



Papeles el tiempo de los derechos

“UN PARALELISMO ENTRE LAS TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS: LA RUPTURA DEL PUENTE ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD CIVIL”

Luis Lloredo Alix
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de
Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad
Carlos III de Madrid

Palabras clave: Principios, jurisprudencia de conceptos, fuentes del Derecho, sociedad
civil

UN PARALELISMO ENTRE LAS TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS: LA RUPTURA DEL PUENTE ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD CIVIL¹

LUIS LLOREDO ALIX
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

El objetivo de esta comunicación es encarar la temática del seminario –fuentes del Derecho y sociedad civil– desde una de las vías que nos ofrece la historia del pensamiento jurídico. Concretamente, se abordará la relación que existe entre las teorías contemporáneas de los principios jurídicos –con Dworkin y Alexy como representantes principales– y la concepción de las fuentes que mantuvo la jurisprudencia de conceptos alemana en el siglo XIX –con Puchta y el primer Jhering como máximos referentes–. Veremos que, *mutatis mutandis*, se dan paralelismos muy interesantes entre ambas orientaciones, y que ambas caen en el error de fracturar la comunicación entre las fuentes del Derecho y la sociedad civil. O dicho de otra manera: tanto la teoría de los principios como la jurisprudencia de conceptos minusvaloran la importancia de los factores sociales en la conformación del Derecho, al otorgar excesiva importancia a la doctrina o a una jurisprudencia demasiado profesoral. Así las cosas, se procederá a una crítica de ambas tendencias desde la perspectiva que nos ofrece el segundo Jhering. Dada la complejidad del tema, sólo se harán algunas breves sugerencias.

El debate contemporáneo y su repercusión en la doctrina de las fuentes

El debate contemporáneo respecto al papel de los principios en el ordenamiento jurídico se inauguró tras las críticas de Ronald Dworkin a Herbert L. A. Hart. Dado que resulta demasiado prolijo para resumirlo en detalle, sólo podrán hacerse algunos apuntes

¹ Texto presentado al Seminario “Fuentes del Derecho y Sociedad civil”, organizado por el Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007 y en el del proyecto “Historia de los derechos humanos”, Ministerio de Ciencia e Innovación.

superficiales². El núcleo de la crítica de Dworkin se centraba en la hipotética insuficiencia del “modelo de reglas” de Hart³. En opinión de Dworkin, en efecto, su predecesor en la cátedra había descuidado un tipo de normas, los principios, que tenían mucha mayor relevancia que las reglas en los sistemas jurídicos actuales. Los principios serían una clase de normas de mucha mayor laxitud, más necesitadas de interpretación y abocadas a los complejos vericuetos de la argumentación. En definitiva, infinitamente más abiertas y proteicas de lo que podría pensarse desde una explicación del Derecho tan sólo basada en reglas.

El debate desarrollado a posteriori ha sido verdaderamente intrincado como para poder entrar en él, pero baste señalar que la posición de Dworkin ha encontrado un gran eco en la doctrina, al desencadenar la aparición de un potente sector de teorías críticas con el positivismo jurídico. Entre éstas, aunque con una perspectiva matizada respecto a la de Dworkin, destaca la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Además, como fruto de todo este caldo de ideas, se han apuntado numerosas corrientes que suelen englobarse bajo el apelativo del neo-constitucionalismo. Según éstas, la teoría de los principios encuentra un refrendo especial en las constituciones contemporáneas: frente a las legislaciones propias del Derecho privado o del penal, que siguen funcionando con base en un modelo preponderante de “reglas”, los textos constitucionales están cargados de “principios”. En este sentido, nos vienen a decir, habría llegado el momento de superar el positivismo jurídico. Frente a esta corriente, fraguada en el contexto político del Estado de Derecho, se habría impuesto otro modelo, el Estado constitucional, que obligaría a una modificación de la teoría⁴.

Esta modificación pasaría por negar aspectos esenciales del positivismo jurídico, que se tienden a resumir en la impugnación de tres famosas tesis: la tesis de las fuentes sociales, la de la discrecionalidad judicial y la de la separación entre Derecho y moral⁵.

² Para un buen resumen de esta polémica, aunque con la importante laguna de Robert Alexy, vid. SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Giappichelli, Torino, 2004. Para una visión de los ataques de Dworkin y Alexy en perspectiva comparada, vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 163-197.

³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, introd. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, pp. 72 y ss.

⁴ Vid. por ejemplo ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 33-46. Vid. también POZZOLO, Susana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 125 y ss. En contra de esta tesis 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.

⁵ La formulación de estas tres tesis se debe originalmente a Hart (HART, Herbert L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. de Francisco Laporta, Liborio Hierro y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*,

De acuerdo con la primera, las fuentes del Derecho son siempre sociales: ni la moral, ni el Derecho natural o cualesquiera otras instancias de este corte, podrían ser consideradas como tales. El fundamento último del sistema se encuentra en una *práctica social* que determina cuáles han de ser las fuentes del ordenamiento jurídico. Puede tratarse del poder político de turno, tal como vendrían a decir las teorías imperativistas de Bentham o Austin. Puede ser la presión de uno u otro grupo social, como nos dirían las corrientes sociológicas de principios del siglo XX y las propuestas del pluralismo jurídico. Puede ser un reconocimiento de aceptación generalizado con respecto a la obligatoriedad del ordenamiento en cuestión (según teorías psicológicas como la de Bierling⁶). Frente a este punto de vista, las teorías de Dworkin o de Alexy negarían la pertinencia del reenvío a la sociedad, haciendo hincapié en los principios: una vez que éstos se han incluido en el ordenamiento –particularmente en el constitucional–, se transforman en fuente de Derecho con independencia de cualquier hecho social externo.

La segunda tesis que se pone en tela de juicio es la de la separación entre Derecho y moral. Uno de los principales estandartes del positivismo había sido el de la distinción entre ambas esferas, de tal modo que, si bien siempre se dan fenómenos de interrelación, éstos siempre serán de naturaleza *contingente*: ni el Derecho pierde su validez por no incluir una determinada moral, ni la moral ha de discurrir conforme a las normas de un Derecho en concreto. Pues bien, al igual que en el caso anterior, también la idea de los principios servía aquí para desbaratar el fundamento de esta separación. De acuerdo con las tendencias neo-constitucionalistas, es posible que ésta tuviera sentido en el contexto del Estado de Derecho. Sin embargo, en un Estado constitucional, en el que los principios morales han adquirido una gran relevancia en la praxis cotidiana de jueces y abogados, la nitidez de la distinción pierde su fuerza original: en lugar de transitar por caminos separados, ambas normativas se entrecruzan sin cesar y la moral influye de forma *esencial* en el concepto de Derecho.

nº 36, 1990, pp. 3-19, especialmente 4-6.). No obstante, se han terminado convirtiendo en una especie de canon para casi todo el iuspositivismo contemporáneo.

⁶ BIERLING, Ernst-Rudolf, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [1877-1883], Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 3-8. La idea del reconocimiento ya fue manejada en la teoría del Derecho antes de que Hart usara el concepto de *regla de reconocimiento* (Vid. OTT, Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 60-69). De hecho, sería muy interesante trazar un paralelismo entre la teoría del reconocimiento de Bierling y la regla de reconocimiento en Hart, porque ya en el primero hay un germen de la distinción entre los puntos de vista interno y externo: “así pues, sólo queda una alternativa: o se busca una posición desde la que puedan contemplarse con igual neutralidad las normas estatales y las no estatales, o se ubica uno *alternativamente* en el lugar del ciudadano del Estado y en el de miembro de la asociación” (nótese que estaba hablando de la hipotética juridicidad del Derecho canónico) (*Zur Kritik...* p. 11).

La tercera tesis, en fin, aludía a la inevitable discrecionalidad judicial. Dada la perpetua movilidad social y la consiguiente posibilidad de que el Derecho no baste para cubrir todos los casos potenciales; dada la imperfectibilidad humana y la consiguiente posibilidad de que el texto legal incurra en contradicciones; dada la ambigüedad que ineludiblemente aparecerá en algunos preceptos... Dados todos estos condicionantes, en definitiva, es forzoso admitir que el juez dispone de cierta discrecionalidad para resolver algunos casos. Frente a esta conclusión del positivismo –al menos en la versión de Hart– también se alzaba la teoría de Dworkin. Uno de sus aspectos más controvertidos, en efecto, fue el de la “única respuesta correcta”⁷. En su opinión, y precisamente como consecuencia de la incorporación de los principios en el ordenamiento, no podía haber discrecionalidad judicial. Si se daban lagunas, antinomias o ambigüedades, ahí estaban los principios para integrar los aspectos oscuros: se trataría de efectuar una adecuada “ponderación” –un tema muy desarrollado por Alexy⁸–, una combinación oportuna de los principios existentes, para encontrar la salida “correcta” al caso. Si a veces nos parece que el ordenamiento ofrece respuestas variadas en una misma situación, es porque no se ha buscado lo suficientemente bien.

Así las cosas, las doctrinas principialistas han alterado de forma radical la teoría de las fuentes preponderante hasta entonces. Buena parte de las teorías positivistas –pero no todas– habían establecido una profunda ligazón entre las fuentes y la sociedad civil. La tesis de las fuentes sociales, que es patrimonio de Hart y de buena parte del positivismo contemporáneo, es un buen ejemplo de este vínculo. Pero también doctrinas sociológicas como la de Ehrlich, el realismo jurídico, la jurisprudencia de intereses o la escuela del Derecho libre, habían subrayado esta intensa comunicación entre el Derecho y la sociedad. Las fuentes del Derecho tenían así un carácter *trascendente*: aunque fuera la ley quien determinase cuáles son las fuentes, al final de la cadena de validez siempre habría que remontarse hasta algún hecho social. En cambio, las doctrinas principialistas desembocan en una teoría más bien *inmanente*⁹: una vez que los principios se han incluido en el Derecho, ya no hace falta salir fuera de éste. Los principios jurídicos tendrían así una fuerza expansiva capaz de cubrir todos los casos.

⁷ Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 177 y ss; ID., “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico* (comp. por Pompeu Casanovas y Juan José Moreso), Crítica, Barcelona, 1994, pp. 475-512.

⁸ Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 86 y ss.

⁹ Vid. ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [1929], Scientia Verlag, Aalen, 1989, pp. 180-181. Para Ross, las variantes del positivismo legalista y la jurisprudencia de conceptos caían en este círculo autorreferente.

La aportación de la jurisprudencia de conceptos a la teoría de las fuentes

La teoría de las fuentes que se decanta de las doctrinas principialistas no es ni mucho menos nueva en la historia del pensamiento jurídico. El maestro de Alexy, Ralf Dreier, ha sugerido que existen profundas analogías entre las teorías de aquél o de Dworkin y la jurisprudencia de conceptos: “deberíamos cuestionar que la jurisprudencia de conceptos de Jhering (y 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... en un concepto del Derecho válido enriquecido por consideraciones ético-jurídicas. Según esto, el Derecho incluiría ‘fundamentos rectores’ y principios, que obtienen validez jurídica con independencia de un acto de positivización del Estado. En resumen: se podría interpretar la tesis de la plenitud de la jurisprudencia de conceptos en el sentido de una teoría principialista, tal y como las que hoy defienden Ronald Dworkin, Franz Bydlinski y Robert Alexy”¹⁰.

De acuerdo con Larenz, los tres principales representantes de la jurisprudencia de conceptos fueron Puchta, el primer Jhering y Windscheid, cada uno desde su propio punto de vista. Si el primero sentó los fundamentos de la doctrina, con aportaciones tan señaladas como la “pirámide de conceptos” o la idea del sistema externo (el sistema jurídico encuentra su unidad a través de un *principio lógico* que se impone desde fuera, y no mediante un hipotético *principio orgánico* oculto entre sus mimbres), el último fue el artífice del tránsito hacia la legislación: en lugar de poner el acento en una hipotética razón inmanente al conjunto de los principios e institutos jurídicos particulares, prefirió subrayar el papel de la “voluntad racional” del legislador¹¹. No en vano, la obra de Windscheid se convirtió en el modelo paradigmático para los trabajos preparatorios del código de 1900 (el célebre *BGB*), en cuyas comisiones participó como uno de los principales ponentes¹². Pese a prolongar la línea sistemática iniciada por Puchta, y pese a conservar muchos resabios del idealismo que ya alentaba a sus predecesores, provocó así un viraje fundamental para la ciencia jurídica alemana.

¹⁰ 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. 124-125.

¹¹ Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neubearbeitete Aufl., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg/ New York, 1991, pp. 19-32.

¹² Vid. FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band II: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 148-151.

Entre ambas cumbres de la jurisprudencia de conceptos se encuentra el primer Jhering, a quien se suele reconocer como máximo exponente de esta tendencia. En esta primera etapa, que genéricamente se señala como un todo bien delimitado, pueden encontrarse varios motivos diversos. Por un lado, en el primer volumen del *Espíritu del Derecho romano* (1851), desarrolló una crítica contra el historicismo nacionalista de la escuela de Savigny¹³. Frente a una instrumentación de la historia como expediente para fundamentar la unidad de la nación alemana, consideraba que el Derecho romano era una vía hacia la universalidad. Por otro lado, en el segundo volumen de esa misma obra (1854), desarrolló una exhaustiva doctrina sobre el sistema jurídico, la dogmática y las técnicas de interpretación. Este segundo motivo es el del Jhering formalista, el momento de su trayectoria en que despunta con más fuerza su orientación conceptualista y, por lo que a nosotros afecta, en el que cabe encontrar mayores similitudes con las actuales doctrinas de los principios. No obstante, es en el famoso prólogo que redactó como escrito programático para la revista que fundó junto con su amigo Carl Friedrich von Gerber en 1857 (*Unsere Aufgabe - Nuestra misión*), donde estas ideas se reflejaron con más ímpetu¹⁴. Intentarán resumirse a continuación.

En opinión de Jhering, una vez transcurrida la primera mitad del siglo XIX, era necesaria una vuelta de tuerca en la ciencia jurídica alemana. En 1815, en el prólogo a la revista que Savigny fundó junto con Karl Friedrich Eichhorn (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft - Revista para la ciencia histórica del Derecho*), el gran romanista había deslindado entre dos grandes vertientes en la ciencia jurídica: la *histórica* y la *no histórica*. A su modo de ver, era necesario promover una conversión historicista general¹⁵. Casi cincuenta años después, en un contexto político y social bien distinto, Jhering sentenciaba que hacía falta un nuevo giro. A partir de entonces, en su opinión, habría que distinguir entre la ciencia jurídica *productiva* y la *receptiva*. La receptiva se basaría en una adopción mecánica del material histórico, en una mera recolección de instituciones y preceptos jurídicos concretos, que como mucho podrían organizarse conforme a algún criterio sistemático. La productiva, en cambio, consistiría en la utilización del material para sintetizar nuevas reglas y principios.

¹³ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Teil [1852], 9. Aufl., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1953, §1, pp. 1-16.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

Para lograr este artificio, Jhering dividía la labor de la dogmática en dos fases: la ciencia jurídica *inferior* y la *superior*. La inferior se dedicaría a manejar las formas de manifestación del Derecho primarias e inmediatamente prácticas: las reglas jurídicas (*Rechtsregeln*), los principios jurídicos (*Rechtssprinzipien*) y las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*). La forma más básica sería la regla; los principios serían más generales y las proposiciones más específicas. Toda actividad dogmática que se limitase a recibir pasivamente este tipo de normas, yuxtaponiéndolas u ordenándolas de algún modo, se movería dentro de la ciencia jurídica inferior. Para pasar a la superior, según Jhering, hacía falta practicar otro tipo de dogmática, la *construcción jurídica*, y lograr así un producto mucho más elevado: el *concepto jurídico* (*Rechtsbegriff*)¹⁶. A partir de los conceptos jurídicos, en su opinión, podrían sintetizarse siempre nuevas instituciones y reglas y, lo que es más importante, se lograba alcanzar la plenitud del ordenamiento, un estado ideal ayuno de lagunas: “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”¹⁷.

En la frase anterior puede palparse el influjo naturalista tan presente en la segunda mitad del siglo XIX: desde la novela de Zola hasta el método sociológico de Durkheim, pasando por el método *histórico-natural* de Jhering –que atañe a la ciencia jurídica superior, y cuyo cometido era destilar los conceptos jurídicos–, se trata de un espíritu que contaminó muy diversas esferas del conocimiento. Sin embargo, y por lo que a nosotros afecta, Jhering también utilizó otra interesante metáfora. La tarea del jurista no era *descubrir* conceptos ya existentes en algún lugar oculto entre los pliegues del sistema, sino más bien *construirlos*. Y en este tipo de trabajo, mucho más que las analogías científicas, servían los paralelismos con el mundo del arte. Así es como Jhering desarrolló una retórica verdaderamente romántica en torno a la tarea del jurista, que parangonaba con la del artista y en la que veía una alta dosis de creatividad: “aquí se reúnen las tareas de una investigación histórico-natural con la de una creación artística... El amor del jurista por su disciplina, tanto si es práctico como teórico, se

¹⁶ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 7-8.

¹⁷ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 14.

fundamenta precisamente en el elemento artístico del Derecho, en la elevación y la espiritualización de la materia –creada por los hombres– hacia formas ideales”¹⁸.

Esta hibridación entre el elemento científico y el artístico es lo que se encuentra en la base de la ciencia jurídica *productiva*. Y es que, según Jhering, de lo que se trataba era de gestar un sistema de conceptos lo suficientemente depurado y operativo para poder alcanzar la perfección en la interpretación y la aplicación del Derecho. Si conseguimos crear –que no descubrir– un mundo de conceptos bien contruidos, la amalgama de reglas, principios y proposiciones jurídicas que se presentan abigarrados ante los ojos del jurista, podrá reconducirse a una unidad integradora, cuyo fin es dar sentido al mero agregado de preceptos que se manifiestan en la ciencia jurídica inferior. Con semejante aparato, además, se va mucho más allá de la mera ordenación. A partir de entonces, el jurista dispondrá de una poderosa arma para interpretar y aplicar el ordenamiento sin fisuras: lo único que necesitará es una clara intelección del orden conceptual creado por la doctrina. Y así las cosas, como puede colegirse, la teoría de las fuentes quedaba circunscrita a un recorrido inmanente: en ningún caso era necesaria la recurrencia a consideraciones sociales o extrajurídicas.

Paralelismos entre las teorías principialistas y la jurisprudencia de conceptos

Es evidente que no puede establecerse un paralelismo absoluto entre estas dos orientaciones. Las tesis del segundo Jhering, así como las de Puchta, estaban aún muy impregnadas por el idealismo alemán¹⁹. De hecho, la retórica de los conceptos estaba influida por la *Filosofía del Derecho* de Hegel, en la que se concedía un enorme papel a la *dialéctica inmanente del concepto*²⁰. Además, la terminología es diferente en uno y otro caso. Sin embargo, y con todos los matices que se quieran, existen similitudes básicas. Donde Jhering o Puchta hablaban de *conceptos*, las doctrinas contemporáneas se aferran a los *principios*. Donde Jhering hablaba de la *construcción jurídica*, Alexy nos habla de *ponderación*. Cuando se leen hoy, por ejemplo, las fórmulas empleadas por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*, o cuando se observan sus ideas

¹⁸ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 10 y 11.

¹⁹ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 19-20.

²⁰ HEGEL, Gottlob Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. y pról. de Juan Luis Vermal, Edhasa, Madrid, pp. 109-112.

respecto a la colisión y la combinación de los principios²¹, de inmediato vienen a la mente las ácidas sornas del segundo Jhering –criticándose a sí mismo–, cuando hablaba de los conceptos “que se aparean”: “el *homunculus* civilístico, o sea, el concepto, se vuelve productivo, se apareja con otros de su especie y prolifera”²².

En el caso de Dworkin, nos sale al paso otra analogía interesante. En su *Law's Empire*, el autor inglés desarrollaba un importante paralelismo entre el Derecho y el arte. Más concretamente, entre la interpretación jurídica y la artística. Se trata de una posibilidad de análisis que ya había propuesto Gadamer y que, desde luego, se sitúa en un enfoque distinto al de la anterior metáfora de Jhering. Mientras que éste comparaba al jurista con el artista, en tanto que ambos participaban de actividades creativas –el artista produciendo obras de arte y el jurista forjando conceptos jurídicos–, Dworkin establece el parangón entre el jurista y el crítico de arte²³. No obstante, creo que ambas metáforas coinciden en una sensibilidad común respecto al Derecho. Posiblemente, el énfasis en el papel creativo del jurista es mayor en Jhering que en Dworkin, pero ambos parten de una noción constructivista de la ciencia jurídica –de hecho, los dos utilizan el concepto de “constructivo”, el alemán refiriéndose a la ciencia jurídica y el inglés a la interpretación–. Además, quizá tampoco sea casual que Dworkin aluda a la “hipótesis estética” para referirse a la ligazón entre los dos ámbitos²⁴, mientras que Jhering apelase al motivo “jurídico-estético” de la ciencia jurídica²⁵.

A la propuesta de Dworkin subyacía la pretensión de incluir la interpretación jurídica y, con ello, la ciencia y la teoría jurídicas, en una parte del discurso práctico en general, exactamente igual que lo hará Alexy en su *Teoría de la argumentación*. Con ello, estaba intentando diluir la distinción entre el Derecho y la moral que tan central había sido para el universo iuspositivista. En este sentido, se trataba de pasar a segundo plano el vínculo entre Derecho y poder –que también estaba en la base del positivismo– para aproximarse de nuevo a la tradicional relación entre el Derecho y la moral –más propia de la reflexión iusnaturalista–²⁶. Aderezado con el fundamento epistemológico de

²¹ 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. 364-374.

²² JHERING, Rudolf von, “Erster Brief”, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 4. Aufl. [1891], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 7.

²³ Vid. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986, pp. 55-62. Sobre el tema vid. BONORINO, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2003.

²⁴ DWORKIN, Ronald, “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, nº 9 (1), 1982, pp. 179-200.

²⁵ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 10.

²⁶ PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 29 y ss.

la hermenéutica gadameriana, semejante empeño cobraba aires de modernidad y lograba atacar al positivismo, sin por ello caer en un rancio retorno al iusnaturalismo *tout court*. Frente al modelo imperativista de Austin y frente al modelo de reglas de Hart, Dworkin proponía un replanteamiento del Derecho en términos de interpretación. Y así, de la mano de la comparación con la literatura o el arte, mitigaba los aparentes excesos de los positivistas: antes que imperativo o regla, el Derecho es un agregado de principios y de conceptos, que se sopesan en un ejercicio hermenéutico colectivo.

El propósito de Jhering no es el mismo exactamente, pero coincide en muchas cosas con las teorías principialistas. Su principal caballo de batalla era la superación de las lagunas y las antinomias, la génesis de un sistema jurídico cuasi perfecto, en el que los conceptos pudieran nutrir una perpetua auto-integración del Derecho. En Dworkin o Alexy este papel lo cumplen los principios. En Jhering este proceso se equiparaba al del artista, sobre la base de un método dialéctico con raíces en la metafísica hegeliana y en el idealismo alemán de la primera mitad del XIX. En Dworkin este proceso sucedía de forma similar al de la crítica artística, sobre la base de un método constructivo enraizado en la hermenéutica gadameriana. Pese a las inevitables diferencias de contexto, por lo tanto, se trata de apuestas teóricas similares. La diferencia más importante reside en que el inglés está pensando en un modelo jurídico anglosajón, en el que la *jurisprudencia* goza de un extraordinario protagonismo, mientras que Jhering pensaba en un modelo de corte germano, donde es la *doctrina* quien ostenta la voz cantante²⁷.

La consecuencia de ambos enfoques, pese a la notable diferencia de culturas jurídicas para los que fueron creados, es una notable marginación de las consideraciones políticas y sociales a la hora de pensar sobre el Derecho. Una vez que se dispone de un aparato de conceptos o principios, insertos en el ordenamiento y dotados de vida propia más allá de las directrices del legislador –no es casual que el primer Jhering hablase de “cuerpos jurídicos”²⁸–, la doctrina de las fuentes queda condenada a un circuito cerrado. Desde ambas posturas, mediante artificios de diverso género, se niega que sea necesario el reenvío a la sociedad para determinar las fuentes del Derecho. Y esto, que les sucede tanto a los principialistas como a los conceptualistas, es algo que puede criticarse desde el giro emprendido por el segundo Jhering. Paulatinamente convencido de lo absurdo del método “formalista o dialéctico”, y de la paralela necesidad de iniciar una senda

²⁷ CAENEGEM, Raoul C. van, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987, pp. 67-112.

²⁸ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., p. 10.

“realista o teleológica”²⁹, Jhering comenzó a renegar de sus convicciones anteriores. Así, se afanó por restablecer un puente de comunicación entre el Derecho, la política y la sociedad, que después serviría de trampolín a las diversas concepciones sociojurídicas que salpicaron la primera mitad del siglo XX: la jurisprudencia de intereses, la escuela del Derecho libre, la jurisprudencia sociológica de Pound, etc.

A su modo de ver, era necesario desembarazarse del romanticismo en que caían las propuestas de la jurisprudencia conceptual. Por un lado, había que contestar la falsa entronización de la lógica en que se incurría desde semejantes posiciones, en el elogio de la argumentación jurídica y en la pretensión de corrección –por utilizar uno de los lemas de la actual propuesta de Alexy³⁰– en que parecía sostenerse la noción de sistema que se manejaba desde sus filas. Por otro lado, era menester despojarse del idealismo en que se caía con las metáforas artísticas que él mismo había contribuido a popularizar. Y en esta empresa de “mundanización” de la ciencia jurídica, precisamente, yacía la convicción de que era necesario atender al lazo entre política y Derecho. Las analogías con el arte, en las que tanto se había prodigado la escuela histórica, no lograban sino enmascarar la realidad, mucho menos amable de lo que evocan tales metáforas: “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”³¹.

En esta última fase, Jhering ha terminado rechazando la posibilidad de construir un sistema jurídico. Ni el enfoque propio del *sistema interno* –es en la misma naturaleza del Derecho donde cabe encontrar el principio rector que da orden al conglomerado de preceptos e instituciones– ni el del *sistema externo* –el sistema se logra mediante la imposición de un principio ordenador desde fuera– habían conseguido satisfacer su búsqueda del anhelado criterio. Así las cosas, concluía el último Jhering, lo único que cabe pensar es que el Derecho se alimenta de *finés sociales contingentes*³². Frente a la creencia en un sistema todopoderoso, que él mismo había compartido antes, el alemán

²⁹ JHERING, Rudolf von, *Der Besitzwille. Zugleich einer Kritik der herrschenden juristischen Methode* [1889], Scientia Verlag, Aalen, 1968, pp. IX-X.

³⁰ Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 208-211.

³¹ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, hrsg. und mit einem Anhang versehen von Hermann Klenner, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1992, p. 12.

³² LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, en AA. VV., *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 142-154.

se convenció de que existían casos sin solución. Precisamente, desde este punto de vista, se afanó en la elaboración de un libro de casos prácticos, destinado a la docencia del Derecho: *Casos de Derecho civil sin solución*³³. Con ello, a la vez que introducía por primera vez el sistema de prácticas en la universidad, llamaba la atención sobre algo que parece negarse desde las teorías de la única respuesta correcta: que el Derecho, en muchas ocasiones, está preñado de una inevitable discrecionalidad.

Así pues, como ya afirmó Hart a lo largo del siglo XX, las fuentes del Derecho siempre serán de naturaleza social. El propio Hart se refería al legado del alemán en términos concomitantes con los que se acaban de exponer. En su opinión, sus logros fueron básicamente cinco: 1) haber censurado la consideración de los conceptos en abstracto respecto a las condiciones en las que han de ser aplicados; 2) haber criticado la ceguera frente a los intereses sociales e individuales que deben tenerse en cuenta para la formación de conceptos jurídicos; 3) haber atacado la típica separación conceptualista entre la *esencia* de un concepto y sus *consecuencias* reales; 4) haber denunciado la tendencia a ignorar los propósitos del Derecho; y 5) haber repudiado la equivocada asimilación entre la ciencia jurídica y la matemática³⁴. Con estos ingredientes, Jhering habría logrado espolear una reflexión pragmática sobre el Derecho, que llegaría a influir al juez Holmes y a Roscoe Pound. La diferencia con éstos, a su modo de ver, tenía que ver con el destinatario de la crítica: la judicatura en los dos últimos y la Academia en Jhering. Sea como sea, concluía por fin Hart, este segundo Jhering se acercaba mucho al espíritu de la moderna jurisprudencia analítica: frente a la gestación especulativa de conceptos sin sustento fáctico, había que considerar a éstos en su desenvolvimiento efectivo, como productos íntimamente unidos a la vida real.

Dada la inevitable limitación de espacio, no cabe desarrollar mejor las ideas del segundo Jhering y la crítica desplegada contra sus convicciones juveniles. No obstante, al menos como sugerencia, quizá convenga cuestionarse algunas ideas de las doctrinas principialistas. Si ya hace más de un siglo que el gran conceptualista, Rudolf von Jhering, terminó desechando posiciones que se asemejan tanto a las citadas teorías, ¿no convendría preguntarse si no se estará exagerando con la retórica de los principios? ¿No se habrán replanteado cuestiones que ya tiempo atrás se sostuvieron, y que ya entonces fueron rechazadas? Sorprende que en la historiografía de los últimos años se hayan

³³ JHERING, Rudolf von, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen (Zum akademischen Gebracuh bearbeitet und hrsg. von Rudolf Jhering)*, 2. wesentlich veränderte Aufl., Mauke's Verlag, Jena, 1870.

³⁴ HART, Herbert L. A., "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit, pp. 68-78, especialmente 68-69.

venido recuperando aspectos del pensamiento de Puchta³⁵. Según algunas tendencias, éste habría quedado postergado por una recepción acrítica del segundo Jhering, que vino a orquestar una campaña de descrédito contra la pandectística y que consiguió sepultar una obra rica e inteligente como la de Puchta. Creo que esta relectura de la historia, que corre paralela con el auge de las teorías principialistas, tropieza en errores ya superados. Esperemos que el rumbo vuelva a enderezarse, y que la filosofía jurídica restaure el viejo vínculo perdido entre la sociedad y las fuentes del Derecho.

³⁵ Vid. HAFERKAMP, Hans-Peter, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004; MECKE, Christoph-Eric, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, V&R Unipress, Göttingen, 2009; JAKOBS, Horst Heinrich (Hrsg.), *Briefe an Gustav Hugo*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2009.