad perdida tras el naufragio del Derecho natural. Si en Austin esto se lograba mediante el análisis lingüístico y en otros autores a través de un ejercicio de

---

<sup>267</sup> STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1922, p. 12: “el trabajo iusfilosófico hace posible una ciencia del derecho”.

<sup>268</sup> Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 85-86.

<sup>269</sup> Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 66-69.

<sup>270</sup> En los primeros compases del *Tratado de filosofía del Derecho* de Stammler ya se puede comprobar la renuncia a formular especulaciones más allá de un severo formalismo: “frente al Derecho históricamente en movimiento, que se revela insuficiente y cambiante, ya se ha intentado desarrollar un código completo con validez para todos los pueblos y las épocas. Esto es imposible. El contenido de semejante Derecho ideal debería abarcar la reglamentación de los deseos humanos. Pero la materia de estos deseos se refiere a necesidades limitadas y a la manera de satisfacerlas. Así pues, están inevitablemente condicionados y definitivamente sujetos al cambio perpetuo [...]. Una validez general sólo puede referirse a las directrices formales del comprender y del juzgar jurídicos [...]. Por eso, el concepto de Derecho de validez universal, según su esencia, sólo puede establecerse mediante una reflexión crítica respecto a la posible unificación de nuestro universo de ideas”. STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 7-8 y 51.

comparación e inducción, en Stammler se llevaba a cabo sobre la base del método trascendental. En cualquiera de estos casos, pese a sus significativas diferencias, ya estaba injerto el modo de pensar positivista: todos querían construir una *ciencia jurídica* firme, partían de la indiscutible *variabilidad* del *Derecho positivo* y consideraban que la filosofía del Derecho debía afanarse en la *definición formal* de éste<sup>271</sup>. El mismo propósito de construir una ciencia jurídica formal es un rasgo típico del espíritu positivista. De hecho, interpretándolo a la luz de las categorías kuhnianas, no sería sino un ejemplo de las posibilidades de investigación *normal* que quedaron abiertas tras la aparición del paradigma. La utilización del método kantiano, que ya Fikentscher había identificado como una piedra de toque para la epistemología jurídica positivista<sup>272</sup>, no hace sino abundar en esta misma línea.

Además de cuanto acaba de decirse sobre el neokantismo, la tesis del positivismo como paradigma implica desconsiderar la existencia de esta corriente en periodos anteriores al siglo XIX o finales del XVIII. Como mucho, atendiendo a la gestación paulatina de los paradigmas –tanto en el propio modelo de Kuhn como en su aplicación a las ciencias sociales y la filosofía–, podrían señalarse algunos hitos previos y parciales en la genealogía de su asentamiento como concepción dominante. Por eso, como ya se argumentó en el epígrafe anterior, no cabe entender a Thomas Hobbes como positivista. Ahora bien, como también se advirtió antes, el de Hobbes de uno de los casos más controvertidos<sup>273</sup>. En ese sentido, a modo de prueba o confirmación de cuanto se acaba de sostener, a continuación intentarán rebatirse las tesis que han querido situar la cesura paradigmática en el pensamiento del filósofo inglés (§a). Una vez dilucidado este asunto a través de las categorías kuhnianas, se señalará la importancia de Jhering como epicentro de este paradigma de pensamiento jurídico (§b).

#### **a) Thomas Hobbes: en el extrarradio del paradigma**

Dado que ya se han avanzado varios argumentos contra la filiación iuspositivista de Hobbes, aquí nos limitaremos a dar cuenta de la tesis manejada por Ernst-Wolfgang Böckenförde. Su ensayo sobre Hobbes es especialmente interesante a efectos de nuestro razonamiento, porque utiliza la noción de paradigma para describir el cambio que se

---

<sup>271</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., p. 137.

<sup>272</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 21-29.

<sup>273</sup> Vid. MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, cit., p. 847.

produjo entre el mundo del Derecho natural y el del positivismo jurídico. De hecho, ya el mismo título resulta significativo: *Seguridad y autopreservación frente a justicia. El cambio de paradigma y el tránsito desde una fundamentación iusnaturalista del sistema jurídico a una fundamentación positivista en Thomas Hobbes*<sup>274</sup>. Es verdad que el autor no se remite a Kuhn como fuente de su noción de paradigma, pero la idea que maneja con respecto a la brecha entre estas dos cosmovisiones sobre el Derecho – iusnaturalismo y positivismo– se asemeja mucho al enfoque de las mutaciones paradigmáticas que está utilizándose aquí.

El argumento de Böckenförde queda muy bien resumido en el título que acaba de citarse. En su opinión, el periodo del iusnaturalismo tocó a su fin desde el momento en que Hobbes reubicó las prioridades en lo que se refiere al fin perseguido por el Derecho. Mientras que el iusnaturalismo había puesto el énfasis en el valor de la justicia, el inglés sustituyó ésta por los valores de seguridad y autopreservación. En este sentido, se habría resquebrajado en sus cimientos la base más profunda del iusnaturalismo, su aspiración a un concepto absoluto de Derecho, su confusión entre lo justo y lo jurídico, su tendencial idealismo respecto a la posibilidad de legitimar la comunidad política bajo el manto de la justicia: “la fundamentación filosófica del orden político y el Derecho ya no se produce remitiendo el actual ordenamiento y el Derecho vivido tangible a la causa de su existencia y a la razón en ella subyacente. Antes bien, el Estado y el Derecho se deducen y fundamentan de forma analítico-constructiva, con el fin de instaurar la paz y la seguridad para los individuos, sobre la base de una sociedad internamente homogénea y determinada por discusiones y altercados constantes”<sup>275</sup>.

Pese a semejante juicio, sigue siendo muy dudoso considerar a Hobbes como parte del positivismo jurídico. Es verdad que existen diferencias sustanciales entre su teoría y la fundamentación tradicional del poder político y el Derecho. Pero también fue muy novedoso el planteamiento desarrollado a posteriori por John Locke, que a su vez se contraponía en muchos aspectos al ofrecido por aquél. Por su parte, y también algo más tarde, Jean-Jacques Rousseau sugirió una nueva manera de legitimar el orden jurídico-político que guardaba diferencias de principio con los dos modelos anteriores. Hobbes había entendido que el fin esencial del Derecho era instaurar la paz y la seguridad, mientras que Locke consideraba primordial la salvaguarda de los derechos naturales

---

<sup>274</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der Paradigmenwechsel und Übergang von einer naturrechtlichen zur positivrechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thomas Hobbes*, Schwaber Verlag, Basel, 2004.

<sup>275</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit*, cit., p. 12.

concretados en su noción de *property* (vida, libertad y propiedad privada). Rousseau, en cambio, no estableció ningún fin *a priori* para la comunidad política, porque entendía que tal cosa debía ser decidida *hic et nunc* por la voluntad general. Así las cosas, ¿no cabría ver una quiebra de paradigmas más notable en el pensamiento del ginebrino? ¿O deberíamos señalar una ruptura en cada uno?

Al final, todo depende del enfoque que se maneje para trazar la frontera entre uno y otro paradigma. Desde el punto de vista de la historia de la noción de propiedad, por ejemplo, dicha cesura debería establecerse en Locke, como ya ha sido argumentado por Manfred Brocker<sup>276</sup>. Al contrario, si lo que buscamos es delinear la genealogía del pensamiento democrático-republicano, la línea de ruptura quizá debería señalarse en Rousseau, como también se ha sostenido en no pocas ocasiones<sup>277</sup>. Por último, si el objetivo es explicar la génesis y los problemas del liberalismo individualista, el punto clave podría situarse en Hobbes, como ya hizo en su día Macpherson<sup>278</sup>. La cuestión esencial es desentrañar cuál ha de ser la clave que permite deslindar dos épocas en la historia de las concepciones sobre el Derecho. Böckenförde, como se deriva de todo lo anterior, quiso ver en la *seguridad jurídica* el principal factor para marcar esta divisoria. Desde nuestro punto de vista, en cambio, tal apreciación es criticable por dos razones primordiales.

En primer lugar, es verdad que la cuestión de la seguridad reviste una relevancia enorme en el pensamiento de Hobbes, como también es cierta la importancia de sus circunstancias políticas y sociales en tanto que acicates para que desarrollara su pensamiento en esa dirección<sup>279</sup>. Sin embargo, la reducción de la justicia a la seguridad no es algo tan novedoso en la historia de las ideas jurídicas. En su clásico libro sobre los principios del Derecho romano, Fritz Schulz encabezaba uno de sus capítulos –el de la confianza– con la siguiente frase de Cicerón: “el fundamento de la justicia es la confianza; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos”<sup>280</sup>. Como puede constatar, se trata de una de las formulaciones más preclaras y a la vez más antiguas

---

<sup>276</sup> BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum*, cit., pp. 20-21.

<sup>277</sup> Vid. RUBIO CARRACEDO, José, “Rousseau y la democracia republicana”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 108, 2000, pp. 245-270, especialmente 260-270.

<sup>278</sup> MACPHERSON, Crawford Brough, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2005, pp. 13-30 y 61-86.

<sup>279</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit*, cit., pp. 9-10.

<sup>280</sup> CICERÓN, *Los oficios*, I, 7, §23, en ID., *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, tomo IV, trad. de Manuel Valbuena, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid, 1924, p. 10; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934, p. 151. El original latino reza como sigue: “fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas”.

del concepto de seguridad jurídica, que ya se hallaba conceptualizado mucho antes de la obra del inglés. Es verdad que Schulz distinguía entre la *confianza* y la *seguridad*, dos principios a los que destinaba sendos capítulos<sup>281</sup>. No obstante, en realidad se trataría de las dimensiones *subjetiva* y *objetiva* de un idéntico concepto. Sea como fuere, y por lo que atañe a la presente argumentación, puede comprobarse que ya desde el Derecho romano existía una fuerte conciencia con respecto a la ligazón entre justicia y seguridad. Si a Hobbes corresponde el honor de haber acentuado este elemento, no puede decirse que se tratara de una creación *ex novo*.

En segundo lugar, el problema de la tesis de Böckenförde es que pone un énfasis excesivo en el factor ético-político. Desde su punto de vista, la clave para el tránsito de paradigmas –desde el iusnaturalismo al positivismo– fue la aparición del concepto de seguridad como gran referente para legitimar el Derecho y el Estado. Dada la tesis que aquí se está defendiendo, y que ya se ha expuesto en sus lineamientos básicos, esta consideración es fundamental para entender el significado profundo del paradigma iuspositivista. Sin embargo, no es la única. Además de la dimensión ideológica, como se ha repetido hasta la saciedad en epígrafes anteriores, en el positivismo también incidió una honda transformación epistemológica. Y este cambio de paradigma científico, que tuvo lugar mediante la traslación de los principios filosóficos del positivismo a una gran cantidad de dominios del saber, no ha calado aún en el pensamiento de Hobbes. Según Böckenförde, el hecho de que el inglés empleara todavía el utillaje metodológico del Derecho natural se debe a razones de cercanía y no a motivos sustantivos: pese a usar dichas herramientas, había cambiado el significado que se les atribuía en la tradición anterior<sup>282</sup>. Sin embargo, desde el enfoque que aquí suscribimos, el principal viraje epistemológico no llegó a tener lugar en su obra.

Para empezar, su método seguía siendo *contractualista*, un tipo de planteamiento epistemológico que será radicalmente expurgado tras la llegada del positivismo. A partir de entonces, en efecto, sólo las apreciaciones con base en algún tipo de constatación empírica tendrían validez como fuente de conocimiento, mientras que el método del contractualismo adoptaba un acentuado estilo deductivo. Mediante la *postulación* de un orden natural primigenio y la *hipotética* superación del mismo a partir de un pacto entre individuos libres, pretendía *legitimar* –no explicar o describir– el establecimiento del

---

<sup>281</sup> SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., pp. 151-171. Vid. También JHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts*, II-1, cit., pp. 67 y ss.

<sup>282</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit*, cit., p. 8.



poder político<sup>283</sup>. En el mismo orden de cosas, Hobbes tampoco había asumido la línea *historicista*. En estrecha concomitancia con el enfoque pactista, su concepción de la filosofía político-jurídica era estática y no tomaba en consideración el enfoque histórico-sociológico que después se hallará en las escuelas positivistas. De hecho, su propósito era delinear los fundamentos de una sociedad política tendencialmente estable a través de un razonamiento cuasi matemático. En este sentido, por lo tanto, tampoco adoptó otro de los estandartes epistemológicos del positivismo<sup>284</sup>.

Por consiguiente, lo máximo que se podría decir es que Hobbes presagió alguno de los elementos que más tarde configurarían el retablo filosófico iuspositivista. En particular, como bien señala Böckenförde, la entronización del concepto de seguridad y la paralela renuncia a construir sistemas de justicia absolutos. Por otra parte, el hincapié en la idea de soberanía y el elemento de la fuerza como matrices del Derecho son dos aspectos que también formarían parte de dicho paradigma. En estos dos rasgos, si bien con sus peculiaridades propias, Hobbes encajaba en una deriva intelectual que también puede constatarse en autores como Juan Bodino o Blaise Pascal<sup>285</sup>. Sin embargo, tanto a estos como al inglés les faltaba la introducción del enfoque historicista y del método empírico como referente indispensable de lo científico. Así pues, pese a haber logrado avanzar elementos esenciales del futuro paradigma, sigue sin ser suficiente para afirmar que el inglés fue positivista *avant la lettre*.

Incluso en el hipotético caso de que hubiera reunido los elementos necesarios para tal calificación, nos surgiría al paso otro problema. En *La estructura de las revoluciones científicas*, Kuhn se refirió al caso de Aristarco de Samos, quien ya en el siglo III a. C. había postulado que la tierra giraba alrededor del sol. Si así son las cosas, se preguntaba el estadounidense, ¿deberíamos retrotraer el heliocentrismo a aquella época? En su opinión no, puesto que la sugerencia de Aristarco se produjo de manera aislada y resultaba mucho menos operativa que la teoría geocéntrica dominante en el contexto histórico del griego: a falta de una crisis científica profunda, no era necesario ni

---

<sup>283</sup> ABELLÁN, Joaquín, “El vínculo entre tradición y mundo moderno. Las teorías políticas de derecho natural: 1600-1750”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 2, cit., pp. 13-68.

<sup>284</sup> Sobre el historicismo como rasgo esencial y constitutivo del positivismo jurídico, vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, en ID., *De Kant a Marx*, cit., pp. 216-221. Vid. también WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 303-305 y 353-358: “a través del despertar de la reflexión sobre la historicidad de la propia existencia, se introdujo un proceso en la ciencia jurídica que hasta hoy sigue sin decrecer. Significa, nada más y nada menos, que la relación del deber ser con el ser histórico, de la norma jurídica con la realidad social, penetró por primera vez en la conciencia de la ciencia jurídica – cosa que habían impedido la antigua autoridad del *Corpus Iuris* y del racionalismo bidimensional del Derecho natural...” (p. 358).

<sup>285</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, cit., pp. 208-216.

oportuno el cambio de paradigma<sup>286</sup>. Pues bien, algo así es lo que sucede con Hobbes: su modelo quedó aislado ante un marco iusfilosófico que no había entrado en crisis por completo. Sólo años más tarde empezaría a laminarse la idea del Derecho natural y a proponerse alternativas explicativas. En ese sentido, Hobbes no habría sido sino un excéntrico respecto al paradigma iusnaturalista dominante.

### **b) Rudolf von Jhering: en el epicentro del paradigma**

El objetivo de este capítulo era mostrar la gran complejidad que subyace tras el concepto de positivismo jurídico. Por hacer un esfuerzo de síntesis, podría decirse que en el iuspositivismo confluyeron tres vectores históricos *sucesivos y complementarios*, íntimamente relacionados entre sí y determinados por un doble rango de mutaciones paradigmáticas: 1) por los *cambios epistemológicos* que empezaron a transformar la conciencia intelectual europea a partir del siglo XVIII; y 2) por la paulatina *transición ideológica* que invadió el continente desde mediados del siglo XIX. En líneas generales, cabe afirmar que estas tres líneas fueron el *historicismo*, el *naturalismo* y el *realismo o pragmatismo*<sup>287</sup>. Es verdad que cada una de estas tendencias merecería una historia intelectual independiente, pero las tres se hallan imbricadas y alojadas por el gran paradigma positivista al que dieron y dan forma. Lo que articula el complejo retablo que se ha intentado bosquejar hasta ahora es la confluencia de esas tres oleadas, tanto en su vertiente filosófica como en su dimensión jurídica.

Tomemos como ejemplo la filosofía de Comte. Su sistema de pensamiento resulta incomprensible sin una integración de los tres aspectos señalados. Para empezar, toda su teoría se basó en una consideración evolutiva de la historia, hasta el punto de que a veces se asemejaba a una fantástica teodicea. Dividía la historia de la humanidad, en efecto, en tres grandes periodos que se sucedían a través de un desenvolvimiento cuasi

---

<sup>286</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 125-126.

<sup>287</sup> El realismo no es siempre equivalente al pragmatismo. No obstante, sí podría decirse que todo pragmatismo encierra un posicionamiento realista. Aquí utilizaremos ambas etiquetas de forma indistinta, porque el realismo de Jhering fue más bien de corte pragmatista: no se trataba de una mera tendencia metafísica o gnoseológica, sino de una concepción pragmática respecto al papel de la ciencia y la filosofía jurídicas. Vid. por ejemplo HEBEISEN, Michael Walter, *Pragmatismus, Pluralismus, Realismus*, Bd. 1, Schweizerischer Wissenschafts- und Universitätsverlag, Biel/Bienne, 2005, pp. 339-343. En lo que se refiere a la noción de pragmatismo, que en principio suele identificarse con una corriente de pensamiento norteamericano bien concreta, su uso aquí será bastante más laxo. De hecho, el primer empleo filosófico de este concepto tuvo lugar durante la discusión sobre el método en Alemania, a principios del siglo XIX, y no en la obra de filósofos como Charles Pierce o John Dewey. Vid. ELLING, Elmar, "Pragmatismus, Pragmatizismus", en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, cit., pp. 1244-1249.

espiritual: el teológico, el metafísico y el científico. Si en el primero dominaba la creencia irracional en seres sobrenaturales, en el segundo éstos se sustituían por un mundo de esencias de carácter más terrenal y corpóreo. En el estadio científico, por último, se abandonaba la aspiración a cualesquiera absolutos no cotejables mediante la experiencia, tanto si eran naturales como sobrenaturales<sup>288</sup>. En este bosquejo dialéctico y un tanto espiritual de la historia, José Martín Valverde ha querido ver, con expresión afortunada, un “hegelismo de vía estrecha”<sup>289</sup>.

Ahora bien, además del historicismo, también se dio la impronta naturalista en su filosofía. En opinión de Comte, era necesario desterrar el pensamiento especulativo en todos los órdenes del saber, para reemplazarlo por un método basado en la observación y la inducción de leyes generales. Sin embargo, lejos de restringir sus conclusiones a las ciencias naturales, pensaba que también debían aplicarse a la ética y la sociedad. Al igual que en la física, la química o la biología, el método empírico tenía que utilizarse para la investigación de los hechos morales y sociales. No sólo con el afán de construir un sistema de ciencias completo, sino porque éstas eran, a su juicio, las disciplinas de mayor importancia para el ser humano<sup>290</sup>. Asimismo, fiel a su concepción escatológica de la historia, sostenía que tal era el destino del estadio de desarrollo científico, la fase final de una larga carrera en pos del conocimiento<sup>291</sup>.

Por último, y como colofón del sistema, Comte consideró que la renovación intelectual debía ponerse al servicio del progreso. Lejos de las tendencias meramente especulativas, la ciencia no sólo debía ser un camino hacia la verdad abstracta, sino un auténtico instrumento para la acción. En sus propias palabras, la renovación del método debía enderezarse hacia “la satisfacción continua de nuestras propias necesidades, lo mismo las concernientes a la vida contemplativa que a la vida activa (...). En efecto, el estudio positivo de la naturaleza humana comienza hoy a ser universalmente considerado, en especial, como base racional de la acción de la Humanidad sobre el mundo exterior”<sup>292</sup>. He aquí también el elemento pragmatista. Comte tiene en mente un macro-proyecto científico, de cuya efectividad y unidad depende el porvenir de la humanidad. Sólo fomentando un verdadero vuelco científico hacia el realismo, en su

---

<sup>288</sup> COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. de José Manuel Revuelta y Consuelo Bergés, Folio, Barcelona, 2002, pp. 105-117.

<sup>289</sup> MARTÍN VALVERDE, José, *Vida y muerte de las ideas*, cit., p. 248.

<sup>290</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 553-555.

<sup>291</sup> COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 112-117.

<sup>292</sup> COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., p. 119 y 125.

opinión, podía constituirse una organización social racional, eficaz, dominadora de la naturaleza y encaminada al bienestar<sup>293</sup>.

Pues bien, al igual que en el campo de la filosofía pura, también en la filosofía jurídica positivista se dio la confluencia de estos tres vectores. De forma paulatina y desigual entre unos y otros autores, pero con una homogeneidad destacable, cada una de estas oleadas fue contribuyendo a asentar los cimientos del paradigma. Mientras que en algunas corrientes el elemento historicista aparece más sobredimensionado –como en la escuela histórica– en otras es el pragmatismo quien asume el papel preponderante –así en el realismo jurídico–. No obstante, en mayor o menor medida, de forma más o menos solapada, estos tres son los ingredientes de cualquier apuesta iuspositivista. Podría argüirse, por ejemplo, que las corrientes sociológicas de principios del XX renegaron de la forma en que la escuela histórica llegó a mixtificar la historia<sup>294</sup>. Y sin embargo, en su mismo propósito de sociologizar el pensamiento jurídico se encontraba ya injerto el licor destilado del historicismo: antes que concepto, norma o regla abstracta, el Derecho es reflejo de condiciones o situaciones históricas concretas<sup>295</sup>.

Por todo ello, Jhering tiene una importancia central en el paradigma positivista. Podría decirse que, a lo largo de su compleja evolución intelectual, fue atravesando cada una de estas diversas ráfagas, como si su pensamiento se impregnara del conjunto de factores que se estaban concitando en aquel alambique de ideas. Algunas veces se ha señalado la dificultad de clasificarle en la historia de la filosofía jurídica<sup>296</sup>. Fue historicista y a la vez crítico de sus excesos, formalista y a la vez enemigo de un uso descomedido de la lógica, amigo del naturalismo pero fustigador del reduccionismo causa-efecto. En realidad, esta variedad no hacía sino reflejar la apasionante evolución interna del positivismo, su consustancial pluralidad metódica y su enorme atractivo como nuevo paradigma filosófico y científico. En ese sentido decimos que Jhering se hallaba en su epicentro: de algún modo, en él se aglutinaron todos los motivos que han terminado configurando el iuspositivismo contemporáneo.

Hace un momento se afirmaba que el historicismo, el naturalismo y el realismo aparecieron de forma *sucesiva y complementaria*. De forma sucesiva, porque cada una de esas oleadas se constituyó en presupuesto necesario para la siguiente. De forma

---

<sup>293</sup> COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 147-151.

<sup>294</sup> Vid. KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?” [1911], en ID., *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von Helmut Coing und Gerhard Immel, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, pp. 397-417.

<sup>295</sup> Vid. TREVES, Renato, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de Manuel Atienza, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 82 y ss.

<sup>296</sup> CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, cit., pp. 84 y ss.

complementaria, porque se terminaron engarzando de un modo orgánico entre sí, como las caras de una misma moneda. Jhering es un magnífico ejemplo de esta especie de transición interna. La polémica en torno a sus distintas etapas, a sus virajes y contradicciones, a su eclecticismo y su hipotético diletantismo, se explicaría así mediante esta consideración evolutiva del asentamiento del paradigma. Como en un corte estratigráfico, en sus obras se fueron depositando cada una de estas variantes, combinándose y confundiéndose entre sí de un modo inextricable. En esta amalgama de motivos positivistas, que en él se dieron cita en una espléndida mixtura, residen también las deficiencias y las grandezas de su pensamiento.

En los primeros compases de su trayectoria intelectual, encontramos la dimensión historicista elevada hasta cotas comparables con las de sus maestros. En el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*, aunque se mostraba ya crítico con las ideas nacionalistas de Savigny, la valoración por el enfoque histórico era notable. En lugar de instrumentarlo desde el punto de vista nacional, el Derecho romano era para él una vía hacia la universalidad<sup>297</sup>; en lugar de detenerse en una contemplación filológica de las fuentes, le interesaba entender los principios fundamentales que guiaban el desarrollo del Derecho romano y del Derecho en general<sup>298</sup>. A pesar de la gran disparidad de planteamientos que marcaba así con respecto a sus antecesores, también ésta era una posible versión del historicismo. Y es que, en su opinión, ya no cabía una ciencia o una filosofía jurídica sin dicho enfoque: “hoy en día es ya indiscutible que el Derecho no es, como se concebía antes, un agregado externo de determinaciones arbitrarias que debe su origen a la reflexión del legislador, sino un producto de la historia internamente completo, al igual que la lengua de un pueblo”<sup>299</sup>.

Con todo, ya en esta fase de su pensamiento han calado otros elementos del paradigma. En particular, el naturalismo. En la misma sede en la que polemizaba con el enfoque filológico exacerbado y con el nacionalismo de sus predecesores –Savigny y Stahl–, se mostraba partícipe de una naturalización de la ciencia del Derecho<sup>300</sup>. Sólo así era posible, en su opinión, obtener verdaderos frutos de la romanística: “en lugar de la

---

<sup>297</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 1-16.

<sup>298</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 16-25.

<sup>299</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 25-26. Vid. también MARINI, Giuliano, “La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 155-164: “en una difícil sucesión de posiciones teóricas diversas, una tensión unitaria empuja al autor hacia la profundización de la naturaleza histórica del Derecho y de la ciencia jurídica...”.

<sup>300</sup> Vid. LOOS, Fritz und SCHREIBER, Ludwig, “Recht, Gerechtigkeit”, en AA. VV., *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhart Koselleck, Bd. 5, Klett-Cotta, Stuttgart, 1984, pp. 289-293.

lupa, si la comparación es lícita, necesitamos el telescopio; en lugar de una crítica que tenga por objeto las formas de tradición del Derecho romano, los manuscritos, las variantes, etc., necesitamos una crítica del Derecho en absoluto, una teoría natural y general del mismo. Quien quiere medir, necesita un baremo, y el baremo para enjuiciar un Derecho particular tan sólo nos lo puede ofrecer una teoría general de la naturaleza y las formas de manifestación del Derecho en absoluto (...). A medida que la teoría natural y general del Derecho se perfeccione sobre la senda iusfilosófica y empírico-comparativa, enriqueciéndose con nuevos conceptos y perspectivas, también se elevará la comprensión de la verdadera esencia del Derecho romano”<sup>301</sup>.

Con semejante planteamiento, pese a los interminables reproches que recibió por parte de los romanistas e historiadores demasiado apegados al comentario riguroso de las fuentes, en realidad dio un enorme vuelco al historicismo. A partir de entonces, éste dejaría de ser un fin en sí mismo y se transformaría en un trampolín para el desarrollo del pensamiento jurídico, en una especie de basamento irrenunciable, pero insuficiente por sí solo<sup>302</sup>. En este sentido es en el que cabe interpretar las siguientes palabras de Kantorowicz: “el historicismo tampoco es idéntico al gusto por la investigación histórica; al contrario, como aquí se mostrará, es enemigo de esta investigación. Por eso, entre los opositores de la escuela histórica siempre se encontraron (y todavía hoy se encuentran) entusiastas y relevantes historiadores del Derecho como Gans, Bruns o Jhering. Antes bien, el historicismo es aquella unilateralidad del pensamiento que en el objeto de una ciencia tan sólo ve (o ve preferiblemente) un objeto que ha de manejarse desde el punto de vista histórico”<sup>303</sup>.

Siguiendo esta senda metodológica, que pasaba por la superación del historicismo *stricto sensu*, encontramos el escrito que Jhering redactó para el primer volumen de la revista fundada con Gerber en 1857: *Unsere Aufgabe - Nuestra misión*<sup>304</sup>. En este texto programático, Jhering se manifestaba favorable a una renovación de la ciencia jurídica más allá de las ideas de Savigny. En 1815, éste había redactado un prólogo para la

---

<sup>301</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 23-24.

<sup>302</sup> MARINI, Giuliano, “La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering”, cit., pp. 155 y ss.: “Vista en la peculiar continuidad de su relación con la escuela histórica, la obra de Jhering representa la *disolución crítica* de ésta: por el rechazo de instrumentos teóricos como el de la fe en una originaria espontaneidad creativa del pueblo y de posicionamientos prácticos como el de la crítica frente a la legislación; pero representa también su *conclusión positiva*, por la fidelidad mantenida, aunque con nuevos instrumentos, a la tesis de la historicidad del Derecho y de la ciencia jurídica” (pp. 155-156).

<sup>303</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?”, cit., pp. 401-402.

<sup>304</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, en ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

revista fundada y dirigida con Karl Friedrich Eichhorn (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft - Revista para la ciencia histórica del Derecho*), en el que trazaba una neta divisoria entre dos visiones de la ciencia jurídica: la *histórica* y la *no histórica*. Desde su punto de vista, tal era la gran cesura de su tiempo y su tarea era lograr una conversión historicista general<sup>305</sup>. Casi medio siglo más tarde, Jhering pensaba que era necesaria otra vuelta de tuerca. Si en la época de Savigny la frontera estaba entre la ciencia jurídica histórica y la que no lo era, ahora la linde se encontraba entre la ciencia jurídica *receptiva* y la *productiva*<sup>306</sup>. En su opinión, el historicismo debía abandonar la actitud pasiva en la que estaba postrado, para empezar a trabajar y construir el material histórico con un espíritu activo.

En este propósito se encuentran las raíces del positivismo formalista que empezó a dominar la escena hacia mediados del siglo XIX. Antes que recibir la historia en bruto, se trataba de manejarla como en un laboratorio, diseccionando el material y sintetizando nuevas instituciones, identificando la “*anatomía del organismo jurídico*” y desvelando las leyes de su “*fisiología*”<sup>307</sup>. En suma, despreciando el contenido histórico concreto y descubriendo el esqueleto que daba forma abstracta, absoluta, a todas las instituciones jurídicas posibles, tanto en el tiempo como en el espacio. En semejante apuesta metódica, Jhering creía ver una aplicación del naturalismo a la ciencia del Derecho. De ahí todas las analogías terminológicas extraídas de las ciencias naturales, por las que después sería criticado con inquina<sup>308</sup>. No en vano, él mismo caracterizó dicha vía como un método histórico-natural, queriendo así indicar la necesidad de complementar el historicismo con una aproximación a las ciencias naturales<sup>309</sup>.

Visto desde la perspectiva actual, más bien se trataba de una quintaesencia del formalismo que también se dio en tendencias como las de Austin, Bierling, Merkel o Somló. Además, como bien ha señalado Losano, la recurrencia a metáforas naturalistas solía aparecer cuando Jhering encontraba dificultades conceptuales<sup>310</sup>. Sea como sea, el hecho es que estaba intentando ir un paso más allá de las aporías historicistas y

---

<sup>305</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Über den Zweck dieser Zeitschrift” [1815], en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, pp. 201-205. Hay trad. esp. en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 22-31.

<sup>306</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 3-7.

<sup>307</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, pp. 25-58. Las cursivas son nuestras.

<sup>308</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., pp. XII y ss.

<sup>309</sup> Vid. LUIG, Klaus, “Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Recht zwischen Natur und Geschichte. Le droit entre nature e histoire*, hrsg. von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, pp. 281-303.

<sup>310</sup> LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, cit., p. 287.

reconstruir una ciencia del Derecho rigurosa tras el derrumbe del iusnaturalismo. En el fondo se trataba de algo previsible: desplomado el armazón del Derecho natural por el ariete historicista, era necesario buscar una senda alternativa para rehabilitar el pensamiento sistemático. Y el historicismo sin más, pese a ser un requisito *sine qua non* de esta nueva etapa, no ofrecía posibilidades en ese sentido. Jhering se afanó en buscar este camino a través de un arsenal de conceptos importado de la biología. Pese a la notable falta de rigor y claridad que consiguió con ello, es muy significativo de la época que se vivía y, sobre todo, ilustra a la perfección la contaminación naturalista que estaba produciéndose en el mundo intelectual<sup>311</sup>.

La puntilla para cerrar el círculo del paradigma iuspositivista, su acercamiento a una filosofía realista, vendrá sólo algún tiempo más tarde. A partir de los años sesenta del siglo XIX, Jhering empezó a sentir la necesidad de transitar hacia una ciencia menos especulativa<sup>312</sup>. El historicismo, con su exaltación de las fuerzas históricas subyacentes y de espíritus inmanentes a la nación, se le antojaba preñado de sofismas metafísicos e inasequibles al conocimiento racional. Frente a semejantes entelequias, en su opinión, el Derecho era más bien lucha, trabajo, crisol de necesidades e intereses materializados en reglas, conquistadas sólo tras un esfuerzo mensurable en vidas, presiones políticas y conflictos sociales: “la teoría dominante de Savigny y Puchta sobre el nacimiento del Derecho no nos ilustra en absoluto. Según ésta, la formación del Derecho discurre de forma tan indolora como la lengua o el arte: no requiere pugna, ni lucha, ni tan siquiera búsqueda, sino que es la fuerza de la verdad operando silenciosa, abriéndose camino despacio y sin violencia, pero con firmeza”<sup>313</sup>.

Frente a esta visión de las cosas, pensaba Jhering, el Derecho avanzaba a fuerza de tensiones, conflictos y luchas permanentes: “la paz sin lucha y el gozo sin trabajo pertenecen a la época del paraíso; la historia sólo conoce ambas cosas como resultado de un trabajo constante y fatigoso [...]. Todos los grandes logros que se han registrado en la historia del Derecho, la abolición de la esclavitud y la servidumbre, el derecho de

---

<sup>311</sup> LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 142-154: “de hecho, su época estaba dominada por las ciencias naturales, y a ellas se remite Jhering cuando tropieza con dificultades conceptuales en su intento por otorgar un carácter científico a sus reflexiones. Sin embargo, se limita a tomar expresiones e imágenes de la ciencia natural” (p.146).

<sup>312</sup> WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, 2ª ed., K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1968, pp. 32 y ss. Fue al intentar resolver un caso práctico concreto mediante la aplicación rigurosa del método lógico y conceptual (que todavía defendía por aquel entonces), cuando empezó a apercibirse del error que ello entrañaba: si se seguían los pasos de la lógica y de un razonamiento desvinculado de las circunstancias concretas del caso, la solución a la que se llegaba resultaba manifiestamente injusta.

<sup>313</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 12



propiedad y de comercio, la libertad de pensamiento, etc., han tenido que ser conquistados a lo largo de arduas y a menudo seculares luchas. No pocas veces, son ríos de sangre y derechos pisoteados por doquier los que dibujan el camino que el Derecho ha ido dejando atrás. Pues el Derecho es como Saturno devorando a sus hijos; sólo puede renovarse cuando arrambla con su propio pasado”<sup>314</sup>.

Por un lado, vemos aquí el aliento historicista heredado de sus maestros. Por otro lado, sin embargo, éste se ha tornado conflictualista<sup>315</sup>. Mientras que Savigny atacaba al iusnaturalismo contractualista mediante una entronización romántica de la historia y el espíritu del pueblo, Jhering lo hacía desde una visión realista de la historia, entendida como devenir dialéctico y agonístico. Mientras que el primero percibía el cambio como una consecuencia inevitable del desarrollo inmanente de la nación, el segundo concebía las transformaciones jurídicas como un fruto de la acción humana, como un resultado de fuerzas e intereses que entraban en conflicto y desencadenaban la gestación de nuevas normas e instituciones. En este sentido, pueden verse aquí dos grandes rupturas epistemológicas entre Jhering y el ya citado Hobbes: historicismo y conflictualismo frente a racionalismo y contractualismo.

Además de este cambio epistemológico de doble rasero –contra el contractualismo y contra las falacias de un historicismo exacerbado–, Jhering también realizó una crítica ideológica a la teoría de Savigny. En su opinión, no sólo se trataba de una actitud científica equivocada, sino de un artificio pensado para sustraer al pueblo la posibilidad de modificar su Derecho de forma consciente y proactiva<sup>316</sup>: “como posición teórica es falsa, pero inofensiva; como máxima política, contiene una de las doctrinas más erróneas y perniciosas que puedan pensarse, porque en un campo en el que el ser humano debería actuar con una clara e íntegra conciencia de sus fines, con una movilización de todas sus fuerzas, se le llama a la paciencia, se le dice que las cosas se hacen por sí solas, que lo mejor que puede hacer es poner mano sobre mano y esperar confiadamente a que la convicción jurídica nacional emerja poco a poco de la fuente

---

<sup>314</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 11 y 15-16.

<sup>315</sup> Sobre el conflictualismo como tendencia anticontractualista en Jhering, vid. MUGUERZA, Javier, “La lucha por los derechos (Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal)”, en *Revista internacional de filosofía política*, nº 15, julio 2000, pp. 43-59. También sobre el conflictualismo, aunque sin hacer referencia explícita a Jhering (sino a la teoría socio-darwinista de Ludwig Gumplowicz) vid. TREVES, Renato, *La sociología del derecho*, cit., pp. 19 y ss.

<sup>316</sup> Vid. ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, “Prólogo” a JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, Doncel, Madrid, 1976; POSADA, Adolfo, “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, La España Moderna, Madrid, s. f., pp. 5-15.

primigenia del Derecho. De ahí se deriva el rechazo de Savigny y todos sus discípulos a la interferencia de la legislación”<sup>317</sup>.

Junto a la crítica contra la evanescencia conceptual del historicismo y sus derivadas políticas, Jhering evolucionó hacia un progresivo rechazo de la idea tradicional de sistema jurídico. Como ha señalado Losano, ya en el segundo tomo del *Espíritu del Derecho romano* (1858) aparecen dudas respecto al modelo sistemático y las analogías naturalistas<sup>318</sup>. Así es como se pronunciaba el alemán: “por mi parte, me he acogido a la máxima de evitar la expresión ‘orgánico’ siempre que pueda”<sup>319</sup>. Esta afirmación, que contrasta con la retórica naturalista del primer tomo, se irá convirtiendo en escepticismo frente a la pertinencia del pensamiento sistemático. Poco a poco crecerán las alusiones a la idea de fin y de interés, y se desechará la posibilidad de hallar una clave unitaria para sistematizar el Derecho en su conjunto. Lejos de existir un *orden lógico aplicable* a éste, o un *principio unitario oculto* entre sus mimbres, Jhering concluirá que lo único que hay son fines sociales contingentes: son éstos los que explican el nacimiento y la evolución del Derecho<sup>320</sup>. Y así, frente a la técnica jurídica tradicional y al formalismo – que se empeñaban en buscar una *estructura racional*–, la sociología se convertía en la vía científica por antonomasia. Parangonando un célebre título de Bobbio, se cumplía así un viraje metodológico central: de la *estructura* a la *función*<sup>321</sup>.

Desde una visión chata de lo que significa positivismo, podría pensarse que esto supuso el abandono del paradigma o una mitigación de sus consecuencias. Sin embargo, tal y como aquí se ha argumentado, el positivismo es un modelo de pensamiento de largo recorrido, cargado de derivadas y posibilidades diversas. Con este tránsito a una ciencia jurídica realista y pragmatista, en realidad se estaba cumpliendo un paso fundamental para el asentamiento del paradigma, una especie de profundización en las opciones que éste había abierto. Y es que, de algún modo, esta vuelta de tuerca incluía ya a las anteriores. Al *historicismo*, por cuanto el realismo exigía concebir el Derecho dentro de marcos espacio-temporales, incardinado en las circunstancias de la vida concreta. Y al *naturalismo*, por cuanto el realismo también requería el método empírico

---

<sup>317</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 17. Sobre el mismo aspecto, vid. también JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny”, en ID., *Gesammelte Aufsätze*, II, cit., pp. 1-22. Hay trad. esp. en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 32-48.

<sup>318</sup> LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, cit., pp. 150 y ss.

<sup>319</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., p. 352.

<sup>320</sup> LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, cit., p. 154; ID., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 298 y ss.

<sup>321</sup> BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, prefazione di Mario G. Losano, Laterza, Roma-Bari, 2007.

como baremo fundamental de lo científico: la oleada sociológico-jurídica, en el fondo, no era sino la adaptación de esos principios metodológicos al estudio del Derecho. En cierto modo, lo que sucedió se parece a lo que Hegel denominaba *Aufhebung* –abolición o abrogación en el lenguaje común– cada nueva fase dialéctica supera a la anterior, pero sin expulsarla, destruirla o arrinconarla, sino enriqueciéndose con ella y aglutinándola en su seno<sup>322</sup>.

En este sentido, podría decirse que Jhering fue el artífice principal de una mutación micro-paradigmática o meso-paradigmática dentro del lecho general del positivismo. No en vano, buena parte de las tendencias antiformalistas y sociologistas examinadas en el capítulo segundo son deudoras de sus enseñanzas: Pound en el ámbito anglosajón, Kantorowicz o Heck en el germano, Gény o Saleilles en el francés, Posada en España, Murončev o Korkunov en Rusia... Toda una generación de juristas, embarcados en la creación de una nueva tendencia sociologista para la filosofía del Derecho, se basó en las sugerencias de Jhering para gestar esta reorientación general del paradigma positivista. Aunque el cambio no fue realizado por él mismo, sus críticas al historicismo y al formalismo extremo contribuyeron a este “viraje hacia la criptosociología”<sup>323</sup>. Es así como el llamado segundo Jhering, lejos de ser anti-positivista, facilitó la aparición de un sub-paradigma sociológico en su seno, una línea filosófica de enorme fecundidad e interés para entender el pensamiento jurídico del siglo XX.

Esta especie de transición interna, en suma, no consistió sino en el paulatino asentamiento de las líneas maestras del paradigma, en una sedimentación acompasada de sus potencialidades. Al igual que había sucedido con el positivismo filosófico, también el positivismo jurídico estuvo marcado en sus inicios por la herencia del romanticismo<sup>324</sup>. Si los excesos historicistas de Comte le habían acercado peligrosamente a una visión metafísica e idealista del progreso, también en Savigny y sus discípulos se manifestó este espíritu romántico<sup>325</sup>. El propio Jhering maduro, en *La*

---

<sup>322</sup> Vid. FULDA, Hans Friedrich, “Aufheben”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. I, cit., pp. 618-619.

<sup>323</sup> FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, ID., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, hrsg. Von Albert Foulkes und Arthur Kaufmann, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1965, p. 185.

<sup>324</sup> GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 548-549: “fijándose en ciertas manifestaciones tardías del movimiento positivista (...), algunos viejos historiadores de la filosofía quisieron ver en él una reacción contra el idealismo romántico. Esta opinión resulta insostenible en nuestros días, después de que los más recientes estudios hayan evidenciado las analogías que existen entre los movimientos romántico y positivista, y las profundas influencias del primero sobre el segundo (en especial sobre Saint-Simon y Comte).

<sup>325</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny? ”, cit., pp. 49-51.

*lucha por el Derecho*, fue capaz de detectar y censurar sin ambages esta huella: “la escuela histórica también podría llamarse romántica. Es una idea verdaderamente romántica, esto es, basada en una falaz idealización de los estados pretéritos, creer que el Derecho se construye sin dolor, sin fatigas, sin acción, al igual que la planta en el campo...”<sup>326</sup>. Pese a todo, frente a estos primeros pasos, las sucesivas oleadas del naturalismo y el pragmatismo facilitaron el desprendimiento de este fondo y el tránsito hacia el realismo. Sea como sea, cada una de estas fases es necesaria para identificar la sustancia del iuspositivismo en su total complejidad.

Como ha tratado de mostrarse aquí, Jhering es una pieza clave de este trasiego y resulta una figura especialmente atractiva para comprender la dinámica del paradigma. Al revés de lo que sucedía con Hobbes, con él asistimos al pleno desenvolvimiento del positivismo jurídico, con casi todas sus variantes ya apuntadas y engrasadas. En este sentido, Jhering constituye el epicentro del paradigma, un foco en el que se condensaron los motivos de numerosas orientaciones posteriores. Tanto la semilla del formalismo kelseniano, como la del realismo jurídico y de las tendencias sociológicas, se encuentran alojadas –a veces de forma algo abigarrada– en las sucesivas capas de su pensamiento: “aunque el positivismo pueda seguirse más fácilmente en autores posteriores, y aunque en otros se presente más diáfano desde el punto de vista constructivo, aquí se manifiesta más bien como el producto de un trabajo artesanal (...). Simplificando, podría definirse toda la obra de Jhering como una batalla por lograr una cosmovisión jurídica, y es bien característico el que esta obra, en cada una de las fases de su desarrollo, siempre se quedara apuntada como un mero boceto”<sup>327</sup>.

Paradójicamente, el propio Jhering se refirió al positivismo con bastante desprecio en una ocasión, entendiendo por tal a las corrientes legalistas exacerbadas y a una actitud pasiva frente a la norma<sup>328</sup>. Con semejante presunción, al igual que tantos otros contemporáneos y que algún sector de la doctrina actual<sup>329</sup>, estaba haciendo gala de una comprensión sesgada del significado del positivismo para la conciencia jurídica occidental. Sin embargo, desde el punto de vista que aquí se ha expuesto, pretender catalogar a Jhering como pre-positivista o anti-positivista sería desconocer la profunda magnitud del cambio paradigmático producido. Incluso aquellos que creyeron no

---

<sup>326</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 18.

<sup>327</sup> HIPPEL, Ernst von, “Rudolf von Jhering als Begründer des Rechtspositivismus”, en *Neues Abendland*, 1951, pp. 322-326. La cita está extraída de la p. 322.

<sup>328</sup> JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, cit, pp. 50-55.

<sup>329</sup> RIEZLER, Erwin, “Der totgesagte Positivismus”, cit., pp. 239-241.

pertenecer a este mundo de ideas, como Gierke o como él mismo, se encontraban en su pleno apogeo. Lo único que ocurre es que, frente a las aporías del legalismo y del historicismo exacerbado, frente a la insuficiencia del enfoque formalista y de un naturalismo extremo, Jhering constituyó un hito entre dos sub-paradigmas internos. Creyendo dinamitar con ello el positivismo, en realidad no logró sino ahondar en una de sus posibilidades más fecundas. Con el tránsito al realismo y a las teorías sociológicas, en efecto, se estaban abriendo las puertas al positivismo del siglo XX<sup>330</sup>.

---

<sup>330</sup> En opinión de Felipe González Vicén, fueron Jhering y Gierke quienes sellaron el hiato entre estos dos periodos: “en el umbral del pensamiento jurídico contemporáneo en su sentido más estricto, con un pie ya en su temática y apuntando a sus problemas, se hallan dos figuras de carácter universal: Rudolf von Jhering y Otto von Gierke (...). La época que cierran es el siglo XIX, una época que vive de la herencia de la Escuela histórica, aunque también de su liquidación, la época de la ‘dogmática’ y del ‘método jurídico’, para la que el Derecho es sólo un hecho normativo, una forma abstracta de posibles relaciones humanas, sin relación con el ser de las comunidades históricas. La época que abren es nuestra época misma; una etapa del pensamiento jurídico que entiende el Derecho esencialmente como fenómeno social sólo comprensible desde la realidad concreta de los grupos humanos. Este modo de entender el Derecho es impensable sin la obra de Jhering y de Gierke. Lo mismo la sociología jurídica que el ‘objetivismo’, la escuela del Derecho libre, la hermenéutica de los intereses, el pluralismo jurídico y político, todas las direcciones, en suma, que, más o menos decisivamente, constituyen el horizonte jurídico de nuestra situación histórica tienen, de una u otra manera, su origen último en Jhering y Gierke”. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 259-260.

## Capítulo IV. Fundamentos ideológicos del positivismo de Jhering

*“Es preciso juzgar de la doctrina por sus frutos y declarar vana a la que es estéril, y esto con tanta mayor razón, si la filosofía, en vez de los frutos de la viña y del olivo, produce las zarzas y las espinas de las discusiones y las querellas”.*

(Francis Bacon)<sup>1</sup>

En función de las coordenadas delineadas en el anterior capítulo, hay dos conjuntos de factores que deben tomarse en consideración para entender el positivismo jurídico como paradigma: ideológicos y epistemológicos. Tanto la propuesta de Thomas Kuhn como la de Felipe González Vicén, cada una en su ámbito respectivo y con finalidades diversas, hacían más hincapié en los fundamentos epistemológicos que determinan el tránsito entre dos paradigmas sucesivos. González Vicén explicaba las vueltas y revueltas del positivismo jurídico como el resultado de una constante tentativa por superar sus presupuestos metodológicos de forma *inmanente*, es decir, con base en esos mismos presupuestos<sup>2</sup>. Thomas Kuhn, por su parte, explicaba el surgimiento de nuevos paradigmas científicos como consecuencia de la aparición de anomalías en el *interior* de la teoría: a fuerza de verificar su validez mediante un sometimiento constante a los cauces de experimentación previstos por el propio paradigma, terminaba laminándose desde sus mismos fundamentos constitutivos<sup>3</sup>.

En ambos planteamientos latía una visión un tanto autorreferente de la historia de las ideas, como si su evolución tuviese lugar por mor de un desarrollo inherente a ellas mismas, independiente de las circunstancias sociales y políticas en las que surgen. En el caso de González Vicén, podría detectarse con facilidad un cierto aire hegeliano en su presentación del positivismo jurídico. Ya fuera gracias a la orientación hermenéutica

---

<sup>1</sup> BACON, Francis, *Novum Organum, sive indicia vera de interpretatione naturae et regni hominis*, trad. de Cristobal Litrán, Sarpe, Madrid, 1984, pp. 65-66.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Sta. Cruz de Tenerife, 1979, pp. 134-140.

<sup>3</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín S. Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, pp. 112 y ss.

que subyace a su filosofía, ya a través de las influencias de Hegel o de Burckhardt, la visión de la historia como un devenir dialéctico e inmanente es una constante de su pensamiento<sup>4</sup>. En el caso de Kuhn, aunque desde bases epistemológicas completamente diversas, también cabe hallar un punto de vista similar: tal y como ya se apuntó en el capítulo anterior, desde el prefacio a *La estructura de las revoluciones científicas*, él mismo reconocía la laguna de no haber introducido criterios políticos o sociales a la hora de explicar el tránsito entre paradigmas.

El punto de vista que aquí se adopta, en cambio, entiende que la consideración de los factores ideológicos es imprescindible para entender el tránsito paradigmático que se produjo entre el mundo del Derecho natural y el del positivismo jurídico. Por eso, en este capítulo se intentarán desgranar los fundamentos ideológicos más importantes que contribuyeron a moldear el enfoque iuspositivista de Jhering. En el capítulo tercero se concluyó con la necesidad de incorporar los aspectos ideológicos y epistemológicos para entender dicha transición. En esta parte del trabajo se expondrán sólo los factores ideológicos. El hecho de anteponer la caracterización ideológica del iuspositivismo de Jhering tiene que ver con la convicción de que en él pesaron más esos aspectos. Al desarrollo de los fundamentos científico-filosóficos, que también están en la base de su pensamiento, se dedicará el capítulo quinto de esta tesis.

Para organizar la exposición se han tenido en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, será necesaria una breve explicación sobre el significado de la noción de ideología en el sentido en el que va a utilizarse aquí. La palabra “ideología” ha sido empleada de formas muy diversas a lo largo de la historia y, por si fuera poco, plantea problemas específicos en relación con el positivismo jurídico. Dedicaremos el primer epígrafe a dilucidar esta cuestión (§1). En segundo lugar, se hará una breve presentación del marco histórico-institucional en el que se desarrolló el pensamiento de Jhering. Sólo si captamos los ejes del mundo político y social en el que vivió, pueden entenderse algunos puntos clave de sus ideas sobre el Derecho. Evidentemente, será imposible trazar una semblanza exhaustiva de todo el periodo histórico, puesto que no es ese el objetivo de esta investigación. Nos limitaremos sólo al esbozo de lo imprescindible para

---

<sup>4</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Jacob Burckhardt y el problema de las crisis históricas”, en ID., *Escritos (1931-1949) (Con ocasión de su centenario)*, ed., trad. y notas de Carlos Marzán Trujillo y José M. García Gómez del Valle, Servicio de publicaciones de la Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2009, pp. 28-34; sobre el hegelianismo de González Vicén vid. DÍAZ, Elías, “Felipe González Vicén (1908-1991)”, *Doxa*, 9, 1991, pp. 23-38.

poder entender las peculiaridades del positivismo jurídico de Jhering. A esto se dedicará el epígrafe segundo del capítulo (§2).

Después de estas dos consideraciones iniciales, se abordarán algunos problemas concretos de la filosofía jurídica del autor, que deben entenderse desde las coordenadas ideológicas de la Alemania de su época. Con esto no pretende realizarse una *exposición sistemática* de su pensamiento jurídico, sino más bien una *aproximación selectiva* a sus dimensiones más sobresalientes. Una exposición sistemática implicaría hacer un repaso pormenorizado de cuestiones que quizá no sean tan relevantes para entender el fondo de sus ideas y que, además, no resulten iluminadoras para comprender la problemática del positivismo. Así, habría que hacer un recorrido por sus posiciones en torno a la ciencia jurídica, la teoría de la justicia, la norma jurídica, la obediencia, la interpretación, etc. Sin embargo, dado el talante asistemático de Jhering –sobre lo que ya se abundó en su momento–, y dada la orientación que viene adoptándose aquí, resulta más interesante centrarnos en algunos temas especialmente destacables.

El criterio para la elección de estos temas tiene que ver con el eje ideológico que tan importante hemos juzgado. En este sentido, se han elegido aquéllos en los que se revela una mayor impronta política. O dicho de otra manera: de todos los aspectos de Jhering que podrían tratarse, se han seleccionado los más adecuados para abordar el vínculo entre su versión de iuspositivismo y los fundamentos ideológicos que laten bajo dicha apuesta filosófica. Los temas elegidos son dos. En primer lugar, se expondrá su crítica frente a la escuela histórica, una de las constantes de su pensamiento desde el inicio, que se desdobra a su vez en dos aspectos: la crítica al historicismo y la crítica al conceptualismo (§3). En segundo lugar, veremos el tránsito que se produjo entre una atención preferente al campo del Derecho privado y una concepción de las cosas cada vez más preocupada por el aspecto objetivo del Derecho: desde los derechos subjetivos a los deberes jurídicos y desde ahí al problema del Estado (§4).

Si se observa con atención, el orden de estos temas tiene que ver con la propia evolución de las ideas del autor: desde la crítica a la escuela histórica, que ya puede encontrarse en las primeras páginas del *Espíritu del Derecho romano*, hasta la función social del Derecho y el Estado, que enlaza con partes importantes de *El fin en el Derecho*. Asimismo, si nos fijamos bien, en esta evolución puede detectarse una especie de tránsito desde el Derecho privado al Derecho público. La crítica contra la escuela histórica, como se verá, contiene *in nuce* un cierto malestar por la excesiva atención que la doctrina prestaba a las materias relacionadas con la dimensión privada del fenómeno



jurídico: frente al elogio de la costumbre y de la pequeña comunidad, Jhering llamaba la atención sobre consideraciones políticas y universales que convenía atender con preferencia. La tesis del fin social como matriz del Derecho y las loas al Estado como factor de progreso –que pueden encontrarse en su última etapa– suponen la depuración y culminación de un punto de vista que ya se había anunciado en los primeros compases de su carrera. Así pues, la ordenación que se ha elegido para presentar estas cuestiones no es en absoluto arbitraria.

Huelga decir que todos estos temas serán abordados con la mirada puesta en el problema del positivismo jurídico. Entendemos que se trata de aspectos esenciales para entender la progresiva decantación de esta corriente y que cobran una relevancia muy especial en las ideas de Jhering. Tanto los reproches contra el historicismo jurídico de Savigny, como las ideas sobre la función social del Derecho y el Estado de su última fase, así como su doctrina sobre los derechos subjetivos o su noción conflictualista del Derecho, son dimensiones de un profundo vuelco iusfilosófico que rezuma por todos los poros de su obra: la emergencia del positivismo jurídico. En este sentido, aunque no siempre será posible hacerlo de forma explícita, todas las consideraciones que haremos deberán comprenderse desde dicha perspectiva.

En líneas generales, a modo de anticipo de cuanto se tratará en este capítulo, puede tenerse presente la cita de Bacon que hemos elegido como encabezamiento: “es preciso juzgar de la doctrina por sus frutos y declarar vana a la que es estéril, y esto con tanta mayor razón, si la filosofía, en vez de los frutos de la viña y del olivo, produce las zarzas y las espinas de las discusiones y las querellas”. Probablemente, Jhering habría estado conforme con tal afirmación. Si hay algo que guió su pensamiento a lo largo de las fases que lo caracterizan, si hay alguna brújula que nos sirva para bucear entre los recovecos de sus ideas, es esa tendencia que Bacon subrayaba con tanto acierto: la necesidad de convertir la tarea filosófica en un quehacer pragmático, en una forma de conocimiento al servicio del progreso social, y no en un mero instrumento destinado a la diatriba profesoral o universitaria. No en vano, el propio Bacon ha sido caracterizado como el “filósofo de la revolución industrial”<sup>5</sup>.

En el caso de Jhering, como se verá más adelante, el auge del industrialismo fue uno de los elementos que con más fuerza contribuyeron a moldear sus ideas. Ante el imparable crecimiento de la nueva economía industrializada, ante las nuevas tecnologías

---

<sup>5</sup> FARRINGTON, Benjamin, *Francis Bacon. Filósofo de la revolución industrial*, 2ª ed., trad. de Rafael Ruiz de la Cuesta, Endymión, 1991.

que se agolpaban con una velocidad insólita ante sus ojos y los de sus contemporáneos, pocos ámbitos podían quedar inmunes a un replanteamiento profundo de las cosas. Ni siquiera el mundo del Derecho, tan tendente al aislamiento, pudo ser ajeno a todo ello. Además, hay otro elemento que despunta con fuerza entre los factores político-sociales que condicionaron el pensamiento de Jhering: la constitución del Estado alemán como nación unificada, un reto político de enorme trascendencia que a su vez acarreó un largo elenco de consecuencias jurídicas. Aunque más adelante profundizaremos en todo esto, conviene tener presente la importancia de estos dos factores desde el principio, para poder entender la sustancia de este capítulo.

## 1. LA IDEOLOGÍA Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

Hasta ahora se ha empleado el concepto de ideología de manera un tanto laxa. Así, hemos hablado de las bases ideológicas que coadyuvaron a la gestación del positivismo, de la ideología que marcó el tránsito entre ambas formas de concebir el Derecho, del sustrato ideológico de la Alemania del XIX, etc. Sin embargo, la noción de ideología es una de las más intrincadas de las ciencias sociales. Desde el punto de vista del lenguaje coloquial, lo ideológico suele equipararse con lo políticamente partidista, por lo que hablamos de ideologías de izquierdas o derechas, socialistas o liberales, progresistas o conservadoras. En cambio, desde el punto de vista filosófico –que es el pertinente aquí– los empleos del concepto han sido de lo más complejo y variopinto<sup>6</sup>. A continuación se intentará definir de forma genérica (§1.1) y, sobre esta base, se analizará la problemática que ha suscitado en relación con el positivismo jurídico (§1.2).

### 1.1. Aproximación al concepto de ideología

La primera utilización del término data de fines del siglo XVIII, cuando el francés Destutt de Tracy lo usó como rúbrica de una corriente post-ilustrada y proto-positivista, cuyo fin era investigar los mecanismos de creación y evolución de las ideas. Dada la tendencia anti-bonapartista de muchos de sus miembros, Napoleón comenzó a referirse despectivamente al grupo de “los ideólogos”<sup>7</sup>. A partir de entonces, el vocablo empezó a cobrar un significado más preciso y pronto se olvidaron las circunstancias de su origen como término lingüístico. Ahora bien, pese a la acuñación tardía de la palabra, puede afirmarse que la reflexión sobre la ideología, o la doctrina de las ideologías, ya gozaba de predicamento desde que Francis Bacon abriera la veda con su teoría de los *idola*<sup>8</sup>. La subsiguiente evolución del concepto es compleja y no conviene introducirse en ella con detalle. No obstante, sí conviene apuntar algunos rasgos esenciales para poder delimitar el significado que emplearemos aquí.

---

<sup>6</sup> Vid. HORKHEIMER, Max, “Ideología y acción”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología. Comentario crítico y selección de textos*, trad. de José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 2000, pp. 264-271.

<sup>7</sup> Vid. FERRATER MORA, José, “Ideología”, en ID., *Diccionario de filosofía*, tomo II, ed. revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabras, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 1748-1749.

<sup>8</sup> Vid. LENK, Kurt, “Las etapas esenciales en la concepción de la ideología”, en *El concepto de ideología*, cit., pp. 10-12.

La primera aparición del concepto, aunque huérfano aún de su vocablo actual, se la debemos a Bacon. Embarcado en la revolución científica, deseoso de depurar el método de los residuos de la escolástica, de las supersticiones y apoyos apriorísticos en los que se había asentado el conocimiento hasta entonces, elaboró la primera doctrina de la ideología. Según él, era necesario precaverse de ciertos *ídola* que emponzoñaban al pensamiento con falsas nociones, que enturbiaban la recogida de datos y la elaboración de teorías, infiltrándose en el método de modo sutil e inadvertido. El lenguaje común o la percepción de la realidad a través de los presupuestos culturales en los que se ha nacido, por ejemplo, canalizan la visión del científico y la emborronan con adherencias espurias que poco tienen que ver con la realidad objetiva<sup>9</sup>. Aunque este sentido se aleja del nuestro –pues alude a un espejismo subjetivo relacionado con variables internas al proceso cognitivo del sujeto– ya se anuncia un elemento clave del concepto actual: la falsa conciencia, el engaño consustancial de toda labor teórica<sup>10</sup>.

En líneas generales, esta idea subjetiva de la ideología es la que se transmitió a la Ilustración, que aplicaría el enfoque baconiano a reflexionar sobre numerosos aspectos de la cultura, en especial a la crítica de la religión. Entre los pensadores que suscribieron esta noción de ideología destaca Condorcet, otro gran representante de la corriente de los “ideólogos”<sup>11</sup>. Desde el punto de vista contemporáneo, su aportación tiene particular interés, en tanto que fue uno de los primeros en aplicar la crítica de las ideologías al debate sobre la diferencia entre géneros, constituyéndose así en un claro precedente del feminismo contemporáneo<sup>12</sup>. Pero no sólo Condorcet, sino la mayoría de los ilustrados, manejaron este enfoque en relación con la ideología: no son factores de orden objetivo – políticos, económicos o sociales– los que provocan la deformación del pensamiento, sino que son determinadas disposiciones psicológicas las que favorecen la adquisición de ideas distorsionadas respecto a lo real<sup>13</sup>.

Es sólo en la siguiente etapa evolutiva de la noción de ideología cuando asistimos a una objetivación de su significado. A partir de Hegel y de su continuación en la teoría

---

<sup>9</sup> BACON, Francis, *Novum Organum*, cit., pp. 39 y ss.: “Los ídolos y las nociones falsas que han invadido ya la humana inteligencia, echando en ella hondas raíces, ocupan la inteligencia de tal suerte, que la verdad sólo puede encontrar a ella difícil acceso; y no sólo esto: sino que, obtenido el acceso, esas falsas nociones concurrirán a la restauración de las ciencias, y suscitarán a dicha obra obstáculos mil, a menos que, prevenidos los hombres, se pongan en guardia contra ellos, en los límites de lo posible” (pp. 39-40).

<sup>10</sup> Vid. LENK, Kurt, “Las etapas esenciales en la concepción de la ideología”, cit., pp. 10-12.

<sup>11</sup> FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, Crítica, Barcelona, 1982, p. 103.

<sup>12</sup> Vid. CONDORCET, Marqués de, “Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía”, en AA. VV., *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, ed. de Alicia H. Puleo, presentación de Celia Amorós, Anthropos, Madrid, 1993, pp. 100-106.

<sup>13</sup> LENK, Kurt, “Las etapas esenciales en la concepción de la ideología”, cit., p. 45.

de la alienación marxiana, la ideología siguió siendo algo que enturbiaba la aprehensión “verdadera” de la realidad, pero no ya como consecuencia de limitaciones cognitivas connaturales al ser humano –y por tanto inevitables– sino como fruto de circunstancias históricas que subyacen a todo acto de pensamiento –y por tanto revocables–<sup>14</sup>. Este concepto, si bien manifiesto en un sinfín de posibilidades e interpretaciones diversas, hizo fortuna a lo largo del siglo XIX y sentó las bases de la noción contemporánea de ideología. Es así como, por ejemplo, encontramos aplicaciones de semejante idea en Nietzsche o en Freud: tanto Marx como éstos comparten el presupuesto epistemológico de que la captación de la realidad se ve siempre condicionada por un sustrato de ideas preconcebidas, que es necesario “desenmascarar” y cuya raíz está en estructuras o prácticas sociales que se imponen al sujeto desde fuera<sup>15</sup>.

Con este giro en la doctrina de las ideologías, penetramos ya en la región semántica que nos interesa aquí. Podrían citarse muchos más empleos del concepto a lo largo de la historia<sup>16</sup>, pero sus líneas maestras ya han quedado apuntadas en la etapa anterior. No obstante, merece la pena señalar la aportación que llevó a cabo la sociología del conocimiento, en particular a través de la obra de Karl Mannheim. Como ha advertido la crítica en bastantes ocasiones, lo que hizo Mannheim fue tomar el aparato conceptual marxista, para reformular la noción de ideología desde bases conservadoras y pesimistas con respecto a la posibilidad de fundamentar un conocimiento “verdadero” de las cosas<sup>17</sup>. El propósito de este autor, junto con otros como Scheler, era fundar una nueva disciplina, la sociología del conocimiento, cuyo fin era analizar “las relaciones entre el conocimiento y la existencia”<sup>18</sup>. Es decir, los motivos histórico-sociales que laten tras la deriva del pensamiento en uno u otro sentido.

El potencial transformador de la noción de ideología, que en la tradición anterior había sido percibida como una suerte de falsa conciencia –que era necesario expurgar del pensamiento para promover su liberación– quedaba así amputado. A partir de ahora, la ideología pasó a considerarse como algo inevitable, volviendo así a la tradición inicial

---

<sup>14</sup> Vid. LENK, Kurt, “Las etapas esenciales en la concepción de la ideología”, pp. 45-46.

<sup>15</sup> Vid. FOUCAULT, Michel, *Nietzsche, Freud, Marx*, 2ª ed., trad. de Alberto González Troyano, Anagrama, Barcelona, 1981, pp. 20-40.

<sup>16</sup> Vid. FERRATER MORA, Josep, “Ideología”, cit., pp. 1751-1752: Ferrater identifica una gran cantidad de acepciones, desde el concepto de Destutt de Tracy, pasando por la variante hegeliana y marxiana, hasta la de Maquiavelo, la de la crítica conservadora del siglo XX (fundamentalmente Daniel Bell), la de Karl Mannheim y Max Scheler, la de Jean-Paul Sartre o la de Willard van Orman Quine.

<sup>17</sup> Vid. MANNHEIM, Karl, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, 2ª ed., estudio preliminar de Louis Wirth, trad. de Salvador Echevarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997, pp. 62 y ss.

<sup>18</sup> MANNHEIM, Karl, *Ideología y utopía*, cit., p. 231.

inaugurada por Francis Bacon. Frente a la esperanza de poder desbrozar las ideas de presupuestos o de falsas asunciones, la sociología del conocimiento vino a sentenciar la imposibilidad de semejante tarea de purificación gnoseológica. Todo sistema de ideas, todo pensamiento, toda aportación teórica, se construye desde un aquí y un ahora que se infiltran de forma inapelable en las construcciones intelectuales que pretenden elevarse sobre dichas circunstancias. Así las cosas, ya no cabría aspirar al descubrimiento de verdades válidas por sí mismas, o de proposiciones verdaderas conforme a cánones científicos desvinculados de un sustrato político-social: lo que existe en el reino de las ideas no es más que un reflejo transitorio de lo real.

Como ha señalado Kurt Lenk, la sociología del conocimiento no es sino una forma de historicismo llevada hasta sus últimas consecuencias, por lo menos en la versión de Mannheim<sup>19</sup>. No en vano, lo que se afirma es la radical interdependencia entre el mundo de las ideas y la historia que les sirve de soporte, la imposibilidad de construir sistemas de conceptos auténticamente puros, libres de condicionamientos políticos o sociales y, por consiguiente, portadores de una verdad absoluta y revolucionaria. En este sentido, y como casi todas las variantes del historicismo que se han dado a lo largo de la historia, la teoría de Mannheim adolece de un cierto conservadurismo<sup>20</sup>. En particular, si se atiende a sus ulteriores conclusiones, también puede explicarse así su crítica contra la noción de utopía<sup>21</sup>. Sin embargo, pese a todas estas posibles derivadas, la idea matriz de la sociología del conocimiento es certera y se inscribe en la línea de la ideología como falsa conciencia ya cultivada por sus predecesores.

En líneas generales, el concepto de ideología que se manejará en este capítulo se adhiere a una versión moderada del que fue apadrinado por la sociología del conocimiento. Dos son los matices que habría que introducir respecto a la concepción de Mannheim. En primer lugar, nuestro empleo estará desprovisto del pesimismo epistemológico<sup>22</sup> que caracterizaba a la teoría de aquél: aunque no sea posible realizar ninguna aportación intelectual válida por sí misma y plenamente libre de residuos

---

<sup>19</sup> LENK, Kurt, “Las etapas esenciales en la concepción de la ideología”, cit., pp. 40-41.

<sup>20</sup> Vid. ADORNO, Theodor W., “La conciencia de la sociología del conocimiento”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, cit., pp. 272-283; HORKHEIMER, Max, “Ideología y acción”, cit., pp. 264 ss.

<sup>21</sup> MANNHEIM, Karl, *Ideología y utopía*, cit., pp. 216 y ss.

<sup>22</sup> Vid. ADORNO, Theodor W., “La conciencia de la sociología del conocimiento”, cit., p. 272: “la sociología del conocimiento cuyo exponente es Karl Mannheim empieza a influir nuevamente en Alemania. Lo debe a la actitud del escepticismo anodino. Al igual que sus contrincantes de la filosofía de la existencia, ella todo lo pone en cuestión pero nada aferra...”. También en relación con la sociología del conocimiento, se ha hablado de “escepticismo antiepistemológico”. Vid. BRONCANO, Fernando, *Saber en condiciones. Epistemología para escépticos y materialistas*, Antonio Machado, Madrid, 2003, p. 55.

ideológicos, esto no quiere decir que todo cuanto se diga en el terreno de las ideas esté sujeto a una distorsión imposible de verificar o de enjuiciar. La misma consciencia de que siempre habrá un velo ideológico incrustado a toda labor de pensamiento constituye ya una certeza epistemológica sólida, que debe guiar al intelectual en su tarea. Además, no se trata de denunciar todo cuerpo de ideas como falso por contaminación ideológica, sino de agudizar el ojo crítico frente a las contribuciones de la ciencia y la filosofía: incluso aquello que parece enclavarse con más firmeza en el suelo de lo empírico y la pureza metodológica, estará también entreverado por consideraciones ideológicas que es preciso identificar, analizar y someter a juicio<sup>23</sup>.

En segundo lugar, pese a las conclusiones de Mannheim, su noción de ideología no ha de concluir necesariamente en posiciones conservadoras. Que no exista una verdad absoluta esperando a ser revelada, que no puedan formularse pensamientos libres de valores, presupuestos políticos o preconcepciones culturales, no quiere decir que no existan teorías erróneas, ni que la crítica deba renunciar a censurar las ideas que se consideren equivocadas<sup>24</sup>. De hecho, incluso aun reconociendo la ineludible condicionalidad de las ideas, la circunstancia de que se encuentran determinadas por contextos históricos –a los que no pueden sobreponerse con facilidad– no tendría por qué conducir a un mero conformismo. Precisamente como consecuencia de ese planteamiento, con mayor razón debería promoverse la crítica y reforma de las realidades que dan pábulo a ideologías insatisfactorias. Además, pese a la dificultad de evitar la impregnación ideológica de todo conocimiento, tampoco debería concluirse con un dogmático punto y final respecto a la impotencia humana para elevarse sobre sus prejuicios<sup>25</sup>. No en vano, tal ha sido el reto del intelectual en todas las épocas.

Si esta tesis pasa por la consideración conjunta de los factores epistemológicos e ideológicos que se concitaron en la apuesta iuspositivista de Jhering, es precisamente porque partimos de la base de que es necesario aunar ambos aspectos para dar una idea cabal de todo producto de cultura. Si bien es cierto que en su labor filosófica pesaron mucho los elementos ideológicos, también lo es que quiso ser fiel a determinados posicionamientos científicos. Por lo tanto, si en sus ideas se vierte una gran cantidad de

---

<sup>23</sup> Vid. GEIGER, Theodor, “Ideología y juicio de valor”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, cit., pp. 194-200.

<sup>24</sup> Vid. WHRIGHT MILLS, Charles, “Consecuencias metodológicas de la sociología del conocimiento”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, cit., pp. 287-300.

<sup>25</sup> Vid. BRONCANO, Fernando, *Saber en condiciones*, cit., p. 527: incluso el materialista “llama a la construcción de grúas, hechas de barro como él, pero artefactos para elevarnos y alcanzar a ver un poco más lejos. Como el lenguaje, como la escritura, como las normas y el derecho, como la ciencia y el arte, como todo lo mejor que hemos logrado con más ayuda que las manos y el cerebro”.

presupuestos heredados de su particular universo ideológico, tampoco sería justo ver su obra como un mero apéndice intelectual de estructuras políticas y sociales preexistentes. O dicho de otra forma: que su pensamiento se viera condicionado por un contexto histórico determinado no quiere decir que éste se le impusiera de forma mecánica. A semejanza de un proceso dialéctico, también Jhering contribuyó, desde su pequeña parcela, a la gestación de dicho contexto.

Por otra parte, nuestro empleo del concepto de ideología no pretende ser ligero o casual. La ideología alude a aquellos contenidos mentales que pasan inadvertidos, que se filtran sin quererlo en la labor filosófica. En Jhering, como se verá en las páginas siguientes, también se produjo este fenómeno. En algunos casos, él mismo fue consciente del enraizamiento político-social de sus ideas; en otros, la ideología se coló sin que pudiera darse cuenta. En este sentido, queda justificado el enfoque que acaba de exponerse: aun tratándose de una consecuencia inevitable de toda labor intelectual – como predica la sociología del conocimiento– la contaminación ideológica no siempre se produce de forma ciega, ni se convierte en un elemento irresistible al análisis y al juicio. Más bien, lo que sucede es que en todo pensamiento se da cita una madeja de presupuestos ideológicos y científicos al mismo tiempo<sup>26</sup>.

Como botón de muestra de esta última aserción, y a modo de anticipo de cuanto se irá desgranando en el capítulo, sirvan las siguientes palabras de Jhering. Se trata de una manifestación de intenciones fundamental para entender la última etapa de su evolución iusfilosófica, que plasmó en una carta de 1888 al canciller von Bismarck (en la que, con tono ciertamente ampuloso, hablaba de sí mismo en tercera persona)<sup>27</sup>: “pero no sólo el hombre, sino también el jurista, es consciente del gran influjo que Su Excelencia ha ejercido sobre él. En la lucha que sostiene desde hace años contra la infructífera corriente que sigue dominando en la ciencia del Derecho –que ha abandonado la mirada hacia las cosas reales por el espejismo de la consecuencia lógica y de los principios abstractos– siempre le ha animado y fortalecido la idea de que, dentro de su limitada esfera, no ha hecho sino seguir los estímulos que le ha brindado el maestro de la

---

<sup>26</sup> GEIGER, Theodor, “Ideología y juicio de valor”, cit., pp. 198 y ss.

<sup>27</sup> Para una breve exposición sobre los avatares de esta misiva, vid. POSCHINGER, Heinrich von, *Bismarck und Jhering. Aufzeichnungen und Briefe*, Verlag von Gebrüder Paetel, Berlin, 1908, pp. 7-9 y 41 y ss. Se trata de una carta que Jhering envió a Bismarck, en respuesta a la tarjeta de felicitación que éste le había mandado con motivo de su septuagésimo cumpleaños. En dicha misiva –de apenas diez líneas– el canciller se refería a su común pasado en la Universidad de Göttingen, donde ambos llegaron a coincidir durante su etapa de estudiantes. Vid. BISMARCK, Otto von, “Brief an Rudolf von Jhering”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 445.



*Realpolitik*<sup>28</sup>. Vive del convencimiento de que el ejemplo de Su Excelencia también se revelará fructífero para las generaciones más jóvenes y de que en la ciencia jurídica se producirá una revolución, que algún día podrá ser calificada como el tránsito desde el método formalista hasta el realista”<sup>29</sup>.

En este fragmento se contienen muchas claves para entender la importancia de los factores ideológicos en la evolución de Jhering. En este caso concreto, no se trataba de inconsciencia respecto al papel que esos factores desempeñaban en su pensamiento, pues parece plenamente convencido del vínculo entre la política y las corrientes filosóficas en el ámbito jurídico. Sin embargo, y he aquí la relevancia del concepto de ideología, sí se trataba de una manifestación de la profunda interpenetración entre los factores ideológicos y los teóricos. Jhering, en efecto, quiso desarrollar su posición respecto a la ciencia jurídica en concomitancia con las necesidades políticas que estimaba perentorias para su país. Lejos de concebir la tarea científica como un reino exento de semejantes consideraciones –que quizá algunos tildarían de mundanas–, apostaba así por una hibridación entre dicha labor y la actividad política. En este sentido es en el que cobra relevancia la ideología.

## **1.2. El concepto de ideología en la discusión sobre el iuspositivismo**

Por si no fuera aún bastante intrincado, el problema de la ideología ha cobrado sus perfiles propios en relación con la polémica sobre el positivismo jurídico. Para dar cuenta de ello, es menester retornar una vez más al debate que se abrió en los años sesenta del siglo XX, a resultas del ya mencionado espíritu de Bellagio. Como ya se dijo en el capítulo tercero, muchas fueron las obras que se sucedieron tras dicho congreso. Una de ellas fue la de Uberto Scarpelli. De acuerdo con Scarpelli, el problema de definir el positivismo jurídico había terminado encallando en tantas ocasiones por carencia de un enfoque adecuado. En lugar de afanarse en la búsqueda de una clave de tipo epistemológico, que lograra reducir a unidad la pléyade de teorías que suelen englobarse bajo el calificativo de positivistas, él propuso cambiar la manera de abordar la cuestión.

---

<sup>28</sup> Aunque este tipo de política ya está prefigurada en Maquiavelo, el gran protagonista de esta orientación fue Bismarck, que la desarrolló en el sentido de una política de mínimos, posibilista y no maximalista, dirigida por criterios pragmáticos y no ideológicos. De acuerdo con Sloterdijk, además, la célebre frase de “la política es el arte de lo posible” se la debemos precisamente a Bismarck. Vid. SLOTERDIJK, Peter, *En el mismo barco. Ensayo sobre la hiperpolítica*, trad. de Manuel Fontán, Siruela, Madrid, 1994, p. 13.

<sup>29</sup> JHERING, Rudolf von, “An den Fürsten Bismarck (Karlsbad, den 15. September 1888)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 444.

Desde la aproximación “científica”, que había marcado la discusión en todos los autores implicados hasta entonces, no se llegaba a ninguna conclusión satisfactoria. Parecía más bien la labor de un Sísifo: una vez alcanzado el hipotético criterio rector, la regla de oro que aglutinaba y sometía a todas las variantes positivistas bajo una misma pauta, algo nuevo surgía, alguna corriente desconsiderada en primera instancia, y se hacía necesario comenzar la búsqueda de nuevo<sup>30</sup>.

Frente a esta obsesión por el enfoque “científico” (que aquí convendría denominar epistemológico), Scarpelli propuso una interpretación política del positivismo jurídico. Desde este punto de vista, dicho paradigma no sería tanto una corriente científica con un núcleo de tesis y aportaciones concretas encaminadas a la *descripción* del Derecho –y por tanto evaluables desde parámetros objetivos de conocimiento–, cuanto una forma de explicar el Derecho que entroncaba con el advenimiento de determinados principios y creencias políticas de la época moderna. En concreto, podría decirse que se trataba de la ideología del Estado de Derecho. El positivismo jurídico, en efecto, no sería sino una manifestación intelectual de dicha formación política, una corriente de ideas fraguada y defendida por una nueva casta de juristas, comprometidos con semejante estructura político-social y dispuestos a construir una teoría encaminada a *prescribir* ese tipo de Derecho en concreto<sup>31</sup>. En este sentido, lo que hace Scarpelli es ofrecernos una definición ideológica del iuspositivismo.

Frente a este significado de la noción de ideología –en relación con el positivismo jurídico– puede identificarse el apadrinado en su día por Norberto Bobbio<sup>32</sup>. De acuerdo con el turinés, como ya se dijo en su momento, debían distinguirse tres formas distintas de referirse al positivismo: como método, como teoría y como ideología<sup>33</sup>. En el primer sentido, positivista sería todo aquel acercamiento que se propusiera conocer el Derecho con arreglo a un punto de vista empírico, tomándolo como hecho y no como valor, es decir, procurando definirlo de la manera más neutra posible. En el segundo sentido, positivista sería toda teoría que englobase una serie de tesis con respecto al concepto de Derecho y que, en líneas generales, entroncan con la variante positivista más propia del

---

<sup>30</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, introd. e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 87-95.

<sup>31</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 99-102.

<sup>32</sup> Para una exposición de las tesis de Bobbio y Scarpelli desde una perspectiva comparada, vid. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993, pp. 15 y ss. y 42 y ss.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto, “Aspetti del positivismo giuridico” [1961], en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 101-126; BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 133-250.

siglo XIX: el estatalismo, la teoría de la interpretación mecánica, la idea de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento, la definición coactiva del Derecho... En el tercer sentido, en fin, positivistas serían las teorías que sostienen la obligatoriedad de obedecer al Derecho en toda circunstancia: ya por una equiparación reduccionista entre lo jurídico y lo justo, ya por la consideración de que la mera existencia de la legalidad conlleva una cierta dosis de justicia, estas corrientes vendrían a sostener una visión más bien ética del positivismo jurídico<sup>34</sup>.

Bien es cierto que la noción de positivismo ideológico de Bobbio se asemeja en algunos aspectos a la tesis política ofrecida por Scarpelli. Es así como el turinés, al presentar la versión moderada de dicha corriente, señalaba la importancia del valor de la certeza para este tipo de iuspositivismo: aunque no sea posible identificar un valor de justicia absoluto y plenamente objetivo, la mera existencia de un cierto nivel de seguridad jurídica, de un saber a qué atenerse, implica ya un grado de justicia que no conviene minusvalorar<sup>35</sup>. En el caso de Scarpelli, aunque formulado a través de algunos circunloquios, también la certeza resultaba ser un elemento ético-político fundamental para la apuesta positivista: “el tratamiento del derecho propio del positivismo jurídico tiene como presupuesto necesario el dato constituido por la producción voluntaria (...) de las normas jurídicas, expresadas en forma escrita y con un esfuerzo por precisar su contenido mediante significados lo suficientemente precisos y constantes”<sup>36</sup>. No obstante, y pese a cierto aire de familia entre las visiones de ambos autores, su concepto de ideología difiere en aspectos importantes.

En primer lugar, como el propio Bobbio reconocía, el positivismo ideológico hace las veces de un lecho de Procusto en el que resulta difícil incardinar a ningún jurista o filósofo real, tanto histórico como contemporáneo –por lo menos en lo que atañe a la versión fuerte–<sup>37</sup>. Con ello, desde el enfoque de Scarpelli, se estaría cometiendo el error metodológico de adoptar un concepto que no se corresponde con los usos reales del término<sup>38</sup>. En segundo lugar, Bobbio se basaba en lo que Scarpelli denominó “trocear”

---

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 233-244.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit. pp. 241-244.

<sup>36</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 176.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 248.

<sup>38</sup> Según Scarpelli, existen tres tipos de definición: *lexical*, *estipulativa* y *explicativa*. La *lexical* pretende abarcar todos los usos del concepto que se dan en el lenguaje común. La *estipulativa*, prescindiendo del trabajo empírico de la *lexical*, despacha el problema mediante una definición normativa *ad hoc*, aunque así queden fuera usos que habitualmente se incluyen bajo el concepto de marras. La *explicativa*, que es la preferida por Scarpelli, está en una vía intermedia. Pese a dar importancia a la base empírica –pues intenta cubrir el mayor número posible de usos–, trata de buscar un núcleo común, a fin de resultar operativa para la crítica conceptual (SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 52-54).

el positivismo jurídico. Antes que hallar una definición unitaria para poder dar cuenta de la esencia y el valor del iuspositivismo, prefería identificar una serie de modalidades singulares de dicha corriente, a las que poder reconducir cada autor y cada escuela. Así, según Scarpelli, se ganaba claridad analítica, pero al excesivo precio de difuminar lo que seguía siendo común a todas esas orientaciones, que quedaban así diseminadas en cajones separados. Con ello, en su opinión, se pretería la explicación en profundidad del iuspositivismo, impidiendo captar la decisiva relevancia de esta corriente de ideas en la cultura político-jurídica contemporánea<sup>39</sup>.

Por otra parte, la noción de positivismo ideológico de Bobbio resulta discutible en bastantes aspectos. En primer lugar, pese a su distinción entre una variante extrema y una moderada, en muchas ocasiones no parecía diferenciar con claridad entre ambas<sup>40</sup>. Al pensar su teoría con el objetivo de defender la noción del positivismo como método, al final terminaba presentando al positivismo ideológico como una opción desatinada, extremista o peligrosa. En segundo lugar, y aunque pudieran encontrarse candidatos reales para situarse bajo semejante rúbrica, estaría por ver hasta qué punto sería lícito caracterizarlos como positivistas. De hecho, como ya se vio con Hobbes, su posición respecto a la obediencia basculaba sobre la base de argumentos de corte iusnaturalista<sup>41</sup>. Y en tercer lugar, la etiqueta de positivismo ideológico sólo surtía efectos en relación con la tesis de la obediencia. Sin embargo, si es que puede hablarse de una ideología del positivismo –como sostenemos aquí en relación con Jhering– parece obvio que ha de tratarse de algo bastante más amplio que esto<sup>42</sup>.

Además de las nociones de Bobbio y de Scarpelli, el debate contemporáneo sobre el positivismo ha dado a luz a planteamientos novedosos en torno a la cuestión de la ideología. Desde bases independientes a las del filósofo italiano, y en el marco de la polémica respecto a la pretendida crisis del positivismo, el filósofo australiano Tom Campbell ha vuelto a proponer una concepción política de esta corriente. Si bien utilizando un calificativo distinto –positivismo ético–, sus razones se asemejan de forma notable a las de Scarpelli. En opinión de Campbell, el iuspositivismo no descansa tanto en un acervo de proposiciones científicas relativas a la naturaleza del Derecho, cuanto

---

<sup>39</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp.

<sup>40</sup> Vid. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit., pp. 15 y ss; RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, coord. por José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 461-462.

<sup>41</sup> Vid. MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, en *Ethics*, 105, pp. 846-873.

<sup>42</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Positivismo ideológico e ideología positivista”, cit., p. 463.

en una serie de presupuestos ético-políticos que lleva aparejados: “si bien es correcto decir que el positivismo insiste en la importancia práctica de la distinción entre derecho y moral, así como también es correcto decir que el positivismo sostiene que los jueces normalmente no deberían hacer juicios morales en el curso de sus actividades judiciales, estas posturas son recomendadas desde la base de concepciones morales fundamentales respecto a lo que deberían ser el derecho y la política”<sup>43</sup>.

Quizá en la propuesta de Campbell se esconda una retórica de tipo más bien ético, que en Scarpelli parece más escorada hacia la política. No obstante, en el fondo se trata de posiciones similares. En cualquier caso, el hecho es que las razones de Campbell han encontrado cierto eco en la doctrina. Además, y desde enfoques muy distintos, se han sugerido explicaciones, defensas o críticas del positivismo, que hacen hincapié en los factores políticos y morales. Liborio Hierro, por ejemplo, ha planteado una apología del positivismo metodológico –en el sentido de Bobbio– basándose en las razones éticas que existen para asumir tal teoría<sup>44</sup>. Desde el otro lado de la cancha, con espíritu crítico, Gustavo Zagrebelsky también ha sugerido una explicación política del positivismo. A su modo de ver, coincidiendo parcialmente con Scarpelli<sup>45</sup>, esta corriente no sería sino el reflejo especular de una forma política ya obsoleta, el Estado de Derecho. Superado éste por la aparición del Estado constitucional, el iuspositivismo no podría mantenerse a flote: frente a la concepción de la ley como pieza suprema del ordenamiento, ahora sería la Constitución quien ostentara dicho título. Y en este nuevo contexto, en su opinión, el positivismo jurídico sería una corriente agotada<sup>46</sup>.

El debate actual es demasiado intrincado para entrar en él con detalle. Sin embargo, lo que sí interesa destacar es el surgimiento de una forma de pensar sobre el positivismo desde premisas políticas. Ya desde posiciones apologéticas como la de Scarpelli o la de Campbell, ya desde vías críticas como la del neo-constitucionalismo, lo cierto es que la cuestión de la ideología ha alcanzado un estatus doctrinal muy relevante<sup>47</sup>. En líneas generales, y pese a la enorme diversidad de planteamientos, la tónica general pasa por la común aceptación de que no se trataría de una corriente huérfana de implicaciones

---

<sup>43</sup> CAMPBELL, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Brookfield, 1996, p. 1.

<sup>44</sup> HIERRO, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, nº 25, 2002, pp. 263-302.

<sup>45</sup> Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, *Derechos y Libertades*, nº 2, 1993-1994, pp. 113-151.

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 21-45. Vid. también POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 125 y ss.

<sup>47</sup> Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, pról. de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 85-104.

políticas. Frente a la clásica sobredimensión de los factores epistemológicos, parece haberse instalado un cierto consenso en torno al hecho de que son los factores políticos y morales los que más relevancia tienen para entender el sentido del iuspositivismo. En cierto modo, es una deriva también palpable en la filosofía pura: frente a la tradicional exaltación de la epistemología como filosofía primera<sup>48</sup>, la segunda mitad del siglo XX no ha cesado de poner en solfa esta jerarquización. Los giros lingüístico, pragmático, hermenéutico, etc., no serían sino manifestaciones de un nuevo paradigma, en el que la ética y la filosofía política han recuperado la primacía<sup>49</sup>.

Desde luego, nuestro enfoque para abordar el iuspositivismo de Jhering, con todas las salvedades que se quieran, es muy deudor de este clima de ideas y este tipo de orientación hermenéutica. Sin embargo, conviene precisar algunas cosas con respecto a la noción de ideología que aquí se acoge. Ante todo, parece razonable descartar la idea de positivismo ideológico acuñada por Bobbio. Como ya se ha argumentado, se trata de una posición criticable en un sentido genérico, porque emborrona considerablemente la reflexión sobre el iuspositivismo, fragmenta su concepto en cajones estancos y rompe en buena medida con los usos comunes de esta etiqueta filosófica. Además, por lo que se refiere a Jhering, no resulta operativa para entender la función de la ideología en su concepción positivista del Derecho. Así pues, si bien con los matices que enseguida se expondrán, nos conviene adoptar la noción de ideología de Scarpelli. El punto de vista que nos ofrece es interesante por varias razones.

En primer lugar, pese a tratarse de uno de los representantes más destacados de la filosofía del Derecho analítica<sup>50</sup>, su planteamiento respecto al positivismo parte de la necesidad de ofrecer una definición sintética del mismo. Antes que descomponerlo y aislar los diferentes significados que parecen agruparse bajo dicha rúbrica, antes que embarcarse en una inacabable labor de identificación de “tesis” positivistas, Scarpelli elabora su teoría con la vocación de dar una definición unitaria: “cuando tenemos entre manos instrumentos semánticos relativos a entidades culturales complejas y articuladas, como sucede en nuestro caso, es una contribución indudablemente fecunda y meritoria evidenciar la variedad de cosas que caen debajo de ella y distinguir con precisión entre una cosa y otra; pero quizá no sea tan fecundo y meritorio proceder a una denuncia del concepto unitario y no intentar rehacer la síntesis después del análisis; si se daba el uso

---

<sup>48</sup> Vid. MAGEE, Bryan, *Los grandes filósofos*, trad. de Amaia Bárcena, Cátedra, 2004, pp. 11-12.

<sup>49</sup> Vid. BRONCANO, Fernando, *Saber en condiciones*, cit., especialmente pp. 47-48.

<sup>50</sup> Vid. JORI, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987.

del concepto antes de estos análisis, y si pese a ellos permanece un uso unitario, es bastante probable que algo de unitario sí que haya”<sup>51</sup>. En este sentido, coincide con nuestra crítica contra la definición del positivismo a base de “tesis” y se sitúa en una senda de definición “paradigmática”.

En segundo lugar, es fundamental el hecho de que señale a la ideología como un elemento constitutivo del positivismo jurídico. Lejos de ser un hatillo de planteamientos científicos relativos al concepto de Derecho, encaminados a indagar sobre su naturaleza ontológica y a lograr una correcta descripción del mismo, el iuspositivismo sería más bien una corriente ideológica, un paradigma cultural que encuentra su refrendo y su referente en un modelo concreto de estructura político-social. Por un lado, se trata de un tipo de aproximación congruente con el enfoque paradigmático que se propuso en el capítulo tercero: a partir de un momento dado, y a causa de una serie de mutaciones políticas que removieron la conciencia europea, fue necesario gestar una teoría jurídica adecuada a esos cambios. Por otro lado, se trata de un concepto de ideología que recoge las líneas maestras del que ya fue bosquejado anteriormente: en definitiva, lo que intenta Scarpelli es aprehender los elementos políticos que, sin quererlo, terminaron filtrándose en aquellos juristas que solemos caracterizar como positivistas<sup>52</sup>.

En tercer lugar, y a efectos de la presente investigación, es fundamental el énfasis de Scarpelli en la importancia del Estado moderno. Como ya se ha adelantado en numerosas ocasiones, la aparición de un Estado fuerte, como el que pudo fraguarse en el territorio germánico mediante el empuje de Prusia, fue uno de los mayores revulsivos para la mentalidad jurídica alemana. Para Jhering, en particular, se convirtió en uno de los acicates más fecundos de su pensamiento. En este sentido, la noción de ideología positivista que se decanta de la tesis de Scarpelli está en una significativa sintonía con el planteamiento que queremos adoptar aquí para entender el universo cultural de Jhering. Como intentará exponerse en los siguientes epígrafes, el iuspositivismo alemán estuvo muy ligado a la construcción del Estado de Derecho<sup>53</sup>. No en vano, fue el iuspublicista Robert von Mohl (1799-1875) quien acuñó esta pareja terminológica por primera vez en la historia del pensamiento jurídico<sup>54</sup>. Como más adelante se verá con Jhering, uno de

---

<sup>51</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., p. 49.

<sup>52</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., pp. 99-102.

<sup>53</sup> Vid. OERTZEN, Peter von, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung der formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, pp. 72 y ss.

<sup>54</sup> DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2ª ed., Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 18.

los puntales ideológicos que presiden su compleja evolución intelectual es el relativo al problema del Estado.

En cuarto lugar, Scarpelli sugiere una idea que es fundamental para moverse en la historia del Derecho y que resulta clave para dar cuenta del positivismo jurídico. En su opinión, éste vino a ser el manto intelectual del que se recubrió una forma política concreta, el Estado de Derecho. Para eso, fue necesaria una “toma de conciencia”<sup>55</sup> de los juristas de la época. Es una idea interesante, por cuanto enlaza con el planteamiento historiográfico según el cual la *historia del Derecho* no es sino la *historia del estamento de los juristas*: en función de la fuerza social de éstos, de su posición política, de sus pretensiones en cuanto que grupo de interés, etc., el Derecho y nuestras concepciones jurídicas han ido caminando en una u otra dirección<sup>56</sup>. Por un lado, aquí está presente el elemento de la ideología en el sentido ya esbozado: en el positivismo jurídico de Jhering se produjo una toma de conciencia fundamental, que le condujo a acomodar su teoría con la deriva política de la Alemania decimonónica. Por otro lado, y más allá de este autor, se trata de una dinámica constatable en todo el positivismo jurídico. De algún modo, en la base de esta corriente se halla la génesis de una casta de juristas destinada a cuidar el Derecho positivo, al servicio del Estado y de su correcto funcionamiento. En definitiva, preparada para ejercer “el sacerdocio” civil del Derecho<sup>57</sup>.

En quinto y último lugar, Scarpelli señala otro elemento fundamental para entender el sentido del iuspositivismo en Jhering. Frente a lo que comúnmente se suele opinar, según el italiano, el positivismo jurídico no sólo sería una teoría del Derecho, sino una filosofía del Derecho *lato sensu*<sup>58</sup>. No sólo trata de analizar el concepto de Derecho, ofreciendo una definición del mismo y de sus piezas, o permaneciendo en el exiguo redil de la labor descriptiva. Se trata de algo mucho más central, que entronca con la teoría de la legitimidad, la teoría de la justicia, la teoría de la ciencia jurídica, etc. En definitiva, con un largo elenco de cuestiones que permitirían hablar de una filosofía positivista. Es verdad que se trataría de una filosofía no absolutista, que rechaza la búsqueda de valores de justicia con mayúscula y se vuelca hacia diversos subrogados de esta idea. Pero esto no quiere decir que no haya un profundo planteamiento filosófico implicado. Se trata de una tesis coherente con la idea del positivismo de Scarpelli: al ser

---

<sup>55</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., p. 101.

<sup>56</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, pp. 8 y 13-25.

<sup>57</sup> Vid. DORADO MONTERO, Pedro, *El derecho y sus sacerdotes*, Imprenta de la revista de Legislación, Madrid, 1909, pp. 39-46.

<sup>58</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 130 y ss.



una corriente ideológica y no científica, la teoría se convierte en una labor prescriptiva, la filosofía se vuelve un discurso que no sólo describe, sino que construye el Derecho<sup>59</sup>. Y el positivismo, en el fondo, vendría a abrazar una teoría de la justicia de tipo formal o procedimental. En el caso de Scarpelli, una filosofía comprometida con los valores del Estado de Derecho; en el caso de Jhering, serían más bien la teoría de los intereses o del fin, la idea del sentimiento jurídico, la idea del Estado y su función social, etc., las que constituyen sus particulares subrogados de la justicia<sup>60</sup>.

Pese a todos estos acuerdos, que desde luego aconsejan asumir el concepto de ideología positivista de Scarpelli, también es necesario un importante apunte crítico. Al hacer pivotar su teoría en torno a la aparición del Estado moderno, el autor italiano seleccionaba una serie de características teórico-ideológicas que entendía intrínsecas a la apuesta iuspositivista, pero que quizá merecerían una revisión a nuestros efectos. En concreto, desde su punto de vista, el concepto de voluntad era esencial en la definición del iuspositivismo. En este sentido, el positivismo sería constitutivamente voluntarista<sup>61</sup>. Además, y conforme con esta apreciación, también sostenía que toda teoría positivista debería alinearse con una doctrina estatalista de las fuentes del Derecho, o sea, con la idea de que sólo el Estado puede ser el creador de normas jurídicas<sup>62</sup>. Ambos elementos, el *voluntarismo* y el *estatalismo*, resultaban así de la máxima importancia para su concepto de positivismo. Sin embargo, a nuestro modo de ver, estas dos afirmaciones requieren alguna matización.

En primer lugar, es problemática la cuestión del voluntarismo. Aunque ya se dieron algunas pinceladas al respecto en el capítulo tercero, conviene reiterar lo dicho allí. Es verdad que las teorías voluntaristas cubren un importante espectro dentro del paradigma iuspositivista. Sin embargo, no puede concluirse con una equiparación entre positivismo y voluntarismo<sup>63</sup>. Ni las teorías voluntaristas son exclusivas del iuspositivismo, ni puede decirse que todas las doctrinas positivistas se enmarquen en un enfoque voluntarista. En cuanto a lo primero, como ya se dijo en su momento, el voluntarismo no es patrimonio de la modernidad, sino que halla sus raíces en el pensamiento de Trasímaco y otros

---

<sup>59</sup> Vid. JORI, Mario, "Uberto Scarpelli e il giuspositivismo", en SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 25-26.

<sup>60</sup> La expresión "subrogados de la justicia" es de Wieacker: WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 24.

<sup>61</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 169-173.

<sup>62</sup> SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 152-156.

<sup>63</sup> De hecho, como sostiene Olivecrona, el voluntarismo es algo común a iusnaturalismo y positivismo jurídico. Vid. OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 74-86.

sofistas<sup>64</sup>, se encuentra en un importante sector del pensamiento medieval<sup>65</sup>, renace parcialmente con Hobbes y recalca así en el mundo contemporáneo<sup>66</sup>. En cuanto a lo segundo, no parece que todas las corrientes iuspositivistas se hayan adscrito a un esquema voluntarista. Como noción útil para el Derecho, la idea de voluntad ya fue criticada por Jhering desde que emprendió el giro a la teoría de los intereses. A partir de entonces, y desde orientaciones muy plurales, se ha puesto de manifiesto que caben más variantes dentro del positivismo. Por ejemplo, es dudoso que teorías psicológicas como las de Bierling o Somló puedan calificarse de voluntaristas, y resulta problemático para vías sociológicas como las de Heck o Ehrlich.

En segundo lugar, también es espinosa la cuestión del estatismo. Es verdad que el Estado fue esencial para la aparición del positivismo jurídico; y es verdad que, de uno u otro modo, su presencia ha marcado la reflexión contemporánea sobre el Derecho. Sin embargo, de ahí no cabe derivar que el paradigma positivista sea estatista en cuanto a su teoría de las fuentes. Desde semejante prisma, habría que dudar de que las tendencias que apuestan por una creación científica del Derecho, por un fuerte protagonismo de la jurisprudencia o de la doctrina, sean realmente positivistas. Debería así concluirse que la escuela histórica, la jurisprudencia de intereses, la escuela del Derecho libre, la *libre recherche scientifique* de Gény, o todas aquellas corrientes que resaltan el papel del juez, no son en realidad positivistas. Del mismo modo, nos veríamos obligados a sentenciar que todas las orientaciones realistas –que no ponen el acento en el Estado, sino en la judicatura u otras instancias psicológico-sociales que estarían en la base de la obediencia– se hallan fuera del citado paradigma.

Además de todo ello, y al contrario de lo que parece opinar Scarpelli, voluntarismo y estatismo no son necesariamente congruentes entre sí. Es decir, que no se necesitan mutuamente. El caso de la jurisprudencia de conceptos es bastante ilustrativo. Se trata de una corriente cuya idea matriz era el concepto de voluntad: fue sobre esta base, en efecto, desde donde Savigny construyó todo el sistema del Derecho civil<sup>67</sup>. Y es que, pese a haber desarrollado una metafísica anti-voluntarista –mediante la retórica del

---

<sup>64</sup> MENZEL, Adolf, *Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stärkeren*, Franz Deuticke, Wien/Leipzig, 1922, pp. 64 y ss.

<sup>65</sup> FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, edizione aggiornata a cura di Carla Faralli, 2007, pp. 232-240.

<sup>66</sup> Vid. HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, ed. al cuidado de Antonio Serrano Gómez, trad. de Isabel Soler y Concepción Valera, Tecnos, Madrid, pp. 159-164.

<sup>67</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 104-106.

espíritu del pueblo como fuente espontánea del Derecho<sup>68</sup> – toda la contribución de la escuela se edificó sobre el concepto de voluntad. En este sentido, se trataría de una teoría de corte anti-estatalista, pero fundamentada en bases voluntaristas. Es más, como se ha llegado a sostener, el planteamiento metafísico de la escuela no se traicionó de forma inconsciente, sino que fue creado torticera y deliberadamente, como expediente de legitimación para poner la batuta de la producción del Derecho en las manos de la doctrina académica. Se entregaba así esta tarea a la *intelligentsia* jurídica y aristocrática de la Universidad, arrebatándosela a un Estado que parecía caminar hacia la disolución de los particularismos y privilegios seculares de esta clase<sup>69</sup>. En definitiva, la escuela histórica sólo fue anti-voluntarista en apariencia.

Así las cosas, y pese a aceptar *grosso modo* el planteamiento de Scarpelli, deberá ponerse el acento en otros aspectos. Como se irá viendo en las páginas sucesivas, quizá haya un elemento fundamental en los cimientos del positivismo, que lo ha acompañado desde su nacimiento y que apenas ha sido considerado por el italiano. Nos referimos a la relación entre Derecho y sociedad. El siglo XIX, en el que ya puede hablarse de la afirmación del iuspositivismo *stricto sensu*, legó muchas aportaciones a la civilización contemporánea. Una de las más revolucionarias fue el descubrimiento de la sociedad. No fue hasta entonces, en efecto, cuando empezó a discutirse sobre algo llamado sociedad, un ente colectivo con un papel extraordinario en la evolución de la historia, con una enorme relevancia política y con una complejidad apenas sospechada hasta la fecha<sup>70</sup>. En otras épocas, qué duda cabe, se hablaba del pueblo, del clan, la raza, la etnia, la tribu, etc. Pero de algo comprensivo como la sociedad, un crisol articulado de grupos, clases e intereses, sólo comenzó a discutirse en el XIX.

Como no podía ser de otra manera, este vuelco afectó al mundo del Derecho. Y ahí es donde se encuentra el significado del positivismo jurídico. A partir de principios del XIX, merced a una evolución paulatina con vueltas y revueltas complejas, se fue instaurando una constante preocupación por la “cuestión social”. La “cuestión social”, como desafío político y como interrogante científico, es una pregunta que no podría entenderse fuera del clima que impregnó el siglo XIX y el tránsito al siguiente<sup>71</sup>. Desde

---

<sup>68</sup> Vid. OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., pp. 38-40. Según Olivecrona, al revés de lo que se argumentará a continuación, en Savigny se encuentra una de las primeras teorías anti-voluntaristas.

<sup>69</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 112-120.

<sup>70</sup> Vid. MARCUSE, Herbert, *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, trad. de Julieta Fombona con la colaboración de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2003, pp. 251-258.

<sup>71</sup> SCHMOLLER, Gustav, *Die soziale Frage. Klassenbildung, Arbeiterfrage, Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1918.

esta base se explican un sinfín de manifestaciones políticas y culturales de la época: tanto el auge político del obrerismo y la aparición de los partidos políticos, como el surgimiento de la novela naturalista y la sociología, o la fundación de filosofías como el marxismo o el utilitarismo. En lo que se refiere al mundo del Derecho, podría decirse que el iuspositivismo fue la respuesta a semejante clima de ideas. Tanto en las vertientes más legalistas y apegadas al panegírico del *Estado*, como en las ideas antiformalistas que exaltarían el papel de la *Sociedad*, se produjo un vuelco decisivo en relación con el planteamiento iusnaturalista.

El Derecho, a partir de entonces, empezará a considerarse de forma instrumental, como herramienta destinada a promover una buena sociedad. Tanto desde el punto de vista conservador –que acentuaría la estabilidad social– como desde el progresista –que subrayaría el cambio social– se instaló un ambiente de ideas, un imaginario intelectual común, que pasaba por la comprensión del Derecho como utensilio llamado a servir a la sociedad. En la tradición iusnaturalista, el Derecho nunca dejó de ser una función de la verdad, una especie de península del gigantesco continente del saber o un apéndice de la obra total –tanto si el demiurgo era Dios como la Naturaleza– que debía conocerse en términos veritativos<sup>72</sup>. Como algo, por lo tanto, que debía desvelarse en sentido literal: retirando el manto que estorba el trabajo de la inteligencia y descubriendo aquello que está oculto, pero que en el fondo ahí está. Frente a semejante concepción de las cosas, lastrada por una colosal metafísica esencialista, a partir del XIX el Derecho empezó a secularizarse por completo. De ser una *función de la verdad*, pasó a ser un instrumento legitimado por su *utilidad social*. Y esta transformación, que se refleja con vivacidad en Jhering, es la que abraza la ideología del positivismo.

En un momento central de *El fin en el Derecho*, en el que Jhering se decidió a ofrecer una definición sintética del concepto de Derecho, se ve con mucha claridad lo que acabamos de afirmar. Desde su punto de vista, era necesario desterrar el paradigma de la verdad como la vara de medir del Derecho. La verdad es el fin del conocimiento, pero no de la acción. Y el Derecho es eminentemente acción. De manera que, frente a la tradición multiseular del iusnaturalismo, había que impulsar un desplazamiento radical de los referentes: el único baremo pertinente para entender el Derecho, según Jhering, es

---

<sup>72</sup> Sobre la compleja relación entre Derecho y verdad, desde un punto de vista analítico-conceptual, vid. PINTORE, Anna, *El derecho sin verdad*, trad. de M<sup>a</sup> Isabel Garrido y José Luis del Hierro, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 2007. Quizá no sea ocioso destacar que la autora se reclama seguidora de tesis ya enunciadas y defendidas en su día por Scarpelli: “los analíticos están de acuerdo en estimar que el Derecho y sus normas carecen de la cualidad objetiva de la verdad, cualquiera que sea la manera de entenderla...” (p. XIX).

el de la corrección (*Richtigkeit*), no el de la verdad (*Wahrheit*)<sup>73</sup>. He aquí sus palabras: “la corrección es el baremo de lo práctico, es decir, de la acción; la verdad es el baremo de lo teórico, es decir, del conocimiento. La corrección caracteriza la concordancia de la voluntad con lo que debe ser; la verdad la concordancia de la representación con lo que es”<sup>74</sup>. Esta idea de corrección, que quizá recuerde a teorías contemporáneas como la de Robert Alexy<sup>75</sup>, era entendida por Jhering como adecuación a la finalidad perseguida (*Zweckmässigkeit*). Esto quiere decir que, frente al énfasis más bien ético de las corrientes actuales, él dirigía el foco hacia lo social: la corrección sería la oportuna concordancia entre el medio que se establece –la norma jurídica– y el resultado que se busca –el fin social–. De ahí la afirmación de que el Derecho “no es un mero deber ser, sino un hecho histórico que se realiza siempre y por doquier de forma inevitable”<sup>76</sup>. Y de ahí también, por último, su célebre definición del Derecho: “¿cuál es el fin del Derecho? [...]. La forma de aseguración de las condiciones de vida de la sociedad mediante la fuerza coactiva del Estado”<sup>77</sup>.

Así pues, al contrario de lo que opinaba Scarpelli, convendría ensanchar el vector ideológico que identifica al positivismo jurídico: no sólo el Estado sirve de pivote para comprender la sustancia de esta corriente de ideas, sino también otros elementos como el de la función social del Derecho. Ambos polos se constituyen así en una especie de contrapunto recíproco, puesto que el aspecto de la funcionalidad social limita los excesos de un Estado demasiado enclaustrado en sí mismo, mientras que éste bloquea la posibilidad de una sociedad autosuficiente y polarizada en subunidades independientes entre sí<sup>78</sup>. En el caso de Jhering, esta tensión es fundamental: en buena medida, su obra se explica como un perpetuo anhelo por integrar ambas vetas. Es también en *El fin en el Derecho* donde se manifiesta con más ímpetu esta zozobra interna: si el primer tomo era una loa al Estado, una reflexión sobre el Derecho desde el punto de vista de la norma, la coacción y las instituciones estrictamente jurídicas, en el segundo se afanaba por enraizar todo aquello en la plataforma dinámica de la vida social, en el abigarrado

---

<sup>73</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, hrsg. von Christian Helfer, Georg Olms Verlag, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1970, pp. 340-348.

<sup>74</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, pp. 340-341.

<sup>75</sup> Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 206-211.

<sup>76</sup> JHERING Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, p. 342.

<sup>77</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, p. 345.

<sup>78</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, “Estado, poder y gobierno”, en ID., *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José Fernández de Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 79-81.

maremágnum de los usos, las costumbres y la moral pública. Desde el punto de vista de Scarpelli, no habría más remedio que contemplar este choque como un antagonismo entre un Jhering positivista y otra personalidad intelectual que pugnaba por salir a flote. Desde el punto de vista que se acaba de proponer, al contrario, no se trataría más que de una tensión consustancial al positivismo.

Llegados a este punto, no queda más que un breve apunte por hacer. Si observamos con atención lo que se acaba de decir, podrá establecerse una conexión fundamental con la aproximación epistemológica al positivismo bosquejada en el capítulo tercero. Que el Derecho abandonara el tradicional estatus de la verdad para pasar a engrosar el núcleo de lo contingente; que se instalara así en una tensión que lo ha marcado desde el siglo XIX hasta la fecha, y que lo ubica en el epicentro de un conflicto entre el Estado y la sociedad, entre la política y la moral, entre lo justo y lo útil; que se despidiese del reino de la certeza absoluta para penetrar en el movedizo paraje de la historia y del bullir social... Todos estos no son sino correlatos del viraje epistemológico que ya se expuso antes: la aparición de la dicotomía entre el ser y el deber ser –que se fue derramando a lo largo de toda la centuria–, el desbaratamiento de la causalidad como reina inapelable del conocimiento, o la génesis del sub-paradigma sociológico en el seno del positivismo jurídico, son manifestaciones de esta profunda sacudida ideológica que estuvo alentando en todo momento la creación de Jhering.

A continuación, intentaremos ver todo esto en la filosofía jurídica de Jhering. De lo que se trata es de estudiar el devenir de sus ideas en consonancia con las circunstancias políticas de su época. En este sentido, intentaremos demostrar la profunda ligazón entre el positivismo jurídico que se destila de su obra y la sacudida ideológica que pudo contemplar a partir de su juventud: la lucha por el Estado nacional alemán, el auge de la sociedad industrial, la aparición de los primeros movimientos obreros, la llegada de Bismarck al poder y la correlativa batalla de Alemania por constituirse en un Estado unificado, etc. Con cada uno de estos virajes, la filosofía de Jhering fue experimentando cambios relevantes. Y el positivismo jurídico, en tanto que eje de nuestra exposición, también fue cobrando tonalidades diversas: las oleadas que contribuyeron a sentar los mimbres del paradigma, y que ya fueron expuestas en el capítulo tercero, irán tomando forma con la compleja evolución político que sacudió a la conciencia europea –en este caso alemana– y que en Jhering encontró un espectador privilegiado.

## 2. EL MARCO HISTÓRICO-INSTITUCIONAL DE JHERING

El siglo XIX fue, sin duda alguna, la antesala inmediata de nuestro mundo actual. En materia política, es la época en que nacen la democracia representativa, los primeros partidos políticos y las grandes ideologías que han guiado la historia hasta los albores del XXI. Pero también, cómo negarlo, fue la época del colonialismo, del imperialismo y de luchas fratricidas permanentes. En materia económica, fue el siglo de la revolución industrial, de las grandes empresas comerciales, los primeros monopolios a escala internacional o el surgimiento de las grandes bancas. Pero también significó el inicio de la explotación obrera mecanizada, del éxodo rural masivo y, en suma, del desarraigo constitutivo que está en la base de la sociedad contemporánea<sup>79</sup>. En materia artística o literaria, en fin, también el XIX es el umbral de nuestro mundo más cotidiano: es entonces cuando nace la gran novela, cuando se abandona la mimesis de la naturaleza como fin esencial de las artes plásticas, o cuando la edificación civil se transforma en el principal campo de creación para la arquitectura<sup>80</sup>.

En el ámbito jurídico también fue nuestro pionero inmediato. El XIX es el siglo de los códigos: en el Derecho privado, con la escisión entre la rama civil y la mercantil, pero también en el público, con la aparición de los primeros códigos penales. Además, y sobre todo, es el siglo del primer constitucionalismo. Desde la Constitución de Cádiz de 1812 –una de las más tempranas de la historia reciente– hasta la Constitución Meiji de 1889, el devenir jurídico de la centuria consistió en un ir y venir de Cartas magnas, Cartas otorgadas y Constituciones. Un fenómeno que discurrió, pese a la inevitable diversidad de entornos, desde la costa gaditana hasta la nipona, pasando por las colonias latinoamericanas recién liberadas. El XIX, en fin, fue el siglo de la ciencia jurídica, de la profesionalización y especialización de muchos sectores del Derecho. Entre ellos, por ejemplo, el del Derecho procesal, que hasta entonces no había gozado de autonomía y que hará su aparición estelar en la panoplia de ramas jurídicas.

En resumidas cuentas, el XIX fue una especie de zaguán a nuestra historia más próxima, un lugar donde se concitaron muchas derivas políticas, culturales, económicas

---

<sup>79</sup> Vid. RIPALDA, José María, *La nación dividida. Raíces de un pensador burgués: G. W. F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977.

<sup>80</sup> La trilogía de Eric Hobsbawm sobre el siglo XIX es muy significativa: *La era de la revolución, La era del capital y La era del imperio*. Vid. HOBBSAWM, Eric, *La era de la revolución (1789-1848)*, trad. de Felipe Ximénez de Sandoval, Crítica, Barcelona, 2001; ID., *La era del capital (1848-1875)*, trad. de A. García Fluixá y Carlo A. Caranci, Crítica, Barcelona, 1998; ID., *La era del imperio (1875-1914)*, trad. de Juan Faci Lacasta, Crítica, Barcelona, 2001.

y sociales, que conducen a la formación del universo cultural contemporáneo. En este epígrafe se expondrán los principales factores históricos que subyacen al positivismo de Jhering. Lo haremos en dos apartados. En primer lugar, se intentarán delinear algunos rasgos que caracterizan a la Alemania en la que tuvo que desarrollar su obra. Como ya hemos anunciado, el Estado y el industrialismo desempeñaron un papel fundamental en este sentido (§2.1). En segundo lugar, y afinando la resolución de nuestra lente, nos centraremos en la propia figura de Jhering. Intentará esbozarse una breve semblanza ideológica que nos sirva para entender las claves de su apuesta positivista (§2.2). En ambos casos se tratará de un mero bosquejo.

## 2.1. Breve semblanza de la Alemania del XIX

De lo dicho en los párrafos anteriores puede desprenderse la enorme complejidad de un siglo tan rico en acontecimientos, en derivas históricas encontradas, en logros y en fracasos de diverso cuño. Como ha señalado Luis Díez del Corral, el siglo XIX desplegó un “abigarrado panorama de combinaciones [...]. El historiador ha de atravesar esa confusa atmósfera que envuelve el transcurso del siglo décimonono [sic.], para penetrar en la entraña de los fenómenos que lo constituyen, tratando de descubrir en ellos las grandes conexiones que los resuelven en un complejo inteligible, sin perder por ello la amplitud, sin que se osifique la trama viva de tan movido acontecer”<sup>81</sup>. Y es que, de algún modo, hacia 1800 se había abierto la caja de Pandora: arrumbados los fundamentos de la organización política e intelectual de la Europa medieval y moderna, la fuerza de los acontecimientos había abierto un abanico tan grande de opciones para el futuro, que no resulta fácil reconducir a una única melodía<sup>82</sup>.

A inicios del siglo XIX, con la Revolución francesa aún humeante en el recuerdo de todos, con el desmembramiento cuasi definitivo del Sacro Imperio romano-germánico, con un poder religioso mermado por la fuerza de la expropiación de sus bienes y por la influencia de un pensamiento cada vez más secularizado, se inauguraba un horizonte de posibilidades más rico y diáfano que nunca. En cierto modo, los sostenes ideológicos de Occidente se habían venido a pique de golpe, con el resultado de que Europa quedó

---

<sup>81</sup> DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, 4ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 2 y 7-8.

<sup>82</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio y DORADO, Javier, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III. Siglo XIX*, coord. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Fco. Javier Ansuátegui, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2008, vol. I, libro I, pp. 1-316.



varada ante una compleja encrucijada. De ahí es de donde se derivan las contradicciones que parecen asaltarnos cuando nos ocupamos del siglo XIX. Por un lado, fue la época del romanticismo, el rescate embelesado del pasado, la afirmación ególatra del yo y el subjetivismo entregado a pasiones individuales desatadas. Por otro lado, en cambio, fue la era del realismo, las ciencias empíricas, la reivindicación de lo social y la búsqueda desesperada de objetividad. Fue el siglo del liberalismo y a la vez del socialismo. Incluso, si hacemos caso de Isaiah Berlin, también fue entonces cuando se sembraron los primeros gérmenes del fascismo<sup>83</sup>. Con este panorama, sin necesidad de incrementar el catálogo de antagonismos, no es de extrañar que la dialéctica –pese a su ya rancio abolengo<sup>84</sup>– se convirtiera en la reina de la filosofía.

Ante tales dificultades hermenéuticas, muchas orientaciones historiográficas se han terminado concentrando en un discurso nacional del periodo. Así, han proliferado las historias patrias, auto-circunscritas a un relato del siglo XIX en cada país. Pese a que no es posible generalizar a este respecto, las historias así construidas han tendido a dibujar un retrato *singular* de su respectivo ámbito geográfico, cerrándose a ver el común latido que bombeaba en las arterias subterráneas de aquella Europa. Es así como, en una línea interpretativa que posiblemente entronca con la de Ángel Ganivet y la entera generación del 98, Luis Díez del Corral ha sugerido la *especialidad* española a lo largo de la centuria<sup>85</sup>. También es así como Heinrich August Winkler, entre muchos otros, sostuvo la tesis de la *singularidad* de la historia alemana hasta bien entrado el siglo XX –la idea del *Sonderweg*–<sup>86</sup>. Y esto por no hablar, en fin, de la irreductible *independencia* inglesa, gloriosamente reivindicada por historiadores, filósofos e intelectuales de todo género, tanto dentro como fuera del mundo anglosajón.

Esta tendencia a subrayar la singularidad de los contextos nacionales de referencia, que quizá todavía esté lastrada por la inercia del nacionalismo –otro producto del XIX– se ha manifestado también en el mundo del Derecho. Es así muy común, por ejemplo, presentar la historia jurídica europea del XIX como un proceso coral de voces diversas, que nacerían de las entrañas de cada nación y que coadyuvarían a formar un mosaico de

---

<sup>83</sup> Vid. BERLIN, Isaiah, “José de Maistre y los orígenes del fascismo”, en ID., *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, ed. de Henry Hardy, trad. de José Manuel Álvarez Flórez, pról. de Salvador Giner, Península, Barcelona, 1992, pp. 171-287.

<sup>84</sup> Vid. GURVITCH, Georges, *Dialéctica y sociología*, trad. de Juan Ramón Capella, Alianza, Madrid, 1971, pp. 19-42.

<sup>85</sup> DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 21-25. Díez del Corral llega a hablar, con expresión un tanto exótica, del “impulso netamente indígena” de nuestra historia (p. 22).

<sup>86</sup> WINKLER, Heinrich August, *Der lange Weg nach Westen (Bd. I). Deutsche Geschichte vom Ende des alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik*, C. H. Beck, München, 2000.

identidades diferenciadas entre sí, marcada cada una por una entonación particular e independientes de una hipotética aria común. La idea sacralizada de la ley, se nos suele decir, es fruto del alma francesa, una continuación de la veta ilustrada dieciochesca, que habría terminado cristalizando en la creación de los primeros códigos. La entronización de la doctrina, de la ciencia del Derecho y la dogmática jurídica como fuente principal de normas e instituciones –se nos sigue diciendo– sería una aportación imperecedera del alma alemana, una derivada de la refinada propensión filosófico-especulativa que caracterizó a esta nación durante el siglo XIX. Y la elevada consideración de la jurisprudencia, en fin, sería una contribución inmortal del alma inglesa, un fruto del espíritu pragmático y empírico de esta nación<sup>87</sup>.

No es momento de pararse a analizar los problemas y las virtudes de semejante orientación historiográfica. No obstante, y al menos con cierta actitud de prevención, quizá convenga relativizar el discurso de la singularidad. La historia es siempre concreta y, al final, cada tiempo y lugar aparecen tocados de una particularidad imposible de ignorar. En este sentido, bien podría decirse que la historia del XIX fue una historia pródiga en “caminos singulares”. Sin embargo, como ha señalado Ignacio Sotelo, quizá fue esa misma congregación de vías diversas la que está en el corazón de Europa: una entidad cultural que, pese a sus diferencias, se apoya en una conciencia de pertenencia común<sup>88</sup>. Por otro lado, en lo que atañe al Derecho, debería mitigarse la tendencia –tan decimonónica– a presentar una historia de culturas jurídicas irreductiblemente distintas. Como ha dicho Barberis, ni siquiera la oposición entre el *civil law* y el *common law*, tan nítida a primera vista, ha de verse como barrera infranqueable. De hecho, se produjeron contactos entre ambos durante todo el siglo, configurando así un diálogo que se ha convertido en piedra angular del moderno Derecho europeo<sup>89</sup>.

El sentido de esta advertencia tiene que ver con el hecho de que la ya citada idea del *Sonderweg* –el camino especial– ha sido muy recurrente en la historiografía alemana hasta la fecha. De acuerdo con dicha percepción, la nación germana habría seguido un recorrido histórico singular respecto a otros países del continente. Además, según esta interpretación, este sería el motivo que explica la terrorífica deriva emprendida hacia el segundo tercio del siglo XX y que culminó en el holocausto. De haber seguido una ruta concorde con la senda de Occidente, se vendría a afirmar desde esta veta historiográfica,

---

<sup>87</sup> Vid. CAENEGEM, Raoul C. van, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987, pp. 67-112.

<sup>88</sup> SOTELO, Ignacio, “Europa y España”, en ID., *A vueltas con España*, Gadir, Madrid, 2006, pp. 33-65.

<sup>89</sup> BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 93-118.

no se habría retrasado tanto la aparición de una sociedad democrática, ni se habrían producido tantas aberraciones en el camino. En las páginas sucesivas se adoptará esta idea del *Sonderweg*, pero siempre bajo la premisa de todo cuanto se acaba de advertir: si es cierto que hubo un *Sonderweg* alemán, también lo es que otro tanto sucedió en las demás naciones europeas. Al igual que en España se ha hablado hasta la saciedad de la “cuestión española”, la “cuestión alemana” es también un tema recurrente más allá del Rin<sup>90</sup>. De hecho, como el propio Winkler ha señalado en su última obra –matizando el juicio de la anterior– es posible que ese singular camino hacia Occidente no fuera sino una de las tortuosas rutas por las que tuvieron que caminar, y todavía siguen caminando, las diferentes naciones que hoy componen el mapa europeo: Occidente no es una realidad, sino un ideal hacia el que tender<sup>91</sup>.

Así las cosas, de lo que se trata es de identificar aquellos rasgos que despuntan en el *Sonderweg* alemán durante el siglo XIX, en los elementos que informaron el universo ideológico de Jhering. Un buen punto de partida podría ser la comparación entre las fechas de nacimiento de algunos personajes representativos. Joachim Rückert, en un artículo sobre nuestro autor, señalaba unas cuantas coincidencias biográficas<sup>92</sup>. En 1818, año de nacimiento de Jhering, también venía al mundo el filósofo, político y economista Karl Marx. Sólo tres años antes, en 1815, había nacido el futuro canciller Otto von Bismarck, mientras que apenas un año más tarde que nuestro jurista, en 1819, nacía Theodor Fontane, el gran literato del realismo alemán. También en 1819 nacía Bernhard Windscheid, otro de los grandes juristas de la época, excelente amigo de Jhering y uno de los principales inspiradores del código de 1900. Y por si fuera poco, en 1812 había nacido Alfred Krupp, el gran empresario e industrial renano que nutriría de armamento al ejército de Prusia durante toda la centuria, y que terminaría alzándose con el emporio siderúrgico más potente de Europa.

Pero la lista puede ampliarse aún más. En 1813, por ejemplo, nacían el literato Georg Büchner –que marcó un hito al representar a una pareja de proletarios como personajes de *Leonce und Lena*– y el compositor Richard Wagner, que pasaría a la historia como principal exponente del nacionalismo musical alemán. En 1816, dos años antes que Jhering, nacía Werner von Siemens, el ingeniero de telégrafos que fundaría

---

<sup>90</sup> Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800-1866. Bürger Welt und starker Staat*, C. H. Beck, München, 1998, pp. 704 y ss.

<sup>91</sup> WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens. Von den Anfängen bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München, 2009, pp. 13-14 y 17-24.

<sup>92</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist und Jherings Zweck*” (Teil I), *Rechtsgeschichte*, 5, 2004, pp. 128-149.

una empresa de telecomunicaciones de renombre internacional hasta la fecha. En 1817 nacía Theodor Mommsen, el gran romanista que llegaría a ganar el premio Nobel de literatura en 1902, mientras que en 1818 lo hacía Jakob Burckhardt, otra de las grandes luminarias de la historiografía decimonónica. Tres años más tarde, en 1820, nacía Friedrich Engels. En 1821 nacía Hermann von Helmholtz, el gran físico, entre cuyos discípulos se cuentan gigantes como Max Planck o Rudolf Hertz. Y en 1822, por cerrar este apresurado elenco, nacía Gregor Mendel, el naturalista austriaco que llegaría a descubrir las leyes de la herencia genética<sup>93</sup>.

¿Qué es lo que podemos extraer de este complejo retablo de itinerarios biográficos? Pues bien, en primer lugar, llama la atención el aparente auge intelectual, empresarial y político que se respiraba en el mundo germánico. Científicos, estadistas, afamados juristas, literatos de renombre... En líneas generales, podría decirse que se vivía un periodo de esplendor. En segundo lugar, y penetrando más allá de esta primera constatación, podría recalcarse la presencia de varios factores importantes. Otto von Bismarck representa el valor del Estado, de la nación unificada bajo la batuta de una férrea política militar, la *Realpolitik* y, pese a todo, de los primeros conatos de política social<sup>94</sup>. Alfred Krupp o Werner Siemens representan el imparable auge de la industria, del gran capitalismo que, aliado con las necesidades estratégicas y militares del país, formaba un todo con la política emprendida por el canciller Bismarck. Y Windscheid o Jhering, entre otros, coadyuvaban a este proceso desde su parcela de conocimiento, el Derecho, sentando las bases de la codificación y desembarazando a la ciencia jurídica de una atención excesiva por la historia<sup>95</sup>.

En un sentido parecido se encuentran los demás personajes. Marx y Engels en el campo de la filosofía y Büchner en el de la literatura, constituyen un valioso referente para ilustrar el crecimiento del proletariado que estaba teniendo lugar. Mendel o Helmholtz, entre otros, nos indican la presencia de un gran despegar científico que también era concomitante con los progresos de la industria y de la nación. Y Fontane, cuyo puesto en la historia de la literatura es comparable al de Clarín, Balzac o Tolstoi –a

---

<sup>93</sup> Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1800-1866*, cit., pp. 602 y ss.

<sup>94</sup> Es a Bismarck a quien debemos el primer proyecto de política social estatal. Desde luego, se trataba de un plan de carácter conservador, en pugna simultánea contra el liberalismo del *laissez-faire* y contra el socialismo, al que trataba de contener mediante concesiones de tipo social. Pese a todo, no deja de ser el primer proyecto firme de Seguridad Social de la historia: ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *Los tres mundos del Estado del bienestar*, trad. de Begoña Arregui Luco, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, pp. 44-45, 63-64 y 85-88; vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1866-1918 (Bd. 1)*, cit., pp. 335-347.

<sup>95</sup> WIEACKER, Franz, "Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution", en ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag, Kronberg, 1974, pp. 55-78.

él debemos una de las clásicas novelas de adulterio del XIX, *Effi Briest*<sup>96</sup>, se convertía en el representante más señero de una nueva oleada en las letras alemanas: superaba el romanticismo de la generación anterior y llevaba el realismo también al terreno literario. Así pues, de una u otra manera, en Alemania se empezaba a sentir un aliento de realismo y pragmatismo desaforado en todos los órdenes de la vida. Como despertada del sueño romántico, y acelerado el pulso histórico de forma repentina, la nación germana parecía impregnada de un ansia compartida por lo objetivo, de un fuerte deseo de inmersión en el frenético fluido de lo real.

En líneas generales, se trata de un proceso constatable en toda Europa. No en vano, Winkler ha querido ver una profunda cesura hacia la mitad del siglo XIX, que él definía como un tránsito del *idealismo* al *materialismo*<sup>97</sup>. Si echamos una mirada retrospectiva hacia los personajes que pulularon por el universo político y cultural germano durante la etapa anterior a la de Jhering, se viene a confirmar esta percepción. Goethe y Schiller, nacidos en 1749 y 1759, seguían guiando buena parte del canon literario, pero ya eran superados por la hornada romántica de un Hölderlin (1770-1843) o un Kleist (1777-1811), que a su vez estaban siendo relevados por la generación realista de Fontane o de Büchner, estrictos contemporáneos de Jhering. En filosofía, el idealismo de Fichte (1762-1814), Hegel (1770-1831) o Schelling (1775-1854) también era parte del pasado para la generación que sobresale a mediados del XIX. Incluso en política, el paradigma de Metternich (1773-1859) había tocado ya a su fin: como señaló Díez del Corral, el estadista austriaco, “con su espíritu tan dieciochesco después de todo”<sup>98</sup>, aún estaba muy sesgado por el mundo de ideas de la centuria anterior.

En un magistral ejercicio de síntesis, Rückert se ha pronunciado así respecto a la posición histórica de nuestro jurista: “Jhering veía este mundo de idealismo, clasicismo, romanticismo, restauración y sociedad estamental en su ocaso final. A partir de 1850 vivió el desplome de los sistemas filosóficos de la metafísica idealista, el alejamiento del clasicismo cosmopolita y del romanticismo nacional, la relajación de la sociedad estamental nobiliaria, la caída de la política de la restauración [...], el desmantelamiento de la tutela económica ejercida por el poder de los terratenientes, los gremios y los aranceles, la sujeción a la tierra y las barreras profesionales, así como la desaparición de

---

<sup>96</sup> La novela de *Effi Briest*, además, resulta muy interesante como retablo político y social de la Prusia decimonónica. Vid. RESTENBERGER, Anja, *Effi Briest: Historische Realität und literarische Fiktion in den Werken von Fontane*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001.

<sup>97</sup> WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., pp. 687-690.

<sup>98</sup> DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, cit., p. 24.

la antigua pobreza y el nuevo pauperismo. Cuando Jhering murió, en 1892, dejó un mundo diferente [...]. En vez de control y policía<sup>99</sup>, regían las libertades de comercio, industria, profesión y propiedad, y la burguesía y el cuarto estado se habían convertido en ciudadanos del Estado copartícipes –a partir de 1871 tuvieron igual derecho de voto en el *Reich*–. Los liberal-nacionales, el *Zentrum* y el partido socialista tenían mayoría parlamentaria frente a los conservadores<sup>100</sup>. La cuestión de la justicia social, es decir, la participación del tercero y el cuarto estado en la nueva riqueza, dominaba desde hacía tiempo la política, la economía y el derecho. El liberalismo económico había traído una riqueza antes desconocida [...], pero también un enorme aumento de población, nueva dependencia y nueva pobreza. Con realismo, empirismo, positivismo, materialismo y socialismo se buscaban nuevas respuestas radicales. La filosofía se hizo más humilde y concreta [...]. La historia, la economía y las ciencias naturales [...] se convirtieron en líderes frente a la teología o la ciencia jurídica...»<sup>101</sup>.

En definitiva, se había producido una subversión total de los antiguos principios e instituciones. Si tuviéramos que poner orden en este conglomerado de acontecimientos que acabamos de delinear con meras impresiones, quizá podríamos acudir a la clave de la *burocratización* que nos indicaba Max Weber. A su juicio, el rasgo que despuntaba en la Alemania bismarckiana y, posteriormente, durante el primer tercio del siglo XX, era el de la creciente burocratización<sup>102</sup>. Para Weber, este fenómeno se había terminado imponiendo como una necesidad insoslayable para las sociedades contemporáneas, como un imperativo de la racionalización que caracterizaba al mundo moderno y, por lo tanto, como un proceso sin vuelta atrás. De hecho, en el marco de su célebre teoría sobre los tipos de dominación, la legal-burocrática constituía el estadio más racional y

---

<sup>99</sup> En el original se dice “*Policey* und *Polizei*”. El concepto de *Policey*, que derivará en *Polizei* –*policía*– tiene una larga historia en la tradición alemana de Derecho público. Según Dieter Kugelmann, la *Policey* comprendía “las regulaciones sobre monopolios, aranceles, precios –es decir, el ámbito de la administración económica– y las regulaciones sobre el ejercicio de la profesión, la religión y la moral pública. También podía incluir instrucciones para ámbitos materiales hoy regulados por el Derecho civil, como el Derecho de tutela, el inmobiliario o el de sucesiones. Bajo *Policey* entraban todas aquellas materias que el soberano (absoluto) quería regular y no atañían a la seguridad exterior. La asistencia a los súbditos inclusive. Se trataba de implantar un orden social determinado, cuyo destino era fortalecer las estructuras sociales feudales”. (KUGELMANN, Dieter, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Springer, Berlin und Heidelberg, 2006, p. 23). Hacia 1850, la antigua *Policey* comenzó a desmembrarse en ramas y entró en una fase de descrédito que condujo a su paulatina disolución. Vid. STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II (1800-1914)*, C. H. Beck, München, 1992, pp. 229-230.

<sup>100</sup> El partido liberal-nacional fue durante años el principal sostén de Bismarck en el *Reichstag* (cámara baja). El *Zentrum* era el partido católico. Se opuso a Bismarck en origen, pero terminó colaborando con él a partir de 1878. Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800-1866*, cit., pp. 715-749.

<sup>101</sup> RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist* und Jherings *Zweck*”, cit., pp. 130-131.

<sup>102</sup> Vid. WEBER, Max, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, en ID., *Escritos políticos*, ed. y trad. de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2008, pp. 79-141.

desarrollado, frente a otras formas de legitimidad más toscas como la tradicional o la carismática<sup>103</sup>. Pues bien, esta dominación legal, que él identificaba como una “forma pura” –un “tipo ideal”– se hallaba plasmada con especial plenitud en la Alemania de la segunda mitad del XIX y el primer tercio del XX.

He aquí sus propias palabras: “la organización burocrática racional –basada en la especialización profesional y en la división del trabajo– de las agrupaciones humanas en las que existen relaciones de poder, desde la fábrica hasta el ejército y el Estado, ha sido desarrollada con absoluto virtuosismo por los bizantinos y tras ellos por los italianos y luego por los Estados territoriales de la época absolutista y por la centralización de la Revolución francesa y, finalmente, por los *alemanes*, que han superado a todos los demás”<sup>104</sup>. El concepto de burocratización de Weber, como bien se ve, va mucho más allá del papel timbrado del Estado. De hecho, se trata de un fenómeno que abarca muy diversos ámbitos: la racionalización del trabajo en la industria, el uso de tecnología mecanizada a gran escala, la profesionalización de la política a través de los partidos, la aparición de un funcionariado estable, el establecimiento de una legislación unitaria y predecible, la racionalización de la actividad empresarial mediante la especialización y la jerarquía, o la organización de políticas sociales masivas.

Si nos fijamos bien, se trata de un proceso de amplio espectro en el que el Derecho cobraba un protagonismo singular. Pero no de cualquier Derecho, sino del Derecho formalizado<sup>105</sup>, es decir, de un Derecho estatal, independiente de esferas de regulación anejas como la moral, la religión o la costumbre; de carácter tendencialmente fijo; y organizado en su interior sobre la base de sectores materiales diferenciados. De un Derecho, por lo tanto, moderno, sofisticado y engrasado como una máquina fabril, con sus engranajes, sus correas de transmisión, su motor y sus palancas. En resumen: de un Derecho bien delimitado, tecnificado, especializado y adaptado a las necesidades de la sociedad industrial-capitalista. La exigencia de rigor, precisión y previsibilidad en materia jurídica, era ahora un requisito *sine qua non* del buen desarrollo de la economía, así como una exigencia del potente Estado que se estaba pergeñando en los territorios del antiguo Imperio romano-germánico<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Vid. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, ed. preparada por Johannes Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echevarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, pp. 173 y ss. Conviene advertir que los tres tipos de dominación suelen convivir a la vez, aunque uno de ellos sobresalga especialmente.

<sup>104</sup> WEBER, Max, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, cit., p. 111.

<sup>105</sup> Vid. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, cit., pp. 512 y ss.

<sup>106</sup> Vid. WIEACKER, Franz, “Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher“, en ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, cit., pp. 79-93.

La burocratización se convierte así en un concepto muy útil a nuestros efectos. En primer lugar, porque logra aprehender, como si de una gavilla se tratara, las diversas dinámicas históricas que acaban de dibujarse de forma un tanto abigarrada. Todas las mutaciones citadas se entienden desde este proceso de “burocratización universal”<sup>107</sup>. En cierto modo, se trata de lo que Durkheim denominaba solidaridad orgánica. Frente a un estadio civilizatorio en el que la organización social se gestaba y mantenía a través de una conciencia de pertenencia común –solidaridad mecánica–, las sociedades modernas se asentarían en la división y especialización del trabajo. Y en este marco, según Durkheim, el vínculo social sólo podía darse mediante la solidaridad orgánica, que implicaba el establecimiento de un régimen legal-burocrático en casi todas las esferas de la vida, desde lo público hasta lo privado<sup>108</sup>.

He ahí la segunda razón por la que el concepto de burocratización resulta adecuado para entender la época de Jhering. Y es que, en efecto, pone el acento en un fenómeno muy relevante para explicar las transformaciones en el ámbito jurídico. La perentoria necesidad de un código, la impugnación del Derecho consuetudinario y del historicismo como su sostén teórico, el crecimiento exponencial del Estado y el paralelo surgimiento del Derecho público, etc., son derivas vinculadas con ese espíritu “burocratizador”. En suma, lo que se produjo fue una enorme densificación del tejido jurídico, que comenzó a desplegar una *vis* expansiva desconocida hasta entonces, y que terminó configurando una malla de relaciones verdaderamente frondosa. A continuación examinaremos dos aspectos cuyo significado entronca con este proceso: el Estado y “la cuestión religiosa” (§a) y el capitalismo y “la cuestión social” (§b).

#### **a) Estado, política y “cuestión religiosa”**

En primer lugar, es fundamental reparar en la cuestión del Estado. A principios del XIX, Alemania es todavía un conglomerado de entidades territoriales dispersas, unidas tan sólo por lazos culturales difusos. Como ya explicaba Renan, es difícil saber cuándo

---

<sup>107</sup> WEBER, Max, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, p. 112.

<sup>108</sup> Vid. DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social. Thèse présentée à la Faculté des Lettres de Paris*, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1893, pp. 118 y ss. Según Durkheim, al estado de solidaridad mecánica le correspondía un Derecho preponderantemente penal, mientras que en el orgánico éste se retraía en favor del civil, el procesal, el administrativo... Mientras que la función de aquél sería fundamentalmente represiva, la de éstos sería repositiva (ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 53-57). El modelo es demasiado esquemático, pero contiene un elemento de interés: la importancia de la división y la especialización laboral –especialmente potenciadas en la época de Jhering– para la sofisticación del Derecho y la paralela burocratización de la vida social.



cabe hablar de una nación. Puede recurrirse a un criterio racial, lingüístico, religioso, económico o geográfico, pero ninguno satisface el interrogante por completo<sup>109</sup>. Por lo menos, tal era el caso de Alemania. Desde un punto de vista étnico, la dispersión era enorme. Al norte, los dominios de Prusia se extendían hasta lo que hoy son Polonia y Lituania, provocando así una mixtura de poblaciones germánicas, bálticas y eslavas. Al sur, el imperio austro-húngaro penetraba en el sector eslavo de Bohemia y en la región balcánica, donde a su vez tampoco reinaba la concordia. En lo que se refiere a la lengua, sería una quimera hablar de uniformidad. Aparte del pluralismo austro-húngaro –donde convivían el húngaro, el checo, el yiddish, el croata, etc.–, el carácter dialectal del alemán era y sigue siendo extraordinario, de modo que no había comprensión recíproca entre muchos territorios. Por último, si tomáramos el criterio religioso, nos saldría al paso la contumaz oposición entre católicos y protestantes.

Pero tampoco había homogeneidad desde el punto de vista geográfico. Por un lado estaba el eje natural del Rin, en cuya ribera occidental había aún territorios germanos: Alsacia y Lorena, hoy francesas, pero también el Sarre, el Palatinado, partes de Renania y partes de Westfalia. Por otro lado estaba el Danubio, a cuyas orillas se desplegaban sendos sectores de cultura y habla germanas: al norte Baviera, la Suabia septentrional y Württemberg; al sur la Suiza germanófona y Austria. Al este, en el área prusiana, ni el Elba ni el Oder ni el Vístula ofrecían criterios de demarcación, ya que Prusia se extendía más allá de Königsberg, ciudad natal de Kant y parte de Rusia en la actualidad. Al norte, en la frontera con Dinamarca, tampoco la península de Jutlandia señalaba un límite operativo: de hecho, los territorios de Schleswig y Holstein –sobre los que se entabló una dura batalla a lo largo de la centuria– terminarían integrando la Alemania actual<sup>110</sup>. Pero además de la geografía física, tampoco la económica refrendaba una hipotética uniformidad: frente al potente tejido industrial de Renania, contrastaban las

---

<sup>109</sup> RENAN, Ernesto, *¿Qué es una nación?*, trad. y estudio preliminar de Rodrigo Fernández-Carvajal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 21-41.

<sup>110</sup> La anexión del Schleswig-Holstein (1867) supuso un gran hito en el proceso de unificación alemana. Jhering había vivido en la capital de la provincia, Kiel, entre 1849 y 1851 –cuando aún dependía de la corona danesa– y su primera mujer procedía del Schleswig, donde su familia había luchado en varias ocasiones por la independencia frente a Dinamarca. Obvia decir que las circunstancias de la política de unificación, así como la anexión del Schleswig-Holstein, se vivieron con mucha intensidad en casa de Jhering. De hecho, buena parte de sus intereses políticos y de su apuesta por la orientación estratégica bismarckiana se deben a estos convulsos antecedentes. Su hijo mayor, que precisamente nació en Kiel, nos ha dejado un emocionado testimonio de todas estas vivencias: “un día mi padre volvió a casa con cara muy seria desde la ciudad, donde una edición especial del diario había anunciado una dura y decisiva derrota de Prusia. No recuerdo haber visto conversar a mis padres con tanta preocupación y embarazo como en aquella ocasión, en la que pensaron que se derrumbaban sus esperanzas de unificación del *Reich* alemán”. Vid. JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde* [1913], hrsg. von Helene Ehrenberg, Scientia Verlag, Aalen, 1971, p. 449.

zonas rurales del Sur y Alemania central; frente a la gran modernización de Bohemia, aparecían provincias como Galitzia, agrarias casi en exclusiva<sup>111</sup>.

Por último, desde el punto de vista demográfico, se vuelven a revelar bastantes desequilibrios. En 1815, de una población total de 32,7 millones de habitantes, 10,4 pertenecían a Prusia y 9,3 al imperio austriaco, seguidos muy de lejos por Baviera (3,6), Württemberg (1,4), Hannover (1,3) y Sajonia (1,2). En 1865, con una población total de 52,2 millones –nótese el extraordinario incremento demográfico–, el desequilibrio ha seguido profundizándose: 19,4 millones viven en Prusia, 13,8 en el imperio austriaco, 4,8 en Baviera, 2,4 en Sajonia, 1,9 en Hannover y 1,7 en Württemberg. Si echamos un vistazo a los incrementos porcentuales en el lapso de medio siglo que hay entre ambas fechas, veremos que Prusia ha crecido un 87% y Sajonia un 97%, seguidas muy de lejos por el 49% de Austria o el 45% de Hannover. En fin, hacia 1890 el imperio austriaco ya ha sido excluido del proyecto de unificación, de manera que el mapa demográfico alemán quedaba fuertemente escorado hacia Prusia (en cuyas fronteras, a su vez, había un marcado sobre-desarrollo de Renania y Silesia, hoy Polonia), hacia Baviera y hacia Sajonia, en claro detrimento del resto del territorio<sup>112</sup>.

Así las cosas, construir un Estado se revelaba como una de las tareas más arduas por acometer. Fue en torno a esa tensión como se forjaron un sinfín de aportaciones intelectuales, movimientos sociales y empresas políticas que salpicaron todo el siglo. El *Zollverein* –la unión aduanera–, por ejemplo, fue uno de los peldaños principales para trabajar en pos de la unidad nacional. Pese a la lapidaria sentencia de Renan, según la cual una unión aduanera no hacía patria<sup>113</sup>, lo cierto es que fue un proyecto de gran envergadura para lograr dicho objetivo. Mediante la unión económica entre los distintos poderes territoriales, que abrieron sus aranceles a un embrionario mercado común, se empezaron a apiñar muchos sectores deseosos de una unidad más fuerte. No sólo los nacionalistas y los conservadores, sino también los liberales –que así veían satisfechos sus intereses económicos<sup>114</sup>– abrazaron con avidez la posibilidad de un Estado nacional. Los únicos que permanecieron atrincherados en el localismo, sin querer modificar el

---

<sup>111</sup> WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., pp. 539-540.

<sup>112</sup> Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800-1866*, cit., especialmente pp. 103-104. ID., *Deutsche Geschichte 1866-1918 (Bd. I)*, cit., pp. 9-42.

<sup>113</sup> Vid. RENAN, Ernesto, *¿Qué es una nación?*, cit., p. 34: “la comunidad de intereses es, en verdad, un vínculo poderoso entre los hombres. ¿Bastan, sin embargo, los intereses para hacer una nación? No lo creo. La comunidad de intereses hace los tratados de comercio. Hay en la nacionalidad una parte de sentimiento. Es a la par alma y cuerpo: un *Zollverein* no es una patria”.

<sup>114</sup> Vid. MEHRING, Franz, “Introducción histórica” [1908] a LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Ediciones Júcar, Madrid/Gijón, 1978, pp. 9-29.

mosaico territorial del viejo imperio, fueron los sectores ultramontanos, que aspiraban a mantener un régimen de dispersión para-feudal<sup>115</sup>.

La discusión sobre el *principio monárquico*, que cobró un enorme protagonismo en Alemania<sup>116</sup> y que sirvió de plataforma para una fructífera escuela de Derecho público, también puede entenderse desde el prisma del estatismo<sup>117</sup>. De hecho, es posible que la tendencia autoritaria de la cultura germana se enraíce en este periodo, puesto que la reivindicación del Estado fuerte se veía como expediente irrenunciable para lograr la unidad nacional. La teoría del principio monárquico fue acuñada por Friedrich Julius Stahl (1802-1861), el buque insignia del conservadurismo contrarrevolucionario<sup>118</sup>, pero terminó deslizándose en otros sectores: en Rudolf von Gneist (1816-1895) o Lorenz von Stein (1815-1890), por ejemplo, se asumiría desde un prisma conservador-moderado. Ya no tanto como apología a ultranza de la monarquía, sino como vía de afirmación del Estado: frente a un liberalismo a la francesa, que tendía a arrinconar el papel de la Administración y aspiraba a erradicar el antiguo aluvión de prerrogativas estatales<sup>119</sup> –la *Policey*–, la cultura alemana parecía requerir otro modelo.

Y así fue como, aligeradas de sus dimensiones monárquico-teológicas, las ideas de Stahl terminaron infiltrándose en el particular liberalismo germánico<sup>120</sup>. A la postre, la importancia otorgada al Estado fue un lugar de encuentro para las diversas posturas del abanico ideológico alemán. Por un lado estaban los conservadores, que habían insistido en ello desde el principio. Tanto en el medio siglo anterior a la revolución de marzo de 1848 –el *Vormärz*–, como en la segunda mitad –el *Nachmärz*–, se mantuvieron firmes en la reivindicación de un Estado potente<sup>121</sup>. Por otro lado estaban los liberales, que ya desde el *Vormärz* se habían alineado en posturas nacionalistas, pero sin suscribir la necesidad de un Estado fuerte. Después del fracaso revolucionario del 48, sin embargo, también en sus filas penetró el espíritu estatista: si era verdad que, como había dicho Baudelaire, “1848 sólo fue divertido porque entonces todos ideaban utopías como

---

<sup>115</sup> SCHILDT, Axel, *Konservatismus in Deutschland. Von den Anfängen im 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, C. H. Beck, München, 1998, pp. 47-57.

<sup>116</sup> Vid. Díez del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 12-14; Croce, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, a cura di Giuseppe Calasso, Adelphi, Milano, 2007, p. 222 y ss.

<sup>117</sup> Vid. Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II*, cit., pp. 388-393.

<sup>118</sup> Vid. Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*, cit., pp. 356-369.

<sup>119</sup> Vid. García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea (Y la formación del sistema municipal francés contemporáneo)*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 13-26.

<sup>120</sup> Vid. Ruggiero, Guido de, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos González Posada, ed. al cuidado de José Luis Monereo, Comares, Granada, 2005, pp. 211-218 y 229 y ss; Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II*, cit., pp. 156-186.

<sup>121</sup> Schiltdt, Axel, *Konservatismus in Deutschland*, cit., pp. 43 y ss.

castillos en el aire”<sup>122</sup>, entonces parecía más sensato abrazar la *Realpolitik* ofrecida por Bismarck. Y esto, por supuesto, exigía la construcción de un Estado vigoroso. Fue así como los liberales del *Nachmärz*, ante el viejo dilema de *Freiheit oder Einheit* (libertad o unidad), terminaron optando por la unidad<sup>123</sup>.

Por último estaban los demócratas y los socialistas, cuyo interés primordial era abolir el abigarrado orden de estamentos y privilegios heredados del Imperio. En este sentido, también se sumaron a la lucha por un único Estado nacional, que fuera lo suficientemente fuerte para sobreponerse a los particularismos feudales y que lograra dinamitar el equilibrio de poderes territoriales impuesto por el Congreso de Viena. Al contrario de lo que sucedía en las filas conservadoras, estos sectores reivindicaban un Estado fuerte, pero asentado en un parlamentarismo real, en una fiscalización efectiva y rigurosa de los presupuestos, y en una organización de tipo federal<sup>124</sup>. No obstante todas las diferencias, que desde luego no son pocas ni menores, sobresalía la necesidad común de erigir una entidad estatal potente. Como explicaría Rosa Luxemburgo años más tarde, el Estado unitario era una condición indispensable para el proyecto socialista: el localismo exacerbado, al fragmentar y dispersar las fuerzas del proletariado, no conducía sino al mantenimiento de la dominación burguesa<sup>125</sup>.

El único sector que no se aunó a esta reivindicación estatalista común fue el de los católicos. El catolicismo se localizaba en Austria y Alemania meridional, sobre todo en Baviera y partes de Württemberg. Su posicionamiento durante el *Vormärz* estuvo muy alejado del estatalismo que se apuntalaba en las demás facciones. Fieles a la antigua *universitas christiana* de la época imperial, y deseosos de preservar cierta influencia del papado de Roma en los asuntos alemanes, no quisieron adherirse a la batalla por un Estado unificado. En la disputa que enfrentaba a los partidarios de una unificación *gross-deutsch* (la gran Alemania, que incluía al imperio austriaco) y los partidarios de la solución *klein-deutsch* (la pequeña Alemania, que excluía a Austria y dejaba la batuta de mando en manos de Prusia), los católicos se inclinaban claramente por la primera<sup>126</sup>. La razón está en que el prusianismo de la pequeña Alemania conllevaría para ellos un gran peligro de marginación religiosa, política y social.

---

<sup>122</sup> BAUDELAIRE, Charles, *Mi corazón al desnudo y otros escritos póstumos*, trad., pról. y notas de María Badiola, Valdemar, 1999, p. 76.

<sup>123</sup> NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1800-1866*, cit., p. 726.

<sup>124</sup> Vid. LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, cit., pp. 51-57 y 66 y ss.

<sup>125</sup> Vid. LUXEMBURGO, Rosa, *La cuestión nacional y la autonomía* [1908], trad. y pról. de M<sup>a</sup> José Aubet, El Viejo Topo, Madrid, 1998, pp. 11-21, 47 y 77-83.

<sup>126</sup> NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1800-1866*, cit., pp. 384 y 734.

Sin embargo, las tornas empiezan a cambiar a partir de la segunda mitad de siglo. La necesidad de hallar una solución para el problema del Estado se hace cada vez más apremiante y el llamamiento a la *Realpolitik*, propuesta en primer lugar por el periodista August Ludwig von Rochau<sup>127</sup>, se aplicará también a la cuestión religiosa. Antes que buscar un precario equilibrio con las fuerzas católicas, Bismarck –que a la sazón estaba en Frankfurt como enviado de Prusia en el Parlamento Federal– sugiere la posibilidad de excluir a Austria del proyecto nacional. A partir de 1855, en las misivas dirigidas al consejero berlinés Leopold von Gerlach<sup>128</sup>, el futuro canciller se empieza a pronunciar contrario a la armonización con la monarquía Habsburgo<sup>129</sup>. En esta deriva, en la que pesan muchos factores, la cuestión religiosa tenía una relevancia fundamental: una vez que se excluyese a Austria, el insidioso vector católico quedaría descabezado. Y es que, al igual que había argumentado Locke en su *Carta sobre la tolerancia*<sup>130</sup>, la presencia del catolicismo equivalía a contaminar la soberanía nacional, pues implicaba dar cobijo a un Estado –el Vaticano– dentro de otro Estado.

Con esto se introduce otro elemento fundamental para entender las peculiaridades del *Sonderweg* alemán en relación con el Estado. Nos referimos a la profunda ligazón entre protestantismo y estatalismo. Una de las singularidades de la historia germana, en efecto, se deriva de la huella que imprimió el luteranismo a su cultura jurídico-política. Al revés de lo que sucedía en los países de confesión católica, el protestantismo había tendido a la génesis de Estados-Iglesia independientes de una autoridad universal como la del papado. Y esto, que en origen dio lugar a una enorme confusión entre lo civil y lo sagrado, a la larga favoreció dos características culturales de la mayor importancia: 1) la génesis de una fuerte conciencia estatalista, que veía en el Estado una especie de ente superior, fruto de una racionalidad casi perfecta y necesitado de cuidado y afirmación; y 2) una paulatina deriva secularizadora, que tendía a separar con nitidez la política y la

---

<sup>127</sup> ROCHAU, August Ludwig von, *Grundsätze der Realpolitik, angewendet auf die staatliche Zustände Deutschlands*, hrsg. und eingeleitet von Hans-Ulrich Wehler, Ullstein, Frankfurt a. M./Berlin/Wien, 1972.

<sup>128</sup> Leopold von Gerlach (1790-1861), fue uno de los políticos prusianos más influyentes de la primera mitad del XIX. Junto con su hermano Ludwig, formaba parte de la camarilla del rey Federico Guillermo IV. Partidario del legitimismo monárquico y de mantener la política de equilibrios de la Santa Alianza, terminó enfrentado con Bismarck: mientras que éste transitó hacia una *política de fines*, aquél se aferraba a la *política de principios*; mientras que Bismarck pretendía adaptar el conservadurismo a la nueva coyuntura, Gerlach insistía en la justificación histórica de la monarquía. Vid. SCHOEPS, Hans-Joachim, “Gerlach, Leopold von”, en *Neue Deutsche Biographie*, 6. Bd., Duncker & Humblot, Berlin, 1964, pp. 294-296. Sobre la polémica entre Gerlach y Bismarck, desde una perspectiva jurídica, vid. STAMMLER, Rudolf, *La génesis del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Comares, Granada, 2006, pp. 15-17.

<sup>129</sup> Vid. BISMARCK, Otto von, *Briefwechsel des Generals Leopold von Gerlach mit dem Bundestags-Gesandten Otto von Bismarck*, Verlag von Wilhelm Hertz, Berlin, 1893, pp. 315-316, 322-323, etc.

<sup>130</sup> Vid. LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia*, trad. de Román de Villafrechós, introd. de Leonidas Montes, Ediciones Mestas, Madrid, 2001, pp. 66 y 99.

religión: ésta quedaba recluida al ámbito privado, donde se practicaba con un acentuado espíritu individualista, mientras que aquélla se liberaba de presentar ningún diezmo a intereses o consideraciones de tipo religioso<sup>131</sup>.

Ahora bien, una vez descartada Austria del proyecto de unificación nacional, seguían quedando bastantes flecos por resolver en materia religiosa. No sólo en Baviera y el resto de Estados meridionales, sino también en otras zonas del territorio –aunque de forma minoritaria– existían sectores católicos. Es así como se inició la época de la *Kulturkampf* –literalmente batalla cultural–. La *Kulturkampf* fue una campaña de acoso institucional contra la religión católica, orquestada por Bismarck a partir de los años setenta, pero larvada ya en la sociedad desde hacía por lo menos dos décadas. Según Nipperdey, la *Kulturkampf* no fue sino la vertiente de una tendencia común al resto de Europa, que enlazaba con el largo proceso de secularización, con la dura pugna del Estado por alcanzar la independencia respecto del poder religioso y, en paralelo, con su aspiración a generar sentimientos de adhesión y lealtad por encima de todo poder intermedio<sup>132</sup>. En definitiva, por decirlo con la hermosa expresión de Rousseau, con su ambición por lograr una especie de “religión civil”<sup>133</sup>.

Sin embargo, al contrastar esta situación con la española, parece más razonable pensar que la *Kulturkampf* fue una emergencia paradigmática en los países de tradición protestante<sup>134</sup>. Al considerar que la fe católica comportaba un peligro para la estabilidad de la nación unificada, una amenaza frente a la soberanía del Estado ya constituido, se decidió plantear una batalla directa contra dicha confesión. Pesaron en ello múltiples factores. Por un lado estaba el liberalismo, que en Alemania era de tradición protestante: en el catolicismo veía un espíritu anti-moderno y anti-racionalista que no era compatible con su proyecto político. Además, percibían el Estado unificado como un fruto de la apuesta protestante por la pequeña Alemania y desconfiaban de la propensión romano-universalista de los católicos. Aquí se aliaban dos motivos clásicos del liberalismo: su interés *económico* en mantener un mercado libre de intromisiones y su apuesta *política*

---

<sup>131</sup> SOTELO, Ignacio, “La cultura política de Alemania y España”, en ID., *A vueltas con España*, cit., pp. 65-78, especialmente pp. 67-73. Vid. también ABELLÁN, Joaquín, “La reforma protestante”, en AA. VV., *Historia de la teoría política (vol. 2)*, ed. por Fernando Vallespín, Alianza, Madrid, 2002, pp. 176-215, especialmente pp. 176-189.

<sup>132</sup> NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1866-1918 (Bd. II)*, cit., pp. 364 y ss

<sup>133</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, présentation, notes, bibliographie et chronologie par Bruno Bernardi, Flammarion, Paris, 2001, pp. 169-180.

<sup>134</sup> Vid. ÁLVAREZ JUNCO, José, *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 383-431. Los versos del poeta romántico José Zorrilla, citados por el propio Álvarez Junco, son bien significativos al respecto: “cuando hoy mi voz levanto / cristiano y español, con fe y sin miedo / canto mi religión, mi patria canto”.

por la neutralidad religiosa en el espacio público<sup>135</sup>. Concurría además su inquietud por ver disminuida su influencia en el Parlamento como consecuencia de la fundación del partido católico, el así llamado *Zentrum*<sup>136</sup>.

Por otro lado estaba el prusianismo, deseoso de apuntalar su liderazgo, que en la *Kulturkampf* vio un instrumento ideal para asfixiar a las regiones católicas del sur. Una vez expulsada Austria del proyecto nacional, era necesario asegurar su preponderancia en el Estado recién constituido. Y en estrecha relación con el vector prusiano, estaba la clase funcionarial, un estamento de larga tradición en la cultura política alemana, que se apoyaba en la existencia de un Estado libre de concurrencias y que apostaba por la creación de una cultura estatal de impronta laica. Protestante en su mayor parte, con un elevado sentido de la jerarquía y de la autoridad en las instituciones públicas, esta clase social se convirtió en un poderoso ariete contra el catolicismo. Por último estaba la colosal figura de Bismarck, que cifró buena parte de su proyecto político en la cruzada anti-católica. Por un lado, tenía convicciones personales que le movían a ello<sup>137</sup>. Pero por otro lado, y sobre todo, formaba parte esencial de su realismo político, en tanto que el catolicismo representaba un posible foco de agitación en Prusia oriental (Pomerania, Danzig y Silesia, hoy partes de la apostólica Polonia).

Tanto el papel del funcionariado como el significado de Bismarck se entienden bien desde la perspectiva del Estado autoritario –*Obrigkeitsstaat*– que caracterizaba a la cultura jurídico-política alemana desde antes del XIX<sup>138</sup>. Ya fuera por la influencia del protestantismo, por la Ilustración marcadamente estatalista que había atravesado, o por la presencia de elementos de tradición germánica más proclives a la exaltación de la comunidad y la autoridad<sup>139</sup>, el hecho es que en su cultura política yacía una propensión favorable al Estado fuerte y regulador<sup>140</sup>. Sobre este caldo de cultivo, en torno a los años setenta, se produjo el tránsito definitivo hacia las ideas del realismo político, con su

---

<sup>135</sup> El temor no era infundado. En 1870, tras meses de deliberaciones, se había sentado en Roma el dogma de la infalibilidad papal. A partir de entonces, la postura anti-moderna de la Iglesia se desplegó en toda su acritud: ataques contra la Ilustración, el liberalismo, el socialismo, la democracia, etc. Vid. WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., pp. 825-827. No obstante, esta deriva ya había comenzado desde la encíclica “*Mirari Vos*” de 1832. Para un análisis pormenorizado vid. PECES-BARBA, Gregorio (con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1999, pp. 79-91.

<sup>136</sup> WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., p. 835.

<sup>137</sup> Vid. HOLBORN, Hajo, “Bismarck’s Realpolitik”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 21, pp. 84-98.

<sup>138</sup> Vid. STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (Bd. 2)*, cit., p. 121.

<sup>139</sup> Vid. por ejemplo WIEACKER, Franz, “Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher”, en ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, cit., pp. 20-22.

<sup>140</sup> Vid. GUTMANN, Thomas, “Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, n° 122, 2005, pp. 150-194.

inevitable reflejo en el ámbito jurídico. Es así como, frente al típico modelo anglosajón, basado en una preeminencia del Derecho respecto al Estado, en Alemania se invirtieron los términos. Es el Estado, y el poder que éste encarna, el que se antepone al Derecho, el que le insufla vida y le otorga eficacia<sup>141</sup>. En este sentido, y por volver a la *Kulturkampf*, se daban todas las condiciones para convertir el anti-catolicismo en una rampa de salida hacia la secularización de corte estatalista.

Todos estos acontecimientos se materializaron en una serie de medidas concretas: se estableció la obligación de aprobar un examen de cultura alemana (filosofía, historia y literatura) para poder profesar el sacerdocio; la obligatoriedad del matrimonio civil, así como la atribución al Estado de todas las competencias relativas al estado civil de los alemanes; la posibilidad de confinamiento, pérdida de ciudadanía e incluso exilio de los sacerdotes que se tuviesen por rebeldes; la eliminación de todas las subvenciones públicas a la Iglesia católica; o la disolución de los establecimientos de aquellas órdenes que no estuvieran dedicadas a labores sanitarias<sup>142</sup>. Pese a que muchas de estas medidas colisionaban de frente con principios elementales del Estado de Derecho, el movimiento secularizador se dejó sentir en sectores menos extremos. Es llamativa, por ejemplo, la preocupación de los juristas del quicio entre los siglos XIX y XX por temas que hoy englobaríamos bajo la órbita del Derecho eclesiástico.

Como mera indicación, pueden citarse la lección pronunciada por Georg Jellinek con motivo de su nombramiento a Rector en 1907 –*Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*<sup>143</sup>– y la *Kritik der juristischen Grundbegriffe* de Ernst Rudolf Bierling<sup>144</sup>. Ambos, cada uno desde prismas diversos y en momentos distintos –hay un lapso de veinte años entre las reflexiones de Bierling y las de Jellinek– se preguntaban por la juridicidad del Derecho canónico, por los problemas que planteaba su intersección con el Derecho del Estado y por los límites que era necesario disponer al respecto. Para Jellinek, nacido en Austria pero residente en Heidelberg, el Derecho de la Iglesia representaba uno de los tres vectores de conflicto que podían plantearse en el seno del ordenamiento estatal. Los otros dos eran el choque entre el Estado moderno y el sistema feudal y el antagonismo entre monarquía y constitucionalismo. Para Bierling, veinte años antes que el austriaco,

---

<sup>141</sup> GOZZI, Gustavo, “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”, en AA. VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Pietro Costa e Danilo Zolo, Feltrinelli, Milano, 2006, pp. 260-283.

<sup>142</sup> WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., p. 837.

<sup>143</sup> JELLINEK, Georg, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht. Protektorsrede*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1907, sobre todo pp. 14-22.

<sup>144</sup> BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe [1877-1883]*, Scientia Verlag, Aalen, 1965, sobre todo pp. 1-13 (libro 1).



también el Derecho canónico constituía un problema. Desde un planteamiento mucho más teórico que el de Jellinek –pues su objetivo era proponer un concepto general y descriptivo del Derecho– lo cierto es que se paraba ante el mismo problema: ¿puede considerarse como Derecho al Derecho de la Iglesia? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿dónde estaría la diferencia con el Derecho del Estado?

El resultado de estas indagaciones nos es indiferente. Lo que nos interesa recalcar, por medio de estos dos ejemplos situados al principio y al final de un periodo que cubre el último tercio del XIX y los primeros años del XX, es el hondo calado que tuvo la problemática del Estado y la cuestión religiosa. Por volver al punto de partida, se trataría de una de las vertientes más señaladas de la dinámica burocratizadora a la que ya se ha aludido antes. El sometimiento del catolicismo a la férrea pauta impuesta por el Estado alemán, la *vis expansiva* de éste, su rápida absorción de las corrientes sociales del *Vormärz*, el hecho de haberse convertido en punto de referencia para casi todos los sectores ideológicos del *Nachmärz*, etc., no son sino manifestaciones de ese proceso de *burocratización universal* que se estaba viviendo en Alemania, y que Weber identificó como la gran deriva histórica del tránsito entre los siglos XIX y XX. A continuación, se explorará otro polo de tensión que caracterizó a la época de Jhering y que determinó en muchos aspectos su labor intelectual.

### ***b) Capitalismo, Derecho y “cuestión social”***

Desde luego, las raíces del capitalismo son muy anteriores a la Alemania del XIX. Si hacemos caso de Werner Sombart, deberíamos remontarnos a las ciudades Estado italianas de los siglos XV y XVI o a las ciudades autónomas de la Liga Hanseática para encontrar los primeros testimonios de esta forma de organización económica<sup>145</sup>. Así y todo, el capitalismo que empieza a desplegarse a finales del XVIII y principios del XIX rebasa con mucho estas formas primigenias. Además del afán de lucro y el espíritu de empresa, dos rasgos que ya aparecieron en los orígenes de su historia, el capitalismo decimonónico está muy ligado a la revolución industrial. El desarrollo de la economía fabril y, por tanto, de la producción mecanizada a gran escala; la invención y expansión de nuevos medios de comunicación, desde el ferrocarril hasta el telégrafo; los enormes progresos de la navegación que facilitaron el acceso rápido y sin riesgos hasta zonas

---

<sup>145</sup> Vid. SOMBART, Werner, *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, trad. de María Pilar Lorenzo, revisión de Miguel Paredes, Alianza, Madrid, 2005, pp. 145-161.

casi inalcanzables hasta entonces... Todos estos son elementos que abundan en la estrecha relación entre tecnología, industria y economía, que propició una transformación del capitalismo sin precedentes.

La propia palabra de “capitalismo” era novedosa hacia mediados del XIX. Si bien se había acuñado con anterioridad, su uso común sólo empezó a prodigarse hacia la década de 1860<sup>146</sup>. Hasta la mitad de la centuria, el despegue industrial se había dado casi en exclusiva en Gran Bretaña. Sin embargo, esta forma de capitalismo se expande a partir de la segunda mitad de siglo. Por lo que se refiere a Alemania, es en 1848 cuando Marx y Engels publican el *Manifiesto comunista*, una fecha significativa por varias razones. En primer lugar, y en cuanto a la historia global del país, porque fue el punto de inflexión entre el *Vormärz* y el *Nachmärz*. Tras la revolución burguesa del 48 se produjo el tránsito hacia la *Realpolitik*, se abandonó parcialmente el *proyecto político* liberal –teñido aún de idealismo– y en su lugar se colocó la salvífica idea del *progreso económico*, apoyada sobre el auge de la industria y legitimada por el convencimiento de que tal era el medio para alcanzar la riqueza y el bienestar que no había podido cosechar el romántico espíritu liberal. En suma, sería correcto afirmar que la revolución industrial alemana despegó con fuerza a partir de entonces<sup>147</sup>.

En segundo lugar, y en cuanto a la historia europea, 1848 es también una fecha señalada. De acuerdo con Hobsbawm, 1848 sella el fin de la “era de la revolución” en todo el continente y el paso a una conciencia política pragmática, cuyos dogmas eran la reforma y la evolución. Los liberales se apercibieron del riesgo del cambio violento, el peligro de desestabilización que entrañaba y su carácter innecesario para lograr los fines económicos deseados<sup>148</sup>. Mucho más prudente era acogerse a un pacto con la monarquía tradicional, como hizo la burguesía francesa, o abrazarse a la seguridad que ofrecía el Estado fuerte en Alemania. En el país galo, ese fue el *statu quo* que intentó justificar el liberalismo doctrinario<sup>149</sup>, una corriente de ideas que buscaba la conciliación entre los intereses de una burguesía asustada de sus propios excesos y una monarquía deseosa de recuperar el poder que le había sido arrebatado: ambos actores, otrora antagónicos, se complementaban ahora como engranajes sincronizados. En el país germano también se

---

<sup>146</sup> HOBBSAWM, Eric, *La era del capital (1848-1875)*, cit., p. 13.

<sup>147</sup> La revolución industrial alemana pasó por varias fases. La periodización más aceptada nos habla de una primera industrialización (entre 1780 y 1840), de una revolución industrial *stricto sensu* (entre 1840 y 1870) y de una fase industrial madura (entre 1870 y 1914). Vid. TILLY, Richard H., “Una interpretación pluralista de la industrialización alemana”, en AA. VV., *La revolución industrial*, pról. de Jordi Nadal, trad. de Juana Bignozzi y Gabriel Izard, revisión de Pere Pascual, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 159-160.

<sup>148</sup> Vid. HOBBSAWM, Eric, *La era del capital (1848.1875)*, cit., p. 32.

<sup>149</sup> Vid. DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 58-75.

dio esta conciliación entre burguesía y monarquía<sup>150</sup>, pero se aderezó con ingredientes intelectuales distintos a los de la Francia post-napoleónica: frente al precario juego de equilibrios que proponían las recetas doctrinarias, en Alemania estaba el punto de fuga del Estado, garantía de cohesión y de progreso, y referencia indiscutida para casi todos los protagonistas del espectro social.

En tercer lugar, la mitad del siglo XIX marca una cesura importante en relación con el positivismo. El lema del progreso empieza a cobrar un aspecto casi mítico. En su clásico libro sobre el tema, el historiador John Bury señalaba tres fases en la génesis de esta idea. La espita se abrió con la revolución científica de los siglos XVI y XVII y, en especial, con el aserto de Francis Bacon, según el cual la ciencia no está al servicio de la verdad, sino de la utilidad<sup>151</sup>. A continuación, y pese a la importancia de la reflexión ilustrada –en particular en Condorcet– el gran impulso llegó con el positivismo<sup>152</sup>. Arropados por una filosofía de la historia de impronta hegeliana, los sistemas de Saint-Simon y de Comte irrumpieron con un enfoque extraordinariamente optimista sobre el progreso humano. Lo relevante del caso es el estrecho vínculo de estas ideas con la industrialización<sup>153</sup>. Al igual que Bacon, el positivismo afirmaba el carácter utilitario de la ciencia. Pero más allá de aquél, diseñaba proyectos científicos en sintonía con la industria, pensados para una sociedad fabril y orientados a lograr la mejor eficiencia organizativa. La ciencia debía ser ciencia aplicada. Y el saber, en vez de conquista al fortín de la verdad, herramienta de trabajo social. En este clima, según Bury, surgió el último eslabón de la cadena ideológica del progreso: el darwinismo<sup>154</sup>. A partir de 1859, con la aparición del *Origen de las especies*, el dogma de la inmutabilidad biológica se hacía añicos. Y con ello, como corolario político-social, las ideas de cambio, reforma y evolución adquirirían carta de naturaleza definitiva.

En cuarto lugar, también en el ámbito jurídico es significativa la cesura entre las dos mitades de siglo. Como ha señalado Franz Wieacker, “a partir de 1848 se produjo el paso desde la antigua ciencia pandectística de la escuela histórica del Derecho hasta los códigos alemanes nacionales, bajo el empuje de las mismas fuerzas liberal-democráticas

---

<sup>150</sup> Vid. MEHRING, Franz, “Introducción histórica”, cit., pp. 20-27.

<sup>151</sup> BURY, John, *La idea del progreso* [1920], trad. de Elías Díaz y Julio Rodríguez Aramberri, Alianza, Madrid, 2009, pp. 60-72. Sobre Bacon como “filósofo de la revolución industrial”, vid. FARRINGTON, Benjamin, *Francis Bacon. Filósofo de la revolución industrial*, cit., especialmente pp. 99-133.

<sup>152</sup> BURY, John, *La idea del progreso*, cit., pp. 296 y ss.

<sup>153</sup> Vid. ROSSI, Pietro, *Positivismo e società industriale*, Loescher Editore, Torino, 1975, pp. 9-38.

<sup>154</sup> BURY, John, *La idea del progreso*, cit., pp. 340 y ss. Vid. también DEWEY, John, “La influencia del darwinismo en la filosofía”, en ID., *La miseria de la epistemología. Ensayos de pragmatismo*, ed., trad. y notas de Ángel Manuel Faerna, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pp. 49-60.

que habían conducido la revolución europea en Francia, Bélgica, Italia y Suiza (...). En particular, el código civil de 1900 es el hijo tardío de la ciencia pandectística y del movimiento nacional-democrático promovido desde 1848, sobre todo por parte del liberalismo”<sup>155</sup>. A partir de mitad de siglo, en efecto, la ciencia del Derecho alemana se alió con el positivismo, abandonó el historicismo exacerbado que le había impreso Savigny a principios de la centuria y se embarcó en una febril (¿quizás también fabril?) tarea de sistematización. Es la época del formalismo jurídico al servicio de la unidad del Derecho nacional. Este paso fundamental supuso un avance para la renovación jurídica del país, aunque pronto se vio superado por la insuficiencia de las pandectas como materia prima y por la imposibilidad de adecuar el viejo modelo romanístico a las circunstancias trepidantes del industrialismo<sup>156</sup>.

El vuelco frente a esta ciencia jurídica pasaría por varias fases. Primero apareció la corriente germanista, una facción de la escuela histórica que impugnaba el embeleso por el viejo Derecho romano. Este sector, a cuya cabeza se pondría Georg Beseler (1809-1888), se distinguió por reclamar una vuelta al Derecho germánico. Con ello, en primer lugar, querían revertir la incongruente adopción del Derecho romano propuesta por Savigny: si en verdad se trataba de hallar el espíritu del pueblo alemán, como rezaba el dogma del *Volksgeist*, entonces mejor sería buscarlo en el Derecho germánico. En segundo lugar, y he aquí el poso ideológico subyacente, pretendían acercar el Derecho al pueblo: a juicio de Beseler, la escuela histórica había degenerado en un academicismo interesado que atribuía a los juristas –a la doctrina– el monopolio en la creación del Derecho<sup>157</sup>. Cercanos al sector liberal-democrático, y activos propulsores del Estado nacional, los germanistas dieron así un primer aviso sobre la necesidad de mundanizar la ciencia del Derecho, sobre la perentoria exigencia de que los juristas se implicaran con la realidad<sup>158</sup>. Por otra parte, y en relación con la honda transformación económica que estaba viviendo Alemania, los esquemas germanistas resultaron ser más aptos para la renovación de las formas jurídicas mercantiles<sup>159</sup>.

La siguiente vuelta de tuerca para una adecuación de la ciencia jurídica al fragor del industrialismo y de sus consecuencias –que apremiaban cada vez con más fuerza– la

---

<sup>155</sup> WIEACKER, Franz, “Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher“, cit., pp. 10,11, 15.

<sup>156</sup> WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 430 y ss.

<sup>157</sup> BESELER, Georg, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann’sche Buchhandlung, Leipzig, 1843, pp. 342 y ss. El libro de Beseler recibió una dura crítica de Puchta, a la que aquél respondería con una mordaz adenda a la siguiente edición. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La escuela histórica del Derecho”, en ID., *De Kant a Marx (estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 135.

<sup>158</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, pp. 33-52.

<sup>159</sup> Vid. WIEACKER, Franz, “Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution”, cit., pp. 57-58.

constituirá el propio Jhering. Nacido en 1818, su juventud transcurre en el periodo del *Vormärz*, envuelto aún por el aura romántica y el ensimismamiento historicista<sup>160</sup>. Su primera obra es de 1844, cuando aún tenía 26 años: *Abhandlungen aus dem römischen Recht*<sup>161</sup>. Se trata de un repertorio de ensayos sobre temas de Derecho positivo marcado aún por el método romanístico de la escuela histórica. Pero los tiempos están a punto de cambiar. Cuatro años después estalla la revolución liberal, Marx y Engels publican el *Manifiesto comunista*, los germanistas plantean su primer embate a la escuela histórica, y la industria y la gran banca están listas para despegar. En su siguiente publicación seria, el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano* (1852), ya se siente un cambio de perspectiva. Pero sobre todo en el tercer volumen (1865), las tornas han cambiado por completo: entre mediados de siglo y los años sesenta se produjo una conversión que desembocaría en una ciencia jurídica volcada a lo social.

Así pues, el capitalismo industrial y “la cuestión social” son imprescindibles para entender la Alemania de Jhering. Como botón de muestra, vale la pena citar algunos párrafos del *Manifiesto comunista*: “...entonces vinieron el vapor y la maquinaria a revolucionar la producción industrial. En lugar de la manufactura comenzó la moderna gran industria, en lugar del estamento medio industrial aparecieron los industriales millonarios, los jefes de ejércitos industriales enteros [...]. La burguesía ha destruido todas las relaciones feudales, patriarcales, idílicas. Ha arrancado despiadadamente los abigarrados lazos que ligaban a los hombres con sus superiores naturales y no ha dejado otro lazo entre hombre y hombre que el desnudo interés, que el seco ‘pago al contado’ [...]. La continua transformación de la producción, la incesante sacudida de todos los estados sociales, la eterna inseguridad y movimiento, esto es lo que caracteriza la época burguesa respecto de todas las demás. Quedan disueltas todas las relaciones fijas, oxidadas, con su cortejo de representaciones y visiones veneradas desde antiguo, mientras todas las recién formadas envejecen antes de osificar”<sup>162</sup>.

En estas líneas se condensan muchos elementos de interés. En primer lugar, Marx y Engels nos advierten sobre la importancia del vapor y la maquinaria como motores de la

---

<sup>160</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 10-16.

<sup>161</sup> JHERING, Rudolf von, *Abhandlungen aus dem römischen Recht* [1844], Scientia Verlag, Aalen, 1981. Tiene tres ensayos: *In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?* (¿En qué medida el que está obligado a la prestación de una cosa debe entregar la ganancia con ella obtenida?); *Die Consolidation der bonae fidei possessio und der jura in re aliena durch die Analogie des Eigenthums* (La consolidación de la *bonae fidei possessio* y de los *jura in re aliena* a través de la analogía de la propiedad); *Die Lehre von der hereditas jacens* (La doctrina de la *hereditas iacens*).

<sup>162</sup> MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Manifiesto comunista* [1848], introd. y trad. de Pedro Ribas, Alianza, Madrid, 2002, pp. 42-45.

revolución industrial. Pese a lo trivial que esto pueda parecer, no está de más recalcar la profunda interpenetración entre avance tecnológico y capitalismo, uno de los sellos de nuestro tiempo que hunde sus raíces en este periodo y que abunda en el vínculo de ciencia, tecnología y economía tan característico de la época de Jhering<sup>163</sup>. En segundo lugar, nos llaman la atención sobre la transformación del capital: desde un modelo de acumulación de pequeña envergadura, basado en el prototipo de burgués tardo-medieval y renacentista<sup>164</sup>, en pocos años se transitó al modelo monopolístico, un paso en el que los nuevos medios de producción y de comunicación desempeñaron un papel crucial. En tercer lugar, Marx y Engels nos señalan dos elementos de la mayor importancia: 1) la disolución de los poderes estamentales y el consiguiente paso a una sociedad de clases basada en la propiedad; y 2) la instauración de una sociedad marcada por el cambio constante y afectada por una obsolescencia estructural.

Toda esta retahíla de mutaciones se acompañó de un hondo cambio cultural, que Dostoievski caricaturizó con maestría: “En cada casa está el *Vater* (padre), tan virtuoso y tan honesto. Da hasta miedo acercarse a él de puro honrado que es... Todo *Vater* tiene su familia, y por las tardes leen juntos en voz alta libros edificantes. De fuera llega el rumor de los castaños y los olmos. El sol se pone, en el tejado hay una cigüeña y todo resulta tan poético y conmovedor... Supongamos que el *Vater* ha ahorrado unos florines y cuenta con el primogénito para transmitirle su oficio o las tierras. Para eso, no se da dote a las hijas y éstas se quedan solteras. Para eso, se vende al hijo menor como criado o como soldado, y el dinero se une al capital familiar... Y, luego, ¿qué? Que también el primogénito pasa lo suyo: tiene a su Amalchen, a la que se siente sentimentalmente unido, pero con la que no puede casarse porque no ha ahorrado bastantes florines... Pero pasan veinte años y los bienes se han multiplicado: ya han ahorrado bastantes florines honesta y virtuosamente. El *Vater* bendice al hijo cuarentón y a la Amalchen de treinta y cinco años, de pecho seco y nariz colorada... El primogénito se convierte a su vez en un *Vater* virtuoso, y la historia se repite... Y a la quinta o sexta generación aparece el mismísimo barón Rothschild, o Hoppe y compañía...”<sup>165</sup>.

Difícilmente se podría haber captado mejor la naturaleza del proceso que tuvo lugar en Alemania: el pequeño-burgués de férrea moral evangélica, cuya familia lleva décadas trabajando en un negocio mercantil y acumulando capital, y que alza el vuelo definitivo

---

<sup>163</sup> HOBSBAWM, Eric, *La era del capital (1848-1875)*, cit., pp. 54-57.

<sup>164</sup> Vid. SOMBART, Werner, *El burgués*, cit., pp. 115-141.

<sup>165</sup> DOSTOIEVSKI, Fiodor, *El jugador*, en *Obras completas (VI)*, ed. en castellano por Augusto Vidal, estudio preliminar de José Luis L. Aranguren, Editorial Vergara, Barcelona, 1969, pp. 49-50.

en el *Nachmärz*, convirtiéndose así en empresario de talla internacional<sup>166</sup>. Los casos de Krupp o de Siemens, estrictos contemporáneos de Jhering, son buenos ejemplos de esta evolución. Por un lado, esta clase se benefició de la ruptura de los lazos de sujeción estamentales y del derrumbe definitivo del Sacro Imperio; en este sentido, acariciaron con verdadera avidez la posibilidad de construir un Estado nacional, que brindara la anhelada unidad de mercado y que, por tanto, se fundamentara en la uniformización del Derecho alemán. Por otro lado, aprovecharon las enormes posibilidades que facilitaban las nuevas tecnologías: gracias a la seguridad y la previsibilidad que aportaban los medios de comunicación y la mecanización, la producción se podía organizar hasta extremos insospechados un par de generaciones atrás.

Este doble proceso de racionalización –político-jurídica y económica– encontró un poderoso aliado en el Estado: “la burguesía... ha aglomerado la población, centralizado los medios de producción, concentrado la propiedad en pocas manos. Consecuencia necesaria de esto ha sido la centralización política. Provincias independientes, casi federadas simplemente, cada una con diferentes intereses, leyes, gobiernos, tarifas aduaneras, se han visto obligadas a unirse en una sola nación, un solo gobierno, una sola ley, un solo interés nacional de clase, una sola línea aduanera”<sup>167</sup>. Es decir: frente a un modelo liberalizador, el capitalismo alemán se alió con el Estado autoritario. Y así tuvo lugar un proceso que, no por azar, se ha calificado como “capitalismo organizado”<sup>168</sup>. A tenor de los resultados, parece que el sistema funcionó de forma extraordinaria: en 1820, el producto interior bruto per cápita era de 1112 dólares (por debajo de casi todas las potencias europeas), mientras que en 1913 llegaba hasta 3833 (de los más elevados). El avance entre ambas fechas fue del 3,4%, el más alto de toda Europa; y el diferencial entre 1870 y 1913 fue del 2 %, igualado sólo por Dinamarca<sup>169</sup>.

Este fenómeno de racionalización –burocratización en la jerga de Weber– tuvo que cumplirse en muy distintos foros. Después de la política de unión aduanera –el *Zollverein*– la unificación jurídica fue el paso más importante por acometer. A la altura de 1818, el año en que nació Jhering, Alemania era un galimatías de ordenamientos

---

<sup>166</sup> El análisis de Nipperdey sobre las precondiciones culturales de la revolución industrial corrobora el retrato de Dostoievski. Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1800-1866*, cit., pp. 179 y ss.

<sup>167</sup> MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Manifiesto comunista*, cit., p. 47.

<sup>168</sup> Vid. WEHLER, Hans-Ulrich, “Der Aufstieg des organisierten Kapitalismus und Interventionsstaates in Deutschland”, en AA. VV., *Organisierter Kapitalismus. Voraussetzungen und Anfänge*, hrsg. von Heinrich August Winkler, Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 1974, pp. 36-57. El concepto de “capitalismo organizado” fue acuñado por Rudolf Hilferding en 1915.

<sup>169</sup> LIVI-BACCI, Massimo, *Historia de la población europea*, trad. castellana de María Pons, Crítica, Barcelona, 1999, p. 132.

verdaderamente confuso. En Prusia, desde 1794, regía el *Allgemeines Landrecht für die preußische Staaten*, un código de inspiración romanista e ilustrada que se adelantó en diez años a la codificación napoleónica<sup>170</sup>. En el imperio austriaco, desde 1811, regía otro código de orientación ilustrada, probablemente la última gran codificación de corte iusnaturalista de la historia del Derecho<sup>171</sup>. Al oeste del Rin y en algunas zonas de Renania y Westfalia seguía funcionando el código francés: pese a que Napoleón había sido derrotado en 1813, algunas regiones pro-galas prefirieron no abolir el *Code*, con el que siguieron gobernándose hasta la aprobación del *BGB* en 1900. Y en el gran espacio geográfico restante, que comprendía un sinnúmero de pequeños Estados, era el Derecho romano quien hacía las veces de ordenamiento (obviamente actualizado por el *usus modernus pandectarum* de los siglos XV y XVI<sup>172</sup>).

En este contexto es en el que se inserta la “polémica de la codificación” (1814), que enfrentó a Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) y a Karl Friedrich von Savigny (1779-1861). Mientras que el primero se mostraba favorable a la creación de un código único para toda la nación alemana, el segundo se aferraba al mantenimiento de ciertos particularismos. Thibaut se apoyaba en argumentos iusnaturalistas, pues hablaba del corazón humano, el entendimiento, la razón y hasta la “matemática jurídica” como fundamentos del anhelado código<sup>173</sup>. Savigny, en cambio, anclaba su posición en el discurso historicista que convirtió en estandarte de una nueva corriente de pensamiento: el Derecho no puede reducirse a leyes racionales, puesto que emana de la entraña de la nación, como un fruto maduro de su historia<sup>174</sup>. Pese a estos planteamientos filosóficos, las razones de fondo eran más bien políticas: mientras que Thibaut buscaba espolear el patriotismo germano en un sentido liberal, poniendo un fuerte acento en el papel de la legislación, Savigny quería una nación de corte conservador, cultural y no política, con un Derecho suministrado por la doctrina académica<sup>175</sup>.

Los términos de este debate, que se convirtieron en el pentagrama sobre el que se inscribió toda la sinfonía jurídica de la centuria, pasarán por diversas etapas. Si en el *Vormärz* fue Savigny quien logró concitar a un mayor número de adeptos, las cosas

---

<sup>170</sup> DILTHEY, Wilhelm, *Zur preußischen Geschichte (Gesammelte Schriften, Bd. XII)*, 2. Aufl., B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 1960, pp. 152-182.

<sup>171</sup> Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1800-1866*, cit., pp. 80-82.

<sup>172</sup> Vid. HATTENHAUER, Hans, “Einleitung”, en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programatische Schriften*, 2. erw. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, pp. 21-25.

<sup>173</sup> THIBAUT, Anton Friedrich Justus, “Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”, en AA. VV., *Thibaut und Savigny*, cit., p. 54.

<sup>174</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La escuela histórica del Derecho”, cit., pp. 118 y ss.

<sup>175</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., p. 95.



cambian hacia mitad de siglo. A partir de entonces, los partidarios de la codificación se hacen con la hegemonía. Incluso uno de los representantes más señeros de la pandectística, Bernhard Windscheid, será un firme partidario del código. El primer gran protagonista de esta escuela, Georg Friedrich Puchta, había continuado la senda labrada por Savigny: por un lado firme defensor del Derecho consuetudinario, en una línea que entroncaba con la vertiente historicista de aquél; y por otro lado teórico del sistema –la pirámide de conceptos– con lo que enlazaba con su veta conceptualista<sup>176</sup>. El segundo personaje de la escuela fue el primer Jhering, con quien la embriaguez conceptual llegó hasta cotas máximas<sup>177</sup>. Y el tercer representante, en fin, fue Windscheid. Aunque nunca se desprendió del enfoque sistemático y doctrinal heredado de Puchta y Savigny, acentuará el protagonismo de la ley: es en ella donde el sistema halla la clave, donde se resuelve la razón interna del ordenamiento<sup>178</sup>.

Junto al papel del industrialismo, o quizás precisamente a su cuenta, apareció otro factor que reclamaba una intensa racionalización jurídica: la famosa “cuestión social”. El capitalismo industrial, pese a la riqueza que aportó en términos macroeconómicos, había motivado la aparición de nuevas formas de pobreza. Desde estas coordenadas se explica el surgimiento del socialismo. Pues bien, para evitar la expansión de estas ideas, para frenar el posible alzamiento de masas de población explotadas, Bismarck puso en marcha una novedosa batería de políticas sociales<sup>179</sup>. El acercamiento hacia la política social, además, le permitía apartarse del liberalismo y justificar la paulatina vigorización del poder ejecutivo, algo que estaba en el núcleo de su ideario y que entroncaba con la tradicional exaltación germana del Estado. Por si fuera poco, la obligación estatal de procurar el bien a los súbditos formaba parte de la cultura política alemana: antes que relegar esa labor a comunidades eclesiásticas o asociaciones intermedias, era el Estado quien debía satisfacer esas necesidades<sup>180</sup>.

Así pues, aunque no lo hiciera animado por sentimientos altruistas, lo cierto es que Bismarck fundó uno de los primeros sistemas de Seguridad Social. De acuerdo con Esping-Andersen, los fines de este modelo eran básicamente dos, ambos relacionados con la política de clases. Por un lado, se buscaba consolidar las divisiones entre los

---

<sup>176</sup> LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neubearbeitete Aufl., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg/ New York, 1991, pp. 19-32.

<sup>177</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe” [1857], *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

<sup>178</sup> LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. pp. 28-32.

<sup>179</sup> Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1866-1918, Bd. I*, cit., pp. 335 y ss.

<sup>180</sup> Vid. GUTMANN, Thomas, “Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens”, cit., p. 175.

asalariados, para lo cual se destinaron diferentes programas sociales en función de la clase y el estatus. Por otro lado, se quería generar un sentimiento de lealtad directa hacia el Estado, para lo cual se establecieron numerosos subsidios de jubilación<sup>181</sup>. Pero además del sistema de pensiones –aunque a lo largo de un proceso paulatino y lleno de deficiencias– se instauraron otras prestaciones: seguros laborales, seguros sanitarios o seguros de pobres<sup>182</sup>. El objetivo de todo este entramado de medidas era generar una especie de Estado corporativo, un modelo que se correspondía con la fuerte tradición gremial de la que antaño había gozado Alemania. Y mediante dicho artificio, pensaba Bismarck, se podía hacer frente con eficacia a las tentaciones revolucionarias. Además, a través de un sistema de subsidios que tendía a fortalecer a las clases funcionariales, se conseguía construir ese Estado fuerte al que aspiraba<sup>183</sup>.

Lo que nos interesa recalcar es la íntima relación entre el capitalismo, la cuestión social y las transformaciones en el mundo del Derecho. De alguna forma, se terminó configurando un complejo juego de relaciones que abocaba a la necesidad de un Estado potente. Por un lado, el liberalismo necesitaba al Estado para poder abrir el mercado y ampliar su influencia. Pero una vez unificado éste, fue necesario atender la problemática social. Mientras que los doctrinarios franceses aplacaron los excesos de la revolución mediante un pacto precario entre burguesía y monarquía, en el país germano se encontró una solución más efectiva: la creación de un sistema de Seguridad Social que ponía coto a las ambiciones revolucionarias. Ambos rasgos contaban con un suelo abonado en la tradición política germana; tanto el Estado autoritario como su orientación social formaban parte de profundas derivas históricas: “el Estado autoritario alemán impuso al ilimitado dominio del Derecho privado liberal fronteras más férreas que en otros países del centro y el oeste de Europa. Sus fundamentos eran conservadores, por un lado, y proclives al Estado del bienestar, por el otro lado”<sup>184</sup>.

## 2.2. Breve semblanza ideológica de Jhering

Una vez expuesto el anterior contexto histórico, conviene preguntarse por el puesto de Jhering en dicho marco. En este sentido, quizá sea útil recurrir al juicio de varios historiadores que han querido ver en su obra un hito de la ciencia jurídica del XIX. De

---

<sup>181</sup> ESPING-ANDERSEN, Gösta, *Los tres mundos del Estado del bienestar*, cit., pp. 44-45.

<sup>182</sup> Vid. SCHMOLLER, Gustav, *Die soziale Frage*, cit., pp. 326-514.

<sup>183</sup> ESPING-ANDERSEN, Gösta, *Los tres mundos del Estado del bienestar*, cit., p. 44 y 63-64.

<sup>184</sup> WIEACKER, Franz, “Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher”, cit., p. 20.

acuerdo con una tendencia bastante extendida en la historiografía germana –y no sólo en la del Derecho– Jhering sería el gozne entre dos épocas que marcaron el siglo en todos los ámbitos de la sociedad y la cultura. Si la disputa entre Bismarck y Gerlach servía como indicador de la transformación política acaecida hacia los años cincuenta, si la aparición del darwinismo sellaba el paso desde el historicismo hasta el cientifismo, y si personajes como Krupp o Siemens encarnaban el nuevo modelo capitalista, Jhering haría las veces en el mundo del Derecho: de una ciencia jurídica romántica, academicista, ajena a los vaivenes de una sociedad en marcha, a una ciencia jurídica comprometida, activa en la transformación social, consciente de su necesaria evolución y volcada a una contemplación realista del Derecho.

En el *Biographisches Wörterbuch zur deutschen Geschichte*, Günther Franz emitía la siguiente valoración sobre Jhering: “pese a que él mismo no extrajo las consecuencias políticas de su pensamiento, y pese a estar muy determinado por el liberalismo, la teoría de Jhering se ajustaba también a las tareas de una nueva era de masas socialista”<sup>185</sup>. Con un juicio similar se mostraba el historiador Theodor Schieder: “debemos citar al gran jurista Rudolf von Jhering, que en cierto modo es la representación más característica de la época... Jhering sentó las bases de la ciencia y la teoría jurídicas del positivismo: en su opinión, el Derecho surge como medio para alcanzar fines sociales y políticos; el último fin del Derecho es la “aseguración de las condiciones de vida”, el mantenimiento y la afirmación de la propia vida. El Estado, como concentración del poder social, se convierte para él en la fuente de todo Derecho; rechaza todos los presupuestos jurídicos de corte supraestatal, universal, iusnaturalista o ético. Identifica la esencia del Derecho en la ley positiva de cada Estado soberano [...]. En Jhering, que entendía su propio pensamiento dentro de los principios de la política bismarckiana, se condensa un hito del desarrollo del pensamiento alemán”<sup>186</sup>.

Por último, también en la historia de Nipperdey (que aquí se ha manejado como una de las principales referencias para el siglo XIX) se vierte una valoración similar. En su opinión, la ciencia jurídica pandectista, caracterizada por ese formalismo que Philip Heck ridiculizaría con el apelativo burlón de “jurisprudencia de conceptos”<sup>187</sup>, era una

---

<sup>185</sup> FRANZ, Günther, “Jhering”, en *Biographisches Wörterbuch zur deutschen Geschichte*, Bd. II, begründet von Hellmuth Rößler und Günther Franz, 2. Aufl. bearbeitet von Karl Bosl, Günther Franz, Hans Hubert Hofmann, Francke Verlag, München, 1974.

<sup>186</sup> SCHIEDER, Theodor, “Das Reich unter der Führung Bismarcks”, en AA. VV., *Deutsche Geschichte im Überblick. Ein Handbuch*, hrsg. von Peter Rassow, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, Stuttgart, 1953, p. 568.

<sup>187</sup> Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 49.

tendencia construida como soporte del pensamiento liberal y el capitalismo. Al empeñarse en trazar un sistema formal de conceptos, cuya custodia se atribuía a la doctrina académica, se lograba un Derecho controlado desde atalayas afines a la burguesía ascendente<sup>188</sup>. Con su entronización de la voluntad como concepto supremo del sistema, los pandectistas no hacían sino prolongar una línea de pensamiento que hunde sus raíces en el contractualismo de los siglos XVII y XVIII, y que enlaza con la formación y el desarrollo de la nueva clase burguesa: lo que constituye el pacto político, lo que subyace a todo Derecho, no es otra cosa que la voluntad de individuos que realizan actos a su libre arbitrio, independientes de condicionamientos atávicos y de sujeciones supra-individuales de cualquier género. El Derecho no es obra de monarcas esclarecidos ni de demiurgos supraterrales, sino el resultado de una concurrencia de voluntades determinadas sólo por su colisión recíproca<sup>189</sup>. Desde esta plataforma teórica obtenían legitimidad muchas instituciones esenciales para el capitalismo: la propiedad, la autonomía privada, la libertad contractual o la libre competencia. Se trataba, en suma, del señorío ilimitado de la voluntad<sup>190</sup>.

Frente a esta corriente, señalaba Nipperdey, se produjeron dos grandes reacciones. Por un lado la de Jhering, que desplazó su pensamiento hacia la arena del fin social, diluyendo el vínculo unívoco con la autonomía de la voluntad y reubicando al Derecho en un cauce de comunicación directa con dos instancias de carácter supraindividual: la sociedad y el Estado. Por otro lado la de Otto von Gierke, que también dirigió sus ideas hacia el campo de lo social: frente a la tradición de pensamiento romanista, que anclaba su sistema en una consideración individual y atomística de los sujetos de Derecho, von Gierke reivindicaba el calado social de la corriente germanista, el papel fundamental de conceptos como el de asociación, colectivo, organismo, etc.<sup>191</sup>. Tanto el primero como el segundo, aunque desde premisas diversas –e incluso opuestas– sentaron las bases para una crítica en profundidad de la pandectística. A partir de entonces, como ya señaló González Vicén, se abría la veda para un enfoque social del Derecho, que marcaba un cambio sustancial entre las problemáticas del XIX y las del XX<sup>192</sup>. Podría sugerirse que, si el XIX fue el siglo del Derecho privado y el Estado liberal, el XX se enderezaría

---

<sup>188</sup> NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1866-1918*, cit., pp. 655-656.

<sup>189</sup> Vid. MACPHERSON, Crawford Brough, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2005, pp. 55-74 y 99-103.

<sup>190</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 441-442.

<sup>191</sup> NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1866-1918*, cit., pp. 657-658.

<sup>192</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 259-260.

hacia el Derecho público y el Estado social. En este sentido, tanto Jhering como Gierke abrían las puertas de una nueva etapa<sup>193</sup>.

Sobre la base de este tipo de consideraciones, se ha querido ver en Jhering a un pensador progresista, de izquierdas, cercano al socialismo y hasta revolucionario. En el obituario que Adolf Merkel redactó tras su muerte se refirió a él, en contraposición con Savigny, atribuyendo a este último una “tonalidad conservadora” e identificando en Jhering un “carácter progresista”<sup>194</sup>. Su biógrafo en la *Neue Deutsche Biographie*, Alexander Hollerbach, expresaba un juicio más moderado que el anterior: aludía a la creencia en el progreso que siempre caracterizó a nuestro jurista, pero la vinculaba con el posicionamiento ideológico de la burguesía propietaria<sup>195</sup>. Wolfgang Fikentscher, que probablemente ha sido el más radical, ha llegado a emparentar a Jhering con las ideas socialistas: “en cuanto al contenido, su pensamiento estaba dominado, en su vertiente política, por concepciones progresistas, sociales e incluso socialistas, de manera que no andaríamos nada errados al ubicar a Jhering, si viviera hoy todavía, en el ala derecha de la socialdemocracia”<sup>196</sup>. Ahora bien, ¿hasta qué punto son acertados estos juicios? ¿De verdad es lícita una afirmación como esta última?

La cuestión no es fácil de resolver de un plumazo. En todo caso, y atendiendo a los testimonios que se desmenuzarán a continuación, parece más conveniente quedarse con la opinión de Leopoldo Alas “Clarín”, puesto que dio en la diana más que ningún otro: “cualesquiera que sean las opiniones de Jhering en punto a la política actual, y a pesar de ciertas tendencias con exceso conservadoras que a veces ha manifestado, *La lucha por el derecho* es en rigor, sabiendo leer entre líneas, y aun sin eso, una obra de consecuencias revolucionarias, dando a este adjetivo el sentido menos alarmante posible”<sup>197</sup>. La cita está extraída de su célebre prólogo a *La lucha por el Derecho*, por lo que se entiende la alusión concreta a este opúsculo. No obstante, la afirmación podría extenderse a toda la trayectoria científica de Jhering. Y es que, pese a que nunca pudo sustraerse de un fondo conservador, nuestro jurista se inclinó hacia una vertiente más

---

<sup>193</sup> Es significativo el papel de Gierke como crítico principal del borrador de código civil de 1889, al que achacaba una enorme ceguera para las cuestiones sociales. Vid. WOLF, Erik, “Otto von Gierke”, en ID., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4ª ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1963, pp. 698 y ss.

<sup>194</sup> MERKEL, Adolf, “Jhering”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Gustav Fischer, Jena, 1893, p. 20.

<sup>195</sup> HOLLERBACH, Alexander, “Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Neue deutsche Biographie*, Bd. 10, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, pp. 123-124.

<sup>196</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 156.

<sup>197</sup> ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, “Prólogo” a *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo González Posada, Doncel, Madrid, 1976, p. 11.

social que la propia de su clase y terminó forjando una filosofía del Derecho proclive a ser interpretada desde la izquierda. No en vano, como ya se vio en el capítulo segundo, su obra fue asumida por muchas corrientes de pensamiento crítico.

En este sentido, parafraseando a Clarín, Jhering fue un revolucionario en el sentido débil del término, de los que se filtran en el subsuelo de la historia y van calando de forma inconsciente en la cultura; de los que logran, desde su despacho, provocar un vuelco de consecuencias no previstas. Probablemente, a ello contribuyeron su carácter abierto y honesto, su enorme curiosidad por lo nuevo, su sensibilidad por los problemas de la vida real y su perspicacia para detectar el cambio social. Y así, aun partiendo de premisas conservadoras –de “un espíritu cándidamente conservador”, en palabras de Mario Losano<sup>198</sup>–, se convirtió en un referente para la crítica de izquierdas a la escuela histórica y el formalismo. En cierto modo, su puesto es parangonable al de Bismarck: otro personaje sobresaliente que, arraigado en un mantillo ideológico bien lejano de todo progresismo, hizo aportaciones revolucionarias a la posteridad<sup>199</sup>. A continuación profundizaremos en esta semblanza dual de Jhering: en primer lugar abordaremos su relación con el tema del Estado y la cuestión religiosa (§a) y, en segundo lugar, veremos la problemática del capitalismo y la cuestión social (§b).

#### ***a) Estado, nación y religión en la ideología de Jhering***

Este carácter bifronte del perfil político de Jhering se explica si tenemos en cuenta el marco histórico. Lo primero que hay que aclarar, frente a la tesis del apoliticismo manejada en su día por Mitteis<sup>200</sup>, es el hondo calado político de la obra, la personalidad y el pensamiento de Jhering. Es verdad que nunca se dejó llevar por fáciles excursos panfletistas, ni se dedicó a escribir sobre cuestiones políticas de forma directa. Jhering fue jurista positivo, romanista y filósofo del Derecho, no político profesional ni filósofo de la política. No obstante todo ello, hay un latido político en todas y cada una de sus páginas, incluso en aquellas que más peregrinas nos puedan parecer a este respecto. Aquí es donde tienen sentido las consideraciones que se hicieron en torno a la noción de

---

<sup>198</sup> LOSANO, Mario G., “Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering in una lettera inedita ad Heinrich von Treitschke”, in AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Ascheri*, Argalía, Urbino, 1970, p.185.

<sup>199</sup> Vid. WINKLER, Heinrich August, “Ein Junker als Revolutionär. Zum 100. Todestag Otto von Bismarcks”, en ID., *Auf ewig in Hitlers Schatten? Anmerkungen zur deutschen Geschichte*, C. H. Beck, München, 2007, pp. 25-32.

<sup>200</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 50, Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, pp. 652-664.

ideología: muchas veces no se trata de una toma de partido plenamente consciente, sino de una impregnación inadvertida. Sea como sea, lo cierto es que su pensamiento estaba en consonancia con los cambios políticos de su época.

La primera constatación tiene que ver con el hecho de que el propio Jhering se presentó en una ocasión a una elección pública. Concretamente, ejerció su candidatura como representante de la provincia prusiana de Frisia Oriental –su región natal<sup>201</sup>–, para el Parlamento de Alemania del Norte en el año 1867. Se trataba de una fecha señalada en la carrera que Prusia había emprendido para capitanear el proyecto de unificación nacional. En 1864 había tenido lugar la guerra contra los daneses, a resultas de la cual se consiguieron los territorios de Schleswig y Holstein, que pasarían a ser controlados por Prusia y por Austria respectivamente. En 1866, siguiendo un plan trazado por Bismarck con auténtico esmero, se había declarado la guerra a Austria. Gracias al esfuerzo que se había puesto en la renovación del ejército –orquestada por el general Helmuth von Moltke y apoyada en una política presupuestaria muy centrada en el gasto militar<sup>202</sup>–, la victoria cayó del lado de Prusia. Con este paso se asentaba la vía de unificación *klein-deutsch* (la pequeña Alemania) defendida por Bismarck. La consecuencia de este triunfo fue la creación de la Federación de Alemania del Norte, en la que se aglutinaban todos los Estados norteños bajo la hegemonía prusiana. La adhesión de los Estados del sur no tendría lugar hasta 1871, tras la victoria contra Francia.

La semblanza ideológica de Jhering se deja representar muy bien a través de estos acontecimientos. En primer lugar, la cuestión danesa fue de la mayor importancia para su formación política. Su primera mujer, que murió muy prematuramente, procedía del Schleswig, una región de cultura y lengua alemanas controlada por la corona danesa. Y su segunda mujer, con la que tendría sus cinco hijos, también procedía de esta región<sup>203</sup>. Por si fuera poco, los hermanos de esta última habían luchado activamente en la guerra contra Dinamarca, hasta el punto de que uno de ellos perdió la vida en la contienda<sup>204</sup>. Con semejantes antecedentes familiares, es obvio que la implicación política de Jhering se viera muy fortalecida. Si en una primera etapa se había opuesto con tesón al plan de

---

<sup>201</sup> Frisia Oriental, situada en la frontera con Holanda, fue principado autónomo hasta 1744, cuando Prusia la anexionó. Vid. DEETERS, Walter, *Kleine Geschichte Ostfrieslands*, Verlag Schuster, Leer, 1992.

<sup>202</sup> Winkler señala que, a la altura de 1871, las partidas de gasto militar constituían cuatro quintas partes del presupuesto del *Reich*. Vid. WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., p. 834. Además, el debate sobre el excesivo gasto militar fue uno de los puntos neurálgicos del enfrentamiento de los liberales con Bismarck. Vid. MEHRING, Franz, “Introducción”, cit., pp. 10-11.

<sup>203</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, 2. Aufl., hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1993, p. 14.

<sup>204</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 20.

la “pequeña Alemania”, como tantos otros alemanes, hacia los años sesenta terminó abrazando esta vía realista preconizada por Bismarck<sup>205</sup>. Desde luego, en este tránsito influyeron muchos factores, pero la cuestión danesa desempeñó un papel fundamental. Como nos narra su hijo Hermann, en la familia de Jhering se discutía con ardor sobre este asunto y, en alguna ocasión, llegaron a cobijar en su casa a tropas de húsares prusianos; concretamente en 1866, una vez comenzada la guerra contra Austria y viviendo ya en la pequeña ciudad de Gießen<sup>206</sup>.

Fue justo después de este intenso periodo cuando Jhering se animó a entrar en la política activa. Embebido por el convulso clima bélico y social, así como por el vuelco realista que iba tomando vigor en el ambiente intelectual, se hizo plenamente consciente de la importancia de luchar por un Estado unitario. Y así, frente a las valoraciones negativas que había manifestado sobre Bismarck en primera instancia, se convirtió en uno de sus más fervientes seguidores. Como también nos narra su hijo Hermann, “mi padre reconoció claramente la necesidad de una reconfiguración total de las relaciones políticas alemanas a través de Prusia y bajo su dirección. Esto puede parecer evidente hoy en día, pero en aquella época el número de patriotas que se colocaban en semejante posición, sin pertenecer a Prusia, no era grande en absoluto”<sup>207</sup>. Así pues, tras la derrota de Austria y la constitución del Parlamento de Alemania del Norte, Jhering se presentó como candidato para representar a su región natal. Afortunadamente para la ciencia y la filosofía del Derecho, perdió por un escaso número de votos y ya nunca más prosiguió ese camino. No obstante, debería quedar claro que de ningún modo es acertado concebir a Jhering como personaje apolítico.

Ahora bien, ¿a qué sector ideológico podemos adscribirle? ¿Qué posiciones adoptó en los debates políticos expuestos en el anterior epígrafe? Pues bien, una de las primeras claves a considerar tiene que ver con su origen familiar. Jhering provenía de una familia asentada en la Frisia Oriental desde hacía más de tres siglos, cuyos antepasados habían pertenecido a la clase funcionarial de forma ininterrumpida, ejerciendo como juristas en diversos escalafones administrativos<sup>208</sup>. A nadie se le escapará que semejante bagaje

---

<sup>205</sup> Vid. LOSANO, Mario G. *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 19-21.

<sup>206</sup> Vid. JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., pp. 448-449.

<sup>207</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 449.

<sup>208</sup> De acuerdo con el árbol genealógico descubierto y publicado por Losano, la cadena de ascendientes afincados en Frisia se puede seguir hasta Joachim Jhering, nacido en 1552 en Pomerania, pero activo en varios puestos administrativos en Frisia y alrededores. Ahora bien, la profesión funcionarial llega hasta el antepasado más remoto recogido en el árbol, Sebastian, nacido en Franconia en 1371. Vid. LOSANO, Mario G., *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, Aktiv Druck & Verlag, Ebelsbach, 1996. La reproducción facsimilar del árbol genealógico se incluye al final del libro.



habría de influir en su alta estima del Estado burocrático, que terminaría imponiendo Bismarck y que se apoyaba en el extraordinario peso del funcionariado prusiano. El propio Jhering orientó sus primeros pasos en esa dirección, ya que quería emular la larga tradición familiar. Después de cursar estudios de Derecho en Heidelberg, Múnich y Göttingen, presentó su solicitud para el primer examen de Estado requerido por la Administración del reino de Hannover. Sin embargo, la pretensión no fue aceptada porque su hermano mayor ya estaba ejerciendo funciones y no era deseable tener a dos Jhering en las entretelas del gobierno<sup>209</sup>. Pese a que esto supuso una grave decepción para él, hoy hemos de agradecer que así fuera, pues sólo a partir de entonces decidió enderezar su rumbo hacia la carrera universitaria.

Si a esto le añadimos que dos de sus hijos trabajarían como funcionarios –uno en la Administración de Justicia de Hannover y otro en el Gabinete de Gobierno berlinés– podemos hacernos una idea de la importancia que se adjudicaba a este sector en la casa Jhering. Más allá de lo anecdótico, se trata de algo plenamente reflejado en su obra y su actividad profesional. En su obra, los elogios a la Administración pública son frecuentes y generosos a lo largo de *El fin en el Derecho*<sup>210</sup>. Y en su actividad profesional, es muy revelador un dictamen que redactó con motivo de una ley de propiedad intelectual que se estaba preparando en 1887. Se trata de un documento descubierto por Losano en 1968, en el que Jhering mostraba su parecer al Ministro de Justicia del *Reich*<sup>211</sup>. Lo interesante es la enorme responsabilidad que nuestro autor otorgaba a la Administración en cuanto que garante de la tutela de los escritos inéditos. Ante la imposibilidad de dictar una ley general por falta de experiencia al respecto, y en lugar de atribuir el papel de tutela a la judicatura, proponía reservar esa tarea a un órgano administrativo. Sólo después de un tiempo prudencial, tras haber acumulado experiencia suficiente, podría promulgarse una ley general. El fundamento de esta tesis estaba en la idea, fuertemente positivista, de que el juez debía limitarse a la *aplicación* mecánica de la norma, mientras el Estado gozaba de plenas potestades en la *creación* del Derecho.

Así pues, el funcionariado es el estamento al que debemos adscribir a la familia de Jhering. La presencia del “von” en su apellido, normalmente indicativo de ascendencia nobiliaria, no debe inducir a error, pues se trata de un galardón concedido en 1872 por el

---

<sup>209</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., pp. 12-13.

<sup>210</sup> Vid. por ejemplo JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, pp. 303 y ss.

<sup>211</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Un inedito di Rudolf von Jhering sulla tutela giuridica degli inediti”, en *Rivista di diritto industriale*, anno XVII, 1968, pp. 5-21. El artículo incluye en anexo una transcripción del documento en alemán con traducción en italiano, así como una fotocopia manuscrita del documento original redactado por Jhering.

gobierno austriaco al finalizar su periodo en la Universidad de Viena<sup>212</sup>. Así se le aupó al escalafón de la nobleza, pero en un tiempo en el que ésta ya no detentaba el poder social hegemónico. Además, fue su pertenencia a una familia de tradición funcionarial la que determinó su impronta ideológica, no la tardía adquisición de ese estatus. Como ejemplo de su debilidad hacia el funcionariado, de su descomedida confianza en el papel que éste representaba, puede citarse una frase de la carta que dirigió en una ocasión al historiador conservador Heinrich von Treitschke: “si comparo lo que nos han aportado la burocracia y el constitucionalismo, no dudo ni un instante en afirmar que a la primera le debemos mucho más que al segundo. Su libro devuelve el puesto de honor a ese funcionario de trabajo tranquilo y oscuro tan vilipendiado”<sup>213</sup>.

Otro de los debates fundamentales durante el siglo XIX alemán, ya señalado antes, es el de la cuestión religiosa. También en este aspecto, en Jhering confluyen los rasgos típicos de la clase que con más fuerza optó por la pequeña Alemania, alineándose con determinación bajo el ala protectora de Bismarck. Y es que, desde hacía por lo menos dos siglos, su familia era evangélico-luterana. Alguna vez se ha dicho que Jhering se mantuvo en una posición de indiferentismo religioso<sup>214</sup>, pero esto no es del todo exacto. Es notorio que fue un hombre de fe y que jamás dejó de practicar<sup>215</sup>. Además, pese a desechar el iusnaturalismo y las teorías del conocimiento nativistas, nunca renunció a considerar a Dios como última fuerza creadora: “creí sentir que el suelo firme se movía bajo mis pies. Me pareció como si se abriera un abismo que amenazaba con tragarme con mis más sagradas convicciones. Pero he visto el peligro de cerca, y estoy contento de no haber retrocedido; pues no he tenido que sacrificar mis convicciones éticas a esta conclusión. Sólo he modificado el fundamento que las sostiene: en lugar de la Naturaleza que, según dicen, ha emplazado las verdades éticas en el hombre, para mí ha sido ocupado por la Historia. En ambas veo la revelación de Dios”<sup>216</sup>.

No obstante lo anterior, hay buenas razones para confirmar que sí tuvo un espíritu abierto y tendente al laicismo. Esta apreciación se apoya en un documento que redactó

---

<sup>212</sup> Vid. HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, cit., pp.45-46. Esto no quiere decir que lo recibiese con indiferencia. De hecho, se trataba de una prerrogativa facultativa que ejerció *motu proprio* tras la concesión de la Cruz de la Orden de Leopoldo. Su colega Joseph Unger, por ejemplo, rechazó ejercitar dicha posibilidad porque no tenía interés en abandonar la burguesía.

<sup>213</sup> JHERING, Rudolf von, “Lettera a Heinrich von Treitschke”, en LOSANO, Mario G., “Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering in una lettera inedita ad Heinrich von Treitschke”, cit., p. 194.

<sup>214</sup> HOLLERBACH, Alexander, “Rudolf von Jhering”, cit., p. 124.

<sup>215</sup> Vid. JHERING, Friedrich, “Zur Gießener Wirksamkeit Rudolf von Jherings”, en AA. VV., *Briefe und Erinnerungen*, hrsg. von Johannes Biermann, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1907, pp. 79-90.

<sup>216</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. y presentación de Federico Fernández-Crehuet, Trotta, Madrid, 2008, p. 34.

como pliego de propaganda para su fallida incursión política, en el que se declaraba de confesión romanista<sup>217</sup>. Era una broma un tanto equívoca, con la que venía a afirmar el estrecho vínculo que le unía a su carrera académica y con la que quizás pretendía evitar la declaración pública de su credo. Dada la propensión luterana hacia una religiosidad más bien íntima, cabe pensar que Jhering considerase tal información como algo no pertinente. Sea como sea, es un dato revelador de una naturaleza abierta, casada con la ciencia antes que con la fe, y reacia a entreverar la política con cuestiones religiosas. Sin embargo, como ha señalado Fikentscher, es posible que mucha gente creyera ver en ello una forma encubierta de evitar confesarse católico –por asociación con Roma–, lo cual pudo contribuir a su derrota electoral<sup>218</sup>.

Hay otro elemento biográfico que abona esta percepción de Jhering como personaje abierto en materia religiosa. Nos referimos a su relación con el judaísmo. Hay que tener en cuenta que el ya viejo antisemitismo empezó a reverdecir hacia los años setenta del XIX, esta vez amparado por justificaciones pretendidamente científicas y, por otro lado, más centradas en el judaísmo cultural que en su vertiente religiosa. Es así como se hacía responsables a los judíos, por ejemplo, de un tipo de capitalismo especulador frente al capitalismo productivo de orientación cristiana. Y es así como, independientemente de una hipotética conversión, los nuevos antisemitas empezaron a tomar el judaísmo como un hecho “natural” imposible de borrar<sup>219</sup>. Los actores sociales que con más afán se situaron en estas tesis fueron dos. Por un lado, todos aquellos que se veían amenazados por la industrialización y el capitalismo desarrollado (campesinos, artesanos y pequeños comerciantes); por otro lado, los nacionalistas más conservadores, que asociaban el judaísmo con un liberalismo anarquizante y disgregador. En este contexto, se produjo una dura polémica entre Heinrich von Treitschke y Theodor Mommsen, como fruto de un recalcitrante escrito antisemita publicado por aquél<sup>220</sup>.

En el ámbito jurídico también se materializó esta problemática. Es significativo el caso de Levin Goldschmidt, uno de los fundadores del moderno Derecho mercantil, maestro de Max Weber y autor de referencia para la doctrina de los títulos-valores<sup>221</sup>. Dada su condición hebrea, se le sometió a un sinfín de dificultades que retrasaron en

---

<sup>217</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an August Lammers (Gießen, Januar 1867)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., pp. 213-217.

<sup>218</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 115-116.

<sup>219</sup> Vid. WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., pp. 840-843.

<sup>220</sup> Vid. LIEBESCHUTZ, Hans, “Treitschke and Mommsen on Jewry and Judaism”, *Leo Baeck Institute Yearbook*, nº 7, 1962, pp. 153-182.

<sup>221</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “Levin Goldschmidt”, AA. VV., *Juristas universales 3. Juristas del XIX*, ed. por Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 388-392.

diez años su llegada a la cátedra y que casi logran acabar con su carrera profesional. Así las cosas, se comprenderá lo espinoso de la cuestión judía en el mundo intelectual que le tocó vivir a Jhering. No obstante, pese a pertenecer al sector conservador, nacionalista y filo-prusiano que con más aspereza se alineó en posturas antisemitas, él demostró una actitud ejemplar. Su futuro yerno y albacea literario, Victor Ehrenberg, era judío, algo que nunca le importó. La única condición que le impuso para casarse con su hija era que accediese primero a la cátedra. En ningún momento exigió una conversión. Si más tarde se acogió a un bautizo cristiano, fue por las dificultades a las que se vio sometido en su carrera<sup>222</sup>. He aquí las palabras de Jhering: “la pretensión de convertirse al cristianismo no la he fomentado yo, no tengo ningún interés en ello; estoy lo suficientemente libre de prejuicios como para respetar también a los judíos y, si además es uno tan honorable como éste [Ehrenberg], acogerle en mi familia”<sup>223</sup>.

Pero no sólo se mostró tolerante con el judaísmo en una circunstancia tan puntual. De hecho, alguna vez llegó a adoptar una actitud proactiva en su defensa. En una carta dirigida al psicólogo judío Moritz Lazarus, uno de los principales exponentes de la “psicología de los pueblos” (*Völkerpsychologie*<sup>224</sup>), se pronunciaba así sobre el tema: “puede entenderse que el populacho se deje incitar con tanta facilidad contra los judíos, pero que también personas que pertenecen a los ambientes cultivados sean partícipes de esta bajeza, es difícil de entender y deshonra a nuestra nación. En un próximo escrito tendré la ocasión de romper una lanza por el judaísmo y espero que sus correligionarios queden satisfechos conmigo: lo veo como un acto de justicia histórica”<sup>225</sup>. Dado el año de la misiva (1880), no puede referirse al famoso pasaje de *La lucha por el Derecho*, en el que Jhering hizo una defensa a ultranza de Shylock, el comerciante judío ridiculizado por Shakespeare en *El mercader de Venecia*<sup>226</sup>. El libro más cercano a la carta es el segundo tomo de *El fin en el Derecho* (1883). Sin embargo, al margen de menciones

---

<sup>222</sup> Vid. KELLER, Christian, “Victor Ehrenberg und Georg Jellinek im Spiegel ihres Briefwechsels 1872-1911”, en *Victor Ehrenberg und Georg Jellinek. Briefwechsel 1872-1911*, hrsg. von Christian Keller, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, pp. 67 y ss.

<sup>223</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Julius Glaser (3. August 1879)”, en LOSANO, Mario G. (Hrsg.), *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, Aktiv Druck & Verlag, Ebelsbach, 1996, p. 185.

<sup>224</sup> La *Völkerpsychologie* fue una escuela de pensamiento psicológico y sociológico, cuyos representantes principales fueron Moritz Lazarus, Heinrich Steinthal y Wilhelm Wundt. Su gran empeño era tratar el comportamiento colectivo, la *psicología popular*, de forma sustancialmente distinta a como se hacía con el ser individual. En este sentido, desempeñaron un importante papel en la fundación científica de la psicología social. Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 139-143.

<sup>225</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Moritz Lazarus (Göttingen, 19. Januar 1880)”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, cit., p. 117.

<sup>226</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, pp. 63-66.

aisladas a la ley mosaica, no hay en él ningún extracto destacable sobre el judaísmo. Lo más probable es que se trate de una alusión a un texto de 1887, *Die Gastfreundschaft im Alterthum –La hospitalidad en el mundo antiguo–*, una de cuyas partes fue publicada anónima en una revista de pensamiento judío<sup>227</sup>.

Por finalizar con las muestras de apertura religiosa que caracterizaron a Jhering, podría indicarse un significativo fragmento de *El fin en el Derecho*, en el que éste nos llamaba la atención sobre la obra de Tomás de Aquino. En un sorprendente ejercicio de humildad intelectual, nuestro autor confesaba el absoluto desconocimiento que tenía con respecto al citado teólogo y, a renglón seguido, señalaba que quizá no habría escrito su libro si hubiera conocido a tiempo la obra del aquinatense. Con independencia de las circunstancias de semejante afirmación, así como del mayor o menor acierto que ésta pueda entrañar, lo llamativo es la alusión que hacía al protestantismo: “el reproche de ignorancia [...] no me lo puedo quitar de encima, pero con un peso inigualablemente superior al mío, el reproche atañe a los modernos filósofos y a los teólogos protestantes, que han descartado aprovecharse de las grandes ideas de aquel hombre [...]. Si mi obra llegase a tener éxito, también debería demostrar su valía fomentando que la ciencia protestante se beneficie de la católico-teológica: quien deja escapar las lecciones que puede obtener de sus adversarios se perjudica a sí mismo”<sup>228</sup>.

Sea como sea, todos estos elementos abundan en una caracterización más bien laica de nuestro personaje. Más allá del interés biográfico que revisten estas consideraciones, se trata de un aspecto muy relacionado con su posición respecto al Estado. Al igual que veíamos antes con los ejemplos de Jellinek o de Bierling, en Jhering late una idéntica preocupación por deslindar con claridad las esferas de lo público y lo sagrado. Hay en ello una actitud concomitante con la obsesión bismarckiana por generar una cultura de adhesión al Estado por encima de cualquier otra institución subalterna: “no hay ningún derecho de asociación (*Vereinsrecht*) independiente de la autoridad del Estado, sino sólo derivado de ésta. Con ello el Estado tiene, como se decanta del concepto de la fuerza suprema, el principado sobre todas las asociaciones de su dominio, y esto vale también para la Iglesia”<sup>229</sup>. Así pues, pese a su talante abierto y respetuoso frente a todas las religiones, se alineó con claridad en la posición secularizadora que comenzó a practicar

---

<sup>227</sup> JHERING, Rudolf von, “Die Gastfreundschaft im Altertum”, en *Allgemeine Zeitung des Judenthums. Ein unparteiisches Organ für alles jüdische Interesse*, LI, nº 24, 1887, pp. 369-371. El artículo íntegro se publicó en la *Deutsche Rundschau*, LI, April-Juni, 1887, pp. 357-397. Al respecto vid. LOSANO, Mario G., “Bibliographie de Werke Rudolf von Jherings”, en *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 234.

<sup>228</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, p. 126.

<sup>229</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, pp. 247-248.

Bismarck a partir de los años setenta. Nótese, en este sentido, que el primer tomo de *El fin en el Derecho* es de 1875, o sea, la fecha en que empezó a desarrollarse con fuerza la *Kulturkampf* contra la Iglesia católica.

### **b) Capitalismo, democracia y socialismo en la ideología de Jhering**

Hasta ahora se ha considerado la relación de Jhering con el Estado y la cuestión religiosa, dos aspectos en los que se ponían de manifiesto varios elementos biográficos de importancia. Tanto su estrecha conexión con la problemática del Schleswig-Holstein –por los lazos que ligaron a sus dos primeras mujeres con esa región– como su vínculo familiar con el estamento funcionarial, determinaron una actitud nacionalista-estatalista que saludó con alborozo la *Realpolitik*. Ahora bien, más allá de estos planteamientos básicos, ¿en qué tipo de Estado estaba pensando Jhering? ¿Qué clase de valoraciones le merecían cuestiones tan candentes como la de la sociedad industrial, el advenimiento del capitalismo especulativo o la intensa problemática social que atravesaba Alemania? O dicho de otra forma: más allá del interés en una Alemania unificada y de su devoción por el Estado, ¿a qué ideología podemos adscribirle?

Pues bien, lejos de las afirmaciones un tanto apresuradas que hemos podido ver en algunos autores, Jhering formaba parte de un sector marcadamente conservador. En realidad, lo que sobresalía en su pensamiento son los dos elementos que acaban de destacarse: nacionalismo y estatalismo. Las demás dimensiones que suelen intervenir en la definición de toda orientación política pasaban a un segundo plano. Es así como cabe explicar la siguiente afirmación, escrita en una carta a su amigo Gerber: “que venga lo que tenga que venir en el interior: absolutismo y nobleza terrateniente (*Junkerthum*) y autoridad militar, todo lo soportaré con gusto una vez que se lleve a cabo lo más grande y difícil, soldar el concepto geográfico de Alemania en una unión política”<sup>230</sup>. Desde este punto de vista, no resulta muy difícil coincidir con el juicio proferido por el jurista soviético Piotr Stučka, cuando sentenció que Jhering se había erigido “en defensor incondicional de la clase capitalista de los *Junker* prusianos”<sup>231</sup>.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la carta citada fue escrita en 1866, en plena guerra contra Austria y, por lo tanto, en un clima enfervorecido por sentimientos

---

<sup>230</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber (Gießen, Juli 1866)”, en LOSANO, Mario G. (Hrsg.), *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Teil 1, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, p. 599.

<sup>231</sup> STUCHKA, Piotr, “La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato”, AA. VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di Umberto Cerroni, Giuffrè, Milano, 1964, p. 15.

nacionalistas. Si la cotejamos con una misiva de un mes antes, dirigida a Windscheid, la exégesis del pasaje resulta algo distinta: “una victoria de Bismarck es, pese a la nobleza terrateniente (*Junkertum*) y al absolutismo, un gran paso hacia adelante en la evolución de Alemania; una victoria de Austria es un retroceso de un siglo”<sup>232</sup>. Desde este prisma, no parece que la ideología de Jhering pueda concebirse como un mero apéndice de los intereses terratenientes o favorable al absolutismo. De hecho, de la formulación de esta última carta se puede extraer que ambas hipótesis –la hegemonía del poder terrateniente o la instauración de un régimen absolutista tras la contienda– no le eran gratas a priori. Lo que ocurre es que, tras una ponderación de prioridades, ambas consecuencias quedaban subordinadas al bien superior de la unidad nacional.

En cierto modo, en estas cartas se revela el espíritu de realismo político que marcó al proyecto liberal durante la segunda mitad del siglo XIX alemán. Donde antes se había otorgado preferencia a la conquista de la libertad, ahora se privilegiaba el dogma de la unidad (*Einheit vs. Freiheit*). No es que Jhering fuera un liberal durante la primera parte de la centuria, pues no parece que formara parte de los movimientos revolucionarios en ningún momento: en torno a los veinte o veinticinco años, estaba más preocupado por asegurar su carrera que por inmiscuirse en las rencillas políticas que sacudían con fuerza a Alemania<sup>233</sup>. Con todo, tampoco sería acertado situarlo entre las filas de la clase terrateniente o en posturas reaccionarias partidarias del absolutismo. De alguna forma, en Jhering se reflejaban las contradicciones ideológicas de una clase acomodada, que había formado parte de los cuadros políticos de medio y alto nivel durante siglos y que, a la altura del XIX, se encontraba en una suerte de encrucijada: ni pertenecían a la nobleza, ni formaban parte de la burguesía capitalista en alza.

En este sentido, en Jhering se manifiestan bastantes actitudes de corte conservador, que rechazan de plano el empuje del socialismo y la revolución, pero que no quieren volver a un *statu quo* medieval. Al no pertenecer a la nobleza terrateniente, no se ven en él los rasgos de un ultramontanismo nostálgico por la vieja sociedad estamental. Y al no pertenecer a la burguesía industrial en auge, tampoco hay en él ese apresuramiento por disolver todos los antiguos lazos y generar una nueva sociedad de mercado. En esta tierra intermedia, en esa especie de intersticio histórico privilegiado, la ideología de Jhering aparece marcada por un cierto eclecticismo, a veces desencadenante de una gran

---

<sup>232</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Windscheid (Gießen, Juni 1866)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 200.

<sup>233</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., pp. 12-13. Para una valoración diferente vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., p. 235.

lucidez y a veces causante de opiniones anacrónicas. En general, podría decirse que se ubicó en una postura de compromiso: por un lado abrazó el ideal liberal de la pequeña burguesía, pero por otro se adhirió a las filas de quienes reivindicaban un Estado poderoso; por un lado advirtió sobre la necesaria impregnación social de la política, pero a la vez criticó con aspereza el socialismo. En definitiva, Jhering fue un personaje ciertamente conservador, partícipe de un Estado más bien corporativo, aunque abierto a las novedades que aportaba la sociedad capitalista; ávido del progreso económico y social, aunque siempre con mesura: la democratización absoluta o la socialización de los medios de producción debían evitarse a toda costa.

Pero con esto no se ha dicho mucho todavía. Y es que el siglo XIX fue, de hecho, pródigo en fórmulas políticas de compromiso. Por un lado estaba la vía del liberalismo doctrinario, que floreció en Francia y marcó buena parte de la centuria en el país galo. De la mano de un programa vacilante en sus propuestas, pero firme en sus propósitos de estabilidad y conservación, autores como Royer-Collard o Guizot teorizaron un tipo de política flexible, que se reinventaba en función de cada coyuntura y que recordaba a las recetas ambiguas y vaporosas del gobierno mixto aristotélico<sup>234</sup>. Por otro lado estaba el modelo inglés, que tanto entonces como hoy ha sido erigido por muchos en un ejemplo a seguir: mediante un parlamentarismo a dos bandas —a un lado los liberales y al otro los conservadores— y una monarquía actuando de poder moderador, parecía haberse hallado el maná del equilibrio perfecto. Personalidades como Benjamin Constant en Francia<sup>235</sup>, o el primer Bismarck en Alemania<sup>236</sup>, fueron claros valedores de esta opción. Por último estaban sendas eclécticas como la de Cánovas en España, que miraban alternativamente hacia Francia e Inglaterra, y cuya apretada agenda de compromisos incluía también el concierto con la Iglesia católica<sup>237</sup>.

¿A cuál de estos modelos podemos reconducir el planteamiento de Jhering? Pues bien, retomando la ya mencionada idea del *Sonderweg* —el camino singular— la ideología de nuestro autor no puede adaptarse de forma mecánica a ninguno de ellos. Por un lado,

---

<sup>234</sup> Vid. DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 130 y ss.

<sup>235</sup> Vid. DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 113-124.

<sup>236</sup> En una carta de 1857, Bismarck se pronunciaba así: “mi ideal para el político extranjero es la libertad de prejuicios, la independencia de las decisiones respecto a las impresiones y las inclinaciones o el cariño por Estados foráneos y por sus gobernantes. En cuanto al extranjero, en mi vida sólo he tenido simpatías hacia Inglaterra y sus habitantes, y de vez en cuando sigo sin estar libre de ello”. Y en otra misiva de un año atrás: “...la consecuencia política sólo podría ser la introducción de influencia inglesa y anglomanía en nuestro hogar, sin conseguir algo análogo para nosotros en Inglaterra. Disraeli-Stahl no va a curar el defecto de volubilidad de la política inglesa con sus discursos” (BISMARCK, Otto von, *Briefwechsel des Leopold von Gerlach mit Otto von Bismarck*, cit. pp. 310-311 y 336).

<sup>237</sup> Vid. ÁLVAREZ JUNCO, José, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, cit., pp. 440 y ss.



hay en él un sentimiento nacional demasiado elevado como para emparentarlo con el espíritu decadente de los doctrinarios. La política de componendas que estos suscribían, embarcados en un estado de urgencia permanente, podía tener cabida en el vetusto Estado francés –cuya estructura política multiseccular se venía a pique– pero no en la Alemania recién formada. En este sentido, el tono conservador de nuestro jurista no se manifestó con la perentoriedad de quien intenta salvar algo de un naufragio, sino con el ánimo de quien mira al futuro con optimismo. Probablemente, a ello contribuyó su alta estima por el Estado y sus instituciones. Si en Francia éstas se venían abajo, abolida la monarquía absoluta y descabezada la aventura napoleónica, en Alemania estaban aún por estrenar. Si en España se vivía el largo declinar de un imperio, en Alemania éste estaba por llegar. Así las cosas, el conservadurismo de Jhering no se materializó en una actitud nostálgica y exangüe, sino más bien proactiva.

Por otro lado, tampoco las curtidas recetas británicas fueron objeto de sus reverencias. Es verdad que alguna vez emitió valoraciones positivas sobre la cultura jurídica inglesa<sup>238</sup>, pero no opinaba lo mismo de su sistema político: por muy operativo que éste pareciera, no creía conveniente su adaptación automática a cualquier contexto. En una larga nota de *El fin en el Derecho* se pronunciaba así al respecto: “cuando las costumbres políticas inglesas –que allí encontraron y encuentran su razón de ser y las condiciones de su factibilidad en la forma tradicional de articulación de los partidos– se han querido trasladar al continente –donde las condiciones de su factibilidad faltan por completo casi siempre–, no ha resultado mucho mejor que cuando un niño que ha visto cabalgar a un adulto también ha querido tener un caballo; un padre que quisiera cumplir un deseo así sería tan insensato como su propio hijo, pues ese cumplimiento terminaría enseguida con la caída del caballo”<sup>239</sup>. Más allá de la sensibilidad de Jhering por la perspectiva jurídica comparada<sup>240</sup>, no parece arriesgado ver aquí un convencimiento solapado respecto a la idiosincrasia política germana, que no podía dejarse contaminar de forma acrítica por modas foráneas e inadaptadas a su cultura.

Una vez señalados estos principios básicos, conviene profundizar en las opiniones políticas de Jhering. Para ello, es útil referirse a un documento muy valioso en el que se

---

<sup>238</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 50-51. El elogio atañe al espíritu reivindicativo del inglés, flemático y a la vez un tanto quijotesco, que no cesa en la batalla procesal hasta ver cumplida su pretensión. En la misma línea vid. RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler, trad. de Juan Carlos Peg Ros, estudio preliminar de Miguel Ayuso, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2001, pp. 30-32.

<sup>239</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 235.

<sup>240</sup> ZWEIGERT, Konrad y SIEHER, Kurt, “Jherings Influence on the Development of Comparative Legal Method”, *The American Journal of Comparative Law*, nº 19, 1971, pp. 215-231.

vierten la mayoría de sus ideas. Se trata de un informe redactado por el enviado japonés Kentaro Kaneko al regreso de un viaje a Alemania, en el que se había entrevistado con varios juristas de renombre para informarse sobre la forma de llevar la vida política en un sistema constitucional<sup>241</sup>. El planteamiento que se destila de este informe parte de las incomodidades que puede generar el Parlamento a la vida política de un país. Para conjurar ese problema, en opinión de Jhering, sería necesario articular una ingeniería institucional que se apoyase en la cámara alta como parapeto frente a las decisiones potencialmente disgregadoras de la cámara de diputados: “en realidad, la cámara alta está destinada a contrarrestar las tendencias radicales de la cámara baja. De ahí que el gobierno siempre deba ganarse para sí a la cámara alta [...] Para el gobierno sería mejor no tratar directamente con la cámara baja”<sup>242</sup>.

Para conseguir atraerse a la cámara alta, Jhering recomienda varias estrategias. En primer lugar, se muestra favorable a una disposición de la Constitución japonesa, según la cual la cámara alta se compondría de nobles, familiares del emperador y diputados designados por este último: “coincide con mi firme convicción, adquirida desde hace tiempo, de que el emperador debe tener el derecho a nombrar diputados vitalicios y de que también los grandes terratenientes del campo y los empresarios deben ser acogidos en la cámara alta”<sup>243</sup>. Junto a esta política de nombramientos, en la que se percibe un tono fuertemente elitista y antidemócrata, Jhering sugiere otra estrategia parlamentaria: dado que los ministros no suelen ser duchos en el arte de la palabra, es importante crear un ministerio sin cartera, cuya función sea defender las iniciativas del gobierno en la cámara baja, recolectando apoyos y persuadiendo a los diputados de las bondades de la política gubernamental. Además de esta suerte de portavocía, dice Jhering, conviene que los ministros tejan una red de encuentros privados con los diputados, agasajándoles y procurando vencer sus escrúpulos mediante un sabio empleo de la persuasión informal – “este es el método de Bismarck”, terminaba diciendo<sup>244</sup>–.

Así pues, como puede extraerse de lo anterior, las recomendaciones de Jhering están presididas por la aplicación de planteamientos típicos de la *Realpolitik*: partiendo de una desconfianza de base hacia las instituciones democráticas, de lo que se trataría es

---

<sup>241</sup> KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung Kentaro Kaneko mit Jhering” [1889], en NISHIMURA, Shigeo, “Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, hrsg. von Okko Behrends, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996, pp. 106-109.

<sup>242</sup> KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung...”, cit., p. 107.

<sup>243</sup> KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung...”, cit., p. 106.

<sup>244</sup> KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung...”, cit., p. 108.

de sofocar posibles desviaciones y actitudes díscolas de los parlamentarios, a través de una utilización pro-gubernamental de la cámara alta y de un taimado “saber hacer” entre bastidores. Ante todo, la finalidad perseguida es el equilibrio institucional y la estabilidad del gobierno: “si los diputados de la nobleza y del pueblo propenden a volverse radicales, es menester contrarrestar esta tendencia mediante el nombramiento de diputados vitalicios realistas y conservadores. Si la cámara alta, en cambio, sigue un rumbo demasiado conservador, hay que modificar esta atmósfera con el nombramiento de diputados más progresistas y liberales”<sup>245</sup>.

Desde este punto de vista, la posición de Jhering podría interpretarse en cierta consonancia con las tesis del liberalismo doctrinario o con las ideas de una monarquía parlamentaria a la inglesa. No obstante, hay un elemento que lo diferencia de manera sustancial de estos modelos, que no es sino un trasunto de la ideología bismarckiana y que encuentra su razón de ser en rasgos de la cultura política alemana. Se trata de su alta consideración hacia el Estado como factor de progreso social. No es tanto la monarquía o el imperio lo que a Jhering le interesaba defender, como les pasaba a los doctrinarios, sino el valor del Estado como agente del progreso: “según las experiencias de distintos países, hasta ahora el Parlamento ha mostrado, sin excepción, una propensión reformista y radical tras su apertura. Por eso, es sumamente necesario que el gobierno se atenga a una actitud conservadora. Sólo si el gobierno mantiene esta postura con energía, podrá advenir un desarrollo paulatino del Estado, sin evoluciones radicales ni desviaciones del ordenamiento. Si, al contrario, no logra hacer esto, entonces la política, el ordenamiento jurídico y la sociedad se verán abocados al caos”<sup>246</sup>.

En definitiva, no es el reformismo lo que impugna nuestro autor. Bien al contrario, como ya se ha puesto de manifiesto, si algo le distinguía era su tendencia reformista<sup>247</sup>. Para Jhering, el Derecho y el Estado no son meros reflejos de un escenario social ya existente –como vendría a predicar un historicismo extremo–, sino verdaderos motores del cambio social, preciados instrumentos para intervenir en la realidad y modificarla<sup>248</sup>. Y esto, lejos de ser una convicción adquirida en la vejez por contagio de la deriva social bismarckiana, circula como una constante a lo largo de su producción científica. En este sentido, es muy interesante cotejar la primera parte del segundo tomo del *Espíritu del*

---

<sup>245</sup> KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung...”, cit, p. 106.

<sup>246</sup> KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung...”, cit, p. 107.

<sup>247</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 156-162. Fikentscher, con expresión paradójica quizá exagerada, llega a calificar a Jhering como “monárquico socialista” (p. 157).

<sup>248</sup> Vid. SCHELKY, Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht”, *Jahrbücher für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, nº3, 1972, pp. 47-86.

*Derecho romano* (1854) y la obra póstuma publicada por su yerno Victor Ehrenberg en 1894, *La prehistoria de los indoeuropeos*. Tanto en esta última como en aquella se siente un sentir común respecto a la problemática social. Si en el *Espíritu del Derecho romano* nos hablaba de “la cuestión del bienestar y el Estado” en el mundo romano<sup>249</sup> – poniendo más de su cosecha que lo que aconsejaría una lectura fidedigna y rigurosa de las fuentes originales– en *La prehistoria de los indoeuropeos* nos deleitaba con páginas verdaderamente inflamadas sobre el Estado babilonio y su papel como apoderado de la transformación social<sup>250</sup>. En resumidas cuentas, no era la tendencia al reformismo lo que molestaba a Jhering.

A tenor del informe de Kaneko, lo que parecía inquietarle son otras cosas: por un lado, le preocupaba que las reformas se produjeran de forma apresurada, violentando el ordenamiento jurídico y provocando alteraciones en el orden político y social; por otro lado, que el agente del cambio fuera el Parlamento. Tras lo primero subyace una de las inquietudes más comunes de los juristas formados en una cultura positivista, amantes de la certeza y la estabilidad del Derecho y, por consiguiente, reacios a toda modificación abrupta del ordenamiento<sup>251</sup>. Tras lo segundo late una de las características centrales de la cultura política alemana, que fue especialmente realzada durante el periodo de mando de Bismarck: el reformismo “desde arriba”<sup>252</sup>, o sea, conducido con mano firme por las altas instancias del Estado y basado en la existencia de un funcionariado potente. Como dijo en su día el canciller, “las revoluciones en Prusia sólo las hacen los reyes”<sup>253</sup>. En definitiva, se trata de la idea del “cirujano de hierro”, que más tarde quiso atraer Joaquín Costa a nuestro país y que se materializaría pálidamente en el proyecto político del conservador Antonio Maura: la revolución desde arriba<sup>254</sup>.

Con la idea del reformismo y la política social, hemos llegado a otro de los puntos nucleares de la ideología de Jhering. También en este tema está claramente influido por Bismarck. Como ya se dijo, debemos a este último la primera apuesta moderna por el Estado Social. Se trataba de una medida de urgencia para contener al socialismo y dar

---

<sup>249</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. II-1, 8. Aufl., Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1854, §34, pp. 234-259, especialmente 245 y ss.

<sup>250</sup> JHERING, Rudolf von, *La prehistoria de los indoeuropeos*, versión española y estudio preliminar de Adolfo G. Posada, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, pp. 175 y ss.

<sup>251</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Teoría de la revolución. Sistema e historia* [1932], prolog. de Eusebio Fernández, CSIC-Plaza & Valdés, Madrid/México, 2010, especialmente pp. 121-125.

<sup>252</sup> Vid. WINKLER, Heinrich August, “Ein Junker als Revolutionär...”, cit., pp. 25-27.

<sup>253</sup> BISMARCK, Otto von, *Die gesammelten Werke*, Friedrichsruher Ausgabe, hrsg. von Erich Marcks, Friedrich Meinecke und Hermann Oncken, Bd. 8, Berlin, 1924-1935, p. 459.

<sup>254</sup> JACKSON, Gabriel, “Costa y su «revolución desde arriba»”, en ID., *Costa, Azaña y el Frente Popular y otros ensayos*, Crítica, Barcelona, 2009, pp. 7-22.

respuesta a los problemas de pobreza que había generado el capitalismo industrial. La fecha de esta deriva coincide con el auge de los partidos obreros. Si durante los años setenta se había visto en el catolicismo el principal enemigo a combatir, a partir de los ochenta será el socialismo. Bismarck había cometido un desliz en sus planes al conceder el derecho de sufragio universal masculino en 1866, con la apertura del Parlamento de Alemania del Norte. A partir de entonces, y frente a lo que había previsto, los partidos socialistas adquirieron cada vez más peso. Cuando la amenaza se tornó verdaderamente seria, a la altura de 1878, puso en marcha dos medidas para atajar el problema: una reactiva, que se tradujo en la ilegalización del partido socialdemócrata, y una proactiva, que se materializó en una intensa legislación social. Así, a lo largo de los años ochenta, se promulgaron una ley de seguro de enfermedad (1883), una de seguro de accidente (1884) y otra de seguro de vejez e invalidez (1889)<sup>255</sup>.

Como ya se ha dicho antes, la preocupación social de Jhering arranca desde fases anteriores al vuelco definitivo de su trayectoria científica. Así, ya en el segundo tomo de *El espíritu del Derecho romano* veíamos cierta sensibilidad por la “cuestión social”. Sin embargo, es a partir de *El fin en el Derecho* cuando podemos hablar de una verdadera preocupación por estos temas<sup>256</sup>. Más adelante veremos la importante tarea que Jhering confería al Estado en esta materia, pero de momento hay que señalar la fuerte trabazón entre esta obra y los cambios político-sociales que estaba atravesando Alemania. Vale la pena recordar que el primer tomo de esta obra apareció en 1875 y el segundo en 1883, es decir, justo en los años en que mayor pujanza cobró la problemática social. Bien lejos de deberse a una mera casualidad, la aparición de ambos tomos exterioriza una toma de conciencia definitiva respecto a la misión social del Derecho y el Estado, una tarea que los tiempos reclamaban con insistencia. En este sentido, en Jhering podríamos ver a un representante típico del conservadurismo social<sup>257</sup>.

Ahora bien, la posición de Jhering respecto a la cuestión social es compleja. Desde el punto de vista personal, mostraba un rechazo recalcitrante hacia las clases populares. En una ocasión, al ser saludado por una aglomeración de jóvenes estudiantes que le aplaudían con alborozo patriótico por su compromiso con la cuestión danesa, les replicó lo siguiente: “yo también he asistido a muchas asambleas populares, pero nunca sin

---

<sup>255</sup> WINKLER, Heinrich August, “Ein Junker als revolutionär”, cit., p. 30.

<sup>256</sup> BEHRENDT, Okko, “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. von Fritz Loos, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, pp. 229-269.

<sup>257</sup> Vid. NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte. 1800-1866*, cit., pp. 380-381.

llevar en el bolsillo un frasco de agua de colonia; mi más entero respeto por el pueblo soberano, ¡pero huele mal! Y gracias a que ofrecí mi frasco a hombres de todos los partidos como si se tratara de un reconstituyente nervioso, pude mantenerme en paz con todos, incluso con los demócratas más radicales”<sup>258</sup>. Se trata de un exabrupto burgués y elitista que hoy nos resulta ciertamente irritante, pero que coincide con su tesis sobre la necesidad de controlar las posibles derivas disgregadoras de la representación popular en el Parlamento, lo cual le distinguía como un conservador reacio a la democratización del país. Como dijo en una ocasión a su hijo mayor, “un proceso electoral ideal no sólo debería contar los votos, sino también pesarlos”<sup>259</sup>.

Por lo que se refiere a su relación con el socialismo, también resulta problemática. En la enjundiosa conversación con su hijo Hermann, de la que éste nos ha legado un valioso testimonio, se contienen bastantes claves para dilucidar esta cuestión. En primer lugar, Jhering se muestra crítico con el socialismo de August Bebel. En su opinión, se trataba de un movimiento pueril e inmerso en una fase inicial: sólo con el tiempo podría transitar de una fase destructiva a un enfoque constructivo. En cambio, se mostraba de acuerdo con la orientación social-reformista emprendida por el emperador Guillermo<sup>260</sup>. El argumento esgrimido para justificar esta posición era realista: si se tomasen medidas radicales contra el capitalismo, se correría el riesgo de ahuyentar de Alemania a una gran cantidad de industriales y empresarios, lo cual redundaría en un inmenso daño para la nación. De ahí la conveniencia de un reformismo pausado. No obstante, si hiciéramos abstracción de ese problema, Jhering no veía en el socialismo nada incompatible con “la vida familiar, la cultura, la religión o la monarquía”. Es decir: al menos en principio, nuestro autor no tenía nada en contra de ello<sup>261</sup>.

Ahora bien, pese a esa aparente indiferencia, Jhering no consideraba esperable una renuncia al capitalismo: “sólo hay un propósito absoluto en la vida social: la adecuación al fin (*Zweckmässigkeit*). Cómo se vaya a presentar en el futuro esta relación, es algo

---

<sup>258</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., p. 14. La cita proviene del escrito de un ex-alumno, publicado en la revista *Berliner Neuesten Nachrichten*, n° 328 (2 de julio de 1882).

<sup>259</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 464. Dada su expresividad, conviene traducir todo el párrafo: “pero hay una gran diferencia en la cualificación moral e intelectual de los distintos votantes. Al campesino de Eichsfeld no se le pasa en absoluto por la cabeza que pueda haber otros puntos de vista –y bien fundamentados– más allá del que le expone su capellán; y el trabajador de fábrica socialista carece de la capacidad para diferenciar lo verdadero de lo falso en las soflamas de los agitadores; y al inmigrante recién llegado de Polonia, convertido en jornalero residente, le falta además la voluntad de promocionar los intereses alemanes. A las clases cultivadas, en cambio, no se les puede negar ni la capacidad ni la voluntad de servir al bien común [...]. Un proceso electoral ideal no sólo debería contar los votos, sino también pesarlos”.

<sup>260</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 454.

<sup>261</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 455.

que no se puede prever. No obstante, creo que el cambio no consistirá tanto en la renuncia al capitalismo, cuanto en la mejora de las condiciones sociales de las clases trabajadoras. La riqueza no debe verse sólo como un mal, pues también aporta mucho bien a la comunidad”<sup>262</sup>. A tenor del desarrollo de los acontecimientos, podrá tacharse a Jhering por haber tenido actitudes muy conservadoras, pero no de cierta clarividencia respecto a la ulterior evolución de las cosas. Por otra parte, como ha señalado Losano, fue un conservador honesto y reacio a un seguidismo de clase obtuso<sup>263</sup>. Esta libertad de juicio, pese a algunas servidumbres debidas a su extracción social, se vuelve a poner de relieve en el diálogo con su hijo. A la pregunta de éste acerca de la propiedad privada, que Hermann estimaba sagrada, he aquí la réplica del padre: “en absoluto; propiedad, posesión, compra, sucesión hereditaria, todos estos son sólo conceptos fijados por la legislación, pero no hay en ellos nada eterno, nada inmodificable”<sup>264</sup>.

En resumen, la posición de Jhering respecto al capitalismo era ambivalente: por un lado apreciaba el desarrollo que había aportado en términos de riqueza económica, pero a la vez censuraba las consecuencias de extrema desigualdad que había traído consigo. En este sentido, como bien definió su biógrafo Mitteis, estaba tan lejos del *laissez-faire* radical predicado por la escuela de Manchester, como de la escolástica resistente a todo cambio que exigiera el tráfico económico<sup>265</sup>. El manchesterismo (*Manchesterthum*) era una doctrina de pensamiento económico que había germinado en Inglaterra, que después había florecido en las ideas del francés Frédéric Bastiat<sup>266</sup> y que en Alemania comenzó a cobrar importancia a raíz de la legislación social bismarckiana. Eugen Richter, líder del Partido del Progreso (*Fortschrittspartei*) y principal baluarte de esta orientación, había llegado a ásperos enfrentamientos con Bismarck, al que acusaba de socialista y hasta de comunista. En este contexto, Jhering fue partícipe de una economía social capitaneada por el Estado y se mostró muy crítico con el individualismo predicado por el liberalismo económico radical. Es también en su conversación con Hermann donde se ve esta idea con más nitidez. Conviene traducir el párrafo íntegro:

“La libertad personal absoluta sólo existe en la poesía y quizá entre los salvajes de vuestro hermoso Brasil [...]. Nuestra civilización no desea la libertad, sino la limitación del individuo, la protección del débil frente al poderoso, el mismo derecho y la misma

---

<sup>262</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 456.

<sup>263</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering...”, cit., pp. 184-186.

<sup>264</sup> JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., p. 456.

<sup>265</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 663.

<sup>266</sup> Vid. BASTIAT, Frédéric, *La ley*, trad. de Roberto Robert y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2005, especialmente pp. 71 y ss. y 84 y ss.

protección para todos. En este sentido tendrá que hacerse mucho todavía, tanto hacia arriba como hacia abajo. Habrá que enfrentarse a los excesos del capitalismo, pero tampoco se puede detener al progreso ni se puede, por ejemplo, condenar a máquinas fantásticamente construidas en interés de la industria doméstica. Alguna injusticia podrá mitigarse mediante un reparto de los impuestos más equitativo y mediante un impuesto de sucesiones progresivo. Pero siempre deberá tenerse en cuenta que se trata de armas de doble filo. También puedo imaginarme que primero se abolirán los latifundios, se intentarán establecer límites máximos para los bienes inmobiliarios y se sustituirán las grandes posesiones individuales mediante numerosos asentamientos de campesinos libres. Sólo hay un desiderátum subyacente a todo este desarrollo: la conservación y la ampliación de nuestra civilización a través de una distribución de los bienes y las obligaciones lo más justa posible”<sup>267</sup>.

Dado que se trata de una conversación mantenida con su hijo –que éste transcribió para la posteridad– no puede garantizarse que tales palabras pertenezcan literalmente a Jhering padre. No obstante, incluso si fuera necesario relativizar el ardor del mensaje, se trataría de una declaración de intenciones en consonancia con la deriva social que había emprendido la Alemania bismarckiana de los años ochenta. Por otra parte, en su obra y su actividad profesional hay elementos que podrían avalar opiniones semejantes. En *El fin en el Derecho*, por ejemplo, se contienen vigorosos pasajes en torno a la necesidad de restringir la propiedad privada, o en los que se habla del individualismo en términos negativos<sup>268</sup>. En *La lucha por el Derecho*, en una línea congruente con lo anterior, se dejan caer algunas críticas contra las sociedades por acciones, una opinión en la que se refleja su rechazo hacia la variante especulativa del capitalismo<sup>269</sup>. Este último rasgo de su pensamiento aparece refrendado por un importante dictamen que redactó contra la banca Goldschmidt, una entidad financiera que se había visto involucrada en un célebre litigio por daños infligidos a un gran número de accionistas<sup>270</sup>. Con independencia de

---

<sup>267</sup> JHERING, Hermann, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., pp. 456-457.

<sup>268</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 415-418 (para la crítica frente a la propiedad privada); *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 135-136 (para la crítica frente al individualismo).

<sup>269</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 40-41.

<sup>270</sup> Se trata del caso *Lucca-Pistoja Aktienstreit*, que alcanzó renombre internacional y marcó un hito en la doctrina del Derecho mercantil respecto a la emisión de acciones. Jhering elaboró el dictamen contra el que a su vez había realizado Levin Goldschmidt, encargado por la banca para hacer un informe a su favor. Vid. LAMMEL, Siegbert, “Emission und Haftung. Ansätze für eine Prospekthaftung im 19. Jahrhundert”, en AA. VV., *Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel*, hrsg. von Harald Hermann, Klaus Peter Berger und Ulrich Wackerbarth, Walter de Gruyter, Berlin, 1997, pp. 78-99. El dictamen de Jhering se puede encontrar en JHERING, Rudolf von, “Der Lucca-Pistoja-Actienstreit”, en ID., *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* [1879], Scientia Verlag, Aalen, 1968, pp. 241-361.



las circunstancias concretas del caso, importa destacar la posición de Jhering a favor de los suscriptores de las acciones, y el hecho de que mostrara una actitud recelosa frente al poder del mundo financiero.

A pesar de todo –valga recordarlo una vez más– se trata de un socialismo de raíz conservadora: no era una impugnación del capitalismo en su totalidad lo que tenía en mente, sino más bien una visión social del mismo. En uno de los fragmentos de *El fin en el Derecho* que acabamos de citar, se pronunciaba sobre el socialismo de una forma un tanto ambigua. Por un lado, decía Jhering, se trataba de una corriente orientada a criticar los excesos del individualismo a ultranza fomentado por los liberales, por lo que llegaba a incurrir en exageraciones y en peligrosas unilateralidades de pensamiento. Pero a la vez, seguía diciendo, es obligado reconocer las verdades que también enarbolaron los socialistas: “frente al dislate y la exageración de las que es culpable [el socialismo], sólo podemos protegernos si reconocemos la verdad de la que también se puede honrar”<sup>271</sup>. En resumidas cuentas, se trata de una posición concomitante con el temor de Bismarck ante el auge de los partidos obreros, una actitud estratégica de defensa proactiva contra el advenimiento de la revolución. Lo que ocurre es que en Jhering había una honestidad intelectual que en el canciller no existía<sup>272</sup>: estas opiniones no son sólo el reflejo de una postura defendida como mal menor o simple receta de circunstancias, sino que expresan un profundo convencimiento sobre la misión social del Estado.

Hasta aquí los elementos ideológicos más destacables en Jhering. Si se observa con atención, veremos que todos entroncan con el nuevo paradigma intelectual que brindaba el positivismo jurídico. En primer lugar, hay que recalcar la necesidad de generar un Estado unificado y la paralela renuncia a dos estrategias aporéticas para lograr dicho objetivo: 1) por un lado, la del nacionalismo localista, que no hacía sino profundizar en el elogio romántico de la pequeña comunidad y perpetuaba la tradicional disgregación del vasto territorio alemán; 2) por otro lado, la del nacionalismo imperialista, que veía con idéntico romanticismo la posibilidad de un Estado pangermánico que comprendiera a casi toda Centroeuropa. En ambos propósitos, de acuerdo con Jhering, latía una visión idílica del Derecho y la política –en un caso por defecto y en otro por exceso– que no se compadecían con la aplicación de una perspectiva realista. En segundo lugar, y en línea directa con esto último, conviene reiterar el papel de la *Realpolitik*. Tanto sus opiniones relativas al Estado y a la Nación, como sus críticas a la democracia, están respaldadas

---

<sup>271</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 135.

<sup>272</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering...”, cit., pp. 184-186.

por un enfoque políticamente realista, reacio a toda proyección utópica, que encontraba su continuidad en el realismo teleológico que desarrolló como buque insignia de su segunda etapa iusfilosófica.

Así pues, todos los elementos caracterizadores de su positivismo jurídico deberán entenderse bajo la premisa de cuanto se acaba de exponer. Su apuesta por el Estado fuerte y la legislación, su paralela denigración de la costumbre como fuente privilegiada del Derecho, su planteamiento del Derecho en términos de utilidad social, o su ataque al nacionalismo localista de la escuela histórica son elementos que circulan desde las primeras hasta las últimas obras. Todos estos rasgos están íntimamente ligados a su posicionamiento ideológico. En particular, como ya se advirtió desde el comienzo, hay dos aspectos que no conviene perder de vista: la obsesión por el Estado nacional unitario y la necesidad de adecuar la teoría jurídica al auge del industrialismo. A continuación se desarrollarán algunas de las vertientes de su enfoque iuspositivista, teniendo en cuenta los principales fundamentos ideológicos que latían por debajo. No siempre podrá aludirse con exhaustividad a las cuestiones abordadas en esta parte del trabajo, por lo que el reenvío aquí será frecuente y, por consiguiente, convendrá retener los grandes lineamientos de esta semblanza.

### 3. LA CRÍTICA A LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Probablemente, la crítica de Jhering a la Escuela histórica es el aspecto que más eco ha encontrado en la posteridad. Y no sin razón, porque todavía hoy puede decirse que se trata del elemento vertebrador de su pensamiento: si algo reverbera con continuidad a lo largo de su trayectoria, es su crítica al historicismo. Lo que ocurre es que, frente a lo que se suele destilar de la bibliografía secundaria, esta crítica abarcó vetas muy diversas. Es común afirmar que Jhering fue el autor que desplegó un ataque más acerbo contra la escuela histórica. Recuérdense así, por ejemplo, las lecturas de Stammler o de Radbruch que ya se vieron antes: gracias a Jhering, en opinión de ambos, la ciencia jurídica pudo desembarazarse de los sofismas narcotizadores de la escuela histórica, desvinculando al Derecho de una sumisión servil al devenir de las cosas y situándolo en relación directa con los fines sociales. Desde ahí sólo quedaba un paso para la resurrección del enfoque axiológico, esa forma de aproximarse al Derecho que los dos reivindicaron con ahínco y que había sido preterida tras el derrumbe del iusnaturalismo.

Sin embargo, si se analiza la obra de Jhering con cuidado, esta interpretación no se sostiene. En realidad, el historicismo rezuma de los primeros a los últimos escritos. Uno de sus libros póstumos, *La prehistoria de los indoeuropeos*, es un auténtico monumento a esta orientación: no por casualidad, desde el inicio se rinde tributo a Montesquieu<sup>273</sup>, un referente clásico del historicismo<sup>274</sup>. Si echamos un vistazo a una de sus conferencias más tardías, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, también nos encontramos con este enfoque<sup>275</sup>. Y si atendemos a otra de sus obras póstumas, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (Historia de la evolución del Derecho romano)*, parece como si el círculo se cerrara del todo: desde el *Espíritu del Derecho romano* hasta la *Historia de la evolución del Derecho romano* se desliza una certeza nuclear que nutrió toda su obra, la idea de que el Derecho se reinventa a cada paso. La propia labor del historiador, según Jhering, contribuía a teñir el pasado con un sello inequívocamente subjetivo: en realidad son las circunstancias de la época desde la que escribe las que moldean su lectura del pretérito; es el presente lo que de verdad está en juego<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> JHERING, Rudolf von *La prehistoria de los indoeuropeos*, cit., pp. 109-112.

<sup>274</sup> MEINECKE, Friedrich, *Die Entstehung des Historismus*, 2. Aufl., Leibniz Verlag, München, 1946, pp. 118-182; CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 36 y ss.

<sup>275</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., especialmente pp. 30-35.

<sup>276</sup> JHERING, Rudolf von, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, aus dem Nachlaß hrsg. von Victor Ehrenberg, Breitkopf & Härtel / Duncker & Humblot, Leipzig, 1894, pp. 2-7.

Así pues, el nexo de Jhering con la escuela histórica no puede despacharse con las afirmaciones superficiales que a veces solemos leer. El propio Jhering ha contribuido a confundirnos en este asunto, porque sus obras resultan equívocas al respecto. Por un lado, parecía mantenerse firme en las bases del credo historicista. No en vano, incluso en las últimas partes de *El fin en el Derecho* siguió utilizando el método histórico como cauce de indagación principal. Por otro lado, sin embargo, es frecuente encontrar fuertes arremetidas verbales contra la escuela histórica. La mayor parte de la crítica ha tendido a fijarse en estos improprios procedentes de él mismo, para terminar sentenciando la radical antítesis entre el último Jhering y el historicismo. Ahora bien, sobre la base de los documentos de que disponemos hoy, y repensada su obra con algo de perspectiva, este planteamiento no puede mantenerse. Como aquí se sostendrá, Jhering no representó sino una versión especial de historicismo, una culminación de ideas ya apuntadas por Savigny, que en él encontraron un grado más de destilación<sup>277</sup>.

Desde este punto de vista, habría que desdecir la famosa frase de Radbruch, según la cual Jhering había “completado y superado el programa de la escuela histórica”<sup>278</sup>. En realidad no se trata de una superación en sentido estricto, sino de una profundización y perfeccionamiento de sus planteamientos. No es que Jhering abandonara el paradigma historicista, sino que fue más coherente que los exponentes característicos de la escuela histórica. En este sentido, en línea con nuestra tesis sobre el positivismo jurídico, lo que hizo fue promover una depuración del historicismo original –legado por Savigny o por Puchta–, para convertirlo en un historicismo científico, que no se basaba en idealidades románticas como la del espíritu del pueblo, sino que pretendía apoyarse en una teoría empírica de los condicionamientos históricos del Derecho. Así pues, este epígrafe es doblemente importante: por un lado, porque toca una etapa central para entender la génesis del pensamiento de Jhering; por otro lado, como ya se expuso en el capítulo tercero, porque el historicismo provocó la primera oleada del iuspositivismo, el primer peldaño de su desarrollo como paradigma<sup>279</sup>.

De lo dicho hasta ahora conviene extraer dos consecuencias. En primer lugar, que el historicismo es algo mucho más complejo de lo que a veces damos a entender. En este sentido, siguiendo a Pérez Luño, proponemos distinguir entre escuela histórica del

---

<sup>277</sup> BEHRENDTS, Okko, “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, cit., pp. 246-252.

<sup>278</sup> RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie* [1932], Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley Paulson, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 28.

<sup>279</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, en ID., *De Kant a Marx...*, cit., pp. 216-221; BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 35-38.

Derecho e historicismo jurídico<sup>280</sup>. Mientras que Jhering no podría considerarse fuera de esta última corriente, sí es correcto decir que desarrolló una crítica en profundidad a la escuela histórica. Salvo que se indique otra cosa, a partir de ahora nos acogeremos a esta diferenciación. En segundo lugar, conviene advertir que la propia escuela histórica no fue una dirección doctrinal homogénea<sup>281</sup>. Bien al contrario, el apelativo de “escuela histórica” se emplea para designar a autores y orientaciones a veces muy diversos entre sí: por un lado los romanistas y por otro los germanistas, por un lado los partidarios de un enfoque histórico-filológico y por otro los autores de la así llamada jurisprudencia conceptual, etc. En definitiva: antes que desarrollar la crítica de Jhering a la escuela histórica, convendrá analizar qué es lo que se quiere decir cuando utilizamos dicha rúbrica; sólo a continuación podrá especificarse a cuáles de las dimensiones de dicha escuela se dirigieron los dardos de nuestro autor.

Así las cosas, el epígrafe se dividirá en tres partes. En primer lugar, analizaremos el significado de la escuela histórica, sus motivaciones ideológicas, sus periodos y sus distintas derivaciones. Como veremos, podrían distinguirse dos grandes líneas de fuerza dentro de ella: la historicista en sentido estricto y la conceptualista (§3.1). Sobre la base de esta diferenciación, expondremos el planteamiento crítico de Jhering a cada una de estas dimensiones. En primera instancia se desarrollará su posición con respecto a la dirección historicista. Obvia decir que no podremos entrar en todos los pormenores y, por lo tanto, nos limitaremos a subrayar los elementos ideológicos fundamentales de su crítica (§3.2). En segunda instancia se desarrollará el parecer de Jhering con respecto a la variante conceptualista. Tampoco aquí es factible un acercamiento exhaustivo, por lo que nos concentraremos en destacar los factores de carácter ideológico que nutrieron su actitud crítica al respecto (§3.3).

### **3.1. La Escuela histórica: entre historicismo y conceptualismo**

Una de las grandes paradojas del devenir del pensamiento jurídico nos la ofrece la escuela histórica. ¿Cómo es posible que, partiendo de un punto de vista radicalmente contrario a la codificación, fueran los mismos representantes de esta escuela quienes

---

<sup>280</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Historicismo y derechos humanos”, en ID., *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla*, coord. por Rafael González-Tablas Sastre, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, p. 262.

<sup>281</sup> Vid. KLEMMANN, Bernd, *Jhering und die Historische Rechtsschule*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989, pp. 51 y ss.

alimentaron la ardua labor de redacción del código civil alemán de 1900 (el *BGB*)? ¿Cómo es posible que una teoría histórica terminara distinguiéndose por desarrollar una de las aportaciones más sofisticadas a la teoría del sistema jurídico<sup>282</sup>? En definitiva, ¿cómo se explica esa dualidad tan señalada entre la vertiente histórica y la conceptual? Por ponerle fecha y nombre a este tránsito de ideales, podrían identificarse los hitos de 1814 y 1900: en el primero encontramos a Savigny polemizando con Thibaut acerca de la necesidad de un código, censurando la obsesión por las leyes generales y abstractas, y llamando la atención sobre el origen cuasi telúrico del Derecho; en el segundo vemos la sombra de Windscheid, último eslabón de la escuela, historiador y romanista como sus antecesores, pero a la vez ponente principal del código. En el lapso de casi ochenta años que media entre ambas fechas, a través de autores, querellas y facciones diversas, nació y se propagó la tensión que acabamos de enunciar.

Las interpretaciones que se han dado para explicar esta dualidad son de toda clase. Algunas voces han señalado la contradicción interna de Savigny, el padre intelectual de la escuela: mientras por un lado acentuaba la dimensión histórica, utilizando la retórica del espíritu del pueblo como ariete para contrarrestar los anhelos codificadores, por otro lado se entregaba a la irrenunciable labor de diseñar un Derecho coherente, pleno y unitario para el país<sup>283</sup>. Otras voces han abundado en una idea similar, pero añadiendo el carácter interesado de esa doblez: si con el enfoque sistemático trabajaba en la gestación de un orden jurídico a la medida de las clases conservadoras, con el histórico se dotaba de un boato propagandístico para legitimar dicha tarea<sup>284</sup>. También se ha explicado esta especie de esquizofrenia mediante una remisión a los discípulos de Savigny: mientras que éste habría permanecido fiel al credo historicista, seguidores como Puchta habrían sacrificado ese ideal a las pulsiones sistemáticas<sup>285</sup>. Por último, cabría distinguir las tesis que han insistido en hacer una lectura global de la escuela, señalando así el carácter constitutivo e inevitable de esta dualidad<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto* (vol. 1). *Dalle origini alla scuola storica*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 254-277.

<sup>283</sup> KANTOROWICZ, Hermann, "Was ist uns Savigny?" [1911], en ID. *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von Helmut Coing und Gerhard Immel, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, pp. 397-417. Debemos a Kantorowicz la fragmentación de la personalidad intelectual de Savigny en tres facetas: la histórica, la filosófica y la dogmática, tres almas que discurrirían en su obra como sendas paralelas e independientes.

<sup>284</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 80 y ss. Se trata de una tesis que ya fue defendida por Karl Bergbohm, en el siglo XIX, o por Paul Koschaker, en el siglo XX.

<sup>285</sup> Fue el propio Puchta quien sostuvo la tesis del viraje respecto a la "pura escuela histórica", en un texto polémico que escribió contra el germanista Georg Beseler en 1844. Vid. MECKE, Christoph-Eric, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, V&R Unipress, Göttingen, 2009, pp. 386-406.

<sup>286</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 239-244.

El problema es demasiado complejo para agotarlo en estas pocas páginas, porque hay muchos factores que se entrelazan y que obstaculizan una adecuada comprensión de lo que hay en juego. Por un lado, si adoptamos una perspectiva filosófica, en ese tránsito se reflejan varios de los debates que destacaron en el siglo XIX alemán: ¿era preferible ahondar en la senda kantiana, básicamente sincrónica y más bien proclive al planteamiento sistemático de los interrogantes filosóficos, o había llegado la hora de acogerse a la mirada histórica y dialéctica sugerida por Hegel<sup>287</sup>? ¿Cuál debía ser el punto de vista prevalente de la ciencia del Derecho, el *a priori* de las disciplinas lógico-matemáticas o el *a posteriori* de las ciencias empíricas como la física o la biología<sup>288</sup>? Pero más allá de los elementos filosóficos, y adoptando la perspectiva de este capítulo, también hubo muchos elementos ideológicos que ayudaron a generar esta contradicción interna de la escuela histórica. Veámoslos poco a poco.

De entre las opiniones anteriores, concentrémonos en la que afirma el carácter constitutivo de la tensión entre el enfoque histórico y el sistemático. En realidad, se trata de una tirantez inevitable en el mundo del Derecho. Dado que el jurista se ve obligado a construir soluciones para casos concretos, y no para el recreo del intelecto, es imposible que en la ciencia jurídica triunfe un historicismo total. El historicismo estricto pretendía un estudio de las fuentes riguroso e independiente de cualquier consideración sobre el presente. En este sentido, era previsible un deslizamiento tendencial hacia el punto de vista sistemático: si bien el material histórico se cosechaba con la pulcritud empírica del historiador, al final era necesario adaptarlo a las exigencias contemporáneas. De ahí es de donde nace la locución “derecho romano actual”, una rúbrica que encontramos en títulos de muchos manuales y revistas del XIX. Recuérdense así el *Sistema de derecho romano actual*, de Savigny, o el *Anuario para la dogmática del derecho romano y alemán actual*, la revista fundada por Jhering y Gerber. Y téngase en cuenta que, en el único libro de apuntes de Jhering publicado hasta la fecha, las lecciones se abrían con una distinción entre el Derecho romano histórico y el actual<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Vid. NÖRR, Knut Wolfgang, *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1991.

<sup>288</sup> KLENNER, Hermann, “Sätze und Gegensätze in der deutschen Rechtsphilosophie von 1803-1843”, en AA. VV., *Gesellschaftslehren der klassischen bürgerlichen deutschen Philosophie. Studien zur Vorgeschichte des historischen Materialismus (II)*, hrsg. von Wolfgang Förster, Berlin, 1983, pp. 171 y ss

<sup>289</sup> JHERING, Rudolf von, *Pandektenvorlesung nach Puchta. Ein Kollegheft aus dem Wintersemester 1859/1860*, hrsg. und kommentiert von Christian Jäde, Wallstein Verlag, Göttingen, 2008, pp. 53-57. Se trata de los apuntes de un alumno de Jhering en Göttingen, P. A. Schlippe, editado críticamente por Christian Jäde. La primera página reza así: “el Derecho romano contemporáneo. Significado del Derecho romano para la actualidad. La razón del estudio del Derecho romano es: 1) su vigencia práctica; 2) el hecho de que sea la fuente de los nuevos códigos; 3) su valor científico” (p. 53).

El enfoque sistemático podía ser igualmente estéril para encontrar soluciones a los avatares de la vida concreta, tal y como se había comprobado durante el periodo del iusnaturalismo racionalista. De hecho, fue ese problema lo que motivó el nacimiento de la escuela histórica en la figura de su precursor, Gustav Hugo. Frente a la construcción filosófica del ordenamiento de autores iusnaturalistas como Nettelbladt o Heinecio<sup>290</sup> – montada sobre categorías axiomáticas que se desenvolvían en reglas concretas mediante la aplicación de leyes lógicas–, Hugo pensó que era preferible escarbar en la historia realmente acaecida, en las fuentes romanas originales, para elaborar un Derecho con visos de aplicabilidad. De otro modo, se estaba creando un entramado normativo ajeno a la praxis, de gran perfección lógica, pero de difícil encaje en los vericuetos de la vida real<sup>291</sup>. Con todo, pese a este déficit del método sistemático, al final era imprescindible disponer de un ordenamiento estructurado con el que aplicar el Derecho. Así pues, incluso Hugo y sus seguidores terminaron asumiendo el legado del enfoque conceptual: fundieron este planteamiento con el histórico y dirigieron el esfuerzo sistemático a una acompañada pulimentación y reordenación del antiguo *Corpus Iuris*<sup>292</sup>.

Y así fue cómo, de forma un tanto paradójica, el elemento histórico y el conceptual se aliaron desde el comienzo de la escuela histórica. Por un lado se rechazaba el sistema apriorístico del iusnaturalismo, en tanto que éste se basaba en la construcción de un orden jurídico abstracto, que sólo después se intentaba trasladar al mundo del Derecho. Esto era algo rematadamente quimérico para la mentalidad historicista, un propósito condenado al fracaso de forma irremediable: si el Derecho vigente en Alemania era el Derecho romano, entonces habría que partir de ahí para tener garantía de éxito en la cimentación de un orden jurídico operativo. Por otro lado, sin embargo, se aceptaba el utillaje metodológico de los iusnaturalistas, desprendiéndolo del carácter deductivo de las etapas anteriores y empleándolo en la construcción de ese orden jurídico deseado. O dicho de otra manera: el trabajo sistemático y conceptual no se rechazaba *per se*, sino sólo en cuanto se había estado proyectando sobre dogmas carentes de sustento jurídico

---

<sup>290</sup> Johan Gottlieb Heinecke –o Heinecio– (1681-1741) fue el gran continuador de Christian Tomasio. Si éste había dejado apuntados los lineamientos teóricos de un sistema de Derecho natural racional, Heinecio se dedicó a trasladarlos a la práctica jurídica real (PABLO CONTRERAS, Pedro de, “Johann Gottlieb Heinecke”, en AA. VV., *Juristas universales* (2), cit., pp. 522-524). Daniel Nettelbladt (1719-1791) fue un ferviente seguidor del racionalismo de Christian Wolff, a quien acompañó en las universidades de Marburgo y Halle. Al igual que hizo Heinecio con Tomasio, quiso llevar el método wolffiano a la ciencia jurídica práctica. Fue pionero en sugerir la distinción entre Parte general y Parte especial para el análisis dogmático de las instituciones jurídicas (ROSENDE, Cecilia, “Daniel Nettelbladt”, en AA. VV., *Juristas universales* (2), cit., pp. 626-629).

<sup>291</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., p. 261.

<sup>292</sup> WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 377-381.



real. El título de la obra programática de Hugo es bien sintomático al respecto: *Derecho natural como filosofía del Derecho positivo*. Aquí el Derecho natural ya no se entiende como ordenación racional abstracta o como fuente primigenia de las normas jurídicas, sino como herramienta filosófica al servicio del Derecho positivo. La tradición del Derecho natural se convertía así en la trastienda filosófica del Derecho positivo, en un fardo de métodos y conceptos que el jurista podía utilizar para una mejor comprensión, interpretación y aplicación del Derecho vigente<sup>293</sup>.

Hay una obra primeriza de Savigny, concebida como guía didáctica para un curso de 1802, donde ya se pone de manifiesto esta dualidad, la misma que encontrábamos en Hugo y que marcará a toda la escuela<sup>294</sup>. Según este escrito *–Metodología jurídica–* dos han de ser los baluartes de la “ciencia legislativa”, el histórico y el filosófico<sup>295</sup>. Ahora bien, lejos de tratarse de una simple bipartición metodológica, lo que nos propone Savigny es una compenetración orgánica entre las dos vetas: la historia y la filosofía no son dos cauces distintos para aprehender el Derecho, sino que se implican mutuamente. Por mor de una relación dialéctica entre ambos polos, según Savigny, la historia termina conduciendo a la filosofía, mientras que ésta se eleva a su vez sobre la historia: “se llama saber histórico a todo saber de algo objetivamente dado; por consiguiente, todo el carácter de la ciencia legislativa debe ser histórico [...]. Todo sistema nos lleva a la filosofía. La presentación de un sistema meramente histórico conduce a una unidad, a un ideal sobre el cual se funda. Y esto es filosofía”<sup>296</sup>.

Detrás de esta opinión hay algunos fundamentos histórico-culturales que conviene precisar. La época de Savigny es la del romanticismo y el idealismo alemán, un periodo de enorme fecundidad filosófica que se había ido desarrollando a través de jalones tan significativos como los de Kant, Fichte, Schelling y Hegel. La epistemología de Kant comenzó abriendo la espita de la incertidumbre, pues había teorizado la existencia de una realidad “en sí”, algo que no era accesible al conocimiento directo del sujeto; éste, al incorporar una serie de variables congénitas a la razón humana –las formas *a priori*,

---

<sup>293</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 379-380. Como ya demostró González Vicén, esa fue la piedra de toque para la paulatina aparición de la Filosofía del Derecho como nueva disciplina en los estudios jurídicos. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 235 y ss.

<sup>294</sup> Se trata de un cuaderno de apuntes tomados en su día por el jurista, filólogo y cuentista Jacob Grimm (1785-1863), que a la sazón era un alumno destacado de Savigny en Marburgo. Vid. MARINI, Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 117 y ss.

<sup>295</sup> Savigny estaba utilizando “ciencia legislativa” como sinónimo de ciencia jurídica y “filosófico” como equivalente a sistemático. Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 11.

<sup>296</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Metodología jurídica* [1902], s. t., Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004, pp. 19 y 61.

que en su sistema eran el tiempo, el espacio y la causalidad– no podía evitar proyectar su subjetividad sobre el objeto de estudio, sobre esa impenetrable “cosa en sí” que quedaba envuelta en el misterio. Y así, dada esta limitación tan insuperable del conocimiento, el fondo último de la realidad se configuró como un ente inasequible a la razón. Esta concepción de las cosas, que enlaza con una fase de la historia en la que el escepticismo iba irrumpiendo cada vez con más ímpetu en la cultura, y en la que el pesimismo contumaz de Schopenhauer convivía con el optimismo desatado de August Comte<sup>297</sup>, marcó un antes y un después en la conciencia filosófica de Occidente. A partir de entonces, se sucedieron numerosas aportaciones que intentaban dar respuesta al enigma de la “cosa en sí” postulado por Kant.

El conjunto de contribuciones que se desarrollan a cuenta de este viraje constituyen el bloque filosófico del idealismo alemán, un periodo de gran complejidad que, como ha señalado José María Valverde, a veces nos produce la sensación de entrar en un “galimatías manicomial”<sup>298</sup>. Esta impresión, que encontramos al sumergirnos en la enrevesada retórica de Hegel –pero a veces también en la de Savigny<sup>299</sup>–, se debe al reto impuesto por la dualidad kantiana mencionada. Para superar ese hiato tan inquietante entre el sujeto y el objeto de conocimiento, para poder penetrar en ese enigma que se abrió respecto a la idea de objetividad, fue necesario diseñar un armazón lingüístico y conceptual insólito, una reinención radical del lenguaje que nos obliga a zambullirnos en él para poder aproximarnos a algún resultado. En definitiva: no era una preferencia propia de espíritus tortuosos lo que condujo a semejante complicación del idioma, sino la necesidad de labrar un nuevo camino para el pensamiento.

El primer paso lo dio Fichte. A Fichte, uno de los abanderados del patriotismo germano, autor de los *Discursos a la nación alemana*<sup>300</sup>, le preocupaba la defensa de la libertad: para que ésta fuera plena, no podía estar subordinada a la “cosa en sí”. Por tanto, concluía, es necesario que la realidad no sea sino un producto del “yo”, una creación voluntaria del sujeto cognoscente<sup>301</sup>. Desde el punto de vista filosófico, a esta concepción de las cosas se le ha atribuido el apelativo de idealismo subjetivo. Desde el

---

<sup>297</sup> VILLACANA, José Luis, *Historia de la filosofía contemporánea*, Akal, Madrid, 1997, pp. 13-43.

<sup>298</sup> VALVERDE, José María, *Vida y muerte de las ideas. Pequeña historia del pensamiento occidental*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 203.

<sup>299</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, pp. 1-8.

<sup>300</sup> Vid. FICHTE, Johann Gottlieb, *Discursos a la nación alemana* [1807-1808], trad. de Luis Acosta y M<sup>a</sup> Jesús Varela, Folio, Barcelona, 2000.

<sup>301</sup> Vid. LUDWIG, Ralf, *Hegel für Anfänger. Phänomenologie des Geistes*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2009, pp. 20-21.

punto de vista ideológico, en Fichte hay una quintaesencia del imperio de la voluntad, una manifestación exacerbada de individualismo voluntarista, que no por azar coincidía con los inicios del capitalismo decimonónico. Será esa misma idea de la voluntad, hipostasiada en el concepto de nación, la que constituirá la base de su posterior reivindicación patriótica<sup>302</sup>. Esto no quiere decir que debamos ver en Fichte a un precedente del nacionalismo imperialista del siglo XX, pues se mostró crítico con el expansionismo; tan sólo se trata de una prolongación del voluntarismo individualista en el campo de la acción colectiva, algo que estaba en perfecta afinidad con los anhelos de unificación alemana que salpicaron toda la centuria.

Frente a este modelo tan subjetivista, enseguida se contrapusieron los sistemas de Schelling y de Hegel. Con el primero asistimos al idealismo objetivo, en el que el “yo” de Fichte quedaba anulado, evolucionando hacia un panteísmo que veía en la naturaleza algo más que la mera imposición del ser humano cognoscente. En su opinión, en efecto, el problema de su predecesor radicaba en la desconsideración del mundo externo, en la desatención que éste recibía en provecho del sujeto. Pero hay algo más allá del sujeto, pensaba Schelling, que la filosofía tiene que tematizar: la naturaleza y la realidad en su conjunto están dotadas de cierta vitalidad independiente del “yo”, son manifestaciones de un espíritu objetivo, que circula a su través y se despliega de forma orgánica hasta penetrar en el sujeto<sup>303</sup>. Dada la relativa indefinición de este sistema, es en Hegel en quien hallamos un desarrollo más riguroso del idealismo objetivo. En realidad, como él mismo apuntaba, se trataría más bien de un idealismo absoluto: frente a la unilateralidad subjetivista de Fichte, y frente a la reacción excesivamente objetivista de Schelling, era necesario lograr una síntesis aglutinadora y absoluta.

Para Hegel, en Fichte había una desmedida exaltación del “yo”, un individualismo que llegó a calificar como una “furia de la destrucción”<sup>304</sup>. En este sentido, se mostró más bien receptivo con la crítica de Schelling, aunque también le imputó una idéntica univocidad del pensamiento: si bien era importante reubicar el valor de la realidad objetiva, no quedaba muy claro cómo ésta se manifestaba en el intelecto del sujeto cognoscente. De algún modo se planteaba de nuevo el problema que había motivado la

---

<sup>302</sup> Vid. VILLACAÑAS, José Luis, “Estudio introductorio” a FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. de José Luis Villacañas, Manuel Ramos y Faustino Oncina, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 15-100.

<sup>303</sup> Vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado (3) Idealismo y positivismo*, Alianza, Madrid, 2004, pp. 29-33.

<sup>304</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, mit Hegels eigenhändige Notizen und den mündlichen Zusätzen, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2004, §5, p. 50.

epistemología kantiana. Aquí es donde se enraíza la dialéctica de Hegel, que le sirvió como aparejo para mediar entre aquello que Kant llamaba la “cosa en sí” y el sujeto que interviene en el acto de conocimiento. Pero para introducir este concepto de dialéctica era necesario añadir algo: la historia. Con ello, remontándose a un enfoque que ya había avanzado Herder años antes<sup>305</sup>, se ponía en movimiento toda la reflexión: a partir de entonces, sería imposible considerar el problema de la realidad sin una remisión a la historia. Lo que ocurre es que esta historia, lejos de ser una retahíla de acontecimientos contingentes encadenados, un *totum revolutum* que el cronista yuxtapone a la hora de exponer el pretérito, pasaría a ser una entidad metafísica con vida propia, preñada de significados y designios que iban tomando forma a lo largo del tiempo y el espacio. Y de esta manera, como mostró Hegel en su célebre prefacio a la *Filosofía del Derecho*, la filosofía y la historia se tornaron una y la misma cosa<sup>306</sup>.

El sentido de esta digresión filosófica tiene que ver con las anteriores apreciaciones respecto al método de Savigny. Se han propuesto muchas tesis en torno a la obra de este gran jurista, sus motivaciones políticas, sus referentes filosóficos, etc., pero la clave está en el idealismo que enmarcó toda su vida. Tanto su labor científica, como sus ideas y su gestión política –fue Ministro de Legislación de Prusia durante varios años– se pueden entender desde el influjo que en él tuvo esta corriente<sup>307</sup>. En este sentido, aun estando alejado de sistemas como el de Hegel –con cuyo discípulo Eduard Gans mantuvo una enconada rivalidad<sup>308</sup>– figuras como las de Fichte o Schelling tuvieron mucha presencia en su imaginario intelectual<sup>309</sup>. De hecho, su método no deja de ser un trasunto de esa hibridación entre filosofía e historia que en Hegel encontró un punto álgido, pero que ya venía larvándose en Herder o en Fichte. Téngase en cuenta que la famosa concatenación de tesis-antítesis-síntesis, como fases dialécticas del proceso evolutivo de la historia, era en realidad una formulación de Fichte, no de Hegel<sup>310</sup>.

En cierto modo, el idealismo ya aglutinaba las dos vertientes que se plasman en la escuela de Savigny: la histórica y la conceptual. Por un lado recogía el poso racionalista,

---

<sup>305</sup> Vid. RIPALDA, José María, *La Nación dividida. Raíces de un pensador burgués: G. W. F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 80-87.

<sup>306</sup> Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 11-28.

<sup>307</sup> RÜCKERT, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, cit., pp. 303 y ss., especialmente pp. 335-342.

<sup>308</sup> Eduard Gans (1797-1839) fue el discípulo de Hegel en materia jurídica. A causa de su origen judío, Savigny se opuso a que le concedieran una cátedra en Berlín, a la que sólo pudo acceder tras un bautizo cristiano. Por otra parte, mantuvo una dura polémica con la escuela histórica por sus tendencias anti-codificadoras. Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., p. 97.

<sup>309</sup> Vid. SAVIGNY, Friedrich Carl, *Metodología jurídica*, cit., pp. 61-64.

<sup>310</sup> VALVERDE, José María, *Vida y muerte de las ideas...*, cit., p. 222.

en tanto que no renunciaba a la construcción de un sistema absoluto del conocimiento. De hecho, podría decirse que tal fue el empeño cardinal de todos los autores idealistas. Por otro lado, en cambio, este propósito se acometía con herramientas distintas a las de los siglos precedentes. El modelo matemático, que en el siglo XVIII había sido la pauta inspiradora principal, se desechó desde entonces como falsilla impropia para inscribir el pensamiento filosófico. La analogía del Estado y la sociedad con una máquina, que había sido la metáfora preferida por la mentalidad racionalista –la idea de Dios como un relojero, tan típica de la religiosidad deísta ilustrada<sup>311</sup>– dejó de ser reivindicada por los autores del XIX. A partir de 1800, la imagen predilecta sería la de las ciencias naturales, la retórica de lo mecánico se sustituiría por la de lo orgánico, y el Estado, la sociedad y el Derecho se compararían con un cuerpo vivo: “de la máquina al organismo”, se suele decir como lema descriptivo de la época<sup>312</sup>.

Este reemplazo es lo que late tras el singular historicismo de la escuela de Savigny. No es que se renunciase a las pretensiones sistemáticas, sino que éstas se orientaron de otra forma: a través de la historia, o sea, a través de una instrumentación de las antiguas pandectas del *Corpus Iuris* de Justiniano. La famosa idea del *Volksgeist* –el espíritu del pueblo– se inserta también en este proceso. Se trata de un concepto de historia muy dilatada, que ya encontramos en Juan Bodino o en otros autores de los siglos XVII y XVIII: con apelativos tales como *ingenium populi*, *genius populi*, *animus populi* u otros similares, fue una noción muy recurrente entre los juristas europeos<sup>313</sup>. Con la escuela histórica, sin embargo, adquiere un nuevo impulso. El espíritu del pueblo deja de ser un artificio intelectual con el que describir el conjunto de condicionantes que deben tenerse en cuenta al legislar, y se transforma en una entidad viva subyacente al devenir histórico de cada nación. Con ello se aliaban el historicismo y el organicismo, en una mixtura que se convertiría en huella distintiva de la escuela.

Ahora bien, lejos de renunciar con ello al planteamiento sistemático-conceptual, lo que se lograba era dotarlo de un poderoso aparato legitimador. En primera instancia se

---

<sup>311</sup> Vid. por ejemplo DIDEROT, Denis, *Pensamientos filosóficos* [1746], trad., pról. y notas de Francisco Calvo, Aguilar, Buenos Aires, 1973: “no es sino en las obras de Newton, Musschenbroek, Hartsoeken y Nieuwentyt donde se han encontrado las pruebas satisfactorias de la existencia de un ser soberanamente inteligente. Gracias a la labor de estos hombres extraordinarios, el mundo ya no es un dios: es una máquina que tiene sus ruedas, sus cuerdas, sus poleas, sus resortes y sus pesos” (pp. 42-43).

<sup>312</sup> KAUFMANN, Erich, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1908, pp. 1-7, 12-13; vid. también STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II*, cit., pp. 123-126.

<sup>313</sup> SCHRÖDER, Jan, “Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre”, ID., *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, hrsg. von Thomas Finkenauer, Claes Peterson und Michael Stolleis, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 221-258.

privilegiaron fuentes jurídicas como la costumbre, que estaban en clara consonancia con la retórica del *Volksgeist*: al igual que la lengua, el Derecho se manifestaría de forma espontánea en las costumbres del pueblo. Es así como Puchta, el primer gran discípulo de Savigny, dedicó un célebre tratado al Derecho consuetudinario<sup>314</sup>. No obstante, la interpretación de las costumbres no es tarea sencilla, puesto que son normas más bien difusas, variables e incompletas. Así pues, tanto en el esquema de Savigny como en el de Puchta era imprescindible habilitar un cuerpo de expertos encargado de asumir la portavocía de ese *Volksgeist*. Éste fue el papel que se le adjudicó a la doctrina, de modo que el *Juristenrecht* –Derecho de juristas– se convirtió en la principal fuente de Derecho para la escuela histórica. El hiato que pudiera existir entre el alma histórica y el alma conceptual era superado por la intervención mediadora de la doctrina, que se erigía así en intérprete suprema de la voluntad popular<sup>315</sup>.

Esta auto-atribución es la que se revela en un típico fenómeno del siglo XIX: las Enciclopedias jurídicas. El siglo XVIII había sido la era del enciclopedismo, un fruto de la Ilustración francesa que, a pesar de su origen nacional, se convirtió en un género científico medular para toda Europa. Lejos de permanecer encerrado en los confines de la filosofía gala, el espíritu enciclopedista emigró hasta el mundo germánico; y lejos de limitarse a ser un compendio generalista del saber, pasó a inundar campos científicos particulares, entre ellos el Derecho. Así se explica que, entre mediados del siglo XVIII y principios del XX, en Alemania pulularan infinidad de Enciclopedias jurídicas: en 1756, el pionero más remoto de la escuela histórica, Johann Stephan Pütter (1725-1807), publicaba la primera obra de este tipo en territorio germánico; en 1901, un año después de entrar en vigor el código, Karl Birkmeyer (1847-1920) publicó la última<sup>316</sup>. No por casualidad, el propio Jhering dedicó parte de su vida a editar una de estas enciclopedias, la de su amigo y mentor en la Universidad de Kiel, Nikolaus Falck, que legó a nuestro jurista la tarea de republicarla tras su muerte<sup>317</sup>.

Junto con los tratados de Pandectas y de Derecho romano actual, las Enciclopedias jurídicas fueron el cauce de expresión de esa doctrina académica que se auto-arrogaba la función de interpretar los arcanos del Derecho popular. Ahora bien, pese al enfoque

---

<sup>314</sup> PUCHTA, Georg Friedrich, *Das Gewohnheitsrecht*, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1828, especialmente pp. 104-112.

<sup>315</sup> Vid. KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., C. H. Beck, München und Berlin, 1966, pp. 196-212 y 254 y ss.

<sup>316</sup> DOMINGO, Rafael y AZCONA, Carlos, "Johann Stephan Pütter", en AA. VV., *Juristas universales vol. 2*), cit., pp. 659-662.

<sup>317</sup> FALCK, Nikolaus, *Juristische Encyclopädie. Auch zum Gebrauch bei akademischen Vorlesungen*, nach des Verfassers Tode hrsg. von Rudolf von Jhering, 5. verb. Ausg., Verlags Magazin, Leipzig, 1851.

programático que acabamos de delinear, lo cierto es que la escuela se vio envuelta en varias contradicciones. En primer lugar, la vertiente histórica y la conceptual partían de tradiciones muy diversas y cada una estaba encaminada a fines distintos. Si de algún modo llegaron a conciliarse, y si tal fue el propósito de Savigny, tuvo que suceder mediante un proceso de hibridación un tanto paradójico. Y en segundo lugar, el sector romanista entró en un grave conflicto con el ala germanista. Si se trataba de reclamar el valor de la historia y la insustituible idiosincrasia de la nación, no parecía fácil encontrar el quid de lo alemán en el Derecho romano. Dada la importancia de estos dos conflictos, conviene profundizar algo en ellos.

El primer problema tiene que ver con la conciliación entre las dos vetas que dan título a este apartado. En este sentido, los primeros pasos de la escuela fracasaron. Si Savigny había propuesto una dualidad orgánica entre lo histórico y lo conceptual, lo cierto es que ni él mismo logró llevarla a cabo. Más allá de palabras y grandilocuentes propósitos, tanto él como Puchta se limitaron a trabajos historiográficos eruditos. Casi toda la crítica coincide en denunciar el carácter “anticuario” de esta primera hornada<sup>318</sup>, desde que ya Kantorowicz señalara esta incongruencia en su valoración sobre Savigny: mientras por un lado promocionaba una historia obsesivamente minuciosa en el respeto a los textos antiguos –“positivismo de las fuentes”<sup>319</sup>–, por otro lado intentaba influir en el Derecho contemporáneo. Pero estas dos tendencias no se engarzaban en una misma empresa, sino que discurrían de forma independiente. había un Savigny historiador –en obras como la *Historia del Derecho romano en la Edad media*–, un Savigny dogmático –el *Tratado de la posesión*– y un Savigny filósofo –he ahí *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica*<sup>320</sup>–.

En cualquier caso, lo que falló fue la comunión orgánica entre las dos vetas de la escuela. Pero sí hubo una relación de otro tipo. El intenso desarrollo de la historiografía que aportaron las investigaciones “anticuarias”, pertrechadas con un método filológico mucho más riguroso que en épocas precedentes<sup>321</sup>, facilitó un gran perfeccionamiento

---

<sup>318</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, p. 33.

<sup>319</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre...*, cit., p. 32.

<sup>320</sup> Vid. KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?”, cit., pp. 398 y ss.

<sup>321</sup> Nótese que es la época en que nace la historiografía moderna, con Leopold von Ranke, o la concepción filológica de la teología, con Friedrich Schleiermacher. En ambos hay una innovación respecto al modo de trabajar con las fuentes, que ellos proponían estudiar de forma directa, buscando sus causas originales para comprenderlas en su plenitud. Schleiermacher también fue el pionero de la hermenéutica filosófica. Vid. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, 11ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, 2005, pp. 253 y ss; Sobre Ranke como historiador reaccionario vid. FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, cit., pp. 127 ss.

formal en el manejo de las fuentes, que venía a asentar y mejorar la tradición analítico-sistemática heredada del Derecho natural racionalista. Como también dijo Kantorowicz, nació así un formalismo “ius historicista” (*rechtsgeschichtliche Formalismus*)<sup>322</sup>, cuyo método acabaría recalando en el formalismo conceptualista. Es decir, que se empleó el armazón de técnicas del Derecho natural, filtradas por el tamiz filológico auspiciado por el historicismo, en la creación de una ciencia jurídica conceptualista. De esta manera se pasó desde el formalismo historicista al formalismo dogmático<sup>323</sup>. El método filológico, en efecto, se basaba en tratar las instituciones jurídicas romanas como si fueran dogmas, tal y como en su día fueron formuladas. Al calar esta nueva sensibilidad historiográfico-filológica en el método racionalista –que se cimentaba en la analogía con la lógica y la matemática– se produjo una mixtura que llevaría a una gran tecnificación de la ciencia jurídica: la jurisprudencia de conceptos<sup>324</sup>.

Desde el punto de vista ideológico, tanto una como otra orientación surgieron marcadas por un posicionamiento conservador. La sobredimensión del alma historicista dejaba traslucir una resistencia atávica a las novedades de la modernidad. No debe olvidarse que el escrito fundacional de este movimiento –*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia jurídica*– fue escrito por Savigny después de la guerra contra Napoleón, como reacción frente a la penetración del liberalismo que éste había propiciado y en clara complicidad con la Restauración monárquica que se estaba afirmando en toda Europa<sup>325</sup>. La exaltación del pasado, la admonición frente al cambio brusco y la apelación a respetar el lento y seguro caminar de las naciones, no eran sino trasuntos de la ideología legitimista que buscaba restablecer el poder de las monarquías tradicionales<sup>326</sup>. La sobredimensión del alma conceptualista, en segunda instancia, se correspondía también con un enfoque conservador. Pese a la soflama de Savigny contra la codificación, era indudable que hacía falta renovar el Derecho alemán. Pero plantear esa renovación mediante la legislación era un riesgo para las monarquías, porque ponía

---

<sup>322</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?”, cit., pp. 397-417.

<sup>323</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre...*, cit., p. 36.

<sup>324</sup> Sobre los residuos iusnaturalistas en la escuela histórica WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 372-377; KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 275 y ss.

<sup>325</sup> Vid. KLEMANN, Bernd, *Jhering und die Historische Rechtsschule*, cit., pp. 29-31; FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, cit., pp. 127 y ss.

<sup>326</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre...*, cit., pp. 37 y ss. Son muy gráficas las palabras de Adolfo Posada, que redactó un breve prólogo a su traducción española del escrito programático de Savigny: “en los principios de la escuela histórica pueden encontrar no pocos argumentos, todos los quietismos políticos imaginables, todas las paralizaciones intencionadas del progreso, todas las oposiciones contra las reformas más necesarias y hasta los autoritarismos absolutistas...”. Vid. POSADA, Adolfo, “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, La España Moderna, Madrid, s. f., p. 15.



en solfa la legitimidad histórica de la que se habían dotado. Por eso, en torno a los años cuarenta la escuela emprendió un giro hacia la sistemática, cuyo fin era encauzar la reforma del Derecho desde la atalaya universitaria<sup>327</sup>.

El segundo problema de la escuela tiene que ver con la aparición de una facción germanista discordante. De acuerdo con el programa inicial de Savigny, los germanistas también debían participar en la renovación de la ciencia jurídica que él mismo se había propuesto llevar a cabo. De hecho, la *Revista para la ciencia histórica del Derecho* –la plataforma desde donde se daban a conocer las novedades de la escuela– fue fundada junto con Friedrich Eichhorn, el gran exponente del germanismo de principios del siglo XIX. En el prólogo al primer número, aparecido en 1815, ambos se manifestaban proclives al maridaje entre romanismo y germanismo: “los impugnadores de la escuela histórica dirigen de ordinario toda su enemistad contra el cultivo laborioso de la historia del derecho romano, pasando, en cambio, sobre la del germano en silencio y como si no existiese, aunque es seguro que si presumiesen su estudio lo mirarían con tanta cuando no con más aversión”<sup>328</sup>. Sin embargo, pronto empezó a verse que la preponderancia la llevaban los romanistas. A los trabajos sobre el Derecho germánico les estaba reservado un papel subsidiario, pues Savigny y sus discípulos lo veían más como un complemento para los Derechos locales o como mero Derecho supletorio (*Lückenbüßer*), que como materia para constituir el Derecho de la nación<sup>329</sup>.

Así pues, a partir de los años veinte del siglo XIX los germanistas empezaron a buscar su propio cauce de expresión. Los primeros intentos pasaron por la fundación de una nueva revista, pero fracasaron al poco de empezar<sup>330</sup>. Es sólo hacia mediados de la centuria, con el clima político encendido por la cuestión nacional, cuando por fin logran hacerse con un hueco importante. A través de dos congresos multitudinarios, celebrados en Frankfurt y Lübeck en 1846 y 1847, se articularon las bases de un movimiento político e intelectual que aglutinaba a varios sectores de la cultura: encabezados por el sector de los juristas, en ambos congresos se dieron cita representantes de la literatura,

---

<sup>327</sup> Es sobre todo Pucha quien encabeza este viraje de la escuela. Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 19 y ss; WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 70 ss.

<sup>328</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von, “Sobre el fin de la revista de la escuela histórica” [1815], en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. por Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 22-31; la cita está tomada de la p. 26.

<sup>329</sup> Vid. GIERKE, Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Buchdruckerei von Gustav Schade, Berlin, 1903, pp. 12 y 18.

<sup>330</sup> Vid. GIERKE, Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, cit., pp. 13 y ss. El primer intento tuvo lugar en 1825, con una revista fundada por Dalwigk y continuada por Falck, que sólo llegaría a ver publicados tres números; el segundo fue encabezado por Reyscher y Wilda en 1839, con un éxito mucho más prolongado. Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 35-40.

la lingüística y la historiografía. De hecho, el presidente del encuentro de Frankfurt fue Jacob Grimm, uno de los dos hermanos que pasarían a la historia por su labor como cuentistas y como promotores de un monumental diccionario etimológico del alemán. Junto con Grimm, que había estudiado con Savigny<sup>331</sup>, en los congresos también se dieron cita figuras como Leopold von Ranke –entre los historiadores– o Moritz Arndt –entre los literatos<sup>332</sup>–. Así las cosas, se terminó fraguando un movimiento de amplio espectro, en el que los planteamientos científicos se fundían de forma inescindible con reivindicaciones políticas de corte nacionalista<sup>333</sup>.

Desde el punto de vista ideológico, en la corriente germanista se dieron varios elementos importantes para entender la ambigüedad de la escuela histórica. En primer lugar, la mayoría de sus representantes se ubicó en posturas políticas progresistas, que rechazaban el legitimismo monárquico abanderado por Savigny y sus discípulos<sup>334</sup>. Es así como Gierke pudo decir que los romanistas habían incurrido en una actitud “anti-histórica” y “antipopular”<sup>335</sup>. Con lo primero aludía a la desconsideración de Savigny respecto a ciertas etapas de la historia que no parecían interesarle: también el Derecho natural y la codificación habían sido parte de ésta y, sin embargo, el padre de la escuela histórica las obviaba por completo. Así, según Gierke, la escuela había caído en un falso historicismo, pues no se conformaba con cualquier pasado, sino sólo con el que les convenía. Con el reproche de antipopular se refería al tono aristocrático que adquirió la doctrina romanista: retomando ideas ya enunciadas por Beseler, Gierke criticaba así la enorme lejanía que habían provocado entre el pueblo y los juristas. A través de una sacralización de la doctrina, en efecto, habían promovido una desconexión total entre la sociedad y el Derecho, entre la Alemania real y la formal.

Otro de los campos de tensión tuvo que ver con el Derecho público. Los romanistas habían cultivado tan sólo el Derecho privado. Desde el punto de vista de Savigny, que no hacía sino abundar en una tendencia ya ínsita en el Derecho romano antiguo, la tarea del jurista debía restringirse al Derecho privado. Eso que llamamos Derecho público no

---

<sup>331</sup> La relación de Grimm con Savigny fue excelente en sus comienzos. Grimm fue el gran popularizador de la analogía entre Derecho y lenguaje que tanto utilizarían los miembros de la escuela, aunque en realidad era una metáfora elaborada por Herder años antes (Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La escuela histórica del Derecho”, cit., p. 128). Con el correr del tiempo, y sobre todo a causa de diferencias políticas, la relación entre Grimm y Savigny se deterioró (Vid. WIEACKER, Franz, “Savigny und die Gebrüder Grimm. Briefe der Gebrüder Grimm an Savigny”, en ID., *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1959, pp. 144-161).

<sup>332</sup> Vid. GIERKE, Otto von, *Die historische Schule und die Germanisten*, cit., p. 20.

<sup>333</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 33-52.

<sup>334</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 34.

<sup>335</sup> GIERKE, Otto von, *Die historische Schule und die Germanisten* cit., p. 17.

sería sino una manifestación de la política, algo que debía quedar fuera de un concepto aséptico de Derecho: “el derecho público –la presentación sistemática de la constitución del Estado– no se deja encuadrar en el concepto de la jurisprudencia, pues el derecho público supone al Estado sólo como existente, mientras que la ciencia legislativa lo concibe como actuante”<sup>336</sup>. Esta constrictión no hacía sino fortalecer el campo de actuación de las monarquías, que quedaban así habilitadas para ejercer su imperio sin someterse a los límites que podría imponerles el Derecho público: la política como reino exento de racionalización jurídica. Además, este posicionamiento ponía palos en las ruedas al proyecto de unificación nacional, que por fuerza reclamaba la construcción de un Derecho público para todo el territorio.

Pues bien, contra esta autolimitación se alzó también el germanismo. He aquí las palabras de von Gierke, “un rasgo esencial del movimiento germanista consistió en que, aun partiendo del Derecho privado, abrazó el Derecho público con creciente energía [...]. Así, los germanistas ampliaron su demanda de renovación de la vida jurídica, en un sentido nacional y popular, también al Derecho público”<sup>337</sup>. En ese propósito latían varios factores. Uno de ellos fue el del nacionalismo. Aunque la vertiente romanista parecía anclarse en un sólido patriotismo, en realidad se trataba de un nacionalismo cultural: Savigny no aspiraba a la unificación política de Alemania –de ahí su tozuda diatriba contra el código y su recelo frente a la legislación– porque le inquietaban las renovaciones que dicha unión podía acarrear. Así pues, se mantuvo en la vieja idea del *Kulturstaat* –el Estado cultural–<sup>338</sup>. Pero a mediados de siglo, y partiendo de bases progresistas, esto era insostenible. Es así como los germanistas, liberales en su mayoría, se alinearon en un claro nacionalismo político. Si además tenemos en cuenta el espíritu filo-prusiano que presidió las reuniones de Frankfurt y Lübeck<sup>339</sup>, podemos entender el porqué de la tendencia hacia el Derecho público.

Hasta aquí llegan las grandes contradicciones de la Escuela histórica, que marcaron su andadura desde el principio y que provocaron la paulatina quiebra de sus cimientos. Por lo que a nosotros afecta, nos centraremos sobre todo en el primero de los problemas, el de la dualidad entre la veta histórica y la conceptual. No obstante, es importante tener

---

<sup>336</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, cit., pp. 17-18. Sobre la desconsideración de la esfera pública como objeto del Derecho en Roma, vid. SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934; JHERING, Rudolf von, *Der Geist des römischen Rechts*, Bd. II-1, §§ 24-26, cit., pp. 19-62.

<sup>337</sup> GIERKE, Otto von, *Die historische Schule und die Germanisten*, cit., pp. 23-24.

<sup>338</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 79 y ss.

<sup>339</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering un Gerber*, cit., pp. 33 y ss.

en cuenta algunos elementos que el germanismo puso sobre el tapete. Jhering perteneció sin dudas al sector romanista, en cuya tradición se formó y a través del cual desarrolló sus ideas. No obstante, mantuvo relaciones amigables con uno de los germanistas más relevantes del siglo –aunque díscolo con los enfoques de Gierke o Beseler<sup>340</sup>–, Friedrich Gerber. Por otra parte, después del giro en su trayectoria se aproximó a posturas que ya venían sosteniendo los germanistas: aunque desde bases intelectuales completamente heterogéneas, Jhering terminó coincidiendo con protestas que ya había esgrimido el germanismo contra la ortodoxia de la escuela histórica. A continuación desgranaremos su crítica al historicismo (§3.2) y al conceptualismo (§3.3).

### **3.2. La crítica de Jhering al historicismo**

Las críticas de Jhering al historicismo de la escuela histórica –la redundancia es necesaria– arrancan desde muy temprano. Hasta tal punto es así, que cabe dudar de si en algún momento tuvo una actitud realmente fiel con el legado de sus maestros. No en vano, sólo conocemos una obra de juventud que se sitúe en la perspectiva historicista-anticuaria, la ya citada *Abhandlungen aus dem römischen Recht*. En efecto, desde el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano* hasta sus dos obras póstumas se puede palpar una actitud rebelde con la orientación de Savigny. Como no es posible hacer un repaso exhaustivo de toda su obra, sólo nos centraremos en algunos hitos que marcan las líneas maestras de su crítica: nos ceñiremos al primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*, a *La lucha por el Derecho* y a su epitafio a Savigny. Además, deslindaremos la actitud de Jhering respecto al historicismo en dos vetas, que estimamos relevantes desde el punto de vista ideológico: el debate entre nacionalismo y universalismo (§a) y la tensión entre costumbre y legislación (§b).

#### **a) La construcción de una nación: ¿nacionalismo o universalismo?**

El *Espíritu del Derecho romano* es una de las grandes obras de Jhering. De hecho, quizá se trate de la más importante de todas, la más querida y trabajada a lo largo de su trayectoria. Es, además, una de las aportaciones más poliédricas de cuantas integran su acervo. Por un lado, se trata de una contribución a la historia del Derecho romano, un

---

<sup>340</sup> Vid. GIERKE, Otto von, *Die historische Schule und die Germanisten*, cit., pp. 27 y ss.; LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 45 y ss.

monumento que ha seguido leyéndose hasta hoy desde tal punto de vista. Por otro lado, se trata de la obra que más predicamento alcanzó entre juristas dedicados al cultivo de la dogmática del Derecho privado. No en vano, es en el segundo tomo donde se desarrolla su teoría de la técnica jurídica, que tanto daría que hablar y que tan importante fue para la ciencia del Derecho posterior. Pero, por otro lado, se trata de una empresa de gran magnitud para la filosofía jurídica y política. En este último sentido, que es el que aquí ha de atenderse, el *Espíritu del Derecho romano* fue reivindicado por figuras tan sobresalientes como Ortega: no sólo la leyó con verdadero entusiasmo, sino que encargó a su amigo Fernando Vela la realización de una versión reducida de la misma, con el fin de publicarla después en la *Revista de Occidente*<sup>341</sup>.

La obra quedó finalmente inacabada, al igual que sucedería más tarde con *El fin en el Derecho*. En un momento dado, en efecto, Jhering prefirió dirigir sus esfuerzos a esta última empresa, en la que venía a corregir ideas de su primera etapa. Este cambio de planteamiento, que él mismo justificó como una superación del *Espíritu del Derecho romano*<sup>342</sup>, ha conducido a una relativa postergación de esta obra primeriza. Si a ello le añadimos el extendido prejuicio de que no se trataba de un trabajo iusfilosófico, sino de un compendio de historia o de Derecho romano, se explica el descuido que ha recibido desde hace tiempo. Pese a todos estos elementos, el *Espíritu del Derecho romano* debe valorarse como una cumbre del pensamiento jurídico. En primer lugar, marcó el punto de arranque de su crítica al historicismo. Es a partir de las líneas maestras que ya sentó desde el primer volumen, como se irá desarrollando todo su pensamiento ulterior. En segundo lugar, hay muchos aspectos de su segunda etapa que ya aparecen en esta fase de su carrera: el criterio de la finalidad (*Zweckmässigkeit*) como sustancia del Derecho, la concepción funcional de las instituciones jurídicas o el enaltecimiento del Estado, son dimensiones que ya están apuntadas en el primer tomo<sup>343</sup>.

Desde la perspectiva ideológica, el *Espíritu del Derecho romano* es especialmente interesante. Y es que, más que de Derecho romano, Jhering parece hablarnos de la Prusia de su época. Al exponernos el incuestionable sometimiento de la religión al Estado, o al desarrollar la preeminencia del *ius* sobre el *fas* (el principio jurídico por encima del

---

<sup>341</sup> JHERING, Rudolf von, *Abreviatura del espíritu del Derecho romano*, versión de Fernando Vela, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947. Reeditada con pról. de Rafael Hernández Marín, Marcial Pons, Madrid, 2005. Vid. también ORTEGA Y GASSET, José, *Obras Completas*, ed. por Paulino Garagorri, Alianza-Revista de Occidente, Madrid, 1983-1989. Vid. *El hombre y la gente*, vol. VII, p. 217; *Una interpretación de la historia universal*, vol. IX, p. 92; y *Meditación de Europa*, vol. IX, p. 297.

<sup>342</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. IV y ss.

<sup>343</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 8-9, 48-51, 338 y ss.

principio religioso)<sup>344</sup>, no podemos dejar de pensar en la *Kulturkampf*, en esa porfiada lucha que Bismarck emprendió en Alemania para lograr la secularización del Estado. Al hablarnos de las virtudes de la centralización política en Roma<sup>345</sup>, no puede dejar de recordarse la dura batalla de Prusia por erigirse en el eje de la política nacional alemana. Y al hablarnos de la importancia del ejército como el cauce a través del que Roma logró una ciudadanía disciplinada, presta a la observancia de la ley y engrasada para alumbrar una cultura de Estado madura<sup>346</sup>, resulta inevitable situarse en el contexto bélico de la Alemania decimonónica; en ese lapso que, tras la victoria frente a Austria, Francia y Dinamarca, terminó conduciendo a la unificación política del territorio germánico. Es cierto que toda labor intelectual deja ver al autor que late tras ella, pero en esta ocasión es aún más evidente: en realidad, la Roma de la que nos escribe Jhering no es sino la Alemania unida que logrará soldar Bismarck.

En relación con el tema del historicismo, *El espíritu del Derecho romano* es una obra fundamental. De hecho, es ya en las primeras páginas del primer volumen donde se lanza el ataque contra Savigny. Si tuviéramos que definir el núcleo de la crítica, podría decirse que el historicismo de Jhering tiende a un cierto cosmopolitismo, aspira a un instante de universalidad que en Savigny no existe<sup>347</sup>. En Jhering se respira un aroma historicista de sabor hegeliano, un aliento preñado de universalidad y un retrato de la historia como escenario global, como un vasto crisol en el que se condensa el desarrollo de las civilizaciones, en el que los logros de uno y otro pueblo se aúnan en una sinfonía tendente al progreso común. En Savigny, en cambio, hay un cierto provincialismo, una concepción de la historia estática, esencialista y ciega ante la importancia del contacto recíproco entre culturas: el Derecho de cada nación hunde sus raíces en la idiosincrasia íntimamente singular del pueblo. Además de este enfoque díscolo con el nacionalismo ramplón de Savigny, en Jhering hay una profunda reflexión sobre el Derecho romano, sobre su incompatibilidad con la metafísica patriótica que le imprimió su antecesor. Y por último, Jhering demuestra una gran sensibilidad hacia los cambios económicos que se estaban produciendo a escala global, y que obligaban a un profundo replanteamiento del nacionalismo de la escuela histórica.

El punto de partida de la obra es la pregunta sobre el valor del Derecho romano. Y la respuesta, absolutamente original respecto a la doctrina oficial de sus antagonistas, va

---

<sup>344</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 341-357.

<sup>345</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 2 y 339-340.

<sup>346</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 245-265.

<sup>347</sup> Vid. MERKEL, Adolf, "Jhering", cit., pp. 17-22.

en la línea de la universalidad potencial de este Derecho: “el significado histórico-internacional y la misión de Roma, en una palabra, es la superación del principio de la nacionalidad a través de la idea de la universalidad [...]. El significado del Derecho romano para el mundo moderno no reside en el hecho de que haya servido como fuente de Derecho de manera pasajera –pues este significado no deja de ser pasajero–, sino en el hecho de que ha provocado una transformación interior total, de que ha moldeado todo nuestro pensamiento jurídico. El Derecho romano, al igual que el cristianismo, se ha convertido en un elemento cultural del mundo moderno”<sup>348</sup>. Investigar el porqué de esta transformación, el meollo del Derecho romano y su influjo latente en la civilización europea, es el propósito que se marca Jhering en esta obra.

Con semejante objetivo entre manos, puede entenderse la resistencia que produjo entre las filas de la escuela histórica. Pese a que el primer tomo está dedicado a Puchta, a quien Jhering consideraba su maestro<sup>349</sup>, éste último fue reacio a que nuestro jurista emprendiera un proyecto de tamaña envergadura<sup>350</sup>. Y es que la pretensión era más bien faraónica: tanto el ya de por sí monumental *Cursus der Institutionen* de Puchta –cuyo fin era hacer un resumen de las pandectas del Derecho justiniano<sup>351</sup>– como la ciclópea *Historia del Derecho romano en la edad media* de Savigny –cuyo ámbito se restringía a las transformaciones del Derecho romano en el Medievo<sup>352</sup>–, quedaban empequeñecidas en sus ambiciones frente a la obra de Jhering. Pues éste quiso nada más y nada menos que analizar el sentido de este Derecho en su conjunto, desde la era primigenia (*Urzeit*) hasta su relevancia contemporánea. Se trataba, en definitiva, de hallar el “espíritu” que lo animaba desde sus entrañas, la fuerza motriz que latía en las arterias de la civilización jurídica occidental. Así las cosas, Jhering se alejaba tanto del “espíritu” anticuario de la escuela, como de su vertiente dogmática.

La pregunta con la que se enfrenta Jhering es una de las más espinosas con las que tuvo que lidiar la escuela histórica: si el motor del Derecho es el *Volksgeist*, y si todo Derecho es un producto exclusivo de cada nación, ¿cómo se explica la hegemonía del

---

<sup>348</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, cit., pp. 2-3.

<sup>349</sup> En realidad, su padre académico fue Friedrich Rudorff (1803-1873), pero nunca tuvo una gran estima por él. Una vez, tras haberse referido a Puchta como su maestro, el propio Jhering añadió lo siguiente: “ficticio: nunca asistí a las lecciones de Puchta, pero a través de sus obras ha ejercido más influencia en mí que ningún otro” (JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 18).

<sup>350</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., p. 13.

<sup>351</sup> PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, 10. Aufl. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Krüger, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1893.

<sup>352</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (7 Bände), J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1815-1831.

Derecho romano en Alemania? ¿Cómo se justifica la retórica nacionalista con el estudio y el enaltecimiento del Derecho romano? Se trata del mismo interrogante que dio pie a la facción germanista. Pero la respuesta de Jhering fue más inteligente que la de ellos. Los germanistas habían impugnado el enfoque de sus colegas romanistas de raíz: si lo que se pretendía era encontrar la esencia de lo germano, el alma intrínseca del pueblo alemán, entonces había que rastrearla en sus instituciones jurídicas tradicionales, en el *Sachsenspiegel* (la primera compilación de leyes alemanas que se conoce), en las *Leges barbarorum*, etc.<sup>353</sup>, pero bajo ningún pretexto en el Derecho romano, porque éste no era sino una incrustación espuria. No puede negarse la coherencia de esta respuesta, puesto que hacía coincidir el *Volkgeist* alemán con un Derecho de auténtica raigambre germánica. Sin embargo, era una fórmula de escasa aplicabilidad, porque lo cierto es que el Derecho romano ya había regido en Alemania durante demasiados siglos, algo que reivindicaban los romanistas para sostener que éste se había terminado convirtiendo en un Derecho patrio con todas las de la ley.

La respuesta de Jhering encara el problema de otro modo. Tanto una como otra vía, a su juicio, habían caído en una misma obsesión: mantener una idea esencialista del *Volkgeist*, como si el devenir de los Derechos pudiera explicarse de forma autónoma, adjudicando una identidad jurídica monolítica a cada nación: “los pueblos no viven uno junto a otro de manera aislada, sino que, al igual que los individuos dentro del Estado, constituyen una comunidad, un sistema de contacto e influencia recíprocos –ora pacífico ora hostil–, un dar y un recibir, un tomar prestado y un compartir; en definitiva, un grandioso tráfico de intercambios que abarca todos los aspectos de la existencia humana [...]. El progreso de un pueblo es, al igual que el del individuo, un ininterrumpido absorber del exterior. Su lengua, su arte, sus costumbres, su cultura entera: en definitiva, su individualidad o nacionalidad son, al igual que el organismo corporal e intelectual del individuo, el producto de innumerables influencias y préstamos del mundo externo [...]. Lo que hubo pensado un jurista en España, le ahorró el trabajo a un estudioso en Alemania; el holandés se elevó sobre el fundamento que ya había cimentado el francés; la praxis de los tribunales italianos tuvo una influencia determinante en la jurisprudencia

---

<sup>353</sup> *Leges Barbarorum* es el nombre genérico que se da una serie de compilaciones legales que llevaron a cabo los romanos con las normas consuetudinarias de los pueblos germánicos. Son una fuente escrita de gran valor para conocer el Derecho germánico antiguo. El *Sachsenspiegel* es la primera compilación de leyes germánicas escrita en lengua alemana y atribuible a un autor concreto, el sajón Eike von Repgow (ca. 1180-1233). Es el documento central sobre el que se empezaron a desarrollar los trabajos de estudio y recuperación del Derecho germánico tradicional. Vid. WOLF, Erik, “Eike von Repgow”, en ID., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, cit., pp. 1-29; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 106 y ss.



de los demás países. ¡Qué sentimiento tan alto provoca esta comunidad y, sobre todo, qué envidiable la situación de aquella ciencia jurídica!”<sup>354</sup>.

Evidentemente, Jhering se está refiriendo al largo período del Derecho común, en el que no hubo un Derecho nacional delimitado por fronteras bien estipuladas, sino que se configuró un acervo jurídico común a escala europea. Pero su concepción universal del Derecho romano va más allá de esta etapa. La relevancia de su estudio tiene que ver con su carácter vertebrador del pensamiento jurídico occidental, una lección que aún hoy valdría para determinadas formas de afrontar el conocimiento de este Derecho. No son las normas e instituciones jurídicas concretas las que le otorgan interés, porque muchas de ellas ya han quedado obsoletas. En este sentido, Jhering niega el potencial jurídico-positivo del Derecho romano<sup>355</sup>. Pero tampoco es su valor en cuanto que documento histórico, pues éste atraería a los investigadores del pasado y no a los juristas. De ahí se deriva la preferencia de Jhering por los historiadores puros de Roma, como Gibbon, frente a las historias hechas por juristas<sup>356</sup>: en su opinión, éstos no captaban sino un pálido reflejo del mundo romano, ya que incurrían en una exposición dogmática de las instituciones jurídicas, sacándolas de su contexto y desprovéyéndolas del valor que pudieran tener como documento historiográfico.

Pues bien, si ni el valor jurídico-dogmático ni el historiográfico eran aptos para justificar la extraordinaria importancia del Derecho romano, entonces quedaba expedito el salto a la filosofía jurídica: “lo que me propongo es una crítica del Derecho romano, pero no una crítica del Derecho romano actual desde el punto de vista de la política legislativa<sup>357</sup>, sino una crítica histórico-filosófica, o sea, que lo acompañe en toda su trayectoria desde el principio hasta el final, pero no para conformarse con los hechos históricos externos –como suele hacer la historia jurídica romana–, sino para descifrar el engranaje interno de su devenir histórico, los resortes ocultos, las causas últimas, el marco espiritual de todo su desarrollo jurídico. Sólo así podremos realizar un auténtico juicio respecto al Derecho romano, separando lo pretérito y lo puramente romano de lo imperecedero y lo general; sólo así, en fin, podrá responderse bien a la pregunta sobre el valor del Derecho romano, una pregunta, en suma, sobre la que bascula su recepción y

---

<sup>354</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I., cit., pp. 7-8 y 10.

<sup>355</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 20-23.

<sup>356</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 56.

<sup>357</sup> Aquí hay una alusión evidente al *System des heutigen römischen Recht* de Savigny: vid. SAVIGNY, Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Recht* [1840], Scientia Verlag, Aalen, 1981, especialmente pp. IX y ss. y pp. 1-6. Si la *Historia del Derecho romano en la edad media* pertenecía a la vertiente más historiográfica de Savigny, en esta otra pretendía realizar un compendio dogmático del Derecho vigente: se trataba de exponer las instituciones jurídicas romanas que aún poseían validez jurídico-práctica.

el significado que ha tenido y tendrá para nosotros”<sup>358</sup>. Es cierto que en este pasaje se siente una fuerte metafísica historicista: la idea de la historia “interior”, las “causas últimas”, los “resortes ocultos”, etc. Pero se trata de una ontología de corte hegeliano, basada en la idea de una racionalidad inherente a la historia<sup>359</sup>, y no de una metafísica como la de Savigny, más romántica que ilustrada, más estática y más volcada sobre la vaporosa noción del “espíritu del pueblo”.

En este sentido es en el que señalábamos la heterogeneidad de la crítica de Jhering con respecto a la de los germanistas: éstos permanecieron en una opción metodológica similar a la de Savigny, aunque sustituyendo el Derecho romano por el germánico y alineándose en posturas políticas progresistas; Jhering, en cambio, se sitúa en una senda metodológica totalmente distinta. Para él, es indispensable desprenderse del servilismo a las fuentes<sup>360</sup>, ya sean romanas o germanas, y avanzar en una dirección filosófico-comparativa, muy en la línea de lo que enseguida se empezaría a llamar teoría general del Derecho. Se trataría de dar con la clave interna del Derecho, con aquellos elementos que se sobreponen al transcurrir del tiempo y a las diferencias culturales entre pueblos diversos, con eso que hace que el Derecho sea Derecho en todo tiempo y lugar. Lejos de caer así en un nuevo iusnaturalismo, lo que hacía era apuntar uno de los caminos más enjundiosos del positivismo jurídico: el estudio de los rasgos estructurales del Derecho, de aquello que nos sirve para dar un concepto general o universal del mismo. Y es que el derrumbe del iusnaturalismo no implicó una renuncia a todo pensamiento general o universal. Simplemente, a partir de entonces, estas incursiones tuvieron que explorar vías alternativas a la iusnaturalista<sup>361</sup>.

Si tomamos el ejemplo de Jhering, no es en absoluto casual que el siguiente paso en su exposición fuera reivindicar la perspectiva jurídico-comparada: más que con la lupa del coleccionista que examina las fuentes con exquisita pulcritud, el Derecho hay que aprehenderlo con el telescopio de quien mira hacia su entorno con ambiciones de globalidad, cotejando las diversas experiencias jurídicas que han existido y existen en el mundo, y extrayendo consecuencias generales al respecto<sup>362</sup>. Y tampoco es nada casual que, después de bosquejar estas bases programáticas y metodológicas, el siguiente paso de su argumentación fuera el análisis de la “anatomía” y la “fisiología” del organismo

---

<sup>358</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 15-16.

<sup>359</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist* und Jherings *Zweck*”, cit., p. 136.

<sup>360</sup> JHERING, Rudolf von, *Geists des römischen Rechts*, I, cit., pp. 20-22.

<sup>361</sup> Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto di diritto*, 4ª ed. Riveduta, Giuffré, Milano, 1992, pp. 66 y ss. Y 75 y ss.

<sup>362</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 22-23.

jurídico<sup>363</sup>. Con esta extraña denominación, y con independencia del uso un tanto abusivo de las analogías científicas, nuestro autor no estaba expresando otra cosa que la célebre dicotomía entre estructura y función del Derecho: “todo organismo puede someterse a una doble consideración, una anatómica y otra fisiológica; aquélla tiene por objeto las partes del mismo y su forma de ensamblaje, o sea su estructura; ésta tiene por objeto las funciones del mismo”<sup>364</sup>.

La toma de conciencia respecto a esta dualidad tan característica<sup>365</sup> es también un elemento central del iuspositivismo, pues a partir de cada una de ambas dimensiones se empezarían a desarrollar dos líneas filosóficas en el interior del paradigma: por un lado el formalismo, cuyo fin será identificar la anatomía esencial del ordenamiento jurídico, las claves estructurales de todo Derecho; por otro lado el sociologismo, cuya meta será estudiar la fisiología jurídica, es decir, las formas de manifestación del Derecho al entrar en contacto con la sociedad, sus razones de ser desde el punto de vista práctico. En el *Espíritu del Derecho romano*, aunque se mantiene la armonía entre estos dos enfoques, Jhering privilegiaba el funcional, algo que se acentuará aún más en su segunda etapa: “la finalidad del órgano radica en sus funciones; los órganos están ahí para realizar determinadas órdenes. Con arreglo a esta finalidad se diseña la organización del todo. Al igual que en el organismo físico, también sucede así en el Derecho. También aquí el conocimiento de las funciones del Derecho conduce a la comprensión de sus órganos, la fisiología a la verdadera comprensión de la anatomía”<sup>366</sup>. Con esto quedaba plasmada una tensión esencial del iuspositivismo: la de estructura y función.

Por hacer un resumen de cuanto se ha dicho hasta ahora, podría decirse que Jhering propuso un desmarque respecto del positivismo de las fuentes cultivado por el sector anticuario de la escuela histórica. Mientras que éste se embecía en una contemplación acrítica de los dogmas jurídicos transmitidos por el *Corpus iuris* de Justiniano –o sea en las pandectas<sup>367</sup>– Jhering buscaba una comprensión más profunda y menos literal del legado jurídico de Roma. El Derecho romano sería importante en cuanto que ha sentado las bases de la cultura jurídica europea. En este sentido, por lo tanto, no habría ninguna

---

<sup>363</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 25 y ss.

<sup>364</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 26-27.

<sup>365</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, pp. 48 y ss.

<sup>366</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 48.

<sup>367</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 21: “de acuerdo con Savigny, el Derecho romano coincidiría con las pandectas justinianeas: si cupiera la posibilidad de que éstas se extravíen en todos sus ejemplares, su valor se perdería para nosotros; en mi opinión, sin embargo, la auténtica sustancia del Derecho romano, tal y como ha sido transmitida en nuestra legislación y nuestra ciencia jurídica, no se vería tan amenazada por semejante acontecimiento”.

contradicción entre el *Volksgeist* y la utilización del material jurídico romano: he aquí su diferencia con el germanismo. Lo que ocurre es que este *Volksgeist*, al contrario de lo que parecía defender Savigny, no debía entenderse en términos de nacionalidad, sino de universalidad: he aquí su diferencia con el romanismo oficial.

Ahora bien, ¿cómo puede compaginarse el arraigado nacionalismo de Jhering con esta postura? Recordemos que una de las características centrales de su perfil ideológico era su apuesta por el Estado nacional, su gran fervor patriótico. ¿Cómo se compadece esto con una toma de partido tan decidida por el punto de vista universal? Pues bien, la respuesta a esta pregunta hay que buscarla en dos aspectos que también se destacaron al trazar la semblanza de Jhering. Por un lado, en la situación económica que se empezaba a respirar a nivel internacional, en el auge de las comunicaciones globales, del comercio a escala mundial y, en definitiva, en todos esos rasgos que han terminado conduciendo a la globalización. Por otro lado, en la apuesta por un Estado nacional, por supuesto, pero cimentado sobre un firme entramado jurídico-estatal, no sobre las vacuas alusiones a esencias culturales que se destilaban del planteamiento de Savigny. En definitiva, por expresarlo de forma sintética, el capitalismo internacional y la cuestión del Estado son los elementos que movieron a Jhering a desarrollar esta crítica.

Respecto a lo primero, es muy llamativo reparar en las alusiones de tipo económico y comercial que se dejan caer en los primeros compases de la obra: “la ley de la división del trabajo también vale para la vida de los pueblos [...]. El intercambio de productos materiales e intelectuales es el modo a través del cual la historia abole la desigualdad de las dotaciones geográficas, naturales e intelectuales de los pueblos [...]. ¿Quién podría, ante este extraordinario negocio de intercambio entre los pueblos, establecer con rigor el balance de sus exportaciones e importaciones? ¿Quién podría señalar con precisión los miles de estímulos e influencias que un pueblo ejerce así sobre otro? Con el barco que trajo nuevas mercancías, hubo dioses que se replegaron; el mercader que extrajo el oro nos legó, con sus productos fabricados, un modelo a imitar y el germen de la industria. Lengua, costumbres, religión, palabras, ideas, prejuicios, fe, superstición, industria, arte, ciencia: todos acatan la ley de la cooperación y la acción internacional. ¿Y el Derecho? ¿Va a ser el único en sustraerse a esta ley general de la cultura<sup>368</sup>?

Si cotejamos estos pasajes con los ya citados del *Manifiesto comunista*<sup>369</sup>, en los que se daba buena cuenta de la creciente internacionalización de la economía, en los que

---

<sup>368</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 6 y 8.

<sup>369</sup> MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Manifiesto comunista*, cit., pp. 42-45.

ya se empezaba a reflexionar sobre eso que hoy llamamos globalización, nos daremos cuenta de hasta qué punto Jhering pensaba en coordenadas distintas a las de la escuela histórica. Y ello, pese a todo, para lo bueno y para lo malo, porque también fue este planteamiento el que le llevó a defender posturas colonialistas: “la tierra pertenece a la mano que se compromete a trabajarla: la aparente injusticia que la raza anglosajona ejerce contra los indios nativos es un derecho desde el punto de vista de la historia universal<sup>370</sup>. Y en no menor derecho están los pueblos europeos al abrir los ríos y puertos del Celeste Imperio y del Japón mediante la fuerza, obligando a estos países a practicar el comercio. El comercio o, en general, el intercambio de bienes materiales y espirituales no sólo es asunto de interés y de la libre voluntad de los pueblos, sino que es un derecho y un deber; la resistencia contra el cumplimiento de este deber es una rebelión contra el orden de la naturaleza, contra el mandato de la historia, y un pueblo que se aísla no sólo comete un pecado contra sí mismo –al arrebatarle el medio de su educación–, sino también una injusticia con los demás pueblos”<sup>371</sup>.

En definitiva, en la apuesta universalista de Jhering confluían razones económicas y políticas de gran calado. En un mundo así –vendría a decirnos– en el que todo parece obedecer a un frondosísimo tráfico internacional, en el que los pueblos se acercan cada vez más entre sí, es ilusorio mantener una teoría jurídica como la del *Volksgeist*. Y si se sostiene, como él mismo hizo en su primera etapa, debe reformularse en términos que la hagan compatible con ese intenso fluir de los contactos internacionales, con ese fondo cosmopolita que late detrás de todo producto de cultura. En este sentido se entienden las alusiones a Hegel, ora explícitas ora ocultas, que pueden recogerse en varios pasajes del *Espíritu del Derecho romano*<sup>372</sup>. Y es que Hegel también utilizaba esta noción, pero con el horizonte de una historia universal en mente, es decir, bajo la presunción de que ese espíritu del pueblo no es sino una de las formas de manifestación del Derecho a lo largo del tiempo, uno de los rostros que éste adquiere, y en el que perviven aún los rasgos de otras vidas, las influencias recibidas de culturas y geografías diversas<sup>373</sup>. El *Volksgeist*

---

<sup>370</sup> El original dice *Weltgeschichte*. Se trata de una alusión a la idea de *Weltgeschichte* hegeliana, según la cual el desarrollo de la historia va cumpliendo un destino universal de dimensiones éticas, de donde se derivaría la idea –hoy ciertamente extraña– de que oponerse a ese destino equivaldría a la violación de un derecho inherente a la evolución de la historia. Vid. KOSELLECK, Reinhart, *Historia/historia*, trad. e introd. de Antonio Gómez Ramos, Trotta, Madrid, 2004; FERRATER MORA, José, *Cuatro visiones de la historia universal: San Agustín, Vico, Voltaire, Hegel*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 93-111.

<sup>371</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 7.

<sup>372</sup> Vid. LANDAU, Peter, “Il momento sostanziale del diritto in Rudolph von Jhering”, AA. VV., *Diritto e filosofia nel XIX secolo. Atti del seminario di studi*, a cura di Francesco Belvisi e Marco Cavina, Università di Modena, 2000, pp. 387-388.

<sup>373</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 77-78.

de Jhering se convertía así en un concepto útil para describir el conjunto de factores que influyen a la hora de configurar las normas de todo Derecho, en ese conglomerado de aspectos que condicionan a todo acto de legislación, y que no son sino un precipitado del laberíntico alambique de la historia.

Con esto acabamos de exponer el escenario económico que pudo mover a Jhering a repudiar los excesos nacionalistas en la noción del *Volksgeist* de Savigny. Pero además de esto, como ya adelantábamos antes, también hubo razones políticas importantes. Si Savigny aspiraba a una nación germana de tipo dieciochesco, es decir, hermanada a través de lazos culturales –la literatura, la música, el arte<sup>374</sup>– Jhering pensaba ya en los términos de un intelectual del *Nachmärz*: a la Alemania cultural debe sobreponerse una Alemania política y jurídica. En este sentido, no le podían satisfacer las hueras alusiones a un *Volksgeist* más bien romántico –hiperromántico en palabras de Kantorowicz<sup>375</sup>–, ni la cerrazón al empleo de la legislación, ni mucho menos la descentralización inmovilista que se derivaba del planteamiento de la escuela histórica ortodoxa. En este sentido, pese a la aparente contradicción que pudiera verse entre el patriotismo alemán de Jhering y su encendida reivindicación de universalismo, en realidad no había tal: nuestro jurista pensaba en una Alemania unida gracias a un Estado burocrático, y no sólo existente en la conciencia de algunos intelectuales iluminados.

En el final del primer tomo del *Espíritu* se ve muy bien todo esto. Mediante una exaltación del Estado romano, en la que se ven más trazas de la Alemania decimonónica que de la antigua Roma, se despachaba así sobre el nacionalismo: “si expresamos este proceso –a través del cual las diferencias étnicas se superaron en interés del Estado– como una transformación en la que los principios del Estado y del Derecho sometieron al de la nacionalidad, habremos entendido la razón de la primera ascensión de Roma, en la que también se encierra su ulterior significación, su puesto original y su misión en la historia universal [...]. Pero si reparamos en que la singularidad y la separación no son la meta de la historia, sino que lo son la comunidad y la unidad, que la individualidad de las personas y los pueblos no queda destruida por el momento de la generalidad, sino

---

<sup>374</sup> Sobre la fascinación alemana por el mito de la cultura, en tanto que “noble sustituto de la política”, vid. LEPENIES, Wolf, *La seducción de la cultura en la historia alemana*, trad. de Jaime Blasco Castiñeyra, Akal, Madrid, 2008, pp. 17-36. Vid. también BUENO, Gustavo, *El mito de la cultura. Ensayo de una filosofía materialista de la cultura*, Editorial Prensa Ibérica, Barcelona, 1996, pp. 47-88.

<sup>375</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?”, cit., p. 400. En otro lugar, Kantorowicz llega a afirmar que Savigny asumió la doctrina del *Volksgeist* sólo porque estaba de moda. En este sentido, se trataría de un concepto vacío de contenido, que le servía para cubrir su pulsión aristocrática, su aspiración a una Alemania exclusivamente cultural y a un Derecho erigido desde la cátedra. Vid. KANTOROWICZ, Hermann, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, *Historische Zeitschrift*, n° 108, 1912, pp. 295-325.

que ésta es así elevada y ennoblecida, entonces no veremos en Roma a un ángel exterminador de nacionalidades, a un espíritu que solamente niega, sino a un portador y a un luchador en pro de la idea de universalidad, enfrentado al dominio unilateral y pacato del principio de la nacionalidad”<sup>376</sup>.

Si leemos estas páginas con la mirada puesta en el contexto alemán del XIX, no resulta difícil imaginar que Jhering estaba pensando en la abolición de los Derechos locales y en los particularismos que mantenían a la nación germana desunida. Y es que, lejos de un cosmopolitismo meramente abstracto, en la crítica de nuestro autor a la idea de nacionalidad había una apuesta por el Estado fuerte y centralizado: antes que el discurso de la identidad cultural, antes que la apelación a sentimientos de arraigo, debía considerarse la importancia del Derecho, que gozaría así de prioridad respecto a otros posibles factores de integración: “esa inmisericorde subordinación del caso individual a la regla abstracta, que me gustaría denominar tiranía de la disciplina jurídica, fue para los romanos, desde muy pronto, tan familiar y evidente como el implacable manejo de una férrea disciplina militar en el campo de batalla [...]. Lo que para el pueblo de Dios fue la religión, para el griego el arte, para los romanos fueron el Derecho y el Estado: la materia del orgullo nacional frente a todos los demás pueblos”<sup>377</sup>.

Pero las analogías no acaban aquí. Si seguimos avanzando en la lectura, enseguida se revelan muchos paralelismos entre aquella Roma imaginada y la Alemania soñada. A juicio de Jhering, por ejemplo, los rasgos principales del Derecho romano son dos: una “coherencia de hierro” y un “pertinaz sentido de la conservación”<sup>378</sup>. Con lo primero se refería a la implacabilidad en la aplicación de las normas, en la observancia de la ley costara lo que costara. De ahí se derivaba también, en su opinión, el surgimiento de una casta de juristas bien entrenados, hábiles e ingeniosos para rebuscar dentro de la ley las mejores posibilidades para el caso individual, operando con la norma pero siempre sin salirse de ella. Con lo segundo se refería a esa tendencia reacia a los cambios violentos, amante de la tradición, en marcha constante pero sólo a un paso sosegado, que también caracterizaría al alma inglesa<sup>379</sup>. No resulta difícil comparar esta lectura de la historia de

---

<sup>376</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 314-315.

<sup>377</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 329-330.

<sup>378</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 333 y ss.

<sup>379</sup> Vid. por ejemplo las elocuentes palabras de Edmund Burke, cuando defendía al “viejo y buen Derecho de los ingleses” y nos hablaba así de “un árbol genealógico lleno de antecedentes ilustres [...], con su protocolo, sus emblemas y sus heráldicas, sus galerías de retratos, sus inscripciones monumentales, sus archivos, sus pruebas y sus títulos” (BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, en ID., *Textos políticos de Edmund Burke*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 70. Vid. también RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, cit., pp. 27 y ss.

Roma con las circunstancias que él mismo vivía en Alemania: de lo que se trataba era de gestar un ordenamiento jurídico único y estable, engrasado mediante la ayuda de una poderosa casta funcionarial, y refractario al cambio violento preconizado por las vías revolucionarias. En resumen, *mutatis mutandis*, Jhering estaba reflejando aquí el diseño de la futura Alemania bismarckiana.

Un poco más adelante se nos vuelven a plantear similitudes. Cuando se pregunta qué tipo de Estado fue el de Roma, nos dibuja un régimen a caballo entre la república y la monarquía, enzarzado en una tensión perpetua entre ambos polos. Y en medio de todo ello, cómo no, la presencia impostergable del funcionariado<sup>380</sup>. Los siguientes pasos de su exposición completan el cuadro de esa Roma tan parecida al Estado burocrático que él mismo deseaba para Alemania. En primer lugar, nos habla del poder centralizador de Roma, de la gran ventaja que ello significó para el desarrollo de su Derecho. Y por si fuera poco con lo anterior, aquí el propio Jhering realiza una comparación explícita con las circunstancias de su época, apelando a una idéntica labor centralizadora para su país, algo que lograrse ahogar los particularismos regionales en pro de una unión política germana<sup>381</sup>. En segundo lugar, pero en estrecha línea con lo anterior, dedica un largo excursus a la importancia de someter la religión al Derecho y al Estado, un proceso en el que Roma habría sembrado los gérmenes de su ulterior esplendor. Tampoco aquí hace falta mucha imaginación para evocar la importancia que en Alemania tuvo este proceso, cuya mayor manifestación fue la *Kulturkampf*<sup>382</sup>.

Los ejemplos podrían alargarse hasta el infinito, de manera que valga con lo dicho hasta aquí. Lo que interesa recalcar es esa complejidad del historicismo jheringiano: en primer lugar crítico con el nacionalismo de Savigny, partidario de un enfoque universal para entender el Derecho romano, pero en segundo lugar nacionalista alemán como el que más. La paradoja no es otra que la que se desplegó en la Alemania decimonónica: la construcción de una nación unificada, en efecto, puso sobre el tapete muchos problemas sobre la forma de llevarla a cabo. Ahora bien, independientemente de los condicionantes ideológicos que llevaran a Jhering a desarrollar su pensamiento en una u otra dirección, lo cierto es que su teoría adquirió carta de naturaleza propia. En muchos casos es así como suceden las cosas: más allá de los acicates concretos por los que nacen las ideas, éstas cobran vida propia y comienzan a labrar un surco autónomo. Y en ese surco, lejos

---

<sup>380</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 338-339.

<sup>381</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 339-340.

<sup>382</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 341-357.



de prosperar especímenes previstos por su autor, proliferan variantes extrañas que sólo después nos brindarán su fruto. Esto es lo que sucedió con el positivismo jurídico. Aun sin Jhering ser consciente del mantillo desde el que escribía, ni del surco hacia el que se movía, lo cierto es que labró un camino bien abonado para el positivismo jurídico. A continuación intentaremos sintetizar en qué sentido.

En primer lugar, la crítica al nacionalismo de Savigny condujo a una vía filosófica fundamental para el iuspositivismo: la teoría general del Derecho. Sería interesante ver en qué medida estuvo influido el surgimiento de esta forma de encarar el estudio del Derecho por el advenimiento de una nueva sociedad mundial globalizada. La *general jurisprudence* de John Austin<sup>383</sup>, el Derecho comparado en versiones como las de Josef Kohler<sup>384</sup>, las reivindicaciones de Saleilles y Lambert respecto a la necesidad de cultivar una ciencia jurídica comparada<sup>385</sup>, etc., son variantes de pensamiento que difícilmente se habrían podido dar en contextos socio-históricos anteriores. Hacia mediados del siglo XIX, con el auge del colonialismo, el extraordinario incremento de la velocidad en los transportes, el intenso desarrollo del comercio internacional, etc., el acercamiento entre culturas y pueblos desconocidos estaba a la orden del día. En este contexto, tan lleno de ramificaciones y tan característico del mundo contemporáneo en todas sus facetas, la ciencia jurídica no pudo permanecer inmune.

Es en esta clave en la que han de entenderse las apelaciones de Jhering al punto de vista universal. Para hacer una buena ciencia jurídica, para emplear de forma útil el Derecho romano, hace falta generar un enfoque teórico –“filosófico-jurídico y empírico-comparativo”, por usar sus palabras<sup>386</sup>– capaz de escudriñar en los resortes íntimos del Derecho, en las características que lo definen por encima de las diferencias geográficas, históricas o culturales. ¿Qué es lo que hay de perenne y estable en el maremágnum de experiencias jurídicas que se nos presenta al contemplar la historia y la geografía del Derecho? Pues bien, aunque con el extraño calificativo de “teoría natural y general del Derecho” que le da Jhering, es obvio que se trata de un problema equiparable al que se

---

<sup>383</sup> AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 25-37.

<sup>384</sup> KOHLER, Josef, “Über die Methode der Rechtsvergleichung” [1901], AA. VV., *Rechtsvergleichung*, hrsg. von Konrad Zweigert und Hans-Jürgen Puttfarcken, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978, pp. 18-29. Vid. también GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 84-93.

<sup>385</sup> Vid. ARAGONESES, Alfons, “*Au delà du code civil mais par le code civil*”. *Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado*, tesis doctoral, Universidad de Girona, 2006; vid. también ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pp. 2-5.

<sup>386</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 24.

formulaba la teoría general del Derecho<sup>387</sup>. Apenas hace falta recordar la importancia que tuvo esta orientación en el seno del paradigma iuspositivista: en un contexto en que la crisis del iusnaturalismo había puesto en solfa la posibilidad de una ciencia del Derecho merecedora de tal nombre, la teoría general del Derecho fue una de las alternativas más prometedoras para seguir aspirando a ese instante de generalidad que es imprescindible para poder hablar de verdadera ciencia<sup>388</sup>.

En segundo lugar, en la crítica de Jhering hay una importante vuelta de tuerca en el concepto de *Volksgeist*. Nuestro autor propone una fundamentación cosmopolita del espíritu del pueblo, muy en la línea de un concepto de la historia hegeliano. Al igual que el de Savigny, también éste era un concepto metafísico, pero ya se había desprendido de aquel esencialismo romántico que unía al Derecho con la idiosincrasia irreductiblemente singular de cada pueblo, y se había volcado a una contemplación universal del curso de la historia. En este sentido, la idea de *Volksgeist* de Jhering se ha secularizado respecto a la de la escuela histórica. En cierto modo, volvía así a la tradición prerromántica, puesto que usaba esta noción de manera mucho más tangible y utilitaria: el espíritu del pueblo no sería otra cosa que el conjunto de factores que subyacen a toda cultura jurídica y que influyen al legislador a la hora de promulgar las leyes<sup>389</sup>. La relevancia de este giro es la que ya vimos a través de Stammler y Radbruch: a partir de Jhering, el oscurantismo de la escuela histórica se transformó en algo que, por lo que a nosotros afecta, daría paso a los primeros conatos en la sociología del Derecho<sup>390</sup>. Sobre la importancia de esta tendencia en el paradigma iuspositivista ya se dijo bastante en el capítulo tercero, por lo que no vale la pena insistir más en ello.

Y en tercer lugar, la crítica al historicismo nacionalista revela un elemento central del pensamiento de Jhering, algo que ya entonces empieza a apuntarse y que constituirá el núcleo de sus aportaciones sucesivas. Nos referimos a la relevancia otorgada al Estado como factor principal de desarrollo del Derecho. Y es que, si bien desde el punto de vista teórico era absurdo un nacionalismo más bien provinciano como el de Savigny, desde el punto de vista político era perentoria la construcción de una nación alemana unificada. Pero la clave de esa integración –para Jhering– no era la elevación cultural de

---

<sup>387</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., especialmente pp. 62-83.

<sup>388</sup> Vid. DREIER, Ralf, *Was ist und wozu allgemeine Rechtslehre?*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1975, pp. 7-13; FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 62-87; GONZÁLEZ VICÉN, “Estudio preliminar” a John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, cit., pp. 11-18.

<sup>389</sup> Vid. SCHRÖDER, Jan, “Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre”, cit., pp. 223-232.

<sup>390</sup> Vid. RAISER, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. neugefasste Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 26-31.

la nación a través de sus clases intelectuales, sino la forja de un Derecho y un Estado unitarios y poderosos. Aquí es donde hunde sus raíces el estatalismo del que luego hará vistosa gala en *El fin en el Derecho*. Lejos de tratarse de una idea surgida a mediados de su trayectoria, se trata de una convicción adquirida desde la juventud, que ya se refleja con claridad en el *Espíritu del Derecho romano* y que, como se expuso en el retrato ideológico, tiene mucho que ver con la tradición funcionarial de su familia. Así pues, también en este sentido su ataque al historicismo contribuyó a asentar otra de las bases del paradigma iuspositivista: el estatalismo.

### **b) La construcción de un Estado: ¿costumbre o legislación?**

El segundo gran dilema que se le presenta a Jhering, en relación con el legado de la escuela de Savigny, es el de la doctrina de las fuentes. Coherente con sus postulados teóricos, la escuela histórica había tendido a ensalzar el Derecho consuetudinario. Si el Derecho es una emanación del espíritu del pueblo, y si la mayor manifestación de éste se da en la costumbre, entonces ésta debe ser la fuente de Derecho por antonomasia. La idolatría a la legislación, un rasgo típico de la mentalidad racionalista, no revelaba sino una arrogancia infantil, porque nadie puede encumbrarse sobre la historia como un demiurgo todopoderoso: el Derecho se manifiesta de manera autónoma e inconsciente, como resultado del entrecruzarse de sucesos históricos que se escapan al análisis y que forman parte del carácter de cada nación. Pretender dirigir el rumbo de esa historia sigilosa mediante la voluntad de legisladores esclarecidos, querer gobernar esas fuerzas latentes de manera consciente, fue el gran error del espíritu ilustrado, la gran quimera de una época ahíta de soberbia y de razón abstracta<sup>391</sup>.

Se trata de un planteamiento muy típico de la época, que enlaza con circunstancias políticas y filosóficas comunes a toda una fase de la historia europea. Lo encontramos en Savigny y en sus discípulos –un caso especialmente prominente es el de Puchta<sup>392</sup>–, pero también lo veremos entre los germanistas<sup>393</sup>, en algunos exponentes de la reacción antiformalista como Ehrlich<sup>394</sup> o, más allá de las fronteras germanas, en el pensamiento

---

<sup>391</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, en *Thibaut und Savigny. Ihre programatische Schriften*, cit., pp. 64-66.

<sup>392</sup> PUCHTA, Georg Friedrich, *Das Gewohnheitsrecht*, cit., pp. 3-13; PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, vol. I, cit., pp. 14-26.

<sup>393</sup> GIERKE, Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, cit., pp. 6-10.

<sup>394</sup> EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, München/Leipzig, 1913.

del español Joaquín Costa<sup>395</sup>. Desde el punto de vista filosófico, todo este movimiento entronca con una etapa de crítica a la Ilustración, de pesimismo respecto a la capacidad omnicomprendiva de la razón y de exaltación de las pulsiones más bien irracionales, inconscientes e incontroladas del ser humano. Desde el punto de vista político, al menos por lo que se refiere a Alemania, se trata de una época de reacción contra la dominación francesa. Y esto, más allá del rechazo frente a un yugo extranjero –que no sería más que la vertiente negativa de la reacción– incorporaba a su vez un posicionamiento favorable a la restauración monárquica que se cristalizó en el Congreso de Viena.

Evidentemente, las diferencias son muy grandes entre los distintos autores. No es lo mismo una defensa de la costumbre desde el punto de vista de la escuela histórica de Savigny, que desde el punto de vista de Costa o de Ehrlich<sup>396</sup>. Estos dos últimos, aunque en contextos históricos diversos, desarrollaron una teoría del Derecho consuetudinario en un sentido más bien progresista, mientras que aquél pensaba desde las coordenadas del mantenimiento del Derecho del Antiguo Régimen. Tampoco pueden identificarse las críticas al espíritu legislador de von Gierke o de Jacob Grimm, por ejemplo, con las que encarnaron representantes de la tendencia romanista como Savigny o Puchta. Ahora bien, pese a todas estas matizaciones, no deja de ser cierto que, al menos en una primera instancia, la entronización de la costumbre sirvió a los intereses de la contrarrevolución: la retórica del historicismo, con su elogio del pasado y la tradición, con su admonición respecto a la posibilidad de intervenir en el curso de la historia, y con su mandamiento de veneración ante el lento devenir de las cosas, era perfecta como sostén legitimador para las monarquías tradicionales.

Pero más allá de todo ello, el gran artificio que latía detrás de ese encumbramiento del Derecho consuetudinario estaba en el hecho de que la costumbre, al contrario que la ley, resulta ser una fuente mucho más ambigua. De ahí se derivaba la necesidad de una portavocía, de una casta de juristas destinada a interpretar el contenido y el alcance del Derecho consuetudinario. Y aquí es donde estaba el meollo de la escuela histórica: de una teoría de las fuentes populista –en el sentido literal del término– se pasaba de forma inadvertida a una teoría elitista, cuya piedra de toque estaba no en la costumbre, sino en la doctrina. En el fondo, por consiguiente, el *Juristenrecht* de Puchta –el Derecho de los

---

<sup>395</sup> COSTA, Joaquín, *La vida del derecho: ensayo sobre el derecho consuetudinario*, 2ª ed., Biblioteca Costa, Madrid, 1914, p. 6-9.

<sup>396</sup> Véanse así, por ejemplo, algunas manifestaciones de Costa respecto a la costumbre: “la revolución es inevitable cuando la ley, por no acomodarse a la costumbre, comprime la vida, o que la vida cesa y el pueblo muere de atonía cuando la comprensión supera a la fuerza positiva y de acción, lenta o violenta, de la manifestación consuetudinaria” (COSTA, Joaquín, *La vida del derecho*, cit., p. 6).

juristas<sup>397</sup> – era quien llevaba la preeminencia en la teoría de las fuentes de la escuela histórica: ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni tan siquiera la costumbre estaban en la cúspide de la teoría de Savigny y sus discípulos, sino que ésta estaba representada por la doctrina. El Derecho era cosa de un estamento privilegiado de expertos, de profesores formados en la tradición conservadora de las universidades: a ellos les estaba adjudicada la misión de recoger las tradiciones populares, las costumbres y las viejas instituciones romanas, para darles forma en un todo armónico y coherente.

En esta visión elitista del Derecho, reacia a la intervención del poder establecido mediante la vara de hierro de la legislación, coincidían tanto los sectores conservadores como los progresistas de la escuela histórica. Jacob Grimm, que se distinguió por sus ideas liberales durante la revolución de 1848<sup>398</sup>, y que se enfrentaría con Savigny a raíz del asunto de los *Göttinger Sieben* –una polémica generada en 1837 por la expulsión de siete profesores de la Universidad de Göttingen<sup>399</sup>– también fue partícipe de esta actitud aristocrático-intelectual con respecto a las fuentes del Derecho. En una carta dirigida a su hermano Wilhelm, en 1805, hablaba así sobre el asunto de la codificación: “ayer recibí una muy triste noticia, a saber, que en Hessen va a aparecer un código [...]. ¿Pero acaso todo lo que nazca en suelo prusiano ha de ser imitado? La noticia me ha afligido profundamente”<sup>400</sup>. Y en una misiva un poco posterior, esta vez a su tía, se despachaba como sigue sobre el tema: “pocas perspectivas hay para un estudio del Derecho docto y auténtico (el nuevo código arruina todas mis esperanzas)”<sup>401</sup>. En definitiva, tanto desde la izquierda como desde la derecha, la escuela histórica se planteaba la construcción del Derecho y el Estado desde la tarima académica, no desde los despachos ministeriales o desde la tribuna parlamentaria.

Pues bien, también contra esta dimensión se alzó la crítica de Jhering. Y en buena medida, como ya ha podido verse en el epígrafe anterior, en esto fue coherente con su ataque al nacionalismo. Si en materia de construcción nacional, desde su punto de vista, era absurda la cerrazón provinciana que latía en las arterias de la teoría savignyana, si era extemporáneo el encauzamiento de las aspiraciones nacionales por la vía del Estado

---

<sup>397</sup> Vid. KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 196 y ss.

<sup>398</sup> Vid. FONTANE, Theodor, *Von Zwanzig bis Dreißig* [1898], en ID., *Werke*, ausgewählt von Matthias Bertram, Digitale Bibliothek, Bd. 6, Directmedia, Berlin, 1998, pp. 582 y ss.

<sup>399</sup> WIEACKER, Franz, “Savigny und die Gebrüder Grimm. Briefe der Gebrüder Grimm an Savigny”, cit., pp. 144-161. Dos de los siete expulsados fueron, precisamente, los dos hermanos Grimm. Contra lo que ambos esperaban, no hubo ninguna reacción a su favor de su otrora admirado Savigny.

<sup>400</sup> GRIMM, Jacob, *Briefwechsel zwischen Jacob und Wilhelm Grimm aus der Jugendzeit*, hrsg. von Hermann Grimm und Gustav Hinrichs, Bohlaus Nachfolger, Weimar, 1881, p. 40.

<sup>401</sup> GRIMM, Jacob, *Briefwechsel zwischen Jacob und Wilhelm Grimm*, cit., p. 57.

cultural, igualmente equivocado era plantear la construcción del Estado mediante una exaltación de la costumbre. Para semejante tarea, al igual que había sucedido en Roma, era imprescindible tejer un ordenamiento jurídico sólido y bien engrasado. Y para ello, cómo no, la ley era el máspreciado instrumento.

Ahora bien, a diferencia de la crítica al nacionalismo, en esta materia su posición fue evolucionando con el paso de los años. Es verdad que desde el primer momento fue mucho más abierto que sus colegas a la intervención del legislador, pero todavía desde una actitud muy favorable a la costumbre. Es sólo a partir de mediados de los cincuenta, a raíz de su famoso viraje, cuando empieza a insistir con fuerza en la importancia de la legislación. En el cuaderno de apuntes de 1859/60 se siente muy bien este cambio, pues atribuye a la costumbre un valor subsidiario y critica expresamente a Puchta en este punto<sup>402</sup>. Pero la auténtica embestida contra la apoteosis del Derecho consuetudinario se había dado ya en el segundo volumen (primera parte) del *Espíritu del Derecho romano*, aparecido en 1854: “el Derecho consuetudinario podría definirse, con bastante acierto, como el niño mimado de la que solemos llamar escuela histórica; parece como si ésta se hubiera sentido obligada a resarcir a este Derecho, por la desatención que había sufrido anteriormente, con un tratamiento aún más amoroso [...]. El reproche que le hago a esta teoría consiste en que, al sobrevalorar el así llamado «crecimiento natural» del Derecho consuetudinario, ignora el formidable avance que experimentó el Derecho al pasar del Derecho consuetudinario al Derecho legislado”<sup>403</sup>.

Así y todo, las valoraciones que aquí se vierten siguen siendo medidas: Jhering reconoce un enorme mérito a la crítica de la escuela histórica frente al iusnaturalismo de siglos anteriores, frente a la idealización de la ley impuesta por el soberano de manera vertical, y aprecia mucho la recuperación de la costumbre. Desde su punto de vista, en ello residía el rescate del vínculo perdido entre el pueblo y su Derecho<sup>404</sup>. Pero con el paso de los años, y con el paulatino proceso de conversión que fue experimentando, la crítica a la costumbre se irá haciendo más ácida. Y sobre todo, por lo que aquí afecta, se irá haciendo más consciente desde el punto de vista ideológico: es cierto que en estas primeras fases ya denunciaba sin ambages el exceso de la escuela histórica en sus loores al Derecho consuetudinario, pero aún no parecía ser consciente de los fundamentos ideológicos que latían detrás de esa postura.

---

<sup>402</sup> JHERING, Rudolf von, *Pandektenvorlesung nach Puchta*, cit., pp. 63-64.

<sup>403</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II (1), cit., pp. 29-31.

<sup>404</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II (1), cit., especialmente pp. 23-24 y 28-29; ID., *Pandektenvorlesung nach Puchta*, cit., pp. 56, 61, 63 y ss.

Es a partir de un escrito de 1861, que Jhering publicó en su revista con motivo de la muerte de Savigny, donde la crítica del Derecho consuetudinario alcanza una dimensión ideológica importante. Además, también es en este escrito donde la actitud meramente negativa dio paso a una reivindicación proactiva del papel de la legislación. Veámoslo con algo de detalle: “otro reproche que se le ha hecho a la escuela histórica tiene que ver con su posicionamiento político. Que su actitud básica fuera de tipo conservador no era nada fuera de lo esperable y no se le puede criticar; conocer la historia y ser conservador es algo idéntico. Pero del verdadero conservadurismo, que no sólo conserva lo dado por sí mismo, sino porque incorpora en su interior las condiciones de un nuevo devenir y que a la vez descarta lo caduco, de ese conservadurismo se separa aquella orientación política [de la escuela histórica], que de tan buen grado se atribuye la insignia de querer preservar lo dado *per se*, y que priva al presente de aquello que sí concede al pasado: el derecho a devenir. Una orientación que, cuando está dictada por intereses prácticos (es decir, en tanto que conservadurismo *Junker*) es perfectamente comprensible, cuando le faltan estas causas (en tanto que conservadurismo romántico) se convierte en el infeliz producto de un gabinete de erudito. Es indiscutible que la escuela histórica ha nutrido esencialmente a esta última variante de conservadurismo; y, con ello, aunque de forma mediata, también a aquella”<sup>405</sup>.

No es que Jhering mantuviera posiciones democráticas o revolucionarias, sino que se ubicaba en una variante diversa de conservadurismo. Probablemente, podría haber hecho suya aquella máxima de Tocqueville que decía lo siguiente: “tengamos entonces respecto al futuro ese saludable temor que produce vigilancia y lucha, y no esa suerte de terror blando y pasivo que abate los corazones y los debilita”<sup>406</sup>. Y es que su reproche a la escuela histórica, en efecto, se cernía sobre dos frentes: por un lado sobre la tendencia romántica a la idolatría del pasado, ya que se obcecaba en conservar lo dado por simple molición o por nostalgia de erudito; por otro lado sobre una variante más avispada de historicismo, que no era sino la prolongación intelectual de los intereses de la clase *Junker*. Si bien ésta última versión quedaba a salvo de su desprecio, en ningún caso ha de concluirse que estuviera conforme con ella. Su única ventaja respecto a la modalidad romántica, desde el punto de vista de Jhering, es que no obedecía a un mero idealismo pueril, sino que estaba guiada por intereses políticos. Sin embargo, ni era esta la clase a

---

<sup>405</sup> JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny”, en ID., *Gesammelte Aufsätze*, Bd. 2, Scientia Verlag, Aalen, 1981, p. 14.

<sup>406</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, II, trad. de Dolores Sánchez de Aleu, pról. de Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2005, p. 419.

la que pertenecía Jhering, ni era ése el modelo de país que deseaba. A lo que él aspiraba, como ya se ha repetido varias veces, era a una Alemania cristalizada en un Estado capitaneado por la burocracia funcionarial.

Nótese que tan sólo unas líneas después, y una vez más con talante crítico, Jhering vinculaba a la escuela histórica con la Restauración: “ese apocamiento frente al hecho histórico, alimentado por la teoría, le vino como anillo al dedo a las aspiraciones político-prácticas del periodo de la Restauración, dirigidas al mantenimiento de todo lo existente; y así, el nombre de la escuela histórica adquirió un sonido tan agradable en los oídos de los gobiernos, como impopular en la masa del pueblo: una impopularidad que atañería al fundador de la escuela en su mayor grado”<sup>407</sup>. Pues bien, buena parte de estas críticas estaba motivada por el ensalzamiento idealista de la costumbre que había cultivado la escuela. De acuerdo con Savigny, el Derecho consuetudinario representaba las esencias de la nación, la sustancia de su identidad y la encarnación espontánea de sus intereses. Se trataba de una fuente privilegiada, pues en ella confluían las aspiraciones del pueblo, libres de toda interferencia gubernativa y “naturales” en su nacimiento y su desarrollo, inalteradas por la intromisión distorsionadora del legislador<sup>408</sup>. La ley, frente a esto, no sería sino una imposición artificial y arbitraria<sup>409</sup>.

En el escrito de 1861 ya se manifiesta una actitud crítica con esta forma de pintar el nacimiento del Derecho. No obstante, ya fuera por respeto al recién fallecido, o por la típica circunspección que debía presidir ese tipo de artículos, o por no haberse liberado todavía del influjo subyugador de sus maestros, el ataque no ha alcanzado aún el mayor grado de virulencia. No será hasta la publicación de *La lucha por el Derecho* cuando veamos esta crítica en sus mayores cotas. Hay que tener en cuenta que el obituario de Savigny se inscribe en un periodo de transición en la biografía de Jhering<sup>410</sup>, pero aún no ha tenido lugar el punto de algidez en la política nacional. En este sentido, aunque Jhering ya ha comenzado a abrazar el modelo bismarckiano de la *Realpolitik*, no hay en su obra una impregnación total de esta perspectiva. En cambio, *La lucha por el Derecho* se escribe en un momento central de la política alemana. Se trata de una conferencia de 1871, leída en Viena tras la victoria prusiana contra Francia, un triunfo que le procuró a

---

<sup>407</sup> JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny”, cit., p. 14.

<sup>408</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, cit., especialmente pp. 65-72.

<sup>409</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny”, cit., p. 9-10; ID., *Geist des römischen Rechts*, II, cit., pp. 33 y ss.

<sup>410</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, 2ª ed., K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1968, pp. 32 y ss. Wieacker sitúa el punto de inflexión en 1862, pero en el escrito que estamos comentando ya se perciben los aires de cambio que enseguida comenzarán a perfilarse.



Bismarck la posibilidad de unificar todos los territorios del *Reich*. El tono exaltado del escrito, inflamado a veces de un ardor cuasi bélico, se debe a estas circunstancias tan halagüeñas para Jhering<sup>411</sup>. De hecho, como se ha constatado en la correspondencia, nuestro autor vivió la contienda completamente atenazado<sup>412</sup>. De ahí se deriva que *La lucha por el Derecho* terminara convirtiéndose en una especie de catarsis o, en palabras de Losano, en un “impromptu jurídico”<sup>413</sup>.

Desde el punto de vista del contenido político, *La lucha por el Derecho* es una pieza llena de significados. En primer lugar, Jhering plantea un concepto de Derecho de corte conflictualista, algo en lo que coincidía con la retórica dialéctica tan en boga entre las filas marxistas. Lejos de ser orgánica como la de la escuela histórica, la de Jhering se ha convertido en una dialéctica tensa, agonística, salpicada de guerras y pugnas de toda clase. Desde luego, no se trata de una versión comparable a la de la lucha de clases, pero el espíritu es similar en muchas ocasiones<sup>414</sup>. En todo caso, el bagaje político que latía por detrás era la retahíla de victorias militares encabezadas por Bismarck frente a Dinamarca, Austria y Francia: el Jhering de *La lucha por el Derecho* ya no cree en ese devenir pausado del Derecho que esbozaba la escuela histórica, sino en la necesidad de una batalla ininterrumpida para alcanzar el progreso. En este sentido, nuestro autor ya ha asumido el corazón de la política bismarckiana: “el sólido lazo que el pueblo anuda a su Derecho no es la costumbre, sino que ésta es la víctima [...]. La lucha que el Derecho exige no es una maldición, sino más bien una bendición”<sup>415</sup>.

Así pues, la costumbre ha quedado relegado a un plano secundario: lo que importa es el Derecho estable, asegurado mediante la ley y el ejercicio cotidiano de los derechos subjetivos. De ahí se deriva el panegírico de Jhering al tesón de Shylock en *El mercader de Venecia*: el comerciante judío luchaba por la eficacia de su derecho, por muy duras que fuesen las consecuencias, y justificaba su obstinación en la necesidad de preservar la firmeza del Derecho en su conjunto<sup>416</sup>. Si mi derecho individual se llega a vulnerar, argumentaba Shylock, entonces se abrirá la espita del desorden civil y se socavará el fundamento del Derecho objetivo, pues éste no debe ceder ante presiones de ninguna

---

<sup>411</sup> Más tarde, Leopoldo Alas “Clarín” escribiría un beligerante prólogo a la traducción española, que el abogado Josep Soler i Miquel llegó a calificar como “himno bélico” (citado en TORRES MUÑOZ, Ignacio, “Clarín, jurista”, *Boletín de la biblioteca del Ateneo*, 2ª época, año II, nº 11, Madrid, 2001, pp. 33-37).

<sup>412</sup> Vid. HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, cit., pp. 41-46.

<sup>413</sup> LOSANO, Mario G., “Jhering, Unger und Glaser: Das glänzende Dreigestirn der Wiener Juristenfakultät”, en *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, cit., pp. 24-28.

<sup>414</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 18-20.

<sup>415</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 20.

<sup>416</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 63 y ss.

clase. Este posicionamiento fuertemente legalista, que encontramos en muchos lugares de esta obra, es una característica central de la segunda fase del pensamiento de Jhering: la defensa del orden jurídico es una obligación que se derrama sobre toda la ciudadanía, que se ha convertido en una “ocupación nacional”<sup>417</sup>.

He aquí un fragmento especialmente significativo: “toda persona tiene la misión y la obligación de arrancar la cabeza a la hidra de la arbitrariedad y de la anarquía<sup>418</sup> allá donde ésta se eleve [...]. En lugar de aquella conducta meramente receptiva frente a la ley, en la que el individuo se limita a tomar los derechos de la mano que se los ofrece – derechos que puede afirmar o abandonar como le venga en gana– surge una relación de reciprocidad; lo que ha recibido de la ley, él se lo devuelve en cuanto que la ayuda a realizarse [...]. Por consiguiente, a la luz de esta concepción, la lucha por el Derecho es al mismo tiempo una lucha por la ley; en el pleito no se trata sólo del interés del sujeto, de una relación particular en la que la ley se ha venido a materializar; no se trata de una mera fotografía –como la llamaba antes– en la que una ráfaga de ley ha sido absorbida y fijada, de manera que puede ser quebrantada y destruida sin afectar a la propia ley; no se trata de nada de esto, pues la misma ley quedaría así despreciada y pisoteada; y si la ley no es un juego fatuo o una simple frase, es menester afirmarla: cuando un derecho se vulnera, la misma ley se viene abajo”<sup>419</sup>.

Con estas palabras tan elocuentes, Jhering sellaba la ruptura con la escuela histórica de forma definitiva. Las loas a la costumbre han sido reemplazadas por un legalismo audaz, que no debería verse como un zafio servilismo a la norma, sino como una actitud profundamente ética, en la que la defensa de la legalidad es también una defensa del Estado y de la sociedad en la que éste se apoya. Un legalismo como el de la escuela de la exégesis francesa, que se limitaba a un acatamiento lacayesco de la ley vigente, o una posición respecto a las fuentes como la que practicaba la escuela histórica ortodoxa, ya habían sido definidos por Jhering como “el enemigo mortal” de la ciencia jurídica: “me refiero al peligro de entregarse a sí mismo, tanto en pensamiento como en sentimiento, a la ley árida y muerta, al peligro de convertirse en una pieza de la maquinaria jurídica sin voluntad y sin sentimiento; en definitiva, al peligro de huir del propio pensamiento”<sup>420</sup>. Frente a esta variante de legalismo se alzaba la reivindicación de la ley en *La lucha por*

---

<sup>417</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 54.

<sup>418</sup> El original dice *Gesetzlosigkeit*, literalmente “ausencia de ley”.

<sup>419</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 57 y 62-63.

<sup>420</sup> JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868* [1868], hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998, pp. 50 y 55. Se trata de la conferencia que Jhering pronunció con motivo de su entrada en la Universidad de Viena.

*el Derecho*: de lo que se trataba era de buscar la estabilidad del Derecho como garantía de la salud de toda la comunidad; una preocupación, por lo tanto, preñada de una honda responsabilidad ética y política.

Para entender el fundamento ideológico que late detrás de *La lucha por el Derecho*, hay otros dos factores políticos de importancia, además de la guerra franco-prusiana y de la correlativa apuesta por la “pequeña Alemania”. El primero tiene que ver con el hecho de que en la Austria de los años setenta se estaba debatiendo sobre la reforma del Derecho procesal –tanto civil como penal– para hacerlo más participativo: los sectores progresistas querían introducir la oralidad y la publicidad del proceso, así como la libre valoración de la prueba. Jhering, que era partidario de estas modificaciones, quiso hacer un alegato a favor de las mismas con su texto. De ahí se derivan las reiteradas alusiones a la participación de los individuos en la defensa de sus derechos, en la necesidad de que coadyuvaran a la gestación del ordenamiento jurídico en su conjunto y de que se implicaran con la común tarea de sentar los cimientos del Estado<sup>421</sup>. Lejos de querer promover así una pleitomanía antisocial, lo que pretendía era fortalecer el sentimiento jurídico colectivo<sup>422</sup>, es decir, la conciencia respecto a la común empresa que a todos competía para erigir un Estado de Derecho sólido.

El segundo factor al que aludíamos tiene que ver con el escenario económico. Es verdad que el historicismo de Savigny, con su exaltación del constante devenir de las cosas, pudo nacer como fruto de la nueva era capitalista<sup>423</sup>. Sin embargo, lo que más anhelaba la burguesía era un ordenamiento jurídico estable y unificado, un conjunto definido de leyes que abriese la veda al comercio en todo el territorio germánico. En este sentido, también Jhering se mostró concordante con el aire de los tiempos<sup>424</sup>. La crítica frente al Derecho consuetudinario, y la concomitante apología de la legislación, entroncan aquí con las necesidades de la nueva economía. Desde el punto de vista de Jhering, la ley ha de ser férrea en cuanto al Derecho de obligaciones se refiere. Sólo las épocas pobres de espíritu han sido flexibles en esta materia, como vino a suceder –nos dice– en la fase tardía del imperio romano: “simpatizar con el deudor es síntoma de una época débil. Ella misma lo llama humanidad. Una época fuerte se preocupa, por encima

---

<sup>421</sup> Vid. HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, cit. pp. 44-45.

<sup>422</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. y presentación de Federico Fernández Crehuet, Trotta, Madrid, 2008, p. 32.

<sup>423</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., p. 22; NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1866-1918 (Bd. 1)*, cit., p. 656.

<sup>424</sup> LACASTA, José Ignacio, “Savigny eta Iheringen artean (ez duzu Savignyren izena ahotan alferrik hartuko)”, en *Euskal Herriko legegariari aldizkaria*, nº3, 1998, pp. 94-98. Agradecemos al autor su generosa disponibilidad al facilitarnos una versión en castellano de este artículo.

de todo, de que el acreedor satisfaga su derecho, incluso aun en el caso de que así el deudor se hunda”<sup>425</sup>. Así pues, el *favor debitoris* debía restringirse al máximo. No hay que ver en esto a un Jhering erigido en portavoz de la economía capitalista, sino más bien a un autor preocupado por la salvaguarda de la legalidad. Lo que ocurre es que, haciendo una lectura ideológica de esta postura, puede concluirse con el estrecho lazo que la unía con los intereses de un capitalismo alemán ya firmemente asentado y listo para entrar en su fase de crecimiento<sup>426</sup>.

Tan sólo queda un apunte por hacer para cerrar con la crítica de Jhering a la teoría del Derecho consuetudinario de la escuela histórica. Nos referimos al problema de la codificación. Algunas veces se ha tendido a alinear a Jhering con una postura favorable a la creación de un código<sup>427</sup>. El hecho de haber sido el gran crítico de Savigny, quien a su vez se distinguió por su acerada negativa a la codificación, es lo que ha podido motivar esta idea. Sin embargo, las cosas no son exactamente así. Cuando Jhering hacía su crítica a la exagerada entronización de la costumbre y reclamaba una mayor atención a la ley como instrumento del cambio social, no estaba pensando en un código. Mitteis ha señalado, de hecho, que sabía muy poco de estas cosas: “su escuela y su basamento fue siempre el Derecho romano; de los modernos códigos sabe poco, de los extranjeros nada...”<sup>428</sup>. El juicio es excesivo, porque su nombre se barajó junto al de Windscheid como posible miembro de la comisión de codificación. Pero el fondo sí era cierto: su única mención expresa al código la podemos leer en el prólogo a una obra tardía, *La voluntad en la posesión*<sup>429</sup>. Y lo que en sus palabras se palpa, más que el júbilo de un ferviente codificador, es la expectación pasiva del estudioso.

Así pues, lo que Jhering tenía en mente con su defensa de la legislación no era tanto el proyecto codificador –de abolengo dieciochesco– cuanto el acompañamiento del Derecho con la política: ante una sociedad en movimiento como la que se desplegaba ante sus ojos, marcada por la urgente necesidad de dar respuestas sociales al crecimiento del capitalismo y al auge del movimiento obrero, hacía falta una reivindicación de la ley como herramienta de cambio. Una loa a la costumbre sería definitivamente anacrónica en la recién constituida Alemania, una reverberación caduca de tiempos ya pasados. Si

---

<sup>425</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 88.

<sup>426</sup> Vid. WEHLER, Hans-Ulrich, “Der Aufstieg des organisierten Kapitalismus und Interventionsstaates in Deutschland”, cit., pp. 36 y ss.

<sup>427</sup> Vid. por ejemplo LACASTA, José Ignacio, “Savigny eta Iheringen artean (ez duzu Savignyren izena ahotan alferrik hartuko)”, cit., pp. 94-98

<sup>428</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 655.

<sup>429</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968, p. VIII.

resumimos el hilo que ha presidido la exposición hasta ahora, podemos entender mejor todo esto, ya que la cuestión nacional y la cuestión del Estado alemán se engarzan entre sí de forma concatenada. Fue a través de ambos factores cómo se desarrolló la crítica de Jhering al historicismo de la escuela histórica.

En primer lugar, ante la delicada cuestión de la nación alemana, Jhering se mostró decididamente crítico con el nacionalismo de Savigny: frente a una vaporosa apelación a la esencia de lo germano, lo que hacía falta era un nacionalismo abierto a lo universal, como el de Roma, y la afirmación de la nación en un Estado. Y en segundo lugar, ante esta última cuestión –que surgía como corolario de la primera–, se alzaba el elemento de la legislación: para llevar a cabo esta empresa, la receta del Derecho consuetudinario era inservible. Si el objetivo era formar un Estado, la legislación era el arma apropiada para ello. En realidad, el código sólo cubría un aspecto parcial de este planteamiento general, porque únicamente atañía al Derecho privado. Y lo que hacía falta, con mucha más urgencia, era una legislación dedicada a fundamentar la organización colectiva. Así pues, como veremos después, el pensamiento de Jhering irá transitando poco a poco hacia la reflexión sobre el Estado y el Derecho público.

### **3.3. La crítica de Jhering al conceptualismo**

La crítica de Jhering al conceptualismo es el segundo pilar de su embate contra la escuela histórica del Derecho, además de una de sus grandes contribuciones a la ciencia y la filosofía jurídica del siglo XX. Será precisamente sobre esta base desde donde se desplieguen las diversas tendencias antiformalistas que salpicaron las primeras décadas del siglo pasado y que, como una corriente latente y soterrada, ha ido reapareciendo una y otra vez a lo largo de la centuria. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, la crítica al conceptualismo supuso un hito fundamental, en cuanto que vino a desmontar una de las variantes más relevantes del paradigma, el formalismo jurídico, para dar paso a otra de sus vertientes más prolíficas, el sociologismo. Además, junto con la peculiar versión de historicismo que acabamos de bosquejar, el anti-conceptualismo jheringiano sirvió para redondear la filosofía del Derecho realista y pragmatista que le ha hecho pasar a los anales del pensamiento jurídico.

Por lo que afecta a este capítulo, también en este caso los fundamentos ideológicos desempeñaron su papel. Lo que ocurre es que, a diferencia de cuanto acaba de verse en relación con el historicismo, la crítica al conceptualismo se desarrolló de manera más

pausada. De hecho, como ya se recordó en su momento, la jurisprudencia de conceptos alcanzó en Jhering un punto álgido, que sólo después se revertiría en sentido crítico. Lo que nos interesa destacar es que, incluso en el primer periodo conceptual, ya había una fuerte impregnación ideológica –en un sentido pragmatista– de su pensamiento jurídico. Dividiremos el epígrafe en dos partes. En primer lugar intentará trazarse un esbozo del llamado primer Jhering, con la mirada puesta en los condicionantes ideológicos de su opción por una ciencia jurídica conceptual (§a). En segundo lugar intentará explicarse el fundamento de su crítica a esta primera fase de su trayectoria, también con el enfoque ideológico como eje (§b). Veremos que en ambas etapas se aportaron elementos clave para la gestación del paradigma de pensamiento iuspositivista.

### **a) Jhering y la dogmática: hacia una ciencia jurídica “productiva”**

Pese a que la reacción anti-conceptualista se hizo esperar algo más que la crítica al historicismo, es innegable que Jhering siempre tuvo una mirada desarrollada y atenta para la realidad del tráfico jurídico, es decir, más proclive a la consideración pragmática del Derecho que a la elucubración desconectada de los contextos reales. En este sentido, no es casual que los biógrafos se hayan decantado casi siempre por un retrato de Jhering como hombre de profundo espíritu práctico<sup>430</sup>. Adolf Merkel nos hablaba de una personalidad enderezada a “lo práctico y lo practicable”, de una “naturaleza mundana” y de un carácter “sanguíneo” lleno de “sentido de la realidad”<sup>431</sup>; Mitteis ponía el acento en la tendencia de Jhering a volcarse sobre “lo plástico, lo visible, lo vivo”, y señalaba que para él las clases prácticas “no eran sólo una ocupación docente, sino una mina para el pensamiento jurídico”<sup>432</sup>. Kelsen abundaba en esta caracterización del personaje, pero acentuando la pugna entre su naturaleza práctica y la orientación abstracta de su primera etapa<sup>433</sup>. Por último, también Wieacker ha coincidido en subrayar la irrefrenable afición de Jhering a “lo efectivo o lo tangible”<sup>434</sup>.

Esta personalidad se refleja hasta en los temas que desde muy pronto alimentaron su labor como dogmático del Derecho positivo. Si echamos un vistazo a los dos campos más relevantes que cultivó –el problema de la *culpa in contrahendo* y el de la posesión–

---

<sup>430</sup> Vid. por ejemplo PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1982, pp. 31 y ss.

<sup>431</sup> MERKEL, Adolf, “Jhering”, cit., pp. 8-9.

<sup>432</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 659.

<sup>433</sup> KELSEN, Hans, “Rudolf von Jhering in Briefen”, *Neue Freie Presse*, nº 17423, 23/II/1913, p. 34.

<sup>434</sup> WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, cit., p. 17.

nos daremos cuenta de su radical conexión con la vida social. La *culpa in contrahendo* es una institución a caballo entre el Derecho y la sociedad: ante la ausencia de un título jurídico formalizado que pueda amparar las pretensiones de las partes en litigio, Jhering sugirió establecer una responsabilidad por incumplimiento precontractual. Si no hay aún un contrato perfeccionado, pero se han producido signos inequívocos de la voluntad de contraerlo –y al no suscribirlo se han perjudicado las expectativas de una de las partes–, entonces es posible predicar una responsabilidad *in contrahendo*<sup>435</sup>. En segundo lugar, nos encontramos con el problema de la posesión, que por su propia naturaleza es una institución híbrida entre lo fáctico y lo jurídico.

Para cualquier jurista que maneje el Derecho civil, son conocidas las dificultades de esta problemática, que ha sido abordada en muchas ocasiones y que sigue levantando polémica doctrinal. La posesión, frente al derecho absoluto de propiedad, se encuentra marcada por perfiles difusos y siempre ha resultado incómoda para los juristas. ¿Es el poseedor un mero detentador de hecho, o está amparado por alguna razón de Derecho? ¿Merece que el ordenamiento le proteja frente al que se reclama como propietario? Si la propiedad es un derecho absoluto y, al menos *a priori*, la posesión no goza del amparo del Derecho, ¿por qué éste se interesa por ella *a posteriori*? El nudo del problema está en la incomodidad que las situaciones irregulares provocan al Derecho. La posesión es una institución *de facto*, pero reclama una protección *de iure*. Con tal pretensión, aun sin quererlo, se plantea un reto al elemento más esencial de todo ordenamiento jurídico: la seguridad, la estabilidad y la precisión de las normas.

Jhering dedicó tres monografías a este tema: *Beiträge zur Lehre vom Besitz* (1868), *Über den Grund des Besitzschutzes* (1869) y *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode* (1889)<sup>436</sup>. La razón de una preocupación tan intensa va más allá de lo anecdótico. Como se ha apuntado en el párrafo anterior, la posesión es una institución compleja, que se distingue por la dificultad de aprehenderla según los parámetros jurídicos habituales, y que conecta al Derecho con la sociedad de forma radical. Al igual que la *culpa in contrahendo*, la posesión consiste en la ausencia de un título jurídico formalizado, pero requiere a la vez una actuación del Derecho, por lo que

---

<sup>435</sup> JHERING, Rudolf von, “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1860, pp. 1-112.

<sup>436</sup> JHERING, Rudolf von, “Beiträge zur Lehre vom Besitz”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IX, 1868, pp. 1-196; ID., *Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, 2. verbesserte und vermehrte Aufl., Mauke’s Verlag, Jena, 1869; ID., *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*; Gustav Fischer, Jena, 1889.

resulta una situación especialmente interesante en cuanto a las fricciones de aquél con la vida real. La buena fe del tráfico requiere que las situaciones posesorias, por muy ilegítimas que resulten en última instancia, sean protegidas de partida. De otra manera se abrirían las puertas a una inseguridad y una violencia incontroladas y peligrosas. La posesión, en definitiva, pone en jaque a la disociación tajante entre el mundo del hecho y el mundo del Derecho. No en vano, desde las primeras propuestas de sistematización del ordenamiento realizadas por la escuela histórica, estuvo en una situación precaria y sin hallar un lugar fijo en el sistema<sup>437</sup>.

Es esta conexión entre Derecho y sociedad lo que probablemente cautivó a Jhering desde el comienzo, la ausencia de una respuesta clara a partir de los moldes jurídicos tradicionales. No sería descabellado suponer que este temprano interés por una cuestión dogmática, tan poco filosófica a simple vista, ya aglutinaba una parte sustancial de sus inquietudes teóricas y de su tendencia a la sociología. Seguramente, de ahí se deriva la afirmación de Merkel, según la cual no puede percibirse una clara diferencia entre el primer y el segundo Jhering en lo que se refiere a su labor como dogmático del Derecho positivo: no sólo siguió dedicándose a estos asuntos hasta casi el final de su vida, sino que lo hizo con una sensibilidad muy constante<sup>438</sup>. Por otra parte, la problemática de la posesión tuvo un papel fundamental en su tránsito hacia una ciencia jurídica realista: fue a raíz de un caso de doble venta sobre el que emitió un dictamen –en el que la posesión tenía un papel central–, cuando Jhering empezó a cobrar consciencia de la insuficiencia del método de la escuela histórica: la solución a la que llegaba a través de dicho método resultaba manifiestamente contraria al sentido común, por lo que a partir de entonces empezó a plantearse la necesidad de cambiarlo<sup>439</sup>.

A todo lo anterior podemos sumarle un ingrediente más, que también tiene que ver con la faceta dogmática de Jhering, y que redundaba en su preferencia por las cuestiones más prácticas. Nos referimos a su relación con el derecho de familia y el de sucesiones. En su opinión, se trataba de los dos sectores más anticuados del Derecho romano, por lo que le causaban un profundo rechazo. Respecto al Derecho de sucesiones, ya en 1855 se pronunció así en una carta a Gerber: “este semestre doy Derecho sucesorio. Por cierto, me llena de disgusto ver lo que todavía hoy se expone aquí como Derecho positivo. En ningún otro sector jurídico subsisten tantos restos del antiguo formalismo romano como

---

<sup>437</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., p. 250.

<sup>438</sup> MERKEL, Adolf, “Jhering”, cit., p. 13.

<sup>439</sup> Vid. KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, cit., pp. 16-17; WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, cit., pp. 32-33.



en éste, y en ningún otro lugar se puede y se debe eliminar tanto de lo específicamente romano como en él. Puchta no es tan flojo en ningún otro sitio como en el Derecho sucesorio<sup>440</sup>. Frente a estas partes del Derecho civil, en efecto, se alzaban los derechos reales y el Derecho de obligaciones, a los que Jhering sí creía merecedores de atención por su actualidad. Hasta tal punto llegó esta preferencia, que terminó desequilibrando muy notablemente el contenido de sus lecciones: en el cuaderno de apuntes de 1859/60, se encuentran 136 páginas para derechos reales y 145 para obligaciones, mientras que a familia sólo se le dedican 15 y el Derecho sucesorio está completamente ausente<sup>441</sup>. Más tarde, durante su etapa en Viena, excluirá estas dos materias por completo y se centrará sobre todo en el Derecho de obligaciones, al que reconocía una alta correspondencia “con el tráfico jurídico actual”<sup>442</sup>.

Con todas estas consideraciones, lo que queremos es llamar la atención sobre el hecho de que incluso el Jhering dogmático estuvo siempre preocupado por asuntos de naturaleza práctica. ¿Dónde se asienta entonces la percepción generalizada de que en su primera etapa escribió uno de los renglones más apasionados de la jurisprudencia de conceptos, henchido de idealismo hasta la médula? La aparente paradoja se disuelve si hacemos una aclaración sobre la noción de dogmática jurídica. La dogmática jurídica en sentido estricto se apoya en la consideración de cada institución del Derecho de manera inamovible, como si de un dogma religioso se tratara. De hecho, la misma expresión es heredera de la teología, en cuyas bases se arraigó el método de los juristas del Derecho común europeo, que luego se trasvasaría hasta la ciencia jurídica contemporánea<sup>443</sup>. Ese tipo de dogmática, aunque con idas y venidas complejas, venía asociado con el llamado sistema externo. Es decir, que todo intento de sistematizar el ordenamiento se realizaba mediante la aplicación de un esquema exterior al conjunto de preceptos que se deseaba organizar: la lógica, la matemática, etc<sup>444</sup>.

Frente a este tipo de dogmática, que tuvo un extraordinario auge durante el periodo del iusnaturalismo racionalista, la escuela histórica empezó a sentar las bases para una nueva forma de entenderla. A partir de Puchta y sobre todo de Jhering, se comenzó a trabajar en una teoría del sistema interno, es decir, una teoría que pretendía extraer del mismo ordenamiento la regla para hallar la unidad del todo. De acuerdo con esta idea

---

<sup>440</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber (1855)”, en *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., pp. 156-157.

<sup>441</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Pandektenvorlesung nach Puchta*, cit., pp. 175-473.

<sup>442</sup> Vid. HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, cit., pp. 39-40.

<sup>443</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., pp. 230-234.

<sup>444</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., pp. 167 y ss.

del sistema, ya no es necesario acudir fuera del Derecho para encontrarle a éste una forma adecuada, sino que es en su mismo interior donde ésta ha de buscarse. Mediante una identificación de lo “específicamente jurídico”<sup>445</sup> y la consecuente expulsión de lo accesorio –la ética, la política, etc.– se disponía de una materia prima definida sobre la que poder trabajar para encontrar la clave del sistema. A través de un proceso sucesivo de análisis, concentración y construcción, se irían individualizando las formas jurídicas esenciales, el “alfabeto jurídico”<sup>446</sup> mediante el cual podía darse cuenta del sistema en su conjunto. Y no sólo eso, sino que además podría sintetizarse nueva materia jurídica: si conocemos el fundamento interno del sistema, sus elementos nucleares –y la analogía con la química debe tomarse en sentido literal–, entonces siempre será posible decantar nuevos conceptos, nuevas normas e instituciones<sup>447</sup>.

Esta manera de entender la dogmática jurídica es sustancialmente distinta a la que se había practicado hasta entonces. De hecho, como ha propuesto Losano, sería mucho más propio hablar de “construcción jurídica”<sup>448</sup>, una terminología acuñada por el propio Jhering, que también la solía calificar como “jurisprudencia superior”: frente a una mera recolección y ordenación “externa” del material histórico –téngase en cuenta que el Derecho vigente seguía siendo el antiguo Derecho común–, la jurisprudencia superior trataba de destilar conceptos jurídicos generales implícitos en la materia “bruta”<sup>449</sup>. Así, aunque el mismo Jhering utilizaba la palabra dogmática, se produjo un vuelco enorme respecto a la noción teológica de donde ésta procedía. De dogmas quedó más bien poco, puesto que Jhering proponía una lectura activa de la historia, que no sólo se limitase a recibir el pasado, sino que contribuyera a darle forma, seleccionándolo y esculpiéndolo como fuese necesario para satisfacer las necesidades de la praxis. Incluso, nos llegaba a decir, la propia investigación historiográfica debería rechazar la visión del pasado como un banco de datos estable y definitivo, para pasar a observarlo como algo que varía en función del modo en que nos aproximemos a él<sup>450</sup>.

La concepción de la ciencia jurídica que se deriva de todo esto pasó así a ser de tipo hermenéutico, con lo que se abría una etapa que ha llegado a ser calificada, no por casualidad, como una nueva fase paradigmática en la ciencia del Derecho. A partir de ahora, la dogmática jurídica empezaría a ser considerada como un campo comparable a

---

<sup>445</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., pp. 309 y ss.

<sup>446</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., pp. 334-352.

<sup>447</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 7.

<sup>448</sup> LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., pp. 261 y ss.

<sup>449</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 11-17.

<sup>450</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 4-5.

las ciencias naturales, en un sentido claramente positivista, y enderezada a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico, en un sentido pragmatista<sup>451</sup>. En realidad, Jhering nos hablaba de una ciencia jurídica “productiva”, que oponía a la meramente “receptiva” de la escuela anticuaria de Savigny<sup>452</sup>. No obstante, leyendo sus páginas con una mirada actual, es lícito aplicarle las vitolas de positivismo y pragmatismo. He aquí la relevancia de este vuelco para el paradigma iuspositivista: pese a que más tarde elevaría una fuerte protesta contra este modo de concebir el Derecho, lo cierto es que ya en esta etapa apuntaba elementos centrales del positivismo jurídico<sup>453</sup>. En primer lugar, la propensión formalista al aislamiento del Derecho, que nuestro autor establece como requisito *sine qua non* del proceso de construcción jurídica. En segundo lugar, la intención de delinear un sistema jurídico pleno y coherente a partir de dicha operación de asepsia –la idea del sistema interno–. Y en tercer lugar, la obsesión por dotar de contenido pragmático a semejante orientación metodológica.

Con respecto a la base ideológica de esta deriva intelectual, debe tenerse en cuenta que estamos ya en la segunda mitad del siglo XIX. Es en el segundo tomo del *Espíritu del Derecho romano* donde se desarrollan estas ideas. En el primer libro, publicado en 1854, Jhering expone el sistema jurídico romano desde el punto de vista “ético”, esto es, intentando desvelar las “tendencias fundamentales” que subyacían al Derecho de Roma. Y una de las características esenciales que nuestro autor quiere ver en él es la del aislamiento: el impulso principal del Derecho romano fue su separación respecto a otras formas de regulación social, desde la religión hasta la política<sup>454</sup>. Esta teoría, que ha gozado de una acogida formidable en la posteridad<sup>455</sup>, está en el origen del formalismo contemporáneo, desde la doctrina del Derecho público de Paul Laband<sup>456</sup> hasta la teoría pura kelseniana. Y es que, aunque este último quiso rebatir los cargos de “labandismo” que alguna vez se le imputaron<sup>457</sup>, lo cierto es que estaba en una deriva que entroncaba

---

<sup>451</sup> Vid. ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 6 y ss.

<sup>452</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 3.

<sup>453</sup> Vid. MERKEL, Adolf, “Jhering”, cit., p. 16: “la ciencia jurídica productiva, en el sentido de Jhering, se toca de cerca con el objetivo de la filosofía del Derecho positivista, en tanto que también ésta persigue llevar el contenido conceptual de las normas jurídicas a la expresión más sencilla y completa posible”.

<sup>454</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-1, cit., pp. 19-28 y ss.

<sup>455</sup> Vid. SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, cit.; BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, cit., pp. 63-92; MIQUEL, Joan, “La autonomía del derecho”, en *Anuario de Derecho civil*, 2004, vol. 57, n.º 4, pp. 1413-1428.

<sup>456</sup> Vid. WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre...*, cit., pp. 157 y ss.

<sup>457</sup> Vid. KELSEN, Hans, “Reine Rechtslehre, «Labandismus» und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves”, en KELSEN, Hans y TREVES, Renato, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di Stanley Paulson, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 55-58.

con la inclinación al aislamiento tan reivindicada por Jhering, más tarde proseguida por Gerber y apuntalada por Laband<sup>458</sup>.

Leyendo esta visión de la historia romana con el prisma ideológico de un Jhering sumido en los acontecimientos de su tiempo, no es difícil imaginar que el aislamiento era el requisito fundamental para construir un Derecho nacional unitario. En primer lugar, porque así se daba un paso esencial para separar el Derecho de la religión, algo que en Alemania era fundamental y que desembocaría en la *Kulturkampf* tantas veces mencionada. Y en segundo lugar, porque así se superaba la desunión política que aún reinaba en el territorio germánico. Ya que la unidad estatal era algo que todavía tardaría más de quince años en llegar, habría que construir un ordenamiento jurídico común con independencia de la política. Lo que latía detrás de doctrinas formalistas del Derecho público, como las de Gerber o Laband, es esa función de unificación por medio del Derecho y a espaldas de una política que aún marchaba al retortero<sup>459</sup>. En este sentido, el aislamiento era mucho más que una característica del Derecho romano antiguo: se trataba del elemento *sine qua non* que necesitaba Alemania para desarrollarse como un Estado sólido y verdaderamente soberano.

Sobre la base de este aislamiento se elevaban los siguientes peldaños del método de Jhering, que aparecen bien definidos en su texto programático de 1857, *Unsere Aufgabe –Nuestra misión–*. En primer lugar, distinguía una jurisprudencia inferior, que consistía en identificar las piezas elementales del Derecho: proposición (*Rechtssatz*), regla (*Rechtsregel*) y principio (*Rechtsprinzip*). La forma de manifestación ordinaria sería la regla, que se diluye en proposición jurídica cuando pierde grados de generalidad y, a la inversa, se transforma en principio cuando adquiere un mayor nivel de abstracción<sup>460</sup>. No obstante, se trataría de una diferencia meramente cuantitativa. El salto cualitativo, que Jhering denominaba jurisprudencia superior, sólo tendría lugar al pasar al concepto jurídico (*Rechtsbegriff*), que ya no aparecía en el Derecho forma tangible, sino que era fruto de la sistematización<sup>461</sup>: desde las formas ordinarias de manifestación del Derecho, y a través de un proceso de inducción, podían hallarse las bases del ordenamiento, los conceptos guía que lo presidían de manera implícita<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> Vid. WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre...*, cit., pp. 121 y ss.

<sup>459</sup> Vid. sobre todo OERTZEN, Peter von, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974, pp. 249 y ss.

<sup>460</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 7-8.

<sup>461</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 8-12.

<sup>462</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 29-32.

A partir de aquí, como ha criticado Losano, el razonamiento de nuestro autor perdía claridad y se refugiaba en un lenguaje cada vez más metafórico<sup>463</sup>. La jurisprudencia superior, para Jhering, es una “construcción jurídica”, no una simple ordenación de las normas ya existentes. Las reglas y proposiciones, que no eran sino “materia bruta”, se transformarían así en “cuerpos jurídicos” o “materia espiritual”. Y por este proceso, en el que la tarea del jurista se asemejaba a la del artista, se lograba un corpus de “formas esenciales”: si se localizaban estos conceptos, a partir de ellos sería posible producir nuevas normas, de tal manera que el ordenamiento siempre estuviera al resguardo de lagunas<sup>464</sup>. En definitiva, pese a la vaguedad de Jhering al explicar este proceso, lo que quería era construir una teoría del sistema: “una ciencia jurídica madura nunca tiene que temer un déficit absoluto de proposiciones jurídicas. Porque por muy insólitas y desviadas que sean las formas en que se presente la sociedad del futuro, la preocupación de que pueda traernos algo absolutamente nuevo, es decir, algo que no encaje en alguno de nuestros conceptos actuales, es una preocupación tan injustificada, como la de creer que todavía hoy se pueden descubrir nuevos animales que no encuentren cobijo en el sistema zoológico de la ciencia contemporánea [!]”<sup>465</sup>.

Aquí es donde se entiende el valor ideológico de esta vertiente del pensamiento de Jhering: una vez superada la mitad de siglo, se hizo necesaria la construcción de un Derecho nacional. Y el viejo *Corpus Iuris*, pese a su gloriosa estirpe, resultaba un tanto insuficiente para ello. De ahí se deriva la obsesión del autor por expulsar del sistema lo “específicamente romano” y quedarse sólo con lo actual. La construcción jurídica, que se reivindicaba como una superación del dogma inmóvil y acartonado, no era sino un expediente para soslayar la inevitable petrificación del caduco Derecho común. Así, Jhering arremetía contra el “culto a la momia” y el “fanatismo de la literalidad” (*Buchstaben-Fanatismus*)<sup>466</sup>, en una actitud que ya se desmarcaba del sector anticuario de la escuela histórica. Pero no sólo hacía falta construcción para lograr ese proceso de desbroce: “el cometido actual respecto al Derecho romano no sólo consiste en construir –que es de lo que hasta ahora se ha hablado– sino también en destruir”<sup>467</sup>. Es decir, que frente al dominio mítico de las pandectas justinianeas, había que oponer su verdadero valor pragmático: la tradición sucumbía al imperativo de la utilidad.

---

<sup>463</sup> LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., pp. 256 y ss.

<sup>464</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 12-14.

<sup>465</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 14.

<sup>466</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 26 y 33.

<sup>467</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 26.

Con esto se avanzaba ya un filón importante que desembocará en su reacción frente al conceptualismo y que, por cuanto se refiere al positivismo jurídico, fue de la mayor importancia. A partir de entonces, se abandonó el llamado positivismo de las fuentes: el viejo Derecho romano, con su aura multiseccular de *ratio scripta*<sup>468</sup>, con su fuerte poder de seducción y su aparente perfección formal<sup>469</sup>, quedaba arrinconado como una reliquia a la que sólo había que retornar con ojo crítico. Y en esto, si volvemos la mirada hacia atrás, Jhering era coherente con su versión de historicismo: de lo que se trataba era de entender las bases de la civilización jurídica occidental, no de emplear un Derecho antiguo como fuente sagrada de normas para el mundo actual. De ahí la insistencia en que la dogmática se liberase del culto al texto y reconstruyese el material en un sentido actual –he ahí la construcción jurídica– y de ahí la correlativa necesidad de abandonar todo lo que ya no fuese operativo –he ahí la destrucción–.

Además, de aquí se derivan varios factores importantes. En primer lugar, al poner en solfa la autoridad del Derecho romano, se abrían las puertas a nuevas fuentes de Derecho, en particular a la legislación. No por casualidad, es a partir de este viraje de la ciencia jurídica alemana cuando se empezará a reconsiderar la posibilidad de redactar un código. Aunque su inspirador principal terminará siendo Windscheid, la obra de éste se inscribe en el mismo marco que la apuesta teórica del primer Jhering<sup>470</sup>. En segundo lugar, el dogma de la utilidad cobraba carta de naturaleza definitiva. Jhering nos hablaba de una jurisprudencia productiva, con lo que apuntaba un ingrediente fundamental del positivismo jurídico: el pragmatismo. Aunque en esta fase de su trayectoria aún estaba marcado por un punto de vista ciertamente idealista, ya se ven los rasgos de su futura evolución: el repudio de un historicismo servil y la obsesión por dotar de un contenido práctico a la reflexión teórica sobre el Derecho.

### ***b) Jhering más allá de la dogmática: hacia una filosofía jurídica sociológica***

Pese a lo paulatino de la evolución, hay una cesura importante entre el primer y el segundo Jhering. Es verdad que en la primera etapa de su obra, al revés de lo que suele pensarse, hay una perspectiva enormemente pragmática: el objetivo no es desenvolver una mera recreación intelectual, ni se trata de construir bellos castillos en el aire por un

---

<sup>468</sup> Vid. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 18-21.

<sup>469</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 20-21

<sup>470</sup> Vid. KROESCHELL, “Einleitung”, en *Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891*, hrsg. von Karl Kroeschell, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1988.

simple afán especulativo. No obstante, puede decirse sin ambages que el resultado final era más bien idealista. Por otra parte, aunque ya entonces Jhering estaba pensando en la unificación nacional como gran objetivo a perseguir por el Derecho, y aunque ya inició el tránsito hacia una consideración pragmática de las instituciones jurídicas, le faltaba por completo el punto de vista social. Al final, el Jhering de *Unsere Aufgabe* incurría en el mismo error que antes se le ha imputado a la escuela histórica: una actitud profesoral y elitista con respecto al desarrollo del Derecho. Es hacia los años sesenta, coincidiendo con la muerte de Savigny y con la apología del Derecho legislado, cuando empieza a ser consciente de estas deficiencias. Si tuviéramos que resumir los aspectos principales de este viraje, podrían identificarse varios niveles.

Desde un punto de vista filosófico, se dio paso a una línea de pensamiento realista-materialista, una transformación auspiciada por el nuevo aire intelectual que se palpaba en Europa: *El origen de las especies* de Darwin se publica en 1859 y el primer volumen de *El capital* de Marx en 1867, mientras que las novelas de Zola empiezan a circular por los mismos años. En Jhering, este cambio se refleja en obras como *El fin en el Derecho* o *La lucha por el Derecho*, escritas en los setenta, pero inmersas en una orientación ya iniciada diez años antes. Aunque él mismo no gustaba del apelativo de materialista<sup>471</sup>, hoy sí sería lícito denominar así al enfoque que se plasma en trabajos como *El fin en el Derecho*, *La prehistoria de los indoeuropeos* o *El nacimiento del sentimiento jurídico*. En todos ellos, en efecto, lo que se pretendía era explicar el sentido de las instituciones jurídicas con base en las necesidades materiales por las que fueron creadas. El augur y el pontífice, por ejemplo, no serían fruto de la vocación espiritual romana, sino residuos de antiguas instituciones prácticas que habían permutado su función inicial: en la época de las migraciones, el pontífice no era sino un ingeniero cualificado –el hacedor de puentes– que como tal gozaba de gran prestigio social; el augur, en el mismo contexto, era un explorador especializado que sabía interpretar los signos del terreno para dirigir a la comunidad en una u otra dirección<sup>472</sup>.

Desde un punto de vista político, también aquí hay varios elementos en juego. El anhelo por la unificación nacional alemana ya era algo presente desde su primera etapa. Sin embargo, a partir de los setenta se endurece el escenario político. La consigna de la *Realpolitik*, que ya había sido acuñada a mitad de siglo por el periodista August Ludwig von Rochau, adquiere un significado más concreto con las victorias militares de Prusia

---

<sup>471</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 43.

<sup>472</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *La prehistoria de los indoeuropeos*, cit., pp. 459-494.

y con el éxito de la política bismarckiana. También en este sentido debe entenderse el giro de Jhering. Además de la admiración personal al canciller, nuestro autor parecía querer acompañar la teoría jurídica al ritmo de la *Realpolitik*, desprendiendo al Derecho de cualquier rescoldo de idealismo, desbancándolo de la bruñida tarima académica y hermanándolo con el menos aséptico mundo de la política. En este sentido es en el que ha de entenderse la misiva de Jhering a Bismarck en 1888: el paso “desde el método formalista al realista” no era sino el trasunto del cambio en la manera de concebir la política<sup>473</sup>. Respecto al influjo de Bismarck, también vale la pena destacar el encuentro que ambos tuvieron en 1885, organizado por Jhering con motivo del doctorado *honoris causa* que la Universidad de Göttingen concedió al canciller. Lo relevante de la reunión, a nuestros efectos, es la repulsa que Bismarck mostró hacia Savigny, un juicio en el que coincidía con nuestro autor<sup>474</sup> y que sirve para ilustrar el cambio de actores que se había producido respecto a la primera mitad de siglo<sup>475</sup>.

Desde el punto de vista social, también tuvo lugar una quiebra significativa. La principal laguna del primer Jhering había sido su desconsideración del elemento social. El formalismo tenía la virtud de haber creado una teoría apta para construir un Derecho libre del lastre de *Corpus Iuris*. Sin embargo, la renovación jurídica quedaba así al albur de la casta profesoral, puesto que el “trabajo de filigrana civilístico”, que nuestro autor esbozaba en *Unsere Aufgabe*<sup>476</sup>, era algo que ni siquiera estaba al alcance del legislador, siempre apremiado por las urgencias de la política. Así las cosas, el método del primer Jhering provocaba una brecha importante entre el Derecho y la sociedad. Un idéntico reproche es válido para el Derecho público, pues se trata del mismo argumento sobre el que Gierke ahondó en su crítica a Laband: la perfección formal que éste había alcanzado en su diseño del entramado jurídico-estatal era innegable, pero sólo lo había logrado al excesivo precio de separar el Derecho de la vida<sup>477</sup>. En definitiva, se trata del mismo estandarte que Jhering enarboló contra sí mismo en su segunda etapa, ya en el tercer

---

<sup>473</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “An den Fürsten von Bismarck (15-IX-1888)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 444.

<sup>474</sup> Al margen de las diferencias teóricas, la animadversión de Jhering hacia Savigny arranca desde 1842, cuando nuestro autor acudió a una “audiencia” con el gran jurista, concertada previamente por su mentor Rudorff. Al parecer, durante esta audiencia Savigny trató al joven doctor con indiferencia y hasta con desprecio, por lo que a partir de entonces Jhering añadió un plus de rechazo hacia el que fuera padre de la escuela histórica. Vid. JHERING, Rudolf von, “Erinnerungen an Bismarck und Savigny”, en *Deutsche Dichtung*, hrsg. von Karl Emil Franzos, 13. Bd., Fontane & Co., 1893, pp. 47-80.

<sup>475</sup> Vid. LOSANO, Mario G., “Bismarck parla di Savigny con Jhering”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 9 (Su Federico Carlo di Savigny), 1980, pp. 523-539.

<sup>476</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 14.

<sup>477</sup> Vid. GIERKE Otto von, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1961, pp. 14-29.



volumen del *Espíritu del Derecho romano*: “la vida no existe por mor de los conceptos, sino que los conceptos están ahí por mor de la vida. No ha de suceder aquello que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico o el sentimiento jurídico, tanto si es lógicamente deducible como si no lo es”<sup>478</sup>. En resumidas cuentas, la idea de Jhering podría sintetizarse con la bella formulación de Goethe: “gris, querido amigo, es toda teoría / y verde el dorado árbol de la vida”<sup>479</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, en fin, se produce un cambio fundamental. Dadas todas las mutaciones citadas hasta ahora, en Jhering comienza a penetrar la sombra del escepticismo. Tras el derrumbe del iusnaturalismo y la consiguiente desaparición de la verdad absoluta como criterio para conceptualizar el Derecho, se abrió un fuerte debate respecto a la posibilidad de construir una auténtica ciencia jurídica<sup>480</sup>. En la primera fase de su trayectoria, Jhering había reformulado la ciencia del Derecho en los términos del método histórico-natural, o sea, mediante una ponderada combinación entre el enfoque historicista y el cientifismo que estaba proliferando en toda Europa<sup>481</sup>. Tal era el meollo del método constructivo: una utilización alternativa de la historia del Derecho romano, cuyas deficiencias se corregían mediante la lógica y un aparato conceptual importado de las ciencias naturales, algo que pronto se le censurará con inquina<sup>482</sup>. Pero este método histórico-natural, que también podemos hallar en la correspondencia de Bismarck –para referirse a una aproximación cientifista a la política<sup>483</sup>–, terminaría siendo abandonado por Jhering a partir de los años sesenta.

El primer paso de esta conversión consistió en adoptar una actitud satírica respecto a sus ideas anteriores. A partir de 1861, el mismo año de su obituario a Savigny, Jhering

---

<sup>478</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, §59, p. 321.

<sup>479</sup> GOETHE, Johann Wolfgang von, *Faust. Der Tragödie erster und zweiter Teil. Mit einem Nachwort von Thomas Mann*, Diogenes Verlag, Zürich, 1982, p. 64.

<sup>480</sup> La espita se abre en 1848 con la famosa conferencia de Julius von Kirchmann sobre “La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia”, una tesis que enseguida será contestada, entre otros, por Stahl y por el propio Jhering. Vid. KIRCHMANN, Julius von, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*; STAHL, Friedrich Julius, *Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein?*. Ambos en *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe, Freiburg/Berlin, 1990. La respuesta de Jhering es posterior: vid. JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* [1868], hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998.

<sup>481</sup> Vid. LUIG, Klaus, “Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jherings”, en AA. VV., *Recht zwischen natur und Geschichte. Le droit entre nature e histoire*, hrsg. von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, pp. 281-303.

<sup>482</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., pp. XII-XIII.

<sup>483</sup> BISMARCK, Otto von, *Briefwechsel des Leopold von Gerlach mit Otto von Bismarck*, cit. p. 322: “hoy le he transmitido a Manteuffel –para que no se olvide de leer mi letra– todo tipo de observaciones histórico-naturales (*naturhistorische*) sobre mis colegas; sobre los malos alimentos del francés y sobre la originalidad del sardo, que no espera ninguna ayuda del francés y que, en cambio, apuesta sus fichas a la opción de que Austria se vea obligada a asumir la dirección de las nacionalidades católicas oprimidas, a través de una gran coalición con los tres otros grandes Estados del continente...”.

empieza a publicar una serie de cartas anónimas sobre el estado de la ciencia jurídica. Entre 1861 y 1866 salieron a la luz seis entregas de tono extremadamente mordaz, en las que puso de manifiesto los absurdos de la teoría conceptualista que él había cultivado poco tiempo atrás<sup>484</sup>. Años después, a esta serie se añadirían más documentos con un talante similar. En 1880, después de obras tan señaladas como *La lucha por el Derecho* o el primer tomo de *El fin en el Derecho*, dio a la luz otro escrito satírico en forma de diálogo: *Plaudereien eines Romanisten –Charlatanerías de un romanista–*<sup>485</sup>. En 1884, por último, ambos escritos se agruparon en un volumen conjunto con dos contribuciones más: *Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild –En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía– y Wieder auf Erden. Wie soll es besser werden? –De vuelta a la tierra. ¿Cómo mejorar esto?–*. Esta recopilación, gestada durante más de veinte años, es la que hoy conocemos con el título de *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz –Bromas y veras de la ciencia jurídica–*<sup>486</sup>.

La primera carta de la serie, escrita en 1861 y dedicada a satirizar la “construcción civilística”, es muy reveladora del cambio que se ha dado en Jhering. El jurista alemán se remite a sí mismo, criticando con aspereza su antigua doctrina de la jurisprudencia superior: “no sé de dónde nace en realidad esta nueva moda civilística; sólo sé de uno que ha terminado por reconstruir este construir y ha dado una receta específica para ello, y que, para la realización de esta tarea, ha llegado a erigir un piso suplementario para la ciencia jurídica, que después recibiría el nombre de «jurisprudencia superior». En el piso bajo se realizan las labores más rudas; allí la materia bruta se abatana, se curte, se adoba –en resumen, se interpreta– para después subir al piso de arriba, a las manos de los artistas civilísticos, que la moldean y le dan forma artístico-civilística. Una vez que han encontrado esta forma, la masa inerte se transforma en un ser vivo; y a través de no sé qué místico proceso, igual que a la figurilla de barro de Prometeo, se le insufla vida y aliento, y el homúnculo civilístico, es decir, el concepto, se vuelve productivo, se aparea con otros de su especie y da a luz a vastaguitos”<sup>487</sup>.

Con semejante pórtico, lleno de ironía hacia sí mismo, se abre una larga serie de críticas a la tendencia excesivamente conceptualista de determinados juristas. El ataque

<sup>484</sup> JHERING, Rudolf von, “Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz von einem Unbekannten”, en *Preußische Gerichts-Zeitung*, III, n° 41, 1861; *Deutsche Gerichts-Zeitung*, III, n° 85, 1861; IV, n° 55, 1862; V, n° 21, 1863; V, n° 36, 1863; *Deutsche Gerichts-Zeitung. Neue Folge*, I, 1866.

<sup>485</sup> JHERING, Rudolf von, “Plaudereien eines Romanisten”, en *Juristische Blätter. Eine Wochenschrift*, IX, n°s, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 25, 26, 27, 1880.

<sup>486</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* [1884], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964.

<sup>487</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., p. 7.

se dirige a los abusos de las ficciones en el Derecho: el concepto de persona jurídica, la obligación correal, la herencia yacente, etc. Toda una serie de nociones abstractas que, en manos de juristas demasiado propensos a la especulación, parecían haber adquirido más realidad que la propia vida, y que habían terminado conduciendo a un patológico distanciamiento de la praxis. ¿Qué es la persona jurídica sino un constructo mental sin referente en la realidad? Es posible que este mundo de ficciones, presunciones y figuras hipotéticas, tan propio de la ciencia jurídica, sea imprescindible para solucionar algunos aspectos prácticos. El problema, según Jhering, vendría cuando esta tendencia a diseñar conceptos se convierte en compulsiva y pierde el referente de la praxis. Si empezamos a construir conceptos sobre la base de otros conceptos, en una línea ascendente que sólo busca la perfección lógica y una forma piramidal lo más simétrica posible, entonces se ha perdido el horizonte pragmático que debe guiar a la dogmática<sup>488</sup>.

Esta es una de las lecciones más universales e imperecederas de Jhering, porque se trata de un peligro siempre acechante para el jurista. Cuando la construcción del sistema se convierte en una labor encerrada en sí misma, cuya obsesión es encontrar un punto de fuga que dé sentido matemático a lo que en realidad no es más que un cúmulo de reglas y principios jurídicos desmadejado, lo más probable es que se produzca un desfase entre la vida real y el sistema conceptual. Este es el motivo central de *Bromas y veras de la ciencia jurídica*, una constante que se repite a lo largo de todas sus páginas: a veces se impugna la teoría concreta de un autor, como en la crítica a la concepción de la herencia de Ferdinand Lassalle, en la segunda carta<sup>489</sup>; en otras el ataque se dirige al método docente que fomentaba esta tendencia, como en la crítica al sistema de exámenes de la tercera, la cuarta y la quinta cartas<sup>490</sup>; y en otras, en fin, Jhering critica a la literatura jurídica especializada, como en la sexta carta<sup>491</sup>. En todo caso, la nota recurrente es siempre idéntica: el Derecho no puede medirse con la lógica y, por lo tanto, no debe caer embelesado a los pies de la erudición profesoral.

Las chanzas y parodias, que aparecen por doquier en esta obra, son una auténtica mina de citas sarcásticas sobre el formalismo jurídico y los excesos de la dogmática especulativa. No obstante, por resumir en unas líneas el espíritu dominante de la obra,

---

<sup>488</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., p. 36.

<sup>489</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., pp. 17-34. La carta termina, por cierto, con una nueva impugnación del Derecho sucesorio: “el antiguo Derecho sucesorio romano es el reino materializado del pensamiento especulativo. Todas y cada una de las cosas que éste precisa y no precisa, que tiene y que no tiene, se pueden desarrollar por el método especulativo; y si no se nos hubiera conservado ninguna de sus disposiciones, Lassalle las habría descubierto por la vía especulativa” (p. 33).

<sup>490</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., pp. 35-96.

<sup>491</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., pp. 97-117.

podría recurrirse a la cáustica frase de Cicerón sobre la ciencia del Derecho: “así pues – como ya he dicho–, nunca hubo en esa ciencia una dignidad merecedora del consulado, puesto que toda ella está hecha de ficciones y de ensueños”<sup>492</sup>. Es interesante la referencia a este discurso –*Pro Murena*–, por cuanto Cicerón lo dedicó a ensalzar el arte militar y oratorio en detrimento de la jurisprudencia, algo en lo que parecía coincidir con los nuevos aires que se derramaban por la Alemania de Jhering. No en vano, en la novela *Vor der Sturm* –*Antes de la tormenta*– de Theodor Fontane (de 1878) podía leerse lo siguiente: “¿y ahora dígame, Turgany, a qué debemos el gozo de verle por aquí? [...] ¿De qué se trata? ¿Algo jurídico? En realidad no, replicó Turgany, de algo mucho más elevado: político-militar”<sup>493</sup>.

Pues bien, este lema podría servir para entender las claves ideológicas de la deriva jheringiana respecto al conceptualismo. Y es que también aquí, al igual que en su crítica al historicismo, los condicionantes políticos tuvieron un papel esencial. En *El cielo de los conceptos jurídicos* –la sección tercera de *Bromas y veras*–, se aludía expresamente a Bismarck como signo del cambio que había sacudido a la ciencia jurídica. El escrito es una sátira sobre los absurdos de abstracción en los que había incurrido la jurisprudencia de conceptos. Se trata de una parábola en la que un romanista fallecido llega al cielo, donde sólo se recibe a los juristas teóricos: los prácticos tienen “otro más allá” que aún pertenece al sistema solar y que, por consiguiente, está contaminado por una atmósfera corrompida propia de la praxis<sup>494</sup>. Tal y como señala el ujier celestial al recién fallecido, casi todos los huéspedes del paraíso conceptual son romanistas que no se habían dejado viciar por el realismo bismarckiano: “la mayoría son profesores, pero también podrás encontrar miembros de vuestro Parlamento y vuestras cámaras de diputados, que gracias a Dios no se han dejado desviar por vuestro Bismarck de la creencia de que el mundo debe ser gobernado por principios abstractos”<sup>495</sup>.

Al ser un texto de 1884, en *El cielo de los conceptos jurídicos* ya se siente toda la virulencia de la crítica anti-conceptualista, y la ligazón con la *Realpolitik* es más obvia que en las cartas confidenciales de los años sesenta. Pero además del influjo político de Bismarck, en este viraje pesaron mucho los factores económicos. Ya desde 1865, con el tercer volumen del *Espíritu del Derecho romano*, Jhering empieza a tener en cuenta la

---

<sup>492</sup> CICERÓN, Marco Tulio, *En defensa de Lucio Murena*, en ID., *Discursos V*, trad., introd. y notas de Jesús Aspa Cereza, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1995, p. 424.

<sup>493</sup> FONTANE, Theodor, *Vor der Sturm*, en ID., *Werke*, ausgewählt von Matthias Bertram, Digitale Bibliothek, Bd. 6, Directmedia, Berlin, 1998, p. 1604.

<sup>494</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., pp. 247 y ss.

<sup>495</sup> JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., p. 255.

importancia del tráfico económico: frente a la sobredimensión de la lógica, o frente a la sumisión a las viejas pandectas romanas, era necesario acompañar la ciencia jurídica con la economía industrial. Así fue cómo nuestro autor caricaturizó al conceptualismo como una “plataforma de cabriolas para los acróbatas de la sutileza inventiva escolástica”<sup>496</sup> y censuró el ilusorio embrujo de la lógica en el Derecho. Por culpa de esta perniciosa tendencia, pensaba Jhering, un jurista como Puchta había llegado al absurdo de calificar como “monstruosas” a muchas instituciones jurídico-económicas, por no ser conformes con la lógica del Derecho romano: las cartas hipotecarias, la representación directa, la transferencia de obligaciones (deudas o derechos de crédito), etc.<sup>497</sup>. En suma, Jhering ya ha adquirido conciencia de la profunda inoperatividad de una pleitesía acrítica al viejo Derecho romano.

En esta fase de Jhering, que aún es de transición, ya se ha abandonado la creencia en un sistema jurídico perfecto, presidido por las leyes de la lógica e inmune al transcurrir del tiempo. En el tercer volumen del *Espíritu*, justo en la sección de la que acaba de extraerse la cita, nuestro autor decidió reconducir todo el sistema a un hecho extrajurídico: el interés. De aquí nace el reproche que más tarde le hará Kelsen<sup>498</sup>, y también de aquí surge el germen que luego alumbrará a las corrientes antiformalistas<sup>499</sup>. En este sentido es en el que hablábamos de un Jhering más allá de la dogmática jurídica. En su primer periodo ya propuso un vuelco respecto a la dogmática tradicional, pero no dejaba de ser un intento de reinventarla y actualizarla, promoviendo una cierta libertad del intérprete ante la posible petrificación del dogma. En esta nueva etapa que nace en los sesenta, y que reverdece cada vez con más fuerza a lo largo de las dos siguientes décadas, se producirá una renuncia definitiva a la dogmática. De manera que la ciencia jurídica, si quisiera seguir mereciendo esa vitola, debería recurrir a la vía filosófico-sociológica. Así pues, y en resumen, se produjo un paso desde la dogmática jurídica a una filosofía del Derecho sociológica.

Desde el punto de vista teórico-jurídico, lo que tuvo lugar fue un abandono de la idea de sistema. Ni la teoría del sistema externo, propia del iusnaturalismo racionalista, ni la del sistema interno, propia de la escuela histórica, habían logrado la magna tarea de estructurar el ordenamiento mediante una regla de oro unitaria. Y antes que cavilar en

---

<sup>496</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 318-319.

<sup>497</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 319-320.

<sup>498</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Neudr. der 2. Aufl. [1923], Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1984, pp. 567-584.

<sup>499</sup> Vid. por ejemplo BEHRENDT, Okko, “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, pp. 233 y ss.

otra forma de abordar el problema, el segundo Jhering renuncia a dicho enfoque. Si no se había podido encontrar ese criterio sistemático hasta la fecha, no era porque no se hubiera buscado bien, sino porque ni existía ni podía existir<sup>500</sup>. Lo único que determina el nacimiento del Derecho son intereses y fines sociales contingentes<sup>501</sup>. En este punto, además, se produce una coincidencia entre su crítica al conceptualismo y su apología de la legislación. En efecto, frente al encumbramiento de la doctrina académica que exigía el conceptualismo, el mejor cauce para articular las necesidades de la vida social pasará a ser la legislación. Es así como, al atacar a la escuela pandectística en *La lucha por el Derecho*, Jhering censuraba la “sobredimensión de la mera erudición respecto a todos los demás factores que determinan la forma y el desarrollo del Derecho: el sentimiento jurídico nacional, la praxis, la legislación”<sup>502</sup>.

Así pues, la política influyó mucho en su alejamiento del conceptualismo. En cierto modo, Jhering desarrolló un rechazo visceral hacia la ciencia jurídica pura, desvinculada de consideraciones políticas y sociales. En ese sentido es en el que debe entenderse la concomitancia de su anti-conceptualismo con su apuesta por la legislación. En una carta a Windscheid de 1866, escrita en un momento álgido de la política nacional –la guerra contra Austria y el comienzo de su admiración por Bismarck–, le dirigía a su amigo la siguiente crítica sobre su reciente libro de pandectas: “no estoy tan satisfecho con este volumen como con el anterior; en mi opinión, a veces te vuelves demasiado sutil y caes en un error del que pocos se han librado tan bien como tú lo habías logrado hasta ahora, y que tú me reprochaste una vez con toda la razón: inclinación al formalismo jurídico en detrimento del momento práctico y legislativo. ¡No dejes de ser el mismo Windscheid de siempre!”<sup>503</sup>. La misiva está escrita en un periodo convulso de la vida de Jhering, tanto por la situación política que le rodeaba, como por el hecho de estar en una etapa de transición intelectual: el tercer volumen del *Espíritu* había aparecido unos meses antes y pronto empezará a trabajar en *El fin en el Derecho*.

A partir de esa fecha, sus obras empezarán a escorarse hacia un punto de vista ético y social, aunque las reticencias hacia la ciencia del Derecho ya se habían visto antes. En una carta a Gerber de 1858, se pronunciaba así al respecto: “hay momentos en los que desearía que toda la ciencia jurídica –por lo menos la teórico-anticuaria– se fuese al

---

<sup>500</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, I, cit., pp. 292 y ss.

<sup>501</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>502</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 89.

<sup>503</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Bernhard Windscheid (26. März 1866)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 195.

diablo [...]. Si todavía pudiese escoger mi profesión, difícilmente sería jurista, por lo menos no romanista ni desde luego teórico. En la mayoría de los libros que aparecen, se siente más lo lamentable que lo gratificante de ser jurista. ¡Hace falta un estómago de avestruz para digerir todo ese bodrio!”<sup>504</sup>. Ahora bien, pese a este desencanto puntual, la verdadera decepción comienza a partir de los años setenta. En otra carta de 1871, esta vez a Oskar Bülow, la conclusión era mucho más categórica: “he estado leyendo cosas jurídicas y económicas, las primeras sin ningún disfrute y las segundas con gran placer. En confianza: la ciencia jurídica me aburre cada vez más. Ya no sería jurista otra vez si tuviera la opción de elegir”<sup>505</sup>. Y por último, justo un año antes de su muerte, escribía así a Windscheid sobre la dogmática jurídica: “si mi estado de salud actual se mantiene, espero poder enviarte mi nueva obra el año que viene –pero nada de dogmática, con la dogmática he terminado ya para siempre– sino algo histórico”<sup>506</sup>. En resumidas cuentas, como puede verse a tenor de este proceso, Jhering terminó abandonando la fe en una ciencia del Derecho a través de la dogmática.

El sustituto que encontró fue la filosofía jurídica, pero no una filosofía abstracta como la del Derecho natural, sino tendente al sociologismo. En *El fin en el Derecho* es donde se plasma con más evidencia esta deriva. En el primer tomo encontramos una orientación central de su segunda fase: el abandono del Derecho privado y la creciente preocupación por el Estado. Y en el segundo tomo, que también debe concebirse como parte de este nuevo rumbo, ya vemos en su plenitud la dirección sociologista. Se trataba de un intento por hacer ciencia del Derecho con independencia de la dogmática jurídica, a través del análisis de las formas de manifestación del Derecho en la realidad social<sup>507</sup>. Con las derivas de ambos volúmenes quedan resumidas otras dos grandes aportaciones de Jhering al paradigma iuspositivista: 1) la remisión de la teoría del Derecho al Estado y 2) la sociologización del pensamiento jurídico. Así pues, la crítica al conceptualismo desembocó, al igual que había sucedido con su impugnación del historicismo, en una concepción estatalista y social del Derecho. En el último epígrafe del capítulo veremos cómo se desarrolló este proceso.

---

<sup>504</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Karl Friedrich von Gerber (15. Oktober 1858)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 103.

<sup>505</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Oskar Bülow (28. Oktober 1871)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 268.

<sup>506</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Bernhard Windscheid (3. Mai 1881)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 429.

<sup>507</sup> Sobre las diferentes posibilidades de construir una ciencia del Derecho más allá de la dogmática, vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuesto para una filosofía de la experiencia jurídica*, 9ª ed., Mergablum, Sevilla, pp. 123 y ss.

#### 4. DEL DERECHO SUBJETIVO AL DERECHO OBJETIVO

Después de la crítica a la escuela histórica, Jhering emprendió un nuevo rumbo en su trayectoria intelectual. De alguna forma, a partir de los años setenta inició un proceso con dos derivas concomitantes. Por un lado, la reflexión preponderantemente crítica que hemos visto hasta ahora –en *Bromas y veras de la ciencia jurídica* o en el embate contra el historicismo de tendencia anticuaria– dio paso a una actitud más bien constructiva: una vez desmontado el arsenal de presupuestos de la escuela histórica, era necesario apuntar nuevas direcciones teóricas. Por otro lado, y en línea con este último propósito, Jhering inicia una migración desde el Derecho privado hasta el Derecho público, entendiendo por tal una reflexión que quería sumergirse en el aspecto colectivo del Derecho: el Estado, la ética social, etc. La obra central para entender este periodo es *El fin en el Derecho*, que aglutina ambos procesos de manera paradigmática: pretendía construir una nueva forma de aproximarse al Derecho, precisamente basada en su consideración desde el punto de vista político y social<sup>508</sup>.

Aunque la generalización es algo burda, podría decirse que el Jhering destructivo dio paso a un Jhering constructivo. La crítica a la escuela histórica, tanto al historicismo como al conceptualismo, fue esencial para la evolución del paradigma iuspositivista. En primer lugar, porque logró mundanizar las nociones vaporosas con las que ésta se había engalanado, tales como la de “espíritu del pueblo” o la de “construcción jurídica”. En este sentido, logró abrir las puertas para una naturalización del estudio del Derecho, es decir, para su conversión en una ciencia jurídica de corte sociológico. En segundo lugar, dicha crítica fue importante porque empezó a apuntar algunas características medulares del “espíritu” iuspositivista: la vocación realista y pragmática de la ciencia jurídica, la predilección hacia el Estado y la legislación como fuentes primarias del Derecho, o la preocupación por cuestiones que hoy encuadraríamos en la teoría general del Derecho. Pese a todos estos logros, muchos de estos rasgos se derivaban como meros corolarios de sus ataques a una u otra vertiente de la escuela histórica.

A partir de los años setenta, esta tónica cede el paso a una orientación constructiva, que buscaba proponer una nueva forma de encarar el Derecho, mirando hacia delante, y no se conformaba con una censura radical de sus maestros. De ahí surgen muchos de los

---

<sup>508</sup> Vid. ERMACORA, Felix, “Rudolf von Jherings Brücke zum öffentlichen Recht”, en AA. VV., *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, hrsg. von Gerhard Luf und Werner Ogris, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 117-123; ID., “Vorrede” zu JHERING, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht*, Propyläen Verlag, Frankfurt a. M.-Berlin, 1992, pp. 9-10.



problemas que se le han solido recriminar al segundo Jhering: osadía intelectual rayana en el diletantismo, imprudencia en la elección de los temas a abordar, negligencia por penetrar en campos disciplinares desconocidos, etc. Sin embargo, si vemos esta etapa desde el prisma que acaba de exponerse, se trataría de reproches naturales e inevitables para cualquiera que se propusiera una tarea como la que él se marcó. Dentro de esta nueva deriva, podrían señalarse muchos aspectos que despuntan con especial relieve. No obstante, aquí sostendremos que el motivo principal fue una transición del Derecho privado al Derecho público. Y además, como reza el título del epígrafe, este tránsito se inició a partir de la reflexión sobre el derecho subjetivo, en el tercer tomo del *Espíritu del Derecho romano*. Desde ahí, poco a poco, sus pasos le irían conduciendo hasta el Derecho en su dimensión objetiva.

De ahí se deriva la estructura que proponemos como eje de esta sección. En primer lugar, desarrollaremos la cuestión del derecho subjetivo, una temática fundamental en la evolución de Jhering y un problema esencial de la filosofía del Derecho. Veremos que, incluso antes de *El fin en el Derecho*, nuestro autor evolucionó desde la doctrina de los derechos subjetivos hasta la preocupación por los deberes jurídicos (§4.1). En segundo lugar, veremos el pasaje al Derecho objetivo: como el propio Jhering confesó, el estudio de los derechos subjetivos le condujo de forma insensible hasta el Derecho objetivo, que se manifestaría en los dos grandes tomos de *El fin en el Derecho*<sup>509</sup>. A partir de entonces empezó a dedicarse a las cuestiones que tan célebre le han hecho en la posteridad: el Estado, la coacción como elemento definitorio del Derecho, la conexión de éste con la realidad social, etc. Dedicaremos este apartado (§4.2) a analizar las complejidades que le surgieron al adentrarse en la problemática del Estado, concretamente a las relaciones de éste con la política y la sociedad.

#### **4.1. El problema de los derechos: del derecho subjetivo al deber jurídico**

El tema del derecho subjetivo ha sido uno de los más controvertidos en la historia del pensamiento jurídico<sup>510</sup>. No en vano, los derechos subjetivos constituyen uno de los pilares del Derecho occidental: no sería exagerado afirmar que la distinción entre el aspecto objetivo y subjetivo del Derecho –en tanto que conjunto de normas impuestas

---

<sup>509</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. IV-X.

<sup>510</sup> Vid. PÁRAMO, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo”, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 367-394.

por el Estado para todos sus habitantes, o en tanto que atribución específica dirigida a cada ciudadano— ha marcado una cesura sin precedentes en la mentalidad jurídica de Occidente. Aunque existe un complejo debate acerca del momento preciso en el que nació esta diferenciación, es indudable que sólo pudo aparecer a partir del derrumbe de las estructuras medievales y el paulatino surgimiento del individualismo. Por tanto, se trataría de una realidad que entronca con el tránsito a la modernidad y que contribuyó de forma esencial a la historia de los derechos humanos<sup>511</sup>. Téngase también en cuenta, como ya se apuntó al hablar de la penetración de Jhering en Japón o en China, que en otras culturas jurídicas no se conocía semejante distinción hasta la toma de contacto con Occidente: el ámbito de lo jurídico se conceptualizaba sólo a través de nociones como las de orden, deber, obligación, etc<sup>512</sup>.

Las tesis que se han manejado sobre su origen son de todo tipo. Michel Villey, con un enfoque que fue muy novedoso hacia los años sesenta del siglo XX, es quien más ha retrocedido en la historia con una argumentación plausible. En su opinión, la génesis del derecho subjetivo se encuentra en la obra de Guillermo de Ockham. Sería en el periodo tardo-medieval, de la mano de la enorme renovación imprimida a la escolástica por la teología franciscana inglesa, cuando se apuntó esta idea por primera vez<sup>513</sup>. Las raíces del individualismo y de una ciencia cada vez más preocupada por el punto de vista empírico, así como los cambios políticos, económicos y sociales que sacudieron a esta etapa de la historia, serían el caldo de cultivo en el que pudo proponerse una vuelta de tuerca respecto al monolítico *ius* de la Antigüedad y del alto Medievo. Pese a que esta tesis ha sido criticada en no pocas ocasiones, tiene la virtud de situar el problema en una deriva histórica bien dilatada, pero no tanto como para retrotraernos hasta el mundo romano<sup>514</sup> y diluir así la existencia de una ruptura histórica.

Independientemente de que el origen concreto pueda situarse en Ockham, la tesis de Villey es útil por cuanto pone el acento en el individualismo. Y es que, en efecto, la

---

<sup>511</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio (con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1999, pp. 27-29.

<sup>512</sup> Vid. MINEAR, Richard H., “Nishi Amane and the Reception of Western Law in Japan”, *Monumenta Nipponica*, vol. 28, nº 2, 1973, pp. 151-175; BARTELS-ISHIKAWA, Anna, “El éxito del *Kampf um’s Recht* de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, en AA. VV., *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 87-112.

<sup>513</sup> Vid. VILLEY, Michel, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, 1964, pp. 97-127. Vid. también PARISOLI, Lucca, *Volontarismo e diritto soggettivo: la nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Istituto Storico dei Capucini, Roma, 1999.

<sup>514</sup> Vid. entre otros MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “La consolidación del derecho subjetivo en el periodo posclásico romano”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 20, 2003, pp. 189-206.

conceptualización del derecho subjetivo nació en un marco sociocultural presidido por esta idea. Es a partir del Renacimiento y a lo largo del tránsito a la modernidad, con paradas importantes en el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración, cuando la noción de derecho subjetivo adquiere un peso significativo. Dentro del periodo racionalista, parece que sería en la obra de Pufendorf donde se puede encontrar un desarrollo más refinado del concepto de derecho subjetivo. De hecho, se ha llegado a argumentar –y con buenas razones– que Pufendorf ya apuntó muchos elementos de la teoría que en el siglo XX desarrollaría Hohfeld<sup>515</sup>. Pero es ya en el siglo XVIII, como ha defendido Orestano, cuando los términos de derecho objetivo y subjetivo se afirman como las dos vertientes fundamentales del fenómeno jurídico<sup>516</sup>.

Con estos mimbres asentados, el debate sobre la noción de derecho subjetivo cobra auténtica fuerza en el siglo XIX: ¿qué es el derecho subjetivo? ¿Cuáles son los rasgos que permiten presumir su existencia? ¿Se trata de facultades, intereses protegidos, libertades? ¿Qué relevancia práctica tienen frente a otros instrumentos jurídicos? Todas estas preguntas se empiezan a disparar en el seno de la ciencia jurídica. Aunque luego profundizaremos en ello, nos interesa destacar desde ya la profunda conexión de esta problemática con el positivismo jurídico. Y es que, frente a la tendencia contemporánea a concebir los derechos como una incrustación de la moral en el ordenamiento jurídico – de donde se suele derivar la heterogeneidad entre derechos y iuspositivismo–, lo cierto es que el concepto de derecho subjetivo se construyó desde un enfoque marcadamente jurídico, no filosófico ni ético o teológico<sup>517</sup>. De hecho, el paulatino desarrollo de esta doctrina contribuyó mucho al proceso de diferenciación entre lo jurídico y lo ético: en vez de una cultura holística que equiparaba moral y Derecho, se empezó a desenvolver una cultura de los derechos (jurídicos), que desde entonces se convertirían en el cauce a través del que instrumentar la vieja aspiración de justicia.

En el siglo XX, la reflexión sobre los derechos subjetivos continuó dando materia para la discusión. Durante la primera mitad de la centuria se apuntaron dos tendencias que quizá hayan contribuido a generar el anterior equívoco respecto a la relación entre el positivismo jurídico y la cultura de los derechos. Por un lado la teoría kelseniana, que desarrolló una postura más bien negacionista sobre el derecho subjetivo. Desde el punto

---

<sup>515</sup> AUER, Marietta, “Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds”, en *Archiv für civilistische Praxis*, n° 208, 2008, pp. 584-634.

<sup>516</sup> Vid. ORESTANO, Riccardo, “Diritti soggettivi e diritti senza soggetto”, en ID., *Scritti*, con una nota di lettura di Antonio Mantello, Jovene, Napoli, 1998, vol. III, pp. 1403 y ss.

<sup>517</sup> Vid. BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, cit., pp. 123 y ss.

de vista de la doctrina pura, no podía entenderse que existiera algo llamado “derecho subjetivo”, pues no sería sino un vestigio de la concepción iusnaturalista, una especie de caballo de Troya en el límpido edificio piramidal del ordenamiento. En última instancia, pensaba Kelsen, todo derecho debe reconducirse al Derecho objetivo; de modo que todo Derecho, al final, tendrá que ser objetivo<sup>518</sup>. Por otro lado, en una postura negacionista aún más enconada, estaba la teoría del realismo jurídico, especialmente el escandinavo. Para el realismo escandinavo, en efecto, el único objetivo de la ciencia jurídica era hacer una teoría empírica del Derecho. Desde ese punto de vista, nociones como la de validez o la de derecho subjetivo deberían ser expurgadas del elenco de conceptos pertinentes, puesto que no designan ningún objeto tangible. Como mucho, el concepto de derecho subjetivo estará expresando una pretensión ética o ideológica loable, pero al precio de incurrir en una concepción metafísica de lo jurídico<sup>519</sup>.

Pese a estas dos concepciones negadoras, la idea de derecho subjetivo ha seguido su andadura, y desde luego entre las filas del positivismo. Con un enfoque heredado de la jurisprudencia analítica inglesa, Wesley Newcomb Hohfeld desarrolló un refinado trabajo sobre los significados que suelen encubrir bajo la rúbrica de derecho subjetivo, con la conclusión de que, en el fondo, los sentidos que agrupamos bajo dicha etiqueta son varios: derechos en sentido estricto, libertades, potestades e inmunidades<sup>520</sup>. Después de Hohfeld, personalidades tan señeras del paradigma positivista como Herbert Hart han seguido teorizando sobre el concepto<sup>521</sup>. Con estas sucintas apreciaciones no queremos entrar en el debate que se ha producido al respecto en la teoría jurídica contemporánea, sino advertir acerca de la importancia de la noción de derecho subjetivo en el marco del positivismo jurídico. No en vano, los fundamentos de la reflexión actual se definieron en las teorías de Puchta, Windscheid, Bentham o Jhering, cuatro grandes representantes del iuspositivismo decimonónico.

A continuación, como es obvio, nos centraremos sólo en el marco alemán y en la doctrina de Jhering. Lo haremos en dos etapas, que son las que creemos identificar en su

---

<sup>518</sup> KELSEN, *Teoría general del Derecho y el Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1995, pp. 91 y ss. Vid. LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 241-245; CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, pról. de Manuel Atienza, Fontamara, México, 2004, pp. 21-37.

<sup>519</sup> Vid. LUNDSTEDT, Vilhelm A., “Legal Rights and Duties”, en ID., *Legal Thinking Revisited. My Views on Law*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1956, pp. 77 y ss.; vid. también LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., pp. 245 y ss.

<sup>520</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 2004, pp. 47 y ss.

<sup>521</sup> Vid. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, cit., pp. 149 y ss.

evolución intelectual al respecto. En primer lugar, analizaremos el significado de su tesis sobre el derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, un concepto que aportó como alternativa a la tradicional doctrina de la voluntad (§a). Veremos que, con la introducción de esta nueva idea, Jhering no estaba sino anunciando los ulteriores compases de su obra. Y además –esto es lo que más nos interesa– veremos que en esta propuesta palpitaban numerosos condicionamientos ideológicos que se filtrarán en su concepción del Derecho objetivo. En segundo lugar, trataremos de exponer el viraje que se produjo a raíz de *La lucha por el Derecho*, una obrita con la que inauguró un periodo distinto respecto a la polémica anterior: a partir de entonces, le empezaron a preocupar más los deberes que los derechos (§b). Con ello, como intentará explicarse, se abrían ya las puertas a *El fin en el Derecho*.

#### **a) Los derechos subjetivos: entre la voluntad y el interés**

El tercer volumen del *Espíritu del Derecho romano*, publicado en 1865, concluye con una extensísima sección sobre la “teoría general de los derechos”. Dado el carácter profundamente asistemático de Jhering, que solía prodigarse en interminables excursos, el hilo central de la obra ya había quedado un tanto difuminado a esas alturas. Con dos volúmenes ya publicados –el segundo de ellos con dos partes– y cada uno repleto de secciones y subsecciones, apartados y subapartados que se subsumían en cadena –como si fueran muñecas rusas– el autor parecía haberse perdido en su propio laberinto. De hecho, consciente de lo enrevesado de la estructura, optó por adjuntar una aclaración en el índice. Junto al epígrafe relativo a los derechos, añadió entre paréntesis que dicha parte correspondía a la sección de “características generales del sistema jurídico”<sup>522</sup>. Lejos de ser una remisión dentro del mismo tomo, se trataba de un reenvío a la primera mitad del segundo, nacida en 1854<sup>523</sup>. Es decir, que Jhering estaba intentando proseguir un apartado iniciado más de diez años antes.

Así pues, la *teoría general de los derechos* estaba pensada como una sección de la *teoría del sistema jurídico*, que además debería haberse completado con un apartado dedicado a examinar algunos derechos en concreto. Como la obra quedó inacabada, esta última parte nunca vio la luz. La importancia de esta ubicación radica en el hecho de que Jhering se encontraba en la fase de transición entre sus dos etapas. En este sentido,

---

<sup>522</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. VII.

<sup>523</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-1, cit., p. VII.

como ya se ha adelantado en los epígrafes anteriores, está empezando a abandonar la fe en la idea de sistema. Desde estas coordenadas, la pretensión de encuadrar la doctrina de los derechos dentro de la teoría del sistema resulta significativa. Y es que, precisamente, fue a raíz de la reflexión sobre este asunto como nació su desengaño respecto al enfoque sistemático. Es algo interesante desde el punto de vista actual, en tanto que la teoría de los derechos sigue ocupando un puesto *sui generis* en la concepción general del sistema jurídico, un subsistema particular con sus propias dinámicas internas y sus diferencias respecto al ordenamiento en su conjunto<sup>524</sup>.

En el caso de Jhering, este fue el punto de partida hacia una ciencia del Derecho asistemática y sociológica. En cierto modo, los derechos subjetivos tienen un carácter híbrido respecto a la relación entre Derecho y sociedad. Para empezar, porque vienen a cuestionar la idea de un único Derecho, ese Derecho objetivo en el que se fundamentan las aspiraciones tradicionales a una teoría del sistema. La única manera de sacudirse este impedimento de raíz era la de Kelsen, que diluía todo el Derecho en su significado objetivo (la otra postura negadora que hemos mencionado, la del realismo jurídico, ni siquiera concebía sostenible hablar de sistema<sup>525</sup>). En este sentido, aunque la visión kelseniana sea exagerada y sí pueda mantenerse una teoría del sistema con los derechos subjetivos como parte constitutiva, para ello es imprescindible matizar el rigor lógico y conceptual al trazar los lineamientos estructurales del mismo. De hecho, el capítulo de Jhering sobre los derechos se dividía en dos grandes bloques: uno primero en el que desarrollaba su crítica contra la “sobrevaloración del elemento lógico en el Derecho”<sup>526</sup>, y uno segundo en el que elaboraba la “teoría general de los derechos”<sup>527</sup>. O sea que, de algún modo, Jhering se dio cuenta de lo inabordable del tema de los derechos mediante el enfoque lógico-sistemático de sus predecesores.

Además de lo anterior, hay un segundo motivo para explicar esta especial conexión entre Derecho y sociedad que se manifiesta a través de los derechos subjetivos. Y es que los derechos, al contrario que el Derecho objetivo, no son sólo un artificio emanado del legislador y dispuesto para ser manejado por los operadores jurídicos estatales<sup>528</sup>. Por mucho que sea el Estado quien los confiera, y por mucho que se constituya en la última

---

<sup>524</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio (et.al.), *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 357-380.

<sup>525</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto. Il novecento*, II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 118-122.

<sup>526</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 311-326.

<sup>527</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 327-368.

<sup>528</sup> Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977], trad. de Marta Guastavino, introd. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 276 y ss.

salvaguarda de los mismos, lo cierto es que son resortes en manos de los ciudadanos. Serán éstos los que decidan accionarlos o dejarlos estar, quienes les impriman vida y los modulen en función de las complejas circunstancias de la praxis. Por expresarlo con las palabras de Dworkin, los derechos son como los “triumfos” de la baraja, un mecanismo que el ciudadano puede hacer valer contra el Estado o las mayorías<sup>529</sup>. Es verdad que la reflexión de Jhering está aún lejos de estas consideraciones, pero nos interesa destacar las dimensiones secantes entre sociedad y derechos subjetivos, que ya desde la obra del alemán están presentes en la teoría jurídica, y que siguen palpándose en las doctrinas actuales de los derechos fundamentales.

Así las cosas, no es en absoluto casual que la doctrina de los derechos subjetivos le condujera a posiciones antiformalistas y tendentes al sociologismo. El punto de partida de Jhering son las teorías de la voluntad, que habían imperado hasta mediados del XIX para explicar la noción de derecho subjetivo. Según estas tesis, los derechos subjetivos serían *poderes* atribuidos a las personas, para que éstas puedan hacer valer su *voluntad frente a terceros o frente a las cosas*. Se trata de una definición construida sobre las concepciones que entendían el Derecho como relación intersubjetiva (y no como norma, ordenamiento o decisión<sup>530</sup>), una idea que se retrotrae hasta Kant, que se prolongó en la obra de Savigny y terminó cristalizando en Windscheid. Según este último, el derecho subjetivo es un “poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico como una voluntad jurídicamente protegida”<sup>531</sup>. De acuerdo con esta concepción, los derechos serían manifestaciones ilimitadas de la voluntad del individuo, poderes que éste podría ejercer sin consideración de otros factores, como por ejemplo el bien de la comunidad o la voluntad de terceras personas<sup>532</sup>.

Este concepto del derecho subjetivo es interesante por muchas razones. En primer lugar, y desde un punto de vista filosófico, porque entronca con una deriva intelectual que se remonta hasta Kant y el entero periodo de la Ilustración. Como ha dicho Tarello, a partir de la Ilustración “el derecho vino a entenderse como la disciplina del derecho

---

<sup>529</sup> Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 37.

<sup>530</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, 2ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2005, pp. 6-19; vid. también SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. y estudio preliminar de Montserrat Herrero, Tecnos, Madrid, 1996. La clasificación de Bobbio diferenciaba entre las teorías del Derecho construidas sobre el concepto de norma (como la kelseniana), de relación intersubjetiva (como la kantiana) o de ordenamiento (como la del institucionalismo). Schmitt, en cambio, proponía distinguir entre las teorías basadas en el concepto de norma, de ordenamiento y de decisión. Aquí optamos por juntar ambas propuestas, puesto que no se excluyen entre sí.

<sup>531</sup> WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd., 8. Aufl., bearbeitet von Theodor Kipp, Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1900, p. 131.

<sup>532</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 53-54.

subjetivo”<sup>533</sup>. Y es que, frente a la concepción objetiva característica del iusnaturalismo, a partir del siglo XVIII se empieza a teorizar el Derecho desde un prisma individualista: el Derecho ya no será una proyección del orden natural, ni un aglomerado de mandatos impuestos de forma vertical, ni tampoco un mero sistema de deberes, sino más bien una malla de derechos que, en última instancia, se deben reconducir al individuo. Es decir, que el Derecho se terminó convirtiendo en un artefacto capaz de engranar las esferas de libertad de cada sujeto con el menor número de fricciones posible: se trataba, en suma, de la consagración del liberalismo jurídico.

Es cierto que las tornas empiezan a cambiar a partir del siglo XIX. Es así como Savigny, por ejemplo, no se adaptó por completo al punto de vista kantiano, pues lo encontraba carente de un vuelo metafísico suficientemente elevado y lo veía demasiado dependiente del punto de vista subjetivo<sup>534</sup>. No obstante, ya en el mismo hecho de conceptualizar el Derecho mediante la noción de relación jurídica (*Rechtsverhältniss*) latía silenciosa la inspiración del individualismo kantiano. Además, la doctrina de la voluntad se postulaba en un terreno bien abonado, porque se trataba de un concepto filosófico de gran predicamento a la altura del siglo XIX. De él habían hablado los contractualistas y el propio Kant, pero también lo hicieron los grandes representantes del idealismo alemán, desde Fichte hasta Hegel, y lo seguirán haciendo personalidades tan dispares como Schopenhauer o Nietzsche. Hasta tal punto es así, que no sería muy arriesgado ver en este concepto una suerte de retícula cultural común, como si de un presupuesto compartido e inconsciente se tratara.

En la filosofía jurídica de Hegel, el concepto de voluntad es el que articula toda la primera parte de su sistema, la del Derecho privado<sup>535</sup>. En la filosofía de Fichte, también es la voluntad la que define las líneas maestras, a modo de pórtico general al desarrollo de su doctrina sobre el Derecho<sup>536</sup>. Y en general, volverá a ser la voluntad quien ostente la primacía en la literatura romántica<sup>537</sup>. Pero también desde un prisma completamente heterogéneo a los anteriores ejemplos, como el de Schopenhauer, esta noción adquiriría un enorme protagonismo: en su magna obra *El mundo como voluntad y representación*, el mundo aparece regido por una misteriosa voluntad oculta, invisible para los sentidos

---

<sup>533</sup> TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 42.

<sup>534</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, cit., pp. 240-291.

<sup>535</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., §§4-12, pp. 46 y ss.

<sup>536</sup> FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del derecho natural*, cit., pp. 103-107 y 116 y ss.

<sup>537</sup> Vid. SAFRANSKI, Rüdiger, *Romantik. Eine deutsche Affäre*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2009, especialmente pp. 70-88.



e inasequible al conocimiento humano, como si se tratara de una especie de potencia subyacente y dominadora que no es posible controlar<sup>538</sup>. Es al albur de esta recóndita voluntad como se mueven las cosas de este mundo, contagiado desde la misma entraña por el germen de la incertidumbre y rendido frente a la desconsoladora conciencia de la arbitrariedad y la contingencia<sup>539</sup>.

Desde luego, el significado de la voluntad es notoriamente divergente en cada caso. En el contractualismo y el pensamiento ilustrado, la retórica voluntarista no expresaba sino una derivada tardía del antropocentrismo ya iniciado en el Renacimiento, mientras que en el romanticismo y el idealismo se trataría de una quintaesencia de la idea del yo. No es casual que Fichte acuñara el excéntrico concepto de la “yoidad”<sup>540</sup>, que Hegel calificara a la libertad como la “segunda naturaleza”<sup>541</sup>, o que un epígono del idealismo como Croce interpretara la historia del XIX como una grandiosa epopeya de la libertad en movimiento<sup>542</sup>. Frente al hálito optimista de todas estas manifestaciones, el concepto de voluntad de Schopenhauer estaba preñado de un pesimismo y una nostalgia que venían a revelar la crisis de un mundo en profunda transformación. Pese a todas las diferencias, e independientemente de los diversos significados atribuidos al concepto, lo que subyace tras este apogeo de la voluntad es una realidad social que se había salido de los multiseculares quicios del Antiguo Régimen.

En efecto, a partir del siglo XVIII –pero sobre todo desde el XIX– Europa había entrado en una nueva etapa, cuyo lema bien podría ser el del *Fausto* de Goethe: “en el principio fue la acción”<sup>543</sup>. Es decir, que frente al mundo tendencialmente fijo que había caracterizado a etapas anteriores, a partir del XIX el ritmo se acelera, el industrialismo redefine todas las esferas de la vida, y los cambios políticos, económicos y sociales se agolpan en un fragor insólito hasta entonces. En este cúmulo de transformaciones, la idea de la voluntad, en tanto que fuerza de acción irresistible y en tanto que motor de la libertad, se elevó a principio guía fundamental: la política y el Derecho ya no aparecían

---

<sup>538</sup> SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, nach den Ausgaben letzter Hand hrsg. von Ludger Lütkehaus, deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2005, pp. 155 y ss. y 361 y ss.

<sup>539</sup> Vid. VILLACAÑAS, José Luis, *Historia de la filosofía contemporánea*, cit., pp. 13-29.

<sup>540</sup> FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del derecho natural*, cit., p. 103.

<sup>541</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., §4, p. 46.

<sup>542</sup> CROCE, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Adelphi, Milano, 2007, especialmente pp. 11-30; ID., *La historia como hazaña de la libertad*, 2ª ed., trad. de Enrique Díez-Canedo, Fondo de Cultura Económica, México, 1960.

<sup>543</sup> GOETHE, Johann Wolfgang von, *Faust*, cit., p. 41. El fragmento es muy revelador: Fausto, al no entender el sentido del bíblico “en el principio fue el verbo”, intenta proponer variantes más acordes con su intuición; primero sugiere “en el principio fue el sentido”, después “en el principio fue la fuerza” y, por último, “en el principio fue la acción”. Sólo esta última versión, a su entender, expresaba bien el motor de la vida. Vid. VILLACAÑAS, José Luis, *Historia de la filosofía contemporánea*, cit., pp. 16 y ss.

regidos por unos cánones perpetuos e inmodificables, sino que estaban sujetos al poder modelador de la voluntad; la economía ya no se regía por criterios éticos o religiosos con carácter universal, sino que se sometía al arbitrio de voluntades concurrentes en el libre mercado. En definitiva, todas las manifestaciones filosóficas mencionadas deben entenderse como un reflejo del liberalismo económico que discurrió en paralelo con los cambios auspiciados por la revolución industrial.

Sin duda, este es el sentido que vio Jhering tras las doctrinas del derecho subjetivo basadas en la voluntad. En su crítica contra estas teorías, hay un afán por desprenderse del subjetivismo exacerbado que escondían, pues entendía que daban un protagonismo excesivo a la autonomía privada: “de acuerdo con esta concepción, todo el Derecho privado no sería más que una cancha para la voluntad, para que ésta haga sus cabriolas, ensaye y se regocije de sus propias evoluciones”<sup>544</sup>. En opinión de Jhering, en efecto, esta definición de los derechos llevaba al formalismo, porque no ofrecía ningún criterio “material” para dar cuenta del concepto. Sólo se limitaba a reconducir los derechos a la previa existencia de una voluntad individual, sin preguntarse por su contenido, sobre los fines que persigue o sobre su compatibilidad con otros principios derivados del Derecho objetivo. Así las cosas, según Jhering, estas definiciones venían a consagrar un concepto vacío, que en el fondo —esto ya no lo afirmaba explícitamente— satisfacía las exigencias del capitalismo a la perfección: el principio de la autonomía de la voluntad, abstracta e indeterminada, era la columna vertebral de los códigos civiles y de comercio nacidos al amparo del liberalismo económico.

Vale la pena dejar la palabra al propio Jhering: “cuando tras la voluntad no hay nada que le imponga medida y objetivo, entonces ésta no es más que una fuerza de la naturaleza, desde el punto de vista fisiológico, y pura arbitrariedad desde el punto de vista ético; la voluntad sólo se eleva a la grandeza ética mediante los fines éticos a los que ha de servir [...]. Si por ventura la voluntad quisiera deleitarse consigo misma, con lo que puede hacer o con lo que logra hacer, debería buscarse otro terreno distinto al del Derecho”<sup>545</sup>. Después de esto, Jhering precisaba esta idea con algunas reflexiones. La primera de éstas tiene una curiosa vigencia en relación con los derechos fundamentales, porque nuestro autor critica a las teorías de la voluntad por su inidoneidad respecto a los niños y los discapacitados psíquicos: “si el fin del derecho en sentido subjetivo consiste en el poder de la voluntad, las personas carentes de voluntad no podrían tener derechos

---

<sup>544</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 330.

<sup>545</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 329 y 332.

[...]. ¿Pero entonces cómo se explica que todos los Derechos del mundo (al menos yo no conozco ningún ejemplo que lo contradiga) reconozcan y protejan en los niños y los dementes no sólo lo puramente humano de la persona, el cuerpo y la vida, sino que también les concedan la misma capacidad patrimonial –aun con ligeras modificaciones– que a las personas con plena voluntad?”<sup>546</sup>.

El argumento es verdaderamente relevante desde un enfoque contemporáneo y, al contrario de lo que se ha sostenido algunas veces<sup>547</sup>, marca una cesura importante frente a las teorías del derecho subjetivo basadas en la voluntad. A Jhering, en efecto, le preocupaba ese “formalismo de la voluntad” que no tenía en cuenta las consideraciones éticas y políticas: “si el fin último del derecho estuviera en el querer (*Wollen*), entonces todos los acuerdos que contuviesen cláusulas permitidas o acordes con la moral tendrían fuerza vinculante, y de hecho tal es el dogma de la fuerza vinculante abstracta de los contratos, que ya ha sido suficientemente reafirmado por los juristas y los filósofos del Derecho. Así pues, un contrato que estableciera alguna restricción a una de las partes, sin procurar ni el más mínimo provecho a la otra (por ejemplo, que alguien no pudiera enajenar su propiedad o que no pudiese elegir una determinada profesión) sería, según esto, plenamente válido [...]. Hasta dónde ha de conducir esto en el tráfico, es evidente. La semilla de la sumisión podría desparramarse sin trabas y sin límites, la mala hierba podría crecer con más fuerza y, tanto para el tráfico como para el individuo, sin ninguna clase de restricción; bajo el manto de la falsa libertad, la auténtica se iría a pique, y así la voluntad cavaría su propia tumba”<sup>548</sup>.

En definitiva, como se desprende de las palabras citadas, a Jhering le preocupaba la consagración de un liberalismo excesivo, sin límites para el despliegue de la autonomía privada. Y en su opinión, las teorías de la voluntad venían a encarnar ese individualismo desaforado que estaba preconizando la escuela de Manchester en el ámbito económico. Para contrarrestar los potenciales peligros de esta doctrina, Jhering propone cimentar el derecho subjetivo en el concepto de interés. A su juicio, son necesarios dos “momentos” para definir el derecho subjetivo: uno formal, que se caracteriza por la presencia de una acción procesal (*Klage*) en manos del sujeto, y uno material, que implica la existencia de un interés digno de protección. De acuerdo con este modelo, ambos requisitos son

---

<sup>546</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 332.

<sup>547</sup> Vid. por ejemplo LUNDSTEDT, Vilhelm, “Legal Rights and Duties”, cit., pp. 80-93; OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho*, cit., pp. 147 y ss.; KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 585 y ss.; THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* [1878], Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 217-222.

<sup>548</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 337.

esenciales: si no está previsto el cauce procesal pertinente para reclamar la violación de un hipotético derecho, quiere decir que éste no existe como tal; y si parece que hay vías procesales en favor del sujeto, pero no se da también un interés digno de protección, tampoco estaríamos ante un derecho. En definitiva, como rezaba su célebre definición, los derechos serían “intereses jurídicamente protegidos”<sup>549</sup>.

Contra esta caracterización se han producido numerosas críticas. La primera y más obvia fue detectada por él mismo entre sus coetáneos, y dio cuenta de ella en ediciones posteriores del *Espíritu del derecho romano*. Se trata de una censura por circularidad de la argumentación: si se quiere definir el derecho, pero se utiliza esta misma palabra para ello (*jurídicamente protegido*), toda la definición queda malograda. Ahora bien, como el propio Jhering observó, este reproche se basaba en un malentendido: cuando él habló de interés *jurídicamente* protegido, estaba usando el significado de Derecho en su sentido objetivo y, por lo tanto, la expresión podía sustituirse por *legalmente* o *estatalmente*<sup>550</sup>. Este apunte es interesante por varias razones. Primero, porque descabala las críticas que pretendieron acusarle de incurrir en una falacia de circularidad. Segundo, porque para ello usó la distinción entre la vertiente subjetiva y objetiva del Derecho, lo cual denota una especial sensibilidad por este tema, en una época en la que se estaban perfilando muchas dimensiones del concepto de derecho subjetivo. Y tercero, porque identifica el Derecho objetivo con el Estado y la ley, lo cual enlaza con su cambio de planteamiento filosófico a partir de los años sesenta.

Esta última consideración es importante. Y es que, como enseguida precisaremos, la teoría del derecho subjetivo basada en el interés también ha de entenderse desde esta perspectiva. A mediados de los años sesenta, a Jhering le preocupaban dos cosas: desde el punto de vista filosófico, quería buscar una alternativa al formalismo en el que habían incurrido sus predecesores; desde el punto de vista ideológico, estaba movilizado por la marcha de Alemania hacia el Estado unitario. En el caso del derecho subjetivo, ambas derivas confluyeron en una misma dirección. En primer lugar, el concepto de interés le servía para dotar de un fundamento material al derecho subjetivo y así corregir la noción exclusivamente formal de voluntad, que no hacía sino consagrar el principio de la libre disposición y sólo preveía el requisito de la aprobación del individuo. Con ello, Jhering

---

<sup>549</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 339.

<sup>550</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 351: “se le ha reprochado a esta definición que explica el concepto de derecho a través de sí mismo (jurídicamente protegido). Pero se ha pasado por alto que la expresión ‘derecho’ está tomada en sentido subjetivo, mientras que la expresión ‘jurídicamente’ en sentido objetivo. En lugar de esta última, también podría haber elegido ‘estatalmente’ o ‘legalmente’”.

estaba dando un paso hacia la ética que se prolongará en *El fin en el Derecho*<sup>551</sup>, puesto que introducía una vara de medir sustancial como criterio para admitir la pertinencia y la validez de un derecho. Además, avanzaba así un concepto esencial para las ulteriores corrientes antiformalistas: no en vano, la jurisprudencia de intereses de Philip Heck se apoyó en esta idea para desarrollar el credo de su escuela<sup>552</sup>. En segundo lugar, y en concomitancia con esto último, el concepto de interés obedecía a razones ideológicas que conviene explicar más despacio.

Por un lado, el concepto de interés le sirvió como puente entre el Derecho privado y el Derecho público. Y es que, en efecto, esta noción incorporaba algo más que la mera conformidad del individuo: al hablar de intereses dignos de protección, nuestro autor estaba pensando en el Estado como forjador y mediador privilegiado de las relaciones entre particulares, como una suerte de actor omnisciente que establece políticas públicas y las traduce en derechos justiciables concretos<sup>553</sup>. No es casual que, tomando base en esta sección del *Espíritu del Derecho romano*, Georg Jellinek desarrollara su sistema de los derechos público-subjetivos, en una obra que además dedicó a Jhering<sup>554</sup>. Tampoco es casualidad que el propio Jhering reconociese esta decantación de sus ideas: en el prefacio al primer volumen de *El fin en el Derecho*, admitió que fue gracias a la teoría de los intereses como cobró consciencia de la dimensión colectiva del Derecho, pasando así a considerarlo en su vertiente pública<sup>555</sup>, como una manifestación del más ancho mundo de la política, la ética y la sociedad. En esta paulatina transición, para la que fue clave el concepto de interés, pesó mucho su actitud a favor de la política bismarckiana. De hecho, la expresión “política de intereses” (*Interessenpolitik*) se había convertido en un apelativo común para la política del canciller<sup>556</sup>.

Por otro lado, el concepto de interés le servía como herramienta para trascender el individualismo liberal al que –a su modo de ver– abocaban las teorías de la voluntad. Desde luego, aquí las opiniones no han sido unánimes: el realista escandinavo Vilhelm Lundstedt afirmó repetidamente el carácter ideológico de la teoría del alemán, pero sin

---

<sup>551</sup> Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>, “Rudolf von Ihering”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, tomo IV, 1987, pp. 249-270 (Después incluido en la obra *Historia del pensamiento jurídico*, Universidad Complutense, Madrid, 1992-1993, vol. 2, pp. 427-456; vid. también GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, tomo IV, Madrid, 1987, pp. 223-248.

<sup>552</sup> Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 159 y ss y 197 y ss.

<sup>553</sup> Vid. MERKEL, Adolf, “Jhering”, cit., pp. 23-24.

<sup>554</sup> Vid. JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr, Freiburg, 1892, reeditado por Elibron Classics, Great Britain, 2006, pp. 4-7 y 46 y ss.

<sup>555</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. IV-V.

<sup>556</sup> Vid. WINKLER, Heinrich August, “Ein Junker als Revolutionär”, cit., p. 27.

señalar con claridad los motivos de semejante aserto<sup>557</sup>; Eugen Ehrlich, siguiendo la opinión del jurista Alois von Brinz<sup>558</sup>, quiso ver en la teoría de Jhering una sublimación del capitalismo<sup>559</sup>; en cambio, Merkel o Mitteis sí creyeron importante el reemplazo de la voluntad por el interés, en el sentido de que éste iba más allá del mundo de lo privado y entroncaba con el rechazo de Jhering a las recetas económico-sociales de la escuela de Manchester<sup>560</sup>. En realidad, hay elementos para sostener ambas posiciones: 1) por un lado, el concepto de interés es de clara raigambre economicista y, al menos en principio, está pensado en términos pecuniarios; 2) por otro lado, sin embargo, Jhering lo introdujo para rehuir el individualismo y objetivar la noción de derecho subjetivo, tendiendo así un puente hacia el Estado.

Pese a esta diferencia de opiniones, parece más razonable quedarse con la segunda, es decir, con la idea de que Jhering construyó su teoría con el ánimo de enfrentarse a un pensamiento económico extremadamente liberal. Para empezar, pese al tinte capitalista que late tras la noción de interés, él mismo rechazó que se redujera sólo al significado pecuniario: “el primer momento [del concepto de derecho], al que dirigimos la atención en primer lugar, está reflejado en la siguiente lista de ideas: provecho, bien, valor, goce, interés. El baremo con el que el Derecho pondera estos conceptos no es, ni mucho menos, tan sólo el económico (dinero y valor pecuniario); el patrimonio no es lo único que las personas necesitan asegurar, sino que hay otros bienes de tipo ético por encima de éste: la personalidad, la libertad, el honor, las relaciones familiares... Bienes sin los cuales los bienes exteriores y visibles no tendrían ni el más mínimo valor”<sup>561</sup>. Es decir, que el concepto de interés de Jhering alcanzaba una dimensión moral más comprensiva de lo que podría parecer a simple vista.

Además de este apunte, es importante reiterar cómo la noción de interés le condujo a considerar la esfera del Derecho público y, por ende, el papel del Estado como agente rector de las cuestiones económicas. En definitiva, por decirlo con las palabras que ya se

---

<sup>557</sup> LUNDSTEDT, Vilhelm, “Legal Rights and Duties”, cit., pp. 88 y 90. La acusación de Lundstedt es la misma que podrían mantener otros miembros del realismo escandinavo: según esta idea, Jhering habría intentado fundamentar una aproximación sociológica al Derecho, sin darse cuenta de que tal cosa era incompatible con defensas tan acerbas del estatismo o de la legislación –por poner dos ejemplos– que se escapan del redil de la ciencia y penetran de lleno en el campo de la ideología. Evidentemente, se trata de un concepto de la ciencia muy deudor de las concepciones neoempiristas de principios del siglo XX.

<sup>558</sup> Alois von Brinz (1820-1887) fue un relevante jurista de la escuela histórica, de la vertiente romanista, cuyo libro de Pandectas fue ampliamente difundido en la segunda mitad del XIX. Vid. SIXTO, Marié, “Alois (Aloys) von Brinz”, en AA. VV., *Juristas universales (3)*, cit., pp. 320-322.

<sup>559</sup> EHRLICH, Eugen, “Zur Frage der juristischen Person”, en ID., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, hrsg. von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 135.

<sup>560</sup> MERKEL, Adolf, “Jhering”, cit., pp. 23-24; MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 663.

<sup>561</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 339.

emplearon en la semblanza histórica, la teoría de Jhering se compadecía a la perfección con lo que denominamos “capitalismo organizado”<sup>562</sup>, esa variante del capitalismo que se empezó a pergeñar en Alemania a partir del último tercio del XIX. De hecho, el gran problema con el que se topó fue el de diferenciar entre los derechos y lo que sólo eran políticas públicas apoyadas en el interés general: por mucho que una persona disfrutara de una ventaja derivada de una determinada política (por ejemplo, el comerciante que se beneficia del establecimiento de aranceles), no quería decir que esa persona dispusiese de un derecho, sino que se estaba viendo favorecida como consecuencia de un “efecto reflejo” (*Reflexwirkung*) de la política en cuestión<sup>563</sup>. De ahí se deriva la necesidad del segundo “momento” en su definición de los derechos, que consiste en la existencia de una acción procesal (*Klage*) en manos del individuo, y que es otorgada por el Estado en función de criterios éticos o políticos.

Así las cosas, Jhering había alumbrado el germen de un interrogante que terminará cristalizando en Kelsen. En efecto, aunque sin proponérselo, nuestro autor había abierto una puerta desde la que se empezaba a otear la dificultad de distinguir entre el derecho subjetivo y el objetivo. Si los derechos dependen del Estado, ¿dónde queda entonces la frontera entre derecho y Derecho? Si es el Estado quien distingue entre los auténticos derechos ejercibles ante un tribunal, y lo que sólo son intereses derivados de políticas públicas (el beneficio que obtiene un comerciante gracias a una ley arancelaria), ¿qué es lo que hace que derecho y Derecho sean cosas distintas? De acuerdo con la teoría de los derechos naturales y con las doctrinas de la voluntad, este problema no existía, porque ambas anclaban los derechos en la persona. Sin embargo, a partir de Jhering la cuestión empezará a cobrar relieve, e irá germinando una sospecha que alcanzará su plenitud en Kelsen: quizá los derechos, en el fondo, no sean más que una faz del Derecho objetivo, es decir, meras facultades contingentes concedidas por el Estado<sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> Vid. WEHLER, Hans-Ulrich, “Der Aufstieg des organisierten Kapitalismus und Interventionsstaates in Deutschland”, cit., pp. 36-57.

<sup>563</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 351 y ss. La problemática de los efectos reflejos constituye un tema de gran importancia dogmática y volvió a ser tratado por Jhering, con carácter monográfico, en “Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen” y “Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte”, ambos en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, X, 1871, pp. 245-354 y 387-586. Posteriormente, el tema ha adquirido una gran relevancia en la teoría del Derecho administrativo, donde sigue siendo esencial una neta diferenciación entre los auténticos “titulares de derechos” y los que son meramente “interesados”, pues a cada uno les corresponde una distinta protección legal. Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 433-445.

<sup>564</sup> Vid. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. [1962], Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992, pp. 130 y ss. Vid. también CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, cit., pp. 21 y ss.; LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., pp. 241 y ss.

En definitiva, el concepto de interés se configuró como un puente entre el reino sin restricciones del Derecho privado y el mundo coercitivo del Estado, como un elemento de carácter material que estaba en la base de todo derecho y que vinculaba a éste con criterios de política legislativa. Y es que, más allá de su mayor o menor pertinencia iusfilosófica, para Jhering se trataba de una auténtica vara de medir con alcance jurídico efectivo: cualquier contrato, disposición testamentaria, etc. que hubiera sido acordado con arreglo a la libre voluntad de las partes, pero sin darse a la vez un interés de carácter “ético o económico”, carecería de validez<sup>565</sup>. Más allá de la prohibición de los contratos leoninos, aquí latían los fundamentos de sectores del ordenamiento tan relevantes como el administrativo o el laboral. Y aunque el propio Jhering no aludía a ello de forma explícita, lo cierto es que la presencia del Estado se siente cada vez más fuerte: el paso a *El fin en el Derecho* ya no se hará esperar mucho más.

La última razón por la que Jhering sustituyó la noción de voluntad por la de interés tiene que ver con la problemática del Derecho y el cambio social. En su opinión, el concepto de voluntad no servía para explicar los porqués y el cómo de la evolución de los derechos, ni tampoco para orientar al legislador a la hora de tipificar nuevas normas: “no ha sido la idea del poder de la voluntad la que ha marcado la pauta en la formación y el modelado de los derechos, sino la del interés económico o ético; una vez que éstos ya se han formado, puede que el concepto de voluntad los recubra con una vestimenta jurídica, pero nunca ha sido un principio productivo”<sup>566</sup>. En resumen, el interés funciona aquí de forma muy similar al concepto de fin (*Zweck*) en obras sucesivas: se trata de un principio que, en el plano sociológico, explica las vías de evolución del Derecho y, en el plano político, sirve para orientar la política legislativa. Con esto Jhering le daba un giro copernicano al historicismo: aunque mantenía el enfoque histórico-evolutivo, ahora lo asentaba en bases materialistas (intereses, necesidades) y, por otro lado, lo compaginaba con una valoración muy alta de la política legislativa.

En todo caso, lo interesante a nuestros efectos es analizar la relevancia que tuvo este cambio de enfoque en relación con la génesis del paradigma iuspositivista. En este sentido, como ya viene siendo habitual con Jhering, la respuesta es paradójica. En líneas generales, se trata de un cambio presidido por el deseo de proyectarse hacia una ciencia jurídica realista. Y esto, en la jerga de nuestro autor, equivalía a huir del formalismo, es

---

<sup>565</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “Brief an Bernhard Windscheid (18-IV-1865)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., pp. 177 ss. Se trata de una importante carta a Windscheid, contemporánea al tercer volumen de el *Espíritu del Derecho romano*, en la que comenta diversos aspectos de esta obra.

<sup>566</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Bernhard Windscheid (18-IV-1865)”, cit., p. 178.



decir, a intentar fundamentar el conocimiento del Derecho en los recovecos de la praxis, en la vida real y el dinamismo social<sup>567</sup>. En este sentido, hay dos elementos de su teoría de los derechos que sobresalen, y que contribuyeron a forjar dos líneas esenciales del paradigma positivista. Lo paradójico es que se trata de dos aspectos que, en principio, se excluirían mutuamente: 1) por un lado el ingrediente material, que él situó en el interés; 2) y por otro lado el formal, que identificó en la acción procesal. En suma, una síntesis de la que no parecía fácil salir airoso.

Con el primer aspecto, Jhering pretendía huir del formalismo. Abandonaba así una de las direcciones más señeras del positivismo, pero a la vez se internaba en una de sus nuevas y más fructíferas sendas: la del *sociologismo* jurídico. Al hablar de interés, en efecto, no hacía sino establecer un diálogo con las necesidades, los fines y los intereses sociales que alimentan la génesis y el desarrollo del Derecho. Ahora bien, pese a esta incursión en el campo sociológico –y precisamente por la misma tendencia realista que favoreció esta huida– nuestro autor añadió como imprescindible el momento formal. Si se trataba de auténticos derechos, y no de meras pretensiones éticas, entonces hacía falta un fuerte hincapié en los cauces de defensa procesal. Y así fue cómo entabló un diálogo crítico con el krausismo, al que acusaba por no atender lo suficiente al aspecto formal del Derecho, diluyéndolo en un todo continuo con la moral<sup>568</sup>. Pese a lo paradójico que esto pueda parecer respecto al primer rasgo citado, Jhering atribuía un gran valor a la protección legal: “sólo se pierde el carácter de eventualidad y provisionalidad cuando la ley acoge al interés bajo su techo, y así el goce o la perspectiva de goce se convierten en algo más seguro: en un derecho”<sup>569</sup>.

Pues bien, si el énfasis en el concepto de interés se explicaba por las inquietudes sociológicas que empezaron a asaltar a nuestro autor a partir de los años sesenta –y que le hicieron caminar en una nueva dirección del paradigma positivista– la preocupación por los aspectos formales del Derecho se debe a su perenne tendencia al *pragmatismo*. De esta manera, en la definición jheringiana del derecho subjetivo se dieron cita dos de los elementos esenciales del paradigma, tal y como lo definimos en el capítulo anterior: el sociologismo y el pragmatismo. Además, ambas orientaciones se asentaban sobre el mantillo de un historicismo renovado, que ya se había transformado en un patrimonio

---

<sup>567</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit. pp. 327-330.

<sup>568</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 333 y 351. Según Jhering, los krausistas tuvieron el mérito de subrayar el elemento material del derecho, pero al excesivo coste de no considerar el elemento formal. Así, en su opinión, incurrieron en un idealismo que no se compadecía con la orientación práctica que deben tener los derechos.

<sup>569</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 339.

compartido para toda una época de la ciencia del Derecho, y que en Jhering alcanzó un grado más de destilación. Por un lado, el sociologismo fue la modalidad que adoptó la ciencia jurídica para convertirse en saber empírico. Por otro lado, el pragmatismo era el corolario ideológico de la mutación anterior. Si durante siglos se había concebido al Derecho como una porción del gran edificio del saber, coronado por la idea de verdad y ornado con los atributos de lo permanente y lo absoluto, a partir del XIX se transforma en algo esencialmente práctico. Por eso, en *El fin en el Derecho* Jhering sentenciará que el baremo de lo jurídico ya no tendría que ser la verdad, sino la corrección<sup>570</sup>. En lo que respecta a su teoría de los derechos, aunque aún se encuentra en un estadio previo, ya se sienten los palpitos de esta nueva orientación.

### ***b) Los deberes jurídicos: entre el Derecho, la política y la moral***

Antes de entrar del todo en la fase de *El fin en el Derecho*, es interesante identificar una importante etapa de transición, que se corresponde *grosso modo* con la celeberrima conferencia de *La lucha por el Derecho*. Este vigoroso opúsculo, del que se ha llegado a decir que es “la *Monna Lisa* de las monografías jurídicas”<sup>571</sup>, nos ofrece un nuevo punto de vista sobre los derechos subjetivos; un punto de vista que, además, ha contribuido a convertirla en una de las piezas jurídicas más leídas de la historia. Es difícil sintetizar qué virtudes son las que han hecho que esta obra alcanzase una resonancia tan grande como la que pudimos ver en el repaso histórico-geográfico de la recepción de Jhering. No obstante, haciendo un esfuerzo de concisión, podría decirse que el éxito se debe a que planteó un modelo de relación muy afortunado entre Derecho, política y moral, en el que los tres planos se hallaban perfectamente interconectados.

Desde el punto de vista de los derechos, este nuevo modelo provocó un cambio del foco de atención: a partir de entonces, Jhering empezó a considerar con más interés lo que tradicionalmente solemos entender como el correlato de los derechos, los deberes<sup>572</sup>. Como ya se ha dicho en alguna ocasión, los condicionamientos ideológicos de *La lucha*

---

<sup>570</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 340-348. Curiosamente, la distinción entre corrección y verdad fue utilizada mucho más tarde por el realista escandinavo Karl Olivecrona, aunque sin apoyarse en Jhering y refiriéndose a un aspecto más parcial del macro-fenómeno que estaba abarcando el aserto de nuestro autor: el de los enunciados normativos. Vid. OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., pp. 246-253.

<sup>571</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “Si ha muerto Jhering, vive en sus obras. Apostillas a un centenario”, *Seminarios complutenses de Derecho romano*, IV, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, Madrid, 1992, p. 25.

<sup>572</sup> Sobre el concepto de deber jurídico vid. ASÍS, Rafael de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 86 y ss.

*por el Derecho* son más claros que en ninguna otra parte de su obra. Se trata de una conferencia que pronunció al abandonar la Universidad de Viena, y que escribió bajo la fuerte impresión que le causó la reciente victoria de Prusia ante Francia, una contienda que sentó las bases definitivas para la unidad alemana. De ahí se deriva el tono bélico de muchas de sus páginas y, por lo que ahora nos afecta, su replanteamiento de la cuestión de los derechos. En un contexto como el que atravesaba Alemania, sacudida por guerras desde hacía casi dos décadas, necesitada de forjar su identidad nacional e impregnada de política por todos sus poros, la problemática de los derechos ya no podía abordarse de la misma manera. Y es que, pese a que en el último tomo del *Espíritu* ya se había dado un cierto tránsito hacia la esfera del Derecho público, la concepción de los derechos seguía marcada por el cincel del Derecho patrimonial: los referentes que Jhering tenía en mente eran obligaciones, testamentos, contratos, etcétera.

En *La lucha por el Derecho*, la reflexión cobra un vuelo mucho más elevado, y los derechos pasan a ser una dimensión sustancial de la vida pública y de la vida moral, en un todo imbricado del que resulta difícil extraer las diferentes vertientes de su enfoque. Para empezar, aunque traduzcamos el título con la expresión Derecho en mayúscula, se trata de una toma de partido que no aparece en la versión alemana. Precisamente, el mayor activo de esta obra reside en que nuestro autor jugó con los dos significados de Derecho, hasta el punto de que no siempre queda claro de qué lucha se trata, si de una lucha por los derechos individuales o de una lucha por el Derecho objetivo. Desde luego, es una ambigüedad deliberada, porque el mensaje central del opúsculo es que existe una solidaridad intrínseca entre los derechos subjetivos y el entramado jurídico del Estado. Es decir, que la defensa proactiva de los derechos individuales es condición *sine qua non* de la salud de toda la comunidad política.

Como vimos en el capítulo sobre la recepción de Jhering, *La lucha por el Derecho* ha alcanzado una justa dimensión política entre quienes se han dedicado a escribir sobre sus páginas. La lectura de Leopoldo Alas (“Clarín”) en la España de la Restauración, la de Benedetto Croce en la Italia del fascismo, la de Andreas Cervin en la Suecia acosada por el nacionalsocialismo... Todos estos autores, y muchos otros que ya vimos en su momento, acertaron al ver en esta obra una pieza filosófico-política, que iba mucho más allá del Derecho y que también podía leerse en clave ética. Muchas de aquellas exégesis pecaron por una incardinación demasiado coyuntural del contenido de la obra, con el resultado de que fue leída desde las perspectivas más dispares. Clarín, por ejemplo, la utilizó para censurar la tibieza del partido liberal y las falacias del posibilismo, es decir,

la tendencia política que sacrificaba los ideales en aras de conquistas parciales<sup>573</sup>. Croce, en cambio, empleó el mensaje de Jhering en el contexto del fascismo italiano, con la finalidad de criticar veladamente al régimen y de hacer un llamamiento a la salvaguarda del orden jurídico internacional<sup>574</sup>. Y Abad de Santillán, por poner un último ejemplo, interpretó la obra desde premisas anarquistas y en el marco de la guerra fría, con lo que ofreció una lectura individualista y –qué paradoja respecto a la inspiración de Jhering– en clave de lucha contra la carrera de armamentos<sup>575</sup>.

Pese a la excentricidad de algunas de estas interpretaciones, la relevancia de estos tres autores es que todos provienen de fuera del mundo del Derecho. En este sentido, es especialmente revelador que hayan vislumbrado la existencia de un mensaje político en el texto. En la historia más reciente, también se han seguido apuntando lecturas políticas de esta obra. Una de ellas, la de Felix Ermacora, propuso extender la lucha por el Derecho a las reivindicaciones de autodeterminación de los pueblos, en una exégesis que se acopla con cierta dificultad a los lineamientos ofrecidos por Jhering<sup>576</sup>. Otra de ellas, mucho más plausible que esta última, ha sido propuesta por Javier Muguerza, quien ha señalado la posibilidad de leer *La lucha por el Derecho* en términos de lucha por los derechos humanos<sup>577</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que todos se han apercibido de las potencialidades político-morales de este opúsculo.

A efectos de esta investigación, lo que interesa recalcar es esa concurrencia bien engranada de las dimensiones jurídicas, políticas y morales. Clarín nos llamaba la atención sobre los imperativos políticos de la lucha por el Derecho, Croce sobre las exigencias éticas colectivas que ésta nos impone, mientras que Santillán lo hacía desde el enfoque de la moralidad individual; Ermacora lanzaba un cabo hasta el Derecho internacional y Muguerza hasta un fenómeno tan relevante hoy en día como el de los derechos humanos. En definitiva, parece que todas estas lecturas nadaban a caballo entre los tres reinos mencionados: el Derecho, la política y la moral. ¿Cómo se explica esto en relación con el pensamiento de Jhering, con su contexto vital y con el objeto de

---

<sup>573</sup> Vid. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *El pensamiento de Leopoldo Alas "Clarín"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 245-283. El posibilismo era la postura encarnada por Emilio Castelar, gran orador y político liberal, que había sido uno de los cuatro presidentes de la I República española.

<sup>574</sup> CROCE, Benedetto, "Avvertenza" a JHERING, Rudolf von, *La lotta per il diritto*, 3ª ed., trad. de Raffaele Mariano, introd. de Pietro Piovani, Laterza, Bari, 1960, p. 33-35.

<sup>575</sup> ABAD DE SANTILLÁN, Diego, "Prólogo" a JHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. y pról. de Diego Abad de Santillán, Cajica, México-Lima-Buenos Aires, 1957.

<sup>576</sup> Vid. ERMACORA, Felix, "Vorrede" a JHERING, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht*, hrsg. von Felix Ermacora, Propyläen Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1992, pp. 9-10.

<sup>577</sup> MUGUERZA, Javier, "La lucha por los derechos (Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal)", en *Revista internacional de filosofía política*, nº 15, julio 2000, pp. 43-59.

esta tesis? ¿Cuál de todas las interpretaciones merece mayor crédito? ¿Cuál ha de ser descartada como espuria? Pues bien, lejos de quedarnos con una de ellas en particular, conviene hacerse cargo de la complejidad del texto y de sus numerosas posibilidades. Por lo que se refiere a la interpenetración de las tres esferas mencionadas, debería entenderse en el marco del proceso de transformación que sufre el pensamiento de Jhering desde mediados de los años sesenta.

Para empezar, desde un punto de vista filosófico, Jhering ya está intentando buscar alternativas al formalismo jurídico, de donde se deriva el afán por huir del aislamiento tradicional de la ciencia jurídica y pegar un salto a la ética o la política<sup>578</sup>. En segundo lugar, desde un punto de vista ideológico, se encuentra en la cúspide de su admiración a Bismarck y escribe enfervorizado por sentimientos nacionalistas-estatalistas, de donde se derivan todas las alusiones patrióticas y las exhortaciones a trabajar en la forja común del Estado: “La fuerza de un pueblo equivale a la fuerza de su sentimiento jurídico: cuidar el sentimiento jurídico nacional es como cuidar la salud y la fuerza del Estado. Pero este cuidado no es, desde luego, algo doctrinario –escuela y enseñanza–, sino que consiste en la introducción práctica de los principios de justicia en todas las relaciones vitales. Estabilidad, claridad y precisión del Derecho material, eliminación, en todas las esferas del Derecho, de las normas que obstaculicen un sano sentimiento jurídico, no sólo en el Derecho privado, sino también en la policía, la administración o la legislación financiera; independencia de los tribunales, la mayor efectividad posible de las órdenes procesales: este es un camino más seguro para la elevación de la fuerza del Estado, que el mayor aumento del presupuesto militar”<sup>579</sup>.

En esta y en muchas otras frases, se percibe con claridad el sustrato político-social desde el que escribía Jhering. Aunque en la lectura de Santillán, o en la de algunos krausistas, la lucha por el Derecho se acababa convirtiendo en una lucha por la justicia, nuestro autor no estaba pensando sino en el Estado alemán y el nuevo Derecho con el que éste se debía pertrechar. En este sentido, su lucha es una pugna por el Derecho en

---

<sup>578</sup> Vid. MIQUEL, Joan, “La autonomía del derecho”, en *Anuario de Derecho civil*, 2004, vol. 57, n.º 4, pp. 1413-1428.

<sup>579</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 77-78. La referencia al presupuesto militar se inserta en una dura polémica de la segunda mitad de siglo. Bismarck deseaba un fuerte aumento de dicho presupuesto y para ello cosechó el apoyo de un sector de los liberales, lo cual motivó su escisión: por un lado se creó el partido liberal-nacional y por otro el partido del progreso. Pese al acendrado bismarckismo de Jhering, y pese a su júbilo por la reciente victoria militar, en esto se decantó por posiciones moderadas. Vid. MEHRING, Franz, “Introducción histórica”, cit., pp. 20 ss.; SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del Derecho público*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 49-90; NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800-1866*, cit., pp. 715 y ss. Según Winkler, a partir de 1871 el presupuesto militar rondaba los cuatro quintos del total (WINKLER, Heinrich August, *Geschichte des Westens*, cit., p. 834).

sentido literal, por la salud y el vigor del entero ordenamiento jurídico. La novedad del enfoque reside en que la construcción del Estado aparece como un trabajo colectivo, como un fruto que se conquista desde la misma base, y que sólo se alcanza mediante un cuidado activo por parte de todos los estratos, desde las instituciones públicas hasta el más anónimo de los ciudadanos. De ahí que Jhering nos hable, en muchas ocasiones, de un “trabajo nacional”, una “tarea nacional”<sup>580</sup>, o un “sentimiento jurídico nacional”<sup>581</sup>. Y de ahí que, en la misma línea, Jhering otorgase la misión de salvaguardar el Derecho a toda la ciudadanía: “el Derecho y la justicia de un país no pueden progresar bajo la presunción de que el juez vaya a estar en su sillón siempre alerta, o de que la policía vaya a enviar a sus secuaces, sino que cada cual debe poner algo de su parte; cada uno tiene la misión y la obligación de arrancar la cabeza a la hidra de la arbitrariedad y la anarquía, allá donde ésta se eleve”<sup>582</sup>.

Aquí es donde radica lo novedoso del planteamiento jheringiano con respecto a los derechos. Y es que, como anunciábamos en el epígrafe, los derechos dejaban de ser algo disponible en manos del beneficiario, para convertirse en un auténtico deber. Es verdad que con el concepto de interés ya se relativizaba la libre disposición a la que conducían las teorías de la voluntad, pero en *La lucha por el Derecho* se profundiza más en esta idea. A partir de ahora, el ejercicio de los derechos se concebirá como un deber hacia la sociedad<sup>583</sup>: “mientras que la realización del Derecho público y el penal está transferida a los órganos de la autoridad estatal, y se asegura en la forma de un *deber*, la realización del Derecho privado se delega por completo a la libre iniciativa y la autonomía de las personas privadas, en la forma de un *derecho*. Ahora bien, al igual que, en el primer caso, la realización del Derecho depende de que las autoridades y los funcionarios del Estado cumplan con su deber, en el segundo caso depende de que las personas privadas hagan valer su derecho [...]. La realidad, la fuerza práctica de las normas del Derecho privado se plasma en los derechos concretos; y si por un lado éstos cobran vida gracias a la ley, por otro lado se la devuelven; es como la circulación de la sangre, que fluye desde el corazón hasta el corazón”<sup>584</sup>.

En resumidas cuentas, se trata de una concepción de los derechos como deberes, que va mucho más allá de consideraciones jurídicas y penetra de lleno en el campo de la

---

<sup>580</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 54 y 57.

<sup>581</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 70, 71, 75 y 90.

<sup>582</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 57. Traducimos con anarquía el vocablo original *Gesetzlosigkeit*, que literalmente significaría “ausencia de ley”.

<sup>583</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 51-71.

<sup>584</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 52-53. Las cursivas son del propio Jhering.

ética y la política. Para Jhering, el ejercicio de los derechos comportaba consecuencias morales muy fuertes, que a su vez revertían en la buena salud del Estado, como si se tratara de un triángulo en el que cada lado se apoya forzosamente en el contiguo. Por un lado, la defensa de los derechos era un deber moral que incumbía de forma directa al individuo: Jhering concebía los derechos como si fueran prótesis, prolongaciones de la persona que han de protegerse como se protege la integridad corporal. Así pues, por utilizar sus palabras, “el derecho es la condición existencial moral de la persona, y la afirmación del derecho equivale a su autoconservación moral”<sup>585</sup>. De aquí se derivan las frecuentes alusiones al sentimiento jurídico, un concepto con mucha solera en la cultura jurídica alemana, que en Jhering venía a aludir al fundamento psicológico-afectivo del Derecho<sup>586</sup>: si los derechos no son sino partes de la persona, algo así como secciones del mismo cuerpo, su defensa se transforma en un asunto de carácter, es decir, de ética en el sentido etimológico del vocablo, de *ethos*<sup>587</sup>.

Fue a partir de esta idea como Abad de Santillán pudo extraer una lectura libertaria del opúsculo de Jhering. En el autor español, la lucha por el Derecho se convertía en una batalla individual, de tipo sentimental e íntimamente moral, en la que el sujeto pugnaba por el ideal ético de la libertad. Al igual que Henry Thoreau en su *De la desobediencia civil*, o Étienne de la Boétie en su *Discurso de la servidumbre voluntaria* –ambas son comparaciones del propio Santillán– el sujeto de Jhering lucha por abrirse camino frente a las imposiciones del poder, como si entablase una pelea por el mantenimiento de la integridad moral<sup>588</sup>. El error de esta exégesis estriba en que sólo se queda con uno de los polos de la reflexión. Y es que, en el alemán, la lucha por el Derecho no sólo acarrea consecuencias morales de carácter individual, sino que contribuía a la salud de la entera comunidad política. Por un lado, la lucha por el Derecho era una *virtud moral*, pero, por

---

<sup>585</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 47.

<sup>586</sup> Sobre el difícil concepto de sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*) en el pensamiento del segundo Jhering vid. BEHRENDTS, Okko, “Das Rechtsgefühl in der historisch-kritischen Theorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jherings zweitem Wiener Vortrag”, en JHERING, Rudolf von, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch*, Jovene, Napoli, 1986, pp. 55-184; sobre el sentimiento jurídico en general, desde la visión de finales del siglo XIX, vid. el texto clásico de RÜMELIN, Gustav, “Über das Rechtsgefühl” [1871], en AA. VV., *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. von Erik Wolf, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1948, pp. 360-377; sobre el sentimiento jurídico en el *Michael Kohlhaas* de Heinrich von Kleist –que también fue utilizado por Jhering como motivo literario para ilustrar su pensamiento–, vid. RÜCKERT, Joachim, “«...Der Welt in der Pflicht verfallen...» Kleists «Kohlhaas» als moral- und rechtsphilosophische Stellungnahme”, en AA. VV., *Kleist-Jahrbuch 1988/89*, im Auftrage des Vorstandes der Heinrich-von-Kleist-Gesellschaft hrsg. von Hans Joachim Kreutzer, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1989.

<sup>587</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 43-51.

<sup>588</sup> Vid. ABAD DE SANTILLÁN, Diego, “Prólogo a *La lucha por el Derecho*”, cit., p. 11.

encima de todo, se trataba de una *virtud cívica* indispensable para apuntalar la estructura y el funcionamiento del Estado desde sus cimientos: “lo que se ha sembrado y trabajado para la nación en el Derecho privado, aportará sus frutos en el Derecho público y en el de gentes. En los bajos fondos del Derecho privado, en las pequeñas y las pequeñísimas relaciones de la vida es donde, gota a gota, debe forjarse y acumularse esa fuerza, donde debe acopiarse ese capital de energía moral que necesita el Estado para poder operar en grandes ámbitos. El Derecho privado, y no el Derecho público, es la verdadera escuela del desarrollo político de un pueblo”<sup>589</sup>.

Así pues, *La lucha por el Derecho* era mucho más de lo que podría parecer con una mera enunciación del título. Se trataba de un imperativo ético y político a la vez, que discurría desde la base del sistema –la reivindicación de los derechos subjetivos– hasta la cúspide del mismo, con el apuntalamiento del Estado y el mantenimiento de la salud de la comunidad política. En este sentido, pese a partir del Derecho privado, la reflexión cobraba altura y enlazaba con los asuntos que preocupaban políticamente a la Alemania recién formada. Así vista, la cuestión de los derechos se transformaba al menos en tres sentidos: 1) en primer lugar, los *derechos* pasaron a entenderse como *deberes* hacia la comunidad, como resortes de obligado cumplimiento para forjar el nuevo ordenamiento jurídico que debía pergeñarse en los territorios del antiguo Sacro Imperio; 2) en segundo lugar, los derechos empezaron a verse como una pieza esencial del *Derecho objetivo*, derivada de éste, pero a la vez imprescindible para su estabilidad; 3) y en tercer lugar, la clásica virtud cívica de la obediencia al Derecho<sup>590</sup> se diluyó en pro de la más concreta virtud de la *obediencia a los derechos*.

Con todo ello, como se verá en el siguiente epígrafe, se recorría el camino desde lo privado hasta lo público y se penetraba en las regiones de la política y la moral social. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, *La lucha por el Derecho* también fue clave. Es verdad que, en general, se suele considerar como una obra crítica con el culto reverencial a la ley, mordaz e irónica con el formalismo, y llamada a servir de emblema para cualquier crítico del positivismo que se precie<sup>591</sup>. No obstante, esta suele ser una lectura marcada por parámetros que poco tienen que ver con las ideas que Jhering tenía en mente, como les ocurrió a los krausistas españoles que quisieron ver en ella un punto

---

<sup>589</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 73.

<sup>590</sup> Vid. DÍAZ, Elías, “Respeto a la ley”, en AA. VV., *Democracia y virtudes cívicas*, ed. por Pedro Cerezo Galán, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 229-255.

<sup>591</sup> Vid. por ejemplo POSADA, Adolfo G., “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. y pról. de Adolfo G. Posada, La España Moderna, Madrid, s. f., pp. 5-15.



de encuentro con el pensamiento de un iusnaturalista como Krause. En realidad, la lucha por el Derecho jheringiano no buscaba sino defender el valor de la legalidad, la radical importancia de la estabilidad del ordenamiento y el papel del Derecho procesal como cauce para solventar las violaciones que pudieran producirse. En definitiva, valores que sólo encuentran la razón de ser en una mentalidad fuertemente impregnada por el bagaje ideológico del paradigma iuspositivista.

Los dos ejemplos literarios que manejó para ilustrar estas convicciones son muy reveladores. Por un lado está la figura de Shylock, el comerciante judío de *El mercader de Venecia*, que pretendía llevar a cabo las prescripciones de un contrato marcadamente injusto: “yo encarno aquí la ley”<sup>592</sup>, es el grito desgarrado que profirió ante el acoso de quienes querían desmentir la eficacia de su pagaré. Ante este trágico personaje, del que tantas veces se ha ocupado la literatura jurídica<sup>593</sup>, Jhering tomó un claro partido por el judío, distanciándose así del punto de vista shakesperiano y del canon interpretativo más ortodoxo. Las razones de esta opción no son otras que las de un legalista moderado, consciente de la importancia de la seguridad jurídica y sabedor del peligro que conlleva incumplir las prescripciones legales previamente estipuladas: ¿qué valor tienen las leyes de Venecia, argumentaba Shylock ante el Dux de la ciudad, si es incapaz de acatar sus propias normas?<sup>594</sup> ¿Qué valor tiene el Derecho de un Estado, podría decir Jhering al hilo de esta reflexión, si no se construye con constancia y eventuales sacrificios desde las humildes regiones del Derecho privado?

El otro mito literario del que se sirve Jhering es el de Michael Kohlhaas, el heroico personaje de von Kleist, que puso en jaque a todo el Sacro Imperio al no ver satisfecha su pretensión de justicia<sup>595</sup>. Aparentemente, se trata de un caso contradictorio respecto al anterior, puesto que Kohlhaas se rebeló ante las sucesivas sentencias desestimatorias recibidas y reclutó a un ejército de bandoleros para luchar por su derecho. No obstante, y a pesar de esta primera impresión, Kohlhaas no hizo sino defender el derecho que le

---

<sup>592</sup> SHAKESPEARE, William, *El mercader de Venecia*, trad. de trad. de Vicente Molina Foix, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 189.

<sup>593</sup> Vid. TALAVERA, Pedro, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, pról. de Adela Cortina, Comares, Granada, 2006, pp. 131-162; MAGRIS, Claudio, *Literatura y derecho. Ante la ley*, pról. de Fernando Savater, trad. de María Teresa Meneses, Sextopiso, Madrid, 2008, pp. 81 y ss; KOHLER, Josef, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Druck & Verlag der Stahelschen Universitäts Buch- & Kunsthandlung, Würzburg, 1883, pp. 7 y ss.

<sup>594</sup> Vid. SHAKESPEARE, William, *El mercader de Venecia*, cit., p. 185: “esa libra de carne que exijo de él / la compré cara. Es mía, y la tendré / Si me la denegáis, maldigo vuestra ley: / El poder de Venecia no tiene fuerza / Espero la sentencia. Responded: ¿la tendré?”.

<sup>595</sup> Vid. KLEIST, Heinrich von, *Michael Kohlhaas*, presentación de Eustaquio Barjau, trad. de Javier Orduña, Nórdica Libros, 2006. Kohlhaas luchaba por el resarcimiento que le debían los guardianes de un puesto fronterizo, que le habían confiscado provisionalmente su caballo, para después dejarlo morir.

habían negado por culpa de un encadenamiento doloso de prevaricaciones, desde el juez de primera instancia hasta la misma autoridad imperial. El talante legalista que sigue latiendo en este otro ejemplo, y que Jhering utiliza con pleno conocimiento de causa<sup>596</sup>, queda perfectamente immortalizado en la escena final de la novela: Kohlhaas consiente en ser ajusticiado por todos los crímenes cometidos a lo largo de su rebelión, siempre y cuando le concedan el derecho que con tanto ahínco había reivindicado. A la postre, he aquí lo trágico de su triunfo, Kohlhaas vio satisfecha su legítima pretensión, pero al precio de morir por el mismo imperativo ético-jurídico que le había movido a realizar su hazaña: el celo en acatar el Derecho<sup>597</sup>.

#### 4.2. El problema del Derecho: entre Derecho, Estado y Sociedad

En el epígrafe anterior hemos visto el problema de los derechos subjetivos, desde la crítica de Jhering a las teorías de la voluntad, hasta el progresivo deslizamiento hacia la cuestión de los deberes. Una de las tendencias que se apuntaba en este proceso, y que ya arrancaban en el último volumen del *Espíritu del Derecho romano*, tenía que ver con la mayor atención que nuestro autor empezó a dirigir hacia el Derecho público. Por eso, en este último apartado del capítulo, queremos terminar de bosquejar el recorrido que le condujo desde los derechos hasta el Derecho. Si en el anterior tratábamos de analizar el problema de los derechos, de su definición y de su engarce en el sistema iusfilosófico de Jhering, ahora se trata de ver cómo el sistema se rompió por completo y nuestro autor dio entrada a preocupaciones éticas y políticas enmarcadas en la difícil tríada teórica de Derecho, Estado y Sociedad<sup>598</sup>.

Se trata de un proceso que llega a su culminación en *El fin en el Derecho*, una obra que Jhering empezó justo después del último tomo del *Espíritu*. Desde el punto de vista bio-bibliográfico, se trata de una renuncia definitiva a esta obra, en la que había venido trabajando desde casi el mismo comienzo de su carrera académica<sup>599</sup>. Desde el punto de vista filosófico, estamos ante el inicio de una orientación que muchos criticarán por su excesivo atrevimiento: al penetrar en temas de carácter estrictamente filosófico, Jhering habría caído sin remedio en el diletantismo. Y desde del punto de vista ideológico, que

---

<sup>596</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 66 y ss.

<sup>597</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, “«...Der Welt in der Pflicht verfallen...» Kleists «Kohlhaas» als moral- und rechtsphilosophische Stellungnahme”, cit., pp. 382-400.

<sup>598</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, “Estado, poder y gobierno”, en ID., *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 68 y ss, 127 y ss.

<sup>599</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 75-81.

es el que aquí nos compete, en esta fase se produce un alineamiento más que notable con el nuevo rumbo que estaba tomando la política nacional: no es ni mucho menos casual que, al mismo tiempo que Bismarck preconizaba un Estado fuerte, con unas políticas sociales dirigidas desde arriba, Jhering desarrollara su doctrina estatalista del Derecho –en la teoría de las fuentes y en la teoría de la norma– o tomase partido por las políticas sociales conducidas por el Estado.

Para exponer estas últimas consideraciones, dividiremos el epígrafe en tres partes. En primer lugar, terminaremos de apuntalar algunas ideas sobre cómo Jhering transitó desde el problema de los derechos (subjetivos) al Derecho (objetivo). Veremos las fases del proceso y la significación que debemos otorgarle, porque se trata de algo esencial en relación con la decantación del paradigma positivista (§a). En segundo lugar, veremos la preocupación por el Estado y las manifestaciones que éste adoptó en dicha evolución intelectual. Es verdad que el Estado siempre había tenido un gran peso en el imaginario jheringiano, pero es a partir de los setenta cuando cobrará verdadero protagonismo (§b). En tercer lugar, veremos hasta qué punto podría hablarse de Estado de Derecho y de Estado social en la construcción iusfilosófica de Jhering, aunque la segunda expresión no aparezca como tal en su vocabulario (§c).

#### ***a) De los derechos al Derecho: hacia el Derecho público***

Como acabamos de ver, la idea del interés jurídicamente protegido ya se internaba en las regiones del Derecho objetivo: aunque de manera insensible, el interés conducía hasta el Estado, que era el encargado de dictaminar la legitimidad de los intereses que merecen protección a través de derechos subjetivos. Sin embargo, Jhering todavía tendía a concentrarse en el mundo del Derecho privado: discutía sobre el valor del concepto de persona jurídica y su posible adecuación a la noción de interés, examinaba las formas en que podría traducirse la idea de interés en relación con la posesión, etc<sup>600</sup>. En resumen, para el Jhering de 1865 –año de aparición del tercer volumen del *Espíritu*– los derechos seguían estando circunscritos a las pretensiones típicas del Derecho privado romano<sup>601</sup>: acciones reivindicatorias, acciones publicianas, etcétera.

No obstante, en una entrega posterior de esta obra, el autor alemán reconsiderará su posición. Tardará más de veinte años en reconocer la existencia de derechos también en

---

<sup>600</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 355-358 y 365-368.

<sup>601</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Pandektenvorlesung nach Puchta*, cit., pp. 441 y ss.

el Derecho público, pues no es hasta 1888 –la cuarta edición– cuando por fin corrige la restricción de su enfoque al Derecho privado. He aquí sus palabras: “me veo obligado a rectificar una opinión que he sostenido en las anteriores ediciones. Decía así: lo mismo que con la ley citada [la ley arancelaria] ocurre con las leyes administrativas y penales; nos protegen, pero no en forma de derecho. Esta afirmación sería correcta si el derecho en sentido subjetivo estuviera vinculado a la existencia de una acción procesal privada a disposición del legitimado, y orientada a afirmar dicho derecho, exactamente igual que con todos los derechos del Derecho privado. Pero resulta que también existen derechos públicos, que sin duda están concebidos como tales por el legislador y que como tales se conocen en el idioma. La Constitución reconoce un derecho de sucesión al heredero del trono, la ley electoral reconoce un derecho de voto a los electores, aunque la realización del mismo no tenga lugar a través de una demanda”<sup>602</sup>.

Después de esta rectificación, sobre la que enseguida ahondaremos, Jhering vuelve al discurso anterior y se concentra en las formas de protección de los derechos típicos del ámbito privado. Sin embargo, es interesante advertir el cambio que se ha producido en su concepto de los derechos, y que marca una cesura fundamental entre dos épocas de desarrollo del Derecho. En primer lugar, y prescindiendo de momento del significado de la evolución intelectual de Jhering, este cambio de perspectiva revela una mutación general de la cultura jurídica. Nos referimos al hecho de que, a partir de finales del XIX y principios del XX, los derechos en sentido subjetivo comenzarán a penetrar también en la esfera del Derecho público, un campo que hasta entonces les había estado vetado y que pronto se convertirá en uno de los terrenos más fructíferos para su evolución: el Derecho de los derechos fundamentales.

El primer gran intento de trazar una teoría de los derechos público-subjetivos no tendrá lugar hasta 1892, con la clásica obra de Georg Jellinek, *Sistema de los derechos público-subjetivos*<sup>603</sup>. Se trata de una contribución esencial en la historia de los derechos fundamentales, puesto que con ella el austriaco intentó reformular las antiguas doctrinas de los derechos naturales en clave positivista. Aunque el concepto de derecho público-

---

<sup>602</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 352. Para el cotejo de ediciones se ha utilizado la entrega de 1877, Breitkopf und Härtel, Leipzig, pp. 338-340.

<sup>603</sup> JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr, Freiburg, 1892; vid. al respecto ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 247-266. Además de dedicarle todo un capítulo, Alexy vio en Jellinek “el ejemplo más grandioso de una teorización analítica de los derechos fundamentales”. Vid. también LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, “Georg Jellinek: apuntes biográficos e intelectuales”, en AA. VV., *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 1 (Entre la ética, la política y el Derecho), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 811-831, especialmente pp. 765-766 y 794-795.

subjetivo adolezca de un carácter demasiado técnico<sup>604</sup>, y aunque la tipología de Jellinek haya quedado algo obsoleta<sup>605</sup>, no hay más remedio que reconocer la gran relevancia que tuvo su proyecto. En el complejo camino que condujo desde los derechos naturales hasta los derechos fundamentales, la citada obra de Jellinek ocupa un puesto medular: si la doctrina alemana de los derechos subjetivos, desde Windscheid hasta Jhering, había intentado traducir los esquemas iusnaturalistas a un lenguaje positivista más acorde con los tiempos, Jellinek logró trasladar la reflexión al ámbito público, donde empezaría a adquirir un extraordinario protagonismo.

Desde el punto de vista de la teoría de los derechos, la de Jellinek se quiso situar a medio camino entre las doctrinas de la voluntad y las del interés, en un eclecticismo que caracteriza casi toda su obra y que constituye su virtud y su defecto al mismo tiempo<sup>606</sup>. Por un lado, nos decía Jellinek, tiene razón Jhering al reprochar a las doctrinas de la voluntad una cierta ligereza, ya que no todo puede relegarse al deseo coyuntural de los particulares. Pero por otro lado, continuaba, es inevitable la existencia de una voluntad tras los bienes e intereses que merecen protección a través de derechos<sup>607</sup>. Al igual que ya pudimos ver con Jhering o con Windscheid, Kelsen criticó en profundidad estas ideas, sólo que esta vez por partida doble: si los anteriores habían incurrido en errores de concepto –pero incluyendo a la vez algún acierto– a Jellinek se le debían achacar las debilidades de uno y otro<sup>608</sup>. Y sin embargo, pese a las críticas y a la fría relación que mantuvieron entre sí los dos austriacos, Kelsen nunca tuvo reparos en reconocer la gran influencia que había recibido de su predecesor<sup>609</sup>.

Por lo que a nosotros respecta, interesa destacar el proceso que condujo desde Jhering hasta Kelsen, y que en Jellinek encontró un enlace fundamental<sup>610</sup>. Recordemos que el gran obstáculo con el que se había topado nuestro autor, en el último volumen del *Espíritu del Derecho romano*, fue el de diferenciar los derechos subjetivos en sentido estricto de las meras políticas públicas que protegían determinados intereses de manera colateral. Esta última posibilidad, que movió a Jhering a teorizar la noción de “efecto

---

<sup>604</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 27-29.

<sup>605</sup> Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Derechos fundamentales y poder democrático”, en ID., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 56-63; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 35-36.

<sup>606</sup> STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II, cit., pp. 450-455.

<sup>607</sup> JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., pp. 46-56.

<sup>608</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 616-618.

<sup>609</sup> LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, “Georg Jellinek: apuntes biográficos e intelectuales”, cit., p. 783; vid. también SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del Derecho público*, cit., p. 200.

<sup>610</sup> Vid. NOGUEIRA DIAS, Gabriel, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältniss beider im Werke Hans Kelsens*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 82-99.

reflejo”, es la que dispensa el Estado de forma indirecta, cuando regula algún fenómeno del que se derivan ventajas para un determinado colectivo<sup>611</sup>. En este punto de fricción, donde la noción de derecho subjetivo se rozaba con la de política pública, donde los derechos absolutos y exclusivos se difuminaban en el magma de intereses cruzados que supone la actividad de la Administración, es en el que arranca la teoría de Jellinek. Y es que lo que se propuso, en cierto modo, fue desarrollar y dar respuesta a los interrogantes que dejaba abiertos la teoría jheringiana<sup>612</sup>.

El criterio que había dado Jhering para diferenciar ambas situaciones era el de lo individual y lo colectivo: sólo si se produce un beneficio o un daño individual, puede hablarse de un derecho genuino (por ejemplo, el derecho del arrendador a exigir el pago de la renta). En cambio, si una actividad pública genera beneficios o daños colectivos indirectos (por ejemplo, el trazado de una nueva carretera que perjudica a la hostelería situada en la antigua ruta), sólo podrá hablarse de un “efecto reflejo” que no atribuye derechos al beneficiado o al perjudicado<sup>613</sup>. Aunque no entremos ahora en un problema tan delicado para el Derecho administrativo, sí nos conviene recalcar las concomitancias de la teoría de Jhering con la política. Y es que, por mucho que se esforzara en hallar un criterio diferenciador, la noción de interés había sembrado el camino para que empezara a diluirse la frontera entre los derechos y el Derecho: ¿no será que, al final, los derechos son sólo manifestaciones del Derecho? ¿No será que aquellos derechos naturales, otrora coronados por una aureola de inmutabilidad y sacralidad, son atribuciones contingentes de la política legislativa del Estado?

De algún modo, Jellinek intuyó este potencial corolario de la teoría de Jhering, y se afanó en buscar un criterio de diferenciación más sólido, algo que permitiera distinguir los derechos privados de los públicos y que, además, deslindara a ambos de lo que sólo son políticas públicas. Los alardes argumentativos que ofreció son una buena muestra de la sofisticación intelectual –rayana en la filigrana– que se empezaba a cultivar en la dogmática del Derecho público<sup>614</sup>, pero no parece que fueran suficientes para ahuyentar

---

<sup>611</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 351-355.

<sup>612</sup> Ya se ha dicho que la citada obra de Jellinek estaba dedicada a Jhering. Además de este significativo detalle, la relación entre ambos fue muy buena. Jellinek era amigo íntimo de Victor Ehrenberg, el futuro yerno de Jhering, y a través de él pudo tener contactos más o menos directos con nuestro autor, al que profesaba una honda admiración. Vid. KELLER, Christian (Hrsg.), *Victor Ehrenberg und Georg Jellinek. Briefwechsel 1872-1911*, cit., sobre todo pp. 51-68. Vid. también SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del Derecho público*, cit., pp. 182-188.

<sup>613</sup> JHERING, Rudolf von, “Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen” y “Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte”, ambos en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, X, 1871, pp. 245-354 y 387-586.

<sup>614</sup> Vid. JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., pp. 56-82.

el germen de la sospecha. Aunque en Jellinek los derechos no sufrieron un proceso de disolución total, como sucedería más tarde con el realismo jurídico –o con negaciones antiliberales como la de Larenz– lo cierto es que ya no gozaban del papel privilegiado de antaño<sup>615</sup>. En realidad, aunque nunca llegó a admitirlo, en la teoría de Jellinek ya se había consumado la subsunción de los derechos en el Derecho<sup>616</sup>. En este sentido es en el que sirvió de nexo fundamental entre Jhering y Kelsen: será este último, recogiendo el legado de su compatriota, quien señale sin ambages la subordinación de los derechos al Derecho, la radical dependencia entre éstos y las políticas legislativas del Estado<sup>617</sup>. He aquí cumplido un recorrido que iniciaba su andadura en el Jhering del *Espíritu*, y que había ido transitando desde los derechos subjetivos hasta el Derecho objetivo, desde el Derecho privado hasta el Derecho público y, en suma –por expresarlo en una fórmula axiomática– desde el Derecho a la política

Es difícil resumir la importancia que tuvo este proceso. Para empezar, se produjo un hito que hoy cuesta reconocer como tal y que, sin embargo, ha marcado dos épocas en la forma de comprender lo jurídico: la paulatina gestación del Derecho público. Es verdad que siempre se utilizaron normas jurídicas en el ejercicio del poder, y es verdad que siempre ha habido constituciones en sentido lato<sup>618</sup>. Sin embargo, en los orígenes de la cultura jurídica europea, o sea en el Derecho romano, ya se apuntó la pretensión de separar el Derecho de la política. Por un lado estaba el ámbito de lo jurídico, ese foro en el que se despachaban los tratos, los intercambios y las controversias entre particulares, y por otro lado estaba el mundo de las decisiones de relevancia pública, de las grandes orientaciones que afectaban a toda la colectividad. Mientras que el primero estaba sujeto a las normas del *ius*, el segundo quedaba fuera de la reglamentación jurídica, pues no se percibía como algo susceptible de entrar en el poco ambicioso reino del Derecho. Y así, al igual que los jurisconsultos romanos quisieron aislarse de la religión, de la moral o los usos sociales, se aislaron también de la política.

El fenómeno del aislamiento es una de las herencias más consistentes y duraderas del Derecho romano, una tendencia que ha quedado sellada en la mentalidad jurídica occidental y que se sigue palpando hoy en día. Como dijo el poeta Horacio, “esta fue la

---

<sup>615</sup> Vid. LATORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit, pp. 134-136.

<sup>616</sup> Vid. DE LOS RÍOS, Fernando, “Prólogo”, a JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, pról. y trad. de Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 46-47.

<sup>617</sup> Vid. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 130-150 y 284-288.

<sup>618</sup> Vid. FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999. En este conocido trabajo del historiador italiano, se distingue entre la Constitución de los antiguos (*politeía y res publica*), la medieval y la de los modernos (que sienta las bases del constitucionalismo actual). No obstante, ha de tenerse claro que se trata de diferentes paradigmas respecto al significado de Constitución.

sabiduría antaño: separar lo público de lo privado, lo sacro de lo profano, prohibir el sexo promiscuo, dar leyes a los matrimonios, pergeñar ciudades, inscribir leyes en leño<sup>619</sup>. Si prescindimos del asunto de la promiscuidad, en estos versos se refleja a la perfección el sentido del aislamiento: por un lado, la férrea demarcación entre el mundo de lo privado y el de la política y, por otro lado, entre lo civil y lo religioso. Además, de acuerdo con Horacio, uno de los méritos de la sabiduría romana fue “inscribir las leyes en leño”, es decir, la plasmación escrita y ritual de las leyes, la atribución de un dominio propio en donde éstas gozaban de prioridad absoluta, por muchos que fueran sus roces con otras esferas normativas.

En ese imperativo de la separación es donde reside la causa de que apareciera una casta especial de “sacerdotes”, los juristas, que se debían a las leyes y que se encargaban de manejarlas con arreglo a ese ritual del aislamiento<sup>620</sup>: las normas habrían de aplicarse con base en las reglas que el Derecho hubiese definido a tal efecto, y con independencia de consideraciones religiosas, políticas o morales. También aquí es donde residen las iras de Cicerón ante el mostrenco rigorismo de los jurisconsultos, que “se entretienen en cada una de las letras y en los puntos de separación de las palabras” y cuya ciencia “es de tan poca monta<sup>621</sup>. Pues bien, en esto que para Cicerón era un mundo de discusiones bizantinas, una confusa algarabía de querellas sin sentido, se encuentra la génesis del formalismo jurídico: pues éste, en efecto, no era sino una quintaesencia del aislamiento, un ideal teórico-práctico orientado a separar al Derecho de otras formas de regulación social, desde la religión hasta la moral.

Este es un punto de vista sobre la historia de Roma que arrancó en el Jhering del *Espíritu*, que fue rescatado por Fritz Schulz en el siglo XX, y que aún hoy se encuentra en apuestas iusfilosóficas como la de Barberis<sup>622</sup>. Lo que interesa a nuestros efectos, por retornar al punto donde iniciábamos esta digresión, es la desatención que había sufrido la política por parte del Derecho. A principios del siglo XIX, como bien ha señalado

---

<sup>619</sup> HORACIO, *Arte poética*, versos 396-399, en HORACIO, *Sátiras, Epístolas, Arte Poética*, 2ª ed. bilingüe de Horacio Silvestre, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 572-573.

<sup>620</sup> Téngase en cuenta que no todas las culturas jurídicas tienen cuerpos específicos de juristas. Así sucede en el Islam, donde es mejor hablar de *iusperitos*, o sea, teólogos especializados en los aspectos jurídicos del Corán. Vid. LOSANO, Mario G., “Las fuentes del Derecho islámico”, en AA. VV., *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, coord. por M<sup>a</sup> del Carmen Barranco, Óscar Celador y Félix Vacas, Dykinson, Madrid, 2010. Así sucede también en Corea, donde tradicionalmente no ha existido una casta diferenciada de juristas. Vid. CHOE, Byoung Jo, “Der Kampf ums Recht im traditionellen Korea. Die konfuzianische Ideologie und die Wirklichkeit”, en AA. VV., *Jhering Rechtsdenken*, cit., p. 50.

<sup>621</sup> CICERÓN, Marco Tulio, *En defensa de Lucio Murena*, cit., p. 421.

<sup>622</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-1, cit, pp. 19-62; SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, cit.; BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, cit., pp. 63-92; MIQUEL, Joan, “La autonomía del derecho”, en *Anuario de Derecho civil*, 2004, vol. 57, n<sup>o</sup>4, pp. 1413-1428.



Casanovas, esta tendencia aún permanecía en el ideario generalizado de los juristas<sup>623</sup>. Por eso, la aparición de una ciencia del Derecho público fue un fenómeno trascendental para la historia del Derecho europeo, un hito que desencadenó dos derivas importantes a efectos de esta investigación.

1) Desde el punto de vista ideológico, se sentaron las bases para la construcción del Estado de Derecho, puesto que la política empezó a ser un objeto de reglamentación jurídica. Así es como el aluvión de prerrogativas estatales heredado de las monarquías absolutas, que en la tradición alemana se denominaba *Polizei*, pasó a organizarse en un todo ordenado y formalizado que terminará constituyendo el Derecho administrativo<sup>624</sup>. Aunque en algunas de las primeras variantes de formalismo iuspublicista –como las de Gerber o Laband– esta tarea de racionalización sirvió a los intereses legitimistas de las monarquías restauradas<sup>625</sup>, a la larga se trataba de un proceso sin retorno: la paulatina sumisión de la política al Derecho, es decir, su progresiva domesticación en las reglas, los esquemas y los procedimientos jurídicos.

2) Desde el punto de vista iusfilosófico, el surgimiento del Derecho público marcó un punto álgido del formalismo, que pasaba así a inundar el dominio de la política<sup>626</sup>. A partir de entonces, también ésta quedaría sometida al tejemaneje de los juristas, que se internarían en las entretelas del Estado para darle una forma jurídica que no había tenido antes. No es casual que una cumbre del formalismo, Hans Kelsen, terminara disolviendo el dualismo entre Derecho y Estado: en su opinión, la consideración de ambos como esferas independientes era un residuo de las concepciones metafísicas de lo jurídico, un lastre que convenía expurgar para construir una verdadera teoría pura. No hay un Estado en sentido sociológico y otro en sentido jurídico, como pensaba Jellinek<sup>627</sup>, sino que la noción de Estado es esencialmente jurídica<sup>628</sup>.

Desde estas coordenadas es como podemos entender la deriva del último Jhering. Cuando hablamos de que el jurista alemán dio un salto a la esfera del Derecho público,

---

<sup>623</sup> CASANOVAS, Pompeu, “Introducción”, AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., p. 20.

<sup>624</sup> Vid. STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in deutschland*, II, cit., pp. 229-230; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo (I)*, 13ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 30-36. Téngase en cuenta que las doctrinas del Derecho público ilustradas habían ignorado a la Administración. En la separación de poderes de Montesquieu, por ejemplo, no estaba en absoluto tematizada. Sólo tras la revolución francesa se cobrará consciencia de la necesidad de buscarle un hueco en la arquitectura jurídica del Estado. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 28-31.

<sup>625</sup> Vid. OERTZEN, Peter von, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, cit., pp. 249 y ss.

<sup>626</sup> Vid. WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre...*, cit., pp. 129-152.

<sup>627</sup> JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., pp. 159 y ss.

<sup>628</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 288 y ss.

no nos referimos a que comenzase a trabajar en una ciencia del Derecho administrativo, sino a que tomó conciencia del proceso descrito: “el concepto del interés me obligó a tener en cuenta el de fin, y el derecho en sentido subjetivo me condujo al derecho en sentido objetivo; así fue como el objeto de investigación original se transformó en uno inigualablemente más amplio, que es el que informa este libro: *El fin en el Derecho*”<sup>629</sup>. Será en esta obra, en efecto, donde desarrolle la doctrina del Derecho como coacción, sus relaciones con el Estado y las formas que éste adopta respecto a la sociedad. Así pues, no se trataba de una obra de Derecho público, sino de filosofía política y jurídica, un experimento teórico en el que Jhering quiso acompañarse con la cadencia ideológica que estaba cobrando el último tercio del siglo.

Si tenemos en cuenta los dos puntos que se acaban de señalar acerca de la aparición del Derecho público, se entiende también la diferencia entre los dos tomos de *El fin en el Derecho*. Aunque ambos se enmarcan en la búsqueda socio-antropológica del “fin de las normas”, en el primero hay una larguísima discusión sobre el Estado, el Derecho y la norma jurídica. Y es que, al final, Jhering se encontró con la presencia implacable de la coacción: es ésta, junto con el egoísmo, el deber y el amor, la que explica el porqué del Derecho, su aparición y su funcionamiento. En este sentido, el primer tomo de la obra es acreedor de la mutación ideológica que se estaba propiciando: mientras se procedía a una racionalización del ropaje jurídico del Estado, a través del Derecho administrativo, Jhering hacía las veces desde la filosofía jurídica. El segundo volumen, sin embargo, se explica en el seno de la segunda consideración citada. Si el fenómeno de racionalización desencadenó una conversión formalista de la filosofía del Derecho –con su consiguiente anquilosamiento–, Jhering intentó derivar la reflexión hacia el fundamento social del Derecho y del Estado. Y así es como el segundo tomo, inacabado, se dedica a analizar un larguísimo elenco de instituciones sociales.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, en ambas derivadas se produjeron innovaciones fundamentales del paradigma. 1) La consideración cada vez más insistente del Estado, tanto desde el Derecho administrativo como desde la filosofía jurídica, sentó las bases para una orientación cardinal del iuspositivismo: el estatalismo. No en vano, ésta es una de las características que Bobbio asociaba al “positivismo teórico”<sup>630</sup>. Casi todos los rasgos de la filosofía jurídica que nos encontramos en el primer volumen de *El fin en el Derecho* se explican como ramas de ese tronco principal: la teoría imperativista

---

<sup>629</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. IV.

<sup>630</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 147-156 y ss.

de la norma, la teoría de los organismos públicos como destinatarios de la norma, etc. 2) La traslación de la reflexión a la sociedad, tal y como Jhering la propuso en el segundo volumen, sembraba el camino para otra de las direcciones más fecundas del paradigma, la del sociologismo<sup>631</sup>. Aunque nuestro autor nunca abdicó del papel preponderante del Estado en la creación de las normas jurídicas, se afanó por entender, analizar y describir el basamento social en el que éstas crecen. En este sentido, las dos partes de *El fin en el Derecho* se relacionan a través de la clásica dicotomía entre Estado y Sociedad, en un ejercicio dialéctico inevitablemente paradójico, que algunas veces ha dado pie a críticas e incomprensiones de todo género.

### ***b) Del Derecho al Estado: la tentación del Estado autoritario***

Es imposible hacer un análisis en profundidad de *El fin en el Derecho*. Se trata de una obra demasiado extensa y demasiado compleja como para intentar aprehenderla en unas pocas páginas. Desde el punto de vista bio-bibliográfico, supuso una culminación de su carrera –lo escribe a lo largo de los últimos veinte años de su vida– y una apertura de miras a nuevas orientaciones que le granjearían enemigos y fervorosos admiradores. Sobre todo en el segundo tomo, como ha escrito Losano, reconocemos a un Jhering más desinhibido que nunca, escribiendo sobre aspectos que se escapan de los clásicos temas de la literatura jurídica, e incluso un tanto descuidado de las obligaciones formales de la investigación académica: cita pormenorizada de las fuentes, etc<sup>632</sup>. Desde el punto de vista ideológico, en el que ahora nos centraremos, es en esta obra donde Jhering quiso rendir un mayor servicio a la ciencia jurídica realista que se había propuesto construir; una ciencia, además, que él estimaba en íntima complicidad con la *Realpolitik* que venía desarrollando el canciller Bismarck<sup>633</sup>.

La obra arranca con una disquisición de pretensiones metafísicas, aunque de vuelo teórico limitado, respecto a la noción de fin. En esta parte, Jhering diferencia entre las motivaciones de la acción humana y las de la naturaleza: mientras estas últimas se rigen por el principio de la causalidad, aquéllas lo hacen por el de la finalidad<sup>634</sup>. Se trata de una consideración algo banal, pero que en Jhering reviste una notable importancia. A su

---

<sup>631</sup> Vid. TREVES, Renato, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de Manuel Atienza, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 82 y ss.

<sup>632</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 84.

<sup>633</sup> JHERING, Rudolf von, “An den Fürsten Bismarck (15. September 1888)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 444.

<sup>634</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 1-24.

modo de ver, en esta ley de la finalidad residía el fundamento de la libertad humana. Se trata del mismo principio que le llevó a criticar la doctrina del espíritu del pueblo: al igual que el comportamiento humano se rige conforme a fines (de supervivencia, éticos, políticos, sociales), el Derecho se crea como respuesta a los fines de la sociedad donde se inserta, en función de sus intereses y necesidades. Lo que dirige el curso del Derecho no es algo incontrolable como el espíritu del pueblo –semejante a una fuerza natural–, sino que está orientado por fines sociales.

En opinión de Jhering, que siempre tuvo una sensibilidad especial para la reflexión a través del lenguaje, cometemos un error al explicar las acciones humanas en términos de causas: el deudor no paga *porque* sea deudor, sino *para* librarse de la deuda; una casa no se compra *porque* nos haga falta, sino *para* vivir en ella. Se trata de un intercambio de expresiones que quizá nos parezca algo trivial, pero para Jhering encerraba un grave error de concepto infiltrado en el lenguaje. A través de estas y otras formulaciones –y en el mundo del Derecho con una gran frecuencia–, terminamos haciendo pasar por causas lo que no son sino fines deliberados. Es decir, que terminamos disfrazando de necesidad la voluntad<sup>635</sup>. Ahora bien, lejos de caer en un voluntarismo de la arbitrariedad, como el que había criticado con su idea de interés, el alemán vinculaba a la voluntad con el fin: no existe la arbitrariedad desnuda, sino que toda voluntad está enderezada hacia un fin explicable, tanto en el Derecho como en la moral<sup>636</sup>.

Sobre este basamento se edifican las restantes secciones del libro. El planteamiento de fondo, que acabamos de insinuar, era demostrar la inevitable naturaleza pragmática del Derecho: toda institución jurídica, desde el Derecho civil hasta el penal, pasando por el político o el procesal, obedece a un fin práctico por el que fue creada. Sin embargo, no era un fin esencial o absoluto –en términos de *súmmum*<sup>637</sup>– lo que nuestro autor tenía en mente, sino que más bien pensaba en fines concretos y contingentes. Cada precepto y cada norma, por peregrina que nos parezca, nació por un objetivo práctico concreto, con la finalidad de satisfacer una necesidad tangible. Si al pasar el tiempo ésta decae, pero la norma permanece, será porque ha permutado su función; y si la norma desaparece pese a haberse desvanecido toda funcionalidad, ahí están instituciones como la *desuetudo*

---

<sup>635</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 13-18.

<sup>636</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 19.

<sup>637</sup> La noción de fin o finalidad, en términos filosóficos, es de las más complejas de la historia. El vocablo griego original, tal y como fue empleado por Aristóteles, es *telos*. Al traducirlo al latín, Cicerón utilizó las voces de *extremum* (en el sentido de límite o confin), *ultimum* (en el sentido de objetivo) y *summum* (en el sentido de término supremo). Prescindiendo por ahora de mayores matices, podría decirse que el sentido manejado por Jhering es el segundo: fin en el sentido de *ultimum*, de objetivo, meta o propósito. Vid. FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, tomo II, cit., pp. 1355-1358.

del Derecho romano: la pérdida de validez por falta de uso. Esta última precisión, que se reafirma en la última etapa de su trayectoria intelectual, Jhering ya la había desarrollado en el *Espíritu del Derecho romano*<sup>638</sup>.

Estamos aquí ante un iuspositivismo de la eficacia, coaligado con un planteamiento positivista en el sentido científico de la expresión: Derecho es lo que *efectivamente* se concibe y aplica como tal –nótese el espíritu empirista–, no un mero conjunto de normas dotadas de una pretendida validez formal, pero sin sustento en la praxis. Esta variante de positivismo, que en el siglo XX alcanzó un notable empuje con el realismo jurídico, hoy nos resulta un tanto paradójica, pero no puede entenderse de otra forma. Aunque ya en obras anteriores se apuntaron rasgos de esta evolución, en *El fin en el Derecho* se otorga una gran significación a la eficacia. De hecho, ésta podría ser una buena manera de leer los planteamientos de esta etapa de Jhering en un lenguaje contemporáneo. Al hablar de fin en el Derecho, en efecto, estaba aludiendo a dos aspectos diferentes: por un lado, el fin era el motivo que *explicaba* el nacimiento del Derecho (sentido descriptivo); pero por otro lado, el fin era el motivo que *justificaba* el mantenimiento del Derecho (sentido prescriptivo). Este último es el que se emparenta con la noción de eficacia del realismo jurídico: sólo si la finalidad perseguida por la norma se mantiene –es decir, si es eficaz–, podríamos hablar de una norma válida.

Así pues, ambos sentidos de fin coexistían en esta obra, confundándose entre sí de manera no siempre consciente. Y es que el Jhering de esta última etapa se encuentra en una encrucijada iusfilosófica e ideológica de gran complejidad, en la que ser y deber ser se entrelazan de un modo que hoy resultaría poco tolerable<sup>639</sup>: como ha dicho Claudio Magris con perspicacia, refiriéndose al mundo de ideas de *La lucha por el Derecho*, “el piadoso análisis del ser no elimina el deber ser, sino que le confiere concreción”<sup>640</sup>. Es decir, que el solapamiento de ambas dimensiones no reflejaba una subsunción de la una en la otra, sino una interpenetración que se explica por el momento cultural desde el que escribía nuestro autor. Desde el punto de vista filosófico, coqueteaba con el positivismo cientifista que tantos apegos había cosechado en Europa y, en este sentido, su meta era ofrecer una *teoría empírica del Derecho*<sup>641</sup>. De ahí se deriva el enfoque sociológico de

---

<sup>638</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 48-55. Sobre la *desuetudo* vid. ID., *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 52.

<sup>639</sup> Vid. PUTNAM, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, trad. de Francesc Forn y Argimon, revisión de Miguel Candel, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 21-41 y ss.

<sup>640</sup> MAGRIS, Claudio, *Literatura y Derecho. Ante la ley*, cit., p. 47.

<sup>641</sup> Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, III, cit., pp. 79-85; vid. también COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1985, pp. 58-83.

la obra y su concepción de la finalidad como criterio socio-antropológico para explicar el porqué de las instituciones jurídicas. Desde el punto de vista ideológico, se hallaba embarcado en una lucha colectiva por el Derecho del *Reich* alemán y, en este sentido, su objetivo era dar una *teoría política del Derecho*. De ahí se deriva la vertiente estatista de la obra y su idea de la finalidad como el criterio rector del Estado: el Derecho debía forjarse a golpe de legislación, mediante una política normativa dirigida a procurar el bienestar y una estabilidad social lo mejor engranada posible<sup>642</sup>.

En esta confusión del ser y el deber ser es donde yacen las paradojas que a veces se dan al examinar *El fin en el Derecho*: por un lado, en la interpretación de Treves, hay en esta obra una teoría precursora de la sociología del Derecho<sup>643</sup>; pero por otro lado, en la exégesis de Bobbio, lo que hay es una manifestación del iuspositivismo teórico<sup>644</sup>. De acuerdo con el primero, la gran contribución de esta obra se encontraría en el segundo tomo, donde se desarrolla todo el mundo de la *Sittlichkeit* –la ética social<sup>645</sup>–, desde las reglas de cortesía hasta los hábitos alimenticios o la moda. De acuerdo con el segundo, la importancia de la obra estaría en los principios teórico-jurídicos del primer volumen: la doctrina estatista de las fuentes del Derecho, la teoría de la coacción como elemento definitorio de lo jurídico, la concepción de los funcionarios estatales como destinatarios de la norma, etc. Ahora bien, todas estas ideas, que Bobbio creía propias del positivismo teórico, en realidad encierran un hondo calado ideológico. Retomando la concepción del iuspositivismo de Scarpelli –§ 1.2 de este capítulo– bien podría verse en ellos un reflejo de la “ideología del positivismo”<sup>646</sup>.

Si hacemos síntesis de cuanto se acaba de decir, resulta que tendríamos la siguiente dualidad: un positivismo sociológico dirigido a analizar el *ser* del Derecho –sus formas de aparición, sus fines, su funcionamiento– y un positivismo ideológico encaminado a expresar el *deber ser* del Derecho –quién y cómo debe producirlo, interpretarlo, etc.–. Lo que aquí proponemos es que semejante desdoblamiento se debe a algo mucho más

---

<sup>642</sup> Vid. SCHELSKY, Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht”, cit., pp. 80-86.

<sup>643</sup> TREVES, Renato, *Sociología del Derecho*, cit., pp. 82 y ss.

<sup>644</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 147-156.

<sup>645</sup> La noción de *Sittlichkeit* es bastante compleja. Es una palabra común en alemán que podría traducirse por ética. Sin embargo, entraña una dimensión social que se escapa del significado castellano del término. Hegel la utilizó en contraposición con la *Moralität* –moral en sentido estricto–, por lo que, desde el punto de vista filosófico, es un concepto cargado de resonancias. Desde entonces, *Sittlichkeit* pasó a denominar el mundo de la moral no sujeto a reglas o deberes abstractos, sino inserto en instituciones y disposiciones sociales interiorizadas como costumbres. Dado lo híbrido de su significado, aquí optamos por traducirlo mediante ética social. Vid. KERSTING, Wolfgang, “Sittlichkeit, Sittenlehre”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Bd. 9, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1989, pp. 907-923.

<sup>646</sup> Vid. SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., pp. 99-102.

profundo que una mera discordancia de puntos de vista. Por un lado, esta confusión entre el ser y el deber ser es patrimonio de toda una época, impregnada hasta la médula por la visión hegeliana de la realidad<sup>647</sup>. Por otro lado, y he aquí el aspecto que más nos interesa, se trata de una hibridación intrínseca a todo paradigma, al menos en la visión que ya expusimos en el anterior capítulo. O dicho de otro modo: el positivismo jurídico de Jhering, sobre todo en *El fin en el Derecho*, entraña una dualidad constitutiva entre sus pretensiones científicas y sus débitos ideológicos.

Respecto a estos últimos, que son los que interesa desarrollar aquí, esta obra ofrece un interesante panorama. Después de las primeras incursiones metafísicas que ya se han mencionado, Jhering aborda un elemento clave de su idea de la organización social: el egoísmo. En su opinión, éste es el primer motor de la vida, la motivación más fuerte que subyace a toda creación humana y, por lo tanto, también al Derecho. Ya en el *Espíritu del Derecho romano* había otorgado al egoísmo un papel decisivo, al definirlo como el principal atributo del carácter romano y como la razón de su mentalidad pragmática<sup>648</sup>. En *El fin en el Derecho* retoma estas ideas desde un prisma filosófico y analiza cómo el egoísmo también servía para crear e impulsar fines colectivos más allá del individuo, en línea con teorías morales como la de Adam Smith o la del utilitarismo anglosajón<sup>649</sup>: “el egoísmo al servicio de fines ajenos”<sup>650</sup>. Es decir, que la búsqueda individual del propio interés, al necesitar del concurso de los otros, terminaba generando una red de intereses cruzados que debían organizarse para tener éxito. Así, en el fondo, toda forma de orden social tenía su última raíz en el egoísmo.

En este sentido, por poner un ejemplo ilustrativo del trasfondo económico en el que vivía Jhering, valga la siguiente cita: “analicemos la creación de una sociedad anónima destinada a construir una vía férrea. Entre todos los accionistas, quizá no haya ninguno que esté pensando en el fin objetivo del ferrocarril: la apertura de una nueva línea de comunicación. Sólo el gobierno, al otorgar la concesión, lo tiene en mente; por lo tanto, para él se solapan el fin y el interés [...]. Entre los accionistas, uno está pensando en el

---

<sup>647</sup> MAGRIS, Claudio, *Literatura y Derecho. Ante la ley*, cit., pp. 42-48. La dialéctica de Hegel, en efecto, se teorizó para mediar entre las dualidades irreconciliables de materia e idea, cuerpo y espíritu, historia y filosofía. A partir de entonces, la filosofía se ocuparía de buscar la síntesis absoluta entre ambos mundos, de manera que el ser contendría en su seno al deber ser, a la vez que éste coadyuvaría a forjar el ser: esta es una de las consecuencias que hay tras el célebre aforismo de “lo que es racional es real; y lo que es real es racional”. Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., p. 24.

<sup>648</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 118 y ss.

<sup>649</sup> Vid. WALDER, Rudolf, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus*, tesis doctoral inédita, Christian-Albrechts-Universität, Kiel, 1943, pp. 114-128.

<sup>650</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 24.

depósito duradero de su capital, otro firma para vender inmediatamente, el tercero es un terrateniente o un fabricante interesado en el más mínimo incremento de valor de sus productos o manufacturas, el cuarto compra porque posee acciones de una compañía de ferrocarriles de la competencia, el quinto es un ayuntamiento que compra porque esa es la condición para poder influir en que el trazado de la vía le vaya a beneficiar. En suma, todos están pensando en su propio interés y ninguno en el fin; y sin embargo, éste se ve promocionado así con mayor seguridad y velocidad que si hubiera sido perseguido directamente por el gobierno”<sup>651</sup>.

La pujanza del egoísmo en la acción humana es tan implacable, según Jhering, que incluso en los aparentes casos de sacrificio existe un componente de interés privado: nos sacrificamos por amigos, familiares, conciudadanos –es decir, por aquellos a los que nos une un cierto grado de empatía<sup>652</sup>–, pero no “por el Sha de Persia o para la construcción de un templo en la India”<sup>653</sup>. Una vez sentadas estas bases filosófico-antropológicas del comportamiento, Jhering daba el paso a la sociedad, sobre cuya existencia se asientan el Derecho y el Estado. En su opinión, el egoísmo es una palanca que se manifiesta de dos formas en el seno de la vida social: por un lado en el tráfico económico, en cuyo caso se revela a través de la *remuneración* –*Lohn*: tradúzcase también por salario o incentivo–; y por otro lado en la *coacción*, que se identifica con el Estado y cuya forma de aparición es el Derecho<sup>654</sup>. La primera de éstas constituye el capítulo séptimo de la obra y está dedicada al desarrollo pormenorizado de un sinnúmero de instituciones jurídico-económicas –salario, crédito, asociación, herencia, etcétera–. La segunda parte, la más célebre para la filosofía del Derecho, es donde se expone la teoría de la norma jurídica, la idea de la coacción y el concepto del Estado.

Aquí es donde está el meollo a efectos de esta investigación. Y es que, en efecto, el elemento sobresaliente de la filosofía jurídica de Jhering se encuentra en la coacción. Incluso podría decirse que no sólo estaba en su pensamiento, sino que se había infiltrado en el imaginario político y cultural de toda una época. No por casualidad, sólo un año después de la publicación de *El fin en el Derecho*, Nietzsche dio a la imprenta el primer volumen de *Humano, demasiado humano* (1878), donde podía leerse el siguiente aserto:

---

<sup>651</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 32.

<sup>652</sup> Nótese aquí otro paralelismo con la teoría moral de Adam Smith. Según el escocés, la *sympathie* era el motor esencial de la moral, una contracara del egoísmo que va más allá de éste, pero que nace de él: “el amor propio puede ser muchas veces un motivo virtuoso para actuar”. Vid. SMITH, Adam, *La teoría de los sentimientos morales*, trad. y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1997, pp. 49-62 y 538. Vid. WALDER, Rudolf, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith...*, cit., pp. 33-42.

<sup>653</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, cit., p. 38.

<sup>654</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, cit., pp. 45, 71 y ss. y 181 y ss.



“pero donde, como entre nosotros, el derecho ya no es tradición, no puede ser más que impuesto, coacción”<sup>655</sup>. Para Jhering, al igual que en la lapidaria sentencia de Nietzsche, la coacción es el principio sobre el que prosperan el Derecho y el Estado, su único cauce de realización efectivo y, dejando atrás las vacuas quimeras de la tradición o el espíritu del pueblo, la mejor vía para procurar el progreso social. Es gracias a la coacción, pese a su dureza y sus eventuales consecuencias trágicas, como el Derecho ha evolucionado y se han conquistado mayores grados de libertad<sup>656</sup>.

Estas ideas, impregnadas aún de la inercia autoritaria que se instaló en la cultura política alemana tras la unificación del *Reich* –conquistada, como ya se expuso, tras una prolongada retahíla de conflictos con los países vecinos–, estaban en clara complicidad con las creencias y las prácticas de la política bismarckiana. En este sentido, puede ser útil cotejar las dos siguientes citas. Por un lado, he aquí la opinión de Jhering respecto al modo en que el Derecho camina hacia el progreso: “los déspotas y jefes inhumanos, que castigaron a los pueblos con grilletes y varas de hierro, han hecho tanto por la educación jurídica de la humanidad como los sabios legisladores que después dictaron las tablas de la ley; fue necesario que aquéllos existieran para que éstos pudieran emerger. Esta ha sido la misión de la violencia, incluso de la más salvaje, brutal e inhumana, en las etapas más tempranas de la humanidad: acostumbrar a la voluntad a someterse, a reconocer a uno más alto sobre ella”<sup>657</sup>. Por otro lado, he aquí el pronunciamiento de Bismarck en un célebre discurso de 1862, leído ante la cámara de diputados prusiana y enmarcado en la polémica sobre el gasto militar: “no es a través de discursos y decisiones mayoritarias como se resuelven las grandes cuestiones de la época –este fue el gran error entre 1848 y 1849–, sino a base de sangre y fuego”<sup>658</sup>.

Este discurso es el que motivaría el posterior apelativo de “canciller de hierro”, un epíteto cuya versión española acuñaría Joaquín Costa –el cirujano de hierro<sup>659</sup>– y que culminaría a su pesar en la dictadura de Primo de Rivera. En todo caso, además de este paralelismo con la visión del progreso jurídico en Jhering, debe señalarse que el propio canciller bautizó a su política como egoísmo estatal: “el único fundamento saludable de un gran Estado, y lo que lo diferencia de manera esencial de un pequeño Estado, es el

---

<sup>655</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *Humano, demasiado humano*, 1º vol., introd. de Manuel Barrios, trad. de Alfredo Brotons, Akal, Madrid, 2007, §459, p. 223.

<sup>656</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 189-194.

<sup>657</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 196-197.

<sup>658</sup> BISMARCK, Otto von, *Die gesammelten Werke*, Bd. 10, cit., pp. 139-140.

<sup>659</sup> Vid. TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*, 3ª ed. corregida y ampliada, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 57-65; TIerno GALVÁN, Enrique, *Costa y el regeneracionismo*, Editorial Barna, Barcelona, 1961, pp. 135-159 y 223-269.

egoísmo estatal y no el romanticismo; no es digno de un gran Estado luchar por algo que no se corresponda con sus propios intereses”<sup>660</sup>. Así pues, tanto la idea de interés aplicada a la política estatal, como la idea del egoísmo como fundamento del Estado, se encontraban ya insertos en el proyecto bismarckiano. Esto no quiere decir que Jhering los tomase de ahí para darles una mera forma filosófica, sino que se vio fuertemente influido por el ambiente político-social donde vivía y, de algún modo, terminó erigiendo una filosofía paralela a la *Realpolitik*.

De estas y otras afirmaciones similares, que podrían cosecharse a lo largo de *El fin en el Derecho*, se ha querido extraer una lectura autoritaria de la obra. Esta es la opinión del autor neoliberal Friedrich Hayek, que pretendió ver en Jhering a un representante del estatismo anti-liberal germano, cuyas ideas terminarían abonando el suelo sobre el que más tarde creció el totalitarismo<sup>661</sup>. Según Hayek, el hecho de que Alemania lograra su unidad nacional “mediante el artificio de un hombre de Estado en vez de a través de una evolución gradual, fortaleció la creencia de que el diseño deliberado podría remodelar la sociedad de acuerdo con un esquema preconcebido”<sup>662</sup>. Pero además, a su juicio, esta convicción se vio alimentada por una larga serie de influyentes tendencias filosóficas: el positivismo jurídico, el historicismo, la escuela del Derecho libre y la jurisprudencia de intereses. Aunque cada una de ellas a su modo, todas estas corrientes habrían caído en el funesto error de creer que el Estado no era libre bajo el imperio de la ley. Y así, según Hayek, coadyuvaron al declive del Estado de Derecho<sup>663</sup>.

Hace poco, el jurista estadounidense Brian Z. Tamanaha ha propuesto una visión actualizada de esta tesis, en la que también utiliza a Jhering como referente originario de estas “perniciosas” tendencias. De hecho, el título de su obra es el mismo que el de la versión inglesa de *El fin en el Derecho*<sup>664</sup>. Según Tamanaha, Jhering es un autor “ya olvidado” que representa a la perfección la concepción “instrumentalista” del Derecho, un tipo de teoría que concibe el Derecho como herramienta para encauzar los propósitos políticos del Estado y que, por consiguiente, amenaza la preeminencia de la ley sobre el poder<sup>665</sup>. Se trata de una tesis sobre Jhering que el mismo Hayek defendió en otra obra ya clásica: *Law, Legislation and Liberty*. En ella, el filósofo neoliberal vinculó a nuestro

---

<sup>660</sup> BISMARCK, Otto von, *Die gesammelten Werke*, Bd. 10, cit., p. 103.

<sup>661</sup> HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty* [1960], Routledge, London, 1993, p. 234 y ss., sobre todo p. 239, nota 25.

<sup>662</sup> HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, cit., p. 234.

<sup>663</sup> HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, cit., pp. 235-239.

<sup>664</sup> TAMANAHA, Brian Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

<sup>665</sup> TAMANAHA, Brian Z., *Law as a Means to an End*, cit., pp. 61-62 y 257-259.

autor con utilitaristas como Bentham y denunció el carácter peligrosamente difuso de la noción de fin: a su modo de ver, la utilización de este concepto para definir el Derecho contribuía a legitimar la idea de que éste ha de ser una herramienta en manos del poder político, no sujeta a ningún límite y encaminada a que el Estado se convierta en el único artífice de la organización social<sup>666</sup>.

Tras el aciago periodo de la fanfarronería eufórica neoliberal, y leyendo la historia con una perspectiva menos maniquea, no podemos sino criticar a fondo estas dos tesis. Es verdad que Jhering quiso alinear su teoría jurídica con los principios bismarckianos y es indudable que muchas de sus afirmaciones son de tono conservador. En la semblanza ideológica pudimos ver los condicionantes de sus ideas, constatamos su preferencia por un Estado fuerte y su gusto por las políticas sociales instrumentadas “desde arriba”. No obstante, todo esto no da pie a ver en su obra una justificación del Estado autoritario, ni a etiquetarlo como contrario al Estado de Derecho. Hasta ahora sólo hemos presentado una faz de su pensamiento, pero existe otra vertiente crucial, donde Jhering desarrollaba la contracara de la teoría del Estado. Y es que, en su opinión, la disciplina sólo era una condición para el reinado del Derecho: una vez lograda la suficiente educación jurídica –“una de las más altas e importantes tareas de la pedagogía política”<sup>667</sup>– se imponía el desafío de ponerle barreras a la fuerza. De tal manera, según sus palabras, que el Derecho se convirtiera en la “política de la violencia”<sup>668</sup>.

### ***c) Del Estado a la sociedad: entre Estado de Derecho y Estado social***

Aquí estaba el fundamento del Estado de Derecho, una compleja idea que sólo con el tiempo ha ido alcanzando las formas que reviste en la actualidad<sup>669</sup>. En el recorrido que ha llevado hasta nuestro concepto contemporáneo, la obra de Jhering desempeñó un importante papel: desarrollar la teoría de la autolimitación del Estado, un verdadero reto filosófico que él emprendería y que más tarde proseguiría Jellinek<sup>670</sup>. Para el alemán, en

---

<sup>666</sup> HAYEK, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy* (vol. 1 – Rules and Order) [1973], Routledge, London, 1993, pp. 112-115.

<sup>667</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 75.

<sup>668</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, cit., p. 193.

<sup>669</sup> Vid. LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 13-24. El libro de Lucas Verdú es interesante a nuestros efectos, porque desde el mismo título se remite deliberadamente a Jhering. Vid. pp. 125 y ss. Para una presentación evolutiva del Estado de Derecho, vid. también DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

<sup>670</sup> Vid. COSTA, Pietro, “Lo Stato di diritto: un’ introduzione storica”, en AA. VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Pietro Costa e Danilo Zolo, Feltrinelli, Milano, 2006, pp. 116-120.

efecto, el Derecho y la violencia formaban una pareja realmente entreverada, en la que sería pueril ver relaciones de supremacía. Se trata de algo mucho más complejo que una subordinación jerárquica, puesto que la violencia, en tanto que fuerza originaria, tiene vida y dinámica propias. En este sentido, como decía Jhering, la fuerza no es una mera sirvienta del Derecho, sino que requiere la misma atención que ella le dispensa a éste: “no es una relación entre el amo y su lacayo, sino entre dos cónyuges que, para vivir en armonía, se deben una mutua consideración”<sup>671</sup>.

En esta concepción de las relaciones entre Derecho y violencia es donde reside la importancia histórica de Jhering. La ligazón entre el Derecho y el poder es algo más que evidente y fue reconocida ya en la antigüedad, desde el diálogo de los atenienses y los melios narrado por Tucídides<sup>672</sup>, hasta las teorías del Derecho del más fuerte de Calicles y otros sofistas<sup>673</sup>. Sin embargo, en Jhering nos encontramos un planteamiento mucho más moderno de esta relación: a partir de entonces, el Derecho y la fuerza empezaron a concebirse como esferas coordinadas entre las que se establece un vínculo de necesidad recíproca, donde ninguno de los dos queda completamente anulado. Esta visión de las cosas, despojada de la idílica creencia en un arrinconamiento total de la violencia, y a la vez del escepticismo que sólo cree en la ley del poder, ha allanado el camino para una comprensión cabal del Estado de Derecho y sus dificultades<sup>674</sup>. Sólo sobre esta base se podrían construir teorías como la de Jellinek o la de Heller, y sólo desde ella se entiende la doctrina del realismo jurídico al respecto: es cierto que el Derecho necesita del poder para existir de manera eficaz, pero también el Derecho modela al poder, pues define qué y qué no ha de concebirse como tal<sup>675</sup>.

Con esta visión de las cosas se profundizaba mucho más en la comprensión de un concepto que está en la base de la filosofía jurídica, política y moral contemporánea. De hecho, fue sólo tras las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, pero sobre todo a lo largo del XIX, cuando el poder se empezó a tematizar con seriedad desde la plataforma filosófica<sup>676</sup>. De concebirlo como algo más bien mecánico y unidireccional,

---

<sup>671</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 196.

<sup>672</sup> Vid. TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, 2ª ed., trad., introd. y notas de Francisco Rodríguez Adrados, Biblioteca Clásica Hernando, Madrid, 1969, vol. 2, libro V, §105, pp. 350-351.

<sup>673</sup> Vid. MENZEL, Adolf, *Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stärkeren*, Franz Deuticke, Wien/Leipzig, 1922, pp. 13, 27, 64 y ss.

<sup>674</sup> Vid. DUXBURY, Neil, “Jhering’s Philosophy of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, nº 1, pp. 23-47.

<sup>675</sup> FARALLI, Carla, “La crítica al concepto de soberanía en las teorías realistas”, AA. VV., *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 687-698.

<sup>676</sup> POPITZ, Heinrich, *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, trad. de Paolo Volonté e Luca Burgazzoli, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 12 y ss.

se pasó a verlo como una latencia orgánica y ubicua, acechante en todos los resquicios de la vida. En este mantillo es en el que nacería la filosofía de Nietzsche y, sobre la base de éste, el pensamiento de Foucault en el siglo XX<sup>677</sup>. En este mismo ambiente es en el que empezaron a pulular numerosos intentos de aprehender el poder mediante un prisma filosófico renovado, más consciente y abarcador que en otras épocas: desde la idea de la alienación marxiana o las *Reflexiones sobre la violencia* de Georges Sorel<sup>678</sup>, hasta la teoría sociológica de Max Weber. Lo que hay de común a estos ejemplos tan dispares es que partían de una noción de la violencia mucho menos cándida que en el pasado: desde entonces, se empezaría a pensar en ella como en algo inevitable y no necesariamente rechazable. Ya no sería un mal a extirpar o a ocultar a toda costa, sino una perentoria realidad con la que se ha de convivir del mejor modo posible. A veces, incluso, llegaría a considerarse como un bien<sup>679</sup>.

Este mismo aroma es el que se respira en obras de Jhering como *La lucha por el Derecho* o *El fin en el Derecho*. En la primera, nuestro autor trazaba un planteamiento ciertamente avezado del conflicto: frente a la candorosa querencia del krausismo por el discurso teórico de la armonía<sup>680</sup>, se imponía reconocer la presencia inextirpable de la lucha, una tensión dialéctica que nunca cesa y que resulta imprescindible para procurar el progreso<sup>681</sup>. En la segunda, aunque desde un prisma más estático que en la anterior, también se plasmaba un concepto sofisticado sobre la fuerza. Después de analizar la coacción en el nivel de la persona (coacción propulsiva), en la familia y las relaciones contractuales (coacción compulsiva), Jhering pasaba a la sociedad y el Estado. En todas estas dimensiones, la dualidad entre Derecho y fuerza estaba presente, cual si fueran dos infatigables competidores: la fuerza no está ahí como una mera adherencia que se añade al Derecho para dotarle de eficacia, sino que es el Derecho quien se interpone para limitar la pulsión destructora de aquélla. Y es que el reto, en su opinión, era situar la preponderancia del lado del Derecho<sup>682</sup>.

Este planteamiento de la relación entre ambos polos es fruto de pensar el Derecho desde la sociedad y no la sociedad desde el Derecho, como les suele suceder a todos los

---

<sup>677</sup> FOUCAULT, Michel, “Nietzsche, la genealogía, la historia”, en ID., *Microfísica del poder*, ed. y trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, La Piqueta, Madrid, 1992, pp. 7-31.

<sup>678</sup> SOREL, Georges, *Reflexiones sobre la violencia*, trad. de Florentino Traperero, pref. de Isaiah Berlin, Alianza, Madrid, 2005.

<sup>679</sup> SOREL, Georges, “Apología de la violencia”, en ID., *Reflexiones sobre la violencia*, cit., pp. 350-353.

<sup>680</sup> Vid. por ejemplo FORSTER, Wolfgang, *Christian Friedrich Krauses frühe Rechtsphilosophie und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund*, Aktiv Druck und Verlag, Ebelsbach, 2000, pp. 133-178.

<sup>681</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>682</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 228 y ss.

formalismos. De acuerdo con Jhering, la pugna dialéctica entre Derecho y violencia sólo se resolvía en el Estado, que no era sino una forma de manifestación de la sociedad: “el Estado es la sociedad en tanto que titular del poder de coacción reglado y disciplinado. Y el concepto que subyace a los principios mediante los que éste actúa es el siguiente: el Derecho es la disciplina de la coacción [...]. El Estado es la sociedad ejerciendo la coacción: para poder coaccionar, ésta adopta la forma del Estado, el Estado es la forma de ejercicio reglamentado y garantizado del poder de coacción social. En dos palabras: el Estado es la *organización de la coacción social*”<sup>683</sup>.

Lo interesante del enfoque de Jhering estriba en que, a partir de esta definición, el conflicto potencial entre Estado y sociedad no se diluye nunca. Por mucho que el Estado haya conseguido aglutinar a todos los poderes subalternos, por mucho que detente el monopolio de la fuerza en un sentido formal, la *vis compulsiva* permanece en estado de latencia. Por un lado, porque no existe un tercero por encima de la soberanía estatal, un garante superior que le pueda imponer límites. Por otro lado, porque en la sociedad siguen bullendo intereses y aspiraciones encontradas, y porque siempre podrá alzarse a través de la revolución<sup>684</sup>. Para conjurar estos peligros que amenazan con desestabilizar a la soberanía –de arriba abajo o de abajo arriba– Jhering elaboró su doctrina de la autolimitación, la piedra angular de su idea de Estado de Derecho. La teoría se fracciona en tres momentos, todos ellos presididos por el campo de tensión entre el Estado y la sociedad: primero se expone el *motivo* que lleva a la violencia a ponerse bajo el imperio de la ley, después las *garantías* que velan por la eficacia de semejante autolimitación y, por último, las *excepciones* que pueden darse<sup>685</sup>.

El motivo, según Jhering, se desprende de la misma definición de Estado: si éste no es más que una manifestación particular de la sociedad, una forma de encauzar su violencia latente, no tendría sentido que se impusiera de forma avasalladora, ahogando al mismo impulso que le sirve de fundamento. Si así lo hiciera, sembraría la semilla de su propia destrucción, la inseguridad jurídica atenazaría la savia emprendedora de la fuerza social y, a la larga, la separación entre Estado y sociedad provocaría la muerte de aquél: “sólo allí donde impera el Derecho progresa el bienestar nacional y florecen la industria y el comercio; sólo así se desarrolla la fuerza moral y espiritual del pueblo en toda su plenitud. El Derecho es la política de la violencia bien entendida, no la política

---

<sup>683</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 240.

<sup>684</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 243-245. En realidad, Jhering analizaba tres posibilidades distintas en progresión gradual: la anarquía, la insurrección y la revolución.

<sup>685</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 294 y ss.

corta de miras de lo instantáneo, del interés momentáneo, sino la política con amplitud de miras que apunta al futuro y se mueve tendiendo hacia un fin”<sup>686</sup>. Es decir, que pese a la admiración a la política de Bismarck y su preferencia por un Estado potente, nuestro autor parecía situarse del lado del imperio de la ley: no es a través de un uso abusivo e ilimitado de la fuerza como se labra el progreso, sino mediante un sabio encauzamiento de la misma en los raíles que le brinda el Derecho.

Las garantías de la efectividad de la autolimitación son dos: el cultivo de un sano sentimiento jurídico (garantía interna) y la formación de una administración de justicia independiente y responsable (garantía externa)<sup>687</sup>. La primera de ellas es la que más nos interesa en este trabajo, puesto que pone el acento en uno de los asuntos más arduos para toda teoría del Derecho: el fundamento de la obediencia al sistema. Este es el punto que llevó a Rousseau a sugerir la hermosa idea de la “religión civil”<sup>688</sup>, y que en Jhering encuentra un cierto paralelo: el cultivo de un sentimiento jurídico basado en la adhesión a las instituciones del Estado, un tipo de actitud que fomente la conciencia de lo público y la sensibilidad por su cuidado cotidiano. La idea del sentimiento jurídico, que ya había manejado en *La lucha por el Derecho* desde una perspectiva individual, adquiere ahora dimensiones más amplias<sup>689</sup>. Por un lado, se trataría de cultivar una psicología colectiva proclive a aceptar el Estado como potencia suprema<sup>690</sup>, algo que podría equipararse a lo que Montaigne llamó el “fundamento místico de la autoridad”<sup>691</sup>. Pero por otro lado, el sentimiento jurídico atañe a todos los representantes del Estado, que estarían llamados a ejercer su poder de forma responsable, imbuidos por un respeto casi sensible a la norma, la autoridad y el procedimiento.

Esta idea del sentimiento jurídico iba mucho más allá de la deontología: mientras que ésta se basa en el diseño de un código de deberes abstractos, aplicables a un cargo político o a una situación profesional concreta, Jhering pensaba en un resorte moral que se filtrara en sensaciones, en actitudes interiorizadas como sentimientos. Y más allá del ámbito iusprivatístico de *La lucha por el Derecho*, este sentimiento tendría que aflorar también en el Derecho público, de manera que las violaciones del ordenamiento jurídico

---

<sup>686</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 294-295.

<sup>687</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 295 y ss.

<sup>688</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, cit., pp. 169-180.

<sup>689</sup> Vid. DUXBURY, Neil, “Jhering’s Philosophy of Authority”, cit., pp. 40 y ss.

<sup>690</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 248-249

<sup>691</sup> MONTAIGNE, Michel de, *Los Ensayos*, pról. de Antoine Compagnon, trad. de J. Bayod Brau, El Acantilado, Barcelona, 2007, p. 1613: “las leyes mantienen su crédito no porque sean justas, sino porque son leyes. Este es el fundamento místico de su autoridad”. Vid. DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, trad. de A. Barberá y P. Peñalver, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 28-30.

objetivo se sufrieran como se sufre el menoscabo de un derecho<sup>692</sup>: “En el poder moral del sentimiento jurídico nacional es donde reside, en última instancia, toda la estabilidad del Derecho. No en la Constitución: piénsese en ella tan artificialmente como se quiera, pero no cabe imaginar ninguna que le arrebatase al Estado, de facto, la posibilidad de pisotear la ley. Tampoco en el juramento con el que creemos asegurarla: la experiencia nos muestra con cuánta frecuencia se quiebra. Y tampoco en la aureola de santidad e inviolabilidad con la que la teoría reviste a la ley: no le impone nada a la arbitrariedad. Lo único que le impone a ésta es la fuerza real que se yergue tras la ley, un pueblo que haya reconocido la condición de su existencia en el Derecho y que sienta su violación como una violación a sí mismo, un pueblo del que quepa esperar que, en caso de última necesidad, se lance a las barricadas por su Derecho”<sup>693</sup>.

Con este concepto del sentimiento jurídico, cumplía el tránsito al Derecho público que ya había iniciado en *La lucha por el Derecho*. Pero además avanzaba elementos que serán de radical importancia en su evolución posterior. Al definir al sentimiento jurídico como una de las garantías más importantes para la salvaguarda del Estado de Derecho, estaba abonando el terreno para una concepción social de la problemática. Téngase en cuenta, en efecto, que esta idea reconducía muchas cuestiones clásicas de la filosofía del Derecho a explicaciones psicológico-sociales. El problema de la génesis del Derecho – de dónde nace, quién lo crea, cómo surgen nuevas normas<sup>694</sup>– se remitía al sentimiento jurídico, que en este caso significaba la convicción socialmente aceptada respecto a la necesidad de una nueva regulación legal<sup>695</sup>. El problema de la aplicación del Derecho también se remitía a esta instancia: es gracias a la pedagogía cívico-social como se logra que las autoridades sean responsables en el ejercicio de sus deberes<sup>696</sup>. Y por último, también el problema de la obediencia se relegaba al cultivo del sentimiento jurídico, tanto en el nivel público como en el privado<sup>697</sup>.

Sobre este presupuesto se construirá todo el segundo volumen de *El fin*, dedicado a la noción de *Das Sittliche*, la ética social. Y es que, para fundamentar en bases sólidas el entramado anterior, hacía falta algo más que la legalidad formal: sólo si el sentimiento jurídico se fijaba en una red de instituciones y comportamientos interiorizados como

---

<sup>692</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 295-296.

<sup>693</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 297.

<sup>694</sup> Vid. STAMMLER, Rudolf, *La génesis del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, ed. al cuidado de José Luis Monereo, Comares, Granada, 2006.

<sup>695</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., pp. 40 y ss.

<sup>696</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 295-296.

<sup>697</sup> La idea del sentimiento jurídico en su dimensión pública aparece en *El fin en el Derecho*, mientras que en *La lucha por el Derecho* se ofrece un concepto desde el punto de vista privado.



costumbres, podría construirse un Estado de Derecho fiable. En opinión de Jhering, la remuneración y la coacción no bastaban para afianzar los mimbres del sistema. Es decir, que además de los pilares económico y político, era necesario un apoyo ético-social<sup>698</sup>. Este será el principio guía del segundo volumen de *El fin en el Derecho*: desde un punto de vista intelectual, se trata de un auténtico manual de sociología y antropología, en tanto que Jhering analiza los motivos y las formas de funcionamiento de un largo elenco de instituciones sociales; desde el punto de vista ideológico, se trata de un intento por trasladar la reflexión jurídica a la arena de la ética social. Si reparamos en que, a la vez que se publicaba este tomo, Bismarck daba comienzo a su batería de políticas sociales, entenderemos que no se trata de algo casual. Veamos más despacio estas dos lecturas respecto al fundamento de esta obra.

1) En primer lugar, la voluntad de enraizar el Estado en el magma fluido de la vida social obedecía a una idea clave de la filosofía hegeliana. Según éste, el último estadio de desarrollo del Derecho estaba en la *Sittlichkeit*, la ética social. El primer nivel sería el del Derecho abstracto, que en Hegel equivalía a la legalidad civil y penal<sup>699</sup>. El segundo nivel sería el de la moral, donde la libertad ganaba subjetividad y concreción: dejaba de ser una mera determinación formal y general –por ejemplo, la regulación jurídica sobre un hipotético sujeto del derecho de propiedad– y pasaba a ser libertad en movimiento, ejercida por personas concretas que toman decisiones irremediamente subjetivas<sup>700</sup>. El último nivel sería el de la *Sittlichkeit*. Este concepto, cuyas dificultades teóricas ya hemos visto, se ramificaba en tres estadios: familia, sociedad civil y Estado. Es decir, tres instancias sociales que constituyen sendos peldaños de la vida colectiva. A lo largo de estas fases, según Hegel, la libertad volvía a adquirir concreción, pero esta vez en un sentido objetivo: ya no se trataría de una libertad sin anclajes, arraigada únicamente en el individuo, sino una libertad institucional, cristalizada en relaciones sociales objetivas, desde el nicho familiar hasta el estatal<sup>701</sup>.

Así pues, de acuerdo con el planteamiento hegeliano, el Estado era el último hogar de la libertad, el espacio donde mejor podía desarrollar sus potencialidades. Si echamos un vistazo a la coyuntura política desde la que diseñó este andamiaje teórico, enseguida

---

<sup>698</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 3-9.

<sup>699</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 98 ss. y 172 ss.

<sup>700</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 203 y ss.

<sup>701</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 292 y ss. Vid. RITTER, Joachim, “Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana”; SIEP, Ludwig, “¿Qué significa «superación de la moralidad en eticidad» en la *Filosofía del derecho* de Hegel?”, ambas en AA. VV., *Estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, ed. preparada e introducida por Gabriel Amengual Coll, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 143-169 y 171-193.

nos daremos cuenta de que estaba en plena consonancia con las aspiraciones prusianas a un país unificado. Ahora bien, lejos de ofrecer un concepto jurídico-formal del Estado, Hegel había sentado las bases para una visión social-material del mismo. El Estado es mucho más que una madeja de normas y procedimientos que definen los límites y las competencias de cada estructura y de cada esfera de poder; desde su punto de vista, el Estado es una quintaesencia de la sociedad, su manifestación más acabada. Y la libertad, que es el objeto principal del que se ocupaba el filósofo suabo, encontraría en él su más fiel aliado: al contrario de lo que se derivaría de un liberalismo a la inglesa, el Estado y la libertad no eran para Hegel dos productos heterogéneos, sino que establecían entre sí un vínculo orgánico, como partes de un mismo cuerpo que no pueden existir de manera independiente<sup>702</sup>.

2) En segundo lugar, la orientación del segundo volumen de *El fin* está muy ligada con el contexto político-social de los años ochenta. Además de explicar científicamente la existencia de prácticas como el saludo, el lenguaje coloquial o la propina, Jhering se propuso justificar la importancia de un Estado “eudemonista”, es decir, creado por y para gestionar las necesidades y los intereses sociales<sup>703</sup>. O dicho de otro modo, de un Estado como el que estaba fraguando Bismarck mediante la implantación de un sistema de Seguridad Social: “qué progreso tan formidable se ha gestado en nuestra mentalidad, cuando, como está ocurriendo ahora mismo en Alemania, la autoridad del Estado se ha marcado como meta llevar a cabo las ideas cuya mera mención, hace escasos decenios, le habría costado al teórico el mortífero reproche de socialista. El gran hombre a quien nosotros, los alemanes, debemos el renacimiento político de nuestra patria, también ha conservado en esto su amplia visión de Estado, su falta de prejuicios y su intrepidez; también aquí ha vuelto a ser quien, con mano de hierro, se dispone a abrir la puerta por donde discurre el camino del porvenir”<sup>704</sup>.

Este posicionamiento político, expresado como tal en *El fin en el Derecho*, estaba perfectamente aliado con la tarea científica que se había propuesto en dicha obra. Según el propio Jhering, las preguntas que definían el objeto del segundo volumen eran tres: ¿cuál es la fuente de las normas éticas (*sittliche*)? ¿Cuál es su fin? ¿Quién es el creador

---

<sup>702</sup> Sobre las diferentes y encontradas interpretaciones de Hegel vid. DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 107-121; vid. RIPALDA, José María, *La nación dividida*, cit., pp. 21-29; vid. HOPPE, Hansgeorg, “Einleitung” a HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Die Philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, hrsg. von Hansgeorg Hoppe, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, pp. 7-13.

<sup>703</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 122 y ss. Vid. GUTMANN, Thomas, “Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?”, pp. 182-187; vid. SCHELISKY, Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht”, cit., pp. 55 y ss.

<sup>704</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 135-136.

de la voluntad ética? Pues bien, de acuerdo con nuestro autor, la respuesta a todos estos interrogantes era idéntica: la sociedad<sup>705</sup>. La primera cuestión se cernía sobre el aspecto más propiamente científico del problema, en tanto que trataba de investigar el origen de las normas; en este sentido, podría formularse a través de un “dónde” y un “cuándo”. La segunda tenía más que ver con la dimensión político-social, puesto que estaba orientada a comprender la razón o el objetivo de tales normas; en este sentido, podría formularse a través de un “por qué” y un “para qué”. La tercera cuestión, por último, también estaba en las coordenadas político-sociales, pues se preguntaba por el agente que ha de poner en marcha el mecanismo de creación de las normas; en este sentido, podría formularse a través de un “quién” y un “cómo”.

Desde este prisma, se entiende mejor la hibridación entre ciencia y política que se acaba de esbozar. Si el fundamento de las normas era la sociedad, y si a la vez ésta era el fin por el que surgían, no podía entenderse que el Estado se mantuviera al margen. Éste tenía encomendada la misión de satisfacer las necesidades de la sociedad mediante un empleo estratégico de la legislación y de la fuerza<sup>706</sup>. Lo que interesa destacar es la íntima trabazón entre las preguntas por el dónde y el cuándo –que constituirían el punto de partida de obras como *La prehistoria de los indoeuropeos*– y las que se afanaban con el para qué y el cómo. Dicho de manera axiomática, se produjo una concomitancia entre la sociología del Derecho y la política social: sólo en un contexto en el que la sociedad había cobrado relieve como actor en la trama de la historia –a causa del industrialismo, el crecimiento demográfico, etcétera– pudieron emerger ambas cosas. Desde el punto de vista intelectual, había aparecido un nuevo fenómeno que debía someterse a escrutinio científico; desde el punto de vista político, era imperioso dar respuesta a los problemas derivados de la “cuestión social”. En Jhering –pero no sólo– ambos problemas estaban vinculados: como diría el sociólogo Albert Schäffle por aquellos años, “la ciencia social corona su trabajo al asesorar al progreso”<sup>707</sup>.

Llegados a este punto, ya podemos regresar al problema del Estado de Derecho en Jhering, que habíamos dejado aparcado en la discusión sobre los motivos y las garantías del imperio de la ley. El tercer y último peldaño de su teoría, cuyo desarrollo hemos pospuesto hasta aquí, tenía que ver con los límites del Estado de Derecho. En la parte dedicada a este tema, nuestro autor introdujo los habituales criterios del estado de sitio,

---

<sup>705</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 94.

<sup>706</sup> SCHELSKY Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht”, cit., pp. 80 y ss.

<sup>707</sup> SCHÄFFLE, Albert, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, 4. Bd., 2. Aufl., Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1881, p. 482.

alarma o excepción, en cuya presencia podrían rebajarse las exigencias del imperio de la ley<sup>708</sup>. Sin embargo, hay otro asunto más importante a este respecto, aunque Jhering lo desarrollara en otro lugar. Nos referimos al debate sobre las fronteras de la actividad del Estado, una temática que había sido abordada por John Stuart Mill<sup>709</sup> y por Wilhelm von Humboldt<sup>710</sup>, y que se encuentra en la base de la polémica actual sobre los límites del intervencionismo estatal: ¿es lícito que el Estado se entrometa en la esfera de la libertad individual para promover comportamientos que estime adecuados, sin incurrir a la vez en actitudes moralistas, perfeccionistas o paternalistas<sup>711</sup>? La respuesta de Jhering, que ahora abordaremos, debe entenderse en el marco del Estado proto-social que empezaba a pergeñarse en la Alemania bismarckiana.

Jhering penetra en el debate enfrentándose con estos dos autores y, en la línea del paternalismo germánico, apostando por un Estado más intervencionista. En su opinión – y esto es clave para el tema del positivismo –, los dos estaban marcados por el estigma del iusnaturalismo individualista del siglo XVIII. Al pensar la sociedad, el Derecho y el Estado desde el prisma del individuo, terminaban configurando estas instancias como mecanismos de ensamblaje de libertades. Y con ello, caían en un enfoque apriorístico de la cuestión, sin ningún sustento en la historia ni en la realidad empírica<sup>712</sup>. En general, aunque mostrándose de acuerdo con muchas de las posturas de Humboldt o de Mill, Jhering atribuía una mayor capacidad al Estado de la que éstos le otorgaban. Así, por ejemplo, recriminaba al inglés su excesivo celo en defender la libertad de comercio: “¿o sea, que el gobierno chino no tiene derecho a prohibir el comercio del opio? ¿Es que debe esperar de brazos cruzados, mirando ociosamente cómo el pueblo se arruina física y moralmente, tan sólo por un doctrinario respeto a la libertad, para no violar el derecho originario de cada chino a comprar lo que le venga en gana<sup>713</sup>?”

Al final, como nos sigue sucediendo hoy en día cuando nos enfrentamos con estas cuestiones, Jhering reconoció la insolubilidad del problema. Pero precisamente en esto radica su mérito y su importancia en relación con el positivismo. Y es que, a su modo de

---

<sup>708</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 327-339.

<sup>709</sup> Vid. MILL, John Stuart, *Sobre la libertad* [1859], trad. de Josefa Sainz Pulido, introd. de Antonio Rodríguez Huéscar, Aguilar, Madrid, 1971.

<sup>710</sup> Vid. HUMBOLDT, Wilhelm von, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* [1851], mit einem Nachwort von Robert Haerdter, Reclam, Stuttgart, 2002.

<sup>711</sup> Vid. RAMIRO, Miguel Ángel, “A vueltas con el moralismo legal”, en HART, Herbert L. A., *Derecho, libertad, moralidad*, trad. de Miguel Ángel Ramiro, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2006, pp. 9-88; RAMIRO, Miguel Ángel, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y Libertades*, nº 15, época II, junio 2006, pp. 211-256.

<sup>712</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 419-430.

<sup>713</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 429.

ver, era imposible obsesionarse en la búsqueda de un criterio absoluto para delimitar las esferas de actuación del Estado y el individuo. Sería el Derecho de cada tiempo y lugar, en función de las necesidades contingentes de cada sociedad, quien sentase las fronteras entre uno y otro ámbito: “al igual que hasta ahora, en el futuro la legislación no medirá las restricciones de la libertad personal mediante una abstracta fórmula doctrinaria, sino de acuerdo con la necesidad práctica”<sup>714</sup>. Es decir, que la cuestión del intervencionismo no puede evaluarse con criterios atemporales, sino que deberá plantearse una y otra vez en función de las coordenadas sociohistóricas desde las que se juzgue: sólo así se podrá establecer un adecuado equilibrio –siempre evolutivo– entre el Derecho del Estado y la sociedad a la que éste ha de servir<sup>715</sup>.

Así pues, el concepto de Estado de Derecho en Jhering terminaba desembocando en una fundamentación de lo que más tarde será el Estado social. Se trata de dos etapas esenciales en el desarrollo de la política contemporánea y, por lo que respecta al objeto de esta investigación, de dos momentos cruciales en la evolución del positivismo. Si con el Estado de Derecho se desarrollaron las vertientes legalistas y estatalistas –y estas últimas encontraron en Jhering un representante privilegiado–, con el Estado social se empezarían a apuntar las tendencias sociologistas. Lo característico de este periodo es la sobredimensión del alma pragmatista. Recordemos que, de acuerdo con la concepción de iuspositivismo ofrecida en el capítulo anterior, el paradigma aglutinaba tres oleadas complementarias y consecutivas: historicismo, naturalismo y realismo/pragmatismo. Si bien todas ellas están presentes en cada escuela positivista, no en todas lo están con la misma intensidad. En el caso del segundo Jhering, y de buena parte del sociologismo, es el pragmatismo quien ostenta la primacía.

A partir de entonces, el Derecho pasaría a ser una herramienta de cambio y/o de control social, un útil en manos del Estado y desconectado de instancias supraterrrenales o absolutas. Esto es lo que late tras la crítica de Jhering a Humboldt o Mill, y lo que le hará evolucionar hacia un enfoque materialista respecto al origen y la función de las instituciones jurídicas. Con esto, por lo tanto, regresamos al planteamiento con el que se iniciaba este capítulo. Es verdad que, como se viene sosteniendo desde el principio del trabajo, los factores ideológicos fueron determinantes en la conformación del paradigma positivista. Sin embargo, yendo más allá de la tesis de Scarpelli, es necesario ampliar el enfoque para captar la entera realidad de proceso. De acuerdo con el modelo que aquí se

---

<sup>714</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 430.

<sup>715</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 430-445.

propone, la emergencia del positivismo no debería emparentarse sólo con la aparición del Estado moderno, sino también con el surgimiento de la cuestión social, tanto en la dimensión científica como en la política. Fue gracias a la aparición de este nuevo actor, la sociedad, como se cobró consciencia de la perpetua volubilidad del Derecho; también fue gracias a este fenómeno como nacieron las primeras orientaciones socio-jurídicas; y también fue así como el Derecho pasó a ser un instrumento destinado a servir de cauce entre Estado y sociedad, como un instrumento que aquél puede emplear para satisfacer las necesidades siempre cambiantes de ésta.

Aunque con matices, volvemos así a una noción de positivismo que se asemeja a la de González Vicén. De hecho, quizá nadie como él haya expresado esta ligazón entre el positivismo jurídico y la sociedad contemporánea: “es una conciencia pragmática que no busca verdades absolutas que presten sentido a la vida en común, sino fórmulas concretas que, de momento, aseguren la pervivencia y la continuidad de las relaciones de poder. Y así hay leyes de mayoría de edad, de divorcio, de promoción o restricción de las importaciones y exportaciones, de educación... Leyes todas pensadas para una necesidad determinada o para hacer frente a una situación concreta. Nunca se ha visto una proliferación semejante de la actividad legislativa, porque nunca tampoco se ha conocido una sociedad como la actual, falta de todo proyecto histórico y preocupada tan sólo por mantenerse en pie, aunque sea en equilibrio inestable. No; estamos lejos de las veleidades iusnaturalistas, de la apetencia de verdades intemporales, y hemos entrado ya de lleno en la época del positivismo jurídico. En una época en la que el Derecho positivo, pensado como un instrumento dúctil y fugaz, sirve para mantener sin más problemas ni más justificación una situación concreta”<sup>716</sup>.

---

<sup>716</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Entrevista con Felipe González Vicén”, preparada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Doxa*, nº 3, 1986, p. 323.

## Capítulo V. Fundamentos filosóficos del positivismo de Jhering

*“¡Oh, si los juristas renunciasen a su menosprecio de la filosofía y comprendiesen que sin filosofía la mayor parte de los problemas de su jus son laberintos sin salida!”*

(Gottfried W. Leibniz)<sup>1</sup>

Decía el jurista y filósofo Gustav Radbruch que nuestra cultura conforma “un reino intermedio entre el polvo y las estrellas, el reino de los afanes y las creaciones humanas entre el reino natural del ser y el reino ideal del anhelar. Entre la ingenua serenidad de la naturaleza y la augusta serenidad del ideal se desenvuelve el mundo de nuestras luchas y logros, un mundo lleno de culpa, anhelo y desasosiego, pero también de esperanza y de fe”<sup>2</sup>. En ese campo de tensión, según Radbruch, nace y crece el Derecho, un fenómeno cultural impregnado por las mismas contradicciones que asaltan a la política, la ciencia o el arte: por un lado dependiente de los condicionamientos de la naturaleza y de las imposiciones del poder, pero a la vez proyectado hacia el mundo del ideal, del deber ser y la justicia. En el caso que ahora nos ocupa, la cita es pertinente para ilustrar el carácter polifacético de todo paradigma. Y es que, al tratarse de grandes nichos culturales que se extienden en el tiempo y en el espacio, los paradigmas abarcan una vasta porción de ese feudo intermedio del que nos hablaba Radbruch.

Por un lado, el iuspositivismo es una etiqueta que adjudicamos a una determinada filosofía del Derecho. En este sentido, se trataría de una noción circunscrita al mundo de la filosofía jurídica, una disciplina específica que lo emplearía para describir las ideas de algunos autores y escuelas. Pero por otro lado, si lo entendemos como un paradigma de amplio alcance, el iuspositivismo es la concepción del Derecho que llevamos inscrita en

---

<sup>1</sup> LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Specimen difficultatis in jure*, cit. en BRENTANO, Franz, *El origen del conocimiento moral*, trad. de Manuel García Morente y estudio preliminar de Juan Miguel Palacios, Tecnos, Madrid, 2002, p. 9.

<sup>2</sup> RADBRUCH, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8. Aufl., Quelle & Meyer, Leipzig, 1929, pp. 15 y ss.

lo más profundo de nuestras creencias respecto al fenómeno jurídico<sup>3</sup>. Así visto, no sólo los filósofos y los estudiosos serían iuspositivistas, sino que también los legos, de forma intuitiva, manejarían criterios positivistas al pensar en el Derecho. De acuerdo con esta segunda posibilidad, sería más aconsejable hablar de cultura iuspositivista, porque no se trata sólo de una corriente en el elenco de posibles teorías del Derecho, sino de un modo de percibir y concebir el ámbito de lo jurídico. Si para Wittgenstein un paradigma era un “medio de representación”<sup>4</sup> –como una lente a través de la que se aprehende el mundo– resulta que el positivismo jurídico sería el medio a través del que nos representamos el Derecho desde el siglo XIX hasta la actualidad.

Ahora bien, hacen falta varios factores para afirmar la existencia de un paradigma. En el capítulo anterior intentamos trazar un esbozo de los fundamentos ideológicos que acompañaron a la gestación del iuspositivismo, ejemplificándolo en el caso particular de Rudolf von Jhering. Sin embargo, el paradigma positivista se alimentó de muchas otras fuentes culturales, desde el mundo de las ciencias de la naturaleza –física, química, biología– hasta la filosofía y las artes plásticas. En este capítulo trataremos de exponer las influencias filosóficas que subyacen al positivismo jurídico en la versión de Jhering. Al igual que en otras partes de este trabajo, los resultados tienen un valor dual: por un lado, deberían servir para entender mejor el pensamiento del jurista alemán, en este caso desde la perspectiva de las ideas filosóficas que contribuyeron a darle forma; por otro lado, deberían interpretarse en el marco de la indagación sobre el positivismo jurídico y sus fundamentos culturales, en este caso desde el punto de vista de su enraizamiento en las corrientes filosóficas que lo nutrieron.

La cita de Leibniz del encabezamiento podría ser un buen emblema para enmarcar la problemática de este capítulo. Las relaciones entre la ciencia jurídica y la filosofía no siempre han sido cordiales<sup>5</sup>. Ya en la antigüedad romana, como demuestra el ejemplo de Cicerón, se planteó una fuerte diatriba entre los jurisconsultos y los filósofos: mientras que aquéllos, según el célebre orador, practicaban un tipo de conocimiento pedestre y acientífico, el gremio filosófico pugnaba por corregir las imperfecciones del Derecho, su absurdo rigorismo ritual, su talante conservador y su contumaz propensión a perderse

---

<sup>3</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Entrevista con Felipe González Vicén”, preparada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Doxa*, nº 3, 1986, p. 324. Según González Vicén, las raras construcciones iusnaturalistas serían como “plantas exóticas en nuestro panorama jurídico actual”.

<sup>4</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 2002, p. 71.

<sup>5</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, sobre todo pp. 37-45; RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, 17ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 10-18.



en los meandros de la casuística<sup>6</sup>. En la edad moderna, también tuvieron lugar debates similares. Especialmente revelador es el de Thomas Hobbes y el juez Edward Coke, que se enfrentaron en términos parecidos a los anteriores: mientras que Hobbes apostaba por el diseño de un sistema jurídico racional, apoyado en un sólido andamiaje filosófico, Coke se aferraba al “viejo y buen derecho de los ingleses”, al mantenimiento de unas reglas destiladas a lo largo de los siglos y cuya eficacia estaba más que probada por la experiencia<sup>7</sup>. Por último, también en la edad contemporánea se ha seguido discutiendo sobre el estatus epistemológico de la ciencia del Derecho. Desde esta perspectiva podría entenderse, por ejemplo, el debate sobre si la filosofía jurídica es una rama de la razón práctica en general, o si es una disciplina independiente con sus propias fuentes y sus propios criterios de racionalidad<sup>8</sup>.

Pese a esta rivalidad multiseccular, lo cierto es que tanto el Derecho positivo como la ciencia jurídica han estado marcados por el ambiente social e intelectual de todas las épocas. En este sentido, la filosofía siempre se ha terminado infiltrando en los entresijos de la ciencia del Derecho, muchas veces orientándola de forma inconsciente. Desde este prisma, el iuspositivismo sería una emergencia histórica determinada por una mutación general en la concepción de la ciencia y la filosofía: frente a lo sostenido por algunos autores, sí existiría un claro vínculo entre la cultura positivista –científica y filosófica– y el positivismo jurídico. Junto a los cambios políticos, económicos, técnicos y sociales que revolucionaron el mundo a finales del siglo XVIII y principios del XIX, empezó a perfilarse una manera de encarar la labor científica y filosófica que llega hasta nuestros días. Se trata de un modo de pensar que ha ido atravesando numerosas fases. Desde el utilitarismo anglosajón hasta el empirismo lógico y las escuelas analíticas, pasando por el positivismo de Auguste Comte, un nuevo paradigma cultural inundó el ancho mundo de la cultura. Y todas estas mutaciones, con mayor o menor intensidad, se reflejaron también en el mundo del Derecho.

La obra de Jhering es muy interesante a este respecto, porque en él se condensaron muchas de las corrientes que contribuirían a forjar el paradigma iuspositivista. Al ser un autor tendencialmente ecléctico en su espíritu investigador, nunca tuvo escrúpulos a la

---

<sup>6</sup> Vid. CICERÓN, Marco Tulio, *En defensa de Lucio Murena*, en ID., *Discursos V*, trad., introd. y notas de Jesús Aspa Cereza, Gredos, Madrid, 1995, pp. 405-465. Vid. también SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, 2ª ed. revisada y corregida, trad. de Manuel Abellán, Civitas, Madrid, 2000, pp. 70-87.

<sup>7</sup> HOBBS, Thomas, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, estudio preliminar, trad. y notas de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992, especialmente pp. 3-9.

<sup>8</sup> Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 272 y ss.

hora de acercarse a escuelas y tradiciones de pensamiento diversas. En este sentido, como ya se dijo en su momento, su obra es especialmente oportuna para investigar los sustratos filosóficos del positivismo jurídico: como en un corte estratigráfico, en ella se sedimentaron muchas de las influencias que, consideradas globalmente, constituyen el acervo filosófico del paradigma. Este es el objetivo del presente capítulo: no se trata de exponer el bagaje filosófico de Jhering con pretensión de exhaustividad, sino de analizar los fundamentos filosóficos que contribuyeron a guiarle en la dirección del positivismo jurídico. En este sentido, sólo seleccionaremos los aspectos que más centrales fueron para la gestación del paradigma<sup>9</sup>.

Dividiremos el capítulo en cuatro partes. En primer lugar, intentaremos desarrollar la problemática de las relaciones entre el positivismo jurídico y la filosofía, así como la propia relación de Jhering con la filosofía (§1). El objetivo no es repetir lo que ya se ha dicho en otros capítulos, sino aclarar algunas cuestiones fundamentales para entender la importancia de las influencias filosófico-científicas en el surgimiento y desarrollo del paradigma positivista. Además, es un punto esencial para poder entender la selección de temas que se tratarán en los siguientes apartados. A continuación, pasarán a analizarse los tres grandes bloques de influencias que hay en el pensamiento de Jhering. El primer turno le corresponde al historicismo, porque en él se resumen muchos de los principios sobre los que se elevan las ideas del autor (§2). El segundo turno es para el utilitarismo, cuya presencia se acrecienta en las etapas tardías de su pensamiento, y cuya relevancia fue complementaria a la del historicismo (§3). En último lugar, incluimos un epígrafe sobre las influencias procedentes del mundo de la ciencia. Aunque así nos desmarcamos de la filosofía *stricto sensu*, resultan importantes para comprender las peculiaridades del positivismo jurídico (§4).

---

<sup>9</sup> Ya existe una obra que, aunque animada por otro objetivo investigador, trazó un panorama más global de las influencias filosóficas de Jhering. Vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1982.

## 1. LA FILOSOFÍA Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

El objetivo de este epígrafe es analizar cuáles son las relaciones entre la filosofía y el positivismo jurídico. Es posible que la pregunta resulte paradójica o redundante, puesto que solemos concebir al positivismo como una corriente filosófica. Sin embargo, por muy pleonástica que parezca, es una pregunta necesaria. En primer lugar, porque la consideración que aquí hemos dispensado al positivismo va más allá de la filosofía: no sólo se trata de una tendencia teórica entre muchas más posibles, sino de un paradigma determinado por factores diversos. Si antes veíamos la relevancia de los fundamentos ideológicos, ahora se trata de abordar los filosóficos. En segundo lugar, porque existe un debate acerca del calado filosófico del positivismo: tanto entre juristas como entre filósofos, no es raro encontrar autores que lo hayan visto como superación, marginación o postergación de la filosofía<sup>10</sup>.

Por otra parte, el epígrafe es necesario en relación con la obra de Jhering. Y es que, como enseguida se verá, han menudeado las voces que censuraron su nula trascendencia filosófica<sup>11</sup>. En este sentido, es necesario preguntarse por el papel que él mismo otorgó a la formación filosófica en su pensamiento y por el que nosotros debemos atribuirle aquí. Aunque se trata de una pregunta más concreta que la del párrafo anterior, las dos están estrechamente vinculadas: como veremos enseguida, el positivismo jurídico dio paso a una nueva etapa en las relaciones de la filosofía con el mundo del Derecho; un cambio que, precisamente, se refleja en la biografía y el pensamiento de Jhering. Para tratar ambos temas, dividiremos el epígrafe en dos apartados: en primer lugar abordaremos la relación de la filosofía con el positivismo jurídico (§1.1) y, en segundo lugar, la de Jhering con la filosofía (§1.2).

### 1.1. Las relaciones del iuspositivismo con la filosofía

Desde la aparición del positivismo, la filosofía no ha cesado de sufrir quebraderos de cabeza. Habermas ha sostenido que, después de la muerte de Hegel, se había entrado en una nueva etapa del pensamiento, marcada por la disolución de la metafísica y por la

---

<sup>10</sup> Vid. HABERMAS, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1990; vid. también SCHLICK, Moritz, “El viraje de la filosofía”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, compilado por A. J. Ayer, trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, pp. 59-65.

<sup>11</sup> KOHLER, Josef, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walther Rothschild, Berlin und Leipzig, 1909, p. 16, que llegó a hablar de una cabeza completamente “a-filosófica”.

consiguiente necesidad de replantearse las funciones tradicionales de la filosofía<sup>12</sup>. Esta reinención se ha intentado realizar a través de numerosas vías, pero podría decirse que todas han tratado de abrazarse a algún subrogado que continuase la labor de la filosofía en nuevos términos. Ya en el siglo XIX, el propio Auguste Comte quiso transformar la filosofía en sociología, porque tal era el único modo de hacerla compatible con el credo antimetafísico que se había puesto como meta<sup>13</sup>. Más adelante, en el siglo XX, Husserl se esforzó en diseñar un plan de trabajo que convirtiese a la filosofía en ciencia “dura”: presionado por el empuje cientificista de las disciplinas nacidas gracias al positivismo – psicología, sociología, economía–, se empeñó en que la filosofía se sumase a la moda de la exactitud y el rigor naturalistas<sup>14</sup>.

El ejemplo de Husserl es especialmente revelador, porque él mismo fue un crítico del positivismo decimonónico, al que veía como síntoma de una honda crisis cultural; una crisis que, en su opinión, se estaba traduciendo en la animalización y trivialización del ser humano<sup>15</sup>. Y sin embargo, pese a partir de semejante premisa, no logró aguantar inmune al influjo del paradigma. El subrogado de la filosofía que se desprendía del planteamiento husserliano era el del análisis trascendental, un método de conocimiento que se tocaba muy de cerca con la psicología y que, como ha confesado Hans Jonas, era de una enorme utilidad para aprender a pensar con rigor<sup>16</sup>. Desde ahí arrancaron varias tendencias que, imbuidas por la misma preocupación respecto al papel de la filosofía en el contexto del positivismo, propusieron otras tantas alternativas: desde la sociología de Alfred Schütz –y su continuación en la etnometodología– hasta la crítica de Heidegger a la ontología<sup>17</sup>. Cada uno desde posiciones diversas, e incluso opuestas, buscaba refundar a su manera el quehacer filosófico.

Podrían añadirse numerosísimos ejemplos. El surgimiento de la filosofía analítica es otra de las vías que recorrió la filosofía para seguir manteniéndose viva en el marco del positivismo. Si las ciencias habían copado el espectro de cuanto antaño fue dominio de la filosofía, entonces ésta debería reconvertirse en una directora de orquesta: como

---

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico*, cit., pp. 16-17 y 48-49.

<sup>13</sup> Vid. GURVITCH, Georges, *Tres capítulos de historia de la sociología: Comte, Marx y Spencer*, trad. de Horacio Crespo, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1970, pp. 11-38.

<sup>14</sup> HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1965, especialmente pp. 7-13.

<sup>15</sup> Vid. KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, trad. de Nicola Paoli, Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 213-214.

<sup>16</sup> JONAS, Hans, *Philosophie. Rückschau und Vorschau am Ende des Jahrhunderts*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, pp. 10-12.

<sup>17</sup> Vid. BLANCO FERNÁNDEZ, Domingo, “El movimiento fenomenológico”, en AA. VV., *La filosofía hoy*, ed. por Javier Muguerza y Pedro Cerezo, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 65-74.

dijo el neoempirista Moritz Schlick, en la Reina de las Ciencias<sup>18</sup>. Aquí el punto de vista es contrario al de Husserl, pese a que ambos partían de una misma constatación respecto al extraordinario avance de las ciencias empíricas. Mientras que la fenomenología se propuso la candorosa meta de naturalizar la filosofía, convirtiéndola en una disciplina rigurosamente científica, el positivismo lógico rechazó que la reina de las ciencias fuese ella misma una ciencia: a la filosofía le debía corresponder el análisis y la clarificación de las proposiciones suministradas por aquella<sup>19</sup>.

En definitiva, la aparición del positivismo supuso un grave contratiempo para la filosofía. ¿Puede decirse lo mismo respecto al mundo del Derecho? Pues bien, aunque con peculiaridades que enseguida veremos, la respuesta debe ser afirmativa. De hecho, el positivismo jurídico trajo una consecuencia central para el desarrollo de la reflexión sobre el Derecho: la aparición de la filosofía jurídica como modo de pensar el Derecho. Es verdad que siempre ha habido una inquietud intelectual por la justicia y el Derecho, desde obras de la Grecia antigua como el *Eutifrón* o *Las leyes* de Platón, hasta tratados de la Ilustración como el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu. Sin embargo, todas estas contribuciones se hacían desde un enfoque mucho más genérico, insertando la reflexión jurídica en un marco filosófico global. Las apreciaciones sobre la justicia del *Eutifrón*, por ejemplo, forman parte de una teoría sobre el fundamento de lo pío y lo impío<sup>20</sup>; las ideas sobre el Derecho de *Las leyes* se alojan en una obra de política en sentido lato<sup>21</sup>; incluso el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu, con toda su modernidad, no deja de ser un compendio de historia, política, geografía y Derecho<sup>22</sup>.

Frente a esta manera de encarar las cuestiones iusfilosóficas, a partir del siglo XIX se empiezan a asentar los mimbres de una nueva disciplina, la filosofía del Derecho<sup>23</sup>. Se trata de un fenómeno ciertamente común a la altura del XIX, puesto que numerosas ramas iniciaron su emancipación del tronco filosófico original, tanto constituyéndose en disciplinas científicas independientes, como inaugurando sectores particulares dentro de la filosofía. Es así como, poco a poco, se empezaría a hablar de la filosofía política, la

---

<sup>18</sup> SCHLICK, Moritz, “El viraje de la filosofía”, cit., p. 62.

<sup>19</sup> SCHLICK, Moritz, “El viraje de la filosofía”, cit., pp. 61-64.

<sup>20</sup> PLATÓN, *Eutifrón*, en *Diálogos (I)*, introd. de Emilio Lledó, trad. y notas de Julio Calonge, Emilio Lledó y Carlos García Gual, Gredos, Madrid, 1981, pp. 218-242.

<sup>21</sup> PLATÓN, *Las leyes*, introd., trad. y notas de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza, Madrid, 2002. Viéndola con ojos actuales, *Las leyes* serían más un tratado de política legislativa que de filosofía: el fin de Platón es dictar el contenido de las leyes que estimaba adecuadas para Atenas.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introd. de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1998.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 207-257.

ética, la estética o la epistemología, y se abriría un foso cada vez más pronunciado entre las ciencias y la filosofía<sup>24</sup>. En el ámbito jurídico, este proceso se tradujo en la paulatina aparición de una rama de pensamiento que hoy conocemos como filosofía del Derecho. En este sentido, tenía razón Bobbio cuando criticaba a las historias de la filosofía del Derecho por aplicar un concepto moderno a realidades históricas antiguas, obligando al historiador a practicar una artificiosa reconstrucción del material iusfilosófico disperso en obras de política, moral o metafísica<sup>25</sup>.

Los tratados de Derecho natural de las edades media y moderna estaban dominados por una vocación holística, puesto que pretendían construir sistemas con ramificaciones éticas, políticas y jurídicas, y que además estuvieran asentados en una visión metafísica global. A partir de finales del XVIII, pero sobre todo en el XIX, empiezan a aparecer tratados de filosofía del Derecho con una orientación muy distinta: proponer reflexiones teóricas y abstractas sobre el Derecho, pero que arrancaran desde la propia experiencia jurídica. Este cambio entrañaba algo más profundo que una mera opción metodológica; se trataba de una transformación radical de la mentalidad respecto al fenómeno jurídico, que desde entonces empezará a restringirse al Derecho positivo. Así es como empezaron a proliferar tratados de Derecho natural un tanto *sui generis*, en los que sus autores intentaban mitigar la rotundidad del epíteto “natural”. Como ha documentado González Vicén, nacieron así versiones rebajadas de iusnaturalismo: “Derecho natural hipotético”, “científico”, “deducido del concepto de Derecho”, etcétera<sup>26</sup>. La propia obra jurídica de Fichte se entiende en este marco: *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*<sup>27</sup>.

Este accidentado vaivén terminológico revela el lento socavamiento de la noción de Derecho natural, que empezaba a ser percibida con suspicacia entre los juristas. Un hito central de este proceso tendrá lugar con Gustav Hugo, el pionero de la Escuela histórica, cuya obra magna se titulaba *Tratado de Derecho natural como filosofía del Derecho positivo*. Desde este enfoque, el Derecho natural se concebía como una mera recámara filosófica del Derecho positivo, como un aparato de ideas que quizá podría servir para comprenderlo y enjuiciarlo, pero en ningún caso para formar parte sustantiva de él. Con

---

<sup>24</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, presentación, adaptación y ed. al cuidado de Pere Lluís Font, trad. de Juana Bignozzi y Pedro Roqué Ferrer, revisión de Joaquim Sempere, Crítica, Barcelona, 2006, pp. 493-494 y 512.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., pp. 40-42.

<sup>26</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, cit., p. 243.

<sup>27</sup> FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. de José Luis Villacañas, Manuel Ramos y Faustino Oncina, estudio introductorio de José Luis Villacañas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

el tiempo, la balanza entre ambos tipos de Derecho seguiría desequilibrándose hasta la definitiva eliminación del natural. Sin embargo, dado que las inquietudes filosóficas no desaparecieron, hubo que inventar una nueva forma de afrontar el estudio del Derecho positivo. Aquí es donde se sitúa el origen de la filosofía jurídica, una rama del saber que desde entonces se dedica a pensar sobre los momentos de generalidad y universalidad que subyacen a los ordenamientos positivos. Y es que, como dijo Piero Calamandrei, “la realidad positiva del derecho es más vasta y más orgánica de lo que aflora en la apariencia del derecho escrito”<sup>28</sup>.

Las primeras apariciones de la locución “filosofía del Derecho” datan de principios del siglo XIX. Bobbio hizo un elenco de algunas de las obras donde primero pudo leerse esta expresión: los *Principios de la filosofía del Derecho* de Hegel (1821) o la *Filosofía del Derecho* de Lerminier (1831)<sup>29</sup>. González Vicén, afinando aún más la lente, llegó a descubrir algunas menciones en libros y correspondencia de finales del XVIII, pero sólo en 1800 se publicaría la primera obra con la fórmula “filosofía del Derecho” en el título: *Aforismos sobre la filosofía del Derecho* de Wilhelm Traugott Krugg<sup>30</sup>. Sea como sea, el hecho es que, a mediados del siglo XIX, este término se había impuesto frente al Derecho natural. El cambio no sólo afectó a la literatura especializada, sino también a la docencia, donde la filosofía del Derecho ganó cada vez más terreno. Aunque a veces de modo vacilante, las cátedras fueron rebautizándose con dicha denominación. En España, su primer establecimiento data de 1851, cuando se introdujo como materia en los cursos de doctorado; años más tarde se regresaría al apelativo de Derecho natural, que a su vez se intentó revocar tras la revolución de 1868. En 1883 volvió a instaurarse como materia de doctorado hasta que, por fin, la Segunda República decidió expurgar por completo la nomenclatura de Derecho natural<sup>31</sup>.

A tenor de cuanto se acaba de exponer, parece clara la ligazón entre la filosofía del Derecho y el positivismo jurídico. Por decirlo de manera axiomática, la filosofía jurídica fue la manifestación disciplinar del paradigma iuspositivista, tanto en lo que se refiere al ámbito educativo como a la investigación científica. Las consecuencias de este proceso fueron de largo alcance. Para empezar, desde un punto de vista epistemológico, se pasó

---

<sup>28</sup> CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto*, a cura di Silvia Calamandrei, saggi di Guido Alpa, Pietro Rescigno e Gustavo Zagrebelsky, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 98.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., p. 37.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, cit., pp. 247-248.

<sup>31</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5ª ed. a cargo de Rafael González-Tablas y Fernando Llano, Tébar, Sevilla, 2007, pp. 128-130. Como es sabido, después de la guerra civil se reinstauraría el Derecho natural como asignatura de primer curso de licenciatura, mientras que se reservaba el nombre de filosofía del Derecho para la materia de quinto curso.

de un método eminentemente deductivo a uno más bien inductivo: las ideas generales sobre el Derecho, si es que éstas existen, sólo podrían adquirirse mediante una labor de análisis y cotejo de los ordenamientos jurídicos vigentes. Por otra parte, desde el punto de vista ontológico, quedaba abolida la pretensión de edificar la filosofía jurídica sobre un almacén metafísico omnicomprendido<sup>32</sup>. Esto quiere decir que, frente a la tendencia holística del iusnaturalismo, la filosofía del Derecho quedó limitada a lo que su propio nombre indica: al estudio de las dimensiones teóricas del Derecho, independientemente de la moral, la política o la religión<sup>33</sup>.

Todos estos cambios propiciaron un distanciamiento entre el corpus general de la filosofía y la filosofía jurídica *stricto sensu*, que así se fue configurando como un cajón disciplinar autónomo. Evidentemente, las dimensiones secantes con la ética, la política y otras ramas de la razón práctica eran y continúan siendo inevitables<sup>34</sup>, pero desde su origen ha latido una cierta pretensión de aislamiento. Una pretensión que, por cierto, es similar a la que caracterizaba al Derecho romano según Jhering, y que también late en la base de la separación positivista entre Derecho, política y moral<sup>35</sup>. De este estatus de relativa autonomía se deriva una distinción que hizo Bobbio entre la filosofía jurídica de los juristas y la de los filósofos. De acuerdo con el turinés, la primera modalidad es la más valiosa, puesto que se mueve a caballo entre las pulsiones teóricas y la observación de la praxis jurídica real, es consciente de la especificidad epistemológica de la filosofía del Derecho y está imbuida por la pretensión de aislamiento positivista. Según Bobbio, las mayores aportaciones a la filosofía del Derecho suelen provenir de juristas-filósofos, salvo raras excepciones como la de Hobbes. Eso explicaba que, en su opinión, Jhering y Santi Romano nos hubieran legado mucho más que sus respectivos filósofos coetáneos, Adolf Lasson y Giovanni Gentile<sup>36</sup>.

Las razones que dio Bobbio para justificar su preferencia por los juristas-filósofos son de orden metodológico: primacía del análisis sobre la síntesis, del pluralismo sobre el monismo, del empirismo sobre el racionalismo, etc. Ahora bien, analizando su tesis desde la perspectiva que acabamos de exponer, no se trataría sólo de una cuestión de métodos, sino de una manifestación integral del paradigma positivista. Como ha dicho González Vicén, el positivismo jurídico no tiene que ver con un cambio metodológico

---

<sup>32</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 182.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, cit., p. 255.

<sup>34</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit., pp. 188-196.

<sup>35</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. II-1, 8. Aufl., Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1854, pp. 19 y ss.

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., pp. 43-44.



particular, porque en realidad éste ha convivido con los métodos más diversos, desde el método empírico y antimetafísico del positivismo filosófico hasta el método formal del racionalismo abstracto<sup>37</sup>. Así pues, la preferencia de Bobbio tendría más que ver con el hecho de que, desde finales del XIX, la filosofía jurídica quedó reservada a los juristas. A partir de entonces, éstos definirían el canon de la filosofía del Derecho, de lo que ésta debe ser y de lo que puede admitirse como tal. Uno de los requisitos exigidos fue que toda aportación teórica se hiciese desde el Derecho mismo, partiendo de la realidad de los ordenamientos vigentes. En este sentido –pese a los meritorios intentos de algunos *outsiders*– los sistemas iusfilosóficos contruidos desde fuera de la praxis jurídica terminaron expulsados del canon.

Si echamos un vistazo al siglo XX, parece que esto último se confirma. Muchos de los grandes pensadores de la centuria han hecho contribuciones al estudio del Derecho, pero la mayoría han quedado relegados a un segundo plano para la filosofía jurídica. Hans-Georg Gadamer dedicó unas brillantes páginas a la hermenéutica jurídica en su obra magna *Verdad y método*, pero apenas aparecen citadas en la literatura iusfilosófica canónica<sup>38</sup>. Jacques Derrida escribió un vigoroso opúsculo sobre la inconciliable tensión entre Derecho y justicia, pero tampoco ha encontrado mucho eco entre los iusfilósofos profesionales<sup>39</sup>. Paul Ricœur llegó a publicar un libro completo sobre temas de filosofía jurídica, desde cuestiones sobre teoría de la justicia hasta problemas de interpretación y argumentación<sup>40</sup>. Sin embargo, también ha pasado desapercibido para los filósofos del Derecho. Michel Foucault ha dedicado al Derecho páginas apasionantes en *La verdad y las formas jurídicas*, pero se trata de una obra residual en la literatura iusfilosófica<sup>41</sup>. Y por último, aunque sin ánimo de exhaustividad, valga citar la *Filosofía moral, derecho y metafísica* de Ernst Cassirer, otra aportación prácticamente desconocida en el ámbito de la filosofía del Derecho hegemónica<sup>42</sup>.

Lo más habitual en estos casos es que los filósofos del Derecho profesionales tilden de diletantes a los ejercicios iusfilosóficos de sus colegas no juristas, siempre y cuando

---

<sup>37</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, en ID., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 205.

<sup>38</sup> GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, 11ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, 2005, pp. 396-414.

<sup>39</sup> DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>40</sup> RICOEUR, Paul, *Lo justo*, trad. e introd. de Agustín Domingo, Caparrós Editores, Madrid, 1999.

<sup>41</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 2ª ed. corregida, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 2003.

<sup>42</sup> CASSIRER, Ernst, *Filosofía moral, derecho y metafísica. Un diálogo con Axel Hägerstrom*, ed. y trad. de Roberto Rodríguez Aramayo, Herder, Barcelona, 2010.

éstos logren pasar el listón de la indiferencia. Un paradójico reproche, si tenemos en cuenta que los filósofos no juristas también suelen acusar de diletantismo a sus colegas iusfilósofos cuando éstos penetran en cuestiones que vayan algo más allá de la teoría de la norma jurídica. Y así, salvo raras excepciones como la de Jürgen Habermas –con su *Facticidad y validez*<sup>43</sup>– podría afirmarse que ambos mundos han permanecido más bien separados desde el advenimiento del positivismo hasta la actualidad. Lejos de cualquier atisbo de sectarismo doctrinal, lo que subyace a este *statu quo* es una indiferencia mutua derivada de un hecho histórico como el que se ha descrito en las páginas anteriores: el surgimiento del paradigma positivista.

A pesar de cuanto se acaba de decir, sería un error estudiar el positivismo jurídico sin tomar en consideración sus raíces filosóficas. Una cosa es que se formase un nicho disciplinar con pretensión de autonomía, y otra cosa es que este espacio quedase sellado a cualquier influencia externa. Lejos de ello, lo cierto es que la filosofía del Derecho se ha visto constantemente afectada por la evolución de la filosofía, la ciencia y la cultura. Que dejase de verse como una prolongación de los sistemas metafísicos no quiere decir que quedase huérfana de fundamentos filosóficos. Y es que, como reza una conocida ley de la lingüística, la ausencia de signo también es significativa. A partir del siglo XIX, la filosofía del Derecho se abre a otras fuentes más allá de la epistemología o la metafísica tradicionales, y se deja contaminar por ciencias como la antropología o la psicología. En este sentido, por qué no decirlo así, se vuelve más interdisciplinaria<sup>44</sup>. Aunque siempre atrincherada en su pretensión de independencia, se atreve a mirarse en el espejo de otras formas de conocimiento y se empapa de la realidad intelectual circundante. Esto impide que podamos hablar de un existencialismo jurídico, una fenomenología jurídica o una hermenéutica iusfilosófica, pero no implica que la filosofía del Derecho se haya visto libre del influjo de éstas y otras corrientes<sup>45</sup>.

Es difícil sentenciar de forma taxativa cuáles son las orientaciones teóricas que han influido más en la aparición del iuspositivismo y, por tanto, en la filosofía del Derecho. Sin embargo, debe quedar claro que la mera conceptualización de dicha rama del saber es una consecuencia del paradigma. En líneas generales, y siendo coherentes con lo que se expuso en el capítulo tercero, podrían definirse tres grandes bloques de influencias. En primer lugar, correspondiéndose con la primera oleada del positivismo, fue esencial

---

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>44</sup> Vid. TREVES, Renato, “Insegnamento interdisciplinare, diritto e sociologia del diritto”, en *Sociologia del Diritto*, IV, 1977, 2, pp. 305-314.

<sup>45</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, cit., pp. 206 y ss.

la aparición del *historicismo*. Aunque se trata de una etiqueta ciertamente polisémica, es inevitable utilizarla para entender un gran vector de las implicaciones filosóficas del iuspositivismo. En segundo lugar, y coincidiendo con la segunda oleada del paradigma, fue fundamental la aproximación a las ciencias empíricas, tanto naturales como sociales: el empuje del *naturalismo* en todos los campos del saber, desde la física a la sociología, entró en el Derecho y obligó a los juristas a promover una naturalización de su objeto de estudio. En tercer lugar, y en paralelo a la tercera oleada, fue central el utilitarismo: de algún modo, contribuyó a asentar la pretensión de *pragmatismo* que se había convertido en parte consustancial de la mentalidad positivista.

## 1.2. Las relaciones de Jhering con la filosofía

La relación de Jhering con la filosofía se entiende mucho mejor en función de todo lo anterior. De hecho, fue él quien sirvió de ejemplo a Bobbio para ilustrar su concepto de jurista-filósofo<sup>46</sup>. A juicio del turinés, en efecto, las aportaciones de nuestro autor a la posteridad fueron mucho más relevantes que las de un contemporáneo no jurista como Adolf Lasson. Si bien éste redactó un tratado sistemático sobre filosofía del Derecho – cosa que nunca hizo Jhering– el legado de éste último habría sido mucho mayor para las posteriores generaciones de filósofos del Derecho. En una línea parecida se encuentra el parecer de Franz Wieacker. En su opinión, la primera mitad del siglo XIX brindó a Alemania sus mejores filósofos, mientras que la segunda fue un erial en esta materia. Y sin embargo, como contrapartida, la segunda mitad vio nacer a sus mejores juristas. De acuerdo con Wieacker, el más representativo de éstos sería Jhering, a cuya figura estaba dedicado el artículo donde plasmó dicha afirmación<sup>47</sup>.

Ambas opiniones vienen a abonar una tesis sobre nuestro autor que ya se abrió paso entre sus propios contemporáneos: la idea de un Jhering “a-filosófico” –según la despectiva caracterización de Josef Kohler<sup>48</sup>– o al menos con una deficiente formación filosófica<sup>49</sup>. Evidentemente, las afirmaciones de Bobbio o de Wieacker nunca fueron en una línea tan destructiva como la de Kohler, ni tampoco buscaban devaluar las aptitudes filosóficas de nuestro autor. Es más, la falta de apoyo en una base metafísica sólida era

---

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., p. 43.

<sup>47</sup> WIEACKER, Franz, “Rudolph von Jhering (1818-1892)”, en ID., *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1958, pp. 197-212.

<sup>48</sup> KOHLER, Josef, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walther Rothschild, Berlin & Leipzig, 1909, p. 16.

<sup>49</sup> Vid. MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 50, Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, p. 658.

juzgada como algo preferible por el autor italiano. Lo que nos interesa recalcar es que, pese a partir de intenciones diversas, tanto Wieacker como Bobbio redundaron en esa concepción de Jhering como jurista “positivo”<sup>50</sup> o “jurista-filósofo”<sup>51</sup>, esto es, como una personalidad formada en el conocimiento del Derecho positivo, que quiso enraizar sus inquietudes teóricas en el mismo mantillo de la experiencia jurídica. En este sentido, sin caer en posturas despreciativas ni en ásperos reproches, ahondaron en la teoría de un Jhering escasamente filosófico<sup>52</sup>.

Aunque con grados y énfasis diversos, casi todos los autores han coincidido en ideas similares. Las afirmaciones más cáusticas fueron las de Josef Kohler, que llegó a comparar el valor filosófico de Jhering con “la metafísica de un pastor frisio”<sup>53</sup> y que calificó su pensamiento como “filosofía jurídica para comedores populares y centros de acogida”<sup>54</sup>. Mucho más moderados, y sin duda con acierto, se han mostrado los autores de la segunda mitad del siglo XX. El holandés Gerard Langemeijer, con motivo del congreso celebrado en 1968, señaló una dualidad intrínseca en Jhering. En su opinión, si se sometiese su obra a un examen filosófico riguroso, no lo pasaría en absoluto: lagunas imperdonables, tratamiento superficial de varios autores, imprecisión en la definición de conceptos, etc. Y sin embargo, decía, su papel en la filosofía del Derecho es esencial: “pertenece a esas geniales personalidades de grandes juristas que, sin una educación filosófica pulida, ni podían ni querían dejarse en el tintero las grandes preguntas, y se lanzaban a filosofar a pecho descubierto. Es verdad que así no lograron aportar ningún resultado filosófico seguro –si es que acaso hay algo así– pero nos brindaron ideas que, al ser fruto de una íntima familiaridad con la esencia del Derecho, estimularon en alto grado a la filosofía jurídica. Junto a Jhering, citarí­a aquí a Hauriou, entre los franceses, y a Meijer entre los holandeses”<sup>55</sup>.

En una línea historiográfica similar se ha manifestado Losano, al que debemos una afortunada metáfora sobre el significado de Jhering. En su opinión, podríamos comparar al autor alemán con un alquimista: “en el alquimista podemos ver la última herencia del

---

<sup>50</sup> WIEACKER, Franz, “Rudolph von Jhering (1818-1892)”, cit., p. 197.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., p. 43.

<sup>52</sup> Vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 93-101.

<sup>53</sup> Vid. KOHLER, Josef, “Rechtsphilosophie und Universalgeschichte”, en AA. VV., *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, hrsg. von Josef Kohler und Franz von Holtzendorff, München/Lepizig/Berlin, Bd.1, 1915, p. 12.

<sup>54</sup> KOHLER, Josef, “Rechtsphilosophie und Universalgeschichte”, cit., p. 12.

<sup>55</sup> LANGEMEIJER, Gerard Eduard, “Jherings Zweck im Recht im Lichte der seitherigen Wertlehren”, en AA. VV., *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, 2. Aufl., hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, p. 127.

hechicero primitivo que busca producir transformaciones en la naturaleza con ayuda de medios absolutamente inadecuados, o al pionero del químico de hoy en día; en Jhering podemos ver al representante de una especie de bohemia tardo-romántica de la filosofía del Derecho que quería filosofar sin poseer los conocimientos necesarios, o al pionero de una revolución que colocó a la filosofía jurídica sobre sus pies, cuando había pasado siglos erguida sobre su cabeza”<sup>56</sup>. A veces, proseguía Losano, el fruto del alambique de de ideas jheringiano resultó ser oro, mientras que en otras ocasiones no pudo dejar de ser plomo<sup>57</sup>. En definitiva, el valor filosófico de Jhering ha de entenderse en una clave parecida a la indicada por Bobbio: aun sin ser filósofo en sentido estricto, logró allanar el camino para la filosofía jurídica del futuro.

Si descendemos de la literatura secundaria hasta la auto-percepción de Jhering, nos encontraremos un resultado coincidente con lo que se acaba de decir. Desde el principio de su carrera quiso situarse en coordenadas más o menos filosóficas, pero sin abandonar el basamento del Derecho positivo. En este sentido, enlazando con el epígrafe anterior, resulta que Jhering sería un perfecto ejemplo de filósofo del Derecho en el paradigma positivista. Ya desde el primer volumen del *Espíritu del Derecho romano* se demuestra su inquietud filosófica, aunque ésta se quiera desenvolver sobre la base de la historia, en línea con el método hegeliano<sup>58</sup>. Es así como nos hablaba de una crítica “histórico-filosófica” del Derecho romano y, más adelante, se proponía construir una teoría del Derecho asentada en el método “filosófico-jurídico y empírico-comparativo”<sup>59</sup>. Tanto el historicismo como el naturalismo, presentes en estos dos propósitos, eran formas de instituir una filosofía del Derecho desde la experiencia jurídica concreta. Primero a través de la historia, en cuyo caso se trataba de buscar las contribuciones del pasado romano a la cultura jurídica moderna, y después a través de la comparación, en cuyo caso se trataba de construir una socio-antropología jurídica capaz de inducir los conceptos comunes a todo Derecho<sup>60</sup>.

Coincidiendo con la publicación de este primer volumen, Jhering escribió una carta a Gerber en la que también se deja sentir esta preferencia por el estudio del Derecho con base en el mismo Derecho. Apoyándose en una retórica naturalista, y con la pretensión

---

<sup>56</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber (Teil 2)*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, p. 85.

<sup>57</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 85-89.

<sup>58</sup> MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., pp. 656-657.

<sup>59</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. I, 9. Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1953, pp. 15 y 24 respectivamente.

<sup>60</sup> Vid. LUIG, Klaus, “Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Recht zwischen natur und Geschichte. Le droit entre nature e histoire*, hrsg. von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, pp. 281-303.

de justificar una aproximación empírica, nuestro autor comparaba las ciencias naturales de la escolástica con la ciencia jurídica del XIX: “la naturaleza no se estudiaba desde sí misma, sino a través de Aristóteles o Plinio, ni se estudiaba el Derecho desde sí mismo, sino a través de Ulpiano y Paulo. La ciencia de la naturaleza ya se ha liberado de este error y de esta esclavitud intelectual, pero nuestra ciencia jurídica todavía aguarda a que se produzca el momento del cambio”<sup>61</sup>. Y un poco más adelante, en esta misma carta, se pronunciaba así respecto a las implicaciones filosóficas de su obra: “me gustaría que el libro, cuando esté terminado, cayera en manos de los filósofos del Derecho; de hecho, también he escrito para este colectivo y lo tengo constantemente en mi cabeza para los próximos libros. Si algo ha de aportarnos la filosofía del Derecho, deberá aproximarse a la ciencia jurídica y estudiar en su escuela”<sup>62</sup>.

Manifestaciones como ésta pueden encontrarse en varios lugares de su obra, como cuando exhortaba a los filósofos del Derecho a que conocieran mejor la técnica jurídica –puesto que era imposible una valoración exclusivamente ética del Derecho–<sup>63</sup>, o como cuando les recomendaba precaución a la hora de tratar determinadas cuestiones sin una formación jurídica adecuada: “en cierto sentido, he aprendido más de Hegel, Stahl o Trendelenburg, que de un gran cúmulo de escritos puramente jurídicos, pero el filósofo profesional debe aprender la técnica del Derecho de un jurista profesional, si no quiere tropezar estrepitosamente en aspectos importantes”<sup>64</sup>. En definitiva, como se desprende de todas las afirmaciones anteriores, podría concluirse que Jhering sentó las bases de lo que hoy entendemos como un filósofo del Derecho, marcado por una tensión irresoluble entre la atención al Derecho positivo y la preocupación por el fundamento filosófico de sus elucubraciones. También en este sentido nos resulta un personaje afín: mucho más que Savigny o que Bentham –todavía a caballo entre dos épocas– Jhering representa el prototipo del iusfilósofo contemporáneo.

Ahora bien, a medida que avanzó en su carrera, Jhering fue dirigiendo una mirada cada vez más atenta a la filosofía. La mayoría de las menciones a Hegel, por ejemplo, son añadidos de la segunda edición del *Espíritu*<sup>65</sup>, mientras que su gran obra filosófica, *El fin en el Derecho*, incluye un mayor acervo de referencias no jurídicas. No obstante esta paulatina inclinación, en el prólogo a esta obra siguió mostrando recelos frente a un

---

<sup>61</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an K. F. von Gerber (Gießen, 17. Juli 1852)”, en ID., *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, hrsg. von Helene Ehrenberg [1913], Scientia Verlag, Aalen, 1971, p. 14.

<sup>62</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an K. F. von Gerber (Gießen, 17. Juli 1852)”, cit., p. 18.

<sup>63</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., p. 351.

<sup>64</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., p. 314.

<sup>65</sup> Vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 148-155.

contacto demasiado estrecho entre la ciencia jurídica y la filosofía. Por un lado, se confesó diletante en la materia que se había propuesto en *El fin en el Derecho*. En este sentido, se lamentaba de haber nacido en una época en la que la filosofía había caído en descrédito, hecho que le impidió gozar de una buena formación en esa disciplina<sup>66</sup>. Y no obstante, continuaba, se atrevía a penetrar en semejante problemática con la esperanza de suplir esa carencia con su profundo dominio del material jurídico, algo en lo que “le llevaba delantera al filósofo profesional”<sup>67</sup>.

Por si fuera poco, Jhering terminaba justificando su empeño mediante una crítica a la escuela hegeliana, a la que responsabilizaba de que la filosofía hubiera encallado en un idealismo baldío; para salir de ese hoyo, a su modo de ver, no estaba de más que los filósofos se empapasen de saberes “positivos”: “afortunadamente, el soberano desprecio con que el filósofo de la escuela hegeliana miraba al hombre de conocimiento positivo ha dejado paso a otro ambiente. Y seguro que no en perjuicio de la filosofía. Ésta podrá rechazar o corregir lo que le aporta el naturalista filosófico, pero el intento de éste por practicar la filosofía en su propio campo —es decir, por escudriñar las ideas generales—, incluso aun cuando sólo contribuya con el conocimiento técnico necesario, con seriedad científica y con una mirada hacia lo general, difícilmente pasará de largo sin dejar algún beneficio para la filosofía”<sup>68</sup>. En realidad, como ha señalado Pleister con razón, Jhering estaba haciendo de la necesidad virtud: dado que no poseía un conocimiento suficiente en materia filosófica, se abrazó a la idea de que lo importante era aferrarse a los saberes positivos y a la realidad concreta del Derecho. Sólo desde ahí, en efecto, podría pasarse con solvencia a las ideas generales<sup>69</sup>.

En esta actitud de autosuficiencia pudo influir el carácter un tanto ciclótico del autor, algo en lo que Wieacker hizo mucho hincapié: a veces parecía aquejado por un pesimismo contumaz, mientras que otras demostraba una autoconfianza rayana en la arrogancia<sup>70</sup>. No obstante, sin minusvalorar los factores psicológicos de esta actitud, nos interesa más centrarnos en el trasfondo intelectual de dichas afirmaciones. Y es que, en

---

<sup>66</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, hrsg. von Christian Helfer, Georg Olms, Hildesheim-New York, 1970, p. VI. Jhering se refiere al descrédito en el que había caído el pensamiento especulativo tras la crisis del sistema hegeliano, con la paralela reivindicación de las ideas “positivas”, los “hechos”, la “realidad”, etc. Si volvemos un momento al capítulo anterior, se trataría del mismo espíritu que invadió la escena alemana con el auge del industrialismo y la política de unificación. Sobre la crisis del sistema hegeliano vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico (III). Del Romanticismo hasta hoy*, trad. de Juan Andrés Iglesias, Herder, Barcelona, 1988, pp. 303-308.

<sup>67</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. VI.

<sup>68</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. VI-VII.

<sup>69</sup> PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., p. 96.

<sup>70</sup> WIEACKER, Franz, “Rudolph von Jhering”, cit., pp. 201-202.

efecto, las opiniones de Jhering no son sino un refrendo de una concepción generalizada respecto al valor de la filosofía: se trata de un lapso histórico en el que ésta necesitaba reinventarse mediante el contacto con las ciencias que emergían tras el naufragio de la metafísica. En este sentido, la filosofía del Derecho se configuró como un espacio de fricción entre la legalidad positiva de cada Estado y los fogonazos de generalidad o universalidad que pudieran rastrearse en el maremágnum de Derechos concretos. Desde este punto de vista, la obsesión de Jhering por una filosofía jurídica bien asentada en el conocimiento del Derecho era una expresión del iuspositivismo: independientemente de su escasa formación filosófica o de sus altibajos emocionales, las opiniones anteriores deberían entenderse desde ese prisma.

Ahora bien, dentro de este planteamiento general podemos distinguir dos fases. En primer lugar estaría la etapa del *Espíritu del Derecho romano*, en la que Jhering se movió al compás de la teoría general del Derecho. De lo que se trata, según este modelo, es de hallar un repertorio de conceptos jurídicos fundamentales, algo que pueda sobreponerse a la infinita variabilidad de las experiencias jurídicas concretas<sup>71</sup>. Como la senda del Derecho natural había quedado truncada, se impuso esta búsqueda mediante el método empírico-comparativo: o bien ascendiendo desde las normas más bajas a las más altas de un sistema jurídico particular, o bien aislando los rasgos invariables que se descubren tras el cotejo de varios sistemas jurídicos. Con cada uno de estos métodos, o con ambos a la vez, se podrían identificar las características que constituyen la esencia de lo jurídico. En el primer caso se trataba de un proceso de inducción *dentro de un mismo sistema*, en el que se procuraban aislar los conceptos que, en última instancia, informan a todos los preceptos del ordenamiento. En el segundo caso se trataba de un proceso de inducción mediante el *cotejo de diversos sistemas*. Mientras que el primero perseguiría la generalidad, el segundo buscaría la universalidad<sup>72</sup>. Sea como sea, ambas vías son versiones del *positivismo formalista*.

En segundo lugar estaría la etapa de *El fin en el Derecho*, en la que Jhering camina hacia una filosofía jurídica sociológica. Aquí las influencias filosóficas se diversifican y se mitiga el ardor con el que había defendido la construcción inductiva de los conceptos jurídicos. A partir de entonces, el naturalismo se transformó en sociologismo. Ya no se trataba de “destilar” o “inducir” conceptos, ni de analizar la “fisiología” o la “anatomía”

---

<sup>71</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 159-166.

<sup>72</sup> Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche (I). Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 62 y ss., especialmente 66-78.



del “organismo jurídico”<sup>73</sup> –nótese la terminología prestada de las ciencias naturales–, sino de remitirse a los hechos extrajurídicos, a la realidad efectiva donde el Derecho se desenvuelve. O dicho de otro modo: a la sociedad. Aquí es donde Jhering se ve obligado a bregar con la filosofía moral, la psicología, la sociología o la economía política. Así se explica que tuviera que diversificar sus fuentes, tanto en autores como en disciplinas. En cuanto a los autores, en *El fin en el Derecho* se remite a Kant, Schopenhauer, Humboldt, Fichte, Hegel, Trendelenburg, Bentham, Mill, Spencer, Locke, etc. Es decir, una nómina mucho más rica que antes, donde las referencias se restringían a Hegel y pocos nombres más. En cuanto a las disciplinas, se ve empujado hacia las ciencias sociales. Ya no sólo beberá de la filosofía, sino que tendrá que acercarse a otros mundos como la psicología o la sociología. En este sentido, su pensamiento se hace más interdisciplinario y entra de lleno en el *positivismo sociológico*.

Tanto en una como en otra etapa, Jhering se mantiene en un estatus epistemológico híbrido, buscando el punto de equilibrio entre la ciencia jurídica y la filosofía, entre los datos del Derecho positivo y la tendencia hacia la generalidad teórica. No obstante, las diferencias entre una y otra fase son significativas. En la primera, las reminiscencias del idealismo son abundantes, desde el empleo de la retórica de la historia hegeliana<sup>74</sup> hasta la fuerte influencia de Stahl en su concepción de la personalidad<sup>75</sup>. En la segunda, en cambio, avanza en la línea del positivismo y la relación con la filosofía se complejiza. Primero, porque arrastra la suspicacia ante la filosofía de la fase anterior: la ciencia del Derecho y la filosofía deben colaborar, pero siempre manteniéndose a una distancia de seguridad. Segundo, y he aquí lo fundamental, porque Jhering va tendiendo a subrogar la filosofía en otras ciencias. Como antídoto ante la pendiente resbaladiza del idealismo, nuestro autor propuso incorporar una mirada totalizadora, en la que se diesen cita varias disciplinas. Aunque ya hay atisbos de esta tendencia en opúsculos de los años sesenta<sup>76</sup>, es sobre todo en el segundo tomo de *El fin* donde se manifiesta con más ímpetu. Dado el interés del pasaje, conviene citarlo por extenso:

“El tratamiento filosófico de la ética que acabamos de caracterizar hace de ella una rama de la psicología y una hermana gemela de la lógica; el cristiano-teológico hace de ella una rama de la teología y una hermana gemela de la dogmática; el nuestro hace de

---

<sup>73</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 25-58.

<sup>74</sup> Vid. RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings «Geist» und Jherings «Zweck»” (Teil I), *Rechtsgeschichte*, 5, 2004, pp. 128-149.

<sup>75</sup> Vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 180-186.

<sup>76</sup> JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868*, hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998, pp. 55 y ss y 76 y ss.

ella una rama de la ciencia de la sociedad y una hermana gemela de todas las disciplinas que crecen sobre el mismo suelo real de la experiencia histórico-social, o sea, la ciencia jurídica, la estadística, la economía y la política [...]. El número de las disciplinas que se hallan en situación de ofrecerle su mano a la ética no está en absoluto cerrado con la lista anterior; yo mismo me he visto en la tesitura de recurrir a otras para mis propósitos. Entre ellas estaría, en primer lugar, la lingüística, sobre cuyo valor para la investigación de las ideas éticas ya me había percatado antes [...]. Después la mitología. Junto a la etimología, se trata del testigo más antiguo y fiable para las antiguas ideas éticas de los pueblos; las dos juntas podrían caracterizarse como paleontología de la ética [...]. Y en otro sentido todavía hay otra disciplina más, la pedagogía, que está llamada a procurar valiosos servicios a la ética”<sup>77</sup>.

Este *totum revolutum* es el que propició las acusaciones de diletantismo que ya se han examinado varias veces, y que han alimentado la idea de un nulo valor filosófico de esta obra<sup>78</sup>. Por un lado, podría decirse, porque Jhering penetra en la filosofía sin apenas conocimiento de causa. Y por otro lado, porque terminaba diluyéndola en las ciencias sociales. Respecto a lo primero puede decirse que, si bien el juicio general fue negativo, hubo algunos filósofos que sí demostraron entusiasmo con la publicación de *El fin*<sup>79</sup>. Este es el caso del hegeliano Adolf Lasson, un autor al que Bobbio puso como ejemplo de filósofo-jurista en contrapunto con Jhering. Pese a las relevantes diferencias teóricas que le separaban de nuestro autor, Lasson se mostró llamativamente laudatorio en dos recensiones que escribió sobre los dos tomos de *El fin*: “todo el público alemán puede considerar a Jhering, desde ahora en adelante, como una eminente cabeza filosófica, también en el sentido más preciso de la palabra”<sup>80</sup>. Respecto a lo segundo –la disolución de la filosofía en la ciencia social–, puede argüirse que se trata de la misma conclusión a la que abocaba el pensamiento de Auguste Comte.

Que esto último significase la muerte de la filosofía resulta dudoso, y que implicase un empobrecimiento de la misma también parece discutible. A finales del siglo XIX y principios del XX, como ya se expuso en el epígrafe anterior, se produjo una revolución en la filosofía, una transformación de sus planteamientos que daría a luz a numerosos

---

<sup>77</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 99-100.

<sup>78</sup> Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>, “Rudolf von Jhering”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, tomo IV, 1987, pp. 249-270.

<sup>79</sup> BEHREND, Okko, “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, en AA. VV., *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. von Fritz Loos, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, pp. 234-238.

<sup>80</sup> LASSON, Adolf, “Rezension zu: Der Zweck im Recht. Von R. V. Jhering. 1. Bd.”, *Philosophische Monatshefte*, Bd. XV, Leipzig, 1879, p. 146.

proyectos de hibridación metodológica: sociologismos, psicologismos y economicismos de todo signo. La fenomenología de Edmund Husserl se quiso construir como remedio al psicologismo en el que había degenerado la filosofía de su tiempo<sup>81</sup>, mientras que Kelsen diseñó la teoría pura como antídoto frente a las contaminaciones metódicas en las que había incurrido la filosofía jurídica desde finales del XIX<sup>82</sup>. Por mucho que estos dos autores intentaran revolverse contra el tipo de pensamiento que se daba en sistemas como el de Jhering, sería descabellado pensar que el plan positivista de sociologización fuese “anti-filosófico”. Lejos de ello, como queremos sostener aquí, se trata de una de las tantas posibilidades que se le han planteado a la filosofía en su camino, en este caso a la filosofía del Derecho.

En este sentido es en el que se ha construido el presente capítulo. Sobre la filosofía de Jhering se han emitido muchos juicios. La tónica común ha sido considerarlo desde la óptica del realismo y el empirismo que impregnaron el paradigma intelectual a finales del siglo XIX. Sin embargo, ha habido muchas otras interpretaciones. Joachim Rückert, por ejemplo, ha querido vincular su pensamiento con el idealismo de la primera mitad del XIX. A su modo de ver, pese a las profesiones de fe realista en las que tanto solía prodigarse Jhering, nunca pudo desprenderse de la creencia en una serie de conceptos, valores o ideas permanentes en el Derecho. Y esto, según Rückert, no hacía sino revelar el poso persistente de la metafísica idealista<sup>83</sup>. En una línea parcialmente coincidente se ha mostrado Pleister, que también ha emparentado a Jhering con ciertos arquetipos del idealismo decimonónico. Así, por ejemplo, la propia obsesión por la idea de realidad, de la vida concreta, etcétera, estaba traduciendo en términos renovados las aspiraciones del romanticismo a la vida sensible<sup>84</sup>. Por último, en otra línea historiográfica, Peter Landau ha querido relacionar a Jhering con el pensamiento krausista: en su opinión, la tendencia ética de su segunda etapa tendría que ver con la influencia de algunos filósofos de esta corriente como Heinrich Ahrens<sup>85</sup>.

Pese a todos estos apuntes interpretativos, que sin duda complejizan y enriquecen la lectura de Jhering –corrigiendo los excesivos simplismos de la tendencia anterior–, no es posible entender su obra desde el prisma del idealismo. Es cierto que permanecieron

---

<sup>81</sup> HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft*, cit., pp. 17 y ss.

<sup>82</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. [1960], Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992, p. 1.

<sup>83</sup> RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings «Geist» und Jherings «Zweck»”, cit., pp. 135-140 y 144-146.

<sup>84</sup> PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 64 y ss.

<sup>85</sup> Vid. LANDAU, Peter, “Il momento sostanziale del diritto in Rudolph von Jhering”, trad. de Francesco Belvisi, en AA. VV., *Diritto e filosofia nel XIX secolo. Atti del seminario di studi*, Università di Modena, 24 marzo 2000, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 385-398.

muchos residuos idealistas ocultos entre sus páginas, pero no es menos cierto que tuvo la pretensión de construir un sistema de pensamiento realista, todo lo libre de metafísica que fuera posible<sup>86</sup>. En este sentido, no es muy productivo examinar a Jhering desde la óptica de una filosofía concreta, ya sea el idealismo hegeliano, el krausismo o cualquier otra. Su pensamiento es el propio de una época de cambio, de encrucijada y apertura de nuevos caminos. Por eso se palpan resabios de las etapas anteriores y también, al mismo tiempo, se lanzan cabos aventurados hacia el futuro. De aquí se deriva el hecho de que nunca se aferrara a un sistema en particular y que se dejase impregnar por influencias procedentes de otras ciencias<sup>87</sup>.

Atendiendo a lo anterior es como se ha diseñado la estructura del capítulo. Antes que analizar la influencia de pensadores concretos, hemos preferido seleccionar algunas grandes rúbricas. Además, lejos de circunscribir la indagación al mundo de la filosofía “pura”, hemos decidido incluir un apartado sobre la relación de Jhering con el mundo de las ciencias. Sólo con un esquema así podía afrontarse la pregunta por los fundamentos filosóficos del positivismo, ya que de otra manera no se habría logrado alcanzar el nivel de generalidad que ello requiere. Dividiremos la exposición en tres bloques. En primer lugar se intentará desarrollar el influjo del historicismo en su pensamiento; en segundo lugar veremos la influencia del utilitarismo; en tercer lugar se expondrán los estímulos que recibió desde el mundo de la ciencia. Como ya comprobaremos, lo que hizo Jhering fue impregnarse del magma de ideas que pudo captar en su entorno, sin la pretensión de adherirse a una corriente en particular<sup>88</sup>. También en esto nos es útil para entender las diversas oleadas del paradigma positivista. Aunque sea como bosquejo, intentaremos dibujar un panorama dual, donde no sólo se analicen las fuentes de nuestro autor, sino las del positivismo jurídico *lato sensu*.

---

<sup>86</sup> BELVISI, Francesco, “La positività del diritto nel primo Jhering”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXXIII, n° 2, dicembre 2003, pp. 491-518.

<sup>87</sup> BEHRENDTS, Okko, “Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts”, AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrends, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 7-36.

<sup>88</sup> Vid. WIEACKER, Franz, “Rudolph von Jhering (1818-1892)”, cit., p. 200.

## **2. LA INFLUENCIA DEL HISTORICISMO**

La noción de historicismo es una de las más vagas y polisémicas para la filosofía y las ciencias sociales. Si aquí la utilizamos como uno de los ejes del capítulo, es porque resulta imprescindible para entender el sustrato de todas las manifestaciones culturales del siglo XIX, desde las ciencias empíricas hasta la literatura. En este sentido, se trata de algo más que una corriente filosófica. Como enseguida veremos, aquí vamos a entender al historicismo como uno de los pilares de la cosmovisión que se apunta a principios del siglo XIX, una manera de ver y comprender el mundo que tuvo ramificaciones en todos los órdenes de la cultura. Por eso hemos querido abordarlo en primer lugar, porque será necesario aludir a ello desde ahora en adelante: incluso los acontecimientos científicos, que también tendrían su repercusión en el pensamiento de Jhering, se vieron marcados por las consecuencias de la oleada historicista.

Dada esta complejidad, estructuraremos este epígrafe de la siguiente manera. En primer lugar, intentaremos exponer el significado general del historicismo, es decir, la relevancia que tuvo en la transformación de la cultura y la ciencia del siglo XIX (§2.1). En segundo lugar, veremos el papel que desempeñó en la filosofía y, en particular, en la filosofía jurídica (§2.2). En tercer lugar, entraremos a comentar los dos grandes filones de pensamiento historicista que se palpan en las ideas de Jhering: primero la influencia de Montesquieu (§2.3) y después la de Hegel (§2.4). Obvia decir que no se trata de exponer en detalle el pensamiento de estos dos autores –algo que excedería los límites de esta investigación– sino sólo de bosquejar los aspectos que más repercusión tuvieron en Jhering. En ambos casos, además, tratarán de señalarse las dimensiones extrapolables al positivismo jurídico en general.

### **2.1. El significado del historicismo para la ciencia y la cultura**

Junto a la máquina de vapor, el telégrafo o la cámara fotográfica, el siglo XIX fue testigo de grandes invenciones conceptuales. Una de éstas fue la idea de sociedad, una noción que terminaría sustituyendo a la clásica denominación de pueblo y se impondría como concepto clave de la modernidad. Otra de éstas fue la de nación, una entelequia de consecuencias incalculables para el desarrollo de la humanidad hasta nuestros días. Y otra de estas invenciones, la que más nos interesa destacar aquí, fue la de la historia. El XIX fue un siglo que respiró y transpiró históricamente, imbuido hasta la médula por la

conciencia cristalina del devenir, por la implacable verdad del tiempo en movimiento: si es verdad que en otras épocas ya habían existido representaciones de la historia –desde la diosa Clío hasta las genealogías regias de la edad moderna<sup>89</sup>– nunca antes se llegó a adquirir una conciencia tan universal sobre la historicidad de las cosas, desde la realidad natural hasta los hechos de la política, la moral o el arte<sup>90</sup>. También es cierto que ya se dieron visiones de la historia, más allá de la simple crónica, a partir de la llegada del cristianismo<sup>91</sup>. Y sin embargo, el sabor historicista del XIX es inigualable a cualquiera de estas manifestaciones.

Las visiones de la historia del pasado se asentaban, de una u otra manera, en alguna versión de la teodicea o de la predestinación universal. La historia del siglo XIX, sin abandonar por completo los resabios idealistas y la creencia en una verdad inherente al devenir, cambió los términos de la ecuación. A partir de entonces –por expresarlo con unos bellos versos de Luis García Montero– “la predestinación / no marca los destinos, / pero cubre los pasos del recuerdo”<sup>92</sup>. Es decir, que la historia dejó de pensarse como un libro abierto a las conciencias esclarecidas, como una senda predeterminada en la que se revela la escritura del demiurgo –cualquiera que éste sea– y pasó a comprenderse como un encadenamiento contingente de acontecimientos. Es verdad que pervivió la creencia en la fuerza inapelable de la historia, en su poder de condicionamiento, en su arrolladora inercia: frente al espíritu racionalista de la Ilustración, el futuro dejó de verse como una *tabula rasa* donde proyectar ideas *ex novo* y empezó a concebirse como una función del pasado, como una continuación orgánica del presente en la que, de forma insoslayable, se reflejan las trazas del pretérito.

Así y todo, pese a este encumbramiento de la historia, se invirtió el planteamiento tradicional de la teodicea. Desde este nuevo punto de vista, la predestinación no sería sino un manto que utilizamos para cubrir la enmarañada retahíla de los acontecimientos pasados, dándoles forma, sentido y significado. Mientras que su función original era el establecimiento de un futuro preñado de designios, de un *hacia* absoluto, ahora pasará a ser la manera en la que nos representamos la inevitabilidad del pasado, su influjo sobre

---

<sup>89</sup> Piénsese así, por ejemplo, en la genealogía de los reyes de Inglaterra diseñada por Robert Filmer, que motivaría las críticas de John Locke en su *Primer tratado del gobierno civil*. Vid. LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad., pról. y notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, pp. 33-34.

<sup>90</sup> CROCE, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, a cura di Giuseppe Galasso, Adelphi, Milano, 2007, pp. 112-113.

<sup>91</sup> Vid. FERRATER MORA, José, *Cuatro visiones de la historia universal. San Agustín, Vico, Voltaire, Hegel*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 14-22.

<sup>92</sup> GARCÍA MONTERO, Luis, *Vista cansada*, Visor, 2008, p. 46.

nuestro presente. Y en este sentido, más que un hacia, la predestinación pasó a pensarse como un *desde*: ya no sería el hado ineluctable de nuestra condición, la condena a la que estamos abocados, sino el pasado actuando sobre nuestro presente, el fardo con que nos vemos obligados a construir el futuro. En cierto modo, la idea de inexorabilidad seguía ahí, puesto que la historia se constituyó en un auténtico lastre. Sin embargo, como más tarde interpretaría Benedetto Croce, esta concepción de las cosas también atesoraba la idea de libertad: por muy gravoso que fuera el pasado, por muy atenazadora que pudiera ser la conciencia de un devenir irremediablemente perpetuo, también acarrea la idea de desenvolvimiento, es decir, la creencia en que es posible el desarrollo a partir de los moldes brindados por la historia<sup>93</sup>.

Todas estas ideas se propagaron como un reguero de pólvora entre las personas de cultura, que a su vez las insuflarían en el imaginario de la época. La literatura es uno de los campos donde mejor se ve esta mutación. August Strindberg, el gran dramaturgo sueco, lo expresaba así en su prólogo a *La señorita Julia*: “el alma de mis personajes (su carácter) es un conglomerado de civilizaciones pasadas y actuales, de retazos de libros y periódicos, trozos de gentes, jirones de vestidos de fiesta convertidos ya en harapos, de la misma manera que está formada el alma. Además he añadido una cierta historia de su origen”<sup>94</sup>. Es decir, que los personajes dejarían de ser encarnaciones del bien o del mal – como sucedía en el teatro de Molière– para convertirse en seres históricos, cargados de contradicciones y dotados de un pasado que los marca en todos sus movimientos. Sólo conociendo esta historia podría entenderse el porqué de sus actos y los distintos avatares de la trama. Por si fuera poco, el mismo Strindberg propuso que se suprimiera la clásica división en actos, buscando así una sensación de discurrir ininterrumpido, sin drásticas inflexiones ni interferencias extra-dramáticas<sup>95</sup>: de alguna forma, el espíritu historicista se había colado entre bambalinas.

En la novela, cómo no, también se reflejó este cambio. El ejemplo de Émile Zola es paradigmático. Su magno proyecto de novela experimental se basaba en una conjunción de espíritu científico e investigación histórica<sup>96</sup>: se buscaba escudriñar las razones del carácter y el comportamiento de los personajes con un rigor similar al de las ciencias de la naturaleza, pero en este caso a través del estudio de su historia. Sería ésta, en opinión

---

<sup>93</sup> CROCE, Benedetto, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, cit., pp. 14-20. Vid. también ID., *La historia como hazaña de la libertad*, 2ª ed., trad. de Enrique Díez-Canedo, Fondo de Cultura Económica, México, 1960.

<sup>94</sup> STRINDBERG, August, *La señorita Julia*, trad. e introd. de Francisco J. Uriz, Alianza, 2000, p. 37.

<sup>95</sup> STRINDBERG, August, *La señorita Julia*, cit., p. 43.

<sup>96</sup> ZOLA, Émile, *Le roman expérimental*, 5ª ed., G. Charpentier, Paris, 1881, pp. 12-16.

de Zola, la que nos suministraría las claves necesarias para analizar las ideas de los personajes, sus vaivenes psicológicos y su situación social. Este es el significado del naturalismo en literatura, un fenómeno que coaligó a la perfección el historicismo con el cientificismo tan característico del siglo XIX. Aunque ya lo hemos señalado otras veces, valga la pena recordar que el método “histórico-natural” del primer Jhering se apoyaba en la misma pretensión de maridaje: la historia como cauce para desarrollar una “teoría general y natural del Derecho”<sup>97</sup>.

Ahora bien, la fiebre historicista se extendió más allá de la literatura. Un fenómeno típicamente decimonónico, que se entiende en este mismo marco, es el de la lingüística. De la mano de la filología comparada y de la etimología, la ciencia del lenguaje alcanzó un desarrollo formidable, un puesto de honor en el catálogo de disciplinas. Aunque la conexión del sánscrito con las lenguas europeas ya había sido descubierta a finales del XVIII, no fue hasta el XIX cuando se postuló la idea del indoeuropeo. Gracias a las investigaciones del lingüista alemán Franz Bopp (1791-1867) se cobró consciencia de la decantación evolutiva de las lenguas europeas, cuyas diferencias obedecerían al lento transcurrir del tiempo. Según esta teoría –que aún hoy es el esqueleto de la gramática comparada<sup>98</sup>– habría existido una lengua primigenia, el indoeuropeo, de cuyo tronco se fueron derivando los idiomas continentales<sup>99</sup>. Una de las contribuciones esenciales a la teoría fue la de Jacob Grimm, quien formuló la ley de la rotación de consonantes, en la que se establecían las variaciones consonánticas entre el sánscrito, el griego, el latín y el germánico<sup>100</sup>. Gracias a ella se sentaron las bases de la lingüística histórica, es decir, la vertiente del historicismo en el campo de la filología.

El sueño de estos primeros gramáticos fue reconstruir la proto-lengua indoeuropea, hasta el punto de que el lingüista August Schleicher, en 1868, compuso una fábula en el hipotético idioma original<sup>101</sup>. Las posteriores evoluciones de la doctrina denunciaron el prurito romántico-idealista que subyacía a la voluntad de encontrar una lengua prístina y

---

<sup>97</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 22-24.

<sup>98</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco, “Reconstrucción del indoeuropeo y gramática estructural”, en ID., *Estudios de lingüística general*, Editorial Planeta, Barcelona, 1969, pp. 287-325.

<sup>99</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 349-352.

<sup>100</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 350-351. Nótese que Grimm fue cofundador del mayor diccionario etimológico del alemán, así como cuentista y jurista de prestigio. Perteneciente al sector germanista de la Escuela histórica, todas estas facetas se explican como fruto del historicismo: la pasión por el conocimiento histórico se refleja en su dedicación a la etimología, en su tesón por recuperar las viejas narraciones germánicas, en su celo por hallar la clave de la proto-lengua indoeuropea y en su afán por rescatar el antiguo Derecho consuetudinario germánico. Vid. WYSS, Ulrich, *Die Wilde Philologie: Jacob Grimm und der Historismus*, C. H. Beck, München, 1979.

<sup>101</sup> SCHLEICHER, August, *Beiträge zur vergleichenden Sprachforschung auf dem Gebiete der arischen, celtischen und slawischen Sprachen*, Dümmler, Berlin, 1868, pp. 206-208.



suavizaron el ardor genealógico de sus predecesores<sup>102</sup>. Sin embargo, la obsesión por la etimología y por la comprensión histórica del lenguaje había llegado para quedarse. Esta misma preocupación por la historicidad de las lenguas, por su radical singularidad y su íntima conexión con el desarrollo de cada pueblo, la encontramos en otra figura clave de la centuria: Wilhelm von Humboldt (1767-1835). A este gran intelectual se retrotrae la célebre teoría de que las lenguas definen el mundo en que vivimos: “la diversidad de las lenguas no consiste sólo en diferencias de sonidos y signos, sino en diferentes visiones del mundo”<sup>103</sup>. Se trata de una idea que terminará recalando en la filosofía del primer Wittgenstein<sup>104</sup> y de Heidegger<sup>105</sup>, y que revelaba una vez más el sustrato historicista: la lengua no es un constructo articulado de leyes lógicas, sino un fruto del espíritu popular, un producto singular de cada nación que está determinado por las vivencias históricas que ésta haya experimentado<sup>106</sup>.

Si nos hemos detenido tanto en el papel de la filología, se debe a la importancia que tuvo para el pensamiento de Jhering. Uno de los rasgos que sobresalen a lo largo de toda su obra fue el de la sensibilidad lingüística. Ya en el *Espíritu del Derecho romano* se ve una especial preocupación por fundamentar sus opiniones mediante consideraciones de carácter etimológico. No obstante, será en su fase final, desde *El fin en el Derecho* hasta la *Prehistoria de los indoeuropeos*, cuando esta propensión se muestre en todo su vigor. En este sentido, es revelador el testimonio de su hijo Hermann, al relatarnos la sorpresa que le produjo encontrar a su padre rodeado de libros de sánscrito: “su despacho estaba lleno de obras sobre sánscrito, cultura aria, etc., que estudiaba aplicadamente”<sup>107</sup>. Esta pasión por la lingüística se deja ver en numerosos lugares de su obra. Sin embargo, no será hasta la *Prehistoria de los indoeuropeos* –una de sus dos obras póstumas– cuando adquiera una verdadera conciencia metodológica respecto al papel del lenguaje en su

---

<sup>102</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., p. 351. Vid. también BRUGMANN, Karl, *Abrégé de grammaire comparée des langues indo-européennes d'après le précis de grammaire comparée de K. Brugmann et B. Delbrück*, trad. par J. Bloch, A. Cuny et A. Ernout sous la direction de A. Meillet et R. Gauthiot, Librairie C. Klincksieck, Paris, 1905, pp. 2-4 y 18-31.

<sup>103</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von, “Über das vergleichende Sprachstudium in Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung”, en *Werke III: Schriften zur Sprachphilosophie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1979, p. 20.

<sup>104</sup> Vid. WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* [1922], versión e introd. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, ed. bilingüe con la introd. original de Bertrand Russell, Alianza, Madrid, 2002, p. 143 (§5.6): “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”.

<sup>105</sup> Vid. HEIDEGGER, Martin, *Carta sobre el humanismo* [1947], versión de Helena Cortés y Arturo Leyte, Alianza, Madrid, 2001, p. 11: “el lenguaje es la casa del ser. En su morada habita el hombre. Los pensadores y poetas son los guardianes de esa morada”.

<sup>106</sup> Vid. SOTELO, Ignacio, “El español como lengua de pensamiento”, en ID., *A vueltas con España*, Gadir, Madrid, 2006, pp. 94-96.

<sup>107</sup> JHERING, Hermann, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 459.

imaginario intelectual: “las conclusiones de la lingüística encierran al propio tiempo indicaciones históricas y de cosas. La lengua de un pueblo contiene el inventario de todo lo que cree suyo; la existencia de la palabra afirma la existencia de la cosa por ella designada; la falta de la palabra equivale a la falta de la cosa; la lengua es la imagen fiel de la realidad”<sup>108</sup>.

Como puede verse, se trata de una manifestación del punto de vista humboldtiano respecto a la conexión entre lenguaje y mundo. Y es que, aunque no fuera consciente de forma directa, lo cierto es que la pasión filológica se había propagado como un virus en todas las esferas de la cultura. Ya desde *El fin en el Derecho*, Jhering había apostado por la etimología como cauce para esbozar –con ayuda de la mitología– una “paleontología de la ética”<sup>109</sup>. Esta fiebre por trazar genealogías, y por hacerlo a través de la reflexión lingüística, caló en un sinnúmero de autores y disciplinas, a veces de forma deliberada y otras veces sin apenas consciencia del autor. Un ejemplo ilustrativo es el de Nietzsche, cuya *Genealogía de la moral* –nótese el paralelismo con la expresión de Jhering– era un proyecto de investigación sobre la moral en clave genealógico-filosófica y con un fuerte apoyo en la etimología: “la indicación del método correcto me fue dada con la pregunta respecto al significado de las caracterizaciones que tiene lo «bueno» en las diferentes lenguas desde una perspectiva etimológica: así encontré que todas ellas se retrotraen a una idéntica mutación conceptual”<sup>110</sup>.

Ahora bien, si extendemos nuestro radio de observación, veremos que este método genealógico llegaría a recalar en muchas otras áreas. Una de éstas fue la psicología, en cuyo seno se empezó a desarrollar la teoría freudiana del psicoanálisis. De acuerdo con este planteamiento terapéutico, es imprescindible bucear en la historia del paciente hasta lograr identificar el punto de donde arrancan sus problemas. O dicho de otra manera, se trata de confeccionar una genealogía de la *psique* del sujeto<sup>111</sup>. Así pues, también aquí nos topamos con una manifestación del historicismo: frente a las nociones inmanentes de la conciencia que se habían manejado en otras épocas, Freud trasladó el problema hasta el redil de la historia: es en ésta donde se enraízan las características psicológicas de todo ser humano, donde éste desarrolla su conciencia en una evolución constante. En

---

<sup>108</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, versión española con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, p. 11.

<sup>109</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 99.

<sup>110</sup> Vid. NIETZSCHE, Friedrich, *Zur Genealogie der Moral* [1887], Reclam, Stuttgart, 2007, p. 17 (§4). Sobre la radical importancia del lenguaje en la filosofía de Nietzsche vid. VALVERDE, José María, *Vida y muerte de las ideas. Pequeña historia del pensamiento occidental*, Ariel, Barcelona, 2008, pp. 265-274

<sup>111</sup> Vid. FOUCAULT, Michel, *Nietzsche, Freud, Marx*, 2ª ed., trad. de Alberto González Troyano, Anagrama, Barcelona, 1981, pp. 35 y ss.

este sentido, no es casual que sus ideas tendiesen puentes hacia la literatura que estaba creciendo bajo la impronta historicista: tanto Strindberg como Zola –por ceñirnos sólo a los autores ya citados– fueron puntos de referencia para el vienés, que se solía remitir a ambos de forma laudatoria<sup>112</sup>.

Esta suerte de “preocupación por los orígenes”<sup>113</sup>, que acabamos de comprobar en un buen número de ámbitos de la cultura, también se proyectó en las ciencias de la naturaleza. Y es que, al igual que la psicología, la literatura o la lingüística, las ciencias empíricas empezaron a replantearse en términos históricos. En el campo de la geología, esta mutación vino dada por el científico inglés Charles Lyell (1797-1875), cuya obra contribuyó a desarrollar una teoría evolutiva de los cambios terrestres. Frente al dogma de que la corteza del globo se había mantenido inalterada desde el principio de todos los tiempos (creacionismo), y frente a las teorías que explicaban sus cambios como fruto de sucesivas catástrofes puntuales (catastrofismo), Lyell propuso que la superficie de la tierra evolucionaba de forma ininterrumpida (actualismo)<sup>114</sup>. Aunque la idea del tiempo geológico ya había sido introducida por James Hutton (1726-1797), no sería hasta Lyell cuando se formuló en proposiciones científicas<sup>115</sup>. En cualquier caso, sólo en el XIX se logró asentar esta concepción histórica de la geología.

Además de por su mérito intrínseco, Lyell es importante en relación con otro gran acontecimiento científico de la centuria: la teoría de la evolución. En efecto, su obra fue relevante como fuente de inspiración para Charles Darwin (1809-1882), que pudo leer sus *Principios de geología* durante su travesía a las Galápagos<sup>116</sup>. Ahora bien, mucho más que la aportación de Lyell, la teoría de la evolución biológica marcó un antes y un después para la ciencia y la filosofía occidentales. Desde el punto de vista que ahora nos interesa recalcar, el darwinismo introdujo la conciencia de la historia en la naturaleza. El dogma de la inmutabilidad biológica se hizo añicos y, con ello, la creencia en la sacralidad de las especies. A partir de entonces, el mundo dejó de ser un escenario en el que los seres de la creación se despliegan incólumes, y pasó a concebirse como un ruedo en perpetua evolución. En este sentido, el darwinismo constituye la manifestación del historicismo en las ciencias biológicas.

---

<sup>112</sup> Vid. RUIZ MILÁN, Estela, *Strindberg: una mirada psicoanalítica*, UNAM, México, 2006, p. 9; vid. también VALLEJO, Mauro, “Cruces entre ciencia y literatura: Freud y Zola. Familia, sexo y redención”, en *Investigaciones en psicología*, vol. 14, nº 3, Buenos Aires, 2009, pp. 101-123.

<sup>113</sup> MAGEE, Bryan, *Los grandes filósofos*, 4ª ed., trad. de Amaia Bárcena, Cátedra, Madrid, 2004, p. 258.

<sup>114</sup> LYELL, Charles, “La transformación continua de la corteza terrestre”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 121-129.

<sup>115</sup> Vid. VIRGILI, Carmina, *El fin de los mitos geológicos. Lyell*, Nivola, Madrid, 2003, pp. 225-248.

<sup>116</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., p. 337.

En resumidas cuentas, la conciencia de la historia terminó introduciéndose en lo más íntimo de la cosmovisión occidental. De formas muy diversas y no necesariamente congruentes entre sí, las artes y las ciencias adquirieron una suerte de compromiso tácito con el pasado, al que empezaron a incluir como elemento esencial de su concepto. Los ejemplos podrían alargarse hasta el infinito. Recuérdese así, por ejemplo, que el XIX también fue el siglo del historicismo en las artes plásticas. En arquitectura, el gusto por el pretérito se traduciría en modas como el neogótico y el neorrománico, pero también en el neoclasicismo, el neomodéjar o el neogriego. Todos ellos eran intentos de rescatar estilos que habían sido expulsados del canon por los libros de Palladio<sup>117</sup>. En el fondo, esta obsesión por lo “neo” era una forma de restaurar una vía de comunicación con el pasado: en una época transida por la rapidez de los cambios, donde la industrialización se abalanzaba sobre todos los órdenes de la vida, la remisión a la historia se convirtió en un punto de anclaje imprescindible<sup>118</sup>.

Como último ejemplo de este proceso, pueden citarse los cambios experimentados por la música. En este caso, el historicismo se desplegó de dos maneras. Por un lado, se produjo un fenómeno de regreso a las formas interpretativas antiguas. En este sentido, el historicismo musical es la corriente que propugna una interpretación acorde con la moda de la época en que fue compuesta la pieza original<sup>119</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista de la creación, el historicismo se infiltró de otro modo. A partir de la segunda mitad del XIX, empieza a despuntar un tipo de composición narrativa, cuyo fin estriba en contar historias a través de la música. Así, en lugar de ser un arte destinado a causar sensaciones puras y desconectado de toda contingencia verbal, la música se puso al servicio de la narrativa<sup>120</sup>. Desde la obra total de Richard Wagner hasta los poemas sinfónicos de Richard Strauss, proliferó una tendencia que veía la música como medio para exponer historias. Así es como Wagner recrearía el mito de los Nibelungos o el de las Valquirias, mientras que Strauss escogió como motivos al Zarathustra de Nietzsche o las andanzas del pícaro Till Eulenspiegel.

---

<sup>117</sup> Vid. GOMBRICH, Ernest H., *La historia del arte*, trad. de Rafael Santos Torroella, Debate, Madrid, 1997, pp. 475-480; vid. PEVSNER, Nikolaus, *Esquema de la arquitectura europea*, 2ª ed., trad. de René Taylor, rev. de Emilio Orozco y Francisco Bullrich, Ediciones Infinito, Buenos Aires, 1968, pp. 361-390.

<sup>118</sup> Vid. BENEVOLO, Leonardo, *Historia de la arquitectura moderna*, 2ª ed., trad. de Mariuccia Galfetti y Juan Díaz de Aauri, Gustavo Gili, Barcelona, 1974, pp. 15-32 y 89-95.

<sup>119</sup> Vid. ADORNO, Theodor W., *Figuras sonoras*, ID., *Escritos musicales I-III*, trad. de Antonio Gómez Schneekloth y Alfredo Brotons Muñoz, *Obra completa*, vol. 16, Akal, Madrid, 2006, p. 139.

<sup>120</sup> Vid. JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen, *La Viena de Wittgenstein*, trad. Ignacio Gómez de Liaño, Taurus, Madrid, 2001, pp. 129-139. No obstante, esta forma de entender la música chocó con objeciones significativas, que darían pie al debate entre los partidarios de la música pura –atrincherados en el culto a Brahms– y los fanáticos de la música narrativa –reunidos en torno a la figura de Wagner–.

En definitiva, se produjo un giro historicista en todos los ámbitos del conocimiento, desde las ciencias de la naturaleza hasta las artes plásticas. En cada caso se produjo de forma diferente y, desde luego, no siempre puede establecerse una concomitancia entre lo sucedido en uno y otro campo. A veces el historicismo desencadenó una conversión del objeto de estudio en materia susceptible de analizar cronológicamente, otras veces se dio pie a una mutación de los métodos, etc. Lo que nos interesa destacar es lo que late por debajo de todas las transformaciones citadas, a saber: la progresiva adquisición de conciencia respecto al fundamento histórico de todos los fenómenos que configuran la realidad y la creencia de que sólo una concepción histórica nos puede conducir a una comprensión cabal de su significado.

## 2.2. El significado del historicismo para la filosofía

Una de las manifestaciones más punteras del historicismo tuvo lugar con la génesis de la filosofía de la historia, una nueva forma de entender el pensamiento que llegaría a convertirse en una rama particular de la filosofía<sup>121</sup>. Pese a este reciente fenómeno de especialización, puede decirse que la emergencia de la filosofía de la historia marcó un antes y un después para todas las vertientes del pensamiento contemporáneo, desde la ética a la estética y desde la metafísica a la epistemología. Hasta el siglo XVIII, la filosofía se concebía como un saber atemporal y universal, cuyo fin era meditar sobre las verdades absolutas. En este sentido, se trataba de un conocimiento esencialmente sincrónico. A partir del XIX, sin embargo, empieza a abrirse paso una nueva manera de entender su quehacer y su función. El tiempo histórico se acelera y los acontecimientos políticos, económicos y sociales comienzan a discurrir con una velocidad insólita hasta entonces. En semejante clima social, cuyos mismos protagonistas percibieron con una sensación “de profundo desgarramiento”<sup>122</sup>, era inevitable que la historia empezara a ser objeto de reflexión filosófica<sup>123</sup>.

Por mucho que a veces invoquemos la idea de la *philosophia perennis* –la creencia de que existe una serie de preguntas permanentes que delimitan el ámbito de lo que ha de ser considerado filosofía– lo cierto es que ésta se ha ido reinventando a lo largo del

---

<sup>121</sup> Vid. CRUZ, Manuel, “Imposible futuro (un ejercicio de la filosofía de la historia)”, en AA. VV., *La filosofía hoy*, ed. por Javier Muguerza y Pedro Cerezo, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 327-336.

<sup>122</sup> Vid. RIPALDA, José María, *La Nación dividida. Raíces de un pensador burgués: G. W. F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, pp. 12 y ss.

<sup>123</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 2005, p. 22.

tiempo y el espacio. A veces ha dilatado su radio de acción y otras veces lo ha reducido, en un proceso de redefinición constante. En este sentido es en el que debe entenderse la emergencia de la filosofía de la historia: se trata de un fenómeno a través del cual la historia quedó tematizada como cuestión filosófica. Mientras que en otras épocas ésta se concebía como una amalgama de acontecimientos mejor o peor ordenados, a partir del siglo XIX empezó a comprenderse como sustrato ineludible del pensamiento. Así las cosas, surgieron teorías que explicaban el desarrollo evolutivo de la filosofía en función de las coyunturas por las que ésta había atravesado, y que planteaban las contribuciones del pensamiento como fragmentos de un proceso constitutivamente inconcluso, siempre sujeto a los vaivenes de la historia.

El gran paradigma de esta tendencia es Hegel. Aunque existe el notable precedente de Giambattista Vico (1668-1744)<sup>124</sup>, habrá que esperar al alemán para encontrar una filosofía de la historia en sentido estricto. Tanto en la *Fenomenología del espíritu* como en las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Hegel desarrolla un modo de pensar que diluye la frontera entre lo histórico y lo filosófico: comprender el pasado es aprehender la esencia de las cosas, la verdad o el espíritu por los que tanto se ha afanado la filosofía desde siempre. Así es como se explica su afirmación de que la filosofía es “su época aprehendida en pensamientos”<sup>125</sup>. Antes que postular ideas en el aire, o que intentar sobreponerse al tiempo mediante intangibles castillos conceptuales, es necesario adquirir un conocimiento profundo del momento histórico en el que se está. La filosofía no ha de concebirse como un saber destinado a proyectarse en la eternidad, sino como una forma de autoconocimiento que, en su opinión, debería concretarse en términos de autoconocimiento histórico. Por eso, como también sentenció en el célebre prólogo a la *Filosofía del Derecho*, la filosofía “llega siempre demasiado tarde [...]. La lechuza de Minerva sólo alza su vuelo al atardecer”<sup>126</sup>.

Las consecuencias de este modo de entender el pensamiento fueron devastadoras para la forma de filosofar que había predominado en la Ilustración. De acuerdo con el planteamiento hegeliano, en efecto, a la filosofía no le quedaría otra finalidad que la de levantar acta del pasado. Si el pensamiento marcha indisolublemente unido al transcurrir del tiempo, irremediabilmente dependiente de la historia, entonces no es posible diseñar

---

<sup>124</sup> Vid. BERLIN, Isaiah, “Giambattista Vico y la historia cultural”, en *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, ed. de Henry Hardy, trad. de José Manuel Álvarez Flórez, pról. de Salvador Giner, Península, Barcelona, 1992, pp. 109-138.

<sup>125</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts (oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse)*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, p. 26.

<sup>126</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., p. 28.

ideas para intervenir sobre el mundo. Esta es la crítica que se ha solido hacer a la visión hegeliana de la realidad: más que de una filosofía de la libertad, se trataría de una gran justificación del *statu quo*<sup>127</sup>. No obstante, ni Hegel ni muchos de sus contemporáneos lo percibieron así. La necesidad de vincular historia y filosofía se había convertido en un lugar común para la mayoría, y la prioridad del conocimiento histórico respecto a la especulación abstracta se había instalado como si se tratara de una verdad autoevidente. Así es como se explica que autores y movimientos muy heterogéneos coincidieran sin dudar en este planteamiento: el positivismo de Comte, el hegelianismo, el marxismo y hasta el neokantismo de Dilthey sancionaron con sus teorías el proyecto de hibridación orgánica entre filosofía e historia<sup>128</sup>.

El tránsito entre la concepción ilustrada de la historia y el paradigma historicista se percibe con claridad en uno de los autores mencionados en el epígrafe anterior, Wilhelm von Humboldt. A Humboldt le debemos, en efecto, una de las primeras manifestaciones de la filosofía de la historia decimonónica. Y sin embargo, paradójicamente, también nos legó varios escritos imbuidos por un optimismo de raigambre ilustrada. En un texto de 1796 –*Sobre las leyes del desarrollo de las fuerzas humanas*– apunta al objetivo de descubrir las leyes que guían a la humanidad en su desarrollo, algo en lo que se trasluce la fe iluminista en el poder omnicomprendido de la razón<sup>129</sup>. Veinticinco años después, sin embargo, Humboldt pronunció una conferencia de claro sabor historicista: *Sobre la tarea del historiador*. Aquí ya se ha desvanecido cualquier rastro de fe en el progreso, se ha rechazado el intelectualismo como cauce para comprender la historia y, lo que es más importante, ésta ha dejado de plantearse en términos de totalidad: lo que sobresale al estudiar el pasado es la individualidad, lo fragmentario, lo singular. En este sentido, se trata de un auténtico manifiesto del historicismo<sup>130</sup>.

Esta nueva visión de las cosas no sólo implicó transformaciones para la filosofía, sino que la misma historiografía tuvo que adaptarse al cambio. Así fue como, si se nos permite utilizar un doble oxímoron, la filosofía se volvió histórica y la historia se volvió filosófica. Esta suerte de interpenetración es la que subyace a proyectos historiográficos como los de Leopold von Ranke (1795-1886) o Heinrich von Treitschke (1834-1896) en

---

<sup>127</sup> Vid. POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos (con una adenda del autor)*, trad. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 232-240.

<sup>128</sup> Vid. FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, Crítica, Barcelona, 1982, especialmente pp. 115-134.

<sup>129</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von, “Sobre las leyes del desarrollo de las fuerzas humanas”, en ID., *Escritos de filosofía de la historia*, estudio, trad. y notas de Jorge Navarro Pérez, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 3-17.

<sup>130</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von, “Sobre la tarea del historiador”, en ID., *Escritos de filosofía de la historia*, cit., pp. 76-80.

Alemania, Thomas Babbington Macaulay (1800-1859) o Henry Thomas Buckle (1821-1862) en Inglaterra, y Alexis de Tocqueville (1805-1859) o Jules Michelet (1798-1874) en Francia<sup>131</sup>. Las diferencias son más que palmarias en cada uno de estos autores: las representaciones de la historia alemana de Ranke o Treitschke fueron concebidas como justificación de la Restauración monárquica, como defensa casi teológica del Estado y, al menos en el caso de Treitschke, coaligadas con un fuerte planteamiento antisemita. Al contrario, las visiones de Macaulay o Buckle tendieron a la llamada “interpretación *whig*” de la historia, mientras que Tocqueville o Michelet se situarían en la órbita de un conservadurismo moderado.

Pese a estas notables diferencias, todas estas propuestas compartían una pretensión metodológica similar: la presentación de la historia en términos filosóficos, más allá de la escueta exposición de los hechos y más allá de la interpretación del objeto de estudio en cuestión. Macaulay o Buckle elaboraron teorías globales de la historia que influirían decisivamente en filósofos españoles como Ganivet o Unamuno<sup>132</sup>. Tocqueville ofreció una exposición del Antiguo Régimen y la revolución francesa con el propósito de trazar toda una teoría política<sup>133</sup>. Y Ranke, por citar un último ejemplo, diseñó una teodicea en la que Dios ocupaba el lugar de honor. A juicio del historiador prusiano, cada época está marcada por una singularidad irreductible, cada pueblo y cada nación experimentan una evolución propia, y cada era de la humanidad es igual de digna que las demás: al revés de lo que se desprendía del espíritu ilustrado, no existe un progreso lineal que permita discriminar épocas mejores o peores, sino que todas están en comunicación directa con Dios. Con semejante planteamiento refrendaba el nacionalismo conservador prusiano y anulaba cualquier resquicio a la crítica cultural<sup>134</sup>. Sea como sea, es obvio que se trataba de algo más que una mera exposición historiográfica.

El ejemplo de Ranke es significativo a nuestros efectos, porque su obra influiría de forma determinante en la teoría de la Escuela histórica del Derecho. El encumbramiento de la nación y la exaltación del espíritu del pueblo, así como su carácter profundamente reaccionario y su doctrina teológico-política, lo convertían en un referente óptimo para la corriente de Savigny. En este sentido, es de reseñar su crítica a la teoría hegeliana,

---

<sup>131</sup> FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, cit., pp. 117-132.

<sup>132</sup> Vid. ORRINGER, Nelson, *Ángel Ganivet (1865-1898): la inteligencia escindida*, Ediciones del Orto, Madrid, 1998, capítulo III.

<sup>133</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la revolución*, ed. de Antonio Hermosa Andújar, Ediciones Istmo, Madrid, 2004, pp. 45 y ss.

<sup>134</sup> FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, cit., pp. 127-131; vid. también CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 27-28.



contra la que construyó todo su sistema<sup>135</sup>. El filósofo suabo mantenía numerosos rasgos típicamente ilustrados, como la visión universalista y antinacionalista de la historia, la valoración positiva de la ley como instrumento de cambio o la creencia en un progreso inherente al devenir de las cosas. Al contrario, tanto Ranke como Savigny rechazaban el universalismo abstracto, el papel de la ley y la creencia apriorística en el progreso. Así pues, el historicismo *stricto sensu* –el de Ranke o Savigny– era contrario al pensamiento hegeliano. Si aquí hemos preferido incluir a Hegel como exponente de este paradigma, es porque le corresponde el gran mérito de haber tematizado la historia como materia filosófica. Pese a las grandes diferencias entre unos y otros autores, en todos los casos latía un mismo espíritu: la firme convicción de que la realidad estaba íntimamente preñada por el hálito del pasado<sup>136</sup>.

En definitiva, lo que comparten todas las manifestaciones mencionadas –desde la teoría darwiniana de la evolución hasta la emergencia de la filosofía de la historia– es la noción de historicidad. Se trata de una idea que ha adquirido una enorme complejidad desde que Heidegger la utilizara con profusión, pero puede entenderse de forma menos técnica. En este sentido, la historicidad sería un concepto útil para caracterizar a todas aquellas corrientes que plantean el problema ontológico del *ser* en términos de *ser histórico*<sup>137</sup>. Así las cosas, no es casual que muchas doctrinas historicistas terminaran coaligándose con el positivismo. Y es que el llamamiento a la *historicidad*, en efecto, no era sino una forma de reivindicar la *positividad*: la realidad no tiene un fundamento más allá de lo tangible, lo visible o lo empíricamente constatable, sino que *es* eso mismo que acaece. O dicho de otra manera: la realidad es el precipitado de la historia. Así se explican casos como los de Comte o Marx, que partieron de un enfoque historicista pero terminaron abrazándose al positivismo: el francés mediante una remisión a la ciencia de la sociedad y el alemán mediante un materialismo de impronta economicista (aquí está la distinción entre el primer y el segundo Marx)<sup>138</sup>.

La importancia de este trasiego para el mundo del Derecho se explica en términos similares. También en este ámbito, la apelación a la historicidad acabó por traducirse en clave de positividad. Especialmente en Alemania, la aparición del historicismo sirvió

---

<sup>135</sup> Vid. ORTEGA Y GASSET, José, “La filosofía de la historia de Hegel y la historiología”, en HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de José Gaos, pról. de José Ortega y Gasset, Alianza, Madrid, 2001, pp. 17-18.

<sup>136</sup> Vid. FERRATER MORA, José, “Historicismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, revisado, aumentado y actualizado por Josep-María Terricabras, Ariel, Barcelona, 2004, tomo II, pp. 1663-1665.

<sup>137</sup> Vid. FERRATER MORA, José, “Historicidad”, en ID., *Diccionario de filosofía*, cit., pp. 1662-1663.

<sup>138</sup> Vid. ALTHUSSER, Louis, *La revolución teórica de Marx* [1965], 26ª ed., trad. e introd. de Marta Harnecker, Siglo XXI, México, 2004, pp. 25 y ss.

para desbrozar la senda a la definitiva demolición del Derecho natural. Así, aunque sin aproximarse todavía a teorías positivistas, los autores de la Escuela histórica elaboraron una crítica bien fundamentada del iusnaturalismo<sup>139</sup>. De aquí se deriva que tanto Bobbio como González Vicén hayan coincidido en ver a la Escuela histórica como preparatoria del positivismo jurídico: aunque muchos de sus miembros siguieran profesando ideas de profundo calado metafísico, lograron sembrar el terreno para que creciera el positivismo jurídico<sup>140</sup>. El mecanismo a través del que esto tuvo lugar fue de sustitución: mientras que en los siglos precedentes se había manejado la noción de Derecho natural, a partir de ahora se reemplazaría por la de Derecho histórico.

De algún modo, se revela aquí uno de los rasgos que Thomas Kuhn señalaba como indispensables para que tuviera lugar el tránsito entre dos paradigmas sucesivos: sólo si existe una alternativa suficientemente solvente con la que estructurar el conocimiento y la investigación, puede producirse el abandono del paradigma precedente<sup>141</sup>. Este fue el papel que desempeñó el historicismo en relación con el positivismo jurídico. Aunque el paradigma no quedara completo tras su aparición, fue el basamento necesario sobre el que pudo crecer. En un texto de 1841, Johann Jakob Bachofen estableció una oposición tajante entre el Derecho natural y el Derecho histórico, circunscribiendo al segundo la única legitimidad como objeto de la ciencia jurídica. Como ha dicho González Vicén, la diferencia entre historia del Derecho y ciencia jurídica se diluía así de forma inevitable: “la ciencia del Derecho no tiene, por eso, un cometido creador, sino que es una ciencia histórica y sólo se distingue de la historia del Derecho en sentido estricto, en que ésta estudia el Derecho de aquella parte de Historia que llamamos pasado, y aquélla, el de aquella otra que llamamos presente”<sup>142</sup>.

La distinción entre una parte de la historia “pretérita” y una parte “presente” sólo se entiende si tenemos en cuenta las coordenadas establecidas en los párrafos anteriores: al igual que veíamos con la filosofía de la historia de Hegel, o con la historiografía de un Ranke, un Michelet o un Macaulay, la frontera entre lo histórico y lo filosófico quedaba

---

<sup>139</sup> Vid. BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, trad. e introd. de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978; GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883.

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 35-38; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela histórica del Derecho”, cit., pp. 101-146.

<sup>141</sup> Vid. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas* [1962], trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, cit., pp. 128 y ss.

<sup>142</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Introducción” a BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, cit., pp. 31-32.

reducida a verdaderos mínimos. Poco a poco, la Escuela histórica se iría deslindando entre un sector más “antiquario” y otro más dogmático<sup>143</sup>. Mientras que el primer bloque se dedicaría al estudio del Derecho en términos exclusivamente históricos, centrándose en el análisis filológico de las antiguas pandectas romanas o de las fuentes tradicionales del Derecho germánico, el segundo tendería a reciclar e interpretar el Derecho histórico en clave contemporánea. Mientras que en Savigny estas dos vetas convivieron de forma relativamente armónica, a partir de Puchta o Windscheid se privilegiará sin ambages la vertiente dogmática.

Aquí estaba latente otro de los significados del historicismo. Y es que, pese a que muchas de sus manifestaciones cayeran en una veneración reverencial del pasado, su intención fue establecer una línea de continuidad entre lo antiguo y lo contemporáneo. Interpretado desde un punto de vista político-social, el historicismo fue una reacción ante la industrialización, la tecnificación y los cambios sociales que éstas acarrearón<sup>144</sup>. En este sentido, la remisión al pasado no se entendía necesariamente como un regreso contemplativo a lo antiguo, sino como una forma de buscar estabilidad al traqueteo del presente. Aquí es imprescindible distinguir entre las vetas románticas del historicismo y las que empezaron a darse en la segunda mitad de siglo. Las primeras se tradujeron en una actitud escapista frente a la novedad, que va desde la novela medievalista de Walter Scott hasta la pintura prerrafaelita, y que se refleja en pioneros de Savigny como Justus Möser: antes que trazar una historia del mundo o de Alemania, Möser se empeñó en hacer una historia de la pequeña ciudad de Osnabrück<sup>145</sup>. A partir de mediados del XIX, sin embargo, se empezó a leer el pasado con vocación actual. El escapismo romántico cedería el paso a un realismo consciente, embebido de historicismo, pero comprometido en transformar el presente con la argamasa del pretérito.

Desde este punto de vista, la historización del conocimiento terminaría implicando su positivización. Especialmente en el ámbito jurídico, el historicismo allanó el camino para la progresiva naturalización de la ciencia del Derecho. El concepto de historicidad empezaría a interpretarse en términos actuales y, poco a poco, pasaría a significar algo

---

<sup>143</sup> WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, pp. 33 y ss. y 70 y ss; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, pp. 430 y ss.

<sup>144</sup> Vid. BURCKHARDT, Jacob, *Sobre las crisis en la historia*, ed. y versión de Felipe González Vicén, Nueva Época, Madrid, 1946, pp. 47-59; CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., p. 22; WIEACKER, Franz, “Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution”, en ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag, Kronberg, 1974, pp. 55-78.

<sup>145</sup> MÖSER, Justus, *Osnabrückische Geschichte*, Friederich Nicolai, Berlin und Stettin, 1780.

así como realidad social. En este sentido, no es casual que Jhering transitase hacia una ciencia jurídica sociológica, ni que autores como Kantorowicz o Ehrlich edificasen sus teorías antiformalistas sobre la base de un historicismo reinventado<sup>146</sup>. En primer lugar, la apelación al Derecho histórico sirvió para que los juristas pudieran desembarazarse del Derecho natural sin necesidad de lanzarse al vacío. En segundo lugar, y con una vocación más constructiva, la historicidad allanó el camino a la idea de positividad: y es que la historia, en el fondo, no es sino un conglomerado de sucesos del mundo real. En definitiva, por mucho que el historicismo suele venir rodeado de un aura romántica<sup>147</sup>, lo cierto es que abrió la puerta al empirismo.

Un ejemplo afortunado de esta transición es el de Bachofen, a quien acabamos de citar por su conferencia sobre el Derecho natural y el Derecho histórico. Mientras que en la primera mitad de su vida profesó el método filológico-anticuario de la escuela de Savigny –fue discípulo de Gustav Hugo, de Ranke y del propio Savigny– hacia los años cincuenta del XIX empezó a virar hacia la antropología. Es así como, en general, su figura es más conocida por el libro sobre el matriarcado, sobre la simbología funeraria o por su influencia sobre Friedrich Engels. Aunque seguiría manteniéndose en un punto de vista idealista y marcadamente romántico –de ahí su hincapié en el estudio de las formas simbólicas y religiosas–, lo cierto es que el historicismo le abrió las puertas a las disciplinas que estaban sobresaliendo gracias al auge del positivismo: la sociología y la antropología<sup>148</sup>. Jhering no sufrió una conversión disciplinar tan llamativa como la de Bachofen, pero también experimentó una evolución notable. Así es como se explica su interés tardío por la sociología y, en particular, una obra de contenido antropológico como la *Prehistoria de los indoeuropeos*.

En suma, la influencia del historicismo fue esencial para el mundo del Derecho. La naturalización del objeto de estudio se dio en numerosos aspectos. La teoría del Estado, por ejemplo, abandonó el contractualismo de los siglos anteriores y pasó a concebirse en términos históricos. El Estado ya no sería una creación artificial emanada del acuerdo

---

<sup>146</sup> Vid. KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?” [1911], en ID., *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von Helmut Coing und Gerhard Immel, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, pp. 397-417; ID., *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1925; EHRLICH, Eugen, “Soziologie und Jurisprudenz” [1906], en ID., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, hrsg. von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 88-103.

<sup>147</sup> Buena parte de esta percepción sobre el historicismo se debe a Karl Popper, que trazó una imagen muy negativa de dicha corriente. A su juicio, el historicismo supuso un distanciamiento de la ciencia honesta, metódica y adecuadamente edificada sobre un equilibrio entre racionalismo y empirismo. Vid. POPPER, Karl R., *La miseria del historicismo*, trad. de Pedro Schwartz, Alianza, Madrid, 2002, pp. 11-14 y 19 y ss.

<sup>148</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Introducción” a BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, cit., pp. 10-14.

de voluntades libremente otorgadas, sino una creación de las fuerzas históricas, un fruto de la evolución de los pueblos que no puede reducirse a fórmulas matemáticas. Más que como una máquina –la metáfora preferida por la mentalidad del racionalismo– el Estado empezó a concebirse como un organismo vivo<sup>149</sup>. Las consecuencias de esta mutación conceptual fueron enormes: a partir del XIX, el Estado perdería el carácter voluntario que tenía en el modelo contractualista, y empezaría a verse como una realidad histórica inevitable, emanada de la idiosincrasia de cada pueblo y, por tanto, dotada de una cierta intangibilidad<sup>150</sup>. Además de los condicionamientos ideológicos que ya se examinaron en el capítulo anterior, también este proceso pudo influir en la alta valoración de Jhering respecto a las instituciones estatales.

Junto a este cambio en la forma de concebir el Derecho y el Estado, se produjo una transformación epistemológica en la manera de abordar su estudio. Ya hemos visto que, a partir del siglo XIX, la filosofía jurídica empezó a forjarse como nueva disciplina. Lo que importa destacar ahora es que la investigación histórica se convertiría en una pieza fundamental para esta rama del saber. El análisis del pasado como forma de construir el Derecho del presente –la esencia de la pandectística– se trasladó también a la reflexión filosófica: a partir de entonces, y sobre todo a lo largo del XX, la filosofía del Derecho añadió a sus cometidos la historia del pensamiento jurídico<sup>151</sup>. No es casual que, por ejemplo, von Gierke dedicara una monografía a un autor clásico como Althusius<sup>152</sup>, o que Kelsen tuviera que aplicarse en un amplio estudio histórico para fundamentar sus teorías: aunque pasa por ser uno de los representantes del positivismo más conceptual, lo cierto es que tuvo que desarrollar un exhaustivo trabajo histórico-filosófico antes de atreverse con la *Teoría pura del Derecho*<sup>153</sup>.

Esto es lo que explica, además, la diferente manera de concebir la filosofía jurídica en los países anglosajones y los continentales. Mientras que en los primeros no se suele acudir a la historia del pensamiento como recurso para la argumentación, se trata de una

---

<sup>149</sup> KAUFMANN, Erich, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1908, pp. 1-7 y 12-13; STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II (1800-1914)*, C. H. Beck, München, 1992, pp. 123-126.

<sup>150</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "Introducción" a BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, cit., p. 26.

<sup>151</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Hegel, Ortega y los presupuestos historiográficos de la filosofía del Derecho", en ID., *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de derecho y el Departamento de filosofía del derecho de la Universidad de Sevilla*, coord. de Rafael González-Tablas, Universidad de Sevilla, 2009, pp. 143-177.

<sup>152</sup> GIERKE, Otto von, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, Koebner, Breslau, 1880.

<sup>153</sup> KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Neudr. der 2. Aufl. [1923], Scientia Verlag, Aalen, 1984.

práctica común en el continente<sup>154</sup>. Esta fue una de las divergencias que se constataron en el famoso congreso de Bellagio sobre el positivismo –celebrado en 1961–, donde se dieron cita numerosos representantes de la filosofía del Derecho europea y anglosajona. Una de las cosas que más sorprendieron a los anglosajones fue la familiaridad con que sus colegas manejaban las ideas kantianas o hegelianas respecto al Derecho y el Estado, y la frecuencia con que las utilizaban a la hora de argumentar<sup>155</sup>. Aunque todos los participantes partían de un marco iuspositivista, la vertiente anglosajona del paradigma no se había visto tan influida por el historicismo como la continental. De hecho, podría decirse que el positivismo anglosajón se fundó como antídoto frente a la sacralización de la historia característica del *Common Law*<sup>156</sup>.

De ahí se deriva que, si bien el positivismo continental bebió del historicismo como fuente principal, la manifestación anglosajona del paradigma se vio más influida por el utilitarismo<sup>157</sup>. En el pensamiento de Jhering, como ya dijimos al inicio de este capítulo, las dos vetas son complementarias. Si hemos preferido empezar con la historicista, es porque fue la más importante a lo largo de su trayectoria. No obstante, como veremos enseguida, las repercusiones de esta corriente no fueron mecánicas ni unidireccionales. Dada su complejidad, hemos preferido dividir la exposición en dos partes. En primer lugar, intentaremos abordar la importancia que tuvo Montesquieu en la conformación de sus ideas. En segundo lugar, veremos el papel que desempeñó uno de los representantes menos ortodoxos del historicismo en sentido estricto, Georg Wilhelm Friedrich Hegel. En este último caso, como ya explicaremos, la influencia se tradujo en un cierto viraje respecto a la orientación de Savigny.

### 2.3. La influencia de Montesquieu

Es habitual ver la Ilustración como un periodo embebido por una fe inquebrantable en el progreso y por un optimismo sin fisuras respecto al ser humano. Sin embargo, las cosas no son tan claras. Si echamos un vistazo a los grandes nombres de la época, nos daremos cuenta de que su pensamiento es menos diáfano de lo que creemos. El *Cándido* de Voltaire es todo un manifiesto del desengaño moderno. Tras la retahíla de desgracias

---

<sup>154</sup> Vid. D'AGOSTINI, Franca, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, trad. de Mario Pérez Gutiérrez, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 23-40 y 43-66.

<sup>155</sup> Vid. FALK, Richard A., y SHUMAN, Samuel I., "The Bellagio Conference on Legal Positivism", *Journal of Legal Education*, 1961-1962, pp. 213-228.

<sup>156</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 91-96.

<sup>157</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 85-91.

que el protagonista ve a lo largo de su travesía –guiado por el consejo de un racionalista a machamartillo, Pangloss, y de un escéptico recalitrante, Martín– concluye con una agridulce manifestación de estoicismo individualista, adelantándose así al “tímido amor a la vida” del que nos hablará Claudio Magris en el XX<sup>158</sup>: “todo eso está muy bien, respondió Cándido, pero es necesario cultivar nuestro jardín”<sup>159</sup>. Si nos fijamos en otro ilustrado arquetípico, Rousseau, encontraremos tantas luces como sombras. En su vida, encarnó a la perfección el prototipo de intelectual romántico: contradictorio, solitario y apasionado<sup>160</sup>. Desde el punto de vista filosófico, escribió una de las contribuciones más desencantadas sobre el progreso, *El discurso sobre las ciencias y las artes*: a su juicio, el desarrollo de la cultura y la civilización eran las causas de la degeneración humana<sup>161</sup>. Por último, si acudimos a Diderot, los claroscuros anteriores se vuelven a confirmar: frente a la defensa de los valores de la proporción, la estética apolínea y el equilibrio, en *El sobrino de Rameau* nos anuncia un modelo de arte que se acerca más a lo romántico: estridente, anárquico y rebelde<sup>162</sup>.

Pues bien, quizá es en Montesquieu donde nos encontramos al mayor exponente de esta dualidad. De acuerdo con la exégesis más habitual, le debemos a Montesquieu la teoría de la división de poderes y, en sentido amplio, una doctrina completa sobre las limitaciones del poder. La imagen de los pesos y contrapesos, que se ha convertido en un lugar común de la teoría constitucional, también suele retrotraerse hasta su obra. Sin embargo, ni esta metáfora ni la reducción de su teoría a la división de poderes le hacen justicia. Para empezar, nunca empleó la imagen de la balanza o del peso y contrapeso, sino que prefirió rescatar el modelo organicista como guía de su pensamiento: más que como una máquina llena de engranajes, bielas y poleas, el Estado y sus instituciones se comportan como un cuerpo vivo<sup>163</sup>. En este sentido, su filosofía se acerca mucho más a la tradición pre-contractualista o al modelo historicista del siglo XIX, que a la creencia mecanicista en un mundo ordenado según relaciones de causa-efecto y edificado sobre

---

<sup>158</sup> Vid. MAGRIS, Claudio, “Utopía y desencanto”, en ID., *Utopía y desencanto. Historias, esperanzas e ilusiones de la modernidad*, trad. de José Antonio González Saiz, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 7.

<sup>159</sup> Vid. VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme*, éd. présentée et annotée par Jacques Van den Heuvel, texte établi par Frédéric Deloffre (collaboration de Jacqueline Hellegouarc'h), Gallimard, Paris, 1992, p. 155.

<sup>160</sup> Vid. RIBOTTA, Silvina, “La antiilustrada vida del ilustrado Rousseau”, en *Derechos y libertades*, nº 20, junio 2009, pp. 163-204.

<sup>161</sup> Vid. ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Discours sur les sciences et les arts / Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. de Jacques Roger, Flammarion, Paris, 1971, pp. 27-55.

<sup>162</sup> Vid. DIDEROT, Denis, *Le neveu de Rameau (et autres dialogues philosophiques)*, textes établis et présentés par Jean Varloot, notes de Nicole Évrard, Gallimard, Paris, 1972, pp. 33-131.

<sup>163</sup> Vid. TIERNO GALVÁN, Enrique, “Introducción”, a MONTESQUIEU, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, 4ª ed., trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1998, p. XL. El organicismo se trasluce especialmente al exponer la constitución del modelo inglés de separación de poderes.

una pauta matemática de regularidad infalible. En segundo lugar, el quid de su obra no sólo está en la doctrina de la división de poderes. Esta percepción sobre su pensamiento se afianzó desde que los revolucionarios franceses leyeron *El espíritu de las leyes*, pero en realidad sólo el libro XI aborda dicha problemática<sup>164</sup>. Y es que, en realidad, esta obra se asemeja más a un inmenso tratado de antropología, que a un brevariario de teoría constitucional o a un manual de Derecho.

En definitiva, la personalidad intelectual de Montesquieu está a caballo entre dos épocas: aunque se inserta en la era iluminista por su amor a la ponderación, al equilibrio y a la razón, sus ideas apuntan con fuerza hacia el siglo XIX. Este es un aspecto de su filosofía que se ha venido recalando desde que Friedrich Meinecke escribiera su obra sobre el historicismo, donde situaba a Montesquieu como pionero de esta corriente<sup>165</sup>. Son muchos los elementos historicistas que se pueden recabar en el *Espíritu de las leyes*. En primer lugar, la imagen organicista es la que predomina a lo largo de sus páginas<sup>166</sup>. Como ha dicho Tierno Galván, una de las nociones recurrentes es la de autodestrucción, es decir, el principio según el cual cada institución, cada pueblo y cada época porta en su interior la semilla de su acabamiento: el desarrollo de la historia no obedece a la acción de causas exógenas, sino que todo fenómeno está condenado a desaparecer a manos del mismo principio que le dio la vida<sup>167</sup>.

Esta teoría, que aplica la idea de un ciclo vital a la historia y la política, será clave para el mundo del historicismo: frente a la creencia en una estabilidad tendencial de las leyes y las instituciones –característica del racionalismo– a partir de ahora se empezará a considerar que el Derecho evoluciona del mismo modo que la materia orgánica. Las leyes, según Montesquieu, “son relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas”<sup>168</sup>. Lejos del iusnaturalismo a la vieja usanza, en esta sentencia hay una manifestación del multiseccular pensamiento de la “naturaleza de las cosas”, es decir, la idea de que las leyes nacen y crecen en función de las circunstancias vitales por las que surgen<sup>169</sup>. Se trata de un enfoque que, en cierto modo, constituye una bisagra entre el mundo del iusnaturalismo y el positivismo. Y desde luego, se trata del credo esencial de la Escuela histórica del Derecho.

---

<sup>164</sup> TIERNO GALVÁN, Enrique, “Introducción”, cit., p. XXXVI.

<sup>165</sup> MEINECKE, Friedrich, *Die Entstehung des Historismus*, 1. Bd., *Vorstufen und Aufklärungshistorie*, Oldenbourg, München und Berlin, 1936, pp. 125-192.

<sup>166</sup> MONTESQUIEU, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, cit., pp. 107-114.

<sup>167</sup> TIERNO GALVÁN, Enrique, “Introducción”, cit., pp. XXXII-XXXIII.

<sup>168</sup> MONTESQUIEU, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 7.

<sup>169</sup> Vid. RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* [1948], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960, pp. 24-28.



Desde esta perspectiva, se entiende que el objeto de Montesquieu no sólo fueran las leyes –en sentido formal– sino el más ancho universo de las costumbres. También aquí nos encontramos con un precedente de la Escuela histórica. El *Espíritu de las leyes* es un auténtico compendio de antropología jurídica comparada, donde se pasa revista a un sinfín de manifestaciones consuetudinarias y se examina la adecuación de las normas a variables de orden político, económico y social. Sobre todo a partir de la tercera parte de la obra, Montesquieu emprende un análisis que le ha valido el justo calificativo de padre de la sociología política<sup>170</sup>, la jurisprudencia sociológica<sup>171</sup> o de la sociología a secas<sup>172</sup>. En esta parte del libro, el autor francés desarrolla una tesis que, aunque ya había tenido defensores en el pasado<sup>173</sup>, cobrará auténtico relieve a partir de su contribución: la idea de que las leyes están determinadas por el clima del lugar en el que nacen<sup>174</sup>. En función de la latitud, las características del suelo, etcétera, variarán el carácter, las costumbres y, por ende, las leyes de los pueblos.

Se trata de una modalidad de determinismo geográfico que florecerá con la llegada del positivismo y que podemos encontrar en autores muy dispares, desde Macaulay hasta Ganivet o Unamuno. En este último, por ejemplo, alcanzó un grado de paroxismo que hoy nos produce incredulidad, pero que en su época llegó a ser un lugar común: “son mayores las circunvoluciones en el cerebro humano que en los de los demás animales y mayores en el del blanco que en el de razas inferiores. Y bien puede decirse que el tener el europeo más *periférico* el cerebro que el negro de África es reflejo de tener Europa más perímetro de costa, seis veces más respecto al área, que el de África [...]. Grecia, Italia, Inglaterra deben a sus costas, sobre todo, su cultura; Francia, a ser el *quiasma*, el nodo de inervación europea occidental; Alemania, a la *periferia* interna de sus mil estallidos”<sup>175</sup>. Por muy sorprendentes que hoy nos parezcan este tipo de ideas, hay que tener en cuenta que se trataba de un presupuesto generalmente admitido hacia

---

<sup>170</sup> IPSEN, Gunther, “Montesquieu und die politische Soziologie”, en AA. VV., *Montesquieu-Traditionen in Deutschland. Beiträge zur Erforschung eines Klassikers*, hrsg. von Edgar Mass und Paul-Ludwig Weinacht, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 75-84.

<sup>171</sup> EHRLICH, Eugen, “Montesquieu and sociological jurisprudence”, en ID., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, cit., pp. 195-210.

<sup>172</sup> DURKHEIM, Émile, *Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología*, trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azúa y estudio preliminar de Helena Béjar, Tecnos, Madrid, 2000.

<sup>173</sup> Vid. BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, selección, trad. y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 213-226. Vid. también SCHRÖDER, Jan, “Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre”, en ID., *Rechtswissenschaft in der Neuzeit: Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, hrsg. von Thomas Fikentscher, Claes Peterson und Michael Stolleis, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 221-227.

<sup>174</sup> MONTESQUIEU, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, cit., pp. 155 y ss.

<sup>175</sup> UNAMUNO, Miguel de, *En torno al casticismo*, en ID., *Obras selectas de Unamuno*, 3ª ed., con prólogo de Julián Marías, Editorial Plenitud, Madrid, 1966, pp. 124-125.

finales del XIX y principios del XX. En el caso de la frase citada, además, se concitaban el determinismo de raigambre dieciochesca –legado por Montesquieu– con el nuevo aire científicista fomentado por el positivismo.

En *El espíritu de las leyes*, el clima es el elemento principal para determinar cómo son las leyes de cada pueblo. No obstante, su autor se detiene en muchos otros factores que enriquecen su apuesta socio-antropológica. Así, en el libro XIX analiza la influencia de las costumbres sobre las leyes, en el XX y el XXI la relación del Derecho con las prácticas comerciales, en el XXIII la importancia de la demografía para el carácter de cada cultura jurídica, y en el XXIV, por poner un último ejemplo, se para a reflexionar sobre el vínculo de las leyes con la religión. El libro XIX es especialmente importante a nuestros efectos, porque de allí fue de donde bebieron los miembros de la Escuela histórica. Para Montesquieu, era fundamental que el legislador se acomodara al “espíritu general de la nación”<sup>176</sup> y que no utilizara las leyes para modificar las costumbres de un país: “cuando un príncipe quiere realizar grandes cambios en su nación, reformará por medio de leyes lo que está establecido por las leyes, y por medio de costumbres lo que está establecido por las costumbres. Es mala política cambiar por las leyes lo que debe ser cambiado mediante nuevos hábitos”<sup>177</sup>.

Esta conciencia respecto a la fuerza y el valor de lo consuetudinario, así como la idea del “espíritu general de la nación”, se trasladarán al mundo de ideas de la Escuela histórica. Se ha discutido mucho respecto al origen de la doctrina del espíritu del pueblo (*Volksgeist*). Kantorowicz ha identificado la primera aparición de la palabra en una obra de juventud de Hegel, que no sería publicada hasta mucho después de su muerte, en 1907<sup>178</sup>. Por esta misma razón es imposible sostener –como se ha hecho a menudo– que los autores de la Escuela histórica tomasen la noción del gran filósofo suabo<sup>179</sup>. Como ha documentado Jan Schröder, la idea del espíritu del pueblo circulaba en los ambientes jurídicos y filosóficos desde hacía al menos dos siglos. Johannes Althusius (1563-1638) hablaba del “ingenium populi”, Hermann Conring (1606-1681) de “indoles populi” o de “animus populi”, y Justus Henning Böhmer (1674-1749) de “genius populi”<sup>180</sup>. Desde

---

<sup>176</sup> MONTESQUIEU, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 205.

<sup>177</sup> MONTESQUIEU, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 208.

<sup>178</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, *Historische Zeitschrift*, nº 108, 1912, p. 300.

<sup>179</sup> Así lo han hecho, entre otros: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Introducción” a BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, cit., p. 21; o STERN, Jacques, “Introducción” a SAVIGNY, Friedrich Carl von y THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. de José Díez García, Aguilar, Madrid, 1970.

<sup>180</sup> Vid. SCHRÖDER, Jan, “Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre”, cit., pp. 222-232.

este punto de vista, parece evidente que el concepto de espíritu del pueblo ya estaba acuñado en el imaginario jurídico centroeuropeo desde antes de que surgiera la locución “Volksgeist”. De hecho, puede leerse también en autores del iusnaturalismo racionalista como Grocio, Pufendorf o Tomasio<sup>181</sup>.

Una de las etapas centrales del recorrido de esta idea se encuentra precisamente en Montesquieu, en quien Kantorowicz ha situado el punto de inflexión fundamental. A su modo de ver, fue en el pensamiento del francés donde Savigny encontró la inspiración para desarrollar el programa de la escuela histórica del Derecho<sup>182</sup>. Aunque es innegable que tuvo muchas otras fuentes —especialmente la filosofía de la historia de Herder y el pensamiento de Schelling<sup>183</sup>—, sí parece plausible admitir una importante repercusión de Montesquieu. No en vano, el alemán lo citó en dos ocasiones en *Sobre la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, ambas de forma laudatoria y refiriéndose a pasajes concretos del *Espíritu de las leyes*<sup>184</sup>. El hecho de que el propio Savigny no utilizase todavía la expresión concreta de *Volksgeist*, sino las de convicción o conciencia común del pueblo, también podría abonar la idea de que el *Espíritu de las leyes* fue una de sus referencias principales<sup>185</sup>. En cualquier caso, con independencia de Savigny, es indudable que la teoría de Montesquieu se conocía bien en Alemania y que la Escuela histórica contribuiría a un reverdecimiento de sus ideas<sup>186</sup>. En este sentido, no es casual que el oponente directo del padre de la Escuela, A. F. J. Thibaut, aludiese a la filosofía del francés como algo denostable<sup>187</sup>.

Probablemente fuese a través de Savigny como Jhering pudo acercarse a la obra de Montesquieu. Sin embargo, al contrario que Hegel, el *Espíritu de las leyes* no figuraba entre sus primeras lecturas. La primera referencia que encontramos a Montesquieu data de 1854, en una carta dirigida a su amigo y colega Friedrich Gerber. Dada su relevancia, conviene traducirla por extenso: “por cierto, estoy leyendo ahora mismo a Montesquieu (cosa que no conseguí hacer antes), el padre de todos los «espíritus» del Derecho. Qué hombre, qué grandeza. Cada página me llena de un respeto y una admiración cada vez

---

<sup>181</sup> SCHRÖDER, Jan, “Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre”, cit., pp. 228-232.

<sup>182</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, cit., pp. 296-298 y 304.

<sup>183</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 68-72.

<sup>184</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, en HATTENHAUER (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. erw. Aufl., Franz Vahlen, München, 2002, pp. 78 y 112.

<sup>185</sup> Vid. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., pp. 72-79.

<sup>186</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La Escuela histórica del Derecho”, ID., *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, cit., pp. 104-106.

<sup>187</sup> THIBAUT, Anton Friedrich Justus, “Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”, en *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, cit., p. 54.

más grandes hacia su genialidad. ¿Y qué es lo que han aprendido los juristas alemanes de él? Cuando el libro apareció, estas sabandijas se abalanzaron sobre algunos puntos miserables de la historia del Derecho romano, queriendo enmendarle la plana, mientras que los muy cegatos no tuvieron ojos para las ideas grandiosas e histórico-universales [...]. Se engulle, se comenta, se reseña y se saluda como un avance a cualquier andrajoso Compendio de Pandectas, a cualquier ruinoso manual de Derecho civil, ¡y no se lee a Montesquieu! Deploro no habérselo aconsejado antes a mis alumnos, pese a que ya lo conocía; ¡pero recuperaré el tiempo perdido<sup>188</sup>!

Es evidente que Jhering no utilizó a Montesquieu como fuente para el estudio de la historia del Derecho romano, pues no volvió a aludir a su obra en los siguientes tomos del *Espíritu*. En este sentido, es cierto que las apreciaciones historiográficas del francés dejaban bastante que desear: como ya advertía Savigny en *Sobre la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, los conocimientos de Montesquieu respecto a la historia jurídica de Roma eran demasiado indirectos<sup>189</sup>. Sin embargo, es indiscutible que el planteamiento del ilustrado influyó en la concepción del *Espíritu del Derecho romano*. Aunque Jhering no tuvo un conocimiento exhaustivo del *Espíritu de las leyes* hasta 1854 –como confirma la carta citada– el mismo enfoque de su obra revela un propósito similar al de Montesquieu: trazar un panorama filosófico de alcance histórico-universal –no historiográfico– respecto a la influencia del Derecho romano en nuestra civilización. Del mismo modo, al autor francés le interesaba establecer una idea general respecto al modo en que surgen las leyes y a su interacción con la sociedad. En resumen, en ambos casos se trataba de hallar un “espíritu”.

La carta citada constituye un valioso documento para confirmar lo anterior. Y es que la referencia a Montesquieu se insertaba en una apreciación más general respecto al estado de la ciencia jurídica alemana: “¡estos obtusos colegas! Cuando el espíritu se les aproxima, primero arrugan la nariz y se envuelven en el tosco tabardo de su positivismo y su micrología, y a continuación no son capaces de resistir la tentación de intentarlo al menos una vez con el espíritu, después de lo cual suelen producir cosas en las que sólo los olfatos ineptos logran percibir algo que no sea tufo a cuadra y estiércol (que es, por otra parte, la inevitable atmósfera en la que éstos viven)”<sup>190</sup>. Salta a la vista el profundo desprecio que Jhering sentía por la ciencia jurídica escolástica, excesivamente detallista

---

<sup>188</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber (7. August 1854)”, en LOSANO, Mario G. (Hrsg.), *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber (Teil I)*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984, p. 117.

<sup>189</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Vom Beruf unsrer Zeit...”, cit., p. 112.

<sup>190</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber (7. August 1854)”, cit., p. 117.

y cerrada a las ideas generales sobre el Derecho. Lo que interesa subrayar ahora es que fue precisamente después de esta invectiva cuando se refirió con palabras elogiosas al planteamiento filosófico de Montesquieu.

En esta etapa de su trayectoria, el influjo del autor francés se siente todavía bajo la órbita de un cierto idealismo: la pretensión de hallar un “espíritu”, sea cual sea, reflejaba la sempiterna dicotomía entre forma y materia, apariencia y realidad o, por utilizar la misma terminología, cuerpo y espíritu. La retórica del espíritu, en efecto, había invadido la escena desde la llegada del idealismo: pese a sus diferencias, tanto Fichte como Schelling o Hegel utilizaban con profusión dicho concepto. Así pues, no es de extrañar que la Escuela histórica asumiera la vertiente más idealista de Montesquieu y lo leyera en un sentido “híper-romántico”<sup>191</sup>. Así es como la idea del espíritu general de la nación se intercambiò por la de *Volksgeist* y, en vez de significar un conjunto de factores – geográficos, religiosos, culturales, etc.<sup>192</sup>– pasó a concebirse como una fuerza metafísica que actuaba por debajo de la vida de cada pueblo. Jhering no tomó esta acepción tan romántica del concepto, pero siguió interpretando la noción de espíritu en un sentido idealista. Así se explican las frecuentes alusiones a un “mecanismo interno”<sup>193</sup>, a los “resortes ocultos, las últimas causas o el trasfondo espiritual de la entera evolución del Derecho”<sup>194</sup>. En definitiva, como ha dicho Rückert, lo que hizo Jhering fue “dinamizar la metafísica de la substancia tradicional”<sup>195</sup>.

El propio Jhering fue consciente de haber caído en esta forma de idealismo, cuando se burló de sí mismo en *Bromas y veras de la ciencia jurídica*. En la primera carta de las que integran el volumen, al presentar el objeto general de todo el libro, nuestro autor se refirió críticamente a esta manera de asumir a Montesquieu: “sólo nuestra pobre ciencia jurídica, la cenicienta de todas las ciencias, sigue tan huérfana como de costumbre y se encuentra a la zaga por lo menos veinte o treinta años, pues ni una sola vez ha sido objeto, por lo que yo sé, de ninguna carta. Parece que ha gozado de mayor lozanía en otra modalidad moderna: la del *espíritu*. Desde que Montesquieu abriera la veda con su *Espíritu de las leyes*, no ha faltado quien destilara el espíritu del Derecho romano, del Derecho prusiano, etc., para luego ofrecerlos por unas pocas monedas a todo amante del

---

<sup>191</sup> Vid. KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?” [1911], cit., pp. 400-401.

<sup>192</sup> Vid. MONTESQUIEU, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 205: “varias cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las máximas del Gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres y los hábitos, de todo lo cual resulta un espíritu general. A medida que una de estas causas actúa en cada nación, con más fuerza, las otras ceden en proporción”.

<sup>193</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 15.

<sup>194</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 16.

<sup>195</sup> RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings «Geist» und Jherings «Zweck»”, cit., p. 135.

género. Y si esta moda se asienta aún más, sin duda podremos esperar que aparezcan el espíritu del Derecho territorial de Katzenellenbogen, el del Derecho público de Hesse, y cualesquiera otros espíritus de esta laya”<sup>196</sup>.

A partir de este momento, como ya se expuso en el anterior capítulo, Jhering iría renegando de muchas de sus ideas juveniles. Sin embargo, la influencia de Montesquieu no cesó con este cambio, sino que se reorientó en otra dirección. Desde mediados de los años sesenta, merced a un proceso paulatino, nuestro autor empezó a concentrarse en la vertiente más empírica y sociológica del francés. Y es que, como ha sostenido Ehrlich, la mayor novedad de Montesquieu fue plantear la tarea de la ciencia de la legislación en términos empíricos: si bien en otros aspectos no pudo dejar de ser hijo de su época, fue un auténtico abanderado en la reivindicación del acercamiento científico para el estudio del Derecho. Desde este punto de vista, sería un pionero de la sociología jurídica<sup>197</sup>. Así empezó a abonar el terreno para la recepción de Montesquieu en el siglo XX: en vez de la lectura romántica de Savigny, se comenzaría a interpretar su obra como rampa de salida para la sociología, tanto política como jurídica<sup>198</sup>. De esta manera, se pasó de una exégesis más nacionalista a una visión cosmopolita, con lo que por fin se hacía justicia al prisma con el que concibió sus ideas<sup>199</sup>.

Ya en *La lucha por el Derecho* se alude a Montesquieu desde este nuevo prisma, interpretándolo en un sentido materialista. El objeto de esta obra era preguntarse por la evolución del Derecho, por los motivos que alimentan su creación y su transformación. Por usar su propia terminología, se trataba de una investigación sobre el funcionamiento del sentimiento jurídico, al que Jhering veía como motor fundamental del cambio en el Derecho<sup>200</sup>. En este sentido, se inserta en una fase de su itinerario intelectual que podría definirse como genealógica, en la que la preocupación por la génesis del Derecho ocupó un lugar preponderante. Junto a esta conferencia –pues tal fue el formato original de *La lucha por el Derecho*– podría mencionarse otra importante intervención pública, cuyo

---

<sup>196</sup> JHERING, Rudolf von, “Erster Brief”, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* [1924], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 3. Aunque no con los ejemplos, Jhering acertó con la predicción, pues habrían de venir nuevos y célebres “espíritus”. Véanse así el *Espíritu del Common Law* de Roscoe Pound (POUND, Roscoe, *The Spirit of the Common Law* [1921], Beacon Press, Boston, 1963) o el *Espíritu del Derecho inglés* de Radbruch (RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del Derecho inglés* [1946], anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler, trad. de Juan Carlos Peg Ros, estudio preliminar de Miguel Ayuso, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2001).

<sup>197</sup> Vid. EHRlich, Eugen, “Montesquieu and sociological jurisprudence”, cit., pp. 203 y 207-210.

<sup>198</sup> Vid. IPSEN, Gunther, “Montesquieu und die politische Soziologie”, cit., p. 79.

<sup>199</sup> Vid. WAGNER, Gerhard, “Plädoyer für eine kosmopolitische Soziologie”, en AA. VV., *Montesquieu-Traditionen in Deutschland*, cit., pp. 275-280.

<sup>200</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, pp. 7-20.

objeto también fue el sentimiento jurídico: *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Mientras que aquélla se dirigía a analizar “la función práctica del sentimiento jurídico, la reacción ética y práctica del sentimiento jurídico”<sup>201</sup>, en ésta última se abordaba “la pregunta acerca de dónde procede el contenido de los más elevados axiomas y verdades que nosotros designamos como contenido de nuestro sentimiento jurídico. ¿Son éstas verdades innatas? ¿Son evidentes para nosotros cuando alcanzamos la conciencia, o son un producto de la Historia?”<sup>202</sup>.

Fue en el marco de esta etapa genealógica de su pensamiento –obviamente deudora del historicismo– donde recurrió a Montesquieu desde una nueva perspectiva. Así es como, en un importante pasaje de *La lucha por el Derecho*, se remitió al francés para explicar las razones de que cada pueblo estimara de forma diferente la gravedad de los delitos. Así, en los Estados teocráticos la blasfemia y la idolatría se suelen castigar con la muerte, mientras que la alteración de lindes apenas se tiene en cuenta. Al contrario, en los Estados agrícolas se penaliza con severidad este último delito, pero la blasfemia se considera algo leve. En los Estados comerciales se castiga con dureza la falsificación de moneda, en los militares la insubordinación, en los absolutos la lesa majestad y en las repúblicas la pretensión a la monarquía<sup>203</sup>. En definitiva, Jhering explica la diversidad del sentimiento jurídico en función de la idiosincrasia de cada cultura política, de sus intereses y necesidades. Se trata de algo en lo que, como él mismo admitió, “sólo he revalorizado ideas cuyo primer reconocimiento y cuya primera formulación debemos al mérito inmortal de Montesquieu”<sup>204</sup>.

Con esta perspectiva renovada sobre el filósofo francés, Jhering abordaría su libro sobre la *Prehistoria de los indoeuropeos*. Se trata de una de las dos obras póstumas de nuestro autor, publicadas por su yerno Victor Ehrenberg a los pocos años de su muerte. La *Prehistoria de los indoeuropeos* puede interpretarse como una traslación del enfoque filosófico de *El fin en el Derecho* al campo de la historiografía, un empeño en el que Jhering terminaría deslizándose hasta la sociología y la antropología históricas. Si la razón por la que existe el Derecho es la satisfacción de las necesidades e intereses de la

---

<sup>201</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. y presentación de Federico Fernández Crehuet, Trotta, Madrid, 2008, p. 32.

<sup>202</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., pp. 32-33.

<sup>203</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 160-163. Este pasaje figura en el anexo de la edición de Klenner, porque se trata de un añadido que Jhering hizo en ediciones posteriores a la de 1872.

<sup>204</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht. Zum hundersten Todesjahr des Autors*, hrsg. von Felix Ermacora, Propyläen Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1992, p. 153. Manejamos ahora esta edición (que sigue a la de 1913) porque en la de Klenner no figura este pasaje. No obstante, en la edición de 1872 ya se aludía a Montesquieu como fuente de autoridad en el mismo contexto (p. 38).

comunidad, entonces toda institución jurídica podrá reconducirse hasta algún fin social. Este planteamiento era válido para la dogmática jurídica, que así debería practicarse con un enfoque pragmático y no mediante la observancia inflexible de un abstracto método lógico. Esta es la orientación con la que Jhering revisó su teoría de la posesión y publicó un nuevo tratado al respecto<sup>205</sup>. Pero el mismo planteamiento le serviría para reformar el método de la historia del Derecho, que debería pasar a estudiarse con una perspectiva materialista: toda institución jurídica, por irracional e inútil que parezca, tuvo en origen una finalidad pragmática. Escarbar en la historia hasta encontrar ese motivo primigenio es el cometido del historiador. Este fue el punto de vista con el que el alemán escribió la *Prehistoria de los indoeuropeos*<sup>206</sup>.

La idea central de este libro podría condensarse en la siguiente frase de Stendhal: “nuestros contemporáneos no pueden elevarse hasta comprender que los antiguos nunca hicieron nada *para adornar*, y que para ellos lo bello no era otra cosa que la *excrecencia de lo útil*”<sup>207</sup>. Este es el punto de vista con el que Jhering afronta el estudio del Derecho de los romanos: incluso aquellas instituciones que parecen carecer de toda funcionalidad práctica, tuvieron en su día un sentido utilitario. La cuestión que nos interesa subrayar es que todo el planteamiento de la obra se basa en un determinismo geográfico al estilo de Montesquieu: “el lugar, pues, de los pueblos tiene cierto influjo sobre la raza: esto se admite ya generalmente, habiendo sido Montesquieu, si no me engaño, el que ha tenido el mérito de ser el primero que lo ha demostrado con la mayor precisión [...]. El único factor inmutable en la vida de los pueblos, es el lugar de su estancia; todos los demás, derecho, moral, usos, religión, están expuestos al cambio [...]. Por paradójico [sic.] que parezca, se puede decir que *el suelo es el pueblo*”<sup>208</sup>.

El planteamiento de Jhering es ciertamente moderno, porque intentó no incurrir en un determinismo obtuso. Para empezar, diferenció entre las influencias duraderas en la formación de la civilización –las geográficas– y las influencias pasajeras –las políticas–. Aunque le atribuía mayor importancia a las primeras, no quiso anular a estas últimas por completo<sup>209</sup>. Y en segundo lugar, estableció un concepto bastante abierto del territorio, en el que no sólo tenían cabida los factores climáticos o geológicos: “por suelo entiendo

---

<sup>205</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968.

<sup>206</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos* [1894], trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada (incluye el pról. original de Victor Ehrenberg), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896.

<sup>207</sup> STENDHAL, Henry Beyle, *Rome, Naples et Florence* [1826], édition présentée et annotée par Pierre Brunel, Gallimard, Paris, 1987, p. 330. La cursiva es del propio Stendhal.

<sup>208</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., pp. 110 y 113.

<sup>209</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 111.



también las comunicaciones con los demás pueblos, resultantes de la posición del país: el suelo, en el sentido de la historia de la civilización, en el sentido político, en suma, en el sentido *histórico* [...]. La geografía es la historia trazada de antemano, y la historia la geografía en acción [...]. Al lado de este elemento *obligado* de la historia, importante entre todos y producto del suelo, existe, según ya indicamos, otro *libre*, dependiente en primera línea, por modo necesario, de la dirección de las personalidades, eminentes ó insuficientes, llamadas á conducir los destinos de los pueblos, y que pueden fijar por largo tiempo la suerte de uno de ellos”<sup>210</sup>.

Así las cosas, intentó adaptar a Montesquieu de la manera más fiel posible, esto es, sin incurrir en un determinismo totalmente unidireccional. Al igual que para el francés, para Jhering sería fundamental la concurrencia de diversos factores. De hecho, pese a la impresión de cierto mecanicismo materialista en su explicación de algunas instituciones éticas, religiosas y jurídicas, siempre fue consciente de la proteica complejidad de los procesos históricos. En una nota a la quinta edición de la *Juristische Encyklopädie* de Nikolaus Falck –que Jhering se encargó de actualizar tras la muerte de aquél–, en un lugar casi escondido, nos decía lo siguiente respecto a la cuestión que nos ocupa: “en el mundo de la moral no rige exclusivamente el principio de la adecuación a la finalidad, y junto a proposiciones jurídicas e instituciones que deben su existencia a dicho principio, hay otras que no persiguen ningún fin, sino que son consecuencias, desembocaduras de grandes concepciones éticas o jurídicas que, por consiguiente, no pueden evaluarse con ese baremo en absoluto”<sup>211</sup>.

#### **2.4. La influencia de Hegel**

Hablar de la influencia de Hegel en un autor del siglo XIX es una tarea ardua, con independencia de la disciplina en que se inscriba dicho autor. Y es que el pensamiento del suabo marcó un antes y un después para el mundo occidental, con repercusiones que fueron más allá de la filosofía. En líneas generales, podría decirse que la realidad del siglo XIX estuvo contaminada de hegelianismo por todos los poros. De forma fiel o torticera, crítica o elogiosa, casi todos los autores y disciplinas –por lo menos entre las ciencias sociales– tuvieron que remitirse de una u otra manera a las ideas del suabo.

---

<sup>210</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., pp. 114 y 116.

<sup>211</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, Anmerkung zu FALCK, Nikolaus, *Juristische Encyklopädie. Auch zum Gebrauch bei akademischen Vorlesungen*, nach des Verfassers Tode hrsg. von Rudolf von Jhering, 5. verb. Ausg., Verlags Magazin, Leipzig, 1851, p. 17.

Como dijo Ludwig Marcuse, “podemos bautizar al siglo que empezó con Schopenhauer y culminó con Nietzsche como el siglo anti-hegeliano; así de poderosa era la presencia de Hegel. Los dos mayores discípulos que movilizó contra sí mismo, y a los que traspasó su grandiosa herramienta de trabajo –con la que le combatirían exitosamente– fueron Kierkegaard y Marx. Kierkegaard le replicó a Hegel que lo que existe es siempre un individuo, que el concepto no existe. Y Marx disolvió el idealismo filosófico con la idea de que «los filósofos sólo han *interpretado* el mundo de diferentes maneras, pero de lo que se trata es de *cambiarlo*»<sup>212</sup>.

Esta ubicuidad de Hegel se reflejó también en el mundo del Derecho. La escuela de pensamiento jurídico más poderosa durante la centuria, al menos en el contexto alemán, fue la jurisprudencia de conceptos. Pese a que ésta se oponía radicalmente a las ideas hegelianas, tuvo que enfrentarse con ellas de forma ininterrumpida. Incluso en aquellos aspectos que pudiera distanciarse más de aquél, no pudo evitar una cierta impregnación de sus concepciones. Los vaivenes historiográficos respecto a la relación entre Hegel y Savigny demuestran que se trata de un asunto dificultoso, en el que se han entreverado criterios ideológicos, fobias e inercias interpretativas. Desde las primeras contribuciones al debate –como las ya citadas de Kantorowicz<sup>213</sup>– hasta la literatura de finales del XX, la imagen de la oposición entre ambos pensadores se ha ido planteando en términos más serenos. Es inevitable subrayar las diferencias que los separan: mientras que Hegel fue partícipe de la codificación, Savigny fue su más áspero combatiente; mientras que aquél mantuvo una valoración positiva de la Ilustración y la revolución francesa, éste se erigió en representante de la contrarrevolución; y mientras que el primero se agarró al Estado como síntesis y superación del formalismo de la ciencia jurídica, el segundo permaneció atrapado en las redes del Derecho privado<sup>214</sup>.

Y sin embargo, como decíamos, los términos de esta inconciliable oposición se han ido suavizando con el tiempo: ni Savigny es ya el romántico empedernido que cortó de raíz con el racionalismo, ni Hegel es el salvífico eslabón de una cadena de racionalidad entre la Ilustración y el marxismo, que capeó cual titán las tinieblas del romanticismo<sup>215</sup>. Así, por ejemplo, es innegable la influencia de éste último en el descubrimiento de la

---

<sup>212</sup> MARCUSE, Ludwig, *Meine Geschichte der Philosophie. Aus den Papieren eines bejahrten Philosophiestudenten*, Diogenes, Zürich, 1981, p. 162.

<sup>213</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, cit., pp. 295 y ss.

<sup>214</sup> Vid. SCHIAVONE, Aldo, “La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania. Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 9 (Su Federico Carlo di Savigny), 1980, pp. 165-187.

<sup>215</sup> Vid. MARINI, Giuliano, “Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 9 (Su Federico Carlo di Savigny), 1980, pp. 113-161.

historia. Aunque ya hemos visto muchas manifestaciones culturales en las que se dio esta “historización” del conocimiento, justo es atribuirle al suabo el gran mérito en este proceso<sup>216</sup>. Es cierto que el historicismo de Savigny estaba injerto de nacionalismo y romanticismo, mientras que en Hegel era universalista<sup>217</sup>. Sin embargo, no puede minusvalorarse la importancia de éste en la adquisición de una conciencia histórica para toda la centuria. Por otra parte, ambos autores pensaron de forma sistemática<sup>218</sup>. La insensible deriva que condujo desde el historicismo hasta el enfoque sistemático<sup>219</sup>, que se resolvería con la mixtura orgánica entre filosofía e historia, también es una herencia del patrimonio hegeliano.

En otro orden de cosas, el planteamiento hegeliano fue importante para la escuela de Savigny, al exponer la historia como un desarrollo inmanente de la voluntad: “el terreno del Derecho es, por encima de todo, lo *espiritual*; su sitio más preciso y su punto de partida es la *voluntad*, que es libre, de manera que la libertad constituye su sustancia y su determinación y el sistema jurídico constituye el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu que se produce a sí mismo como segunda naturaleza [...]. El Derecho es algo *absolutamente sagrado*, sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsciente. Ahora bien, el *formalismo* del Derecho (y después del deber) surge de la diferencia de desarrollo del concepto de libertad. Frente al Derecho más formal, es decir, *más abstracto* y por ello más limitado, la esfera o estadio del espíritu tiene un Derecho más elevado, en el que el espíritu ya ha llevado a su determinación y realización los siguientes momentos que se incluyen en su idea, y que resultan ser más concretos, en sí más ricos y más verdaderamente generales [...]. En el ámbito de la ciencia el concepto se desarrolla a partir de sí mismo, y sólo progresa y produce sus determinaciones de forma *inmanente* [...].”<sup>220</sup>.

Esta historia del concepto de voluntad que se va materializando en los diversos estadios del Derecho, desde las relaciones patrimoniales hasta el Estado<sup>221</sup>, influiría a su pesar en la Escuela histórica: no en vano, también es la idea de voluntad la que informa el planteamiento general de su doctrina. Además, el uso de una retórica conceptualista es algo común a ambas tendencias. En Hegel, el *concepto* no era sino un momento de la

---

<sup>216</sup> Vid. SINGER, Peter, “Hegel y Marx. Diálogo con Peter Singer”, en MAGEE, Bryan (Coord.), *Los grandes filósofos*, 4ª ed., trad. de Amaia Bárcena, Cátedra, 2004, pp. 206-207.

<sup>217</sup> Vid. MARINI, Giuliano, “Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente”, cit., pp. 130-132.

<sup>218</sup> Vid. MARINI, Giuliano, “Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente”, cit., pp. 161-162.

<sup>219</sup> Vid. WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 44 y ss.

<sup>220</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 46 (§4), 83 (§30) y 84 (§31). Las cursivas son del propio Hegel.

<sup>221</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 87-91 (§33).

*idea*, una faz imperfecta de su realización efectiva, mientras que en la Escuela histórica los conceptos tenían un carácter más técnico. Así y todo, es posible que la abstracción del conceptualismo hegeliano –algo que Kierkegaard le reprocharía con inquina<sup>222</sup>– se trasvasase hasta el pensamiento de Savigny, para quien los conceptos todavía gozaban de una aureola de sacralidad casi intangible. De hecho, como ha puntualizado Behrends, habrá que esperar hasta Jhering para que los conceptos jurídicos se desembaracen por completo de esa veta esencialista<sup>223</sup>.

Un último elemento de continuidad es el del Derecho natural, en tanto que Hegel se presentó a sí mismo como superador de las teorías iusnaturalistas<sup>224</sup>. En este sentido, pese a todos los desacuerdos que aparecen al contrastar el pensamiento hegeliano con el de la Escuela histórica, resulta que ambas tendencias contribuyeron a sentar los cimientos del nuevo paradigma positivista. Bobbio ha señalado ciertas ambigüedades en la relación de Hegel con el Derecho natural, puesto que todavía arrastraba demasiados residuos del mundo de ideas racionalista. Y sin embargo, concluía el pensador turinés, a partir de Hegel sería ya imposible pensar en términos iusnaturalistas: “después de Hegel no es posible pensar en un nuevo sistema de derecho natural (y aquellos que todavía se elaboren parecerán productos fuera de estación), pero al mismo tiempo no puede pensarse en la filosofía del Derecho de Hegel sin la tradición del Derecho natural”<sup>225</sup>. Así pues, por muchas que fueran sus diferencias, tanto Hegel como Savigny vivieron en un quicio histórico fundamental para nuestro tema: el tránsito entre el iusnaturalismo y el positivismo. Y tanto uno como otro –he aquí lo importante– construyeron su crítica al Derecho natural mediante la apelación a la historicidad.

A tenor de lo señalado hasta ahora, podríamos concluir con la distinción entre dos variantes de historicismo, una de raigambre romántico-nacionalista como la de Savigny, y otra de corte racionalista-universalista como la de Hegel. Lo que ocurre es que, frente a la presentación habitual de esta dicotomía, no conviene absolutizar las categorías: en realidad, ambas modalidades nacieron en un ambiente parecido y, de un modo u otro, comparten muchos presupuestos. De hecho, fueron más importantes las divergencias

---

<sup>222</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 223-224.

<sup>223</sup> BEHRENDTS, Okko, “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, en *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. von Fritz Loos, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, pp. 249-250.

<sup>224</sup> Vid. RIEDEL, Manfred, “Hegels Kritik des Naturrechts”, en ID., *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1969, pp. 42-74.

<sup>225</sup> BOBBIO, Norberto, “Hegel y el iusnaturalismo”, AA. VV., *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, ed. preparada e introducida por Gabriel Amengual Coll, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 378.

ideológicas que las filosóficas: la postura favorable o contraria a la codificación, la consideración de la legislación como fuente principal o subsidiaria, la percepción del Estado como instancia aglutinadora del Derecho privado o la preferencia por un espacio jurídico independiente de aquél, etcétera. En definitiva, sólo es tolerable adoptar la diferenciación entre estos dos tipos de historicismo si tenemos en cuenta estas cautelas. Por lo que atañe a esta investigación, puede resultar útil para entender el influjo de Hegel en el pensamiento de Jhering.

La influencia de Hegel sobre Jhering ha sido un tema especialmente controvertido en la literatura secundaria. Por un lado, se ha sostenido que dicha repercusión no existió en absoluto, como hizo Theodor Viehweg. En su opinión, el pensamiento del suabo era demasiado idealista para conciliarse con los puntos de vista de nuestro autor. Además, a su modo de ver, el empuje del idealismo hegeliano se desvaneció con demasiada rapidez tras su muerte –en 1831– por lo que Jhering apenas pudo familiarizarse con sus ideas. Sólo la vertiente materialista del hegelianismo, ejemplificada en las obras de Ludwig Feuerbach (1804-1872) o Karl Marx (1818-1883), habría tenido algún influjo durante su tiempo de vida<sup>226</sup>. Por otro lado, ha sido muy común sostener la idea opuesta, a saber, que el pensamiento de Jhering se vio muy influido por Hegel. Así se percibió desde el principio en el mundo anglosajón, donde se le suele definir como un filósofo paralelo a Bentham, pero pasado por el tamiz del hegelianismo<sup>227</sup>. La misma impresión respecto a la relevancia del influjo hegeliano se reprodujo en Francia<sup>228</sup>, en Italia<sup>229</sup>, en España<sup>230</sup> o en los países escandinavos<sup>231</sup>.

Por último, podríamos identificar un sector de autores que han observado una cierta impregnación de las ideas hegelianas en la obra de Jhering, pero con reservas y matices importantes. Según estas tesis, no deberíamos hablar de una influencia directa de Hegel, sino más bien del hegelianismo. Por hegelianismo debemos entender aquí una corriente de contornos difusos, que se quiso definir por oposición al kantismo del siglo anterior.

---

<sup>226</sup> Vid. VIEHWEG, Theodor, “Rechtsdogmatik und Rechtszethetik bei Jhering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 212-213.

<sup>227</sup> Vid. POUND, Roscoe, *Jurisprudence* [1959], vol. 1, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2000, pp. 127-142.

<sup>228</sup> Vid. BOUGLÉ, Charles, *Les sciences sociales en Allemagne. Les méthodes actuelles*, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1896, pp. 121 y ss.

<sup>229</sup> Vid. GIULIANI, Alessandro, “Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico” [1958], en AA. VV., *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, a cura di Aristide Tanzi, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. 95- 113, especialmente p. 98.

<sup>230</sup> CASANOVAS, Pompeu, “Introducción”, AA. VV., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. por Pompeu Casanovas y José Moreso, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 11-21.

<sup>231</sup> Vid. OLIVECRONA, Karl, “Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 174-175.

Según esta caracterización, la filosofía de Hegel habría servido como punto de apoyo para fundamentar una nueva manera de afrontar el conocimiento de las cosas: frente al individualismo kantiano se oponía una visión más comunitaria del ser humano, un poco en la línea de lecturas contemporáneas como la de Charles Taylor<sup>232</sup>; frente al modelo filosófico sincrónico, se reivindicaba la concreción y temporalidad del método histórico; y frente a la inclinación a enunciar principios abstractos, se privilegiaría la retórica de lo concreto, lo efectivo o lo real<sup>233</sup>. En el ámbito jurídico también se infiltró esta moda intelectual: aunque con énfasis diversos, la mayoría de los juristas pasaron a concebir el Derecho con la pauta del hegelianismo<sup>234</sup>.

De acuerdo con este punto de vista intermedio, el pensamiento de Jhering asumió las ideas hegelianas de forma un tanto involuntaria, como quien sufre una impregnación inadvertida. Así se ha pronunciado Wieacker, que quiso percibir una herencia trivial de Hegel en el optimismo de Jhering respecto al devenir histórico, así como en su visión dialéctica del desarrollo de los conceptos<sup>235</sup>. Algo parecido cabe decir del punto de vista de Losano, quien ha señalado que el contacto de nuestro autor con la filosofía hegeliana sólo fue superficial. En su opinión, esta conexión se restringiría a la asunción de algunas construcciones triádicas en la primera edición de *El fin en el Derecho*. Por otra parte, según Losano, la influencia de Hegel tendría más que ver con el ambiente de la época que con una lectura verdaderamente atenta del filósofo suabo<sup>236</sup>. Por último, cabría mencionar el parecer de Pleister, que tampoco ha visto una profunda huella de Hegel en Jhering. A su modo de ver, en efecto, la cuestión debería reducirse a la presencia de algunas “reminiscencias”<sup>237</sup>.

Pese a estas tres últimas opiniones, aquí sostendremos que sí cabe identificar una influencia notable de Hegel en el pensamiento de Jhering. De hecho, podría decirse que se trata del filósofo que aparece con más recurrencia a lo largo de sus páginas. Aunque

---

<sup>232</sup> Vid. TAYLOR, Charles, *Hegel and Modern Society*, Cambridge University Press, United Kingdom & New York, 1979, pp. 14 y ss. y 135 y ss.

<sup>233</sup> La diversidad del hegelianismo es tal que sólo puede definirse con vaguedades. Téngase en cuenta que abarca a autores tan dispares como Karl Marx o Eduard Gans en Alemania, Víctor Cousin o Ernest Renan en Francia, Benedetto Croce o Giovanni Gentile en Italia, Alexander Herzen o Mijail Bakunin en Rusia, y James Hutchison o Edward Caird en Inglaterra. Vid. FERRATER MORA, José, “Hegelianismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, cit., tomo II, pp. 1585-1590. En España apenas hubo influencia hegeliana por la hegemonía del krausismo: vid. DÍAZ, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres, Valencia, 1983, pp. 15-61. No obstante vid. LACASTA, José Ignacio, *Hegel en España. Un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

<sup>234</sup> Vid. NÖRR, Knut Wolfgang, *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1991, pp. 49-53.

<sup>235</sup> WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, 2. Aufl., K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1968, pp. 31-33.

<sup>236</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 54-56.

<sup>237</sup> PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 148-169.

muchas veces de forma crítica, lo cierto es que lo vemos en las primeras obras –tiene una presencia importante en el primer tomo de *El espíritu del Derecho romano*– y en las últimas –sigue apareciendo en el segundo volumen de *El fin*–. Por otra parte, al revés de lo que ocurre con otros filósofos, las citas no se reducen a una sola obra, sino que encontramos menciones a la *Filosofía de la historia*, a la *Filosofía de la religión* y a la *Filosofía del Derecho*<sup>238</sup>. Así pues, tanto por su temprano conocimiento del autor como por la frecuencia con que aparece –aunque sea para criticarlo– no parece descabellado afirmar la existencia de este influjo.

Las primeras repercusiones de Hegel tienen que ver con la filosofía de la historia, que se palpa en numerosos lugares del primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*. De hecho, la idea nuclear de la obra está muy influida por el planteamiento hegeliano, al igual que lo estuvo de Montesquieu. El propósito de Jhering era trazar una historia del Derecho romano en clave histórico-filosófica. No se trataba de hacer una investigación de corte “anticuario”<sup>239</sup>, sino de buscar el principio general que animaba a Roma desde sus cimientos. A partir de ahí, en su opinión, podría entenderse el fundamento filosófico del Derecho en general: “lo que pretendo es hacer una crítica del Derecho romano, pero no una crítica del Derecho romano actual desde el punto de vista de la política legislativa, sino una crítica histórico-filosófica, que lo acompañe en toda su trayectoria desde el principio hasta el final, y no sólo para conformarse con los hechos históricos externos –como suele hacer la historia jurídica romana– sino para escrutar el mecanismo interno del devenir histórico, los resortes ocultos, las últimas causas, el trasfondo espiritual de la entera evolución del Derecho”<sup>240</sup>.

Este enfoque historiográfico se volverá a repetir en la póstuma *Historia evolutiva del Derecho romano*, donde llegó a sostener que “la historia jurídica romana se tornará así *filosofía jurídica aplicada*”<sup>241</sup>. Aquí nos encontramos otra vez con el maridaje entre historia y filosofía que fue característico del idealismo, y que también podíamos ver en la Escuela histórica. Sin embargo, en este caso no se trata de una herencia del idealismo en general, sino de Hegel en particular. El enfoque hegeliano se basaba en manejar la historia “como un material, y no dejándola tal como es, sino disponiéndola con arreglo

---

<sup>238</sup> Vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 152-155.

<sup>239</sup> MERKEL, Adolf, “Jhering”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Gustav Fischer, Jena, 1893, p. 18.

<sup>240</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 15-16.

<sup>241</sup> JHERING, Rudolf von, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, aus dem Nachlaß hrsg. von Victor Ehrenberg, Breitkopf & Härtel und Duncker & Humblot, Leipzig, 1894, pp. 1-38. La cita proviene de la p. 5. El subrayado es del propio Jhering.

al pensamiento y *construyendo a priori una historia* [...]. Pero el gran contenido de la historia universal es racional y tiene que ser racional; una voluntad divina rige poderosamente el mundo, y no es tan impotente que no pueda determinar este gran contenido. Nuestro fin debe ser conocer esta sustancialidad, y para descubrirla, hace falta la conciencia de la razón, no los ojos de la cara, ni un intelecto finito, sino los ojos del concepto, de la razón, que atraviesan la superficie y penetran allende la intrincada maraña de los acontecimientos [...]. Vamos a considerar, de este modo, lo esencial en la historia universal, omitiendo lo inessential”<sup>242</sup>.

Pues bien, si cotejamos estos principios con las ideas de Jhering, nos toparemos con analogías significativas. En primer lugar, también nuestro autor se propuso tratar la historia como un material para modelar conforme al pensamiento, un enfoque que le alejaría del método de Savigny y le aproximaría a las ideas hegelianas. Véase así cómo se mostró proclive a esta utilización de la historia en el escrito programático *Unsere Aufgabe*: “el evangelio de la historia del Derecho del futuro consiste en el principio de que, por detrás de lo que aparece en el desarrollo histórico del Derecho como hecho externo, por detrás de lo históricamente concreto, se esconde otro pedazo de historia del Derecho –y por cierto la mejor parte– que permanece oculta para el contemporáneo, porque está demasiado cerca, y sólo se vuelve perceptible por completo para quien la contempla desde lejos [...]. Por expresarlo paradójicamente, si antes se solía medir el valor de las exposiciones y descubrimientos histórico-jurídicos según su conformidad con las fuentes, en la nueva corriente sucederá al revés: los logros estarán condicionados a la no-conformidad a las fuentes”<sup>243</sup>.

Si recordamos bien, este principio historiográfico-filosófico le servía a Jhering para plantear una utilización productiva de la historia, no sujeta a los dogmas transmitidos por el *usus modernus pandectarum* y, por tanto, libre en su tarea de construir el Derecho del presente. En este sentido, como ya se dijo en su momento, dio un paso fundamental hacia el positivismo: fue así como la ciencia jurídica pudo desembarazarse del culto al pasado y orientarse en un sentido pragmático. Ahora bien, para lograr este objetivo era necesaria una operación de desbroce: no cualquier suceso del pretérito tiene valor, sino que hay que seleccionar. Esto es lo que late tras la distinción hegeliana entre lo esencial y lo inessential de la historia, que también encontró un equivalente en el Jhering del

---

<sup>242</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, pról. de José Ortega y Gasset, advertencia y versión de José Gaos, Alianza, Madrid, 2001, pp. 41, 45 y 46.

<sup>243</sup> JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe” [1857], *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 4-5.



*Espíritu*: “si la historia no fuera más que un colorido juego de acontecimientos externos, una retahíla de transformaciones, también habría una historia del viento y del tiempo, y la historia del Derecho se podría restringir a la exposición, cronológicamente ordenada, de las leyes y las normas consuetudinarias. Sin embargo, incluso el entendimiento más primario se da cuenta de que no todo lo que sucede es historia [...]. Ya en el nivel más bajo de la historiografía se cumple la separación entre lo esencial y lo inesencial, entre lo histórico y lo no histórico”<sup>244</sup>.

De acuerdo con este principio metodológico, habría determinados periodos de la historia humana que no merecen consideración, puesto que quedan fuera del itinerario del “espíritu”. Este punto de vista tenía la gran ventaja de plantear el devenir en clave universal, puesto que estudiaba las “transformaciones del espíritu” –por utilizar la terminología hegeliana– de forma dialéctica y global, analizando las contribuciones de cada pueblo y cada época al desarrollo de la humanidad<sup>245</sup>. Sin embargo, también tenía el inconveniente –que hoy reconocemos como tal– de dejarse fuera enormes periodos históricos y vastísimos espacios geográficos. Y es que la citada selección se realizaba siempre con criterios ideológicos. Es así como Hegel decidió excluir a África o al Asia siberiana de sus consideraciones, por carecer de “interés histórico propio” y no ser “el teatro de una cultura histórica”<sup>246</sup>. De hecho, parece ser que Dostoievski leyó esta obra durante su exilio en Siberia y, al ver el tratamiento que el gran filósofo dispensaba a esta región, sufrió una profunda crisis de fe en el porvenir del pensamiento occidental<sup>247</sup>. Lo mismo podría decirse de la visión de Jhering respecto a la política colonial europea en Japón y China, o respecto al expolio que Estados Unidos estaba llevando a cabo con los indios norteamericanos, hechos que nuestro autor veía justificados “desde el punto de vista de la historia universal”<sup>248</sup>.

Críticas aparte, lo cierto es que la concepción de la historia hegeliana dispuso el basamento a partir del que Jhering desarrolló su ataque al principio de la nacionalidad de la Escuela histórica. Frente a la idea localista del devenir que se plasmaba en los escritos de Savigny, nuestro autor opuso una visión universalista de la historia, mucho más en consonancia con el correr de los tiempos. Si en el capítulo cuarto veíamos la

---

<sup>244</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 58. En alemán hay un juego de palabras que se pierde con la traducción. Jhering dice así: “...daß nicht alles, was da geschieht, Geschichte ist...”, puesto que el verbo suceder (*geschehen*) comparte la misma raíz que el sustantivo historia (*Geschichte*).

<sup>245</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia...*, cit., pp. 67-78.

<sup>246</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia...*, cit., pp. 180 y 195.

<sup>247</sup> FÖLDÉNYI, László, *Dostoyevski lee a Hegel en Siberia y rompe a llorar*, trad. de Adan Kovacsics, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2006.

<sup>248</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 7.

importancia de los factores ideológicos en la crítica de Jhering al nacionalismo de la escuela de Savigny, ahora se trata de resaltar el influjo hegeliano que subyacía a esta tesis. No obstante, ambos enfoques se complementan, puesto que, desde el punto de vista ideológico, la incipiente globalización aconsejaba asumir una visión de la historia más cercana a la de Hegel. En definitiva, si el suabo utilizó la metodología histórico-filosófica para escrutar el desarrollo del espíritu universal, Jhering la emplearía para analizar el espíritu del Derecho romano. Desde ahí, como él mismo manifestó, se podría construir una teoría general del Derecho<sup>249</sup>.

Las menciones a Hegel en esta obra tienen que ver con aportaciones mucho más concretas: aparece citado en relación con la importancia de la religión para el desarrollo del Derecho romano –en este caso es criticado por Jhering<sup>250</sup>– y al hilo de la relevancia de la disciplina militar en la conformación de la cosmovisión jurídica romana –en este caso es aplaudido<sup>251</sup>–. No obstante, la verdadera importancia de su influjo tiene que ver con el planteamiento filosófico y universalista de la historia, un enfoque totalizador que se complementaba a la perfección con el que ya constatamos en Montesquieu. No en vano, el propio Hegel se refirió elogiosamente al francés en su *Filosofía del Derecho*, y con unas palabras que se ajustan bien a la opinión de nuestro autor respecto al filósofo ilustrado: “*Montesquieu* ha ofrecido la verdadera perspectiva histórica, el auténtico punto de vista filosófico, al contemplar la legislación en general, y sus determinaciones en particular, de forma no aislada y abstracta, sino como momento dependiente de una totalidad, en conexión con todas las demás determinaciones que constituyen el carácter de una nación y de una época”<sup>252</sup>.

Así pues, nos encontramos aquí con una diferencia básica respecto a la Escuela histórica, que fundamentó su teoría del Derecho sobre el armazón historiográfico de Ranke, mucho más nacionalista y conservador que el de Hegel<sup>253</sup>. Pese a que en obras posteriores el pensador suabo iría convirtiéndose en un contraejemplo para Jhering, el poso de su filosofía de la historia permanecería constante. Así es como durante el ciclo “genealógico” –un periodo de su trayectoria que se inaugura en la Viena de los años sesenta– se seguiría palpando este influjo. En la conferencia que pronunció como

---

<sup>249</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 16 y 24.

<sup>250</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 199-200.

<sup>251</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 264-265.

<sup>252</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., p. 35 (§3).

<sup>253</sup> Vid. FERNÁNDEZ-CREHUET, Federico, “nota” a JHERING, Rudolf von, “La Escuela histórica de los juristas”, en ID., *¿Es el Derecho una ciencia?*, estudio preliminar y trad. de Federico Fernández-Crehuet, Comares, Granada, 2002, p. 105. No obstante, Ranke se sentía más próximo al sector de los germanistas: vid. LOSANO, Mario G. *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 41.

lección inaugural para su ingreso en la universidad austriaca, se volvió a referir a Hegel desde la perspectiva de la historia universal<sup>254</sup>. Cuatro años después, con motivo de su salida de Viena, leería otra célebre conferencia: *La lucha por el Derecho*. En este caso, la dialéctica de Hegel se siente con fuerza entre líneas, aunque ahora desde un prisma renovado: ya no se trata de la dialéctica del concepto que se recicla a sí mismo de forma immanente, sino de luchas efectivas entre colectivos y sujetos históricos antagónicos<sup>255</sup>. En este sentido, es acertado el paralelismo de Hans Welzel entre el segundo Jhering y el marxismo<sup>256</sup>. Aunque Jhering no se remite en absoluto a Marx, Engels o Feuerbach, lo cierto es que su hegelianismo irá cobrando los tintes materialistas que introdujeron éstos al interpretar el pensamiento del suabo.

Este giro respecto a Hegel se empieza a ver en la segunda parte del segundo tomo del *Espíritu del Derecho romano*<sup>257</sup> –de 1858–, pero sobre todo en la tercera entrega de esta obra y en *El fin en el Derecho*. Así y todo, seguirá citándolo con frecuencia, lo cual denota la importancia de sus ideas para la conformación del pensamiento jheringiano. El cambio de valoración tiene que ver con la aproximación de Jhering hacia el realismo. De ahí se deriva que, en el citado volumen del *Espíritu*, aludiera a Hegel en términos elogiosos, pero recomendando mayor atención a la práctica jurídica: “he aprendido más de Hegel, Stahl o Trendelenburg, que de un gran cúmulo de escritos puramente jurídicos, pero el filósofo profesional debe aprender la técnica del Derecho de un jurista profesional, si no quiere tropezar estrepitosamente en aspectos importantes”<sup>258</sup>. Poco a poco irá perdiendo esta medida y, enzarzado en la polémica contra el conceptualismo, se referirá a Hegel con más acritud. Es el caso de la segunda carta de *Bromas y veras de la ciencia jurídica* –de 1861–<sup>259</sup> y, sobre todo, del tercer volumen del *Espíritu*, donde arremetió con fuerza contra su filosofía.

Por un lado, las críticas se dirigieron contra el uso de la voluntad como criterio principal en la definición del derecho subjetivo, una idea errónea que Jhering retrotraía hasta Hegel<sup>260</sup>. Por otro lado, los ataques se desarrollaron contra la utilización de un aparato demasiado idealista y conceptualista en la reflexión sobre el Derecho, algo en lo

---

<sup>254</sup> JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868* [1868], hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998, pp. 70-71.

<sup>255</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 8-27.

<sup>256</sup> WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. neubearb. u. erw. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962, pp. 198 y ss.

<sup>257</sup> Vid. MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., pp. 656-657.

<sup>258</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, cit., p. 314.

<sup>259</sup> JHERING, Rudolf von, “Zweiter Brief”, en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., pp. 19-20.

<sup>260</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 328-331.

que Jhering también percibía el influjo del pensador suabo: “la vida no existe para los conceptos, sino los conceptos para la vida. No ha de suceder aquello que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico o el sentimiento jurídico, tanto si es lógicamente deducible como si no [...]. Este método dialéctico- jurídico no es ni siquiera un poco mejor que el de Hegel; en lugar de los motivos reales que gobiernan el mundo – éticos, psicológicos, económicos, político-legislativos– coloca las categorías jurídicas de persona, cosa, acción, etc.; su presunta necesidad lógica es, exactamente igual que con Hegel, la fiel sombra de la realidad”<sup>261</sup>.

En definitiva, Jhering veía en Hegel el mismo embrujo del quietismo que alentaba a la Escuela histórica, es decir, la idea de que la filosofía debe limitarse a recubrir con conceptos adecuados el curso implacable del devenir. En este mismo sentido, pero aún con más sarcasmo, se vuelve a referir a Hegel en *El cielo de los conceptos jurídicos*: “en el cielo de los filósofos del Derecho gobierna la razón, al igual que en el nuestro los conceptos; aquí tienes que deducir el Derecho del concepto y allí de la razón. No me parece que sea tan difícil. Con la frase de Hegel de que «todo lo que es, es racional», confío en salir airoso del examen. A quien no esté de acuerdo conmigo, sencillamente le negaré la facultad de entendimiento para lo racional”<sup>262</sup>. Justo después de este pasaje, Jhering extendía la crítica al iusnaturalismo krausista<sup>263</sup>, con lo que el ataque quedaba planteado a tres bandas: contra el conceptualismo de la Escuela histórica, contra el conceptualismo hegeliano y contra el conceptualismo iusnaturalista. En los tres casos se trataba de impugnar la tendencia al pensamiento abstracto y, en paralelo, de reivindicar una aproximación realista al estudio del Derecho.

Este mismo espíritu es el que encontramos en el prólogo a *El fin en el Derecho*, donde Jhering atribuía a la escuela hegeliana la responsabilidad de haber provocado el descrédito en el que había caído la filosofía durante la segunda mitad de siglo<sup>264</sup>. Y sin embargo, todavía quedaban dos resquicios por los que el pensamiento de Hegel logró infiltrarse en sus ideas. En primer lugar, a través de la teoría del Estado. Al igual que el suabo, Jhering otorgaría una gran importancia al Estado y la legislación en la segunda etapa de su obra. Este encumbramiento de lo estatal es algo que se venía larvando desde

---

<sup>261</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 321 y 324.

<sup>262</sup> JHERING, Rudolf von, “Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild”, en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., p. 310. Aunque la cita es inexacta, Jhering aludía al célebre aforismo del prólogo a la *Filosofía del Derecho* de Hegel: “lo que es racional es real; lo que es real es racional” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., p. 24).

<sup>263</sup> JHERING, Rudolf von, “Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild”, cit., pp. 311-313. Jhering cita a Karl Röder, el principal seguidor de Krause –junto con Heinrich Ahrens– en el ámbito jurídico.

<sup>264</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. VI y VII.

tiempo atrás, pero en Hegel encontró un exponente paradigmático que habría de influir en Jhering. Para Hegel, el Estado se encontraba en el nivel de la *Sittlichkeit*, es decir, de la moral cristalizada en instituciones sociales. Después de la familia y la sociedad civil, constituía el máximo grado de desenvolvimiento de la libertad<sup>265</sup>. Para Jhering también se planteaba esta tensión entre sociedad y Estado y, aunque la analogía no es exacta, es significativo que consagrara todo el segundo tomo de *El fin en el Derecho* a exponer la idea de *das Sittliche*<sup>266</sup>. En este sentido, por muy acerbas que fueran sus críticas a Hegel, al final terminó configurando su filosofía jurídica de forma similar a la de aquél: desde el Derecho privado al público, prosiguiendo con la teoría del Estado y aposentando ésta en el más ancho mundo de la ética social.

En segundo lugar, la filosofía hegeliana encontraría un último nicho en la obra de Jhering, aunque esta vez filtrada por el tamiz del materialismo histórico. Tanto en la *Prehistoria de los indoeuropeos* como en la *Historia evolutiva del Derecho romano* – sus dos obras póstumas –, la impronta histórico-filosófica seguía bien presente. Lo que ocurre es que, mientras en el primer tomo del *Espíritu* mantenía trazas de idealismo, en estas obras se convierte al materialismo. Así es como nos encontramos explicaciones socio-antropológicas que, aunque sin ser citadas, recuerdan mucho a la teoría de Ludwig Feuerbach sobre la religión: “el hombre se retrata en sus dioses: a tales dioses, tales hombres. La proposición: Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, puede volverse y decir: el hombre ha creado a Dios a su imagen y semejanza”<sup>267</sup>. Obviamente, aquí ya no queda nada del Hegel ortodoxo, sino sólo de hegelianismo materialista en versiones como la de Feuerbach<sup>268</sup>. Jhering no lo menciona y tampoco es muy probable que lo hubiera leído. Sin embargo, dada la proximidad de opiniones y de métodos, no parece descabellado que conociera sus ideas.

En resumidas cuentas, la herencia de Hegel se dejó sentir en muchos aspectos de la obra de Jhering. Lo que aquí nos interesa recalcar es la manera en que contribuyó al afianzamiento de una mirada positivista sobre el Derecho. En este sentido, es importante destacar la relevancia del método histórico-filosófico de corte universalista: por un lado, este planteamiento le sirvió a Jhering para dismantelar el principio del *Volksgeist* de la

---

<sup>265</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 398 y ss.

<sup>266</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 3-11 y 44 y ss.

<sup>267</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 309.

<sup>268</sup> FEUERBACH, Ludwig, *La esencia de la religión* [1845], ed. y trad. de Tomás Cuadrado, Páginas de Espuma, Madrid, 2005, especialmente pp. 24-30 y 104 y ss: “Dios mismo no es otra cosa que la esencia de la fantasía o de la imaginación del hombre, la esencia del corazón humano. «Como tu corazón, así tu Dios». Como los deseos de los hombres, así son sus dioses. Los griegos tenían dioses con limitaciones, lo que significa que tenían deseos limitados...” (p. 104).

Escuela histórica; por otro lado, paradójicamente, le terminaría sirviendo de trampolín para dar el salto de la historia del Derecho a la filosofía jurídica y, en este sentido, para fundamentar su teoría general del Derecho. En la segunda fase de su obra, esta vez como contraejemplo, utilizó el pensamiento de Hegel como modelo de lo que no debería hacer una teoría jurídica realista. Desde este punto de vista, aunque partiendo de premisas distintas, Jhering vino a proponer lo mismo que los autores de la izquierda hegeliana: darle la vuelta a la dialéctica idealista y ponerla sobre sus pies. Así fue como, manteniendo el trasfondo del historicismo universalista, transitó hasta un realismo que – enriquecido por la aportación utilitarista– constituiría el basamento para el positivismo jurídico de las siguientes décadas.

### **3. LA INFLUENCIA DEL UTILITARISMO**

Si recapitulamos lo dicho en el capítulo sobre el positivismo jurídico, nos daremos cuenta de que ya se ha cumplido una notable parte del recorrido a través del paradigma. Como vimos en su momento, la oleada historicista fue clave, porque limpió el terreno de la mala hierba que impedía crecer a una filosofía jurídica secularizada, asentada en una concepción mundana del Derecho. En este sentido, ya hemos explicado cómo la noción de historicidad se tradujo en clave de positividad. Ahora bien, en función del esquema que trazamos en el capítulo tercero, aún quedarían dos filones para terminar de cartografiar el paradigma: el naturalismo y el pragmatismo. Aunque estas corrientes bebieron de muchas fuentes, hemos optado por concretarlas en dos bloques principales. En primer lugar –en este epígrafe tercero– analizaremos la importancia del utilitarismo en la formación de una mentalidad realista y pragmática respecto al fenómeno jurídico. En segundo lugar –en el cuarto– veremos cómo las ciencias contribuyeron a fomentar un enfoque naturalista para la filosofía del Derecho.

Para afrontar el tema del utilitarismo, dividiremos este epígrafe en cuatro partes. En primer lugar, analizaremos someramente el significado del utilitarismo para la filosofía del Derecho. No se trata de hacer un análisis exhaustivo de esta corriente –porque nos saldríamos de los límites de esta tesis– sino de estudiar en qué medida contribuyó a definir las líneas maestras del paradigma positivista (§3.1). En segundo lugar, veremos cuál es el significado del utilitarismo en el pensamiento de Jhering. Dada la manera un tanto anárquica de relacionarse con la filosofía que tuvo nuestro autor, es importante preguntarse por la forma en que asimiló esta corriente y por el papel que desempeñó en la decantación de sus ideas (§3.2). A continuación pasaremos a analizar los dos grandes bloques de influencias utilitaristas que podemos detectar en su obra. Primero veremos la repercusión del utilitarismo inglés, tal como fue formulado por Bentham o Mill (§3.3.) y, después, nos preguntaremos por el protagonismo que pudo tener en ello la tradición del eudemonismo germano (§3.4)

#### **3.1. El significado del utilitarismo para la filosofía jurídica**

Desde el punto de vista de las ideas filosóficas, el utilitarismo es una corriente de difícil encasillamiento. Por un lado, se trata de una prolongación de la Ilustración en el contexto británico. El fundador del movimiento, Jeremy Bentham, nació en 1748 y murió

en 1832, sólo un año después que Hegel. En este sentido, tanto su obra como su persona están marcadas por las vivencias de la segunda mitad del XVIII. De hecho, su célebre *Introducción a los principios de la moral y la legislación* se publicó el mismo año en que estalló la Revolución francesa, en un periodo en el que aún se sentían muy cercanos los ecos de Rousseau, Voltaire o Montesquieu. Dada la impronta ilustrada y reformista de sus ideas sobre el Derecho, los revolucionarios las acogieron con alborozo y, en 1792, la Asamblea llegó a nombrarle ciudadano francés. Aunque terminaría rehusando la mención, el hecho es sintomático de la afinidad de su pensamiento con los principios ilustrados. Entre otras cosas, a Bentham le debemos la acuñación de neologismos que hoy se han vuelto consustanciales al lenguaje jurídico-político, como “internacional”, “codificación” o “codificar”<sup>269</sup>.

Por otra parte, sin embargo, Bentham es un fiel sucesor de la tradición empirista inglesa. Desde este enfoque, sus ideas se desmarcan de la Ilustración en sentido estricto y enlazan con la vertiente del pensamiento escocés que arranca en Hume<sup>270</sup>. Téngase en cuenta que la idea matriz de su filosofía, “la mayor felicidad para el mayor número”<sup>271</sup>, no era sino una forma de replantear el hedonismo psicológico que ya estaba en Hume y en otros representantes del empirismo como Helvecio<sup>272</sup>. Es verdad que no conviene retrotraer la etiqueta de utilitarismo a épocas anteriores, porque el término fue inventado por el propio Bentham y porque su teoría llegó a un grado de sofisticación muy superior al hedonismo clásico. Además, desde el punto de vista político, su obra está mucho más desarrollada y tiene una vocación constructiva que no existía en los autores precedentes. Por estas razones, y porque su inconformismo llegó a cotas más altas que en aquéllos, es justo reservar el nombre de utilitarismo para su doctrina<sup>273</sup>. No obstante, al menos a nuestros efectos, es importante destacar la continuidad de esta corriente con el empirismo ya iniciado en la centuria anterior.

Por último, es bastante común encuadrar al utilitarismo en el más ancho marco del positivismo. Como ya se explicó en capítulos anteriores, el positivismo no fue sino una prolongación de la Ilustración, una forma de precisar y desarrollar sus planteamientos

---

<sup>269</sup> Vid. TRUYOL y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, vol. 3: Idealismo y positivismo, Alianza, Madrid, 2004, p. 178.

<sup>270</sup> Vid. CASTILLA, Ramón, “Introducción” a MILL, John Stuart, *El utilitarismo* [1863], trad. de Ramón Castilla, Aguilar, Barcelona, 1971, pp. 129-130.

<sup>271</sup> Vid. BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno* [1776], estudio preliminar, trad. y notas de Enrique Bocado Crespo, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 95-97.

<sup>272</sup> Vid. FERRATER MORA, José, “Utilitarismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, cit., t. IV, p. 3621.

<sup>273</sup> Vid. GUISÁN, Esperanza, “El utilitarismo”, en AA. VV., *Historia de la ética (2. La ética moderna)*, ed. por Victoria Camps, Crítica, Barcelona, 1992, pp. 458-460.



filosófico-políticos en función de las nuevas coyunturas: la creencia en el progreso, el énfasis en la educación, la visión de la ciencia como cauce para resolver los problemas sociales, etcétera, son rasgos que ya arrancaron en el XVIII y se deslizaron intactos en el ideario positivista<sup>274</sup>. Desde este prisma, el utilitarismo vendría a ser la variante del positivismo que proliferó en el ámbito anglosajón. Uno de los atributos de la filosofía británica era el de su autonomía respecto a las novedades del continente –en particular del pensamiento alemán–, de donde se derivó su evolución diferenciada<sup>275</sup>. Así pues, el utilitarismo estableció el mismo puente de comunicación que había entre el positivismo galo y la Ilustración, pero con las peculiaridades propias del mundo anglosajón: si los referentes de Comte habían sido Condorcet o Montesquieu, los del utilitarismo inglés serían Hume o Adam Smith.

A pesar de este tradicional aislamiento entre las dos culturas filosóficas, la brecha se fue relativizando a lo largo del siglo XIX. Aparte del *Fragmento sobre el gobierno* (1776), *En defensa de la usura* (1787) y la *Introducción a los principios de la moral y la legislación* (1789), las grandes obras de Bentham encontrarían verdadera resonancia más allá del canal de la Mancha. Su contribución más destacable a la posteridad, los *Tratados de legislación civil y penal*, serían publicados por un discípulo y admirador suizo, Étienne Dumont, en 1802. Así mismo, el resto de sus obras sobre la codificación –que le granjearían un renombre internacional más que notable– sólo fueron conocidas en Inglaterra con décadas de retraso<sup>276</sup>. La recepción más temprana y entusiasta fue sin duda la francesa, donde encontró un terreno abonado para que fructificaran sus ideas. Como llegó a decir Hermann Kantorowicz, Bentham fue un “fanático de la codificación y de la omnipotencia legislativa”<sup>277</sup>, por lo que no es extraño que fuera en el país galo donde más celebridad cosechó. Sin embargo, su pensamiento también llegó hasta Rusia, donde fue requerido por el zar Alejandro I para asesorar en las labores de codificación, y muy particularmente hasta España<sup>278</sup>.

La recepción española de Bentham es una de las más sobresalientes. Con centro de irradiación en Salamanca, las obras del jurista inglés se difundieron con una velocidad inusitada para el ostracismo intelectual que vivía nuestro país desde el advenimiento de

---

<sup>274</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 537-539 y 547-549.

<sup>275</sup> Vid. KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., pp. 78-79.

<sup>276</sup> Vid. FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III: *Ottocento e Novecento*, ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Laterza, 2006, pp. 23-24. La publicación en inglés de los *Tratados de legislación* se demoraría un siglo y medio respecto a la versión francesa.

<sup>277</sup> KANTOROWICZ, Hermann, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, J. Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1925, p. 36.

<sup>278</sup> Vid. GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1975, pp. 371-372.

la Revolución francesa<sup>279</sup>. De hecho, tomando como base la edición gala preparada por Dumont, los *Tratados de legislación civil y penal* se publicaron en 1821<sup>280</sup>, a lo que seguiría una retahíla de traducciones verdaderamente llamativa<sup>281</sup>. Además de la intensa actividad doctrinal que llevaron a cabo los profesores de la Universidad salmantina, la obra de Bentham fue esencial para el proceso constitucional y la ulterior codificación del Derecho civil. Dado que la recepción académica se había dado a través de la intelectualidad pujante durante el trienio liberal (1820-1823), enseguida se trasvasaron sus planteamientos a la política práctica. No en vano, Bentham llegaría a escribir tres *Ensayos sobre la política de España* y siete *Cartas sobre el código penal* dirigidas al conde de Toreno. En definitiva, como afirmó en su día Élie Halévy, Bentham fue para España “casi como un semidiós”<sup>282</sup>.

Si descendemos al principal continuador de Bentham, John Stuart Mill, también nos encontramos con un paisaje intelectual similar, en el que parecían irse diluyendo las fronteras entre las islas británicas y el continente. Mill partió del esquema de Bentham, pero puede situarse con más propiedad en el contexto del positivismo. Nació en 1806 y murió en 1873, por lo que vivió a caballo entre la generación de Comte (1798-1857) y la de Marx (1818-1883) o Jhering (1818-1892). De hecho, la obra del francés fue muy importante en su formación. Con Comte compartía la pasión por la ciencia y la fe en una reforma de la sociedad a través de la ilustración y el conocimiento. Divergían en puntos esenciales, puesto que el sistema de Comte terminaría degenerando en una suerte de credo científico-tecnocrático que a Mill le resultaba dictatorial<sup>283</sup>, y porque el francés había descartado a la psicología de su clasificación de las ciencias: a su modo de ver,

---

<sup>279</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Jeremy Bentham: su influjo en la Universidad de Salamanca y en la cultura jurídica española del siglo XIX”, en ID., *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica...*, cit., pp. 217-226.

<sup>280</sup> BENTHAM Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada por Esteban Dumont y trad. al castellano con comentarios por Ramón Salas, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1821.

<sup>281</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Jeremy Bentham: su influjo...”, cit., pp. 226-231.

<sup>282</sup> HALÉVY, Élie, *The Growth of Philosophic Radicalism*, trans. by Mary Morris with a Preface by A. D. Lindsay, Faber & Faber, London, 1928, p. 296.

<sup>283</sup> MILL, John Stuart, *El utilitarismo*, [1863], trad. de Ramón Castilla, Aguilar, Barcelona, 1971, p.164. Al referirse a la posibilidad de cultivar un sentimiento de deber hacia la sociedad en todos los individuos de una nación –como último resorte para proteger el principio de utilidad– Mill se refirió a Comte en los siguientes términos: “a cualquier estudiante de ética que encuentre difícil la realización, le recomiendo, como medio de facilitarla, la segunda de las dos obras principales de M. Comte, *Traité de Politique Positive*. Mantengo las más fuertes objeciones contra el sistema de política y moral propuesto en este tratado; pero creo que ha demostrado sobradamente la posibilidad de dar al servicio de la humanidad, aun sin ayuda de la creencia en la providencia, el poder psicológico y la eficacia social de una religión, haciéndola arraigar en la vida humana, y colorear todos los pensamientos, sentimientos y actos de manera que la mayor influencia ejercida por cualquiera de las religiones no sea sino una muestra y presentimiento de él. Su mayor peligro no es que sea insuficiente, sino que interfiera, tan indebidamente como la religión, con la libertad y la individualidad humanas”.

podría enraizarse en la sociología o en la biología<sup>284</sup>. Ambas posibilidades violentaban un principio básico de la ética utilitarista, ya que ésta partía del individuo: es a través de la búsqueda individual del placer –o la paralela huida del dolor– como puede construirse el andamiaje de la ética, desde las regiones de lo particular hasta el ámbito de la política y la sociedad. En este sentido, para Mill la psicología inductiva era un cauce con el que fundamentar el liberalismo<sup>285</sup>.

Pese a estas divergencias, puede afirmarse que el utilitarismo fue una de las tantas manifestaciones que adoptó el positivismo filosófico. De hecho, al ser consciente de la afinidad que existía entre su proyecto y el de Comte, Mill se afanó en redactar un libro sobre las concepciones de su colega francés. A caballo entre la finalidad divulgativa y el examen crítico, se trata de una de las contribuciones más claras para entender el sentido del positivismo<sup>286</sup>. El libro se estructura en dos partes, una primera en la que Mill se centró en el *Curso de filosofía positiva* de Comte –al que evaluaba con tono elogioso en casi todos sus aspectos– y una segunda en la que discutió las últimas evoluciones del francés. En este último caso, como ya se ha anunciado, el juicio de Mill fue básicamente negativo, pues entendía que el propósito de construir una filosofía anti-metafísica se había extraviado en el camino: “así el *savant*, historiador y filósofo que había sido en su tratado fundamental, se transfiguró por completo en el Gran Sacerdote de la Religión de la Humanidad”<sup>287</sup>. Y sin embargo, Mill terminaría colaborando en una modesta pensión que le asignaron a Comte sus admiradores ingleses, para que éste pudiera aliviar las precarias condiciones económicas de su vejez<sup>288</sup>.

A tenor de cuanto se acaba de decir, parece clara la conexión entre el utilitarismo y el positivismo filosófico. La pregunta que hay que hacerse ahora tiene que ver con las relaciones que entabló con el iuspositivismo. En líneas generales, y siendo coherentes con la concepción holística del paradigma que venimos planteando, puede decirse que el utilitarismo representó un momento esencial de su desarrollo. De acuerdo con la visión de Bobbio sobre el positivismo jurídico, el utilitarismo sería la forma que éste adoptó en Inglaterra, del mismo modo que la jurisprudencia de conceptos lo fue para Alemania o la escuela de la exégesis para Francia<sup>289</sup>. Sin embargo, como intentaremos mostrar en las siguientes páginas, aquí optaremos por considerar la aportación utilitarista como un

---

<sup>284</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 552.

<sup>285</sup> Vid. CASTILLA, Ramón, “Introducción” a MILL, John Stuart, *El utilitarismo*, cit., p. 130.

<sup>286</sup> MILL, John Stuart, *Auguste Comte and Positivism*, 2<sup>nd</sup> ed. revised, N. Trübner & Co., London, 1866.

<sup>287</sup> MILL, John Stuart, *Auguste Comte and Positivism*, cit., p. 125.

<sup>288</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 548.

<sup>289</sup> BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 85-96.

patrimonio del paradigma en todas sus versiones. Y es que, como veremos al comentar la influencia que tuvo sobre Jhering, las ideas utilitaristas se propagaron hasta todos los centros de irradiación del positivismo.

En primer lugar, Bentham esgrimió el utilitarismo de una manera similar a como Jhering desarrollaría su crítica contra la Escuela histórica. Al igual que nuestro autor, Bentham le reprochaba a los juristas ingleses –y particularmente a Blackstone<sup>290</sup>, contra quien dirigió sus dardos más envenenados– que prestaran tanta atención a la historia, desatendiendo la vertiente pragmática que debe tener toda institución jurídica. Se trataba de aplicar el principio de la utilidad al mundo del Derecho, de donde se obtendría una filosofía jurídica teleológica: las normas deben estar orientadas a la consecución de la mayor felicidad posible para el mayor número posible de personas, para lo cual deben instituirse unas leyes cuidadosamente elaboradas en función del fin perseguido<sup>291</sup>. Como corolario de este principio, se derivaba la necesidad de la legislación y la codificación del Derecho, pues sólo así habría garantía de que las leyes fuesen coherentes, tanto entre sí como respecto al objetivo pretendido. Estas ideas, que originalmente fueron pensadas como antídoto frente a la sacralización del *Common Law*, se asentarían en lo más íntimo de la cosmovisión positivista: el énfasis en la legislación y la codificación no sólo son patrimonio del espíritu francés<sup>292</sup>.

En segundo lugar, la noción utilitarista de la ley también se trasladaría al conjunto del paradigma positivista. El primer paso fue emprendido por Bentham, que criticó con aspereza el concepto de ley de Montesquieu. Mientras que éste la concebía como una “relación necesaria” derivada de la naturaleza de las cosas, el autor inglés la entendería en su sentido más prosaico: como disposición imperativa dirigida a lograr un fin social, estipulado conforme al principio de utilidad, y producida por el gobernante de turno. En este sentido, no deberíamos sorprendernos al ver caracterizado el *Espíritu de las leyes* como un tratado de “pseudo-metafísica sofistería”<sup>293</sup>. El siguiente paso de este recorrido filosófico-jurídico le corresponderá al discípulo de Bentham y principal representante del formalismo inglés decimonónico, John Austin (1790-1859). Con la obra de Austin

---

<sup>290</sup> William Blackstone (1723-1780) debe su fama a los *Commentaries on the Laws of England*, una obra que se convertiría en el canon para estudiar el Derecho inglés. En ella compendia todas las instituciones jurídicas vigentes en el marco de un planteamiento triunfalista sobre las bondades del *Common Law*: la férrea sujeción a la historia –el precedente–, el fundamento consuetudinario y no escrito de las normas, la presunta perfección lógico-formal de sus preceptos e instituciones, etcétera. Vid. BROCARD, Enrique, “Estudio preliminar” a BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, cit., pp. XXXVII-XLV.

<sup>291</sup> BENTHAM Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 22-27 y 45-49.

<sup>292</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Jeremy Bentham: su influjo...”, cit., pp. 237-238.

<sup>293</sup> BENTHAM Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, cit., p. 91.

se perfilan las ideas de su maestro respecto al concepto de la ley y se asientan las bases de lo que hoy denominamos teoría imperativista de la norma, una concepción que forma parte sustancial del iuspositivismo<sup>294</sup>.

En tercer lugar, el utilitarismo se opondría con fuerza a las doctrinas que trataban de anclar el Derecho y el Estado en un hipotético pacto original. En otras palabras, el utilitarismo se definió como una corriente anti-contractualista<sup>295</sup>. Los fundamentos de esta crítica eran al menos dos: 1) por un lado, las teorías del contrato social chocaban de bruces con el método empírico, ya que se basaban en *postular* un *hipotético* estado de naturaleza original no contrastado en absoluto por la experiencia; 2) por otro lado, como consecuencia de lo anterior, implicaban la utilización de ficciones para justificar la razón de ser de las instituciones jurídicas y políticas<sup>296</sup>. Esta última consecuencia era particularmente denostada por Bentham, que llegó a desarrollar una crítica radical frente al empleo de ficciones en el Derecho<sup>297</sup>. También en este sentido nos resulta una teoría concomitante con los principios iuspositivistas. Tanto la vocación empirista a la hora de explicar el origen del Derecho –que se traducía en la impugnación del contractualismo– como la desconfianza frente al uso de abstracciones, revelaban una propensión hacia el realismo equivalente a la de Jhering: el Derecho no es un armazón de principios lógicos, sino un conjunto de normas respaldadas por la fuerza e impregnadas hasta la médula por los pegadizos tentáculos del poder.

En cuarto y último lugar, el utilitarismo sentó los mimbres de una idea del Derecho que se convertiría en la entraña de la cosmovisión positivista: el instrumentalismo. La definición del Derecho sobre la base del principio de utilidad provocó la desmitificación de un enorme elenco de presupuestos respecto al fenómeno jurídico<sup>298</sup>: ni se trataba de un conjunto de normas emanadas de la naturaleza de las cosas, ni de una proyección del demiurgo, ni de un depósito de razón decantado con esmero por el infalible tamiz de la historia. El Derecho era, lisa y llanamente, un eficaz instrumento con el que los seres humanos podían intervenir sobre el curso de las cosas, o bien modificando la realidad, o

---

<sup>294</sup> Vid. BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 100-105. La mención de Austin también es interesante en relación con lo que se dijo sobre la comunicación entre las islas británicas y el continente, ya que éste pudo viajar a Alemania y conocer las ideas de la Escuela histórica; después de cribarlas con el filtro del empirismo, le inspirarían su teoría de los conceptos jurídicos fundamentales. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Estudio preliminar” a AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 13-21.

<sup>295</sup> Vid. BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, cit., pp. 54-85.

<sup>296</sup> Vid. BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, cit., pp. 85 y ss.

<sup>297</sup> Vid. BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 158-181.

<sup>298</sup> HART, Herbert L. A., “Bentham and the Demystification of the Law”, en AA. VV., *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, vol. 1, ed. by Bhikhu Parekh, Routledge, London, 1993, pp. 421-435.

bien asentando los logros ya alcanzados. Quizá esta sería la mayor consecuencia de todo el entramado utilitarista y del paradigma positivista en sentido lato: la desacralización integral del Derecho. A partir de mediados del XIX se abrió una puerta que conduce hasta nuestra misma actualidad, y que dio paso a una mirada estrictamente instrumental respecto al fenómeno jurídico<sup>299</sup>.

De los cuatro aspectos que se han citado, quizá el tercero y el cuarto sean los más trascendentales: el anti-contractualismo y el instrumentalismo. Para ver su importancia en relación con el paradigma, quizá sea interesante referirnos a nuestra actualidad más cercana. Si nos paramos a observar las principales aportaciones que han intentado minar las bases del positivismo, en el contexto de su presunta crisis, veremos que estos dos elementos han sido los más cuestionados. Fijémonos, para empezar, en el caso de John Rawls. Es verdad que sus ideas no se enmarcan en la polémica acerca del positivismo jurídico, sino en la teoría de la justicia. Sin embargo, es significativo que construyera su pensamiento como tentativa deliberada de superar la hegemonía intelectual que seguía detentando el utilitarismo hasta los años setenta del siglo XX<sup>300</sup>. A su modo de ver, en efecto, la teoría de la justicia necesitaba reverdecerse mediante un regreso a la doctrina del contrato social: revistiéndola con un nuevo aparato metodológico, más pulido y experimentado por el paso del tiempo, podrían sortearse mejor las objeciones clásicas que ésta había cosechado. Sin ánimo de entrar en ello más a fondo, lo que nos interesa subrayar es que Rawls hablaba en términos de un enfrentamiento entre dos paradigmas: contractualismo frente a utilitarismo<sup>301</sup>.

En segundo lugar, entrando en el campo de la teoría del Derecho, podemos fijarnos en la obra de Ronald Dworkin. También en su caso nos encontramos con una arremetida contra el utilitarismo<sup>302</sup>. Al igual que en la teoría de la justicia, en efecto, esta corriente se había convertido en la pauta de pensamiento dominante para la teoría jurídica. Y del mismo modo que hizo Rawls en el ámbito de la ética y la política, Dworkin se propuso

---

<sup>299</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Entrevista con Felipe González Vicén”, preparada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Doxa*, n° 3, 1986, pp. 323-324.

<sup>300</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice* [1971], Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 2005, pp. VII-VIII y 22-27.

<sup>301</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice*, cit., pp. VII-VIII: “esta teoría parece ofrecer un modelo de justicia sistemático y alternativo al utilitarismo dominante; un modelo que, según argumentaré, es superior a éste [...]. Mis ambiciones se verían completamente colmadas si el libro permitiera entender más claramente los principales rasgos estructurales de la concepción alternativa de la justicia que está implícita en la tradición contractualista, y a la vez indicara el camino de su futura elaboración. De las visiones tradicionales, ésta es, en mi opinión, la que más se aproxima a nuestras ideas sobre la justicia y la que constituye una base moral más adecuada para una sociedad democrática” (p. VIII).

<sup>302</sup> Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977], trad. de Marta Guastavino, pról. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 2002.

saltar por encima de la sombra de Bentham en el ámbito del Derecho. El objetivo de *Los derechos en serio* era derribar los dos pilares de lo que su autor llamó la “teoría jurídica dominante”: el positivismo, que manejaba una tesis sobre lo que el Derecho *es*, y el utilitarismo, que manejaba una tesis sobre lo que el Derecho *debe ser*. En ambos casos, decía Dworkin, la teoría se retrotraía hasta Bentham<sup>303</sup>. Dejando de lado el localismo de este diagnóstico –puesto que sólo comprendía la evolución de la filosofía en el contexto inglés– lo cierto es que apunta en la dirección de lo que queremos demostrar: el hecho de que el utilitarismo forma parte constitutiva del paradigma positivista. Si en el caso de Rawls se intentaba regresar a la tradición del contractualismo, lo que hace Dworkin es impugnar la concepción instrumentalista del Derecho. A su modo de ver, y por razones similares a las de su colega estadounidense, semejante concepción del Derecho no se compadecía con el respeto a los derechos individuales: la mayor felicidad para el mayor número podía implicar que, en algunos casos, fuese necesario sacrificar los derechos en provecho de otro bien mayor<sup>304</sup>.

Las objeciones contra el instrumentalismo han sido frecuentes en el pensamiento anglosajón. Si retrocedemos en el tiempo, y salvando las distancias, se trata del mismo reproche que el juez Coke dirigió a Thomas Hobbes<sup>305</sup> y del mismo debate que enfrentó a Bentham con los partidarios de mantener incólume el *Common Law*. En la actualidad, como ya se vio en el capítulo cuarto, esta reacción anti-instrumentalista ha vuelto a emerger en las obras de Friedrich Hayek<sup>306</sup> y de Brian Z. Tamanaha. En este último caso, además, el autor se remitió a Jhering desde el mismo título de su obra: *Law as a Means to an End* (la traducción inglesa de *El fin en el Derecho*). A juicio de Tamanaha, las concepciones teleológicas del Derecho están propiciando un paulatino socavamiento del imperio de la ley: si se conciben las normas jurídicas como meros instrumentos para la consecución de fines, privadas de todo halo de sacralidad, entonces se corre el riesgo de perder el cielo en su salvaguarda<sup>307</sup>. De manera que, para tomar en serio el imperio de la ley –parafraseando a Dworkin– deberíamos abandonar la idea de que las normas están para abastecer fines coyunturales: por encima de todo, el Derecho debe configurar un espacio dotado de intangibilidad<sup>308</sup>.

---

<sup>303</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 31-36.

<sup>304</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 276 y ss. y 396 y ss.

<sup>305</sup> Vid. HOBBS, Thomas, *Diálogo entre un filósofo y un jurista...*, cit., pp. 13-15.

<sup>306</sup> Vid. HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty* [1960], Routledge, London, 1993, pp. 234 y ss.

<sup>307</sup> TAMANAHA, Brian Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 215 y ss.

<sup>308</sup> TAMANAHA, Brian Z., *Law as a Means to an End*, cit., pp. 230 y ss.

En definitiva, parece que la discusión contemporánea sigue viva en torno al problema del utilitarismo y a su visión instrumentalista del Derecho. Por lo que atañe a esta investigación, los ejemplos citados son interesantes para testimoniar la importancia del pragmatismo jurídico en la conformación del paradigma positivista. La principal aportación del utilitarismo fue precisamente ésta: desmitificar la idea de un Derecho sagrado, intangible o necesario, e introducir la idea de que su única razón de ser está en la satisfacción de necesidades sociales contingentes. Así, sobre la base del historicismo que ya se había propagado en la mentalidad jurídica continental, poco a poco crecería una concepción pragmática del Derecho. En Jhering, aunque en parte desarrollaría sus ideas de manera independiente, el influjo del utilitarismo fue clave para adquirir esta conciencia respecto al fenómeno jurídico.

### 3.2. El significado del utilitarismo para Jhering

Acabamos de ver el significado que tuvo el utilitarismo para la filosofía y, más en particular, para la filosofía jurídica del positivismo. Ahora se trata de ver el significado que tuvo en el itinerario intelectual de Jhering. La asunción del historicismo era casi una necesidad en el contexto en que vivió: tanto la obra de Hegel como la de Montesquieu formaban parte del acervo intelectual de la Alemania decimonónica. En este sentido, por mucho que le imprimiese un giro copernicano al historicismo de Savigny, no dejaba de moverse en una pauta más o menos previsible. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del utilitarismo. El contacto entre la cultura jurídica británica y la germana no había sido especialmente fluido<sup>309</sup> y, hasta el viaje que hizo John Austin a Alemania, las relaciones no habían dado pie a una interacción fructífera. Los cauces de comunicación intelectual solían tener lugar entre Francia y Alemania<sup>310</sup> o entre Francia e Inglaterra, de modo que el país galo funcionaba como correa de transmisión<sup>311</sup>.

Así las cosas, resulta particularmente indicativo –además de meritorio– que Jhering se aproximase a la tradición de pensamiento utilitarista. De hecho, como recalcaron los responsables de la traducción inglesa de *El fin en el Derecho*, el caso de nuestro autor

---

<sup>309</sup> KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., p. 78.

<sup>310</sup> Vid. BOUGLÉ, Charles, *Les sciences sociales en Allemagne. Les méthodes actuelles*, cit., pp. 1-17; vid. también ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 11-25.

<sup>311</sup> Vid. WAGNER, Peter, “Las tradiciones nacionales y el surgimiento de las formas transnacionales de conocimiento”, en AA. VV., *Redes intelectuales transnacionales. Formas de conocimiento académico y búsqueda de identidades culturales*, compilado por Christoph Charle, Jürgen Schriewer y Peter Wagner, Ediciones Pomares, México, 2006, pp. 1-22.



constituía una sorprendente excepción respecto a la tónica habitual en las relaciones de ambas culturas jurídicas: “Jhering es el único, o casi el único, en haber demostrado su admiración hacia Bentham entre los escritores alemanes”<sup>312</sup>. Desde este punto de vista, ha sido habitual tratar a Jhering, en el ámbito anglosajón, como el “Bentham alemán”<sup>313</sup> o como exponente del utilitarismo en Alemania. En este sentido se pronunciaron Roscoe Pound<sup>314</sup>, Herbert Hart<sup>315</sup> o George Sabine<sup>316</sup>. Pero no sólo en la historiografía inglesa y norteamericana, sino también en el continente europeo, se ha llegado a tomar por buena esta caracterización. Así se percibió desde Francia, donde Charmont tildó a Jhering de utilitarista social<sup>317</sup>, o desde la propia Alemania, donde Merkel emparentó sus ideas con las del utilitarismo inglés<sup>318</sup>. Como último testimonio, valga citar la opinión de Theodor Viehweg, que vio en Bentham, Mill y Spencer la mayor influencia para su pensamiento, muy por encima del presunto poso hegeliano<sup>319</sup>.

¿Cuál es la legitimidad de este juicio sobre Jhering? O dicho de otra manera: ¿en qué medida es un epíteto adecuado para entender su posición iusfilosófica? Pues bien, en líneas generales podría decirse que se trata de un apelativo apropiado para abarcar el segundo periodo de su trayectoria, el que comienza con el tercer volumen del *Espíritu* y se concreta en *El fin en el Derecho*. En cambio, resulta un tanto desenfocado para captar la esencia de su primera etapa. Haciendo una simplificación un tanto burda, podríamos hablar de un Jhering historicista, un Jhering utilitarista y un Jhering empirista. En el primer sentido, las influencias más notables fueron las de Hegel y Montesquieu, como ya se expuso en el anterior epígrafe. En el segundo sentido, sus fuentes más relevantes procedieron del utilitarismo inglés. Y en el tercer sentido, como veremos en el último punto del capítulo, Jhering fue derivando hacia una comprensión empírica del Derecho. La inspiración para este enfoque le vendría dada, entre otras cosas, por su aproximación a algunas ramas de las ciencias experimentales. A esta última fase correspondería su inclinación a subsumir la filosofía en la antropología –como sucede en la *Prehistoria de*

---

<sup>312</sup> GELDART, William Martin, “Introduction”, to JHERING, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, transl. by Isaac Husik, preface by Joseph H. Drake and introductions by Henry Lamm and William Martin Geldart, The Boston Book Company, Boston, 1913, p. XLVI.

<sup>313</sup> DRAKE, Joseph H., “Preface” to JHERING, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, cit., p. XVII.

<sup>314</sup> POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, cit., pp. 127 y ss, 215 y ss.

<sup>315</sup> HART, Herbert L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 68-78.

<sup>316</sup> SABINE, Georges, *Historia de la teoría política* [1937], trad. de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 317.

<sup>317</sup> CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, 2<sup>ème</sup> éd., préface de Gaston Morin, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, Paris, 1927, p. 95.

<sup>318</sup> MERKEL, Adolf, “Jhering”, cit., pp. 30-33.

<sup>319</sup> VIEHWEG, Theodor, “Rechtsdogmatik und Rechtszmetik bei Jhering”, cit., pp. 211-212.

*los indoeuropeos*— o su pretensión de construir un pensamiento jurídico sociologista — como en *El fin en el Derecho*—.

De todo ello se deriva el hecho de que algunos autores, como Stammler, ubicaran a nuestro autor bajo la rúbrica del empirismo<sup>320</sup>. De algún modo, tanto ésta como la del utilitarismo son dos etiquetas válidas para aprehender su pensamiento. Lo que ocurre es que conviene diferenciar los distintos momentos de su trayectoria. Por otra parte, pese a que el anterior esquema se ajusta a su evolución a grandes rasgos, sería un error mirarla en compartimentos estancos. En realidad, el historicismo se constituyó en el basamento ineludible sobre el que crecieron los demás elementos. El utilitarismo, a su vez, serviría como acicate para desarrollar una visión más pragmática del Derecho y, en este sentido, para apuntalar ideas intuitivas que ya había manejado desde su juventud. El empirismo, por último, sería un fruto de su acercamiento a la realidad científica de la época, y le ayudaría a perfilar la vocación realista de su última fase. Sin embargo, no puede decirse que fuera transitando de una a otra orientación, sino que todas ellas se mezclaron en una amalgama inextricable. Por eso, como venimos haciendo desde el principio, conviene leer su pensamiento en clave de estratos que se superponen, y mediante conceptos muy abarcadores. De ahí que, por regla general, hayamos optado por hablar de historicismo, pragmatismo y naturalismo.

Desde este punto de vista, se puede entender mejor el papel que tuvo el utilitarismo en la formación de Jhering. En primer lugar, podría decirse que sirvió como gozne entre las dos etapas de su pensamiento. Como ya se vio en el capítulo anterior, el historicismo de Jhering nunca fue ortodoxo respecto al de la escuela de Savigny, porque ya desde el primer volumen del *Espíritu* elaboró una crítica al nacionalismo de aquél y se situó en una perspectiva más tendente a la manipulación proactiva de la historia. Sin embargo, la actitud crítica de esta etapa no solía pasar de la fase destructiva: se impugnaban unas u otras ideas de Savigny o de Puchta, pero sin proponer a la vez una teoría comprensiva que pudiera servir como alternativa<sup>321</sup>. En este sentido, el utilitarismo se convirtió en un punto de anclaje fundamental. A partir de los años sesenta, y de la mano del referente que le ofrecía esta corriente, Jhering fue dando paso a una orientación constructiva de su

---

<sup>320</sup> STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1922, pp. 41-45. Nótese que, en una obra posterior, Stammler corregiría este juicio y pasaría a colocar a Jhering bajo la rúbrica del realismo jurídico (junto con el famoso fiscal prusiano Julius von Kirchmann). Vid. STAMMLER, Rudolf, *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit*, 2. vermehrte und verbesserte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1925, pp. 97-99.

<sup>321</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny” [1861], en ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 2, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 9-14.

pensamiento. Así es como surgió *El fin en el Derecho*, cuya vocación era diseñar una teoría jurídica alternativa a las concepciones de la Escuela histórica. Desde este punto de vista, pese a que muchas de las ideas del *Fin* ya habían sido pensadas y elaboradas con anterioridad, es difícil que hubieran fructificado sin la ayuda del utilitarismo como fuente de inspiración<sup>322</sup>.

En segundo lugar, y en conexión con lo que se acaba de decir, el utilitarismo sirvió para dar forma y apuntalar muchas ideas que en Jhering se encontraban sólo *in nuce*. Los principios del interés o la finalidad estaban ya en su obra desde el primer volumen del *Espíritu*<sup>323</sup>. Sin embargo, no empezó a tomarlos como conceptos filosóficos serios hasta veinte años después. Dicho de otro modo, lo que en origen no fueron sino ideas más o menos intuitivas sobre el Derecho, pasaron así a tematizarse desde un punto de vista filosófico. Probablemente, fue gracias al utilitarismo como cobró consciencia de esta posibilidad e interiorizó el pragmatismo como una opción perfectamente legítima. Hay que tener en cuenta que, para un autor nacido en el contexto del idealismo, todo lo relacionado con la praxis o la utilidad solía concebirse como antípoda del pensamiento. En este sentido, el utilitarismo le brindó a Jhering una posibilidad valiosísima, porque dio legitimidad filosófica a tendencias ya presentes en su obra. Así pues, aunque se trata de una formulación demasiado sintética, podría decirse que la contribución esencial del utilitarismo para la filosofía de nuestro autor fue abrirle la puerta al pragmatismo como una opción filosófica fundada.

La utilización que aquí hacemos del concepto “pragmatismo” tiene pretensión de literalidad, puesto que Jhering desarrolló argumentaciones de ese corte en la última fase de su vida. Así es como, en la *Prehistoria de los indoeuropeos*, propuso una teoría que explicaba el nacimiento de la moral como fruto de la acción, y no la acción como fruto de la moral: “los escolásticos formulaban para los individuos la regla de que *operari sequitur esse* [la acción es consecuencia del ser]; para los pueblos es preciso decir: *esse sequitur operari* [el ser es consecuencia de la acción]”<sup>324</sup>. Y así, aunque la etiqueta de pragmatismo se suele reservar para una corriente filosófica nacida en Estados Unidos

---

<sup>322</sup> PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., p. 24: “si Jhering no hubiera tenido alguna contacto –más o menos intensivo– con alguno de los grandes filósofos anglosajones como Locke, Smith, Bentham, Spencer, Mill o, por lo menos, las tesis de Darwin, sus últimos escritos no nos habrían llegado de la forma en que los conocemos, ni en lo que se refiere a su concepción general, ni tampoco en lo que atañe a sus argumentaciones”. Los escritos a los que se refería Pleister son *La lucha por el Derecho*, *El fin en el Derecho*, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, *Historia evolutiva del Derecho romano* y *Prehistoria de los indoeuropeos*.

<sup>323</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 8, 20, 48-55.

<sup>324</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 112.

entre finales del XIX y principios del XX<sup>325</sup>, puede adoptarse una noción más amplia en la que cabrían puntos de vista como el que acabamos de enunciar. De hecho, como llegó a afirmar uno de los representantes paradigmáticos del movimiento, William James, el pragmatismo no era sino una nueva denominación para viejas formas de pensar<sup>326</sup>. Por otra parte, quizá no sea ocioso recordar que el juez Oliver Wendell Holmes, seguidor de Jhering en muchos aspectos, formó parte activa de las reuniones en las que se forjaría la doctrina del pragmatismo norteamericano<sup>327</sup>.

En tercer y último lugar, el utilitarismo fue provechoso en otro aspecto clave para Jhering: gracias a él, empezaría a transitar desde el enfoque individualista que latía en la teoría kantiana del Derecho y el Estado, hasta una orientación más colectiva. Uno de los acicates para acercarse al hegelianismo había sido el hecho de que el planteamiento del suabo se movía en una perspectiva totalizadora y menos individualista que la de Kant. Sin embargo, como ya se analizó anteriormente, su filosofía terminó siendo demasiado idealista para las necesidades teóricas del segundo Jhering. En este sentido, recibió al utilitarismo como una posibilidad científica que le permitiría fundamentar una teoría social del Derecho y de la moral, sin por ello incurrir en abstracciones y generalidades vaporosas como las de Hegel. Y es que, aunque Jhering nunca había comulgado con las ideas kantianas, el utilitarismo llegó en una fase en la que su repudio del individualismo rayó con la ojeriza. Así es como criticaría a Fichte por utilizar una “afectada fraseología filosófica [...] del yo y del no-yo”<sup>328</sup>, y más tarde le volvería a censurar por partir de una premisa individualista equivocada: “entre toda la literatura, no conozco ningún escrito donde el desvarío de las conclusiones, al seguir una idea básica errónea, haya ascendido hasta alturas tan vertiginosas como éste”<sup>329</sup>.

Al final, como veremos en el siguiente apartado, Jhering terminaría reprobando algunos resabios individualistas que informaban el esqueleto del utilitarismo. Y es que, tanto en Bentham como en Mill –a quien criticaría por razones idénticas–, el individuo desempeñaba un papel medular. En primer lugar, desde un punto de vista metodológico,

---

<sup>325</sup> Vid. FERRATER MORA, José, “Pragmatismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, cit., tomo III, pp. 2871-2874.

<sup>326</sup> Vid. JAMES, William, *A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longmans Green & Co., New York, 1907. Vid. también DEWEY, John, “Qué entiende el pragmatismo por «práctico»” [1908], en ID., *La miseria de la epistemología. Ensayos de pragmatismo*, ed., trad. y notas de Ángel Manuel Faerna, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pp. 81-98.

<sup>327</sup> ARJONA SEBASTIÁ, César, “Estudio preliminar” a HOLMES, Oliver W., *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y trad. de César Arjona Sebastià, Iustel, Madrid, 2006, pp. 11-56.

<sup>328</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Windscheid (Gießen, 14-VIII-1859)”, en ID., *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., pp. 119-120.

<sup>329</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 444.

porque las premisas de su sistema eran los conceptos de dolor y de felicidad, es decir, dos sensaciones subjetivas que no podían predicarse de una totalidad como la sociedad o el Estado<sup>330</sup>. En segundo lugar, desde el punto de vista ontológico, porque ni Bentham ni Mill solían usar nociones como las de bien común o interés general<sup>331</sup>. Su finalidad era definir los ejes de una buena sociedad, basada en el principio de la mayor felicidad para el mayor número, pero siempre respetando el principio individualista: el cálculo de cómo estructurar dicho Estado, en el fondo, debería realizarse con base en el sumatorio del placer y la ausencia de dolor que se produzca en todos y cada uno de los miembros de la comunidad<sup>332</sup>. En este sentido, no es fruto del azar que Jhering aludiese a la obra de Rousseau –favorablemente– en el mismo contexto en el que despachó la crítica a Fichte sobre el individualismo<sup>333</sup>.

En resumen, podemos afirmar que la importancia del utilitarismo fue triple para el pensamiento de Jhering. En primer lugar, porque sirvió como punto de apoyo para que abandonase la fase más bien destructiva de su crítica a la Escuela histórica, y poco a poco caminase hacia una orientación constructiva. En segundo lugar, porque fue un referente para proporcionar dignidad filosófica a muchas ideas que en Jhering ya habían germinado de manera intuitiva. En este sentido, pudo abrazarse sin complejos a un planteamiento pragmatista, que se convertiría en la guía de la segunda etapa de su obra. Además, este ingrediente sería esencial para el paradigma positivista en general, porque así pudo redirigirse el historicismo de la primera oleada en un sentido más mundano: de algún modo, el pragmatismo sembró el terreno para el acercamiento definitivo al punto de vista empírico. Y en tercer lugar, el utilitarismo fue relevante para la fundamentación de una teoría social del Derecho. En este sentido, aunque luego sería crítico con ellas, las ideas de Bentham y de Spencer contribuyeron a fortalecer la deriva colectivista del segundo Jhering.

### **3.3. La influencia del utilitarismo anglosajón**

La primera penetración de Bentham en Alemania tuvo lugar con la traducción de los *Tratados de legislación y jurisprudencia* –según los extractos de Étienne Dumont– realizada por Eduard Beneke en 1830. La trascendencia de este profesor de filosofía,

---

<sup>330</sup> Vid. BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 21-24.

<sup>331</sup> MILL, John Stuart, *El utilitarismo*, cit., pp. 181 y ss.

<sup>332</sup> Vid. BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 45 y ss.

<sup>333</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 442.

activo en las universidades de Göttingen y Berlín durante la primera mitad del siglo XIX, sería prácticamente nula para nosotros, de no ser por un hecho que puede iluminar sobre el estado de la cuestión filosófica hacia mediados de la centuria. Y es que, después de dos años de trabajo en la Universidad prusiana (1820-1822), el Ministerio berlinés emitió una orden para prohibirle a Beneke el ejercicio de la docencia. Lo interesante a nuestros efectos es que el factor determinante de esta decisión fue la opinión negativa de Hegel respecto a las ideas filosóficas de aquél, a quien había leído algunos meses antes. Sobre la base de este mismo juicio se le denegaría también una plaza en la Universidad de Jena, hasta que pudo recalar como *Privatdozent* en Göttingen. Al final, sólo pudo regresar a la Universidad prusiana en 1827, es decir, cinco años después de haberse iniciado todo este proceso.<sup>334</sup>

Más allá de las circunstancias concretas, este hecho es revelador de la incontestable hegemonía del idealismo durante la primera mitad del siglo. Y es que, aunque Beneke todavía no se había ocupado en profundidad de la filosofía de Bentham, su obra ya había adquirido un cariz mucho más mundano que el estipulado por el canon idealista. A partir de 1827, tras su reingreso a la Universidad de Berlín, empezaría a trabajar en el filósofo británico hasta que tres años más tarde, en 1830, publicó la traducción de los *Tratados de legislación*<sup>335</sup>. Por último, en 1837, dio a las imprentas un estudio sobre los *Fundamentos de la teoría de las costumbres (Grundlinien der Sittenlehre)*<sup>336</sup>, en el que quiso refutar las ideas de Kant desde un prisma utilitarista: frente a la desconsideración de los fines y los intereses del comportamiento moral, Beneke propuso que también éstos deberían tenerse en cuenta. Sólo así podría construirse, en su opinión, una teoría de la ética con un basamento empírico aceptable, y con una relativa correspondencia respecto a nuestras intuiciones morales<sup>337</sup>.

Sería gracias a las contribuciones de Beneke como Jhering pudo acceder hasta la obra de Bentham. Pero esto no sucedería hasta bien entrado el siglo. Desde la aparición de esta primera traducción –ya casi treinta años posterior a la edición francesa original y diez años retrasada respecto a la española– apenas se dieron avances significativos en la recepción alemana de Bentham. Pese a algún comentario crítico y alguna reseña de poca

---

<sup>334</sup> Vid. COING, Helmut, “Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre”, en ID., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht (1947-1975)*, II, hrsg. von Dieter Simon, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1982, pp. 177-178.

<sup>335</sup> BENTHAM, Jeremías, *Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung*, hrsg. von Etienne Dumont, bearbeitet und mit Anmerkungen von Friedrich Eduard Beneke, Berlin, 1830.

<sup>336</sup> BENEKE, Eduard, *Grundlinien der Sittenlehre. Ein Versuch eines natürlichen Systems derselben*, 1. Bd., Druck und Verlag von Ernst Siegfried Mittler, Berlin-Posen-Bromberg, 1837.

<sup>337</sup> Vid. COING, Helmut, “Benthams Bedeutung für die Entwicklung der...”, cit., pp. 180-181.

repercusión, las ideas del inglés no terminaron de arraigar en la conciencia filosófica germana. Sólo a partir de los años setenta, junto con la introducción de John Stuart Mill, se volvió a tener en cuenta su obra. El mediador de esta recuperación, según Coing, fue nada más y nada menos que el propio Jhering<sup>338</sup>. Como hemos explicado antes, el motor del cambio en su planteamiento filosófico no se alimentó de factores exógenos, sino que obedecía a una evolución interna ya presente en los primeros años de su carrera. A pesar de ello, el descubrimiento de Bentham le permitió fundamentar sus ideas en un aparato filosófico más sólido.

Las primeras menciones al inglés se encuentran en el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*<sup>339</sup>. Sin embargo, se trata de añadidos escritos en las reediciones de los años sesenta<sup>340</sup>. Desde esta perspectiva, se entiende mejor a qué nos referíamos cuando señalábamos la función legitimadora que Bentham tuvo para Jhering. La primera cita que hallamos en el *Espíritu* está en una nota relativa a la distinción de nuestro autor entre la anatomía y la fisiología del organismo jurídico, es decir, entre su estructura y su función. Esta idea, en la que reverberaban ecos naturalistas, le había costado abundantes reproches. Y es que la comparación con las ciencias de la naturaleza no era demasiado bien vista en la academia. Por eso, cuando Jhering encontró en Bentham un punto de vista similar, debió de sentirse reconfortado: “tras la primera edición, he reparado en una frase de Bentham donde se refleja una forma análoga de mirar el Derecho. «No es en los libros sobre Derecho, dice él, donde he encontrado un modelo metodológico para la investigación, sino en las obras de metafísica, física, historia natural o medicina [...]. ¿Es que acaso el cuerpo político no podría tener también su anatomía, su fisiología, su nosología o su *materia medica*? Es muy poco lo que he hallado en Triboniano, Cocceji, Blackstone, Vattel, Pothier o Domat; en cambio Hume, Helvetius, Lineo, Bergmann o Cullen me han sido mucho más útiles»<sup>341</sup>.

En definitiva, nos encontramos aquí con un refrendo del naturalismo que Jhering ya había cultivado desde los años cincuenta. El legado del empirismo británico, que puede palpase en el catálogo de autores a los que se remite Bentham, era una plataforma más proclive a aceptar ese tipo de comparaciones. A partir de los años setenta, también en Alemania se produciría una fuerte comunicación entre las ciencias de la naturaleza y la filosofía, pero siempre con demora respecto a la evolución en Gran Bretaña. En este

---

<sup>338</sup> COING, Helmut, Helmut, “Benthams Bedeutung für die Entwicklung der...”, cit., pp. 182-183.

<sup>339</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 27 y 326.

<sup>340</sup> PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 397 y ss.

<sup>341</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 27.

sentido, se entiende que Jhering aludiese a Bentham como fuente de autoridad. Ahora bien, la mayor influencia del inglés tendría que ver con dos nociones vertebradoras de la segunda etapa de su obra. En primer lugar, con el concepto de egoísmo y, en segundo lugar, con el de interés. El egoísmo, por cuanto sería la base de la teoría ética y jurídica de *El fin en el Derecho*: el fundamento último de toda conducta es el egoísmo, de donde se deriva la necesidad de la cooperación social, la imposición de un aparato de coacción organizado y, por consiguiente, el Derecho y el Estado<sup>342</sup>. Y el interés, a continuación, por cuanto sería el concepto guía de su etapa sociológica: los derechos son instrumentos destinados a proteger intereses sociales concretos, y no a recubrir legalmente una abstracta idea de voluntad<sup>343</sup>.

Respecto al egoísmo, se pronuncia ya en el primer volumen del *Espíritu*. Aunque todavía sin llegar al rango de concepto filosófico, Jhering veía en el autointerés el alma de la grandeza romana, el fundamento de su pragmatismo y de sus conquistas jurídicas. En este contexto, se volvió a referir a Bentham de manera elogiosa: “de este modo, tan puramente utilitarista, ha querido Bentham aprehender el concepto de virtud [...]. Esta definición habría hecho honor a un romano de la antigüedad”<sup>344</sup>. Con todo, el verdadero desarrollo del egoísmo se encuentra en *El fin en el Derecho*. Para Jhering, siguiendo una estela filosófica habitual, el motor de la sociedad es el autointerés. Donde se desmarca del punto de vista corriente, para aproximarse a la tradición del empirismo británico, es en la visión del egoísmo como fundamento de la moral. Al contrario de lo que pensaban Kant o Schopenhauer –Jhering se remite textualmente a ambos<sup>345</sup>– el principio de todo acto moral es el autointerés. Incluso aquellos aspectos que más lejanos nos parezcan de éste, como el sacrificio, están mediatizados por el egoísmo: nos sacrificamos por seres queridos, por bienes superiores y cuantificables en términos de interés, o por personas con quienes sentimos afinidad.

El fundamento de estas ideas, como bien ha visto Walder, se encuentra en una línea de pensamiento que fructificaría extraordinariamente en Adam Smith, pero que forma parte de la tradición anglosajona en sentido amplio<sup>346</sup>. Según esta concepción de las cosas, el egoísmo no es una mera tendencia destructiva, sino que produce resultados

---

<sup>342</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 24 y ss.

<sup>343</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 327 y ss.

<sup>344</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 326.

<sup>345</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 36-40.

<sup>346</sup> Vid. WALDER, Rudolf, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus*, tesis doctoral inédita, Christian-Albrechts-Universität, Kiel, 1943, pp. 20-40 y 51-61. Pese a no haber sido publicada, la tesis de Walder se ha terminado ganando un puesto importante en la literatura iusfilosófica sobre Jhering.



beneficiosos para la organización social. Al concurrir los intereses de unos y de otros individuos, en un todo coordinado como es la sociedad, se desencadena la necesaria comunión de fines que da lugar al trabajo y al progreso. Lo que para mí no es más que un interés personal, se traduce en un beneficio para el prójimo y viceversa, de manera que el resultado final es un conjunto armónico que se auto-regula. Esta es la base de la concepción smithiana de la moral y la economía<sup>347</sup> y, con matices importantes, también constituirá el esqueleto de *El fin en el Derecho*. Mientras que para Smith el equilibrio se alcanzaba de manera prácticamente espontánea, para Jhering la armonía no existe como posibilidad ontológica<sup>348</sup>. Y sin embargo, pese a todas las diferencias, hay un fuerte aire de familia entre las teorías de ambos<sup>349</sup>.

Se trata de una idea que ya estaba desarrollada en la célebre fábula de Bernard Mandeville –*La fábula de las abejas (o los vicios privados hacen la prosperidad pública)*<sup>350</sup>–, y que entronca con una aproximación empirista-sensualista a la moral: las pasiones, y el egoísmo está entre ellas, son parte constitutiva de la conducta. Así pues, frente a la posición de Kant, no se trataría de expulsar el elemento afectivo de nuestras apreciaciones morales, sino de hacernos cargo de él: la meta de la ética no consistiría en arrinconar a los sentimientos, sino en orientarlos de forma adecuada. Como dijo una vez Diderot, “se increpa sin fin contra las pasiones; se les imputa todas las penas del hombre y se olvida que son también la fuente de todos sus placeres [...]. Sólo las pasiones, y las grandes pasiones, son las que pueden elevar el alma a las grandes cosas”<sup>351</sup>. Desde un punto de vista epistemológico, esta posición encerraba un enfoque empirista, mientras que, desde un punto de vista ético, se trataba de auténtico pragmatismo. Ambas derivas recalaron en el pensamiento del utilitarismo; éste las llevaría al dominio del Derecho y, en última instancia, desembocarían en Jhering.

Pero además del egoísmo, hay otro elemento fundamental que nuestro autor tomó de los utilitaristas: el interés. Este concepto, que en sus primeras obras sólo aparecía de forma incidental, pasaría a convertirse así en uno de sus caracteres distintivos. Lo que

---

<sup>347</sup> SMITH, Adam, *La teoría de los sentimientos morales* [1759], versión española y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1997, pp. 79-110; ID., *La riqueza de las naciones* [1776], trad. y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2001, pp. 44-48; WALDER, Rudolf, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering*, cit., pp. 28-49.

<sup>348</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 7-10.

<sup>349</sup> WALDER, Rudolf, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering*, cit., pp. 120 y ss.

<sup>350</sup> MANDEVILLE, Bernard, *La fábula de las abejas (o los vicios privados hacen la prosperidad pública)* [1729], comentario crítico, histórico y explicativo de F. B. Kaye, trad. de José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pp. 11-32.

<sup>351</sup> DIDEROT, Denis, *Pensamientos filosóficos*, trad., pról. y notas de Francisco Calvo Serraller, Aguilar, Buenos Aires, 1973, p. 35.

nos interesa recalcar es que, por mucho que en las fases previas ya existiera esta noción, no sería hasta el conocimiento de Bentham cuando cobró aplomo filosófico. El concepto de interés formaba parte sustancial del utilitarismo benthamita y, gracias a la mediación de Beneke, pasaría hasta el arsenal iusfilosófico de Jhering. De hecho, como ha sugerido Coing, los fundamentos de la jurisprudencia de intereses –Philip Heck, Rudolf Müller-Erzbach– se retrotraen en última instancia hasta el inglés. Ideas como la “ponderación de intereses”, o giros lingüísticos como el de “expectativas razonables” –que constituían el esqueleto metodológico de esta escuela<sup>352</sup> – ya habían sido desarrollados en las obras de Bentham o de Beneke<sup>353</sup>.

La diferencia más notable entre la jurisprudencia de intereses y el pensamiento de Bentham –aunque aquí nos desmarcamos ya de Coing– sería el ámbito de aplicación de este enfoque: mientras que para el filósofo inglés se trataba de un andamiaje teórico para construir su teoría de la legislación, la escuela de Heck se centraría en el campo de la aplicación del Derecho. No obstante, por lo que a nosotros se refiere, basta con tener en cuenta el vínculo que existió entre estas dos orientaciones. Y es que, como también propuso Coing, el punto de unión entre ellas fue Jhering<sup>354</sup>. El concepto de interés se expone con detalle en el último volumen del *Espíritu*, enmarcado en la doctrina de los derechos subjetivos. Aunque no cita explícitamente a Bentham, las analogías son claras. En primer lugar, comienza su argumentación mediante una crítica a Kant y a Hegel. Del de Königsberg impugna la reducción del derecho al poder, y del suabo su remisión a la voluntad<sup>355</sup>. En este sentido, coincide con el utilitarismo en su rechazo a las doctrinas individualistas. En segundo lugar, y sobre la base de la crítica anterior, propone una teoría basada en el concepto de interés. En este sentido, vuelve a coincidir con Bentham en el empleo del principio de utilidad.

El concepto de interés, en efecto, no era sino una variante del principio de utilidad benthamita<sup>356</sup>: se trata de comprender el mundo en función de los móviles pragmáticos que definen cada cosa. Aplicado al Derecho, el principio de utilidad se resolvía en una doctrina favorable a la legislación, en una cierta sensibilidad por el enfoque sociológico, en una postergación de los principios abstractos –y en una correlativa atención a las consecuencias concretas– o en una definición de las normas con arreglo a su función.

---

<sup>352</sup> Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neu bearbeitete Aufl., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, pp. 49-59.

<sup>353</sup> COING, Helmut, “Benthams Bedeutung für die Entwicklung der...”, cit., pp. 180-181.

<sup>354</sup> COING, Helmut, “Benthams Bedeutung für die Entwicklung der...”, cit., pp. 182-187.

<sup>355</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 328-331.

<sup>356</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 21-24.

Aplicadas al derecho subjetivo, todas estas ideas se tradujeron en el concepto de interés: los derechos son intereses jurídicamente protegidos, explicables por su utilidad concreta y no por su conformidad con una voluntad indeterminada. De hecho, como apuntaba el traductor español de los *Tratados de legislación civil y penal*, el concepto de utilidad de Bentham no hacía sino expresar lo que en Helvecio se denominaba interés: “el principio no es nuevo: Epicuro le conoció bien: Horacio su discípulo le cantó en bellos versos, y el virtuoso Helvecio le aplicó a la moral con sola la diferencia de llamar interés á lo que Horacio y Bentham llamaban utilidad”<sup>357</sup>.

La importancia de este concepto en la decantación del iuspositivismo jheringiano fue doble. Por un lado, avanzó una línea empirista que fructificará en obras posteriores y que también se nutrirá, como veremos después, del influjo procedente de las ciencias. En este sentido, hay que entender la idea de interés como un medio para naturalizar la ciencia del Derecho. Y es que, frente a lo que ocurría con el concepto de voluntad, aquél tenía un referente tangible en el mundo real: “los derechos no están ahí para realizar la abstracta idea de la «voluntad jurídica», sino para servir a los intereses, las necesidades y los fines del tráfico”<sup>358</sup>. Justo a continuación, intentando precisar las manifestaciones fácticas en las que se despliega el interés, trazó un esquema de los significados que se le pueden aplicar: utilidad, provecho, ganancia, bien, valor o goce<sup>359</sup>. De acuerdo con Jhering, el dinero no debería ser el único baremo con el que ponderar estos bienes, por lo que era necesario definir algunos criterios con los que tasar los intereses en juego. Por eso, después de establecer el anterior catálogo de posibilidades, nuestro jurista se dedicó a comentar algunas de ellas. Aunque nunca con el rigor analítico de Bentham –rayano en lo obsesivo– en esto se revelaba la influencia del utilitarismo<sup>360</sup>: tengamos en cuenta, en efecto, que el autor inglés llegó a confeccionar una escala para valorar el *quantum* de utilidad que podía predicarse de cada situación<sup>361</sup>.

Ahora bien, además del enfoque empirista, el utilitarismo contribuyó a delinear los principios pragmatistas por los que habría de caminar el futuro Jhering. En este sentido, también el interés desempeñó su papel. Si recordamos lo visto en el capítulo cuarto, este concepto le sirvió para huir del individualismo liberal a ultranza y aproximarse a las regiones del Derecho público. Desde este prisma, como ya se dijo en su momento, el

---

<sup>357</sup> SALAS, Ramón de, “Prólogo del traductor”, a BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. VIII.

<sup>358</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 338.

<sup>359</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 339.

<sup>360</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., pp. 341-349.

<sup>361</sup> BENTHAM Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 66-71.

interés tenía una acentuada dimensión práctica: “en estos fines encuentra la voluntad su límite y su objetivo. Aquellos contratos que, después de ser evaluados con este baremo, carecieren de todo interés, son nulos; de ellos no podrá nacer, por ejemplo, ni una servidumbre ni una obligación, pues los derechos no conceden nada inútil: la utilidad, y no la voluntad, es la sustancia del derecho”<sup>362</sup>. Así las cosas, no sólo se trataba de una cuestión gnoseológica –acercarse a una definición empírica del derecho subjetivo– sino de una auténtica posición pragmática respecto a los fines político-sociales del Derecho. Tanto el primer enfoque como el segundo, con todos los matices señalados, serían fruto de la influencia utilitarista.

### 3.4. La influencia del eudemonismo germano

Pese a la indudable importancia del utilitarismo en la formación del pensamiento de Jhering, su influencia empezará a decaer a partir de los años setenta. Si observamos su trayectoria con una perspectiva evolutiva, y recordamos cuanto se dijo en el capítulo anterior, vemos que el tercer volumen del *Espíritu* se hallaba en una etapa de transición. Desde este punto de vista, tanto el concepto de interés, como las menciones a Bentham en las reediciones a los dos primeros tomos, forman parte de una fase en la que Jhering está virando. Se trata de un periodo que cubre la segunda mitad de los sesenta y que terminará desembocando en una renuncia a sus ideas de juventud. Sin embargo, esto no tendrá lugar hasta los años setenta, con la publicación de *La lucha por el Derecho* (1872) y con el primer tomo de *El fin en el Derecho* (1875). Con la segunda entrega de esta obra, en 1883, el proceso culminaría del todo.

Las consecuencias de esta transformación fueron muchísimas, pero todas podrían entenderse bajo el paraguas de la sociologización del pensamiento jurídico. En relación con el utilitarismo, el cambio de perspectiva dio lugar a un cierto distanciamiento entre nuestro jurista y los filósofos ingleses. Una mutación que, por cierto, era concomitante con la que el propio Jhering reflejó en su prólogo a *El fin en el Derecho*: mientras que en el tercer volumen del *Espíritu* había caído embelesado ante el concepto de interés, pronto se dio cuenta de su insuficiencia<sup>363</sup>. Desde el inevitable subjetivismo de esta idea, decía él mismo, fue transitando hasta la consideración del fin (*Zweck*), una noción más objetiva que la anterior. Y así, mediante este nuevo artilugio conceptual, conseguiría

---

<sup>362</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, III, cit., p. 338.

<sup>363</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. V-VI.

acercarse a fenómenos que antes no eran fácilmente aprehensibles: el Derecho objetivo, el Estado y la sociedad. Con este nuevo aparato metodológico, la impronta subjetiva del interés se quedaba corta, porque no servía para teorizar sobre realidades tan complejas. Es posible que fuera útil para construir una buena doctrina del derecho subjetivo y, desde luego, fue un trampolín muy valioso para avanzar hacia el empirismo y el pragmatismo. Sin embargo, el residuo individualista del utilitarismo era demasiado fuerte para las concepciones del segundo Jhering.

En realidad, el utilitarismo era problemático por varias razones. Por un lado, como señalaron los editores estadounidenses de *El fin en el Derecho*, se trataba de una escuela absolutamente a-histórica. En este sentido, Bentham se movía aún en las coordenadas del racionalismo y la Ilustración, aderezadas además por el sabor analítico y empirista del pensamiento británico: “a menudo, la mente a-histórica de Bentham le llevó a no ver en el pasado y el presente más que un registro de sinrazón e injusticia, y le condujo a creer que se podrían establecer un nuevo cielo y una nueva tierra mediante el reconocimiento y la aplicación del principio de utilidad. Jhering, aunque superó la unilateralidad de la Escuela histórica, estaba lleno de espíritu histórico, y alcanzó a ver que el principio de la utilidad siempre había funcionado en los asuntos humanos, aunque fuera de manera inconsciente”<sup>364</sup>. Esta sería una de las razones por las que Jhering no abrazó la filosofía de Bentham por completo: pese a la relevancia del concepto de utilidad, terminaba dando pie a otra escolástica conceptualista.

Sí que asumiría, en cambio, algunas ideas de un autor utilitarista posterior, Herbert Spencer (1820-1903)<sup>365</sup>. La ventaja de Spencer, respecto a Bentham o Mill, es que se inserta en la corriente evolucionista de la segunda mitad de siglo: fuertemente inspirado por el darwinismo, construyó un sistema de pensamiento a caballo entre la psicología, la ética, la biología y la historia<sup>366</sup>. Desde esta óptica, puede encuadrarse en la órbita del darwinismo social<sup>367</sup>, del positivismo evolucionista<sup>368</sup> o de la sociología darwiniana<sup>369</sup>. Aunque ha pasado a un segundo plano para la historia de la filosofía, el pensamiento de Spencer fue muy difundido en su época. De hecho, podría decirse que fue de los autores más leídos y citados durante el último tercio del siglo XIX. Adolfo Posada, por ejemplo,

---

<sup>364</sup> GELDART, William Martin, “Introduction”, cit., p. XLVII.

<sup>365</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 95, 106, 134 y ss.

<sup>366</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 298-303.

<sup>367</sup> Vid. LEMA AÑÓN, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales, tomo III, siglo XIX*, vol. I, libro II, dir. Por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Fco. Javier Ansuátegui, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2007, pp. 1064-1065.

<sup>368</sup> ROSSI, Pietro, *Positivismo e società industriale*, Loescher Editore, Torino, 1975, pp. 219-308.

<sup>369</sup> GURVITCH, Georges, *Tres capítulos de historia de la sociología...*, cit., pp. 185 y ss.

se contaba entre sus más asiduos lectores<sup>370</sup>, mientras que Unamuno llegó a traducir un par de sus obras<sup>371</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que era más apto que sus predecesores para acomodarse a las ideas de Jhering.

Así y todo, Spencer tampoco se escapaba de otro de los elementos que empujarían a nuestro autor a separarse del utilitarismo: el individualismo. En el sistema de Bentham, como ya hemos anunciado antes, el individualismo era todo un axioma, puesto que se apoyaba en los conceptos de placer y de dolor, cuya naturaleza es irremediabilmente subjetiva. En Mill, pese a relativizar la importancia de estas dos nociones, también se hacía gala de un enfoque individualista. Téngase en cuenta que, a la vez que se propuso desarrollar las concepciones de Bentham en un sentido menos dogmático, Mill se alió con el liberalismo político, del que constituye uno de sus momentos estelares. En su famosa obra *Sobre la libertad*, en efecto, intentó exponer cuáles son las líneas rojas que debe respetar el Estado para no interferir injustificadamente en la esfera del individuo<sup>372</sup>, promoviendo así una de las reflexiones más lúcidas sobre el problema del paternalismo. Incluso en el caso de Spencer, cuya obra podría parecer más propensa a vincularse con ideas socializantes, nos encontramos con una posición individualista. Es así como, en *El individuo contra el Estado*, dio rienda suelta a un planteamiento ultra-liberal de las relaciones entre lo público y lo privado, y articuló una dura crítica contra la intromisión del Estado en la libertad personal<sup>373</sup>.

Las reservas de Jhering frente al utilitarismo provendrían de esta orientación tan generalizada en sus representantes. Mucho más que el problema de la historia, a nuestro autor le incomodaba el énfasis desproporcionado en el individuo. Ya en el primer tomo de *El fin en el Derecho* se pronunció críticamente sobre la filosofía de Mill. Frente al ensayo de Wilhelm von Humboldt sobre los límites de actuación del Estado<sup>374</sup>, Jhering atribuía a Mill mayor madurez de ideas: gracias a la experiencia acumulada en el ínterin de estos dos autores, y al abandono del iusnaturalismo, el ensayo del inglés sería mucho más sensible a la realidad histórica del Derecho y el Estado, así como receptivo respecto

---

<sup>370</sup> Vid. LAPORTA, Francisco, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974, pp. 306-332.

<sup>371</sup> SPENCER, Herbert, *Ética de las prisiones*, trad. de Miguel de Unamuno, La España Moderna, Madrid, s. f.; ID., *El progreso: su ley y su causa*, trad. de Miguel de Unamuno, La España Moderna, Madrid, s. f.

<sup>372</sup> MILL, John Stuart, *Sobre la libertad* [1859], trad. de Josefa Sainz Pulido, introd. de Antonio Rodríguez Huéscar, Aguilar, Madrid, 1971, especialmente pp. 25-37.

<sup>373</sup> SPENCER, Herbert, *El individuo contra el Estado* [1884], Folio, Barcelona, 2002, especialmente pp. 34 y ss. El traductor, anónimo, se manifestaba así en su “advertencia”: “esa influencia desmesurada y nociva del Estado sobre el individuo, que Spencer lamenta en Inglaterra, también se siente en España”.

<sup>374</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* [1851], mit einem Nachwort von Robert Haerdter, Reclam, Stuttgart, 2002.

a los progresos científicos<sup>375</sup>. Y sin embargo, precisamente por ello, Jhering consideraba “dos veces necesario” destapar la “doctrina errónea” en la que se apoyaba: a su juicio, la teoría de Mill representaba una desviación peligrosa, puesto que llegaba a “poner en cuestión todo nuestro ordenamiento social”<sup>376</sup>.

En líneas generales, podrían distinguirse dos argumentos en su crítica. Por un lado, el alemán le reprochaba a Mill la pretensión de ofrecer unos criterios absolutos para cualquier tiempo y lugar. En su opinión, el Derecho evolucionaba conforme a los fines y las necesidades de cada pueblo y cada época, de donde no cabría predicar unas reglas permanentes sobre la cuestión abordada: al final, el problema debería evaluarse *ad hoc* y en función de las necesidades prácticas involucradas<sup>377</sup>. Dicho de otra manera, resulta que el liberalismo del inglés se enfrentaba aquí con el utilitarismo del alemán. Por otro lado, Jhering le censuraba a Mill un planteamiento falaz de la problemática. En primer lugar, porque no siempre debía verse al Estado como enemigo potencial del individuo: también le ofrece ventajas considerables y, a la larga, los intereses individuales terminan estableciendo una relación de solidaridad con los fines del Estado<sup>378</sup>. Y en segundo lugar, Jhering no admitía la premisa inicial de Mill: “no conozco ningún caso de norma jurídica que tenga por finalidad coaccionar al individuo contra su voluntad, en su propio interés y para su felicidad; donde parezca que esto es así, en realidad sucederá siempre en interés de la sociedad”<sup>379</sup>.

La idea fundamental de este segundo Jhering, en efecto, es que las normas jurídicas existen para salvaguardar las condiciones de vida de la sociedad. En este sentido, no puede pensarse ningún caso de paternalismo puro, en el que el Estado regule aspectos considerando sólo el bienestar individual<sup>380</sup>. Todas las normas, dice Jhering, obedecen a algún fin social. Que este fin se traduzca en el bienestar de personas concretas es una consecuencia inevitable y deseable, pero hay que erradicar la creencia de que el Derecho está para velar por bienes particulares. Este mismo enfoque es el que encontramos en el segundo volumen de *El fin*, donde extendió la reflexión al mundo de la ética: no sólo el Derecho, sino también la moral, funciona conforme a este principio teleológico. Por mucho que intentemos recubrir nuestros actos con el aura del deber abstracto –como en

---

<sup>375</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 423-424.

<sup>376</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 424.

<sup>377</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 429-430.

<sup>378</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 430-445. Esta idea también está desarrollada en *La lucha por el Derecho*, cit., pp. 71-79.

<sup>379</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. 425.

<sup>380</sup> Sobre el paternalismo vid. RAMIRO, Miguel Ángel, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y Libertades*, nº 15, época II, junio 2006, pp. 211-256.

la ética kantiana— o por mucho que queramos enraizar el comportamiento en la estricta individualidad, las cosas son bien distintas: todas las normas morales nacen y evolucionan para satisfacer necesidades colectivas; sólo después las interiorizamos como propias y las engalanamos con el ropaje de la virtud<sup>381</sup>.

Así pues, Jhering distingue entre las éticas individualistas y las teleológicas: “para aquéllas el sujeto final de la moral es el individuo; para éstas la sociedad. Por decirlo en pocas palabras, el mensaje de estas últimas dice así: el fin de todas las normas éticas es la permanencia y el bienestar de la sociedad. Se trata de la conocida frase que Cicerón aplica para la fuerza del Estado: *salus populi summa lex esto (De Legibus, III, 3)*”<sup>382</sup>. Lo que nos interesa destacar es que, de la mano de este giro, Jhering recibiría al utilitarismo con espíritu crítico. En primera instancia, le reconocía un gran mérito como alternativa a las falsedades del imperativo categórico kantiano: “un progreso altamente significativo fue el reconocimiento de Bentham del carácter social de la moral. En Alemania ha sido demasiado poco apreciado por culpa de una orientación idealista y especulativa que se opone diametralmente a la dirección realista y práctica de los ingleses”<sup>383</sup>. Sin embargo, en segunda instancia, le achacaba un individualismo censurable: “pero lamentablemente, esta idea tan correcta se asocia con otra, totalmente equivocada, según la cual la ética debe mantener este carácter subjetivo [...]. Así se eleva la utilidad subjetiva a baremo y criterio de la utilidad objetiva o social, mientras que la idea correcta, que consistía en enfatizar esta última, se vuelve a abandonar; el utilitarismo de Bentham desemboca en un eudemonismo”<sup>384</sup>.

En definitiva, Jhering le reconoce al utilitarismo un importante papel en el avance de las ideas ético-jurídicas, puesto que logró desencadenar un proceso que culminaría en la asunción de un enfoque colectivo sobre la moral. Y sin embargo, para llegar al final de este recorrido, habría que desembarazarse de algunos principios del benthamismo, como la idea de un individuo factor y destinatario de las normas éticas. Por decirlo de forma sintética, lo que ocurre es que Jhering asume una perspectiva más empirista que

---

<sup>381</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 105-138.

<sup>382</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 122.

<sup>383</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 133. El elogio continúa: “Bentham no sólo fue uno de los pensadores más independientes y originales que, por la entereza y la estimulante fuerza de sus ideas, por su saludable sentido práctico y sus amplias perspectivas, merece la pena estudiar [...], sino que además ha enaltecido a la ética con una aportación de la que ésta, en mi opinión, ya nunca se desprenderá. La idea que ya surgió tangencialmente con Leibniz —omne honestum publice utile, omne turpe publice damnosum— y que también Kant tenía en mientes, ha cobrado consciencia por primera vez con Bentham, quien la ha aprehendido con total claridad y, con el muy justo nombre de utilitarismo, la ha reconstruido en un sistema ético independiente” (p. 133).

<sup>384</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 133-134.



la del inglés. En primer lugar, desde el punto de vista de su origen, las ideas morales se nos insuflan gracias al contacto con la sociedad en que vivimos; de ella las tomamos sin apenas saberlo, y de ella se nutre la ulterior evolución de nuestra conciencia moral. Si es cierto que existe un margen de autonomía, el peso cae del lado de la heteronomía: es la sociedad quien dictamina nuestras normas, no los individuos singulares, ni tampoco una hipotética intuición natural sobre el fundamento de lo bueno<sup>385</sup>. En segundo lugar, desde el punto de vista de su objetivo, las ideas morales también apuntan a la esfera social: el bienestar del individuo aislado les es completamente indiferente, puesto que nacen para salvaguardar intereses colectivos.

En ambos sentidos, el enfoque de Jhering resulta ser más fiel a la experiencia que el del inglés. Por un lado, su planteamiento se ajusta más al proceso psicosocial mediante el que aprehendemos las ideas morales. Por otro lado, termina siendo más consistente con el desarrollo real de las cosas: al concebir la moral en una perspectiva histórica, Jhering es consciente del carácter funcional que ésta ha tenido en todas las épocas, y no precisamente para satisfacer al individuo: “las nociones de moralidad no siempre han existido: no son ellas las que han hecho el mundo; cuando ellas surgieron, el mundo ya existía: la relación entre las mismas y la realidad, es precisamente a la inversa de lo que corrientemente se admite: la realidad, hecha ya, las ha engendrado; su verdadero creador es la necesidad y el interés”<sup>386</sup>. Y así, mientras que la idea de utilidad de Bentham se predicaba del individuo, Jhering la entendería en términos sociales: “sólo la sociedad le dirige al individuo el reto: sométete a nuestras necesidades, a nuestras exigencias. Con la sociedad comienza lo ético”<sup>387</sup>.

El fundamento de esta posición se puede explicar de dos maneras. Por un lado, el último Jhering se siente próximo al empirismo y, en ese sentido, no ve satisfactorios los cálculos de utilidad de Bentham. Téngase en cuenta que, al final, el utilitarismo pensaba en términos racionalistas: el criterio de la mayor felicidad para el mayor número, pese a corregir el individualismo a ultranza del kantismo, no dejaba de ser una fórmula para calcular con la moral desde una plataforma abstracta<sup>388</sup>. Por otro lado, sin embargo, las reticencias de Jhering se deben al influjo de otra corriente de ideas: lo que aquí hemos llamado el eudemonismo germano. No se trata de un autor o de una escuela concreta, sino de una tendencia vagamente inserta en la mentalidad alemana, que llegó a tener un

---

<sup>385</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., pp. 41 y ss.

<sup>386</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 63.

<sup>387</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., p. 42.

<sup>388</sup> Vid. GUISÁN, Esperanza, “El utilitarismo”, cit., pp. 474-478.

poderoso ascendiente en el mundo de las ideas. Se trataría de una corriente subterránea que, de manera recurrente, ha venido informando el pensamiento germano en varios ámbitos de la cultura<sup>389</sup>.

La etiqueta de eudemonismo es empleada por el propio Jhering, pero en un sentido algo ambiguo. Por un lado, estableció una distinción entre tres orientaciones respecto a la ética: eudemonismo, kantismo y utilitarismo, donde la primera se atribuía a Leibniz y era valorada por nuestro autor como la óptima de las tres. Frente a las concepciones individualistas de Kant o de Bentham, Leibniz habría sembrado la verdadera semilla del utilitarismo, al establecer una plena equiparación entre moral y utilidad social<sup>390</sup>. Y sin embargo, nos dice Jhering, esta idea sólo aparece a fogonazos en su obra, envuelta en la oscuridad de otras concepciones menos acertadas, y sujeta a los condicionamientos de su época. Por eso, junto a este pensamiento, Leibniz añade otros dos que serían de dudosa validez. Por un lado, reconduce el planteamiento de la utilidad hasta Dios y lo enmarca en un punto de vista armonista respecto a la estabilidad social. Por otro lado, al igual que Bentham, termina identificando la utilidad social y la individual, haciéndolas coincidir sin considerar sus posibles fricciones<sup>391</sup>.

Desde este punto de vista, el eudemonismo sería la corriente de pensamiento que identifica la felicidad colectiva como el máximo objetivo de la ética y la política (léase bienestar). Ahora bien, como se desprende de todo lo anterior, el eudemonismo también incurría en una posición individualista. Por eso, nos señalaba Jhering a continuación, es conveniente precisar su significado en clave de eudemonismo social<sup>392</sup>. Las diferencias de esta tendencia con el utilitarismo son básicamente dos. Por un lado, Jhering reconoce la raigambre germánica del eudemonismo y le asocia a ello un tinte negativo: frente a la saludable concreción de los anglosajones, más apegados al suelo de la experiencia, se eleva la especulación tendencial de los alemanes, incapaces de bregar con la realidad. En este sentido, serían etiquetas equivalentes, sólo que con una diferente orientación: el eudemonismo reconoce el fin social de la ética y el Derecho, pero apenas repara en los

---

<sup>389</sup> Vid. GUTMANN, Thomas, "Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, nº 122, 2005, pp. 150-194.

<sup>390</sup> Vid. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, "La suprema regla del derecho", ID., *Escritos de filosofía jurídica y política*, ed. e introd. de Jaime de Salas, trad. de José M<sup>a</sup> Atienza Páez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pp. 137-139: "la regla suprema del derecho dice que debe hacerse lo que es útil a la comunidad [...]. Por consiguiente, las cosas buenas y malas deben repartirse entre los hombres de tal modo que de ello se siga el menor mal, o el mayor bien para la comunidad, de la misma manera que las plantas deben colocarse, a ser posible, en el lugar en que puedan dar mayor cantidad de frutos, mientras que la basura suele arrojarse en los lugares más estériles" (p. 137).

<sup>391</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 106 y 125-128.

<sup>392</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., p. 159.

medios para alcanzarlo, mientras que el utilitarismo parte del mismo fin social, pero se centra más en el estudio de los medios<sup>393</sup>.

Pese a esta censura al eudemonismo, hay un elemento que le hizo bastante sensible a su influencia, y que le llevaría a criticar el individualismo de Bentham. Se trata de una perspectiva colectivista respecto al bienestar de la sociedad, algo que, como ya hemos expuesto, brillaba por su ausencia en el utilitarismo. Si bien los perfiles conceptuales del eudemonismo son difusos, podría caracterizarse como un movimiento que se identifica por su oposición a la ética formal kantiana<sup>394</sup>. En este sentido, el eudemonismo proponía un acercamiento “material” al problema de la moral, proclive a pensarla en términos teleológicos y, sobre todo, incluyendo un aspecto que Kant se había ocupado de expulsar de su sistema: la consideración de la felicidad como objetivo último de todo el entramado jurídico-político<sup>395</sup>. Esta tradición de pensamiento, que se ancla en Leibniz y sobre todo en Christian Wolff, tenía hondas raíces en el contexto intelectual alemán<sup>396</sup>. Se trata de una concepción teleológica del Derecho y la moral, que consiste en subordinar estas instancias a la consecución del bienestar (*Wohlfart*). Es este principio material, y no la abstracta idealidad formal del imperativo categórico, lo que justifica el Derecho y el aparato coactivo del Estado.

Estas ideas, que fructificaron en corrientes de pensamiento jurídico-administrativo tan influyentes como la escuela cameralista del siglo XVIII<sup>397</sup>, forman parte del sustrato profundo del pensamiento germano. De hecho, conceptos contemporáneos como el de *Daseinsvorsorge* (procura existencial), que Ernst Forsthoff identificaba como principal misión de la política estatal<sup>398</sup>, beben en última instancia de esta tradición. En definitiva, se trata de las mismas ideas que nutrirán al Estado del bienestar durante el siglo XX. Ya fuese a través de versiones conservadoras como la de Forsthoff, o progresistas como la de Hermann Heller, el eudemonismo terminó filtrándose hasta la capa más íntima de la cosmovisión alemana respecto al Derecho y el Estado. En este sentido, se ha llegado a

---

<sup>393</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 161-167.

<sup>394</sup> Vid. FERRATER MORA, José, “Eudemonismo”, en ID., *Diccionario de filosofía*, cit., t. II, p. 1153.

<sup>395</sup> Vid. ABELLÁN, Joaquín, “Sobre el concepto de república”, incluido en KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, presentación de Antonio Truyol y Serra, trad. y ensayo de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002, pp. 27-28.

<sup>396</sup> Vid. LINK, Christoph, “Die Staatstheorie Christian Wolffs”, en AA. VV., *Christian Wolff (1679-1754). Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung. Mit einer Bibliographie der Wolff-Literatur*, 2. durchgesehene Aufl., hrsg. von Werner Schneiders, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1986, pp. 180-182;

<sup>397</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1981, pp. 61-62. Vid. también STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II (1800-1914)*, C. H. Beck, München, 1992, pp. 126-130.

<sup>398</sup> Vid. SOSA WAGNER, Francisco, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 24-35.

sostener que Kant representó una excepción y un paréntesis en la tradición iusfilosófica alemana: por eso se explica la defectuosa penetración de Bentham, o una recepción de Mill tan crítica como la de Jhering<sup>399</sup>. Y así, mientras que Kant se convertía en un símbolo internacional para la crítica del paternalismo, sus ideas todavía tardarían mucho tiempo en florecer en su país<sup>400</sup>.

Así pues, haciendo síntesis de lo visto en este epígrafe, podría decirse que Jhering asumió dos filones del utilitarismo. Por un lado el elemento pragmatista, en tanto que se trataba de una corriente dirigida a transformar la sociedad. En este sentido, hizo suyo el planteamiento funcional de las instituciones jurídicas y lo reformuló en los términos de la teoría del interés. Por otro lado, recogió algunas vetas de empirismo que subyacían al enfoque sensualista de Bentham. En este sentido, también el concepto de interés fue clave: al pensar el Derecho de esa manera, se desbancaban nociones abstractas como las de voluntad, y se desplazaba la reflexión hasta la arena de las necesidades concretas de la sociedad. Sin embargo, nuestro autor terminó radicalizando ambos enfoques. Así es como, pasando de lo privado a lo público, Jhering se planteó los fines del Estado en su conjunto, y dio paso a una consideración más socializante del Derecho. Además, como ya se ha anunciado antes, profundizaría mucho más en la veta empírica del utilitarismo: pensando la ética con el prisma socio-antropológico, se explicaba mejor el fundamento de la moral y de las instituciones jurídicas.

Si cotejamos esto con el capítulo anterior, salta a la vista la concomitancia de los procesos ideológicos y la evolución en las influencias filosóficas de Jhering. Por un lado, se mantenía vivo el trasfondo del historicismo hegeliano, del que pudo extraer su crítica al nacionalismo de Savigny, así como una tendencia más proclive a la legislación y una gran sensibilidad por las transformaciones internacionales que se estaban dando. Por otro lado, ya en la segunda parte de su trayectoria intelectual, sobresaldría el empuje del utilitarismo. Así es como, de la mano de esta corriente, fue transitando hacia posturas favorables a un Estado fuerte. Hay que tener en cuenta que esta deriva se enmarca en el proceso de unificación alemana –paralelo al desarrollo de la teoría del interés– y, en segundo lugar, en el contexto de la política social bismarckiana de los años ochenta<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> GUTMANN, Thomas, “Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?”, cit., pp. 164 y ss.

<sup>400</sup> GUTMANN, Thomas, “Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?”, cit., pp. 192-194.

<sup>401</sup> El propio Jhering se refiere elogiosamente a Bismarck, en los pasajes de *El fin en el Derecho* relativos al utilitarismo: “qué progreso tan formidable se ha gestado en nuestra mentalidad, cuando, como está ocurriendo ahora mismo en Alemania, la autoridad del Estado se ha marcado como meta llevar a cabo las ideas cuya mera mención, hace escasos decenios, le habría costado al teórico el mortífero reproche de socialista. El gran hombre a quien nosotros, los alemanes, debemos el renacimiento político de nuestra

En este sentido se explican los reproches al excesivo individualismo de los utilitaristas, y la correlativa reivindicación de un enfoque colectivista. Y es que, pese a que el apelativo de Estado social no sea apropiado para esta época histórica, el estatalismo de Jhering se podría traducir así al lenguaje político actual. La influencia del utilitarismo anglosajón, así como su crítica a través del eudemonismo germano, también deben entenderse desde esta perspectiva.

---

patria, también ha conservado en esto su amplia visión de Estado, su falta de prejuicios y su intrepidez; también aquí ha vuelto a ser quien, con mano de hierro, se dispone a abrir la puerta por donde discurre el camino del porvenir” (JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 135-136).

#### 4. LAS INFLUENCIAS DEL MUNDO DE LA CIENCIA

Aunque el grueso de las influencias de Jhering procede de la filosofía, no podemos dejar de aludir a un considerable filón de repercusiones procedentes de las ciencias. Precisamente, una de las características del positivismo fue la voluntad de reconvertir la filosofía en ciencia, o bien erigiéndola en suprema vigía de las disciplinas particulares, o bien subrogándola en otras ciencias específicas. En este sentido, de una u otra forma, el advenimiento del positivismo propició una contaminación científicista de la filosofía: en vez de verse como un quehacer eminentemente especulativo, empezó a reivindicarse el desprendimiento de la metafísica y una correlativa aproximación al espíritu empírico de las ciencias<sup>402</sup>. De hecho, uno de los estandartes de la época alentaba a la disolución del dualismo filosófico, es decir, la idea de que existen unas disciplinas “del espíritu” y otras “de la naturaleza”. Autores tan dispares como Nicolás Salmerón en España<sup>403</sup>, o Ernst Haeckel en Alemania<sup>404</sup>, pugnaron por enterrar esa zanja mediante una conversión de la filosofía en ciencia empírica.

En relación con el objetivo de esta tesis, este proceso señala en la dirección de un elemento fundamental del paradigma positivista: el naturalismo. Junto a las oleadas del historicismo y el pragmatismo, en efecto, el naturalismo contribuyó a trazar los grandes ejes del positivismo. Y al igual que sucedía con aquéllos, tampoco éste se manifestó de forma unívoca. En algunos casos, el naturalismo se tradujo en el propósito de convertir la ciencia jurídica en una suerte de sociología o psicología del Derecho. Este es el caso de doctrinas como la de Eugen Ehrlich o Léon Duguit<sup>405</sup>. En otros casos, en cambio, el mismo espíritu fructificó en las teorías generales del Derecho o en las teorías de los conceptos jurídicos fundamentales<sup>406</sup>. La diferencia entre ambas perspectivas es notable: mientras que éstas son la base del formalismo contemporáneo, aquéllas serán pioneras del antiformalismo. Sin embargo, sin planteárselo deliberadamente, las dos bebían de la pretensión naturalista por hacer una ciencia del Derecho parangonable a las ciencias empíricas: aunque cada una exploró posibilidades distintas, ambas compartían un mismo desiderátum de rigor y exactitud.

---

<sup>402</sup> Vid. KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, cit., pp. 5-6 y 10-11.

<sup>403</sup> SALMERÓN, Nicolás, “Prólogo” a GINER DE LOS RÍOS, Hermenegildo, *Filosofía y arte*, Imprenta de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1878, especialmente pp. XXV-XXXII.

<sup>404</sup> HAECKEL, Ernst, *Die Welträtsel. Gemeinverständliche Studien über monistische Philosophie* [1919], mit einer Einleitung von Iring Fetscher, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 1984, especialmente pp. 13-33.

<sup>405</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>406</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho...”, cit., pp. 61 y ss.

Por otra parte, esta contaminación entre la ciencia y la filosofía no era nueva. Una de las características centrales del iusnaturalismo racionalista fue su vinculación con las matemáticas. Así se explican obras como el *Ius naturae methodo scientifica pertractatum* de Christian Wolff –cuya meta era diseñar el Derecho natural conforme a los cánones lógico-deductivos de las ciencias exactas<sup>407</sup>– o el método geométrico de Hobbes, que se basaba en una analogía entre las leyes de la geometría y la política<sup>408</sup>. En general, según Bobbio, la ciencia jurídica siempre ha buscado apoyo en alguna disciplina de referencia: “entre los iusnaturalistas prevaleció el modelo matemático; la escuela histórica propuso el modelo de la historiografía; Jhering tomó como modelo la historia natural (las ciencias descriptivas y taxonómicas) [...]; con la escuela realista el nuevo modelo lo ofrecieron las ciencias naturales explicativas, como la física, la química o la biología, cuyo oficio es hacer previsiones más o menos probables sobre lo que va a suceder; por influencia del positivismo lógico, la ciencia jurídica también se ha concebido desde el particular ángulo visual del análisis del lenguaje”<sup>409</sup>.

En definitiva, parece claro que la ciencia del Derecho siempre ha intentado trazar puentes de afinidad epistemológica con las ciencias más punteras de cada momento. De forma más o menos pertinente, los juristas han buscado respaldar sus tesis mediante una equiparación con modelos tomados de otras disciplinas. En este sentido, extrapolando la afirmación de Bobbio a nuestros intereses, podría decirse que cada paradigma (o cada sub-paradigma) ha intentado fundamentarse mediante ideas o metáforas prestadas de las ciencias. En el caso del iuspositivismo, la cuestión no se responde de forma unilateral, puesto que ha convivido con métodos muy diversos y se ha aproximado a disciplinas muy variadas. Sin embargo, como ya se ha anunciado, fue preferente el acercamiento a las ciencias de la naturaleza: frente al modelo matemático del iusnaturalismo moderno, el positivismo jurídico se aproximó al enfoque empírico de disciplinas como la física, la química o la biología. Así pues, retomando la caracterización del paradigma que venimos manejando en este trabajo, el naturalismo sería la gran aportación de las ciencias a la gestación del iuspositivismo<sup>410</sup>.

La importancia del naturalismo para el paradigma positivista no es algo que deba restringirse al siglo XIX, sino que llega hasta nuestros días. Versiones iuspositivistas

---

<sup>407</sup> Vid. RÖD, Wolfgang, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. Und 18. Jahrhundert*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, München, 1970, pp. 118 y ss.

<sup>408</sup> RÖD, Wolfgang, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, cit., pp. 10 y ss.

<sup>409</sup> BOBBIO, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, cit., p. 48.

<sup>410</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 563-581.

como las del realismo jurídico, o posiciones moderadas como la sociología descriptiva de la que nos hablaba Hart, se explican también en dicho marco<sup>411</sup>. En todos los casos, se trata de convertir el Derecho en un objeto de atención empírica, al igual que si fuera un cuerpo de la materia o un fenómeno del universo. Obviamente, esto puede dar lugar a los planteamientos más diversos: no es lo mismo el enfoque psicologista del realismo jurídico escandinavo que la veta antropológica de la escuela del Derecho comparado, ni sería lícito comparar estas orientaciones con la filosofía jurídica de Hart. Sin embargo, todas estas apuestas coincidían en ver al Derecho como objeto susceptible de analizar en términos empíricos<sup>412</sup>.

Por lo que atañe a Jhering, veremos que su contacto con las ciencias propició una paulatina aproximación a la sociología. Si ya en las obras de su primera fase abundaban las referencias tomadas de ciencias como la química, en su segunda etapa se acentuará el contacto con modelos científicos alternativos: en primer lugar el darwinismo, que le llevó a asumir un enfoque evolucionista; y en segundo lugar las ciencias sociales –desde la economía a la psicología–, que le hicieron caminar en la dirección de la sociología del Derecho. A continuación exploraremos la relación de Jhering con las ciencias de su época, dividiendo la exposición en dos apartados. Primero veremos la influencia de las ciencias naturales (§4.1) y después la de las ciencias sociales (§4.2). En ambos casos la presentación será sumaria: pese a la notable repercusión de algunas ideas procedentes de las ciencias en la filosofía jurídica de Jhering, se dieron de forma un tanto mediata. En este sentido, no fue tan importante la asunción de una u otra teoría, cuanto la atmósfera científicista que se palpaba en los círculos intelectuales del siglo XIX. Intentar bosquejar ese ambiente es el objetivo de este epígrafe.

#### **4.1. Influencias procedentes de las ciencias naturales**

Es imposible valorar en estas páginas el peso de las ciencias durante el siglo XIX. Es verdad que la ciencia siempre ha desempeñado un papel central en la historia, tanto en el ámbito de las ideas como en el de los hechos<sup>413</sup>. En el primer sentido, los logros de la investigación científica han servido como cauce para estructurar la mentalidad de cada

---

<sup>411</sup> Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, especialmente pp. 147-167. Desde el punto de vista del autor, las dos grandes tradiciones de pensamiento que definen el positivismo son en análisis conceptual y el naturalismo.

<sup>412</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 563.

<sup>413</sup> Vid. SERRES, Michel (Ed.), *Historia de las ciencias*, 2ª ed., trad. de Raquel Herrera, Luis Puig, Isabel París, Mª José López y Jerónima García, Cátedra, Madrid, 1998, pp. 9-25.



época, como una suerte de vehículo que refleja la cosmovisión de todo un pueblo. En el segundo sentido, la ciencia también ha cumplido un papel evolutivo esencial, poniéndose al servicio de la técnica y contribuyendo al desarrollo material de la humanidad. Pese a todo, el despegue de las ciencias en el XIX no tiene apenas parangón. Desde el punto de vista de las ideas, la ciencia se convirtió en un dogma para la mentalidad contemporánea: si antes se había idolatrado a la filosofía como reina del conocimiento, este galardón pasará a ser patrimonio de las ciencias<sup>414</sup>. Desde el punto de vista de los hechos, la ciencia entabló una relación estrechísima con las necesidades de la revolución industrial e inauguró un fuerte vínculo entre ciencia, economía y tecnología, un sello que seguirá siendo característico del mundo actual.

No es casual que Francis Bacon, el primer defensor de la concepción instrumental de la ciencia –en tanto que conocimiento destinado a procurar el bienestar–, fuera tildado de filósofo de la revolución industrial<sup>415</sup>. Y tampoco es casual que, de la mano del auge científico que se estaba produciendo en coalición con la industria, los grandes filósofos de la centuria se dedicasen a pensar en cómo articular esos nuevos vínculos<sup>416</sup>. Este es el caso de Comte, Saint-Simon o Spencer: cada uno desde su respectivo punto de vista, y respondiendo a finalidades ideológicas diversas, intentaron trazar un sistema de ideas destinado a procurar el progreso científico en armonía con la industria y el capitalismo: “el positivismo es también una teoría de la sociedad, y más precisamente una teoría de la sociedad industrial. Más allá de las diferencias de formulación, Saint-Simon, Comte y Spencer concuerdan en considerar como elemento característico de la sociedad moderna su estructura industrial, y como su objetivo fundamental la actividad productiva”<sup>417</sup>. Así pues, desde este prisma, el positivismo es la manifestación intelectual de un cambio de índole científica, técnica y económica.

Este auge tan llamativo de las ciencias, que conmovió al mundo europeo desde sus mismos cimientos, también logró filtrarse entre las brumas de la especulativa Alemania. Aunque la primacía le correspondería claramente a Francia –nótese el papel que tuvo la fundación de la Escuela Politécnica de París, donde se formaría a la flor y la nata de los cuadros científicos e industriales<sup>418</sup>–, el espíritu científicista también acabaría recalando en Alemania. Sobre todo a partir de la muerte de Hegel, en 1830, las tornas empezaron a

---

<sup>414</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 321-322.

<sup>415</sup> FARRINGTON, Benjamin, *Francis Bacon: filósofo de la revolución industrial*, trad. de Rafael Ruiz de la Cuesta, Endymión, Madrid, 1991, pp. 13 y ss.

<sup>416</sup> Vid. ROSSI, Pietro, *Positivismo e società industriale*, cit., pp. 9-41.

<sup>417</sup> ROSSI, Pietro, *Positivismo e società industriale*, p. 11.

<sup>418</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 508-509.

cambiar: de una orientación profundamente idealista se pasaría a una visión pragmática de la realidad. Y en ese clima de renacimiento espiritual, con una fuerza de proliferación extraordinaria, empezaron a aparecer figuras y descubrimientos de una trascendencia incalculable. El detonante del proceso fue la fundación del primer laboratorio científico universitario, una empresa realizada por el célebre químico Justus von Liebig (1803-1873) en 1826: después de estudiar en París y conocer la manera de investigar que allí se practicaba, puso en marcha un proyecto de renovación científica para Alemania, que terminaría con la inauguración de universidades politécnicas en casi todas las ciudades importantes del territorio<sup>419</sup>.

Los aires de realismo que inundaban el ambiente científico se revelarían incluso en los ámbitos más insospechados. Este es el caso de la geometría, donde se produjo una revolución sin precedentes. Desde tiempos remotos, se había considerado a esta ciencia como el paradigma de la exactitud, como un dominio en el que se despachaban verdades autoevidentes. Sin embargo, hacia mediados del XIX surgen una serie de intentos por contestar la pretendida sacralidad de la geometría<sup>420</sup>. Así es como aparecieron proyectos de fundamentación sobre axiomas diferentes a los propuestos en su día por Euclides. El intento más trascendental se lo debemos al ruso Nikolai Lobatchevski (1792-1856), que fundó una *geometría no euclidiana hiperbólica*. La característica de esta nueva forma de entenderla reside en que las nociones previas ya no eran el *punto*, la *recta* y el *plano* —como en Euclides—, sino el *cuerpo*, el *contacto entre cuerpos* y el *movimiento rígido*. Lo que nos interesa destacar de esta mutación es el motivo que animó a Lobatchevski a postular estos nuevos axiomas: la fundamentación de una geometría menos abstracta y más próxima a nuestras experiencias sensoriales concretas. De ahí se deriva que eligiese conceptos relacionados con lo corpóreo<sup>421</sup>.

Sin embargo, no sólo Lobatchevski se propuso el diseño de un sistema de geometría sobre nuevas bases. También el alemán Bernhard Riemann (1826-1866) fundaría una geometría no euclidiana, en este caso elíptica<sup>422</sup>. Más allá de los frutos concretos que aportó, vale la pena destacar que Riemann fue profesor de la Universidad de Göttingen, donde años más tarde ejercería Jhering. Aunque no hay testimonios sobre Riemann ni en la obra ni en la correspondencia de nuestro autor, es muy probable que conociera las actividades que había llevado a cabo. No en vano, Jhering accedió a Göttingen en 1872,

---

<sup>419</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 510.

<sup>420</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 333-334.

<sup>421</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 521-523.

<sup>422</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 521 y 559.

sólo seis años después de la muerte de aquél. Además, en esta misma Universidad había ejercido el célebre matemático Carl Friedrich Gauss (1777-1855), a quien podemos concebir como uno de los últimos exponentes de la ciencia no especializada: aunque su cátedra era de astronomía, sus estudios se desplegaron en el ámbito de la geometría, el análisis infinitesimal, el álgebra, la aritmética superior y el cálculo de probabilidades<sup>423</sup>. Dados los años en que profesó la docencia, no pudo coincidir con Jhering en el claustro de Göttingen, pero es muy probable que éste supiera de la actividad desarrollada por Gauss. Al igual que con Riemann, lo que interesa destacar es el clima de auge científico que contribuyó a generar.

Ahora bien, más allá de esta atmósfera intelectual, hay que subrayar una influencia directa en el pensamiento de Jhering: la de Justus von Liebig. Y es que Liebig, en efecto, fue profesor en la Universidad alemana de Gießen, donde fundó el primer laboratorio universitario y donde nuestro autor ejerció durante dieciséis años, desde 1852 a 1868<sup>424</sup>. Además, al revés que en los casos anteriores, no sólo coincidieron durante sus carreras, sino que llegaron a conocerse bien. Aunque Liebig aceptaría una cátedra en Múnich al final del mismo 1852<sup>425</sup>, pudo compartir con Jhering varios intensos meses. De hecho, como nos revela la correspondencia, nuestro autor se insertó en su círculo de amistades científicas desde el primer momento: “el número de familias con las que un auténtico alemán del norte puede relacionarse aquí es suficientemente grande. Hemos empezado ya con algunas familias como la de Liebig”<sup>426</sup>. Y sólo un poco más adelante, refiriéndose a rencillas universitarias que no vienen al caso, se declaraba firme partidario de Liebig en contra del rector: “tengo mis propios ojos para ver que Liebig es demasiado grande como para poder soportar la chusma que se arrastra por aquí [...]. Pero con nosotros, los tres juristas, se han equivocado; junto con algunos otros, como Stahl, Liebig y alguno de sus amigos, alzaremos un sólido muro tras el que también podrán emplazarse los buenos resistentes que así lo deseen”<sup>427</sup>.

Más allá de la vida en sociedad y de las escaramuzas universitarias, la importancia de Liebig tiene que ver con algunas analogías científicistas de *El espíritu del Derecho romano*. El papel de Liebig en la historia de la ciencia es uno de los más sobresalientes,

---

<sup>423</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 513-514.

<sup>424</sup> Vid. KLIPPEL, Diethelm (unter Mitarbeit von Cordelia Kröger-Schrader), “Rudolf von Jhering an der Juristischen Fakultät der Ludwigs-Universität Gießen (1852-1868)”, AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, 2. Aufl., hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1993, pp. 31-37.

<sup>425</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 379.

<sup>426</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Gerber, Gießen, Mai 1852”, en LOSANO, Mario G. (Hrsg.), *Der Briefwechsel Jhering zwischen Gerber und Jhering*, cit., p. 48.

<sup>427</sup> JHERING, Rudolf Von, “Brief an Gerber, Gießen, Mai 1852”, cit., p. 49.

puesto que fue el cofundador de la química orgánica –junto con Friedrich Wöhler (1800-1822)<sup>428</sup>–, una rama de esta disciplina que se dedicaría al estudio de la materia viva<sup>429</sup>. Desde el punto de vista cultural, se trata de todo un acontecimiento, puesto que allanó el camino a una consideración cada vez más desacralizada de los seres vivos, una línea en la que Darwin asestaría el golpe de gracia. La importancia a nuestros efectos tiene que ver con la aportación de Wöhler, que logró algo insólito hasta entonces: sintetizar en laboratorio una sustancia orgánica, la urea<sup>430</sup>.

Por irrelevante que parezca, la síntesis artificial de la urea fue revolucionaria: hasta entonces se había creído que la materia orgánica sólo era susceptible de análisis –o sea de descomposición– pero no de síntesis. A partir de entonces, sin embargo, quedó claro que también los compuestos orgánicos podían “construirse” artificialmente, lo cual provocó una conmoción de gran envergadura: “la experiencia hasta entonces alcanzada hacía temer que si bien Dios o La Naturaleza habían concedido a los hombres el doble poder de hacer y deshacer en el inerte mundo de las materias inorgánicas o minerales, por el contrario parecían haberse reservado para sí solos el sumo privilegio de construir las sustancias de la vida. Al hombre del laboratorio le era ciertamente dado descomponer estas sustancias en sus ingredientes minerales, pero le era negado reconstituirlas. La síntesis de la urea, primera recomposición artificial de una sustancia orgánica, fue la señal de que el laboratorio había logrado robar a Dios o a La Naturaleza también este último poder”<sup>431</sup>. O dicho de otra manera: se había abierto la intrigante posibilidad de crear artificialmente la vida.

A Jhering, este descubrimiento le llegó durante su etapa en Gießen, en una fase en la que se dedicaba a redactar el *Espíritu del Derecho romano*, así como a publicar, junto con Gerber, la revista que más tarde llevaría su nombre. El acontecimiento científico debió de ser notorio, por lo que no es descabellado pensar que Jhering asumió la esencia del descubrimiento como inspiración para su teoría de la construcción jurídica. Hay que tener en cuenta que la obra de este periodo estaba movilizada por la fundamentación de una ciencia jurídica “productiva”<sup>432</sup>, que no sólo se limitase a analizar las instituciones

---

<sup>428</sup> Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 518.

<sup>429</sup> Vid. LIEBIG, Justus von, “La organización racional de la química orgánica”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, cit., pp. 157-161.

<sup>430</sup> Vid. WÖHLER, Friedrich, “La producción artificial de la urea”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, cit., pp. 162-165.

<sup>431</sup> SÁNCHEZ FERLOSIO, Rafael, “Cuando la flecha está en el arco, tiene que partir”, en ID., *Sobre la guerra*, Destino, 2008, p. 77.

<sup>432</sup> Vid. JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

jurídicas, sino también a su recomposición y a la creación de otras nuevas: “así, el análisis pone de manifiesto la verdadera naturaleza de las proposiciones jurídicas, y su resultado consiste en que la ciencia consigue un número de cuerpos sencillos fácilmente abarcable, mediante el que puede reconstituir, siempre que quiera, las proposiciones jurídicas individuales. Pero la utilidad no se reduce a esta simplificación; los conceptos así conseguidos no son sólo una desintegración de las proposiciones jurídicas dadas, de las que sólo se pueden volver a recomponer éstas, sino que tienen una ventaja mucho más grande, a saber, la posibilidad de aumentar el Derecho desde sí mismo [...]. A través de la combinación de los distintos elementos, la ciencia puede construir nuevos conceptos y proposiciones jurídicas; los conceptos son productivos, se aparean y producen otros nuevos”<sup>433</sup>.

Aquí la retórica de Jhering coquetea con la química y con la biología de manera alternativa, pero revela un poso más intenso de la primera. Hubert Treiber, siguiendo a Coing, ha sostenido que estas ideas obedecerían a la importación de algunos conceptos químicos de Jakob Berzelius (1779-1848)<sup>434</sup>. Sin embargo, a la luz de lo que acabamos de exponer, parece más probable que tomase como referencia los trabajos de Liebig o de Wöhler. Como se decía en la introducción a este epígrafe, se trata más de una impregnación que de una influencia directa, puesto que es casi seguro que Jhering no se acercó a las obras de estos científicos. No obstante, la coincidencia de planteamientos es notable: la idea de la ciencia jurídica productiva, tal como se define en *Unsere Aufgabe*, no es sino una traslación de la síntesis de la urea al campo del Derecho. No en vano, en el prólogo a la segunda parte del segundo volumen del *Espíritu* (1858), nuestro autor se referiría a los reproches recibidos por su lenguaje científicista, para afirmarse de nuevo en su postura: “no me puedo librar del reproche de haber empleado «la terminología de las ciencias naturales inferiores»”<sup>435</sup>.

Además de las influencias de Liebig o de Wöhler, se han intentado sugerir otras afinidades científicas en la obra de Jhering. Aunque no pueda ir más allá de la conjetura, es especialmente plausible la de Federico Fernández-Crehuet. A su modo de ver, sería posible establecer un vínculo entre las tesis del último Jhering respecto a la génesis social del sentimiento jurídico, y los descubrimientos de Max von Pettenkofer, profesor

---

<sup>433</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, cit., pp. 39-40.

<sup>434</sup> TREIBER, Hubert, “I concetti fondamentali della sociologia del diritto di Weber alla luce delle sue fonti giuridiche”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXX, n° 1, junio de 2000, p.106. Sobre Berzelius vid. BERZELIUS, Jöns Jakob, “Las combinaciones químicas orgánicas e inorgánicas”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, cit., pp. 134-150.

<sup>435</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, p. XII.

en Gießen durante 1843<sup>436</sup>. La aportación de Pettenkofer a la ciencia tiene que ver con el descubrimiento de que determinados fenómenos, como la putrefacción, no se deben a principios endógenos de autodestrucción, sino que están provocados por la influencia del medio. Si cotejamos esto con algunos pasajes de Jhering, parece muy probable que dicha inspiración existiera: “las antiguas Ciencias Naturales admitían que ciertos procesos físicos, como la corrupción, el enmohecimiento, la descomposición, estaban provocados por causas de carácter interno [...]. Las modernas Ciencias Naturales han demostrado que estos procesos son provocados desde el exterior, por medio de esporas que, a millones y miles de millones, están suspendidas en el aire. Y de modo análogo, afirmo, sucede con nuestro sentimiento ético. En el aire ético que nos rodea flotan, si me es permitido hacer la comparación, esos millones de esporas éticas, y el niño las respira desde su primer vagido”<sup>437</sup>.

Ahora bien, si en sus primeras etapas la analogía preferente se radicó en la química, en la segunda parte de su obra será la biología. Con la publicación de la obra de Darwin, que en Alemania sería popularizada por Ernst Haeckel<sup>438</sup>, se dio un sonoro aldabonazo a mitos y supercherías seculares: la inmutabilidad de las especies biológicas, la visión del hombre como cúspide de la pirámide de la Creación, o la creencia en la perfección de la naturaleza —especialmente de la naturaleza humana—. Así pues, desde un punto de vista cultural, el darwinismo marcó un antes y un después para la conciencia de Occidente<sup>439</sup>. Desde el punto de vista filosófico, las consecuencias también fueron enormes: no por casualidad, un pragmatista como John Dewey se refirió al darwinismo como el hito de donde arrancó la corriente a la que él se adscribía<sup>440</sup>. Por último, desde el punto de vista jurídico, el darwinismo contribuyó decisivamente a la forja del positivismo: tampoco es casualidad que un positivista y ferviente seguidor de Jhering, Adolf Merkel, se inspirase en Darwin y en la filosofía de Spencer<sup>441</sup>.

La importación del darwinismo a las ciencias de la cultura es un capítulo complejo en la historia de las ideas, en el que no podemos penetrar en profundidad. En general, podemos decir que las dos concepciones que se asumieron fueron dos: la lucha por la

---

<sup>436</sup> Vid. FERNÁNDEZ CREHUET, Federico, nota al pie en JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., p. 60.

<sup>437</sup> JHERING, Rudolf von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, cit., pp. 59-60.

<sup>438</sup> Vid. LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 31 y 86.

<sup>439</sup> Vid. LEMA AÑÓN, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, cit., pp. 1049-1055.

<sup>440</sup> Vid. DEWEY, John, “La influencia del darwinismo en la filosofía” [1909], en ID., *La miseria de la epistemología*, cit., pp. 49-60.

<sup>441</sup> Vid. WITTKAU-HORGBY, Annette, “Darwin-Spencer-Merkel. Untersuchungen zu den weltanschaulichen Orientierungen eines frühen Rechtspositivisten”, en *Rechtshistorisches Journal*, nº 18, pp. 270-312.

existencia y la supervivencia del más fuerte. Sin embargo, se trata de dos nociones que Darwin había tomado de Robert Malthus y de Spencer<sup>442</sup>. En este sentido, el itinerario intelectual fue más complejo de lo que parece: desde la filosofía hasta la ciencia y desde ésta otra vez a la filosofía. De aquí se deriva la duda respecto al alcance que realmente tuvo Darwin en la cultura: y es que a veces, en efecto, tendemos a percibir influencias darwinianas donde no las hubo en absoluto, puesto que muchos autores desarrollaron sus ideas de manera independiente. En última instancia, la cuestión se complica porque resulta muy dudoso que el propio Darwin comulgara con las tesis que ahora adscribimos al darwinismo<sup>443</sup>.

Pese a todos estos problemas, y teniendo en cuenta el enfoque que hemos adoptado, no deberíamos preocuparnos demasiado por ello: lo que cuenta a nuestros efectos es la consecución de un clima cultural e ideológico proclive a asumir determinadas ideas, no el hecho de que las influencias se produjeran de manera mediata o fiel. Kantorowicz ha señalado que el pensamiento evolutivo ya formaba parte de la filosofía de la naturaleza de Goethe o de Lamarck; a través de Schelling, estas ideas llegarían hasta Savigny, que a su vez sería pionero de la teoría de la evolución en el sentido darwiniano<sup>444</sup>. Desde este punto de vista, los descubrimientos de Darwin sólo habrían servido para refrendar y apuntalar ideas que ya estaban en el ambiente<sup>445</sup>. Así se explica la frecuencia con que leemos que el acercamiento de Jhering al darwinismo fue más bien ingenuo, superficial o dependiente<sup>446</sup>. Los indicios apuntan claramente en esta dirección: para empezar, en su biblioteca no se encontró ningún libro de Darwin o sobre él<sup>447</sup>; además, es significativo que en una conferencia de 1877, a la pregunta de un asistente sobre sus vínculos con el evolucionismo, respondiera que se había dado cuenta de su filiación darwinista, sin haber estudiado al propio Darwin<sup>448</sup>.

Por mucho que esta impregnación fuese indirecta –algo común en todos los autores del siglo– sí parece razonable suponer una influencia importante del darwinismo en la filosofía de nuestro autor. Así lo han visto la mayoría de los estudiosos, sobre todo al referirse a la fase que arranca con *La lucha por el Derecho*. El punto de vista de este

---

<sup>442</sup> Vid. LEMA AÑÓN, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, cit., pp. 1055-1056.

<sup>443</sup> Vid. LEMA AÑÓN, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, cit., pp. 1070-1076.

<sup>444</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, cit. P. 317.

<sup>445</sup> WIEACKER, Franz, “Jhering und der Darwinismus”, en AA. VV., *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederischen und Claus-Wilhelm Canaris, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, pp. 64-65.

<sup>446</sup> WIEACKER, Franz, “Jhering und der Darwinismus”, cit., p. 64, 71 y 72.

<sup>447</sup> PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., p. 359.

<sup>448</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 62.

opúsculo, desde su mismo título, concuerda a la perfección con algunas tesis de Darwin: la lucha por la existencia, el curso ininterrumpido de la evolución, la relevancia del medio como factor determinante del cambio, o la inexistencia de una armonía tendencial en el desarrollo de la historia<sup>449</sup>. Es innegable que todas estas ideas cayeron en un suelo bien abonado por convicciones anteriores: el evolucionismo, la dialéctica o la visión del medio como causa del desarrollo de las ideas jurídicas. No obstante, parece difícil que una obra como *La lucha por el Derecho* hubiera surgido sin la concurrencia de estas influencias. Al igual que ya hemos visto en el caso del historicismo y el utilitarismo, Jhering aprovecharía su facilidad para captar la sustancia de las corrientes filosóficas y científicas circundantes, y luego las replantearía en clave personal, sin seguidismos ni pretensiones de exactitud.

En este sentido, es importante destacar la popularidad de la que gozaban las tesis de Darwin en todos los círculos sociales. Si tenemos en cuenta que la primera edición del *Origen de las especies* se publicó en noviembre de 1859, y la segunda en enero de 1860, nos daremos cuenta de la rapidez de su difusión<sup>450</sup>. Y si a esto le añadimos la peculiar sensibilidad de Jhering hacia el desarrollo de las ciencias, no resulta insensato pensar en una cierta repercusión. Respecto a este último elemento, vale la pena citar el testimonio de su hijo Hermann, que además terminaría siendo un reputado naturalista en Brasil: “mi padre estaba muy interesado en los problemas científico-naturales [...]. Seguía con especial interés la difusión de las doctrinas darwinistas, y aceptaba de buen grado que yo le explicara la diferencia entre la teoría de la descendencia y su fundamentación darwinista, la teoría de la selección [...]. Me aseguraba repetidamente que la idea de la evolución, que ahora dominaba la moderna biología, ya estaba en él mucho antes de la aparición de la obra de Darwin”<sup>451</sup>.

Algo parecido es lo que podemos leer en el prefacio al primer volumen de *El fin en el Derecho*, donde Jhering se vio obligado a rendir cuentas sobre sus vínculos con el darwinismo, concretamente sobre la conciliación entre la existencia de Dios y su teoría socio-evolutiva del Derecho: “no me permito ningún juicio acerca de la corrección de la teoría de Darwin, aunque los resultados a los que yo he llegado por mi parte, respecto a la evolución histórica del Derecho, la confirman en su totalidad. Ahora bien, pese a estar

---

<sup>449</sup> LOSANO, Mario G., *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., pp. 60-64; WIEACKER, Franz, “Jhering und der Darwinismus”, cit., pp. 74-80; en contra de esta equiparación BEHRENDT, Okko, “Jhering und die evolutionstheorie des Rechts”, cit., pp. 19-20; más ecléctico en el juicio vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, cit., pp. 362-364.

<sup>450</sup> GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., p. 568.

<sup>451</sup> JHERING, Hermann, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, cit., pp. 462-463.



firmemente convencido de la corrección de la misma, no veo por qué esto me habría de desviar lo más mínimo de mi fe en una idea teleológica de Dios. En la proto-célula, que según Haeckel debería conducir necesariamente hasta el hombre, Dios ha previsto ya al hombre<sup>452</sup>. Obviamente, Jhering había comprendido mal el darwinismo –o no lo había querido entender–, ya que éste veía la evolución como un proceso en el que no reinaban sino el azar y la contingencia. Sin embargo, no se desmarcaba de algunas ideas de Ernst Haeckel respecto a la omnipresencia de Dios en la naturaleza<sup>453</sup>. Sea como sea, y con independencia de la cuestión religiosa, parece claro que Jhering tenía un conocimiento aproximado de la teoría de Darwin<sup>454</sup>.

De este conocimiento aproximado, y defectuoso en bastantes casos, es de donde derivaría algunas ideas de *La lucha por el Derecho*. Además, por cuanto se acaba de decir, el planteamiento teleológico de *El fin* también se vio influido por las doctrinas darwinistas. Por mucho que reafirmara el desarrollo independiente de sus ideas, no pudo dejar de aludir al darwinismo como refrendo de sus teorías. En este sentido, se volverá a referir a Darwin en una de sus obras póstumas, *Prehistoria de los indoeuropeos*. Esta vez en paralelo con las teorías del darwinismo social, Jhering interpreta el desarrollo de los pueblos en términos de selección del más apto y a modo de superación de los estados civilizatorios preexistentes<sup>455</sup>: “tenía el hecho para ellos la misma significación que la selección darwiniana para el mejoramiento de los animales y las plantas – la teoría de la selección en manos de la historia: los mejores entre los mejores dedicados a la reproducción. En cada nueva partida pasan las cosas como en la primera: la parte más fuerte, la más valiente y animada de la población, se va; los débiles, los tímidos, los irresolutos y los ancianos, se quedan”<sup>456</sup>.

En resumidas cuentas, el legado científico en Jhering no pasó de ser superficial. En la primera etapa de su obra abundaban las metáforas extraídas de las ciencias químicas, mientras que en la segunda tomó el relevo la biología. Además, la influencia se produjo por vías mediatas y sus primeras fuentes solían proceder de otros foros, de manera que la repercusión de las ciencias tenía una mera función de refrendo. Pese a todos estos

---

<sup>452</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, cit., p. IX.

<sup>453</sup> HAECKEL, Ernst, *Die Welträtsel*, cit., pp. 31-33.

<sup>454</sup> El estatus de la religión en Darwin es un tema complejo. Pese a que partió de una educación cristiana, fue virando poco a poco hasta el agnosticismo. No obstante, creía en la compatibilidad de su teoría con la fe religiosa. Sin embargo, el otro gran descubridor de la teoría de la evolución, William Wallace, terminó abrazándose a una doctrina religiosa de corte deísta o panteísta. Vid. FERNÁNDEZ-RAÑADA, Antonio, *Los científicos y Dios*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 182-186.

<sup>455</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., pp. 310-311.

<sup>456</sup> JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, cit., p. 497.

matices, es importante destacar la comunicación que se daba entre la esfera del Derecho y la de las ciencias. El simple hecho de que Jhering acudiese a éstas como referente de autoridad para confirmar sus ideas, o para ilustrarlas mediante ejemplos gráficos, revela una de las características que asociábamos al positivismo: el énfasis por aproximarse a un conocimiento riguroso de su objeto de estudio, tendente al empirismo y deseoso de aportar resultados precisos. En este sentido, la comparación con las ciencias empíricas va más allá de lo literario: para Jhering, pero también para todo el paradigma, se trataba de naturalizar la ciencia del Derecho.

#### **4.2. Influencias procedentes de las ciencias sociales**

Este propósito de naturalización, cuya inspiración provino del modelo científico-natural, se cumplirá en el Derecho a través de las ciencias sociales. En efecto, el medio para convertir a la jurisprudencia en una auténtica ciencia jurídica fue sociologizar su estudio. Recordemos que, en 1848, el fiscal Julius von Kirchmann había pronunciado una conferencia negando toda validez científica al Derecho: si éste depende del arbitrio del legislador de cada momento, entonces es imposible construir una ciencia sólida en torno a él. Cada vez que se modifiquen las leyes, o se sustituyan por otras nuevas, será menester prescindir del aparato científico tejido al amparo del antiguo ordenamiento. Así las cosas, decía von Kirchmann, no cabía pensar en una ciencia con posibilidades de éxito<sup>457</sup>. Pues bien, ante esta perspectiva tan poco halagüeña, fue necesario anclar el conocimiento del Derecho en otra instancia que fuese más allá de las normas vigentes en cada momento. Y el camino que se eligió, precisamente, fue estudiar el basamento en el que crecen aquéllas: la sociedad.

El análisis del Derecho en su vertiente social, en sus formas de desenvolvimiento concreto, era la forma de trasladar la perspectiva empírica hasta la ciencia jurídica: si la química o la biología estudiaban la materia con arreglo a observación, experimentación y descubrimiento de leyes de causalidad, otro tanto podría hacerse con el Derecho. A partir de entonces, se empezó a plantear la pregunta sobre el concepto de lo jurídico desde una aproximación realista: no se trataba de responder con formulaciones de tipo normativo –señalando qué es lo que *debe ser* conforme al ordenamiento de un Estado en cuestión–, sino con aserciones de tipo fáctico –analizando lo que el Derecho *es* en la

---

<sup>457</sup> Vid. KIRCHMANN, Julius von, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe, Freiburg/Berlin, 1990.

realidad concreta de su desarrollo cotidiano—. Desde este prisma se entiende la aparición de corrientes como el sociologismo o el realismo jurídico<sup>458</sup>. Pero también, en un sentido más débil, todas aquellas vías iusfilosóficas que sean sensibles a la naturaleza social del Derecho. En este sentido, todas las teorías positivistas entrarían dentro de este bloque. Y es que, más allá del análisis conceptual, el positivismo jurídico incorpora un importante ingrediente naturalista, que se traduce en la firme convicción de que el Derecho debe ser concebido como un hecho social<sup>459</sup>.

En el caso de Jhering, como ya hemos afirmado en otras ocasiones, sucedió algo similar: a partir de los años sesenta, pero más aún en los ochenta, nuestro autor viró hacia una comprensión social del Derecho. Pero esto no sólo quiere decir que pasase a analizarlo con consciencia de sus débitos con la sociedad, ni que se limitase a subrayar su dimensión social. Más aún que todo eso, Jhering se dedicó a realizar investigaciones socio-jurídicas monográficas, especialmente en el segundo tomo de *El fin en el Derecho*. Uno de los acicates que tuvo para desenvolver su pensamiento en este sentido fue el extraordinario auge del que gozaron las ciencias sociales en la Alemania de su época. El despegue de la ciencia social contemporánea, que se inicia a finales del XIX y prospera a lo largo del XX, le debe mucho a la contribución germana. Tanto en psicología, como en economía y en sociología, era en Alemania donde se producían las innovaciones más punteras del momento. Así lo vio perfectamente Francia, que empezó a enviar jóvenes estudiantes al país vecino, para que se empapasen de sus aportaciones y las intentasen trasladar a la ciencia social francesa<sup>460</sup>.

Precisamente, uno de estos jóvenes fue Émile Durkheim, cuya formación alemana sirvió para catapultarle a la primerísima fila internacional. A él se retrotraen la mayoría de los autores para situar el origen de una verdadera sociología científica<sup>461</sup>. Lo que nos interesa recalcar es que, frente a la genealogía oficial de su pensamiento —que insiste en el legado de Comte, Saint-Simon, Espinas, etc.— el grueso de sus influencias provenía de suelo germano. Con el recrudescimiento de las relaciones entre Francia y Alemania, el gran sociólogo juzgó prudente retirar de sus obras la mención a casi todas las fuentes de impronta alemana. Sin embargo, si analizamos con pausa la formación de sus ideas, la

---

<sup>458</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 94 y ss.; vid. también ID., “Sobre el positivismo jurídico”, cit., pp. 190 y ss.; vid. también ID., “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, cit., pp.224-229.

<sup>459</sup> Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 147-167.

<sup>460</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, cit., pp. 21-25.

<sup>461</sup> Vid. REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento...*, cit., pp. 355-358; GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, cit., pp. 545 y ss.

presencia de este filón germano es irrefutable<sup>462</sup>. En cualquier caso, además del ejemplo de Durkheim, hubo muchos otros estudiantes franceses enviados para conocer la ciencia social alemana. Uno de estos fue Charles Bouglé, que dedicaría todo un libro a exponer las principales vertientes de pensamiento social alemán: Lazarus como representante de la psicología, Simmel de la sociología, Wagner de la economía política y Jhering de la filosofía del Derecho<sup>463</sup>.

Pese a la diferencia de disciplinas, edades y orientaciones de estos cuatro autores, Bouglé veía una afinidad estructural en el pensamiento de todos ellos: en su opinión, las ciencias sociales alemanas tendían a ser psicológicas, abstractas y teóricas<sup>464</sup>. De estos tres rasgos, nos interesa retener el primero, es decir, la propensión a reducir toda ciencia social a la psicología. Se trata de un elemento interesante a nuestros efectos, por cuanto entronca con una de las vetas más características del positivismo jurídico decimonónico –también de principios del XX– y con el propio pensamiento de Jhering. En efecto, si hemos de señalar una nota preponderante entre todas las que adquirió el positivismo al contactar con la ciencia social, deberíamos elegir el psicologismo. Y es que, al empezar a pensar el Derecho como fenómeno social, muchos autores terminaron abrazándose a consideraciones psicológicas para explicar el fundamento del sistema. Esto es lo que les sucedió, por ejemplo, a doctrinas de los conceptos jurídicos fundamentales como las de Félix Somló o Ernst Rudolf Bierling<sup>465</sup>.

Este último es especialmente interesante, porque planteó su obra en términos de una “teoría del reconocimiento”<sup>466</sup>, lo cual sugiere cierta similitud con la noción de “regla de reconocimiento” de Hart<sup>467</sup>. Para Bierling, era necesario remitirse a un reconocimiento generalizado del ordenamiento jurídico como fundamento de la existencia del Derecho: “la norma jurídica se diferencia de todos los demás tipos de norma en el hecho de que ha sido reconocida de manera continuada como regla de la vida en común para un determinado círculo de personas, por parte de los que a éste pertenecen”<sup>468</sup>. Desde este punto de vista, la definición de Bierling no parece diferenciarse mucho del concepto de

---

<sup>462</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, cit., pp. 27-44.

<sup>463</sup> BOUGLÉ, Charles, *Les sciences sociales en Allemagne*, cit., pp. 1-2.

<sup>464</sup> BOUGLÉ, Charles, *Les sciences sociales en Allemagne*, cit., p. 143.

<sup>465</sup> GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 72-83.

<sup>466</sup> BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [1877-1883], Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 3-7 y 11-13.

<sup>467</sup> HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho* [1961], 2ª ed., trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 125 y ss: “en la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas”.

<sup>468</sup> BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, cit., p. 3.

Derecho establecido por doctrinas imperativistas como las que criticaba Hart<sup>469</sup>. Sin embargo, hay dos aspectos que son novedosos: 1) en primer lugar, elabora una distinción primitiva entre el punto de vista interno y el punto de vista externo<sup>470</sup>, algo que llegará a ser fundamental para la teoría hartiana<sup>471</sup>; 2) en segundo lugar, aunque estrechamente conectado con lo anterior, Bierling propone el reconocimiento en términos psicológico-sociales, lo cual le aproxima a teorías jurídicas de impronta sociológica, y no a variantes clásicas de positivismo estatalista<sup>472</sup>.

La diferenciación entre los puntos de vista interno y externo es importante, puesto que da la medida de hasta qué punto la teoría jurídica se había hecho consciente de la naturaleza social del Derecho y de la variabilidad de perspectivas con las que se puede analizar un ordenamiento dado. El punto de vista interno, según Hart, es el que manejan los operadores jurídicos al pensar en las normas de su propio sistema: al estar imbuidos por los principios y los fines de dicho ordenamiento, son incapaces de evaluarlo desde una plataforma neutra, por cuanto sus apreciaciones no serán en absoluto científicas. El punto de vista externo, en cambio, será el de un observador ajeno a ese sistema. En este sentido, es perfectamente capaz de contemplarlo con una mirada sociológica carente de criterios ideológicos. Mientras que el observador interno se pronunciaría en términos de “el Derecho establece que está prohibido el asesinato”, el observador externo plantearía la cuestión de esta otra manera: “en Inglaterra se reconoce el asesinato como un hecho contrario a Derecho”<sup>473</sup>.

La distinción de Bierling es llamativamente similar a ésta, sólo que él la aplicaba a la diferenciación entre el Derecho del Estado y el de la Iglesia: “se olvida con demasiada facilidad que todo Derecho, también el Derecho estatal, sólo tiene una *validez relativa*, es decir, siempre y solamente en algún lugar y en algún momento, no de forma absoluta, sin consideración del lugar y de la época [...]. De aquí se sigue que, para la pregunta sobre si las normas eclesiásticas –o en general, cualquier norma de una asociación– son también Derecho en el sentido jurídico, no puede tomarse en consideración sólo el punto de vista del juez estatal o del ciudadano. Para estas personas, en cuanto tales, esas normas no son Derecho; para ellos, desde su posición relativa, sólo es Derecho lo que se les presenta como Derecho del propio Estado; al contrario, la pregunta pertinente para

---

<sup>469</sup> HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 64 y ss.

<sup>470</sup> BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, cit., pp. 9-12.

<sup>471</sup> HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 128-131.

<sup>472</sup> BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, cit., pp. 153 y ss. En realidad, la idea se repite con recurrencia a lo largo de toda la obra.

<sup>473</sup> HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 128.

nuestra investigación –¿qué son esas normas y qué ofrecen para el miembro de la Iglesia en cuanto tal, o el miembro de la asociación en cuanto tal?– no se le presenta al juez estatal o al ciudadano. De modo que sólo nos queda la siguiente alternativa: o buscamos una posición desde la que podamos concebir con igual neutralidad las normas estatales y las no estatales, o nos colocamos alternativamente en el punto de vista del ciudadano del Estado y del miembro de la asociación”<sup>474</sup>.

El sentido de este excursus tiene que ver con la importancia de identificar esta veta de pensamiento como uno de los ejes del paradigma positivista. De uno u otro modo, todos sus representantes han sido conscientes de este problema, que en realidad está motivado por la pérdida de la fundamentación trascendental que brindaba el iusnaturalismo: si no existe una instancia suprema que justifique la validez del Derecho, ¿dónde podríamos anclar su permanencia y su eficacia? Esta inquietante pregunta es la que desencadenó el paulatino deslizamiento a la sociología y la psicología. Por un lado estarían las teorías del reconocimiento que acabamos de citar<sup>475</sup>. Por otro lado, de forma aproximada, todas las manifestaciones del paradigma se vieron abocadas a una explicación social o psicológica de la validez, la eficacia y la obediencia al ordenamiento. De ahí se deriva que Jhering quisiera desarrollar “una pieza de psicología del Derecho” en *La lucha*<sup>476</sup>, y de ahí que intentara apoyarse en las ideas del psicólogo Moritz Lazarus para confeccionar su teoría de la ética en el segundo volumen de *El fin*<sup>477</sup>.

En realidad, el punto de vista de Jhering en esta última etapa está lejos de cualquier reduccionismo. De ahí que, pese a reflexionar mediante apreciaciones psicológicas con frecuencia, rechazase la disolución de la ética en la psicología, e hiciese un llamamiento a la cooperación de diversas ciencias sociales: psicología, economía, política, pedagogía, estadística y Derecho<sup>478</sup>. Así las cosas, aunque no resulta fácil identificar sus fuentes con precisión, parece indiscutible que había experimentado una influencia remarcable de las

---

<sup>474</sup> BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, cit., pp. 10-11.

<sup>475</sup> Vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. überarb. und erw. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 60-70.

<sup>476</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. V.

<sup>477</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 87, 201, 297 y ss. Moritz Lazarus (1824-1903) fue el máximo representante de la psicología de los pueblos (*Völkerpsychologie*), una corriente de pensamiento que intentaba explicar la *psique* individual como producto del todo social, y que se planteaba la sociedad como un ente dotado de dinámicas psicológicas completamente diversas al funcionamiento de la mentalidad individual. Fue precursor de Wilhelm Wundt (1832-1920), el gran fundador de la psicología experimental, y a su vez buen lector de Jhering. Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, cit., pp. 139-153. Pese a criticar algunas de sus ideas, Jhering valoraba mucho el pensamiento de Moritz Lazarus. De hecho, nos ha quedado una elogiosa misiva que le dirigió en una ocasión. Vid. JHERING, Rudolf von, “Brief an Moritz Lazarus (Göttingen, 19. Januar 1880)”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, cit., p. 117.

<sup>478</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, cit., pp. 99-100.

ciencias sociales. Esta tendencia se desarrolla con fuerza a partir de los años setenta. En este sentido se explica una carta a Oskar Bülow de 1871, en la que le confesaba su hastío por la ciencia jurídica, y su concomitante encanto con la economía: “he estado leyendo cosas jurídicas y económicas, las primeras sin ningún disfrute y las segundas con gran placer. En confianza: la ciencia jurídica me aburre cada vez más. Ya no sería jurista otra vez si tuviera la opción de elegir”<sup>479</sup>

Al igual que con las ciencias naturales, la influencia de estas disciplinas no se dio de manera estructurada, sino más bien a base de contactos superficiales y gracias a las ideas que pululaban en el ambiente. Como influencias directas se pueden destacar la de Lazarus, que ya se ha mencionado, o la de Albert Schäffle (1831-1903). El significado de este autor para la sociología sería parangonable al que tuvo aquél para la psicología: Schäffle se empezó a plantear la ciencia social en términos positivistas –apoyándose en el legado de Comte y Spencer– y terminó en un posicionamiento ideológico socialista-corporativista<sup>480</sup>. Su lema era idéntico al de Lazarus, pero desde una vía metodológica distinta: se trataba de investigar las peculiares leyes que rigen la conducta social, en tanto que entidad sustancialmente diversa al individuo, y sobre la base de una analogía entre la sociedad y el organismo vivo. Aunque siempre apuntando la función meramente heurística de la metáfora organicista, elaboró una doctrina de la sociedad que sería de un enorme atractivo para Jhering: “la conciencia común [...] es algo más que la suma de los contenidos de las conciencias individuales [...]. El individuo civil [...] es mucho más el producto que el creador de la sociedad”<sup>481</sup>.

El contacto entre Jhering y Schäffle se produjo durante la estancia de nuestro autor en Viena, donde a la sazón enseñaba el célebre sociólogo (en realidad con una cátedra de economía política)<sup>482</sup>. Parece ser que establecieron una buena amistad y que lograron entenderse en muchos aspectos de índole científica. Si cotejamos la misiva a Bülow con esto último, no sería descabellado conjeturar que las “cosas económicas” a las que se refería Jhering fuesen algunos escritos de Schäffle. Además de Schäffle, y como posible referencia directa, podría citarse un último ejemplo: el de Gustav Schmoller. Schmoller también era profesor de economía política y, del mismo modo que veíamos con Schäffle

---

<sup>479</sup> JHERING, Rudolf von, “Brief an Oskar Bülow (28. Oktober 1871)”, en *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, cit., p. 268.

<sup>480</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, cit., pp. 51-85.

<sup>481</sup> SCHÄFFLE, Albert, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, 1. Bd., 2. Aufl., Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1881, p. 12.

<sup>482</sup> Vid. HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, cit., p. 40. No obstante, el nexo con Schäffle fue ambiguo, porque su amigo Gerber estaba muy enemistado con él.

o con Lazarus, se había embarcado en una metodología socializante para su objeto de estudio. Al revés que los economistas clásicos, y en abierta batalla contra la escuela de Manchester, Schmoller rechazaba el individualismo como hipótesis de trabajo. Desde su punto de vista, la economía debía interpretarse en estrecha conexión con la moral y con el Derecho, a través de un enfoque social de la misma: no son los individuos aislados quienes tejen el entramado económico de un país, sino la conciencia común del pueblo, su lengua, su historia y sus costumbres<sup>483</sup>.

Si recordamos la fobia de Jhering a las recetas ideológicas del manchesterismo<sup>484</sup>, no parece descartable la comunión de ideas entre ambos autores, sobre todo si tenemos en cuenta que el propio Schmoller acogió un ensayo de Jhering en la revista que dirigía, precediéndolo de una introducción muy elogiosa: “poseído por el deseo de mantener este anuario vinculado a los grandes movimientos científicos del campo de la ciencia del Estado y la ciencia social, así como de la filosofía del Derecho –junto a su dimensión preponderantemente práctica–, le rogué al célebre autor de *El fin en el Derecho* un ensayo sobre las cuestiones fundamentales que está tratando en el segundo volumen de esta obra, o una reflexión sobre el terreno fronterizo, tan importante, entre la filosofía del Derecho y las ciencias sociales. Para mi gran alegría, tardó poquísimo en aceptar mi propuesta”<sup>485</sup>. Aunque la influencia que Schmoller haya podido tener en Jhering no pasa de la mera conjetura, parece probable que tuviera conocimiento de su obra y los rasgos esenciales de sus ideas. Aunque no lo leyera de forma directa, ni se refiriese a él como punto de apoyo, forma parte de los autores que contribuyeron a asentar una visión social de la ética y el Derecho. En este sentido, otra vez de manera mediata, es posible que recalase en el pensamiento de nuestro autor.

Así pues, al igual que veíamos con las influencias científico-naturales, las ciencias sociales se terminaron infiltrando en el imaginario de Jhering. La relevancia de estas disciplinas en el paradigma positivista fue esencial. Por un lado, porque prepararían el terreno para la sociologización del pensamiento jurídico. En este sentido, lograron sembrar un surco en el que poco a poco crecerían, con orientaciones muy diversas, numerosas corrientes socio-jurídicas y antiformalistas. Por otro lado, porque ayudaron a desbancar uno de los ingredientes fundamentales del iusnaturalismo racionalista: el individualismo.

---

<sup>483</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, cit., pp. 87-107.

<sup>484</sup> Vid. MITTEIS, Ludwig, “Jhering”, cit., p. 663.

<sup>485</sup> SCHMOLLER, Gustav, “Vorbemerkung des Herausgebers”, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, hrsg. von Gustav Schmoller, Duncker & Humblot, Leipzig, VI, 1882, pp. 1-21.



En este sentido, su función fue concomitante a la del historicismo, puesto que se trataba de minar las bases del Derecho natural moderno. En un último sentido, y en paralelo a las oleadas historicista y utilitarista, porque contribuyeron a que se asentase una mirada pragmática de las instituciones jurídicas: si éstas se definen mediante su contacto con la sociedad a la que sirven, en función de sus necesidades, de su evolución histórica, etc., entonces el Derecho habrá de contemplarse como una herramienta de trabajo social. No por casualidad, como ya se citó en otra ocasión, Albert Schäffle creía que la última meta de la sociología era “asesorar al progreso”<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> SCHÄFFLE, Albert, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, cit., p. 482.

## Conclusiones

*“Sólo sé que le debo a la época en la que vivo todo lo que soy capaz de dar, y me siento como el punto en el que, de manera transitoria, el arsenal de ideas de la época ha adoptado una forma personal. La teoría histórico-filosófica que creo haber fundado ya pendía madura del árbol del tiempo; yo sólo tuve que descolgar el fruto maduro. Con esto no quiero decir, desde luego, que para ello sólo hiciera falta alargar la mano: de hecho, sin escalar y trepar habría sido imposible”.*

(Rudolf von Jhering)<sup>1</sup>

Difícilmente podría definirse mejor el proceso que hemos querido dibujar en esta investigación. Por un lado, Jhering fue un espíritu perfectamente acoplado a su tiempo, impregnado hasta la médula por sus rasgos políticos, sociales e intelectuales, y volcado en una empresa iusfilosófica que respondiera a las necesidades más perentorias de la época. Por otro lado, sin embargo, ejerció una labor de síntesis creadora, trepando y escalando hasta encontrar la sustancia del periodo que le tocó vivir, el núcleo de ideas que lo definían y las sendas por donde habría de caminar el futuro. Esta dualidad es la que se muestra en la cita del encabezamiento. Se trata de un testimonio que refleja con especial fortuna el enfoque de esta investigación. En Jhering confluyeron, en efecto, muchas de las derivas ideológicas y filosóficas de la centuria. Obviamente, esto sucede con cualquier autor. Sin embargo, en nuestro caso reviste una importancia particular: como se ha venido defendiendo a lo largo de la investigación, en Jhering tomaron forma las distintas oleadas del iuspositivismo, constituyéndose así en un personaje privilegiado para aprehender los diversos sustratos del paradigma. Mientras que en otros autores sólo se manifiesta alguna de sus variantes de manera aislada, en el jurista alemán se revelaron muchas de las facetas que adquirió dicha corriente.

Como se advirtió en la introducción, el objetivo de esta tesis era dual. Por un lado, se trataba de entender el pensamiento de un autor fundamental para la cultura jurídica

---

<sup>1</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, hrsg. von Christian Helfer, Georg Olms, Hildesheim-New York, 1970, p. 137.

contemporánea. Por otro lado, y en estricta concomitancia con esto último, se trataba de entender el positivismo jurídico en sentido lato. Si el objetivo inicial fue comprender el pensamiento de Rudolf von Jhering, al final fue necesaria una indagación más amplia sobre el positivismo jurídico en general. Y es que, como también se ha venido afirmando desde la introducción, es al amparo de dicho paradigma como mejor pueden entenderse las contribuciones de este autor a la filosofía jurídica actual. Llegados a este punto, ya estamos en condiciones de sintetizar las principales conclusiones que se han podido recabar a lo largo del trabajo. Por introducir claridad expositiva en esta última parte, iremos desgranando las conclusiones conforme al orden en que está confeccionada la investigación.

I. Las primeras consideraciones tienen que ver con lo que podría denominarse parte hermenéutica de la tesis. La cuestión preliminar fue dilucidar la pregunta respecto al pretendido diletantismo de Jhering. Frente a esta conclusión, a la que parecía llegar un nutrido sector de la literatura secundaria, optamos por ver su pensamiento desde el prisma del eclecticismo. Mientras que el diletantismo sería una actitud intelectual que penetra en campos de investigación ajenos con un simple afán lúdico, el eclecticismo es una postura metodológica que pretende aproximarse a su objeto mediante el concurso de diversas vías epistemológicas. Así se explica la defensa de la interdisciplinariedad que encontramos en el segundo volumen de *El fin en el Derecho*, pero también en obras anteriores como el *Espíritu del Derecho romano*. Lo que más nos interesa recalcar es que este espíritu ecléctico se debió a una fuerte vocación por describir la realidad hasta sus últimas consecuencias. Como esto era algo imposible mediante el método histórico-dogmático, fue necesario incluir la ética, la sociología, la psicología o la economía para poder dar una visión completa del fenómeno jurídico. Por consiguiente, desde este punto de vista, el eclecticismo y el realismo eran dos caras de una misma moneda para Jhering. Por lo que afecta al objeto principal de esta investigación, el positivismo jurídico, esta es una alianza de perspectivas un tanto paradójica. Mientras que el positivismo condujo a una especialización generalizada del conocimiento, en nuestro autor sucedió más bien a la inversa: animado por la pléyade de disciplinas que surgieron al amparo del nuevo paradigma, Jhering no pudo resistirse a su influjo, constituyendo así una filosofía del Derecho interdisciplinaria.

II. La segunda conclusión se inserta también en el bloque hermenéutico de la tesis. En el primer capítulo se indagó sobre las ideas de eclecticismo, diletantismo y realismo en Jhering, con el afán de encontrar una guía interpretativa adecuada para aprehender el pensamiento del autor. Una vez situada ésta en las coordenadas del realismo ecléctico, se trataba de cotejar esa posición con las tendencias que se han dado en la interpretación de su obra. Así es como intentamos trazar un mapa de las recepciones que experimentó en diversos contextos histórico-geográficos. Es imposible hacer una síntesis exhaustiva de todo cuanto allí se dijo, pues ello implicaría una conclusión singular para cada ámbito de recepción. Lo que interesa destacar es la enorme diversidad de enfoques hermenéuticos que se adoptaron en cada país y cada época. Mientras que en Rusia, en Japón o en Italia se saludaron sus obras como una auténtica novedad, en Gran Bretaña o en los países escandinavos no pudo ser así: las ideas de Bentham y de Ørsted, en sus respectivos contextos, ya habían apadrinado una corriente realista-positivista que obstaculizaría una rápida recepción de Jhering. Además, cuando ésta se produjo, no fue para abrir caminos, sino para reforzar las sendas ya existentes. Del mismo modo, no en todos los casos hubo una recepción coherente con el pensamiento original. Mientras que en Francia o Estados Unidos se asumieron sus opiniones con bastante fidelidad, en España se dio un proceso de adaptación peculiar: leídas desde la plataforma del krausismo, sus ideas terminaron convirtiéndose en refrendo de dicha corriente filosófica. No obstante estas relevantes diferencias, hay algunos rasgos que sobresalen entre todas las lecturas:

1) Por un lado, hay una constante política en la interpretación de sus ideas. En Rusia fue utilizado como referente por la ciencia jurídica soviética, en Japón y en China como vehículo para estimular la occidentalización de sus sistemas jurídico-políticos, en España como crítica liberal a la Restauración monárquica, en Italia como censura velada contra el fascismo, y en Suecia –por citar sólo un ejemplo más– como apología de la legalidad frente al acoso del nacionalsocialismo.

2) Por otro lado, puede constatarse otra constante sociológica en la recepción de su pensamiento. Pese a las notables diferencias de cada contexto, hay una tendencia común a interpretarlo desde la veta sociojurídica. Adolfo Posada en España, Serguei Murončev en Rusia, Roscoe Pound en Estados Unidos, Philip Heck en Alemania, Tobias Barreto en Brasil, o Raymond Saleilles en Francia, leyeron a Jhering como acicate para desarrollar una ciencia del Derecho sociológica.

**III.** La tercera conclusión atañe de nuevo a la parte hermenéutica de la tesis. Si en el anterior bloque se estudiaba la recepción de Jhering desde un punto de vista histórico-geográfico, a continuación se trataba de analizarla desde un punto de vista conceptual. En función del recorrido anterior y del análisis de la literatura secundaria, se llegaron a identificar tres líneas interpretativas principales: la que ve a Jhering como un exponente del positivismo jurídico, la que lo ve como encarnación de un iusnaturalismo tardío y la que lo ve como precursor de la sociología del Derecho. Asimismo, también desde la aproximación conceptual, nos preguntamos sobre la clásica bipartición de su trayectoria intelectual. La conclusión fue que, en realidad, habría muchas más de dos etapas:

1) Una primera en la que se mantuvo fiel al credo histórico-dogmático de sus maestros, reflejada en los *Abhandlungen aus dem römischen Recht*.

2) Una segunda en la que dio el paso a la fase histórico-filosófica, cuyo máximo exponente estaría en los dos primeros volúmenes del *Espíritu del Derecho romano*.

3) Una tercera en la que empezó a criticar el formalismo “constructivista” de obras anteriores, y que se revela en el tercer volumen del *Espíritu*.

4) Una cuarta positivista-estatalista, que arrancaba con una crítica al concepto individualista del *interés* y culminaba con el enfoque social de *El fin en el Derecho*.

5) Una quinta positivista-sociológica, que estudiaba el Derecho desde un prisma socio-antropológico: segundo tomo de *El fin* o *Prehistoria de los indoeuropeos*.

**IV.** Ante semejante complejidad, podían adoptarse dos estrategias interpretativas: o bien se planteaba el pensamiento de Jhering como un cúmulo de ideas completamente inconexas, deudoras de tradiciones diversas, o bien intentaba buscarse algún esquema que diese forma a ese *totum revolutum*. La vía adoptada fue esta última. Y el marco hermenéutico elegido fue el positivismo. No el positivismo jurídico en el sentido que solemos entender (legalismo, estatalismo, imperativismo, etc., es decir, positivismo teórico en la terminología de Bobbio), sino más bien positivismo en un sentido lato, como positivismo filosófico y científico. Desde esta aproximación se podían abarcar las aparentes diversidades interpretativas que se constatan en la literatura secundaria. En primer lugar, la de Jhering como precursor de la sociología del Derecho, una idea que veíamos tanto en el recorrido histórico-geográfico como en el conceptual. En segundo lugar, la de Jhering como representante del positivismo jurídico, por cuanto también éste se entiende en el marco del positivismo filosófico-científico –al menos, esta es la

tesis que se ha querido defender aquí—. En tercer lugar, la versión de Jhering como exponente tardío del iusnaturalismo pierde fuerza cuando se examina su pensamiento desde el prisma de un positivismo en sentido amplio. En efecto, aquellos rasgos que se pretendían tildar de iusnaturalistas no serían sino características de un positivismo no necesariamente formalista, sino abierto a consideraciones políticas y sociales. En último lugar, por lo que se refiere a la cuestión de sus “etapas”, todas las fases señaladas antes se explican como variantes del positivismo. Es obvio que así siempre hará falta ponerle apellidos al positivismo —pues de otra manera no podríamos ver las diferencias entre autores— pero esto es algo que puede decirse de casi cualquier corriente intelectual. No es lo mismo el iusnaturalismo de Anaximandro que el de Santo Tomás, ni el de Grocio que el de Stahl; no es lo mismo el marxismo de Marx que el de Gramsci, ni el de Lukács que el de Cohen; y no es lo mismo el idealismo de Platón que el de San Anselmo, ni el de Descartes que el de Hegel. Lo que interesaba en este trabajo, más que acentuar las diferencias, era percibir las bajo la unidad superior que las cobija.

V. Una vez definido el anterior aparato hermenéutico, se trataba de precisarlo y desarrollarlo punto por punto. El primer paso fue determinar el concepto de positivismo que habría de manejarse en lo sucesivo, y que se había venido utilizando implícitamente hasta entonces. Una vez constatada la enorme polisemia que lo caracteriza, además de la intensa discusión a la que se ha visto sometido entre sus mismos partidarios, se pasaron a analizar las distintas estrategias de aproximación para comprenderlo.

1) En primer lugar, señalamos la diferencia entre las estrategias conceptuales y las históricas. Mientras que aquellas se basan en identificar una serie de tesis nucleares, que toda teoría positivista debería compartir para ser tenida como tal, las últimas renuncian a tal empresa analítica y prefieren trazar una genealogía de sus orígenes. Por consiguiente, las primeras tienden a ofrecer un concepto prescriptivo del positivismo —pues lo que hacen es establecer un baremo sobre lo que es legítimo considerar como tal— mientras que las segundas tienden a ser más descriptivas. Así, las estrategias conceptuales suelen abarcar un número restringido de teorías, mientras que las históricas definen un amplio espacio de posibilidades. En este sentido, es muy común que las estrategias conceptuales restrinjan la noción de positivismo al siglo XX. Dada la naturaleza de este estudio, además del enfoque que se le ha dado desde el comienzo, optamos por la aproximación histórica a la cuestión del positivismo jurídico.

2) En segundo lugar, una vez admitido el anterior modo de acercamiento, se nos presentaba una nueva dicotomía: ¿el positivismo jurídico es una corriente con fuentes immanentes, o más bien es una prolongación del positivismo filosófico y científico en sentido amplio? Se trata de un interrogante ya conocido para la filosofía del Derecho, ante el que se han dado respuestas de diversa índole. Una de las tesis centrales de este trabajo pasa por entender el positivismo jurídico de manera holística, es decir, como un movimiento en conexión con todas las producciones culturales que lo acompañaron y lo acompañan, desde la filosofía hasta las ciencias naturales, pasando por las artes plásticas o la política. Desde este punto de vista, por lo tanto, optamos por el origen extrajurídico del positivismo.

**VI.** Así las cosas, nuestro concepto de positivismo se asemeja más a un paradigma –en el sentido kuhniano del término– o a una *episteme* –en el sentido foucaultiano–, que a una mera corriente, escuela o movimiento pasajero. En efecto, el positivismo sería así un gran nicho que informa la cultura jurídica desde finales del XVIII hasta la actualidad, con repercusiones para el mundo del Derecho profesional, pero también para la cultura jurídica profana. Podríamos hablar así de la introducción del paradigma hacia finales del XVIII, de su afirmación durante todo el XIX, y de su extensión a lo largo del XX. Las corrientes que caben dentro de este gran lecho son enormemente plurales, hasta el punto de llegar a ser opuestas entre sí. El movimiento del Derecho libre, pese a su dura crítica a la pandectística alemana, compartiría el mismo paradigma que aquella; el realismo jurídico estadounidense o escandinavo, pese a su fuerte arremetida contra el formalismo kelseniano, compartirían con el austriaco el mismo horizonte de ideas. Desde este punto de vista, las características que definen el paradigma son de índole epistemológica e ideológica, y entroncan con transformaciones radicales de la cultura occidental.

**VII.** Desde la perspectiva epistemológica, los rasgos que seleccionamos como definitorios del paradigma son tres: historicismo, naturalismo y pragmatismo:

1) La oleada historicista se constituyó en el manto sobre el que pudieron crecer las demás. Se trataría de asumir que todo fenómeno de cultura, y también el Derecho, es un resultado contingente del devenir histórico, no una emanación de fuerzas intemporales, trascendentes o supraterrrenales. Este cambio de planteamiento serviría para derrocar el

enfoque multiseccular del iusnaturalismo y para preparar el advenimiento de una ciencia del Derecho moderna.

2) La oleada naturalista se elevó sobre el mantillo abonado por la anterior: una vez descartada la remisión a autoridades trascendentes como causa explicativa o legitimadora de las instituciones jurídicas, fue menester plantear su estudio en nuevos términos. Así fue como, animada por el auge de las ciencias experimentales, también la ciencia jurídica quiso auparse al carro de la naturalización: surgieron así la sociología del Derecho o la criminología, la teoría general del Derecho o la escuela de Derecho comparado, por poner tan sólo unos ejemplos.

3) La oleada pragmatista se alzó como corolario de las dos premisas anteriores: una vez que el conocimiento del Derecho se había planteado en esas nuevas coordenadas, no era posible concebirlo como una mera parcela de la verdad absoluta, es decir, como una de las vertientes del conocimiento puro. Se apuntaba así una de las características más destacadas de la cosmovisión actual del Derecho: la concepción de éste desde un punto de vista instrumental, como una herramienta para procurar el cambio social (aunque no necesariamente progresista).

**VIII.** Desde la perspectiva ideológica, todas estas mutaciones epistemológicas se acompañaron por una nueva mentalidad respecto al papel del Derecho y de los juristas. De forma un tanto axiomática, pero inevitable en el marco de una conclusión, podría decirse que el positivismo jurídico discurrió en paralelo a la génesis del Estado de Derecho, en primera instancia, y al desarrollo del Estado social, en segunda instancia. La aparición de Estados unificados y fuertes, de relaciones económicas y sociales cada vez más complejas –nótese que estamos en el marco de la revolución industrial– propició un planteamiento del Derecho en nuevos términos, más pragmáticos y mundanos que en épocas anteriores. A partir de entonces pasó a concebirse como una herramienta de trabajo social, como un producto contingente en manos del Estado, al que los juristas debían servir con arreglo a cánones más o menos técnicos, es decir, con independencia de cualesquiera consideraciones religiosas. Desde este punto de vista, el positivismo jurídico sería la manifestación intelectual de la secularización en el mundo del Derecho.

**IX.** La concepción del positivismo como paradigma puede establecerse en función de las coordenadas propuestas por Thomas S. Kuhn para la historia de la ciencia. Si bien



el concepto de paradigma fue empleado originalmente para explicar el desarrollo de las ciencias de la naturaleza –especialmente física y química– también es lícito utilizarlo en la historia de las instituciones y del pensamiento. Mitigando algunas conclusiones de Kuhn, como la idea de inconmensurabilidad entre paradigmas diversos –la incapacidad de comunicación entre ellos–, o la importancia otorgada a la aparición de anomalías como causa del tránsito entre paradigmas sucesivos, podía promoverse una adopción del concepto a las ciencias de la cultura. Asimismo, frente al planteamiento del historiador estadounidense, habría dos importante correcciones que hacer a nuestros efectos:

1) En primer lugar, la idea de los micro-, meso- o macro-paradigmas –que en general podríamos denominar sub-paradigmas–. Según esto, dentro de un mismo paradigma sería posible distinguir mutaciones que se insertan en el mundo de nociones y presupuestos definidos por el macro-paradigma. En relación con nuestro objeto de estudio, esto es lo que explica que hablemos de un positivismo del siglo XIX y uno del XX: se trataría de dos sub-paradigmas diversos, con características diferenciadoras, pero insertos en un nicho epistemológico e ideológico común. Del mismo modo, el neo-constitucionalismo podría interpretarse como un sub-paradigma interno, y no como una superación radical del modelo positivista.

2) En segundo lugar, la idea de los paradigmas transversales. Mientras que Kuhn había teorizado los paradigmas como modelos propios y exclusivos de cada materia, para las ciencias humanas y sociales sería necesario pensar en paradigmas transversales, esto es, que recorrieran una pluralidad de disciplinas. Así se explica, por ejemplo, que el historicismo se diera en un gran número de campos, desde la literatura hasta las ciencias naturales. En relación con nuestro objeto de estudio, esta es una premisa fundamental, porque desde ahí se explica la continuidad entre el positivismo filosófico-científico y su variante en el mundo del Derecho.

**X.** Una vez establecido el concepto de positivismo que se estaba manejando, era necesario volver otra vez la mirada a Jhering. Se trataba de analizar la filosofía jurídica del alemán en función de las coordenadas anteriores, para ver de qué modo satisfizo esos criterios sobre el positivismo, y en qué medida contribuyó a las bases del paradigma. Dado que los perfiles de éste son necesariamente difusos, se señaló en su momento que la única forma de abordarlo pasa por analizarlo desde sus improntas ideológicas y sus influencias epistemológicas. En este sentido, el estudio del iuspositivismo en Jhering se

ha desdoblado en los fundamentos ideológicos y filosóficos de sus ideas. El orden de prelación también constituye una toma de partido significativa: hemos empezado por los factores ideológicos, porque consideramos que tuvieron más peso que los filosóficos a la hora de moldear su pensamiento. Sería absurdo reducir sus ideas a un mero reflejo de las estructuras políticas, económicas y sociales de su época, puesto que tuvo la sincera vocación de diseñar un entramado iusfilosófico con base en consideraciones científicas. Sin embargo, nos han parecido más relevantes los fundamentos ideológicos que estos últimos. De hecho, los mismos influjos filosóficos que recibió se vieron condicionados por factores políticos y sociales: el utilitarismo, por ejemplo, también puede explicarse como manifestación intelectual de la sociedad industrial.

**XI.** La utilización del concepto de ideología ha sido siempre problemática para las ciencias sociales. La noción que manejamos aquí quiere emparentarse con la acuñada en su día por Uberto Scarpelli. No hablamos así de positivismo ideológico en el sentido de Bobbio, sino más bien de ideología positivista. Según esta idea, que fue acuñada hacia los años sesenta por Scarpelli –y recuperada hoy en día, aunque de forma independiente, por el australiano Tom Campbell– lo que define al positivismo jurídico no es tanto un cuerpo de tesis científicas bien delimitadas, sino una ideología que lo ha acompañado desde sus orígenes. Para Scarpelli, *grosso modo*, se trataba de la ideología del Estado de Derecho. Para nosotros, y para Jhering en particular, se trataría además de la ideología del Estado social. No del Estado social en el significado contemporáneo del término –por lo menos, no sólo en ese sentido– sino en un sentido más amplio, que llega hasta el eudemonismo del siglo XIX y que presupone al Estado como un agente factor de progreso y de bienestar social. Una vez asentada esta noción de ideología, se imponía desarrollar con detenimiento las influencias políticas que condicionaron el pensamiento de Jhering en el sentido del iuspositivismo. De manera general, podrían identificarse dos grandes bloques de factores que determinaron sus ideas: la problemática del Estado alemán y la cuestión de la sociedad industrial.

**XII.** Para empezar, veamos la problemática del Estado alemán, que hacia mediados de siglo todavía pugnaba por la unificación nacional. A raíz de los debates intelectuales y los enfrentamientos políticos que salpicaron todo este proceso, se apuntalaron muchas tendencias que contribuirían a moldear las ideas de nuestro autor:

1) La idea de un Estado fuerte, propulsor de la legislación como vehículo de transformación y activo en el impulso de políticas sociales. De aquí se deriva buena parte de su crítica a la entronización del Derecho consuetudinario promovida por la Escuela histórica.

2) La idea de un Estado secularizado en materia religiosa, cuya máxima aspiración fuera gestar una unión cívica y política por encima de la adhesión a fes religiosas u otras instancias intermedias. La idea del sentimiento jurídico, en tanto que motor de respeto y cuidado del Estado, se explica también en este marco.

3) La crítica al nacionalismo evanescente de la Escuela histórica. Frente a la reivindicación de una esencia nacional de tipo cultural, sentimental o étnico, Jhering prefería apuntalar la estabilidad del Estado en los bastiones del Derecho, de la política y de la ética social.

4) El lento tránsito hacia el Derecho público. Su crítica al concepto individualista de la voluntad –propio del liberalismo–, su autocrítica respecto a la noción de interés –aún demasiado individualista– y su ulterior reivindicación del deber por encima del derecho, se entienden también en esta órbita de ideas.

5) Su teoría del Estado de Derecho y su ulterior deriva hacia el Estado social –en el sentido ya enunciado–. Pese a la tentación del Estado autoritario, influida por la figura del canciller Bismarck, terminaría fraguando una teoría del Estado de Derecho y el germen de una teoría del Estado social.

La mayoría de estas tendencias van en la línea de lo que Bobbio llamó positivismo teórico, es decir, una variante de positivismo caracterizada por el estatalismo en la teoría de las fuentes del Derecho, por el imperativismo en la teoría de la norma, por el énfasis en la legislación como fuente privilegiada de lo jurídico, etc. Pero también está aquí *in nuce* la disolución de la frontera entre el Derecho público y privado que llevará a cabo Kelsen, la teoría contemporánea de los derechos subjetivos –de fuerte raigambre positivista–, o las teorías del reconocimiento en versiones como la de Bierling o Hart: la idea de que el fundamento del sistema jurídico se encuentra en un hecho psicológico-social de aceptación de la norma básica.

**XIII.** A continuación, veamos la problemática del industrialismo, que en Alemania se manifestó con algo de retraso respecto al ámbito anglosajón, pero que marcó de forma indeleble el desarrollo de la centuria –nótese que estamos ante el comienzo de las

luchas obreras y del socialismo—. Al igual que antes, del industrialismo se derivaron muchas consecuencias para la filosofía jurídica de Jhering:

1) La crítica al historicismo nacionalista de la Escuela histórica. De hecho, el lugar donde ésta se produce con más virulencia —el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*— contiene una teoría histórico-filosófica donde se siente el trepidar de la globalización económica en ciernes. Desde este punto de vista, el nacionalismo de Savigny debía ser subvertido en términos de universalidad.

2) La apuesta por la legislación como el cauce más adecuado para dirigir la reforma social. La industrialización había planteado numerosos problemas que era menester tratar con un Derecho moderno, flexible y atento al cambio social. En este sentido es en el que Jhering forjó su teoría del fin social, que además discurría paralela a las políticas sociales bismarckianas de los años ochenta del siglo XIX.

3) La crítica a la dogmática jurídica tradicional. El primer estadio de su crítica, la ciencia jurídica productiva, no era sino una válvula para renovar el Derecho mediante la dogmática, de manera que éste nunca se agotara y pudiera adaptarse a las necesidades sociales; el segundo estadio, el paso a una filosofía jurídica sociológica, no era sino el acta de renuncia a la propia dogmática.

4) El paulatino tránsito al Derecho público y la reivindicación de un Estado activo en materia social. En un mundo en el que la economía privada ganaba cada vez mayor peso, era imprescindible un Estado fuerte que se arrogase el control de las potenciales derivas disgregadoras. En este sentido, la sociologización de su filosofía debe verse como correlato de su socialización ideológica.

La mayoría de estas tendencias van en la línea del positivismo antiformalista que caracteriza los últimos compases del XIX y el primer tercio del siglo XX. Todas las filosofías del Derecho sociológicas —desde la jurisprudencia de intereses a la escuela del Derecho libre o la sociología del Derecho de Eugen Ehrlich— el realismo jurídico y el positivismo sociológico *lato sensu*, caminarán en una dirección similar a la apuntada por Jhering en estas orientaciones. En general, todas son consecuencias de un estado ideológico en el que el problema de lo “social” había adquirido una gran preeminencia. Y en el mundo del Derecho, en cierto modo, sería el positivismo quien asumió la representación de esta inquietud.

**XIV.** Una vez analizado el sustrato ideológico del positivismo jurídico en Jhering, era necesario penetrar en las influencias filosóficas que también recibió para dar forma al paradigma. No obstante, la primera conclusión de este bloque de la tesis atañe a la cuestión preliminar acerca de las relaciones entre el positivismo jurídico y la filosofía. En líneas generales, adoptamos aquí las ideas de González Vicén respecto a la aparición de la filosofía jurídica como nuevo modo de aproximación al Derecho, un fenómeno que discurrió a lo largo del XIX. Lo importante a nuestros efectos es que el proceso de especialización que condujo al surgimiento de la filosofía del Derecho –reflejado en los títulos de las obras y en las re-denominaciones de las antiguas cátedras de Derecho natural– no es sino una vertiente más del cambio paradigmático que hemos bosquejado páginas atrás. De ahí se deriva la distinción de Bobbio entre filosofía del Derecho de los juristas y filosofía del Derecho de los filósofos, así como el hecho significativo de que utilizase a Jhering como arquetipo del jurista-filósofo. Desde este punto de vista, se entendía mucho mejor el estatus híbrido de nuestro autor, a veces empeñado en enterrar el lastre jurídico de su educación –saltando hasta las regiones de la filosofía – y a veces conminando a ésta a empaparse de saberes “más positivos”. Asimismo, esto es lo que explica la necesidad de Jhering por abrazar un amplio acervo de influencias, que no sólo se limitasen a la filosofía profesional. En cierto modo, y esta es la conclusión principal a la que llegamos, no sólo se trata de una característica de nuestro autor, sino de un rasgo consustancial al filósofo del Derecho contemporáneo. O dicho de otro modo, al filósofo del Derecho del paradigma positivista.

**XV.** Una vez definidos estos principios generales, ahora ya sí, se trataba de pasar a analizar las orientaciones filosóficas que movieron a Jhering en la línea iuspositivista. Sería demasiado prolijo, para la naturaleza de estas conclusiones, especificar una por una las influencias que se dieron en las ideas del alemán. Por eso, con carácter general, pueden resumirse en los bloques que definen la estructura del último capítulo: historicismo, utilitarismo e influencias procedentes del mundo de la ciencia:

1) La influencia del historicismo fue importante, en la medida en que allanó el camino para las restantes oleadas del paradigma. Hemos entendido historicismo en un sentido amplio, que va desde las regiones de la literatura hasta las ciencias empíricas. Podría decirse que se trata de un sub-paradigma dentro del paradigma, cuyo lema fue promover la historización de todas las esferas de conocimiento: a partir de principios y

mediados del XIX, todo saber deberá entenderse en términos diacrónicos. La relevancia de este cambio para el positivismo jurídico tiene que ver con la mundanización que ello terminó provocando: el derrumbe del iusnaturalismo y la consecuente deriva hacia formas de análisis alternativas. El Derecho ya no podría verse como algo absoluto e intemporal, sino como un producto de la historia en perpetuo movimiento, sujeto a las variaciones de época, lugar, necesidad, etc. En Jhering, el historicismo se tradujo en su renuncia al iusnaturalismo –cosa que compartía con la Escuela histórica ortodoxa– pero también en las preocupaciones genealógicas de la *Prehistoria de los indoeuropeos* y, a la larga, en su pasión por la socio-antropología histórica. Como autores principales en la génesis de estas ideas, podrían identificarse a Hegel y a Montesquieu.

2) La influencia del utilitarismo cayó sobre el suelo abonado por la anterior oleada. La contribución de esta corriente, especialmente pujante en el mundo anglosajón, tiene que ver con el pragmatismo. Si el mundo británico ya había fraguado una concepción más bien pragmática de la filosofía –recuérdese la Ilustración escocesa, ejemplificada en la obra de Hume, Ferguson o Smith– en el contexto alemán el idealismo había impuesto el dogma de la filosofía como saber necesariamente especulativo. En este sentido, el utilitarismo hizo las veces de legitimador de ideas que ya se encontraban apuntadas en la obra anterior de Jhering. *Grosso modo*, el pragmatismo sentenciaba que el Derecho debía entenderse como un medio encaminado a un fin, como herramienta contingente en manos de Estados y gobernantes, y no como entelequia preñada de razón abstracta, o como precipitado intangible de la historia. Estas ideas, que entroncarían con algunas convicciones ideológicas de Jhering, también estaban reflejadas en la corriente del eudemonismo germano. En líneas generales, nuestro autor asumiría la esencia del utilitarismo, pero criticando las vetas de pensamiento individualista que estaban en su base y revirtiéndolo en un sentido más socializante.

3) En último lugar, puede detectarse un filón de influencias procedentes del mundo de la ciencia, tanto de las ciencias naturales –física, química y biología– como de las ciencias sociales –especialmente psicología y sociología–. La aportación de éstas al paradigma positivista, y a la filosofía de Jhering en particular, tendría que ver con la oleada del naturalismo. Y es que, desbancado el Derecho natural como opción legítima, muchos autores se fijaron en las ciencias empíricas como modelo a imitar para reconstruir el rigor de su disciplina. A veces, el resultado de este acercamiento no fue más allá de la asunción de algunas imágenes científicas a modo de metáforas. En otras ocasiones, sin embargo, sí hubo una auténtica comunión de perspectivas. Fuera como fuera, lo cierto

es que Jhering recibió numerosos influjos de las ciencias. Especialmente destacable fue la repercusión del darwinismo –aunque más bien como refrendo de ideas ya manejadas con anterioridad– y de la química de Liebig o Wöhler.

**XVI.** Así pues, en líneas generales, puede reafirmarse el carácter interdisciplinario de Jhering, así como el carácter plural de la formación del paradigma positivista. Frente a una visión estrictamente jurídica de su nacimiento, o frente a una concepción exclusivamente epistemológica de sus bases, lo cierto es que se trata de una emergencia cultural compleja, en la que se entrelazan factores políticos, sociales e intelectuales. El objetivo de esta tesis ha sido trazar una genealogía de sus orígenes y su desarrollo, centrándonos en la trayectoria de un autor especialmente indicado para comprenderlo: Rudolf von Jhering. Es evidente que no todas las posibilidades del positivismo jurídico quedaron agotadas en su obra, pero sí es cierto que contribuyó a asentar sus bases de manera muy destacada. Muchas de las tendencias iusfilosóficas contemporáneas, desde la propia actitud del jurista hasta las doctrinas concretas respecto al fenómeno jurídico, se encuentran ya apuntadas en su pensamiento. De algún modo, se entrevén en su obra los rostros sin perfilar de un Kelsen, un Hart o un Ross, o las ideas sin pulir del realismo y las corrientes antiformalistas. En definitiva, como ya se ha afirmado otras veces, en Jhering encontramos un personaje privilegiado para penetrar en la filosofía del Derecho contemporánea.

## Bibliografía

La bibliografía está organizada en tres secciones. En la primera se agrupan las obras de Rudolf von Jhering. Con el objeto de facilitar la consulta, hemos optado por unificar la grafía de su apellido, de manera que las traducciones españolas –donde normalmente se escribe “Ihering”– aparecen catalogadas como “Jhering”. En el segundo apartado se agrupan las referencias bibliográficas sobre Jhering. Sólo se incluyen aquí los trabajos monográficos sobre su vida y pensamiento. En cambio, las obras generales o colectivas que contienen capítulos o secciones dedicados al tema se han catalogado aparte. En la tercera sección, en fin, se han agrupado las demás obras citadas en este trabajo. El fin de esta división es facilitar la rápida localización de la bibliografía específica sobre Jhering, así como sus propios libros y artículos.

Respecto a la forma de citar, conviene hacer las siguientes precisiones. Las obras se han ordenado conforme a un criterio alfabético. Cuando había varias obras de un mismo autor, se han ordenado de acuerdo con la fecha de publicación. Si se trata de un clásico, citamos por el año de publicación de la edición manejada, no por el año de aparición original. En el caso de artículos de revista o capítulos en obras colectivas, se han incluido los números de las páginas donde se encuentran. Las obras colectivas están citadas al principio de cada apartado de la bibliografía, respetando el criterio alfabético, bajo las siglas AA. VV. Todas las contribuciones pertenecientes a alguna de estas obras se citan con indicación de su autor, el título de la contribución, el título de la obra colectiva y las páginas correspondientes. Para ver la editorial, el lugar y el año de publicación, deberá acudir a la obra catalogada como AA. VV.

### 1. OBRAS DE RUDOLF VON JHERING

JHERING, Rudolf von, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1844.

— “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1860, pp. 1-112.



- “Beiträge zur Lehre vom Besitz”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IX, 1868, pp. 1-196.
- *Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, 2. verbesserte und vermehrte Aufl., Mauke’s Verlag, Jena, 1869.
- *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen (Zum akademischen Gebrauch bearbeitet und hrsg. von Rudolf Jhering)*, 2. wesentlich veränderte Aufl., Mauke’s Verlag, Jena, 1870.
- *La giurisprudenza della vita quotidiana*, tradotta ed annotata da Vito Perugia sotto la direzione di Filippo Serafini, Fava e Garagnini, Bologna, 1871.
- *L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. par Octave de Meulenaere, Librairie Marescq Aîné, Paris et F. Clemm, Gand, 1877-1878.
- *The Struggle for Law*, translated from the 5<sup>th</sup> German edition by John J. Lalor, Callaghan & Co., Chicago, 1879.
- *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881.
- “Die Gastfreundschaft im Altertum”, en *Allgemeine Zeitung des Judenthums. Ein unparteiisches Organ für alles jüdische Interesse*, LI, n° 24, 1887, pp. 369-371.
- “Die Gastfreundschaft im Altertum”, en *Deutsche Rundschau*, LI, April-Juni, 1887, pp. 357-397.
- “Erinnerungen an Bismarck und Savigny”, en *Deutsche Dichtung*, hrsg. von Karl Emil Franzos, 13. Bd., Fontane & Co., 1893, pp. 47-80.
- *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, aus dem Nachlaß hrsg. von Victor Ehrenberg, Breitkopf & Härtel / Duncker & Humblot, Leipzig, 1894.
- 權利競爭論 (*La lucha por el Derecho*), trad. de Goro Utsunomiya, Tokyo, 1894.
- *La prehistoria de los indoeuropeos*, versión española y estudio preliminar de Adolfo G. Posada, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896.
- *Quanli Jingzheng lun*, trad. de Liang Qichao, Tokyo, 1900-1901.
- *O fundamento dos interdictos possessorios*, com um appendice contendo o estudo sobre o “Corpus possessionis” do autor, e uma crítica da theoria possessoria do mesmo pelo Dr. Joseph Duquesne, trad. de Adherbal de Carvalho, Laemmert & C., Rio do Janeiro, 1908.
- *A luta pelo direito*, trad. de José Tavares Bastos, prefácio de Clovis Bevilacqua, Imprensa Moderna de Manuel Lelo, Porto, 1910.

— *Law as a means to an end*, transl. by Isaac Husik, preface by Joseph H. Drake and introductions by Henry Lamm and William Martin Geldart, The Boston Book Company, Boston, 1913.

— 欧洲民族文化史 (*La prehistoria de los indoeuropeos*), trad. de Inoue Kinji, Tokyo, 1919.

— “Posesión del *corpus possessionis*”, en *Revista del Círculo de Escribanos*, nº 8, Buenos Aires, 1922, pp. 48-55.

— 法律目的論 (*El fin en el Derecho*), Universidad de Waseda, Facultad de Derecho, Tokyo, 1930-1935.

— *O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento*, trad. de Rafael Benaion, prefacio de Clóvis Bevilacqua, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943.

— *Del interés en los contratos*, trad. directa del alemán, revisada y corregida por Adolfo G. Posada, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

— ローマ法の精神 (*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*), Tokyo, 1950.

— *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* [1852, 1854, 1858, 1865], Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1953.

— *Questões e estudos do direito*, prefacio de Clóvis Bevilacqua, trad. de J. Vieira Araujo, Clóvis Bevilacqua e Adherbal de Carvalho, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1955.

— *La lucha por el Derecho*, trad. y pról. Diego Abad de Santillán, Cajica, México, 1957.

— *El fin en el Derecho*, trad. y pról. de Diego Abad de Santillán, Cajica, Puebla (México), 1957.

— *La lotta per il diritto*, 3ª ed., trad. di Raffaele Mariano, avvertenza di Benedetto Croce, introd. di Pietro Piovani, Laterza, Bari, 1960.

— *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 13. Aufl., Leipzig [1924], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964.

— *Der Geist des Rechts. Eine Auswahl aus seiner Schriften*, hrsg. von Fritz Buchwald, einl. Von Gustav Radbruch, Bremen, Schünemann, 1965.

— *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* [1879], Scientia Verlag, Aalen, 1968.

— *Der Besitzwille. Zugleich einer Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968.

- *Der Zweck im Recht*, hrsg. mit einem Vorwort und mit zwei bisher unveröffentlichten Ergänzungen aus dem Nachlaß Jherings versehen von Christian Helfer, Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, 1970.
- *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, hrsg. von Helene Ehrenberg [1913], Scientia Verlag, Aalen, 1971.
- *Lo scopo nel Diritto* (vol. I), trad. e introd. de Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1972.
- *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1981.
- “Friedrich Karl von Savigny”, en *Gesammelte Aufsätze*, Bd. II, pp. 1-21
- “Unsere Aufgabe”, en *Gesammelte Aufsätze*, Bd. I, pp. 1-46.
- *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas y de Luis Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1985.
- *Über die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch*, Jovene, Napoli, 1986.
- *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, trad. de Tomás A. Banzhaf de la 13ª ed. alemana, introd. de José Vallet de Goytisolo, Cívitas, Madrid, 1987.
- “Savigny”, en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (Eds.), *El ámbito de lo jurídico*, pp. 32-48.
- *Der Kampf ums Recht* [1872], hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992.
- *Der Kampf um's Recht. Zum hundersten Todesjahr des Autors*, hrsg. von Felix Ermacora, Propyläen Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1992.
- *La mancia*, trad. de L. Pannarale, Nuova Editoriale Grasso, Bologna, 1998.
- *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, ed. y estudio preliminar de José Luis Monereo, Comares, Granada, 1998.
- *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868*, hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998.
- *El fin en el Derecho*, trad. de Diego Abad de Santillán, estudio preliminar de José Luis Monereo, Comares, Granada, 2000.
- *¿Es el Derecho una ciencia?*, trad. y estudio preliminar de Federico Fernández Crehuet, Comares, Granada, 2002.

- *Soziologische Schriften. Über Mode, Tracht, Essen und Umgangsformen*, hrsg. von Klaus H. Fischer, Wissenschaftlicher Verlag, Schutterwald/Baden, 2004.
- *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004.
- *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, trad. y estudio de Adolfo G. Posada, Editorial Reus, Madrid, 2004.
- *Abreviatura del espíritu del Derecho romano*, versión de Fernando Vela, pról. de Rafael Hernández Marín, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, trad. y presentación de Federico Fernández Crehuet, Trotta, Madrid, 2008.
- *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y pról. de Leopoldo Alas, estudio preliminar de José Luis Monereo, Comares, Granada, 2008.
- *Pandektenvorlesung nach Puchta. Ein Kollegheft aus dem Wintersemester 1859/1860*, hrsg. und kommentiert von Christian Jäde, Wallstein Verlag, Göttingen, 2008.
- *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar de José Luis Monereo (“Ihering, historiador”), Comares, Granada, 2009.
- 法学における冗談と真面目(*Bromas y veras de la ciencia jurídica*), trad. de Sanada Yoshiaki y Yazawa Hisazumi, Chuo University Press, Tokyo, 2009.

## 2. OBRAS SOBRE RUDOLF VON JHERING

- AA. VV., *Rudolf von Jhering 1852-1868. Briefe und Erinnerungen*, hrsg. von Johannes Biermann, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1907.
- *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, 2. Aufl, hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970.
- *Ihering y la lucha por el Derecho*, dir. por Agustín Squella, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976-1977.
- *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17. 9. 1992*, 2. erweiterte Aufl., hrsg. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1993.
- *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrends, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993.

— *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, hrsg. von Gerhard Luf und Werner Ogris, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

— *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, hrsg. von Okko Behrends, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996.

ABAD DE SANTILLÁN, Diego, “Prólogo” a JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, trad. y pról. Diego Abad de Santillán, Cajica, México, 1957, pp. 8-25.

ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, “Prólogo” a JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, pp. 9-45.

ANGLE, Stephen C., “Should We All Be More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering and Rights”, en *Journal of the History of Ideas*, vol. 61, n° 2, April 2000, pp. 241-261.

AYALA Y DELGADO, Francisco Javier de, *Rudolf von Ihering, filósofo del derecho*, Tesis Doctoral leída en la Universidad Central de Madrid, 1943.

BARATTA, Alessandro, “Über Jherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 17-26.

BARTELS-ISHIKAWA, Anne, “El éxito del Kampf um’s Recht de Jhering en Japón, especialmente en el periodo Meiji”, en AA. VV., *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, pp. 87-112.

BEHRENDTS, Okko, “Das Rechtsgefühl in der historisch-kritischen Theorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jherings zweitem Wiener Vortrag”, en JHERING, Rudolf von, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, pp. 55-184.

— “Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts”, en AA. VV., *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. von Fritz Loos, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, pp. 229-269.

— “War Jhering ein Rechtspositivist? Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, pp. 131-160.

— “Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, pp. 7-36.

BEKKER, Ernst Immanuel, “Meine erste Begegnung mit Jhering”, en AA. VV., *Rudolf von Jhering 1852-1868. Briefe und Erinnerungen*, pp. 101-106.

BELVISI, Franz, “La positività del diritto nel primo Jhering”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIII, 2, 2003, pp. 491-518.

BOBBIO, Norberto, “Recensione a R. Jhering: La lotta pel diritto”, en *La Cultura*, Einaudi, marzo de 1935, pp. 51-52.

BONAZZI, Ermanno, “La fortuna di Jhering in Italia”, en LOSANO, Mario (Ed.), *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, pp. 629-694.

CERRONI, Umberto, “Ritorno di Jhering”, en *Democrazia e Diritto (Rivista critica di diritto e giurisprudenza)*, anno 1, fasc. 2, aprile-giugno, 1960, pp. 86-92.

COING, Helmut, “Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering”, en AA. VV., *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, pp. 149-171.

COULOMBEL, Pierre, “Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 55, 1957, pp. 609-631.

CROCE, Benedetto, “Avvertenza” a JHERING, Rudolf von, *La lotta per il diritto*, 3<sup>a</sup> ed., trad. de Raffaele Mariano, introd. de Pietro Piovani, Laterza, Bari, 1960, pp. 33-35.

CHOE, Byoung Jo, “Der Kampf ums Recht im traditionellen Korea. Die konfuzianische Ideologie und die Wirklichkeit”, en AA. VV., *Jhering Rechtsdenken*, pp. 32-60.

DIEDERISCHEN, Uwe, “Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, pp. 175-200.

DRAKE, Joseph H., “Editorial Preface to this volume”, en JHERING, Rudolf von, *Law as a means to an end*, pp. XV-XXIV.

DREIER, Ralf, “Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft”, en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, pp. 111-129.

— “Jhering als Rechtstheoretiker”, en AA. VV., *Rechtsnorm und Rechtswissenschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, ed. por A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright y D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 233-245.

DUXBURY, Neil, “Jhering’s Philosophy of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 1, pp. 23-47.

ERMACORA, Felix, “Rudolf von Jherings Brücke zum öffentlichen Recht”, en AA. VV., *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, pp. 117-123.

— “Vorrede” a JHERING, Rudolf von, *Der Kampf um’s Recht*, hrsg. von Felix Ermacora, Propyläen Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1992.

FRANZ, Günther, “Jhering”, *Biographisches Wörterbuch zur deutschen Geschichte*, Bd. II, gegründet. von Hellmuth Rößler y Günther Franz, 2. Aufl. von Karl Bosl, Günther Franz y Hans Hubert Hofmann, Francke Verlag, München, 1974.

FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, ID., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, pp. 185-186.

GAUDEMET, Jean, “Organicisme et évolution dans la conception de l’histoire du droit chez Ihering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 29-39.

GELDART, William Martin, “Introduction”, to JHERING, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, pp. XXXV-LII.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, tomo IV, Madrid, 1987, pp. 223-248.

GROMITSARIS, Athanasios, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

HART, Herbert L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 68-78.

HIPPEL, Ernst von, “Rudolf von Jhering als Begründer des Rechtspositivismus”, en *Neues Abendland*, 1951, pp. 322-326.

HOFMEISTER, Herbert, “Jhering in Wien”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, pp. 38-48.

HOLLERBACH, Alexander, “Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Neue deutsche Biographie*, Bd. 10, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, pp. 123-124.

HOMMES, Hendrik Jan, “Rudolf von Jherings naturhistorische Methode”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 101-115.

HURWICZ, Elias, *Rudolf von Jhering und die deutsche Rechtswissenschaft. Mit besonderer Berücksichtigung des Strafrechts*, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1911.

ITURMENDI MORALES, José, “Acerca de Rudolf von Jhering (1818-1892) y el sistema de los juristas romanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 11, 1993, pp. 415-480.

JEVONS, F. B., “Ihering’s Evolution of the Aryan”, *The Classical Review*, vol. 12, nº 8, November, 1898, pp. 418-419.

JHERING, Friedrich, “Zur Gießener Wirksamkeit Rudolf von Jherings”, en AA. VV., *Briefe und Erinnerungen*, pp. 79-90.

JHERING, Hermann von, “Erinnerung an Rudolf von Jhering”, en JHERING, Rudolf von, *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, pp. 445-472.

JØRGENSEN, Stig, “Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 116-126.

KANEKO, Kentaro, “Gespräche des Sekretärs der Geheimratsversammlung Kentaro Kaneko mit Jhering”, en NISHIMURA, Shigeo, “Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung”, pp. 106-109.

KELSEN, Hans, “Rudolf von Jhering in Briefen”, *Neue Freie Presse (Wien)*, n° 17423, 23 de febrero de 1913, pp. 32-35.

KLEMMANN, Bernd, *Jhering und die Historische Rechtsschule*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989.

KLIPPEL, Diethelm (unter Mitarbeit von Cordelia Kröger-Schrader), “Rudolf von Jhering an der Juristischen Fakultät der Ludwigs-Universität Gießen (1852-1868)”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, pp. 31-37.

KROESCHELL, Karl (Hrsg.), *Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1988.

KUNZE, Michael, “Rudolf von Jhering – ein Lebensbild”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, pp. 11-28.

LACASTA, José Ignacio, “Savigny eta Jheringen artean (ez duzu Savignyren izena ahotan alferrik hartuko)”, en *Euskal Herriko legelarien aldizkaria*, n°3, 1998, pp. 94-98.

LANDAU, Peter, “Il momento sostanziale del diritto in Rudolph von Jhering”, en AA. VV., *Diritto e filosofia nel XIX secolo. Atti del seminario di studi*, a cura di Francesco Belvisi e Marco Cavina, Università di Modena, 2000, pp. 385-398.

LANGEMEIJER, Gerard Eduard, “Jherings *Zweck im Recht* im Lichte der seitherigen Wertlehren”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 127-134.

LASSON, Adolf, “Rezension zu: Der Zweck im Recht. Von R. V. Jhering. 1. Bd.”, *Philosophische Monatshefte*, Bd. XV, Leipzig, 1879.

LIEBIG, Justus von, “La organización racional de la química orgánica”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, pp. 157-161.

LOSANO, Mario G., “Un inedito di Rudolf von Jhering sulla tutela giuridica degli inediti”, en *Rivista di diritto industriale*, anno XVII, 1968, pp. 5-21.

— “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 142-154.

— “Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering in una lettera inedita ad Heinrich von Treitschke”, en AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Ascheri*, Argalia, Urbino, 1970, pp. 179-195.

— “Introduzione” a JHERING, Rudolf von, *Lo scopo nel diritto*, trad. y ed. de Mario Losano, Einaudi, Torino, 1972.



- (Ed.), *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milano, 1977.
- “Bismarck parla di Savigny con Jhering”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 9 (Su Federico Carlo di Savigny), 1980, pp. 523-539.
- *Studien zu Jhering und Gerber*, Teil 2, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984.
- (Ed.) *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Teil 1, hrsg. von Mario G. Losano, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984.
- “Una costellazione del firmamento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Unger”, *Quaderni fiorentini*, nº XXI, 1992, pp. 97-157.
- *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser* (Hrsg.), Aktiv Druck & Verlag, Ebelsbach, 1996.
- “Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, pp. 77-97.
- “La lotta per il diritto di Jhering nel dibattito politico dell’Italia degli anni trenta”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII, nº1, junio, 1998, pp. 195-216.
- LUIG, Klaus, “Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Recht zwischen natur und Geschichte. Le droit entre nature e histoire*, hrsg. von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, pp. 281-303.
- LLOREDO ALIX, Luis, “Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico, de Rudolf von Jhering (Reseña)”, *Derechos y Libertades*, nº 20, época II, enero 2009, pp. 285-294.
- MARINI, Giuliano, “La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 155-164.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “Si ha muerto Ihering, vive en sus obras. Apostillas a un centenario”, *Seminarios complutenses de Derecho romano*, IV, Fundación Ursicino Álvarez, Madrid, 1992, pp. 11-47.
- MERKEL, Adolf, “Jhering”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 32, Gustav Fischer, Jena, 1893, pp. 6-40.
- MITTEIS, Ludwig, “Jhering” en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 50, Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, pp. 652-664.
- MONEREO, José Luis, “Ihering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico”, en *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, pp. XVII-XCIII.
- MODÉER, Kjell Å, “Jherings Rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, pp. 153-174.

NISHIMURA, Shigeo, “Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung und die Verleihung des Ordens”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, pp. 97-109.

OLIVECRONA, Karl, “Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 165-176.

PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1982.

PÓLAY, Elemér, “Beiträge zu Jherings Besitztheorie”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 192-205.

POSADA, Adolfo G., “Ihering”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XL, tomo 81, Madrid, 1892, pp. 225-245.

— “Estudio preliminar sobre la vida y obras de Ihering”, en JHERING, Rudolf von, *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, pp. VII-XXVII.

— “Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering”, en JHERING, Rudolf von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, pp. VII-XXXI.

POSCHINGER, Heinrich von, *Bismarck und Jhering. Aufzeichnungen und Briefe*, Verlag von Gebrüder Paetel, Berlin, 1908.

RADBRUCH, Gustav, “Einleitung”, en JHERING, Rudolf von, *Der Geist des Rechts. Eine Auswahl aus seiner Schriften*, pp. 7-14.

RIPLEY, William Z., “The Evolution of the Aryan (Book Review)”, *The American Historical Review*, vol. 3, n° 4, July, 1898, pp. 703-704.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>, “Rudolf von Jhering”, *Anuario de filosofía del Derecho*, nueva época, tomo IV, 1987, pp. 249-270.

RÜCKERT, Joachim, “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist* und Jherings *Zweck*” (Teil 1), en *Rechtsgeschichte*, 5, 2004, pp. 128-149.

— “Der Geist des Rechts in Jherings *Geist* und Jherings *Zweck*” (Teil 2) en *Rechtsgeschichte*, 6, 2006, pp. 122-142.

RUIZ RESA, Josefa Dolores, “El concepto de interés en Jhering”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3, 2000, pp. 435-453.

SCIALOJA, Vittorio, “Della natura e della capacità giuridica dei così detti Comitati (di R. di Ihering professore in Gottinga)”, *Archivio Giuridico*, vol. XXV, 1880, pp. 473-478.

— “Sull’elemento del valore pecuniario e dell’interesse proprio nelle obbligazioni (per R. di Ihering)”, *Archivio Giuridico*, vol. XXV, 1880, pp. 478-492.

— “Necrologico di Rudolf von Jhering”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto romano*, 1893, pp. 46-61.

SCHELKY, Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht”, *Jahrbücher für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, n°3, 1972, pp. 47-86.

SCHMIDT, Folke, “Jherings Tradition im schwedischen Sachenrecht”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 206-210.

SCHMIDT, Karsten, “Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung. Ein Streifzug durch den ‚Geist des römischen Rechts‘ aus heutiger Sicht”, en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken*, pp. 201-221.

SUMMERS, Robert S., “Rudolf von Jhering’s Influence on American Legal Theory – A Selective Account”, en *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, pp. 77-96.

— “Ralf Dreier, Rudolf von Jhering and Non-Positivism”, en AA. VV., *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, pp. 127-140.

TREVES, Renato, “La fortuna di Jhering in Italia e la cultura antifascista”, *Sociologia del diritto*, IV, 1977, 2, pp. 453-457.

URBANO GUERRERO, José, *El sistema jurídico de Ihering. Memoria reglamentaria en el Grado de Doctor*, sin publicar ni mecanografiar (consultada en la Unidad de Tesis Doctorales de la Universidad Complutense), 1906.

VANO, Cristina, “Itinerari italiani di Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, pp. 121-131.

— “Una fortuna che dura ancora (1895-1992)”, en AA. VV., *Beiträge und Zeugnisse*, pp. 132-133.

VERGARA, Óscar, “El destinatario de las normas jurídicas en la tradición positivista. Un estudio en torno a R. von Jhering”, en AA. VV., *Legal Theory/Teoría del Derecho. Proceedings of the 22<sup>nd</sup> IVR World Congress* (Granada 2005), vol. I, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2007, pp. 220-232.

VIEHWEG, Theodor, “Rechtsdogmatik und Rechtszetetik bei Jhering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 211-216.

VILLAPALOS SALAS, Gustavo, “El paraíso de los conceptos jurídicos de Rudolf von Ihering”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, época II, n° XXVI, 1993.

VILLEY, Michel, “Le droit subjectif chez Ihering”, en ID., *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, Paris, 1969, pp. 208-220.

WALDER, Rudolf, *Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus*, tesis doctoral inédita, Christian-Albrechts-Universität, Kiel, 1943.

WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, 2. Aufl., K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1968.

— “Jhering und der Darwinismus”, en AA. VV., *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederischen y Claus-Wilhelm Canaris, C. H. Beck, München, 1973, pp. 63-92.

ZWEIGERT, Konrad, “Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, pp. 240-251.

ZWEIGERT, Konrad y SIEHER, Kurt, “Jherings Influence on the Development of Comparative Legal Method”, *The American Journal of Comparative Law*, 19, 1971, pp. 215-231.

### 3. OTRAS OBRAS

AA. VV., *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. von Erik Wolf, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1948.

— *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di Umberto Cerroni, Giuffrè, Milano, 1964.

— *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969.

— *Positivismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971.

— *Organisierter Kapitalismus. Voraussetzungen und Anfänge*, hrsg. von Heinrich August Winkler, Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 1974.

— *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, ed. por Imre Lakatos y Alan Musgrave, trad. de Francisco Hernán, Grijalbo, Barcelona, 1975.

— *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975-2005.

— *L'insegnamento sociologico del diritto*, a cura di Renato Treves e Vincenzo Ferrari, Edizioni di Comunità, Milano 1976.

— *Rechtsvergleichung*, hrsg. von Konrad Zweigert und Hans-Jürgen Puttfarcken, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978.

— *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhart Koselleck, Klett-Cotta, Stuttgart, 1984.

- *Selected Writings on Soviet Law and Marxism*, edited, annotated, translated and introduced by Robert Sharlett, Peter B. Maggs and Piers Beirne, M. E. Sharpe Inc., New York, 1988.
- *La revolución industrial*, pról. de Jordi Nadal, trad. de Juana Bignozzi y Gabriel Izard, revisión de Pere Pascual, Crítica, Barcelona, 1988.
- *Estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*, ed. e introd. por Gabriel Amengual Coll, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- *Historia de la ética*, ed. por Victoria Camps, Crítica, Barcelona, 1992.
- *El positivismo lógico*, ed. por A. J. Ayer, trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y T. Ruiz Harrel, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, ed. de Alicia H. Puleo, presentación de Celia Amorós, Anthropos, Madrid, 1993.
- *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, ed. by Bhikhu Parekh, Routledge, London, 1993.
- *El ámbito de lo jurídico*, ed. por Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994.
- *Reformen im Russland des 19. Und 20. Jahrhunderts*, hrsg. von Dietrich Beyrau, Michael Stolleis und Igor 'Chichurov, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1996.
- *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, coord. por Aristide Tanzi, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999.
- *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Gianfrancesco Zanetti, Raffaello Cortina, Milano, 1999.
- *La filosofía hoy*, ed. por Javier Muguerza y Pedro Cerezo, Crítica, Barcelona, 2000.
- *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. von Michael Stolleis, Beck, München, 2000.
- *El derecho y la justicia*, 2ª ed., coord. por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 2000.
- *Historia de la teoría política*, ed. por Fernando Vallespín, Alianza, Madrid, 2002.
- *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, 2. erw. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002.
- *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* (vol. II), ed. por Virgilio Zapatero, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002.

- *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. por Jules Coleman y Scott Shapiro, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, coord. por Pietro Costa y Danilo Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002.
- *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, hrsg. von Robert Alexy, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, ed. por Carlos Gómez, Alianza, Madrid, 2002.
- *Zur Genealogie der Moral*, hrsg. von Otfried Höffe, Akademie Verlag, Berlin, 2004 .
- *Juristas universales (4 tomos)*, ed. por Rafael Domingo, Marcial Pons, Barcelona / Madrid, 2004.
- *Constitución y derechos fundamentales*, coord. por Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Luis Prieto y Juan Ramón de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- *Montesquieu-Tradition in Deutschland. Beiträge zur Erforschung eines Klassikers*, hrsg. von Edgar Mass und Paul Ludwig Weinacht, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- *Democracia y virtudes cívicas*, ed. por Pedro Cerezo Galán, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, presentación de Javier de Lucas y Gregorio Peces-Barba, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2006.
- *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, coord. por José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- *Juristischen Zeitschriften in Europa*, hrsg. von Michael Stolleis und Thomas Simon, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006.
- *Beiträge zur modernen japanischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von Hans-Peter Marutschke, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006.
- *Redes intelectuales transnacionales. Formas de conocimiento académico y búsqueda de identidades culturales*, compilado por Christoph Charle, Jürgen Schriewer y Peter Wagner, Ediciones Pomares, México, 2006.
- *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III. Siglo XIX*, dir. por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Fco. Javier Ansuátegui, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007.
- *La aventura de la moralidad (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, ed. por Carlos Gómez y Javier Muguerza, Alianza, Madrid, 2007.

— *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>ème</sup> –XX<sup>ème</sup> siècle)*, Quadrige-Puf, Paris, 2007.

— *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, hrsg. von Tamara Ehs, Nomos, Wien, 2009.

— *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, coord. por María del Carmen Barranco, Óscar Celador y Félix Vacas, Dykinson, Madrid, 2010.

ABAD DE SANTILLÁN, Diego, *Memorias 1897-1936*, Planeta, Barcelona, 1977.

ABELLÁN, Joaquín, “El vínculo entre tradición y mundo moderno. Las teorías políticas de derecho natural: 1600-1750”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 2, pp. 13-68.

— “La reforma protestante”, en AA. VV., *Historia de la teoría política (vol. 2)*, pp. 176-215.

ADORNO, Theodor W., “La conciencia de la sociología del conocimiento”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, pp. 272-283.

— *Escritos musicales I-III*, trad. de Antonio Gómez Schneekloth y Alfredo Brotons Muñoz, *Obra completa*, vol. 16, Akal, Madrid, 2006.

ÁGUILA, Rafael del, “Maquiavelo y la teoría política renacentista”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 2, pp. 71-175.

ÁGUILA, Rafael del y BELTRÁN, Miguel, “El positivismo”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 4, pp. 408-432.

AHRENS, Heinrich, *Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht auf philosophisch-anthropologischer Grundlage*, Wien, 1852.

ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, *El Derecho y la moralidad. Determinación del concepto de Derecho y sus relaciones con la moralidad*, Casa editorial Medina, Madrid, 1878.

— *Los prólogos de Leopoldo Alas*, ed. por David Torres, Playor, Madrid, 1984.

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, pp. 139-151.

— *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

— *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALTAMIRA, Rafael, *La enseñanza de las instituciones de América*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1933.

— *Mi viaje a América. Libro de documentos*, Universidad de Oviedo, 2007.

ALTHUSSER, Louis, *La revolución teórica de Marx* [1965], 26ª ed., trad. e introd. de Marta Harnecker, Siglo XXI, México, 2004.

ÁLVAREZ JUNCO, José, *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Taurus, Madrid, 2001.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, *Derechos y Libertades*, nº 2, 1993-1994, pp. 113-151.

— *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 2000.

— *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

ANTISTERI, Dario y REALE, Giovanni, *Historia del pensamiento filosófico y científico (III). Del Romanticismo hasta hoy*, trad. de Juan Andrés Iglesias, Herder, Barcelona, 1988.

ARAGONESES, Alfons, “*Au delà du code civil mais par le code civil*”. *Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado*, tesis doctoral, Universitat de Girona, 2006.

— (Hrsg.), *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2007.

ARJONA SEBASTIÀ, César, “Estudio preliminar” a HOLMES, O. W., *Los votos discrepantes del juez Holmes*, pp. 11-56.

ASÍS ROIG, Rafael de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Madrid, 2001.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, pp. 765-780.

AUER, Marietta, “Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds”, en *Archiv für civilistische Praxis*, nº 208, 2008, pp. 584-634.

AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.



AVENARIUS, Martin, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland. Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij*, Wallstein Verlag, Göttingen, 2004.

AYER, Alfred Jules, “Introducción del compilador”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, pp. 9-34.

AZCÁRATE, Gumersindo de, *El régimen parlamentario en la práctica*, 3ª ed., con prólogos de E. Tierno Galván y Adolfo Posada, Tecnos, Madrid, 1978.

BABEROWSKI, Jörg, “Speranskij, Michajl Michajlovič”, en AA. VV., *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, pp. 595-596.

BACON, Francis, *Novum Organum, sive indicia vera de interpretatione naturae et regni hominis*, trad. de Cristobal Litrán, Sarpe, Madrid, 1984.

BACHOFEN, Johann Jakob, *Gesammelte Werke*, hrsg. von Harald Fuchs et. al., Schwaber Verlag, Basel-Stuttgart, 1967.

— *El Derecho natural y el Derecho histórico*, trad. e introd. de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

BARBERIS, Mauro, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

BARNES, Barry, *T. S. Kuhn y las ciencias sociales*, trad. de Roberto Helier, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

BARRETO, Tobias, *Edição comemorativa*, Editora Record – Governo de Sergipe, Rio de Janeiro-Aracaju, 1989-1991.

BARTELS-ISHIKAWA, Anne (Hrsg.), *Hermann Roesler. Dokumente zu seinem Leben und Werk*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

BASTIAT, Frédéric, *La ley*, trad. de Roberto Robert y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2005.

BAUDELAIRE, Charles, *Mi corazón al desnudo y otros escritos póstumos*, trad., pról. y notas de María Badiola, Valdemar, 1999.

BAYÓN, Juan Carlos, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en AA. VV., *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* (vol. II), pp. 33-54.

BELTRÁN, Miguel y ÁGUILA, Rafael del, “El positivismo”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 4, pp. 408-432.

BENEKE, Eduard, *Grundlinien der Sittenlehre. Ein Versuch eines natürlichen Systems derselben*, 1. Bd., Druck und Verlag von Ernst Siegfried Mittler, Berlin-Posen-Bromberg, 1837.

BENEVOLO, Leonardo, *Historia de la arquitectura moderna*, 2ª ed., trad. de Mariuccia Galfetti y Juan Díaz de Atauri, Gustavo Gili, Barcelona, 1974.

BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada por Esteban Dumont y trad. al castellano con comentarios por Ramón Salas, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1821.

— *Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung*, hrsg. von Etienne Dumont, bearbeitet und mit Anmerkungen von Friedrich Eduard Beneke, Berlin, 1830.

— *Un fragmento sobre el gobierno* [1776], estudio preliminar, trad. y notas de Enrique Bocardo Crespo, Tecnos, Madrid, 2003.

— *The Works of Jeremy Bentham*, published under the superintendence of his executor, John Bowring, William Tait, Edinburgh, 1838-1843, consultado en <http://oll.libertyfund.org/title/2009/139605>, 26-VIII- 2009.

BERGBOHM, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1. Bd., Duncker & Humblot, Leipzig, 1892.

BERLIN, Isaiah, *Pensadores rusos*, comp. por Henry Hardy y Aileen Kelly, introd. de Aileen Kelly y trad. de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1992.

— *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, ed. de Henry Hardy, trad. de José Manuel Álvarez Flórez, pról. de Salvador Giner, Península, Barcelona, 1992.

BERNAL, John D., *La ciencia en la historia*, 4ª ed., trad. de Eli de Gortari, UNAM-Editorial Nueva Imagen, México, 1979.

BERZELIUS, Jöns Jakob, “Las combinaciones químicas orgánicas e inorgánicas”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, pp. 134-150.

BESELER, Georg, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig, 1843.

BIERLING, Ernst Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Scientia Verlag, Aalen, 1965.

BISMARCK, Otto von, *Briefwechsel des Generals Leopold von Gerlach mit dem Bundestags-Gesandten Otto von Bismarck*, Verlag von Wilhelm Hertz, Berlin, 1893.

— *Die gesammelten Werke*, Friedrichsruher Ausgabe, hrsg. von Erich Marcks, Friedrich Meinecke und Hermann Oncken, Bd. 8, Berlin, 1924-1935.

BJARUP, Jes, *Skandinavischen Rechtsrealismus*, Verlag Karl Abel, Freiburg/ München, 1978.

BJÖRNE, Lars, “Nordische juristische Zeitschriften im 18. Und 19. Jahrhundert”, en AA. VV., *Juristische Zeitschriften in Europa*, pp. 15-28.

BLANCO FERNÁNDEZ, Domingo, “El movimiento fenomenológico”, en AA. VV., *La filosofía hoy*, pp. 65-74.

BLANDHOL, Sverre, “The Rhetorical Foundations of Nordic Jurisprudence”, en *Ideas in History*, vol. 1, nº 1-2, 2006, pp. 33-56.

BLOCH, Ernst, “¿Puede resultar fallida la esperanza?”, en AA. VV., *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, pp. 165-173.

BLÜHDORN, Jürgen y JAMME, Christoph, “Positiv, Positivität”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, pp. 1109-1110.

BLÜHDORN, Jürgen, “Zum Zusammenhang von «Positivität» und «Empirie» im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts”, en AA. VV., *Positivismus im 19. Jahrhundert*, pp. 123-159.

BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

— “Hegel y el iusnaturalismo”, en AA. VV., *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*.

— *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1996.

— *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

— *Teoría general del Derecho*, 2ª ed., trad. de Eduardo Rozo Acuña, revisión de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2005.

— *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, prefazione di Mario G. Losano, Laterza, Roma-Bari, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der paradigmwechsel und Übergang von einer naturrechtlichen zur positivrechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thomas Hobbes*, Schwaber Verlag, Basel, 2004.

BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, selección, trad. y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 2006.

BONNECASE, Julien, *L'école de l'exégèse en droit civil*, E. de Boccard, Paris, 1924.

BOUGLÉ, Charles, *Les sciences sociales en Allemagne. Les méthodes actuelles*, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1896.

BROCARD, Enrique, “Estudio preliminar” a BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, pp. XVII-LXXXVI.

BUENO, Gustavo, *El mito de la cultura. Ensayo de una filosofía materialista de la cultura*, Editorial Prensa Ibérica, Barcelona, 1996.

BURCKHARDT, Jacob, *Sobre las crisis en la historia*, ed. y versión de Felipe González Vicén, Nueva Época, Madrid, 1946.

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, en ID., *Textos políticos de Edmund Burke*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

BRAUDEL, Fernand, *La historia y las ciencias sociales*, trad. de Josefina Gómez Mendoza, Alianza, Madrid, 1968.

BRENTANO, Franz, *Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis*, 4. Aufl. hrsg. von Oskar Kraus, Verlag von Felix Meiner, Hamburg, 1955.

— *El origen del conocimiento moral*, trad. de Manuel García Morente y estudio preliminar de Juan Miguel Palacios, Tecnos, Madrid, 2002.

BRICMONT, Alain y DÉBRAYS, Régis, *A la sombra de la Ilustración: debate entre un filósofo y un científico*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona, 2004.

BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1992.

BRONCANO, Fernando, *Saber en condiciones. Epistemología para escépticos y materialistas*, Antonio Machado, Madrid, 2003.

BRUGMANN, Karl, *Abrégé de grammaire comparée des langues indo-européennes d'après le précis de grammaire comparée de K. Brugmann et B. Delbrück*, trad. par J. Bloch, A. Cuny et A. Ernout sous la direction de A. Meillet et R. Gauthiot, Librairie C. Klincksieck, Paris, 1905.

BÜLOW, Oskar von, *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft. Eine Gabe zur ersten Geburtstagsfeier des neuen deutschen bürgerlichen Rechts*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1901.

BURY, John, *La idea del progreso* [1920], trad. de Elías Díaz y Julio Rodríguez Aramberri, Alianza, Madrid, 2009.

CAENEGEM, Raoul C. van, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987.

CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto*, a cura di Silvia Calamandrei, saggi di Guido Alpa, Pietro Rescigno e Gustavo Zagrebelsky, Laterza, Roma-Bari, 2008.

CALSAMIGLIA, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, pp. 7-29.

— “Postpositivismo”, *Doxa*, 21, I, 1998, pp. 209-220.

- CALVINO, Italo, *Perché leggere i classici*, Mondadori, Milano, 2002.
- CAMPBELL, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth Publishing Company, Brookfield (Vermont - USA), 1996.
- CAPPELLETI, Ángel J., “Autopercepción intelectual de un proceso histórico”, en *Anthropos*, nº 138 (Diego Abad de Santillán. *Un anarquismo sin adjetivos. Una visión crítica y actual de la revolución social*), noviembre de 1992, pp. 10-15.
- CARNAP, Rudolf, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, pp. 66-87.
- CARRIÓ, Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, UNAM, México, 1981.
- CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan, “Prólogo”, en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, pp. 7-8.
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía moral, derecho y metafísica. Un diálogo con Axel Hägerstrom*, ed. y trad. de Roberto Rodríguez Aramayo, Herder, Barcelona, 2010.
- CASTILLA, Ramón, “Introducción” a MILL, John Stuart, *El utilitarismo* [1863], trad. de Ramón Castilla, Aguilar, Barcelona, 1971, pp. 129-132.
- CERRONI, Umberto, *El pensamiento jurídico soviético*, trad. de Virgilio Zapatero y Manuel de la Rocha, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, tomo IV, trad. de Manuel Valbuena, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid, 1924.
- *Discursos V*, trad., introd. y notas de Jesús Aspa Cereza, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1995.
- CLAVERO, Bartolomé, “El método entre infieles o el código en España”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 271-317.
- COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1985.
- *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht (1947-1975)*, hrsg. von Dieter Simon, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1982.
- COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. de José Manuel Revuelta y Consuelo Bergés, Folio, Barcelona, 2002.
- CONDORCET, Marqués de, “Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía”, en AA. VV., *La Ilustración olvidada*, pp. 100-106.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 2005.

- “Roscoe Pound”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 876-883.
- COSTA, Joaquín, *La vida del derecho: ensayo sobre el derecho consuetudinario*, 2ª ed., Biblioteca Costa, Madrid, 1914.
- *Oligarquía y caciquismo, Colectivismo agrario y otros escritos (Antología)*, ed. y prólogo de Rafael Pérez de la Dehesa, Alianza, Madrid, 1967.
- *Teoría del hecho jurídico individual y social*, pról. de Nicolás M. López Calera, Comares, Granada, 2000.
- COSTA, Pietro, “L’interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 367-495.
- “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, en AA. VV., *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, pp. 89-170.
- CROCE, Benedetto, *Filosofía della pratica. Economia ed etica*, a cura di Maurizio Tarantino con una nota al testo di Gennaro Sasso, Bibliopolis, Napoli, 1996.
- *La historia como hazaña de la libertad*, 2ª ed., trad. de Enrique Díez-Canedo, Fondo de Cultura Económica, México, 1960.
- *Storia d’Europa nel secolo decimonono*, a cura di Giuseppe Galasso, Adelphi, Milano, 2007.
- CRUZ, Manuel, “Imposible futuro (un ejercicio de la filosofía de la historia)”, en AA. VV., *La filosofía hoy*, pp. 327-336.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, pról. de Manuel Atienza, Fontamara, México, 2004.
- CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, 2<sup>ème</sup> éd., préface de Gaston Morin, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, Paris, 1927.
- CHAZEL, François, “Sentiment d’injustice, lutte pour le droit et rationalité axiologique : variations sur le «cas» de Michael Kohlhaas”, *Droit et Société*, 55, 2003, pp. 769-781.
- CHIBA, Masaji, “Giappone”, en AA. VV., *L’insegnamento sociologico del diritto*, a cura di Renato Treves e Vincenzo Ferrari, Edizioni di Comunità, Milano 1976.
- D’AGOSTINI, Franca, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, trad. de Mario Pérez Gutiérrez, Cátedra, Madrid, 2000.
- DEAN, Meryll, *Japanese Legal System*, 2<sup>nd</sup> edition, Cavendish Publishing, London, 2002.
- DÉBRAYS, Régis y BRICMONT, Alain, *A la sombra de la Ilustración: debate entre un filósofo y un científico*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona, 2004.

- DEETERS, Walter, *Kleine Geschichte Ostfrieslands*, Verlag Schuster, Leer, 1992.
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver, Tecnos, Madrid, 2002.
- DEWEY, John, *La miseria de la epistemología. Ensayos de pragmatismo*, ed., trad. y notas de Ángel Manuel Faerna, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2ª ed., Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.
- *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres, Valencia, 1983.
- “Condiciones prejurídicas de la democracia en España: historia y crítica”, en AA. VV., *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, pp. 649-668.
- *Un itinerario intelectual. De filosofía política y jurídica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.
- “Felipe González Vicén (1908-1991)”, *Doxa*, nº 9, 1991, pp. 23-38.
- “Respeto a la ley”, en AA. VV., *Democracia y virtudes cívicas*, pp. 229-255.
- DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, 4ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- DIDEROT, Denis, *Le neveu de Rameau (et autres dialogues philosophiques)*, textes établis et présentés par Jean Varloot, notes de Nicole Évrard, Gallimard, Paris, 1972.
- *Pensamientos filosóficos* [1746], trad., pról. y notas de Francisco Calvo Serraller, Aguilar, Buenos Aires, 1973.
- DILTHEY, Wilhelm, *Zur preußischen Geschichte*, en *Gessammelte Schriften*, Bd. XII), 2. Aufl., B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 1960.
- *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte* [1883], en *Gesammelte Schriften*, Bd. I, B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, Leipzig/Berlin, 1922.
- DOMINGO, Rafael, “Gustave Émile Boissonade”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 347-349.
- DOMINGO, Rafael y MAULEÓN MURAMATSU, Aiki, “Nobushige Hozumi”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 655-657.
- DOMINGO, Rafael y AZCONA, Carlos, “Johann Stephan Pütter”, en AA. VV., *Juristas universales (vol 2)*, cit., pp. 659-662.

DORADO MONTERO, Pedro, *El derecho y sus sacerdotes*, Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1909.

DORADO, Javier y PECES-BARBA, Gregorio, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III. Siglo XIX*, vol. I libro I, pp. 1-316.

DOSTOIEVSKI, Fiodor, *Obras completas (VI)*, ed. en castellano por Augusto Vidal, estudio preliminar de José Luis L. Aranguren, Editorial Vergara, Barcelona, 1969.

DREIER, Ralf, *Was ist und wozu allgemeine Rechtstheorie?*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1975.

DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social. Thèse présentée à la Faculté des Lettres de Paris*, Félix Alcan Éditeur, Paris, 1893.

— *Les règles de la méthode sociologique*, Félix Alcan, Paris, 1895.

— *Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología*, trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azúa y estudio preliminar de Helena Béjar, Tecnos, Madrid, 2000.

— *Las reglas del método sociológico*, ed. de Gregorio Robles y trad. de Virginia Martínez Bretones, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

DVOŘÁK, Johann, “David Hume. Wissenschaft und Religion bei Kelsen”, en AA. VV., *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, pp. 133-153.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977], trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002.

EHRlich, Eugen, *Soziologie und Jurisprudenz* [1906], Scientia Verlag, Aalen, 1987.

— *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1913.

— *Die juristische Logik*, 2. Aufl. [1925], Scientia Verlag, Aalen, 1966.

— *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, hrsg. von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

EHRlich, Eugen y KELSEN, Hans, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915-1917)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.

ELLING, Elmar, “Pragmatismus, Pragmatizismus”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, pp. 1244-1249.

ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.



ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *Los tres mundos del Estado del bienestar*, trad. de Begoña Arregui Luco, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1993.

ESSER, Dirk, “Gneist als Zivilrechtslehrer”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34, 2006, pp. 57-78.

FALCK, Nikolaus, *Juristische Encyklopädie. Auch zum Gebrauch bei akademischen Vorlesungen*, nach des Verfassers Tode hrsg. von Rudolf von Jhering, 5. verb. Ausg., Verlags Magazin, Leipzig, 1851.

FALK, Richard A., y SHUMAN, Samuel I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, *Journal of Legal Education*, 1961-1962, pp. 213-228.

FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992.

FARALLI, Carla, “La filosofía del derecho contemporánea dopo la crisi del positivismo jurídico”, en AA. VV., *Filosofi del diritto contemporanei*, pp. XIII-XXVII.

— “La crítica al concepto de soberanía en las teorías realistas”, AA. VV., *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, pp. 687-698.

FARRINGTON, Benjamin, *Francis Bacon. Filósofo de la revolución industrial*, 2ª ed., trad. de Rafael Ruiz de la Cuesta, Endymión, 1991.

FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2006.

FEI ZI, Han, *El arte de la política. Los hombres y la ley*, trad. de Yao Ning y Gabriel García-Noblejas, estudio preliminar de Pedro San Ginés Aguilar, Tecnos, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho administrativo (I)*, 13ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “Levin Goldschmidt”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 388-392.

FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª ed. corregida y aumentada, Ceura, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Merece la pena ser positivista... Y algo más”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, pp. 881-894.

— “Los derechos humanos y la historia”, en AA. VV., *Constitución y derechos fundamentales*, pp. 215-234.

FERNÁNDEZ, Eusebio y PECES-BARBA, Gregorio, “Introducción”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XV y XVI*, pp. 1-12.

- FERNÁNDEZ-RAÑADA, Antonio, *Los científicos y Dios*, Trotta, Madrid, 2008.
- FERRATER MORA, José, *Cuatro visiones de la historia universal: San Agustín, Vico, Voltaire, Hegel*, Alianza, Madrid, 1982.
- *Diccionario de filosofía*, ed. revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabras, Ariel, Barcelona, 2004.
- FETSCHER, Iring, “Einleitung”, en HOBBS, Thomas, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hrsg. von Iring Fetscher, übers. von Walter Fuchner, Sukhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.
- FEUERBACH, Ludwig, *La esencia de la religión* [1845], ed. y trad. de Tomás Cuadrado, Páginas de Espuma, Madrid, 2005.
- FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. de José Luis Villacañas, Manuel Ramos y Faustino Oncina, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- *Discursos a la nación alemana* [1807-1808], trad. de Luis Acosta y M<sup>a</sup> Jesús Varela, Folio, Barcelona, 2000.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- FÖLDÉNYI, László, *Dostoyevski lee a Hegel en Siberia y rompe a llorar*, trad. de Adan Kovacsics, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2006.
- FONTANA, Josep, *Historia. Análisis del pasado y proyecto social*, Crítica, Barcelona, 1982.
- FONTANE, Theodor, *Werke*, ausgewählt von Matthias Bertram, Digitale Bibliothek, Bd. 6, Directmedia, Berlin, 1998.
- FONTANILLAS, Antonia y MINTZ, Franck, “Bibliografía”, en *Anthropos (Suplementos): Diego Abad de Santillán. Historia y vigencia de la construcción social de un proyecto libertario*, n<sup>o</sup> 36, enero de 1993, pp. 175-182.
- FORLANI, Francesco, *La lotta per il diritto: Variazioni filosofico-giuridiche sopra il Mercante di Venecia e altri drammi di Shakespeare*, Loescher, Firenze-Torino-Roma, 1874.
- FORSTER, Wolfgang, *Karl Christian Friedrich Krauses frühe Rechtsphilosophie und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund*, Aktiv Druck und Verlag, Ebelsbach, 2000.
- FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1978.

— *Nietzsche, Freud, Marx*, 2ª ed., trad. de Alberto González Troyano, Anagrama, Barcelona, 1981.

— *La verdad y las formas jurídicas*, 2ª ed. corregida, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 2003.

FUCHS, Ernst, *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, hrsg. von Albert Foulkes und Arthur Kaufmann, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1965.

FULDA, Hans Friedrich, “Aufheben”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. I, pp. 618-619.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, 11ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.

GAGNÉR, Sten, *Abhandlungen zur europäische Rechtsgeschichte*, hrsg. von Joachim Rückert, Michael Stolleis und Maximiliane Kriechbaum, Keip Verlag, Goldbach, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea (Y la formación del sistema municipal francés contemporáneo)*, Taurus, Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo (I)*, 13ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y RIVAYA, Benjamín, “Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo”, *Anuario de filosofía del Derecho*, nº 15, 1998, pp. 305-334.

GARCÍA MONTERO, Luis, *Vista cansada*, Visor, 2008.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *El pensamiento de Leopoldo Alas “Clarín”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

GAWLICK, Günther, “Naturalismus”, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VI, pp. 517-519.

GEIGER, Theodor, “Ideología y juicio de valor”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, pp. 194-200.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899], 2<sup>ème</sup> édition revue et mise au courant précédé d'un préface de Raymond Saleilles, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1954.

— “Il movimento del diritto libero nei paesi austro-tedeschi”, en AA. VV., *L'antiformalismo giuridico*, pp. 43-63.

GERHARDT, Volker, “Schuld, schlechtes Gewissen und Verwandtes (II 4-7)”, en AA. VV., *Zur Genealogie der Moral*, pp. 81-95.

GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, presentación, adaptación y ed. al cuidado de Pere Lluís Font, Crítica, Barcelona, 2006.

GIERKE, Otto von, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, Koebner, Breslau, 1880.

— *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883.

— *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* [1883], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1961.

— *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Buckdruckerie von Gustav Schade, Berlin, 1903.

GIL CREMADES, Juan José, *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica, Neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969.

GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1975.

GIULIANI, Alessandro, “Dal positivismo benthamiano al realismo giuridico”, en AA. VV., *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, pp. 95-113.

GOETHE, Johann Wolfgang von, *Faust. Der Tragödie erster und zweiter Teil. Mit einem Nachwort von Thomas Mann*, Diogenes Verlag, Zürich, 1982.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.

GOMBRICH, Ernest H., *La historia del arte*, trad. de Rafael Santos Torroella, Debate, Madrid, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Oskar Bülow” en AA. VV., *Juristas universales* (vol. 3), pp. 452-454.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, *Éndoxa: Series Filosóficas*, nº 9, 1997, pp. 139-166.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979.

— “Introducción” a BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, pp. 9-36.

— “Entrevista con Felipe González Vicén”, preparada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Doxa*, nº 3, 1986, pp. 317-325.

— *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984.

— *Escritos (1931-1949) (Con ocasión de su centenario)*, ed., trad. y notas de Carlos Marzán Trujillo y José M. García Gómez del Valle, Universidad de la Laguna, Sta. Cruz de Tenerife, 2009.

— *Teoría de la revolución. Sistema e historia* [1932], pról. de Eusebio Fernández, CSIC-Plaza & Valdés, Madrid/México, 2010.

— “Estudio preliminar” a AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, pp. 5-22.

GOYENA, Jaime, “Adolf Merkel”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 444-447.

GOZZI, Gustavo, “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”, en AA. VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, pp. 260-283.

GRIMM, Jacob, *Briefwechsel zwischen Jacob und Wilhelm Grimm aus der Jugendzeit*, hrsg. von Hermann Grimm und Gustav Hinrichs, Bohlaus Nachfolger, Weimar, 1881.

GROSSI, Paolo, “Pagina introduttiva (Ripensare Gény)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991, pp. 1-51.

GUISÁN, Esperanza, “El utilitarismo”, en AA. VV., *Historia de la ética (vol. 2)*, pp. 457-499.

GUMPLOWICZ, Ludwig, “Der Kampf ums Recht der Stärkeren und seine Entwicklung”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, nº 5, 1895, pp. 767-768.

GURVITCH, Georges, *Tres capítulos de historia de la sociología: Comte, Marx y Spencer*, trad. de Horacio Crespo, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1970.

— *Dialéctica y sociología*, trad. de Juan Ramón Capella, Alianza, Madrid, 1971.

GUTMANN, Thomas, “Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, nº 122, 2005, pp. 150-194.

HABERMAS, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1990.

— *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

HAECKEL, Ernst, *Die Welträtsel. Gemeinverständliche Studien über monistische Philosophie* [1919], mit einer Einleitung von Iring Fetscher, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 1984.

HAFERKAMP, Hans-Peter, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004.

HAKIM, Nader, “Gény, François”, en AA. VV., *Dictionnaire historique des juristes français*, pp. 360-362.

HALÉVY, Élie, *The Growth of Philosophic Radicalism*, trans. by Mary Morris with a Preface by A. D. Lindsay, Faber & Faber, London, 1928.

HALPÉRIN, Jean-Louis, “Saleilles, Raymond”, en AA. VV., *Dictionnaire historique des juristes français*, pp. 694-696.

HAMMER, Darrel P., “Russia and the Roman Law”, *American Slavic and East European Review*, vol. 16, n° 1, 1957, pp. 1-13.

HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho* [1961], trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

— “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 593-629.

— “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. de Francisco Laporta, Liborio Hierro y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*, n° 36, 1990, pp. 3-19.

— “Bentham and the Demystification of the Law”, en AA. VV., *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, pp. 421-435.

— *Derecho, libertad, moralidad*, trad. de Miguel Ángel Ramiro, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2006.

HATTENHAUER, Hans, “Einleitung”, en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, pp. 1-33.

HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty* [1960], Routledge, London, 1993.

— *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy* (vol. 1 – Rules and Order) [1973], Routledge, London, 1993.

HEBEISEN, Michael Walter, *Pragmatismus, Pluralismus, Realismus*, Bd. 1, Schweizerischer Wissenschafts- und Universitätsverlag, Biel/Bienne, 2005.

HECK, Philipp, *Interessenjurisprudenz. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt am Main, gehalten am 15. Dezember 1932*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933.

— *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, hrsg. von Rolan Dubischar und mit einem Nachwort von Josef Esser, Gehlen, Berlin-Zürich, 1968.

— “Aspetti e problemi della giurisprudenza dei concetti”, en AA. VV., *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, pp. 297-332.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del Derecho*, trad. y pról. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999.

— *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, mit Hegels eigenhändige Notizen und den mündlichen Zusätzen, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2004.

— *Die philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, Einl. von Hansgeorg Hoppe, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005.

— *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de José Gaos, Alianza, Madrid, 2001.

HEIDEGGER, Martin, *Carta sobre el humanismo* [1947], versión de Helena Cortés y Arturo Leyte, Alianza, Madrid, 2001.

HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, trad. de Isabel Soler y Concepción Valera, ed. al cuidado de Antonio Serrano González, Tecnos, Madrid, 2002.

HIERRO, José Luis del, “Aproximación al pensamiento filosófico-jurídico de Leopoldo Alas (Clarín)”, *Revista de Ciencias de la Información*, nº 4, Ed. Complutense, Madrid, 1987, pp. 389-404.

HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1981.

— “Realismo jurídico”, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, pp. 77-87.

— “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, nº 25, 2002, pp. 263-302.

— “Anders Vilhelm Lundstedt”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 4)*, pp. 80-83.

HIPPEL, Ernst von, “Rudolf von Jhering als Begründer des Rechtspositivismus”, en *Neues Abendland*, 1951, pp. 322-326.

HOBBS, Thomas, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, ed. and introd. by Michael Oakeshott, Basil Blackwell, Oxford, 1960.

— *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, estudio preliminar, trad. y notas de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.

HOBBSAWM, Eric, *La era de la revolución (1789-1848)*, trad. de Felipe Ximénez de Sandoval, Crítica, Barcelona, 2001.

— *La era del capital (1848-1875)*, trad. de A. García Fluixá y Carlo A. Caranci, Crítica, Barcelona, 2001.

— *La era del imperio (1875-1914)*, trad. de Juan Faci Lacasta, Crítica, Barcelona, 2001.

HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 2000.

— *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, München, 2006.

HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 2004.

HOLBORN, Hajo, “Bismarck’s Realpolitik”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 21, pp. 84-98.

HOLMES, Oliver Wendell, *Los votos discrepantes del juez Holmes*, trad. y estudio preliminar de César Arjona, Iustel, Madrid, 2006.

HOPPE, Hansgeorg, “Einleitung”, en HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Die philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, pp. 7-13.

HORACIO, *Sátiras, Epístolas, Arte Poética*, 2ª ed. bilingüe de Horacio Silvestre, Cátedra, Madrid, 2000.

HORKHEIMER, Max, “Ideología y acción”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, pp. 264-271.

HUIZINGA, Johann, *El concepto de la historia*, trad. de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

HUMBOLDT, Wilhelm von, *Werke III: Schriften zur Sprachphilosophie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1979.

— *Escritos de filosofía de la historia*, estudio, trad. y notas de Jorge Navarro Pérez, Tecnos, Madrid, 1997.

— *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* [1851], mit einem Nachwort von Robert Haerdter, Reclam, Stuttgart, 2002.

HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales* [1739-1740], trad. de Vicente Viqueira, Calpe, Madrid, 1923.

HUSSERL, Edmund, *Philosophie als strenge Wissenschaft* [1911], Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1965.



IPSEN, Gunther, “Montesquieu und die politische Soziologie”, en AA. VV., *Montesquieu-Tradition in Deutschland. Beiträge zur Erforschung eines Klassikers*, pp. 75-85.

ISMERT, Mariana, “La estructura de las revoluciones científicas en el derecho. Una aproximación”, *Revista telemática de filosofía y derecho*, nº 9, 2005/2006, pp. 13-41.

JACKSON, Gabriel, *Costa, Azaña y el Frente Popular y otros ensayos*, Crítica, Barcelona, 2009.

JAMES, William, *A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longmans Green & Co., New York, 1907.

JAMME, Christoph y BLÜHDORN, Jürgen, “Positiv, Positivität”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, pp. 1109-1110.

JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen, *La Viena de Wittgenstein*, trad. de Ignacio Gómez de Liaño, Taurus, Madrid, 2001.

JARAMILLO, Marcos, “Masaakira Tomii”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 697-699.

JELLINEK, Georg, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht. Protektoratsrede*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1907.

— *Teoría general del Estado*, pról. y trad. de Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

— *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr, Freiburg, 1892, reeditado por Elibron Classics, Great Britain, 2006.

JESTAEDT, Matthias, “Introduzione” a KELSEN, Hans, *Scritti autobiografici*, pp. 36-55.

JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, pról. de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 2008.

JONAS, Hans, *Philosophie. Rückschau und Vorschau am Ende des Jahrhunderts*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993.

JONES, Robert Alun, “The Positive Science of Ethics in France: German Influences on *De la division du travail social*”, *Sociological Forum*, vol. 9, 1, 1994, pp. 37-57.

JØRGENSEN, Stig, “Idealism and realism in jurisprudence”, *Scandinavian Studies in Law*, nº 21, 1977, pp. 93-118.

JORI, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987.

— “Uberto Scarpelli e il giuspositivismo”, en SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*.

KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, presentación de Antonio Truyol y Serra, trad. y ensayo de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2002.

KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1906.

— “Volksgeist und historische Rechtsschule”, *Historische Zeitschrift*, nº 108, 1912, pp. 295-325.

— *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1925.

— “Was ist uns Savigny?” [1911], en ID., *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von Helmut Coing und Gerhard Immel, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, pp. 397-417.

KAUFMANN, Erich, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1908.

KAYSER, Pierre, “La vie et l'œuvre de François Géný”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991, pp. 53-76.

KELLER, Christian (Hrsg.), *Victor Ehrenberg und Georg Jellinek. Briefwechsel (1872-1911)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

KELSEN, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, 1928.

— *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)* [1923], Scientia Verlag, Aalen, 1984.

— *¿Qué es justicia?*, ed. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992.

— *Reine Rechtslehre* [1960], Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992.

— *Teoría general del Derecho y el Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1995.

— *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. por Eckhart Arnold, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etoarena, Katz, Buenos Aires, 2006.

— *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, ed. y trad. de Juan Luis Requejo Pagés, KRK, Oviedo, 2007.

— *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. von Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

— *Scritti autobiografici*, trad., cura e pref. di Mario G. Losano, introd. di Matthias Jestaedt, Diabasis, Regio Emilia, 2008.

KELSEN, Hans y EHRLICH, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915-1917)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.

KELSEN, Hans y TREVES, Renato, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di Stanley Paulson, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

KERGER, Henry, *Autorität und Recht im Denken Nietzsches*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

KERSTING, Wolfgang, “Sittlichkeit, Sittenlehre”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. IX, pp. 907-923.

KIRCHMANN, Julius von, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag* [1848], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1956.

KLENNER, Hermann, “Sätze und Gegensätze in der deutschen Rechtsphilosophie von 1803-1843”, en AA. VV., *Gesellschaftslehren der klassischen bürgerlichen deutschen Philosophie. Studien zur Vorgeschichte des historischen Materialismus (II)*, hrsg. von Wolfgang Förster, Berlin, 1983.

KLEIST, Heinrich von, *Michael Kohlhaas*, presentación de Eustaquio Barjau, trad. de Javier Orduña, Nórdica Libros, 2006.

KOHLER, Josef, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Druck & Verlag der Stahelschen Universitäts Buch- & Kunsthandlung, Würzburg, 1883.

— *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walther Rothschild, Berlin und Leipzig, 1909.

— “Rechtsphilosophie und Universalgeschichte”, en AA. VV., *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, hrsg. von Josef Kohler und Franz von Holtzendorff, München/Leipzig/Berlin, Bd.1, 1915.

— *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. versehene von Arthur Kohler [1923] Scientia Verlag, Aalen, 1998.

— “Nachwort” a FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, p. 191.

— “Über die Methode der Rechtsvergleichung” [1901], AA. VV., *Rechtsvergleichung*, pp. 18-29.

KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, trad. de Nicola Paoli, Laterza, Roma-Bari, 1974.

KONDYLIS, Panajotis, “Montesquieu und der Geist der Gesetze – Naturgesetz, Naturrecht, positives Recht”, en AA. VV., *Montesquieu-Tradition in Deutschland. Beiträge zur Erforschung eines Klassikers*, pp. 241-251.

KOPTEV, Alexandr, “Anders Sandoe Ørsted”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 2)*, pp. 911-913.

KORKUNOV, Nikolai, *Theory of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., translated by W. G. Hastings, The Mac Millan Company, New York, 1922.

KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., C. H. Beck, München-Berlin, 1966.

KOSELLECK, Reinhart, *Historia/historia*, trad. e introd. de Antonio Gómez Ramos, Trotta, Madrid, 2004.

— *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp Verlag, 2006.

KÖTZ, Hein y ZWEIGERT, Konrad, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.

KRAUSE, Hermann, “Ehrenberg, Victor”, en *Neue Deutsche Biographie*, 4. Bd., Duncker & Humblot, Berlin, 1959, pp. 351-352.

KUGELMANN, Dieter, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Springer, Berlin und Heidelberg, 2006.

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001.

— *El camino desde la estructura. Ensayos filosóficos 1970-1993 con una entrevista autobiográfica*, comp. por James Conant y John Haugeland, trad. de Antonio Beltrán y José Romo, Paidós, Barcelona, 2001.

KÜHL, Kristian, “Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie”, en AA. VV., *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts (Vorträge der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. Von Ralf Dreier, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1990, pp. 75-93.

KÜNG, Hans, *Das Christentum: Wesen und Geschichte*, Piper Verlag, München, 2007.

LACASTA, José Ignacio, *Hegel en España. Un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

LAERCIO, Diógenes, *Vidas opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, trad. de José Ortiz y Sainz, Editor Luis Navarro, Madrid, 1887.

LAMMEL, Siegbert, “Emission und Haftung. Ansätze für eine Prospekthaftung im 19. Jahrhundert”, en AA. VV., *Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel*, hrsg. von Harald Hermann, Klaus Peter Berger und Ulrich Wackerbarth, Walter de Gruyter, Berlin, 1997, pp. 78-99.

LANG-HINRICHSSEN, Dietrich, “Karl Bergbohm”, en *Neue Deutsche Biographien*, 2. Bd., Duncker & Humblot, Berlin, 1953, pp. 77-79.

LAPORTA, Francisco, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974.

LARENZ, Karl, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. de Sergio Ventura, Giuffré, Milano, 1966.

— *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1991.

LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Ediciones Júcar, Madrid/Gijón, 1978.

LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffré, Milano, 1996.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Escritos de filosofía jurídica y política*, ed. e introd. de Jaime de Salas, trad. de José M<sup>a</sup> Atienza Páez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

LEMA AÑÓN, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III. Siglo XIX*, vol. I libro II, pp. 1049-1119.

LENIN, Vladimir Ilich, *Materialismo y empiriocriticismo*, Grijalbo, Mexico, 1967.

LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología. Comentario crítico y selección sistemática de textos*, 2<sup>a</sup> ed., trad. de José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 2000.

— “Las etapas esenciales en la concepción de la ideología”, en *El concepto de ideología*, pp. 9-46.

LEPENIES, Wolf, *La seducción de la cultura en la historia alemana*, trad. de Jaime Blasco Castiñeyra, Akal, Madrid, 2008.

LEVI, Alessandro, “Studio introduttivo” a THON, August, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, pp. VI-LVI.

LIEBESCHUTZ, Hans, “Treitschke and Mommsen on Jewry and Judaism”, *Leo Baeck Institute Yearbook*, n<sup>o</sup> 7, 1962, pp. 153-182.

LINK, Christoph, “Die Staatstheorie Christian Wolffs”, en AA. VV., *Christian Wolff (1679-1754). Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung. Mit einer Bibliographie der Wolff-Literatur*, 2. durchgesehene Aufl., hrsg. von Werner Schneiders, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1986.

LISZT, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1968.

— *La idea del fin en el Derecho penal*, introd. de José Miguel Zugaldía Espinar, trad. de Carlos Pérez del Valle, Comares, Granada, 1995.

LITTLE, Eleanor L., "The Early Reading of Justice Oliver Wendell Holmes", *Harvard Library Bulletin*, nº 8, 1954, pp. 163-203.

LIVI-BACCI, Massimo, *Historia de la población europea*, trad. de María Pons, Crítica, Barcelona, 1999.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad, pról. y notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2000.

— *Carta sobre la tolerancia*, trad. de Román de Villafrechós, introd. de Leonidas Montes, Ediciones Mestas, Madrid, 2001.

LOOS, Fritz und SCHREIBER, Ludwig, "Recht, Gerechtigkeit", en AA. VV., *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialien Sprache in Deutschland*, Bd. 5.

LÓPEZ CALERA, Nicolás M., *Joaquín Costa, filósofo del Derecho*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1965.

LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, "Georg Jellinek: apuntes biográficos e intelectuales", en AA. VV., *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 1 (Entre la ética, la política y el Derecho), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 811-831.

LOSANO, Mario G., "Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III, 1, 1973, pp. 519-567.

— "La Scuola di Recife a l'influenza tedesca sul diritto brasiliano", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, pp. 323-415.

— *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

— *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

— *Sistema e struttura nel diritto. Vol. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Giuffré, Milano, 2002.

— "Entrevista a Mario Losano", trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, nº 28, 2005, pp. 369-403.

— "Las fuentes del Derecho islámico", en AA. VV., *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho* (en prensa).

LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

LUDWIG, Ralf, *Hegel für Anfänger. Phänomenologie des Geistes*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2009.

LUNDSTEDT, A. Vilhelm, *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1956.

LUXEMBURGO, Rosa, *La cuestión nacional y la autonomía*, trad. y pról. de M<sup>a</sup> José Aubet, El Viejo Topo, Madrid, 1998.

LYELL, Charles, “La transformación continua de la corteza terrestre”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, pp. 121-129.

LLANO ALONSO, Fernando, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LLEDÓ, Emilio, *La memoria del logos. Estudios sobre el diálogo platónico*, Taurus, Madrid, 1996.

MACKIE, John Leslie, “The Third Theory of Law”, en AA. VV., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. by Marshall Cohen, Duckworth, London, 1983.

MACPHERSON, Crawford Brough, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2005.

MAGEE, Bryan, *Los grandes filósofos*, trad. de Amaia Bárcena, Cátedra, 2004.

MAGRIS, Claudio, *Utopía y desencanto. Historias, esperanzas e ilusiones de la modernidad*, trad. de José Antonio González Saiz, Anagrama, Barcelona, 2001.

— *El Danubio*, trad. de Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona, 2001.

— *Literatura y derecho. Ante la ley*, pról. de Fernando Savater, trad. de María Teresa Meneses, Sextopiso, Madrid, 2008.

MANDEVILLE, Bernard, *La fábula de las abejas (o los vicios privados hacen la prosperidad pública)* [1729], comentario crítico, histórico y explicativo de F. B. Kaye, trad. de José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

MANNHEIM, Karl, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, 2<sup>a</sup> ed., estudio preliminar de Louis Wirth, trad. de Salvador Echevarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997.

MARAVALL, J. A., *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento*, Ediciones Arión, Madrid, 1960.

MARCUSE, Ludwig, *Meine Geschichte der Philosophie. Aus den Papieren eines bejahrten Philosophiestudenten*, Diogenes, Zürich, 1981.

MARCUSE, Herbert, *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, trad. de Julieta Fombona con la colaboración de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2003.

- MARINI, Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966.
- “Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 9 (Su Federico Carlo di Savigny), 1980, pp. 113-161.
- MARTÍN VALVERDE, José, *Vida y muerte de las ideas. Breve historia del pensamiento occidental*, Ariel, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ BRETONES, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, 2ª ed., UNAM, México, 2003.
- MARX, Karl, *Manuscritos de economía y filosofía*, trad. e introd. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2003.
- *Escritos de juventud sobre el Derecho*, ed. de Rubén Jaramillo, Anthropos, Barcelona, 2008.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Studienausgabe. Vol I. Philosophie*, Fischer Bücherei, Frankfurt am Main, 1971.
- *Manifiesto comunista* [1848], introd. y trad. de Pedro Ribas, Alianza, Madrid, 2002.
- MASTERMAN, Margaret, “La naturaleza de los paradigmas”, en AA. VV., *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, pp. 159-201.
- MECKE, Christoph-Eric, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, V&R Unipress, Göttingen, 2009.
- MEDUSCHEVSKIJ, Andrei N., “Konstitutionelle Projekte in Russland am Anfang des 20. Jahrhunderts”, en AA. VV., *Reformen im Russland des 19. Und 20. Jahrhunderts*, pp. 246-258.
- MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “La consolidación del derecho subjetivo en el periodo posclásico romano”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 20, 2003, pp. 189-206.
- MEHRING, Franz, “Introducción histórica” [1908] a LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, pp. 9-29.
- MEINECKE, Friedrich, *Die Entstehung des Historismus*, 2. Aufl., Leibniz Verlag, München, 1946.
- MENZEL, Adolf, *Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stärkeren*, Franz Deuticke, Wien/Leipzig, 1922.
- *Grundriss der Soziologie*, Verlag Rudolf M. Rohrer, Baden bei Wien /Leipzig, 1938.
- MERLE, Jean-Christophe, “Nietzsches Straftheorie (II 8-15)”, en AA. VV., *Zur Genealogie der Moral*, pp. 97-113.



METZGER, Gilbert, *Liang Qichao, China und der Westen nach dem Ersten Weltkrieg: ein Viertel der Menschheit hat gegenüber der gesamten Menschheit die Verpflichtung für ein Viertel ihres Glücks*, Lit Verlag, Berlin, 2006.

MICHALSEN, Dag, “Francis Hagerup”, en AA. VV., *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, pp. 273-275.

— “The Making of a Public Legal Sphere. The Legal Journals of Norway in the 19<sup>th</sup> Century”, en AA. VV., *Juristischen Zeitschriften in Europa*, pp. 29-54.

— “Oscar Platou leser Rudolf Jhering. Rettsvitenskapelig politikk: Skyld – og forderlingsprinsippet i romersk og norsk erstatningsrett”, en AA. VV., *Bonus pater familias - Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Oslo, 2002, pp. 445-459.

MILL, John Stuart, *Auguste Comte and Positivism*, 2<sup>nd</sup> ed. revised, N. Trübner & Co., London, 1866.

— *Sobre la libertad* [1859], trad. de Josefa Sainz Pulido, introd. de Antonio Rodríguez Huéscar, Aguilar, Madrid, 1971.

— *El utilitarismo* [1863], trad. de Ramón Castilla, Aguilar, Barcelona, 1971.

MINEAR, Richard H., “Nishi Amane and the Reception of Western Law in Japan”, *Monumenta Nipponica*, vol. 28, n° 2, 1973, pp. 151-175.

MINTZ, Franck y FONTANILLAS, Antonia, “Bibliografía”, en *Anthropos (Suplementos): Diego Abad de Santillán. Historia y vigencia de la construcción social de un proyecto libertario*, n° 36, enero de 1993, pp. 175-182.

MIQUEL, Joan, “La autonomía del derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004, vol. 57, n°4, pp. 1413-1428.

MODÉER, Kjell Å, “Afzelius, Ivar”, en AA. VV., *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, pp. 20-21.

MONTAIGNE, Michel de, *Los Ensayos*, pról. de Antoine Compagnon, trad. de J. Bayod Brau, El Acantilado, Barcelona, 2007.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introd. de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1998.

MORESO, Josep Juan, *La teoría del Derecho de Bentham*, PPU, Barcelona, 1992.

MÖSER, Justus, *Osnabrückische Geschichte*, Friederich Nicolai, Berlin und Stettin, 1780.

MUGUERZA, Javier, “Racionalidad, fundamentación y aplicación de la ética”, en AA. VV., *La aventura de la moralidad*, pp. 333-381.

— “La lucha por los derechos (Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal)”, en *Revista internacional de filosofía política*, nº 15, julio 2000, pp. 43-59.

MÜLLER, Claudius, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

MURAKAMI, Junichi, “Sozialdarwinismus im Japan der Meiji-Zeit. Eine konservative Wende des Frühliberalismus?”, en AA. VV., *Beiträge zur modernen japanischen Rechtsgeschichte*, pp. 53-63.

MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, en *Ethics*, 105, pp. 846-873.

NIETZSCHE, Friedrich, *Zur Genealogie der Moral*, Reclam, Stuttgart, 2007.

— *Humano, demasiado humano*, 1º vol., introd. de Manuel Barrios, trad. de Alfredo Brotons, Akal, Madrid, 2007.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 2003.

NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte 1800-1866. Bürgerwelt und starker Staat*, C. H. Beck, München, 1998.

— *Deutsche Geschichte 1866-1918 (Band I) Arbeitswelt und Bürgergeist*, C. H. Beck, München, 1998.

— *Deutsche Geschichte 1866-1918 (Band II) Machtstaat vor der Demokratie*, C. H. Beck, München, 1998.

NOGUEIRA DIAS, Gabriel, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältniss beider im Werke Hans Kelsens*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

NÖRR, Knut Wolfgang, *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1991.

OAKESHOTT, Michael, “Introduction”, en HOBBS, Thomas, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1960.

OEHLER, Dietrich, “Die Wurzeln des Rechtspositivismus an der Wende zur Neuzeit”, en AA. VV., *Staat, Recht, Kultur. Festgabe für Ernst von Hippel zu seinem 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965, pp. 204-229.

OERTZEN, Peter von, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung der formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1974.

OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.

OLLERO, Andrés, “Auguste Comte (1798-1857)”, en AA. VV., *Juristas universales* (vol. 3), pp. 144-149.

ORESTANO, Riccardo, “Diritti soggettivi e diritti senza soggetto”, en ID., *Scritti*, con una nota di lettura di Antonio Mantello, Jovene, Napoli, 1998.

ORRINGER, Nelson, *Ángel Ganivet (1865-1898): la inteligencia escindida*, Ediciones del Orto, Madrid, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José, “La filosofía de la historia de Hegel y la historiología”, en HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, pp. 15-32.

— *Obras Completas*, ed. por Paulino Garagorri, Alianza-Revista de Occidente, Madrid, 1983-1989.

OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

PABLO CONTRERAS, Pedro de, “Johann Gottlieb Heinecke”, en AA. VV., *Juristas universales* (vol. 2), pp. 522-524.

PÁRAMO, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo”, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, pp. 367-394.

PARISOLI, Lucca, *Volontarismo e diritto soggettivo: la nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Istituto Storico dei Capucini, Roma, 1999.

PAUL, Wolf, “Barreto, Tobias (1839-1889)”, en *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, pp. 65-66.

PAULSON, Stanley L., “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 547-582.

PECES-BARBA, Gregorio, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.

— *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983.

— (con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio y DORADO, Javier, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III. Siglo XIX*, vol. I libro I, pp. 1-316.

PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio, “Introducción”, en AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XV y XVI*, pp. 1-12.

PÉREZ DE LA DEHESA, Rafael, *El pensamiento de Costa y su influencia en el 98*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1966.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, en *Doxa*, nº 12, 1992, pp. 313-323.

— *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuesto para una filosofía de la experiencia jurídica*, 9ª ed., Mergablum, Sevilla, 2005.

— *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

— *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

— *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5ª ed. a cargo de Rafael González-Tablas y Fernando Llano, Tébar, Madrid, 2007.

— *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla*, coord. por Rafael González-Tablas Sastre, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009.

PESSOA, Fernando, *Antología poética. El poeta es un fingidor*, ed. y trad. de Ángel Crespo, Espasa-Calpe, Madrid, 2003.

PETIT, Carlos, “A contributor to the method of investigation. Sobre la fortuna de Gény en América”, *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 201-269.

PEVSNER, Nikolaus, *Esquema de la arquitectura europea*, 2ª ed., trad. de René Taylor, rev. de Emilio Orozco y Francisco Bullrich, Ediciones Infinito, Buenos Aires, 1968.

PICHONNAZ, Pascal, “Eugen Huber”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 571-573.

PINTORE, Anna, *El derecho sin verdad*, trad. de Mª Isabel Garrido y José Luis del Hierro, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 2007.

PLATÓN, *Diálogos (I)*, introd. de Emilio Lledó, trad. y notas de Julio Calonge, Emilio Lledó y Carlos García Gual, Gredos, Madrid, 1981.

— *Las leyes*, introd., trad. y notas de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza, Madrid, 2002.

POPITZ, Heinrich, *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, trad. de Paolo Volonté e Luca Burgazzoli, Il Mulino, Bologna, 2007.

POPPER, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 2002.

— *La miseria del historicismo*, trad. de Pedro Schwartz, Alianza, Madrid, 2002.

PORTALIS, Jean-Étienne Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préface de Michel Massenet, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999.

POSADA, Adolfo, “Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LVIII, Madrid, 1881, pp. 63-80 y 183-207.

— “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, pp. 5-15.

— *Principios de sociología*, Daniel Jorro, Madrid, 1908.

— *La República argentina. Impresiones y comentarios*, Hyspamerica, Buenos Aires, 1986.

POUND, Roscoe, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 25, 1912, pp. 489-516.

— “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, *Harvard Law Review*, 27, 1914, pp. 195-234.

— “A Theory of Social Interests”, *Papers and Proceedings of the American Sociological Society*, 1921, pp. 16-45.

— “The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 1931, pp. 697-711.

— *The Spirit of the Common Law* [1921], Beacon Press, Boston, 1963.

— *Jurisprudence*, vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2000.

POVEDA, Ignacio, “Tobias Barreto (1839-1889)”, en *Juristas universales* (vol. 3), pp. 466-468.

— “Clóvis Bevilacqua (1859-1944)”, en *Juristas universales* (vol. 3), pp. 728-730.

POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

PRADO, Gustavo H., *El grupo de Oviedo en la historiografía y la controvertida memoria del krausoinstitucionismo asturiano. Aportes para un postergado debate*, KRK, Oviedo, 2008.

PUCHTA, Georg Friedrich, *Das Gewohnheitsrecht*, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1828.

— *Cursus der Institutionen*, 10. Aufl. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Krüger, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1893.

PUTNAM, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, trad. de Francesc Forn y Argimon, revisión de Miguel Candel, Paidós, Barcelona, 2004.

PRZYBYLSKI, Hartmut, "Positivismus", en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, 1989.

RADBRUCH, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8. Aufl., Quelle & Meyer, Leipzig, 1929.

— *Die Natur der Sache als juristische Denkform* [1948], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960.

— *Introducción a la filosofía del Derecho*, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974.

— *Rechtsphilosophie* [1932], Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley Paulson, C. F. Müller, Heidelberg, 1999.

— *Filosofía del derecho*, trad. de José Medina Echevarría y pról. de Joaquín Almoguera, Editorial Reus, Zaragoza, 2007.

— *El espíritu del derecho inglés*, anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler, trad. de Juan Carlos Peg Ros, estudio preliminar de Miguel Ayuso, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2001.

RAHN, Gunthram, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan. Dargestellt an der Entwicklung der modernen japanischen Zivilrechtsmethodik*, C. H. Beck, München, 1990.

RAISER, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. neugefasste Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

RAMIRO, Miguel Ángel, "A vueltas con el moralismo legal", en HART, Herbert L. A., *Derecho, libertad, moralidad*, pp. 9-88.

— "A vueltas con el paternalismo jurídico", en *Derechos y Libertades*, nº 15, época II, junio 2006, pp. 211-256.

RAWLS, John, *A Theory of Justice* [1971], Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 2005.

RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de Rolando Tamayo, UNAM, México, 1982.

REALE, Miguel, *Horizontes do Direito e da História. Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura*, 2ª ed., Saraiva, 1977.

— “Gény na cultura jurídica brasileira”, *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, pp. 351-365.

— *Teoría tridimensional del Derecho*, 1ª ed., trad. de Ángeles Mateos, Tecnos, Madrid, 1997.

REALE, Giovanni y ANTISTERI, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico (III). Del Romanticismo hasta hoy*, trad. de Juan Andrés Iglesias, Herder, Barcelona, 1988.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, 17ª ed., Porrúa, México, 2003.

REHBINDER, Manfred, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, mit einem Geleitwort von René König, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.

— “Einleitung”, en EHRLICH, Eugen, *Gesetz und lebendes Recht*, pp. 7-9.

RENAN, Ernesto, *¿Qué es una nación?*, trad. y estudio preliminar de Rodrigo Fernández-Carvajal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

RENTSCH, Thomas, “Paradigma”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VII, pp. 74-82.

RESTENBERGER, Anja, *Effi Briest: Historische Realität und literarische Fiktion in den Werken von Fontane*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001.

RIBOTTA, Silvina, “La antiilustrada vida del ilustrado Rousseau”, en *Derechos y libertades*, nº 20, junio 2009.

RICOEUR, Paul, *Lo justo*, trad. e introd. de Agustín Domingo, Caparrós Editores, Madrid, 1999.

RIEDEL, Manfred, “Hegels Kritik des Naturrechts”, en ID., *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1969.

RIEZLER, Erwin, “Der totgesagte Positivismus”, en AA. VV., *Naturrecht oder Positivismus?*, 2. Aufl., hrsg. von Werner Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972.

RIPALDA, José María, *La nación dividida. Raíces de un pensador burgués: G. W. F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977.

RITTER, Joachim, “Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana”, en AA. VV., *Estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*, pp. 143-170.

RIVAYA, Benjamín, *Comunismo y compromiso intelectual: Wenceslao Roces*, Fundación de Investigaciones Marxistas, Madrid, 2000, consultable en e sitio web <http://www.wenceslaoroces.org/arc/roces/trab/cciwtr/index.htm>.

RIVAYA, Benjamín y GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo”, *Anuario de filosofía del Derecho*, nº 15, 1998, pp. 305-334.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Civitas, Madrid, 2001.

— *Sociología del derecho*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

— *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

— “El método sociológico en Durkheim”, introd. a Durkheim, Émile, *Las reglas del método sociológico*.

— *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho. Vol. I*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

ROCHAU, August Ludwig von, *Grundsätze der Realpolitik, angewendet auf die staatliche Zustände Deutschlands*, hrsg. und eingeleitet von Hans-Ulrich Wehler, Ullstein, Frankfurt a. M./Berlin/Wien, 1972.

RÖD, Wolfgang, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. Und 18. Jahrhundert*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, München, 1970.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco, *Estudios de lingüística general*, Editorial Planeta, Barcelona, 1969.

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ROELLECKE, Gerd, “Diskussionsbeitrag”, en AA. VV., *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, hrsg. von Heinz-Christoph Link und Georg Ress, (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer), Walter de Gruyter, Berlin, 1990.

ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2. Aufl., Hegner Bücherei, München, 1947.

ROSENDE, Cecilia, “Daniel Nettelblatt”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 2)*, pp. 626-629.

ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, pp. 361-382.



- ROSSI, Pietro, *Positivismo e società industriale*, Loescher Editore, Torino, 1975.
- ROSSI, Paolo, “Introduzione”, en AA. VV., *L'età del positivismo*, a cura di Paolo Rossi, Il Mulino, Bologna, 1986.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Discours sur les sciences et les arts / Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. de Jacques Roger, Flammarion, Paris, 1971.
- *Du contrat social*, présentation, notes, bibliographie et chronologie par Bruno Bernardi, Flammarion, Paris, 2001.
- RUBIO CARRACEDO, José, “Rousseau y la democracia republicana”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 108, 2000, pp. 245-270.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Introducción” a MARX, Karl, *Manuscritos de economía y filosofía*, pp. 7-41.
- RÜCKERT, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1984.
- “«...Der Welt in der Pflicht verfallen...» Kleists «Kohlhaas» als moral- und rechtsphilosophische Stellungnahme”, en AA. VV., *Kleist-Jahrbuch 1988/89*, hrsg. von Hans Joachim Kreutzer, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1989.
- RUGGIERO, Guido de, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos González Posada, ed. al cuidado de José Luis Monereo, Comares, Granada, 2005.
- RUIZ MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, “Dejemos atrás el positivismo”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, pp. 765-780.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Positivismos ideológico e ideología positivista”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, pp. 457-479.
- RUIZ MILÁN, Estela, *Strindberg: una mirada psicoanalítica*, UNAM, México, 2006.
- RÜMELIN, Gustav, “Über das Rechtsgefühl” [1871], en AA. VV., *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, pp. 360-377.
- RUSSELL, Bertrand, *La sabiduría de Occidente*, 2ª ed., trad. de Juan García Puente, Aguilar, Madrid, 1964.
- SABINE, Georges, *Historia de la teoría política* [1937], trad. de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Romantik. Eine deutsche Affäre*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2009.

SALCIDIO CAÑEDO, Patricia y ZENZES EISENBACH, Carlota, “Hemerografía: Kuhn y las ciencias sociales”, *Revista Acta Sociológica (versión electrónica)*, nº 19, enero-abril 1997.

SALMERÓN, Nicolás, “Prólogo” a Hermenegildo Giner de los Ríos, *Filosofía y arte*, Imprenta de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1878.

SÁNCHEZ FERLOSIO, Rafael, *Sobre la guerra*, Destino, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ-MORENO ELLART, Carlos, “Ernst Immanuel Bekker”, en AA. VV., *Juristas universales (vol. 3)*, pp. 369-372.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. y pról. de Adolfo G. Posada, La España Moderna, Madrid, s. f.

— *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (7 Bände)*, J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1815-1831.

— “Über den Zweck dieser Zeitschrift” [1815], en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, pp. 61-127.

— “Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programatische Schriften*, pp. 61-127.

— “Sobre el fin de la revista de la escuela histórica” [1815], en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, pp. 22-31.

— *System des heutigen römischen Recht* [1840], Scientia Verlag, Aalen, 1981.

— *Metodología jurídica* [1902], s. t., Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004.

SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, introduzione e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1997.

SCHÄFFLE, Albert, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, 4. Bd., 2. Aufl., Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1881.

SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004.

SCHIAVONE, Aldo, “La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania. Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 9 (Su Federico Carlo di Savigny), 1980, pp. 165-187.

SCHIEDER, Theodor, “Das Reich unter der Führung Bismarcks”, en AA. VV., *Deutsche Geschichte im Überblick. Ein Handbuch*, hrsg. von Peter Rassow, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, Stuttgart, 1953.

SCHILDT, Axel, *Konservatismus in Deutschland. Von den Anfängen im 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, C. H. Beck, München, 1998.

SCHLEICHER, August, *Beiträge zur vergleichenden Sprachforschung auf dem Gebiete der arischen, celtischen und slawischen Sprachen*, Dümmler, Berlin, 1868.

SCHLICK, Moritz, “El viraje de la filosofía”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, pp. 59-65.

SCHMILL, Ulises, “El positivismo jurídico”, en AA. VV., *El Derecho y la justicia*, pp. 65-75.

SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. y estudio preliminar de Montserrat Herrero, Tecnos, Madrid, 1996.

SCHMOLLER, Gustav, “Vorbemerkung des Herausgebers”, en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, hrsg. von Gustav Schmoller, Duncker & Humblot, Leipzig, VI, 1882, pp. 1-21.

— *Die soziale Frage. Klassenbildung, Arbeiterfrage, Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1918.

SCHOEPS, Hans-Joachim, “Gerlach, Leopold von”, en *Neue Deutsche Biographie*, 6. Bd., Duncker & Humblot, Berlin, 1964.

SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, nach den Ausgaben letzter Hand hrsg. von Ludger Lütkehaus, deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2005.

SCHREIBER, Ludwig und LOOS, Fritz, “Recht, Gerechtigkeit”, en AA. VV., *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 5.

SCHRÖDER, Jan, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, hrsg. von Thomas Finkenauer, Claes Peterson und Michael Stolleis, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934.

— *Principios del derecho romano*, 2ª ed. revisada y corregida, trad. de Manuel Abellán, Civitas, Madrid, 2000.

SERRAVEZZA, Antonio, *Musica e scienza nell'età del positivismo*, Il Mulino, Bologna, 1996.

SERRES, Michel (Ed.), *Historia de las ciencias*, 2ª ed., trad. de Raquel Herrera, Luis Puig, Isabel París, Mª José López y Jerónima García, Cátedra, Madrid, 1998.

SHAKESPEARE, William, *El mercader de Venecia*, trad. de trad. de Vicente Molina Foix, Anagrama, Barcelona, 2001.

SHUMAN, Samuel I. y FALK, Richard A., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, *Journal of Legal Education*, 1961-1962, pp. 213-228.

SIEP, Ludwig, “¿Qué significa «superación de la moralidad en eticidad» en la *Filosofía del derecho* de Hegel?”, en AA. VV., *Estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, pp. 171-193.

SIMON, Walter M., *Il positivismo europeo nel XIX secolo*, trad. di Enzo Massari, Il Mulino, Bologna, 1980.

SLOTERDIJK, Peter, *En el mismo barco. Ensayo sobre la hiperpolítica*, trad. de Manuel Fontán, Siruela, Madrid, 1994.

SMITH, Adam, *La teoría de los sentimientos morales* [1759], versión española y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1997.

— *La riqueza de las naciones* [1776], trad. y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2001.

SOMBART, Werner, *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, trad. de María Pilar Lorenzo, revisión de Miguel Paredes, Alianza, Madrid, 2005.

SOREL, Georges, *Reflexiones sobre la violencia*, trad. de Florentino Trapero, pref. de Isaiah Berlin, Alianza, Madrid, 2005.

SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del Derecho público*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005.

SOTELO, Ignacio, *A vueltas con España*, Gadir, Madrid, 2006.

SPENCER, Herbert, *Ética de las prisiones*, trad. de Miguel de Unamuno, La España Moderna, Madrid, s. f.

— *El progreso: su ley y su causa*, trad. de Miguel de Unamuno, La España Moderna, Madrid, s. f.

— *El individuo contra el Estado* [1884], Folio, Barcelona, 2002.

STAMMLER, Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902.

— *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit*, 2. vermehrte und verbesserte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1925.

— *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1922.

— *Tratado de filosofía del derecho* [1922], trad. e introd. de Wenceslao Roces, Editorial Reus, Madrid, s. f.

— *La génesis del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Comares, Granada, 2006.

STENDHAL, Henry Beyle, *Rome, Naples et Florence* [1826], édition présentée et annotée par Pierre Brunel, Gallimard, Paris, 1987.

STERN, Jacques, “Introducción” a SAVIGNY, Friedrich Carl von y THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. de José Díez García, Aguilar, Madrid, 1970.

STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, 1800-1914*, C. H. Beck, München, 1992.

STOLLEIS, Michael y SIMON, Thomas, “Juristische Zeitschriften in Europa”, en *Juristischen Zeitschriften in Europa*, pp. 1-13.

STONE, Martin, “Formalism”, en AA. VV., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 166-205.

STRINDBERG, August, *La señorita Julia*, trad. e introd. de Francisco J. Uriz, Alianza, 2000.

STUČKA, Piotr, “La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato”, en AA. VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di Umberto Cerroni, Giuffré, Milano, 1964.

— “Mi Journey and my Mistakes”, en AA. VV., *Selected Writings on Soviet Law and Marxism*, pp. 219-252.

SVENSSON, Marina, *Debating Human Rights in China: a Conceptual and Political History*, Rowmann & Littlefield, Lanham (Maryland), 2002.

TALAVERA, Pedro, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, pról. de Adela Cortina, Comares, Granada, 2006.

TAMANAH, Brian Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

TANZI, Aristide, “Introduzione. Voci dell’antiformalismo giuridico”, en AA. VV., *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, pp. XIII-XXXVI.

TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

TAYLOR, Charles, *Hegel and Modern Society*, Cambridge University Press, United Kingdom & New York, 1979.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus, “Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, pp. 37-59.

THOMASIIUS, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, estudio de J. J. Gil Cremades, trad. de Salvador Rus Rufino y M<sup>a</sup> Asunción Sánchez Manzano, Tecnos, Madrid, 1994.

THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht* [1878], Scientia Verlag, Aalen, 1964.

— *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., trad., introd. y notas de A. Levi, Antonio Milani, Padova, 1951.

THOREAU, Henry David, *La désobéissance civile*, trad. et postface de Guillaume Villeneuve, Éditions Mille et une Nuits, s. l., 1996.

TIERNEY, Brian, *Rights, Laws and Infallibility in Medieval Thought*, variorum, Aldershot (Great Britain), 1997.

TIERNO GALVÁN, Enrique, *Costa y el regeneracionismo*, Editorial Barna, Barcelona, 1961.

— “Introducción”, a MONTESQUIEU, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, pp. XXXI-XLIV.

TILLY, Richard H., “Una interpretación pluralista de la industrialización alemana”, en AA. VV., *La revolución industrial*, pp. 158-204.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la revolución*, ed. de Antonio Hermosa Andújar, Ediciones Istmo, Madrid, 2004.

— *La democracia en América*, II, trad. de Dolores Sánchez de Aleu, pról. de Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2005.

TOLSTÓI, Lev, *Confesión*, trad. de Marta Rebón, Acantilado, Barcelona, 2008.

TORRES MURO, Ignacio, “Clarín, jurista”, *Boletín de la biblioteca del Ateneo*, 2<sup>a</sup> época, año II, n<sup>o</sup> 11, Madrid, 2001, pp. 33-37.

TOULMIN, Stephen y JANIK, Allan, *La Viena de Wittgenstein*, trad. de Ignacio Gómez de Liaño, Taurus, Madrid, 2001.

TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, 2<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

TREIBER, Hubert, “I concetti fondamentali della sociologia del diritto di Weber alla luce delle sue fonti giuridiche”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno XXX, n° 1, giugno 2000, pp. 97-108.

TREVES, Renato, “Insegnamento interdisciplinare, diritto e sociologia del diritto”, en *Sociologia del Diritto*, IV, 1977, 2, pp. 305-314.

— *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de Manuel Atienza, Ariel, Barcelona, 1988.

TREVES, Renato y KELSEN, Hans, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di Stanley Paulson, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

TRIPP, Dietrich, *Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, “Esbozo de una sociología del derecho natural”, en *Revista de estudios políticos*, n° 44, 1949.

— *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. 1. De los orígenes a la Baja Edad Media*, 13ª ed. Alianza, Madrid, 2004.

— *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. 3. Idealismo y Positivismo*, Alianza, Madrid, 2004.

TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, 2ª ed., trad., introd. y notas de Francisco Rodríguez Adrados, Biblioteca Clásica Hernando, Madrid, 1969.

— *El discurso fúnebre de Pericles*, introd. y trad. de Patricia Varona Codeso, Sequitur, Madrid, 2007.

TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*, 3ª ed. corregida y ampliada, Tecnos, Madrid, 1973.

TURNER, Stephen, “Weber and his philosophers”, en *International Journal of Politics, Culture and Society*, vol. 3, n° 4, 1990, pp. 539-553.

UNAMUNO, Miguel de, *Obras selectas de Unamuno*, 3ª ed., con prólogo de Julián Marías, Editorial Plenitud, Madrid, 1966.

VALLEJO, Mauro, “Cruces entre ciencia y literatura: Freud y Zola. Familia, sexo y redención”, en *Investigaciones en psicología*, vol. 14, n° 3, Buenos Aires, 2009, pp. 101-123.

VALVERDE, José María, *Vida y muerte de las ideas. Pequeña historia del pensamiento occidental*, Ariel, Barcelona, 2008.

VAREJÃO, Marcela, *Il positivismo dall'Italia al Brasile: sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)*, Giuffrè, Milano, 2005.

VARONA CODESO, Patricia, “Introducción” a TUCÍDIDES, *El discurso fúnebre de Pericles*, pp. 7-59.

VERESCHAGIN, Aleksandr Nikolaevich, *Judicial Law-Making in Post-Soviet Russia*, Routledge, Abingdon-New York, 2007.

VERMAL, Juan Luis, “Comentario introductorio” a HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del Derecho*, pp. 13-43.

VIEHWEG, Theodor, “Positivismus und Jurisprudenz”, en AA. VV., *Positivismus im 19. Jahrhundert*, pp. 105-111.

VILLACAÑAS, José Luis, *Historia de la filosofía contemporánea*, Akal, Madrid, 2001.

VILLEY, Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

— “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, 1964, pp. 97-127.

VIRGILI, Carmina, *El fin de los mitos geológicos. Lyell*, Nivola, Madrid, 2003.

VOGEL, Hans-Heinrich, *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972.

VOLLMER, Matthias, “Sensualismus”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. IX, pp. 614-618.

VOLTAIRE, *Candide ou l’optimisme*, éd. présentée et annotée par Jacques Van den Heuvel, texte établi par Frédéric Deloffre (collaboration de Jacqueline Hellegouarc’h), Gallimard, Paris, 1992.

WAGNER, Gerhard, “Plädoyer für eine kosmopolitische Soziologie”, en AA. VV., *Montesquieu-Traditionen in Deutschland*, pp. 275-280.

WAGNER, Peter, “Las tradiciones nacionales y el surgimiento de las formas transnacionales de conocimiento”, en AA. VV., *Redes intelectuales transnacionales. Formas de conocimiento académico y búsqueda de identidades culturales*, pp. 1-22.

WALINE, Marcel, “Positivisme philosophique, juridique et sociologique”, en *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.

WALZ, Gustav Adolf, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, Kohlhammer, Stuttgart, 1930.

WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. I (*Grundriß der Sozialökonomik*), 3. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1947.

— *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, introd. de Raymond Aron, Alianza, Madrid, 1997.



— *Economía y sociedad*, ed. preparada por Johannes Winckelmann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

— *Escritos políticos*, ed. y trad. de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2008.

WEHLER, Hans-Ulrich, “Der Aufstieg des organisierten Kapitalismus und Interventionsstaates in Deutschland”, en AA. VV., *Organisierter Kapitalismus. Voraussetzungen und Anfänge*, pp. 36-57.

WEINERT, Friedel, “Die Arbeit der Geschichte: Ein Vergleich der Analysemodelle von Kuhn und Foucault”, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, vol. XIII, nº 2, 1982, pp. 337-358.

WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. neubearb. u. erw. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962.

WIEACKER, Franz, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehren der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1959.

— *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

— *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag Kronberg, Göttingen, 1974.

WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958.

WINKLER, Heinrich August, *Der lange Weg nach Westen (Bd. I). Deutsche Geschichte vom Ende des alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik*, C. H. Beck, München, 2000.

— *Auf ewig in Hitlers Schatten? Anmerkungen zur deutschen Geschichte*, C. H. Beck, München, 2007.

— *Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München, 2009.

WITTKAU-HORGBY, Annette, “Darwin-Spencer-Merkel. Untersuchungen zu den weltanschaulichen Orientierungen eines frühen Rechtspositivisten”, en *Rechtshistorisches Journal*, nº 18, pp. 270-312.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 2002.

— *Tractatus logico-philosophicus* [1922], versión e introd. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, ed. bilingüe con la introd. original de Bertrand Russell, Alianza, Madrid, 2002.

— *Aforismos: cultura y valor*, 2ª ed., trad. de Elsa Cecilia, pról. de Javier Sádaba, Espasa-Calpe, Madrid, 2004.

WOLF, Erik, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4ª ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1963.

WÖHLER, Friedrich, “La producción artificial de la urea”, en TRABULSE, Elías (Ed.), *La ciencia en el siglo XIX*, pp. 162-165.

WHRIGHT MILLS, Charles, “Consecuencias metodológicas de la sociología del conocimiento”, en LENK, Kurt (Ed.), *El concepto de ideología*, pp. 287-300.

WYSS, Ulrich, *Die Wilde Philologie: Jacob Grimm und der Historismus*, C. H. Beck, München, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

ZENZES EISENBACH, Carlota y SALCIDIO CAÑEDO, Patricia, “Hemerografía: Kuhn y las ciencias sociales”, *Revista Acta Sociológica (versión electrónica)*, nº 19, enero-abril 1997.

ZOLA, Émile, *Le roman expérimental*, 5ª ed., G. Charpentier, Paris, 1881.

ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.

## Mención europea

*“So soltanto che tutto quanto io sono in grado di dare lo devo al tempo in cui vivo, e mi sento soltanto come il punto in cui i pensieri del tempo hanno transitoriamente assunto la forma d’una persona. La teoria storico-sociale che ho intenzione di enunciare pendeva matura dall’albero del tempo, e a me restava solo da cogliere il frutto maturo, il che non vuole affatto dire che sarebbe bastato tendere la mano: senza scale e arrampicate non l’avrei raggiunto”*

(Rudolf von Jhering)<sup>1</sup>

Sarebbe difficile definire meglio di questa citazione di Jhering il processo che abbiamo voluto tracciare nella presente ricerca. Da un lato, Jhering fu uno spirito perfettamente in sintonia con il suo tempo, impregnato sino al midollo dei suoi tratti politici, sociali e intellettuali, nonché dedicato a un’impresa giusfilosofica tesa a rispondere alle esigenze più perentorie della sua epoca. D’altro canto, tuttavia, esercitò un creativo lavoro di sintesi, arrampicandosi sino ad incontrare l’essenza del periodo in cui visse, fino a individuare il nucleo delle idee che lo definivano e le vie che esso avrebbe dovuto seguire in futuro. Questo dualismo si vede nella citazione posta in esergo: è una testimonianza che riflette in modo particolarmente felice il taglio di questa indagine. In effetti, in Jhering confluirono molte delle derive ideologiche e filosofiche del suo secolo. Ovviamente, ciò avviene in varia misura in ogni autore; tuttavia nel nostro caso riveste un’importanza particolare. Come si vedrà nel corso dell’esposizione, in Jhering presero forma varie ondate del positivismo giuridico, rendendolo così una figura privilegiata per afferrare i vari substrati di quel paradigma. Mentre in altri autori se ne percepiscono isolatamente soltanto alcune varianti, il giurista tedesco incarnò molte delle sfaccettature che quella corrente andava acquistando.

Come enunciato nell’introduzione, questa tesi persegue un duplice obiettivo. Da un lato, bisognava comprendere il pensiero di un autore fondamentale per la cultura

---

<sup>1</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, II, hrsg. von Christian Helfer, Georg Olms, Hildesheim-New York, 1970, p. 137.

giuridica contemporanea; dall'altro, in stretta connessione con il precedente obiettivo, occorre comprendere il positivismo in senso lato. Se l'obiettivo iniziale consisteva nel comprendere il pensiero di Jhering, l'intera ricerca rese necessaria un'indagine più vasta sul positivismo giuridico in generale. Infatti, come si è tentato di spiegare nell'introduzione, è nel contesto di questo paradigma che si possono meglio comprendere i contributi di questo autore all'attuale filosofia del diritto. A questo punto è possibile sintetizzare le principali conclusioni cui è potuto giungere il presente lavoro. Per maggiore chiarezza, in quest'ultima parte elencheremo le conclusioni nell'ordine in cui si susseguono nella ricerca.

I. Le prime considerazioni hanno a che vedere con quella che potremo chiamare la parte ermeneutica della tesi. Preliminarmente fu necessario chiarire il problema del presunto diletterismo di Jhering. Di fronte a questa convinzione che sembrava condivisa da un ampio settore della letteratura secondaria, abbiamo optato per esaminare il suo pensiero dal punto di vista dell'elettismo. Mentre il diletterismo sarebbe l'atteggiamento intellettuale di chi si avventura in campi d'indagine a lui estranei per un semplice impulso ludico, l'elettismo è un atteggiamento metodologico che si propone di affrontare il proprio oggetto seguendo vari percorsi epistemologici. Si spiega così la difesa dell'interdisciplinarietà che incontriamo non solo nel secondo volume dello *Scopo nel diritto*, ma anche in opere anteriori come lo *Spirito del diritto romano*. Quello che vorremmo sottolineare è che questo spirito elettico affonda le sue radici in una forte vocazione a descrivere la realtà sino alle sue ultime conseguenze. Poiché questo fine non si poteva conseguire con il metodo storico-dogmatico, fu necessario ricorrere all'etica, alla sociologia, alla psicologia o all'economia per poter offrire una visione completa del fenomeno giuridico. Di conseguenza, da questo punto di vista, l'elettismo e il realismo erano per Jhering due facce della stessa medaglia. Per quanto concerne l'oggetto principale di questa ricerca, si tratta di un'alleanza di prospettive quasi paradossale. Infatti, mentre il positivismo condusse ad una specializzazione generalizzata del sapere, nel nostro autore avvenne piuttosto il contrario: ispirato dalla pleiade delle discipline apparse con il nuovo paradigma, Jhering non poté sottrarsi alla loro influenza e costruì pertanto una filosofia del diritto di natura interdisciplinare.

**II.** Anche la seconda conclusione si inserisce nella tematica ermeneutica della tesi. Il primo capitolo si occupa delle nozioni di eclettismo, di diletterantismo e di realismo in Jhering, sforzandosi di trovare una chiave interpretativa atta alla comprensione del pensiero dell'autore. Collocata questa chiave nelle coordinate del realismo eclettico, occorre confrontare questa posizione con le varie tendenze interpretative della sua opera. Per questa ragione abbiamo tentato di tracciare una mappa della recezione che suo pensiero conobbe in vari contesti storico-geografici. Di questa recezione è impossibile offrire qui una sintesi esauriente, perché si dovrebbe giungere ad una conclusione specifica per ogni ambito di recezione. Quello che qui importa sottolineare è l'enorme diversità di punti di vista ermeneutici adottati nei vari paesi e nelle varie epoche. Mentre in Russia, in Giappone o in Italia le sue opere vennero salutate come autentiche novità, in Gran Bretagna o nei paesi scandinavi l'atteggiamento fu diverso: le idee di Bentham e di Ørsted, nei loro rispettivi contesti, avevano già tenuto a battesimo una corrente realistico-positivista che sarebbe stata d'ostacolo a una rapida recezione di Jhering. Inoltre, quand'essa finalmente ebbe luogo, non servì ad aprire nuove prospettive, ma a rinsaldare le direttrici già esistenti. Analogamente, non sempre ebbe luogo una recezione coerente con il pensiero originale di Jhering. Mentre in Francia o negli Stati Uniti le sue posizioni vennero riprese in modo abbastanza fedele, in Spagna ebbe luogo un peculiare processo di adattamento: lette attraverso le lenti del krausismo, le sue idee finirono per trasformarsi in strumenti di convalida per questa corrente filosofica. Nonostante queste notevoli diversità, alcuni tratti sono costanti in tutte le letture:

1) Da un lato, si riscontra un costante elemento politico nella recezione delle sue idee. In Russia venne usato come punto di riferimento per la scienza giuridica sovietica, in Giappone e in Cina come strumento per stimolare l'occidentalizzazione dei loro sistemi giuridico-politici, in Spagna come critica liberale alla Restaurazione monarchica, in Italia come critica indiretta al fascismo, e in Svezia –per citare ancora un esempio– come apologia della legalità rispetto alle persecuzioni del nazionalsocialismo.

2) D'altro lato si può constatare anche un'altra costante sociologica nella recezione del suo pensiero. Nonostante le notevoli differenze dei singoli contesti, è comune la tendenza a interpretarlo inserendolo nel filone socio-giuridico. Adolfo Posada in Spagna, Sergjei Murončev in Russia, Roscoe Pound negli Stati Uniti, Philip Heck in

Germania, Tobias Barreto in Brasile o Raymond Saleilles in Francia, tutti hanno letto Jhering come un incitamento a sviluppare una scienza sociologica del diritto.

**III.** Anche la terza conclusione riguarda la parte ermeneutica della tesi. Se nelle parti precedenti la recezione di Jhering veniva studiata dal punto di vista storico-geografico, in seguito bisognava analizzarla da un punto di vista concettuale. In base a quanto detto in precedenza e all'analisi della letteratura secondaria, sono state identificate tre linee interpretative principali: quella che considera Jhering come un esponente del positivismo giuridico, quella che lo considera l'incarnazione di un tardivo giusnaturalismo e quella che vede in lui il precursore della sociologia del diritto. Sempre partendo da questo approccio concettuale, ci siamo posti il quesito della classica bipartizione della sua traiettoria intellettuale, giungendo alla conclusione che, in realtà, le tappe dovrebbero essere ben più di due:

1) Una prima tappa, nella quale si mantenne federe al credo storico-dogmatico dei suoi maestri, è riflessa nelle *Abhandlungen aus dem römischen Recht*.

2) Una seconda tappa lo vide accostarsi alla fase storico-filosofica, la cui massima testimonianza si troverebbe nei primi volumi dello *Spirito del diritto romano*.

3) Una terza fase, nella quale inizia a criticare il formalismo "costruttivista" delle sue opere anteriori, si manifesta nel terzo volume dello *Spirito*.

4) Una quarta fase positivistico-statalista inizia con una critica al concetto individualista di interesse e culmina con la prospettiva sociale dello *Scopo nel diritto*.

5) Una quinta fase positivistico-sociologica analizza il diritto da un punto di vista socio-antropologico ed è attestata dal secondo tomo dello *Scopo nel diritto* o dalla *Preistoria degli indo-europei*.

**IV.** Una simile complessità poteva essere affrontata con due strategie interpretative: o si presentava il pensiero di Jhering come un coacervo di idee del tutto sconnesse, risalenti a tradizioni diverse, oppure si tentava di elaborare uno schema interpretativo che desse forma a questo *totum revolutum*. Venne adottata questa seconda via e a questo fine venne scelta la corrente ermeneutica del positivismo. Non però il positivismo giuridico nel senso correntemente inteso (legalismo, statalismo, imperativismo ecc., cioè positivismo teorico, per usare la terminologia di Bobbio), bensì positivismo in senso lato, cioè positivismo filosofico e scientifico. Partendo da questa

impostazione si potevano affrontare le apparenti diversità interpretative risultanti dalla letteratura secondaria. In primo luogo, la visione di Jhering come precursore della sociologia del diritto, idea che si manifestava tanto nel percorso storico-geografico quanto in quello concettuale. In secondo luogo, la visione di Jhering come rappresentante del positivismo giuridico, nella misura in cui quest'ultimo entra a far parte del positivismo filosofico-scientifico (questa è la tesi sostenuta nella presente indagine). In terzo luogo, la visione di Jhering come tardivo esponente del giusnaturalismo perde forza se si esamina il suo pensiero dal punto di vista di un positivismo inteso in senso ampio. Infatti quegli elementi che si volevano indicare come giusnaturalistici non sarebbero altro che le caratteristiche di un positivismo non necessariamente formalista, ma anzi aperto a considerazioni politiche e sociali. Infine, per quanto concerne le “fasi” del suo pensiero, il succedersi delle tappe fin qui segnalate si spiegano come varianti del positivismo. E' ovvio che sarà così necessario aggiungere qualificativi al positivismo –altrimenti svanirebbero le differenze tra i vari autori– però questo lo si può dire di quasi ogni corrente intellettuale. Il giusnaturalismo di Anassimandro non è quello di San Tommaso, né quello di Grozio e neppure quello di Stahl; il marxismo di Marx non è quello di Gramsci, né quello di Lukács coincide con quello di Cohen; l'idealismo di Platone non è quello di Sant'Anselmo, né quello di Cartesio coincide con quello di Hegel. Il presente lavoro mira infatti non tanto ad accentuare le differenze, quanto a includerle in un'unità superiore che le unifica.

V. Una volta definito questo apparato ermeneutico, bisognava precisarlo e svilupparlo punto per punto. Il primo passo consistette nel determinare il concetto di positivismo da usare nel corso della ricerca: concetto che, fino a quel punto, era stato usato in modo implicito. Constatata l'enorme polisemia che lo caratterizza, cui si aggiunge l'intensa discussione cui l'hanno sottoposto i suoi stessi sostenitori, la ricerca passa ad analizzare le varie strategie con cui affrontarlo:

1) In primo luogo va segnalata la differenza tra le strategie concettuali e quelle storiche. Mentre le prime si fondano sull'identificazione di una serie di tesi di base, che ogni teoria positivista dovrebbe condividere per essere ritenuta tale, le seconde rinunciano a questo approccio analitico e preferiscono tracciare una genealogia delle loro origini. Di conseguenza, le prime tendono ad offrire un concetto prescrittivo del positivismo –infatti stabiliscono un criterio in base al quale è legittimo considerare

come tale una teoria— mentre le seconde tendono ad essere più descrittive. Le strategie concettuali sogliono di conseguenza riferirsi a un numero ristretto di teorie, mentre quelle storiche definiscono un ampio spazio di possibilità. In questo senso, è diffuso il fatto che le strategie concettuali restringano la nozione di positivismo al secolo XX. Data la natura di questo studio, oltre all'impostazione che gli si è dato fin dall'inizio, optiamo piuttosto per l'approccio storico.

2) In secondo luogo, una volta accettata l'impostazione fin qui descritta, dovevamo affrontare un'altra dicotomia: il positivismo giuridico è una corrente con fonti immanenti, o è piuttosto un prolungamento del positivismo filosofico e scientifico in senso lato? Si tratta di una domanda già nota alla filosofia del diritto, cui sono state date risposte di varia natura. Una delle tesi centrali di questo lavoro consiste nell'intendere il positivismo giuridico in modo olistico, cioè come un movimento collegato a tutti i prodotti culturali che lo accompagnarono e ancora lo accompagnano, dalla filosofia sino alle scienze naturali, passando per le arti plastiche o per la politica. Da questo punto di vista, pertanto, optiamo per l'origine extragiuridica del positivismo.

**VI.** Stando così le cose, il nostro concetto di positivismo sembra più un paradigma —nel senso kuhniano del termine— o un'*episteme* —nel senso foucaultiano— che ad una pura corrente, scuola o movimento transitorio. Effettivamente il positivismo sarebbe così un vasto movimento che informa la cultura giuridica dalla fine del secolo XVIII sino ad oggi, con ripercussioni nel mondo del diritto professionale, ma anche per la cultura giuridica laica. Potremmo così parlare dell'introduzione del paradigma verso la fine del secolo XVIII, della sua affermazione durante tutto il secolo XIX e della sua estensione durante il secolo XX. Le correnti comprese in questo ampio alveo sono talmente plurali da giungere a contraddirsi. Il Movimento del Diritto Libero, nonostante la sua dura critica alla pandettistica tedesca, ne condividerebbe quindi il paradigma; il realismo giuridico statunitense o scandinavo, nonostante la sua forte avversione al formalismo kelseniano, condividerebbero con l'austriaco il medesimo orizzonte concettuale. Da questo punto di vista, le caratteristiche che definiscono il paradigma sono di natura epistemologica e ideologica, e confluiscono con trasformazioni radicali nella cultura occidentale.

**VII.** In base alla prospettiva epistemologica, gli elementi che —a nostro giudizio— definiscono il paradigma sono tre: lo storicismo, il naturalismo e il pragmatismo.



1) L'ondata storicista costituì l'humus sul quale poterono crescere le altre. Bisognerebbe asserire che ogni fenomeno culturale, e quindi anche il diritto, è il risultato contingente del divenire storico, e non un'emanazione di forze atemporali, trascendenti o sovranaturali. Questo mutamento d'impostazione servirebbe a minare l'approccio plurisecolare del giusnaturalismo ed a preparare l'avvento d'una scienza moderna del diritto.

2) L'ondata naturalista crebbe sul terreno reso fecondo dalla precedente: una volta scartato il rinvio ad autorità trascendenti come causa esplicativa o legittimante delle istituzioni giuridiche, si rese necessario impostare il loro studio in termini nuovi. Avvenne così che, ispirata dall'ascesa delle scienze sperimentali, anche la scienza giuridica volle salire sul carro degli studi naturalistici: nacquero così la sociologia del diritto o la criminologia, la teoria generale del diritto o la scuola del diritto comparato, per indicare soltanto alcuni esempi.

3) L'ondata pragmatista prese forma come corollario delle due premesse fin qui esposte: dopo che la conoscenza del diritto aveva trovato fondamento in queste nuove coordinate, non era più possibile concepirlo come una semplice parte della verità assoluta, cioè come uno degli aspetti della conoscenza pura. Nasceva così una delle caratteristiche più eminenti dell'attuale cosmovisione del diritto: la sua concezione dal punto di vista operativo, come strumento per produrre cambio sociale (anche se non necessariamente progressista).

**VIII.** In base alla prospettiva ideologica, tutti questi mutamenti epistemologici vennero accompagnati da una nuova mentalità sulla funzione del diritto e dei giuristi. In forma un po' assiomatica, ma inevitabile nell'ambito di una conclusione come questa, si potrebbe dire che il positivismo giuridico si sviluppò in parallelo alla genesi dello Stato di diritto, in prima istanza, e all'affermarsi dello Stato sociale, in seconda istanza. La formazione di Stati unificati e forti, di rapporti economici e sociali sempre più complessi – non si dimentichi che ci troviamo nell'ambito della rivoluzione industriale – favorì una visione del diritto formulata in termini nuovi, più pragmatici e mundani. A partire da allora si passò a concepirlo come uno strumento di intervento sociale, come un prodotto contingente nelle mani dello Stato, al quale i giuristi dovevano servire tenendo conto di canoni più o meno tecnici, cioè indipendentemente da qualsiasi

considerazione religiosa. Visto in questa prospettiva, il positivismo giuridico sarebbe la manifestazione intellettuale della secolarizzazione nel mondo del diritto.

**IX.** La concezione del positivismo come paradigma può fondarsi sulle coordinate proposte da Thomas S. Kuhn per la storia della scienza. Benché il concetto di paradigma fosse stato usato originariamente per spiegare lo sviluppo delle scienze naturali – specialmente la fisica e la chimica – è lecito usarlo anche nella storia delle istituzioni e del pensiero. Attenuando alcune conclusioni di Kuhn, come l'idea dell'incommensurabilità fra paradigmi diversi (cioè l'impossibilità di comunicazione fra di loro), o l'importanza attribuita alla comparsa di anomalie come causa del passaggio da un paradigma all'altro, risultava possibile promuovere un'adozione del concetto anche nelle scienze della cultura. Ai nostri fini, sarebbero necessarie due importanti correzioni rispetto alla proposta dello storico statunitense:

1) La prima correzione si riferisce all'idea dei micro-, meso- o macro-paradigmi, che in generale potremmo chiamare sub-paradigmi. In base ad essa, all'interno di uno stesso paradigma sarebbe possibile distinguere mutamenti che si inseriscono nel mondo delle nozioni e dei presupposti definiti dal macro-paradigma. In rapporto con l'oggetto della nostra indagine, questo spiega perché parliamo di un positivismo del secolo XIX e di uno del secolo XX: si tratterebbe di due sub-paradigmi diversi, con caratteristiche differenzianti, però inseriti in un comune contesto epistemologico e ideologico. Analogamente, il neo-costituzionalismo si potrebbe interpretare come un sub-paradigma interno, e non come un superamento radicale del modello positivista.

2) La seconda correzione si riferisce all'idea dei paradigmi trasversali. Mentre Kuhn aveva teorizzato i paradigmi come modelli propri ed esclusivi di ogni materia, per le scienze umane e sociali sarebbe necessario pensare a paradigmi trasversali, cioè ricorrenti in una pluralità di discipline. Si spiega così perché lo storicismo abbia trovato applicazione in un gran numero di ambiti, dalla letteratura sino alle scienze naturali. In rapporto al nostro oggetto di studio, questa premessa è fondamentale, perché a partire da essa si spiega la continuità tra il positivismo filosofico-scientifico e la sua variante nel mondo del diritto.

**X.** Una volta definito il concetto di positivismo di cui si fa uso, è necessario tornare a volgere lo sguardo a Jhering. Occorre analizzare la filosofia giuridica del tedesco in

funzione delle coordinate fin qui indicate, per vedere in che modo ha soddisfatto quei criteri individuatori del positivismo, e in che misura contribuì a fondare il paradigma. Dato che i contorni di quest'ultimo sono necessariamente fluidi, è stato segnalato che l'unica via per affrontarlo passa attraverso l'analisi delle sue impronte ideologiche e delle sue influenze epistemologiche. In questo senso lo studio del giuspositivismo in Jhering si è sdoppiato nello studio dei fondamenti ideologici e filosofici delle sue idee. Già l'ordine della scelta costituisce una presa di posizione significativa: siamo partiti dai fattori ideologici perché riteniamo che essi avessero un peso maggiore di quelli filosofici al momento di plasmare il suo pensiero. Sarebbe assurdo ridurre le sue idee a un mero riflesso delle strutture politiche, economiche e sociali della sua epoca, dal momento che egli seguì la sincera vocazione di tracciare un ordito giusfilosofico fondato su considerazioni scientifiche. Tuttavia i fondamenti ideologici ci sono sembrati più rilevanti di queste ultime. Infatti gli stessi influssi filosofici ricevuti erano condizionati da fattori politici e sociali: anche l'utilitarismo, per esempio, può essere spiegato come una manifestazione intellettuale della società industriale.

**XI.** L'uso del concetto di ideologia è sempre stato problematico per le scienze sociali. La nozione che usiamo qui si avvicina a quella coniata a suo tempo da Uberto Scarpelli. Quindi non parliamo di positivismo ideologico nel senso di Bobbio, bensì di ideologia positivista. Secondo questa idea –sostenuta sin verso gli anni Sessanta da Scarpelli e recuperata ai giorni nostri (anche se in modo indipendente) dall'australiano Tom Campbell– quello che definisce il positivismo giuridico non è tanto un *corpus* di tesi scientifiche ben determinate, quanto piuttosto un'ideologia che lo ha accompagnato fin dalle sue origini. Per Scarpelli, grosso modo, si trattava dell'ideologia dello Stato di diritto. Per noi, e per Jhering in particolare, si tratterebbe anche dell'ideologia dello Stato sociale. Non però dello Stato sociale nel senso odierno del termine –o, almeno, non solo in questo senso– ma in un senso più ampio, che giunge sino all'eudemonismo del secolo XIX e che presuppone lo Stato come fattore di progresso e di benessere sociale. Fissata questa nozione di ideologia, occorre analizzare in dettaglio le influenze politiche che condizionarono il pensiero di Jhering in senso giuspositivistico. In termini generali, si potrebbero identificare due grandi blocchi di fattori che determinarono le sue idee: la problematica dello Stato tedesco e la questione della società industriale.

**XII.** Esaminiamo anzitutto la problematica dello Stato tedesco, che sino alla metà del secolo lottava per l'unificazione nazionale. Sui dibattiti intellettuali e sugli scontri politici che costellarono tutto questo processo poggiarono molte tendenze che avrebbero contribuito a plasmare le idee del nostro autore:

1) L'idea di uno Stato forte, propulsore della legislazione, veicolo di trasformazione e attivo nel favorire le politiche sociali. Da qui deriva buona parte della sua critica all'esaltazione del diritto consuetudinario promossa dalla Scuola Storica.

2) L'idea di uno Stato secolarizzato in materia religiosa, la cui massima aspirazione consistesse nel gestire un'unione civica e politica al di sopra dell'adesione a fedi religiose o ad altre istanze intermedie. Anche l'idea del senso del diritto, quale motore di rispetto e di attenzione per lo Stato, si spiega in questo contesto.

3) La critica al nazionalismo evanescente della Scuola Storica. Di fronte alla rivendicazione di un'essenza nazionale di tipo culturale, sentimentale o etnico, Jhering preferiva fondare la stabilità dello Stato sui bastioni del diritto, della politica e dell'etica sociale.

4) Il lento passaggio al diritto pubblico. La sua critica al concetto individualista della volontà, tipico del liberalismo, la sua autocritica rispetto alla nozione di interesse – ancora troppo individualista– e la sua ulteriore rivendicazione del dovere al di sopra del diritto si comprendono nel contesto di queste idee.

5) La sua teoria dello Stato di diritto e la sua ulteriore deriva verso lo Stato sociale (nel senso già enunciato). Nonostante la tentazione verso lo Stato autoritario, sotto l'influenza del cancelliere Bismarck, Jhering avrebbe poi finito per forgiare una teoria dello Stato di diritto e il germe di una teoria dello Stato sociale.

La maggior parte di queste tendenze segue la linea di quello che Bobbio chiamò “positivismo teorico”, cioè una variante del positivismo caratterizzata dallo statalismo nella teoria delle fonti del diritto, dall'imperativismo nella teoria della norma, dall'enfasi nella legislazione come fonte privilegiata di quanto è giuridico ecc. Anche qui incontriamo *in nuce* la dissoluzione della frontiera tra il diritto pubblico e privato che verrà portata a compimento da Kelsen, la teoria contemporanea dei diritti soggettivi (di forte ceppo positivista), o le teorie del riconoscimento in versioni come quella di Bierling o di Hart: l'idea che il fondamento del sistema giuridico si colloca in un fatto psicologico-sociale di accettazione della norma fondamentale.

**XIII.** In seguito viene esaminata la problematica dell'industrializzazione, che in Germania si manifestò con un certo ritardo rispetto al mondo anglosassone, ma che segnò indelebilmente il corso del secolo: siamo, infatti, di fronte all'inizio delle lotte operaie e del socialismo. Anche l'industrialismo influì fortemente sui seguenti aspetti della filosofia giuridica di Jhering:

1) La critica allo storicismo nazionalista della Scuola Storica. Infatti, il posto in cui essa si presenta con maggior forza –il primo tomo dello *Spirito del diritto romano*– contiene una teoria storico-filosofica in cui si avverte il palpito del primo germoglio della globalizzazione economica. Da questo punto di vista, il nazionalismo di Savigny doveva essere trasformato in termini di universalità.

2) Il puntare sulla legislazione intesa come l'alveo più adeguato per dirigere la riforma sociale. L'industrializzazione aveva posto numerosi problemi che bisognava affrontare con un diritto moderno, flessibile e attento ai mutamenti sociali. In questa direzione Jhering forgiò la sua teoria dello scopo sociale, che inoltre scorreva parallela alle politiche sociali bismarckiane degli anni Ottanta del secolo XIX.

3) La critica alla dogmatica giuridica tradizionale. Il primo stadio della sua critica, cioè la scienza giuridica produttiva, non era altro che una valvola di sicurezza per rinnovare il diritto mediante la dogmatica, in modo che esso non si esaurisse mai e potesse adattarsi alle esigenze sociali. Il secondo stadio, cioè il passaggio a una filosofia giuridica di tipo sociologico, non era altro che la rinuncia formale alla stessa dogmatica.

4) Il progressivo passaggio al diritto pubblico e la rivendicazione di uno Stato attivo in campo sociale. In un mondo nel quale l'economia privata andava progressivamente acquisendo maggior peso, era indispensabile uno Stato forte che assumesse il controllo delle potenziali correnti disgregatrici. In questo senso, la "sociologizzazione" della sua filosofia va vista come un elemento correlativo alla sua socializzazione ideologica.

La maggior parte di queste tendenze si muovono sulla linea del positivismo antiformalista che caratterizza la fine del secolo XIX e il primo terzo del secolo XX. Tutte le filosofie sociologiche del diritto (dalla giurisprudenza degli interessi alla Scuola del diritto libero o alla sociologia del diritto di Eugen Ehrlich), il realismo giuridico e il positivismo sociologico *lato sensu* andranno in una direzione simile a quella indicata da

Jhering in questi suoi orientamenti. Essi, in generale, sono conseguenze di una posizione ideologica nella quale il problema del “sociale” aveva acquistato una posizione preminente. E nel mondo del diritto, in certo modo, sarebbe stato il positivismo a rappresentare questa istanza.

**XIV.** Analizzato il substrato ideologico del positivismo giuridico in Jhering, era necessario indagare le influenze filosofiche che contribuirono a plasmare il paradigma. La prima conclusione di questa parte della tesi riguarda la questione preliminare circa i rapporti tra il positivismo giuridico e la filosofia. In generale, seguiamo in proposito le idee di González Vicén rispetto alla comparsa della filosofia giuridica come nuovo modo di affrontare il diritto, un fenomeno che si manifestò nel corso del secolo XIX. Ai nostri fini, l'importante è che il processo di specializzazione che portò alla formazione della filosofia del diritto –ripreso nei titoli delle opere e nelle ri-denominazioni delle anteriori cattedre di diritto naturale– non è altro che un aspetto del mutamento di paradigma tratteggiato nelle pagine anteriori. Di lì deriva tanto la distinzione di Bobbio tra la filosofia del diritto dei giuristi e la filosofia del diritto dei filosofi, quanto il fatto significativo che egli si richiamasse a Jhering come archetipo del giurista-filosofo. Da questo punto di vista si comprendeva molto meglio lo *status* ibrido del nostro autore, a volte impegnato a gettare a mare la zavorra giuridica della sua educazione –ascendendo sino alle regioni della filosofia– e altre volte obbligando quest'ultima ad assorbire saperi “più positivi”. Si spiega così la necessità di Jhering di abbracciare una vasta sfera di influenze che non si limitassero soltanto alla filosofia professionale. In certa misura, e questa è la conclusione principale cui giungiamo, si tratta non soltanto di una caratteristica del nostro autore, ma di un tratto connaturato al filosofo del diritto contemporaneo, ovvero, in altre parole, al filosofo del diritto che segua il paradigma positivista.

**XV.** Definiti questi principi generali, era giunto il momento di passare ad analizzare gli orientamenti filosofici che muovevano Jhering nell'ambito giuspositivistico. Data la natura di queste conclusioni, sarebbe troppo lungo specificare singolarmente le influenze che si esercitarono sulle idee del giurista tedesco. In generale, le si può riassumere nei blocchi che costituiscono la struttura dell'ultimo capitolo: storicismo, utilitarismo e influenze derivanti dal mondo scientifico:

1) L'influenza dello storicismo fu importante nella misura in cui spianò la via alle successive ondate del paradigma. Abbiamo inteso lo storicismo in un senso ampio, che va dalle regioni della letteratura fino alle scienze empiriche. Si potrebbe anche dire che si tratta di un sub-paradigma all'interno del paradigma, il cui nucleo consistette nel promuovere la storicizzazione di tutti gli ambiti della conoscenza: dall'inizio e dalla metà del secolo XIX, ogni sapere andrà inteso in senso diacronico. La rilevanza di questo cambiamento per il positivismo giuridico è collegato con la laicizzazione da esso provocata: il crollo del giusnaturalismo e la conseguente deriva verso varie forme di analisi alternative. Il diritto non poteva più essere concepito come qualcosa di assoluto e di atemporale, ma andava visto come un prodotto della storia in perpetuo movimento, soggetto ai mutamenti di epoca, di luogo, di esigenze ecc. In Jhering lo storicismo si tradusse nella rinuncia al giusnaturalismo –rinuncia condivisa con la Scuola Storica ortodossa– ma anche nelle preoccupazioni genealogiche che si ritrovano nella *Preistoria degli indoeuropei* e, più in generale, nella sua passione per la socio-antropologia storica. Quali autori principali per la genesi delle sue idee in proposito si potrebbero indicare Hegel e Montesquieu.

2) L'influenza dell'utilitarismo incontrò il terreno preparato dalla precedente ondata. Il contributo di questa corrente, particolarmente viva nel mondo anglosassone, è collegato al pragmatismo. Mentre il mondo britannico aveva già forgiato una concezione ben più pragmatica della filosofia –basti pensare all'Illuminismo scozzese, esemplificata dall'opera di Hume, di Ferguson o di Smith– nel contesto tedesco l'idealismo aveva imposto il dogma della filosofia come sapere necessariamente speculativo. In questo senso, l'utilitarismo assolse la funzione di legittimare le idee che già si incontravano enunciate nel pensiero anteriore di Jhering. Grosso modo, il pragmatismo asseriva che il diritto doveva essere concepito come un mezzo indirizzato a un fine, come uno strumento contingente nelle mani degli Stati e dei governanti, e non come un'entelechia frutto della ragione astratta, o come un intangibile precipitato della storia. Queste idee, che avrebbero coinciso con alcune convinzioni ideologiche di Jhering, erano presenti anche nella corrente dell'eudemonismo tedesco. In generale, il nostro autore avrebbe assorbito l'essenza dell'utilitarismo, criticando però gli elementi di pensiero individualista presenti nel suo fondamento e indirizzandolo in un senso più socializzante.

3) Infine, si può individuare un filone di influenze che discendono dal mondo della scienza, tanto dalle scienze naturali come la fisica, la chimica e la biologia, quanto dalle

scienze sociali, specialmente dalla psicologia e dalla sociologia. Il loro apporto al paradigma positivista –e alla filosofia di Jhering in particolare– dovrebbe essere connesso con l'ondata del naturalismo. Infatti, destituito il diritto naturale dal suo *status* di opzione teorica legittima, molti autori si rivolsero alle scienze empiriche quali modelli da imitare per riportare il rigore nella propria disciplina. Talora il risultato di questo avvicinamento non andò oltre alla recezione di alcune immagini scientifiche usate come metafore. In altre occasioni, invece, si verificò un'autentica comunione di prospettive. E' comunque certo che Jhering recepì numerose influenze dalle scienze. Va specialmente sottolineata la ripercussione del darwinismo –anche se come conferma di idee già enunciate– e della chimica di Liebig o di Wöhler.

**XVI.** Si può così, in generale, riaffermare il carattere interdisciplinare di Jhering, nonché il carattere pluralista della formazione del paradigma positivista. Davanti a una concezione strettamente giuridica della sua origine o davanti a una concezione esclusivamente epistemologica dei suoi fondamenti, è comunque certo che si tratta di una formazione culturale complessa, in cui si intrecciano fattori politici, sociali e intellettuali. L'obiettivo di questa tesi è consistito nel tracciare una genealogia delle sue origini e del suo sviluppo, concentrando l'attenzione sulla traiettoria di un autore particolarmente adatto a facilitare questo tipo di comprensione: Rudolf von Jhering. E' evidente che la sua opera non esaurì tutte le possibilità del positivismo giuridico, però è certo che ebbe una posizione privilegiata nel contribuire a porne le basi. Molte delle tendenze giusfilosofiche contemporanee, dall'atteggiamento stesso del giurista sino alle concrete dottrine rispetto al fenomeno giuridico sono già presenti nel suo pensiero. In certo modo si intravedono nella sua opera i volti ancora indefiniti di un Kelsen, di un Hart o di un Ross, ovvero le idee ancora in formazione del realismo e le correnti antiformaliste. In definitiva, com'è già stato affermato, Jhering offre un accesso privilegiato alla filosofia del diritto contemporanea.