

IHERING

I

Hace ya algunos años, en 1881, publiqué una traducción española del celeberrimo folleto del ilustre Ihering, sobre *La lucha por el derecho*. La traducción llevaba al frente un hermoso prólogo, debido a la pluma del eminente escritor don Leopoldo Alas. Fué entonces la vez primera que en España se publicaba algo del insigne jurisconsulto alemán. Entonces, considerando cuán conveniente sería para la cultura jurídica de nuestra patria facilitar el conocimiento de los preciosos libros de Ihering, intenté traducir y publicar otras obras, tales como el *Espíritu del derecho romano*, *El fundamento de la protección posesoria*, y quizá hasta *El fin en el derecho*; pero circunstancias que no son del caso especificar, me impidieron realizar tal deseo. No era sin duda la oportuna ocasión aquélla. Ihering, en España, no era apreciado tanto como hoy empieza a serlo. Por fortuna, si yo no pude publicar el *Espíritu del derecho romano*, ese gallardo monumento jurídico, no faltó quien más adelante llevara a feliz término tal empresa, y puede ya nuestra juventud universitaria, que, desgraciadamente, no suele manejar con libertad ni el francés, leer las soberbias y atrevidas lucubraciones del profesor de Goettinga en nuestra propia lengua. Ahora enriquecese la escasa producción literaria jurídica en España con una obra más de Ihering, obra que en cierto sentido completa el *Espíritu*

del derecho romano, y que, por otra parte, contiene una de las más atrevidas concepciones jurídicas de nuestro autor.

En efecto, Ihering, como él mismo declara en sus estudios sobre la teoría de la posesión, acomete con valentía y firmeza una empresa arriesgada y difícil, que exige un valor a toda prueba, puesto que atacando concepciones e ideas muy admitidas, y que fueron obra principal de uno de los pensadores más geniales y más afamados y seguidos de nuestro tiempo, Savigny, se corre gravísimo riesgo de no ser oído y aun de no merecer serlo. Con el vigor y honrada sinceridad que son características en Ihering, expone esta situación crítica suya en el prefacio a su monografía acerca de *La Voluntad en la posesión* (1). «Quien quiera combatir, dice, una falsa tendencia, debe buscar a aquel que primero le ha seguido y el terreno donde ha comenzado a seguirla. Por esta razón he elegido a Savigny, y la teoría de la posesión, tanto en mi obra anterior sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, como en la presente. Se refutan las opiniones falsas, pero se *combaten* las tendencias falsas. Ante las primeras, basta oponer la verdad al error: la susceptibilidad personal o la presunción tan sólo pueden introducir un estilo y un tono impropios de la polémica científica con el adversario. Ante las segundas, por el contrario, es preciso más: quien quiera combatir debe empuñar las armas y debe elegirlas tanto más cortantes cuanto el enemigo es más temible. Su intención es de acabar con su adversario. Si no lo logra, él mismo sucumbirá, y todos sus esfuerzos no harán más que agravar la derrota. Tal es la suerte que yo corro. Tengo plena conciencia de haber puesto

(1) *Besitzwille*. Jena, 1889. Un resumen muy completo de la teoría de la posesión, de Ihering, está en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad, Elster, etc., palabra *Besitz*, por Ihering, 1899.

mi nombre científico a prueba, de una manera tal, que si las críticas y acusaciones que he lanzado contra Savigny no son fundadas, mi nombre sufrirá quebranto irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá fácilmente censurarme como ingrato, aun sin tener en cuenta el homenaje que yo rindo plenamente a los méritos de Savigny» (1).

* * *

La obra de Ihering, sobre la Posesión, como en general su *Espíritu del derecho romano*, tiene ciertamente un carácter muy interesante, en cuanto suponen en el momento crítico por que la formación actual del derecho positivo atraviesa, ese trabajo de renovación, o mejor, de revisión de las instituciones jurídicas, tan necesario, si no hemos de *entastillarnos* en unas fórmulas jurídicas hechas bajo condiciones muy distintas de las que hoy se imponen a la vida. El derecho, como norma social, como contenido más o menos íntimo de las instituciones *jurídicas*, corre el gravísimo riesgo, que mil veces apunta Ihering, de cristalizarse en formas fijas e invariables, mientras el torrente avasallador de las nuevas necesidades sigue su curso, buscando sus fórmulas flexibles y transitorias en esferas y disciplinas que no tienen nombre de derecho. Bastaría estudiar, por ejemplo, el articulado de los Códigos civiles modernos, para comprender cuán justificada, cuán imprescindible es la tarea de Ihering, cuán necesitados andamos de esas revisiones de las teorías admitidas, y cuán fecunda puede ser otra tarea del mismo autor, la cual consiste en vivificar la crítica y la investigación del derecho romano formalista y hecho de suyo; pero más formalista y acabado en las concepciones de sus expositores, con el soplo de

(1) Prefacio de la obra citada sobre *La Voluntad en la posesión*.

las tendencias expansivas y realistas que dominan en las ciencias modernas.

Ya he manifestado que este espíritu de renovación y de crítica se ofrece por modo especial e intensivo en la obra que hoy se publica en español. La institución jurídica de la posesión es, en verdad, objeto de un análisis detenido y detalladísimo por parte de Ihering. La construcción romana en sí misma, y tal como la interpretan los romanistas más conocidos, principalmente Savigny, se estudia y critica de una manera admirable, como ha de verse. Los textos del antiguo Derecho aparecen vivificados por el luminoso examen del espíritu moderno, por la interpretación real y directa de quien concibe en vivo el derecho, de quien no se para en la letra y procura desentrañar su sentido, porque ve tras ella un alma, una carne y una sangre, que han vivido la vida imperfecta y absolutamente condicionada del hombre...

Pero no es mi propósito detenerme a estudiar la teoría de la posesión que Ihering expone como consecuencia de su *revisión* de la teoría de Savigny y de su nueva y original interpretación del derecho romano. Trabajo es éste que se hace en las notas con que se aumenta la versión española. Creo, por otra parte, más conveniente aprovechar la ocasión que nos ofrece la publicación de este libro, para decir algo sobre el mismo Ihering, sobre sus teorías jurídicas, investigando los caracteres de tan saliente personalidad científica, e indicando sus tendencias, sus ideas generales, sus métodos, sus aspiraciones en la ciencia del derecho, y hasta, si es posible, la índole particular de su espíritu poético, de verdadero artista, que ve desde muy alto las cuestiones. Todo ello, además, explicará la posición especial que, en el movimiento contemporáneo de la Filosofía del derecho, ocupa nuestro autor.

II

De un autor de la importancia de Ihering pueden hacerse dos diferentes indicaciones biográficas: las unas, que se dirigen a señalar la posición social del mismo, lo cual, además de satisfacer cierta curiosidad muy fundada, contribuye no poco a explicar la influencia que tenga o pueda tener sobre sus contemporáneos y hasta su manera de ver muchas cosas, y las otras, que se dirigen principalmente a señalar los caracteres de su espíritu científico, y a determinar el valor y alcance de su esfuerzo en la esfera del saber a que se ha dedicado.

Al presente, como de lo que se trata es de dar a conocer en España la obra jurídica de Ihering, impórtanos sobre todo el segundo aspecto de la cuestión; verdad es que no puede en absoluto prescindirse del primero. Pero acerca de éste nos hacen falta recoger muy pocos datos. Ihering nació en 1818, en Aurich (antiguo reino de Hannover). Desde los primeros pasos de su vida científica se manifiesta con vocación el estudio del derecho. A él dedica en su vida el esfuerzo poderoso y constante de su privilegiada inteligencia. De las dos direcciones que el cultivador del derecho puede seguir, a saber, la de la aplicación práctica y al día en los tribunales, o la de la investigación científica, más la tarea de la enseñanza y educación de la juventud: Ihering sigue al parecer esta última. A partir de los veinticinco años, en que es ya *privat docent* en la Universidad de Berlín, pertenece a la enseñanza universitaria. En la cátedra vierte las luminosas teorías que luego ordena y expone en los libros, y desde la cátedra ejerce su personal influjo en la formación actual de la ciencia del derecho. Y debe de ser este influjo grande, porque Ihering, profesor a la alemana, en el recto

sentido *pedagógico* que esto supone, no es el profesor-orador que en España priva, no es el catedrático que se limita a exponer dogmáticamente, no, Ihering es el profesor que intima con sus alumnos, que trabaja al lado de ellos. Su *Seminario* jurídico, verdadero laboratorio donde se estudia práctica y positivamente el derecho, tiene fama universal (1).

En 1872 Ihering aceptó una cátedra en la Universidad de Göttinga. Desde esa fecha vive y trabaja en tal Universidad, a la cual acuden cuantos quieren orientarse en la Filosofía del derecho. Y he aquí un dato importante. En diferentes ocasiones le fué ofrecido un puesto en las grandes Universidades de Berlín, Leipzig, Heidelberg. Tales ofertas no le sedujeron. Con vocación decidida al estudio del derecho, y queriendo consagrarse por entero a la ciencia, prefirió la vida tranquila y ordenada de la ciudad universitaria, a la vida más movida y brillante de aquellos centros de población. En pago de esta señalada devoción a la ciencia, y como prueba de un aprecio extraordinario al profesor insigne, no ha mucho, el 22 de Agosto de 1888, la patria rindióle alto tributo de admiración, celebrando grandioso jubileo en su honor. Ihering cumplía entonces setenta años (2).

(1) Véase mi libro sobre *La enseñanza del Derecho en las Universidades*.

(2) Impreso, compuesto y hasta publicado este estudio en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, leemos en un periódico que ¡el insigne Ihering ha muerto! Era, como dice uno de los periódicos en que leímos tan fatal noticia, el primer jurisconsulto, quizá, de Alemania; la ciencia del Derecho pierde en Ihering, que deja por terminar su obra más transcendental (*El fin en el Derecho*), uno de sus representantes más insignes. Luto riguroso debe vestir sin duda. No pudiendo transformar el presente estudio, para apreciar la obra ya desgraciadamente concluída de Ihering, nos limitaremos a rendir desde aquí sincero homenaje a la memoria del ilustre escritor

De todas estas rápidas indicaciones, una conclusión nos importa. Ihering es un hombre dedicado con alma y vida a la ciencia del derecho. Esto explica lo amplio, lo completo de su obra jurídica. Mas para explicar mucho de la índole especial que, según veremos, reviste ésta, es preciso anotar otro dato. Ihering fué un romanista decidido. Según se desprende, no tanto de su misma teoría cuanto de algunas indicaciones que pueden recogerse en sus libros, debió ser Ihering al principio un discípulo de Savigny, un continuador del espíritu de la escuela histórica. Verdad es que luego se convierte en franco y leal adversario, ya de Savigny, de Puchta y Bruns, cuyas ideas combate, por ejemplo, en la *Teoría de la posesión*, ya de la escuela histórica como tendencia jurídica, cual puede verse en *La lucha por el derecho*, y en algunos pasajes del *Espíritu del derecho romano*; pero esto no importa para que se deban explicar ciertas trabas que sujetan a Ihering, y le hacen ver el derecho de cierta manera excesivamente material y egoísta, por el influjo que en su educación jurídica ejerce el estudio del derecho romano y la preparación de sus ideas fundamentales bajo la acción de los entusiasmos ardorosos de los partidarios de la escuela histórica en pro de aquella admirable construcción *lógica* de un derecho *racional*, que es la grande obra del pueblo rey.

III

Considerada la producción literaria jurídica de Ihering, se ofrece al pronto con extraordinarias proporciones, y sin orden y trabazón lógicas. Compónenla publicaciones jurídicas todas, pero de muy diverso carácter. Por una parte, tenemos disertaciones aisladas e independientes sobre puntos importantes del

derecho, ya de derecho romano, ya de derecho positivo alemán, ya de índole más general y con un fin de propaganda científica. Por otra, tenemos obras de proporciones verdaderamente monumentales, pero de índole *al parecer* diversa, pues mientras una tiene un carácter marcadamente histórico, o al menos filosófico histórico, y se refiere a un determinado derecho positivo (el romano), otra es, por el contrario, una obra de carácter filosófico, un verdadero tratado de Filosofía del derecho (I).

Para nuestro fin inmediato, las obras que más importan, son las dos últimas a que acabo de aludir, a saber: el *El espíritu del derecho romano* y *El fin en el derecho*. Ahora bien; a pesar de su opuesto carácter y del diverso contenido, se pueden establecer entre ellas lazos tales de relación, resultado sin duda de un cri-

(1) He aquí una nota detallada de las obras de Ihering según una indicación del traductor francés de la *Lucha por el derecho*, señor Meulenaere: *De heriditate possidente*, 1842. - *Abhandlungen aus dem Römischen Recht* (Disertaciones de Derecho romano, que comprende tres muy interesantes), 1844; *Civilrechts fällen ohne Entscheidungen* (Cuestiones de derecho civil sin solución), 1847. - *Jurisprudenze im täglichen Leben* (Jurisprudencia de la vida diaria), 1870. Una porción de disertaciones publicadas en el *Anuario de dogmática del derecho privado romano y alemán actual*. Ihering las coleccionó en tres gruesos volúmenes; de ella forman parte las monografías sobre la Posesión. *Geist der römischen Recht* (*Espritu del derecho romano*), cuatro volúmenes por terminar, 1877-88. Hay traducción española.—*Das Schuldmoment im Pömischen Privatrecht*, 1867. (La falta en derecho privado romano).—*Der Kampf um's Recht* (La lucha por el derecho), 1889. Última edición. Hay traducción española.—*Der Zweck im Recht*, 1877-86 (*El fin en el derecho*), por concluir; falta el tomo 3.º.—*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (es un escrito humorístico y satírico, en que trata de algunas cuestiones de derecho), 1889.—*Der Besitzwille* (*La voluntad en la posesión*), 1889.—*Besitz*, 1889, en el *Diccionario de ciencias políticas*, de Conrad y otras.

terio unitario personal en el autor, que no es aventurado afirmar que ambas obras se completan, y que ambas indican el admirable génesis de una grandiosa concepción jurídica; tan grandiosa, que quizá puede reputarse, con ciertos distingos y limitaciones, como la que mejor refleja la actual situación crítica del pensamiento científico y de la misma conciencia popular en lo tocante al derecho.

El Espíritu del derecho romano, resultado de una revisión de los fundamentos del derecho positivo de Roma, hecha a la luz de una crítica con procedimientos ignorados de Savigny y bajo la preocupación en que todo espíritu serio y honrado vive respecto de lo inseguro de los principios transcendentales en que el derecho descansa, refleja de un modo exacto, por una parte, las nuevas aspiraciones, hijas de nuevas necesidades que el derecho romano no puede satisfacer; por otra, la tendencia irresistible del sentido realista que rompe de pronto con los formalismos lógicos en que se encastillaban los antiguos romanistas. Además, el *El espíritu del derecho romano* es, con respecto al mismo Ihering, la revelación literaria del proceso interno que sigue el espíritu científico del insigne profesor al formarse, y mediante el cual se elaboran los conceptos jurídicos fundamentales, cuyo desarrollo constituye el contenido riquísimo de la otra obra que dejo citada: *El fin en el derecho*. Por eso decía que ambas se completan, y aún añadiré que no se tiene cabal idea de la concepción jurídica de Ihering sin conocer ambas, pues contrayéndose el estudio a la primera, no aparece claro el aspecto ético que Ihering asigna al derecho, y limitándose el estudio a la segunda, no es fácil explicar cómo Ihering, que ve ese aspecto ético del derecho, considera a éste sólo como un fenómeno y función sociales, como una tarea del Estado. Es preciso penetrar muy en el pensamiento íntimo del autor para

dar el valor que realmente tienen sus palabras y sus ideas en *El fin en el derecho*, y tener en cuenta que el autor de este gran libro es el romanista de el *Espíritu*, para comprender las contradicciones a que aludo.

IV

Antes de intentar exponer las principales ideas jurídicas de Ihering, conviene definir ciertos caracteres de su personalidad, digámoslo así, *literaria*: pues por raro privilegio de la fortuna, Ihering es un jurista que tiene dentro un literato... hasta un poeta... Ihering, en verdad, distínguese de la generalidad de los juristas y de los escritores que suelen hablar del derecho, porque es un verdadero *artista* del derecho. El derecho se ofrece a su espíritu con un aspecto poético. No es sólo objeto de estudio, no es materia de discursos y de códigos y de textos, es objeto del sentimiento, es alimento del alma, es tema lleno de armonías, algo que conmueve las fibras más delicadas del corazón. Ihering se entusiasma con aquel entusiasmo que nace de la contemplación estética, ante el espectáculo que ofrece el derecho en la realidad.

¡Ah! Y es éste un mérito extraordinario. Infundir en los textos muertos, en las expresiones prosaicas del derecho escrito, en las leyes, el espíritu de quien sabe sentir las papitaciones vivas de una existencia animada y fecunda, romper con la rutina que reduce el estudio del derecho a razonamientos lógicos, llenos de aspereza y sequedad, sin alma, sin sangre... es algo que merece notarse por lo poco común.

Pero aún hay más. Probablemente, en virtud de esta índole poética de su espíritu, Ihering ha llegado a ver el derecho como

lo ve, como un todo orgánico que se transforma según la ley del medio, que cambia con las necesidades fundamentales de la vida, que no se contiene ni agota en fórmulas insustituibles. Esto le ha inducido, sin duda, a estudiar el elemento dramático del derecho al realizarse (1), y a poner de manifiesto los grandes conflictos jurídicos que hay siempre en los más grandes y poéticos conflictos humanos.

Muchas páginas pudiéramos citar en el *Espíritu del derecho romano*, en las cuales es preciso señalar al lado del razonamiento del historiador, de la sutileza del jurisconsulto, ese entusiasmo del poeta, del que ve, a través de los documentos, al hombre vivo con todas sus pasiones buenas y malas. La pintura del *Estado romano*, el aparecer del derecho en la vida social, la determinación de los estímulos y motivos del derecho (toda una psicología jurídica), y otros temas mil, están tratados por Ihering de un modo que seduce y atrae, como atraen y seducen las obras de un literato verdadero. No quiero alargar demasiado este estudio, copiando aquí muchos pasajes de Ihering; pero no puedo menos de hacerlo de uno en que se revela extraordinariamente esa cualidad que en él señalo. Acomete el insigne escritor el gravísimo y obscuro problema «de arrancar al derecho antiguo la palabra de su origen y de su fin» (2). Ihering experimenta aquel placer extraño que experimenta todo el que ama lo misterioso e indeciso de la vida humana en los comienzos de la historia, y exclama: «Sí, yo siento un encanto indecible al copiar la marcha del espíritu humano a través de las vías más oscuras de su actividad prehistórica: gusto de descubrir esas galerías en ruinas que el tiempo ha interrumpido, y que abrió paciente-

(1) V. *La lucha por el derecho*.

(2) *Espíritu*, etc., t. IV, pág. 306.

mente la mano de los hombres. Mi espíritu se exalta al sorprender y revelar la prueba de que miles de años ha, en ese mismo lugar, reinaba una incesante y laboriosa actividad, elaborándose una creación circunspecta y juiciosa, que ese mundo subterráneo del derecho, con sus fundaciones profundas, no es la obra de una potencia natural, ciega, sino el hecho libremente querido, y la gloria del pensamiento de los hombres»...

*
* *

Decía que, probablemente, esa cualidad poética que existe en Ihering, habrá influido muchísimo en su manera de ver el derecho. Lo que se puede asegurar es que gran parte de las críticas acerbas de nuestro autor contra los excesos de formalismo jurídico, contra el predominio del aspecto *lógico* en el razonar teórico de los jurisconsultos, y aun en la *concreción* de las instituciones, sobre el aspecto real que nace de la imposición diaria del estímulo (fin), de la necesidad variable y del momento, se explica, en virtud de su tendencia a concebir el derecho, como carne de nuestra carne, como vida de nuestra vida, como fin querido de una serie inmensa de luchas y de esfuerzos. Mientras el derecho sea como «se lee en muchos libros recientes, no más que una creación de la dialéctica jurídica, para cuya inteligencia no son necesarios los puntos de vista prácticos (1), el derecho no puede concebirse como elemento sustancial de la vida, con su aspecto animado y bello, con su armonía íntima, con sus procedimientos dramáticos, con todo, en fin, lo que es base de su posible consideración estética.

(1) Obra citada, t. IV, p. 309.

V

Una exposición detenida de la obra jurídica de Ihering no es posible hacerla aquí. Necesítase para esto un espacio del que no disponemos, por muy amplias que fuesen las proporciones que a este estudio se quisieran dar. Por eso, prescindiendo de muchas cuestiones, importantísimas, sin duda, he de contraer mi atención a indicar cuál debe de ser el concepto del derecho de Ihering, procurando señalar su posición en el movimiento jurídico contemporáneo.

En Ihering hay una grandiosa y original *intuición* del derecho, en lo que tiene éste de esencial y de todos los tiempos, que no se ha desarrollado en toda su rica plenitud y de un modo natural, orgánico, por dos causas quizá, a las cuales ya he aludido antes, a saber: 1.º Por el predominio en el jurisconsulto del estudio del derecho romano. La educación jurídica de Ihering es la de un verdadero romanista, y el derecho romano, con sus fórmulas, con sus soluciones hechas para todos los problemas de la práctica del derecho, no es la mejor escuela para poder elevarse a una concepción ideal, abierta siempre, del derecho, como principio vital y fecundo, y eternamente adaptable a las más diversas condiciones. Ciertamente que Ihering rampe, según hemos visto, con el criterio formalista y proclama el empleo de un método realista de investigación; pero esto no obsta para que el influjo de los estudios históricos del derecho romano se deje sentir, v. gr., en el predominio que en su idea del derecho tiene el elemento económico, el lado del fin y del estímulo. 2.º Por la importancia que da al aspecto social del derecho, Ihering no entra directamente en el elemento interno del derecho que excluye del mismo y define como característico de la *mo-*

ral. Para él el derecho es siempre función y fenómenos sociales, que encuentran su encarnación viva en el Estado.

Pero, y he aquí la gran dificultad que existe para interpretar debidamente el concepto del derecho de Ihering, no puede decirse que éste se queda como encallado en el concepto reinante, genuinamente kantiano del mismo, según el cual el derecho es mera relación exterior, social, para hacer posible la coexistencia de las libertades mediante el empleo de la coacción. No; Ihering, por de pronto, exige al derecho un contenido, que es el estímulo, en virtud del cual el derecho se produce. En su crítica admirable de la teoría de la voluntad (1) rechaza las definiciones todas (2) que hacen consistir el derecho en la mera facultad de obrar o de obligar, abogando por la necesidad de darle un elemento *sustancial*, que en su sentir no es otro que el de la *utilidad* o el *provecho*, y un elemento *formal*, que es la *protección*, la *garantía*, llegando a afirmar que los *derechos son los intereses jurídicamente protegidos*. En otro lugar, inspirándose en Krause, Ahrens y Röder, advierte, contra los que no ven lo esencial del fin en el derecho, que cuando se reconocen derechos al niño o al loco, «no es en atención a su capacidad posible, ni depende esto del capricho arbitrario del legislador; como todo ser humano, llevan sus derechos escritos sobre su

(1) *Espritu del derecho romano*, t. IV.

(2) Las definiciones que copia Ihering son las siguientes: «La facultad de poder hacer nosotros mismos una cosa o de exigir de otro que él haga u omita una cosa para nosotros (Mackeldey, Seuffert). Facultad de obrar o abstenerse (Mühlenbruch). La facultad fundada sobre una regla válida de obrar libremente y de una manera determinada sobre el mundo exterior (Wening-Ingenheim). Derecho y facultad de coacción significan la misma cosa (Kant). El derecho es la posibilidad de la coacción garantida por la ley (Thibaut).—V. *Espritu del derecho romano*, t. IV, párrafo 70 y nota 486.

frentè. Las necesidades humanas de toda especie, esta fatalidad de la naturaleza animal del hombre, y el que todos los derechos subjetivos tienen por primer fin satisfacer en la forma asegurada por el derecho las necesidades de la vida, no se imponen con más autoridad a una persona que a otra. Lejos de eso, cuanto menos capaz es una persona para atender a esas necesidades, más grande es respecto de ella la misión del Estado» (1).

Como se ve, en este pasaje hay esa gran intuición, a que aludo, del contenido necesario del derecho: el bien, y de las condiciones en virtud de las cuales este *bien* determina por sí mismo la obligación. Pero Ihering prescinde de esto más tarde, y tanto en el *Espiritu del derecho romano*, como en *El fin en el derecho* (sobre todo en éste) (2), atiende casi siempre, en la relación jurídica, al lado de la exigencia, principalmente, y asigna como caracteres esenciales del derecho los formales y externos, por virtud de los cuales el derecho es norma impuesta desde afuera, en defensa de las exigencias o fines (que estimulan a vivir) por el Estado, y cuyo cumplimiento constituye la condición de la existencia de la sociedad (3). Así llega a afirmar: 1.º Que lo que promueve la existencia del derecho, lo que nos estimula

(1) Obra citada, t. IV, pág. 323.

(2) *Der Zweck im Recht*, t. I.

(3) La rectificación de este sentido, que ya se advierte también en *La lucha por el derecho*, se hace de un modo contundente por Leopoldo Alas en el Prólogo a mi traducción española de este folleto, especialmente en las páginas XIX y siguientes. Para comprenderlo bien, debe verse *El derecho y la moralidad* del mismo señor Alas, y para completar el estudio de la tendencia a que responden las ideas que este escritor sostiene, debe consultarse Giner, *Derecho natural, Curso de Filosofía del derecho y Notas a la trad. esp. de la Enciclopedia jurídica* de Ahrens, especialmente T. I. Puede verse también *Ideas de la humanidad*, de Krause, por Sanz del Río, y también *La idea del derecho*, Röder, trad. Giner.

a vivirle, según él, no es sino el deseo de la paz social, la necesidad de condicionar la vida de la sociedad. Y 2.º Que el derecho es el conjunto de condiciones de la existencia de la sociedad, aseguradas o garantidas mediante la coacción exterior por la fuerza de que dispone el Estado. Sólo teniendo en cuenta que Ihering no prescinde de fijar el fundamento esencial de estas garantías en el respeto profundo a los fines humanos, se puede sostener lo que antes digo respecto a la intuición total del derecho.

Porque, a la verdad, si se prescinde en el derecho de la idea de la *calidad* del fin, y por otra parte se prescinde de la idea de obligación, esto es, que en todo derecho hay frente a un fin racional, un ser que está obligado (y puede estarlo sólo siendo ser de razón) a cumplirlo. ¿Qué queda del derecho? Sólo un mecanismo indiferente, ciego, de adaptación de medios o fines por la fuerza, por la coacción que el Estado ejerce. Ese es el camino precisamente que conduce a los formalismos lógicos, a las cristalizaciones y acartonamientos de los juristas, que Ihering condena.

Por esto, es necesario al definir el derecho sin prescindir de la condición exterior bajo que en determinada esfera puede cumplirse, atender sobre todo al elemento interno, es decir, a la elaboración del mismo en la conciencia, pues sólo fundándose en la conciencia, esto es, sólo apoyándose en la espontaneidad y libertad de los seres de razón, se cumple el derecho.

Lo que hay en Ihering es, que contemplando la producción histórica del derecho, que al principio se ofreció como el *poder material* limitándose a sí mismo en su propio interés, que siempre se revela bajo la forma material de coacción, y expresándose en normas con carácter impositivo y como función del Estado, al determinar a aquél en su idea, no puede prescindir de toda

esta *sugestión* de la historia, y asigna como esencial del *derecho en sí* lo que no es más que condición (necesaria?) de su realización en determinados momentos. Téngase en cuenta, si no, que si prescindimos del fondo, esto es, del contenido del derecho, como relación entre los fines *racionales* de la vida y la *libre* actividad de los seres, en ese caso no hay criterio posible para discernir en la obra del llamado *derecho positivo*, en esas manifestaciones impositivas del Estado, la acción brutal y tiránica del poder y la injusticia que se anida en las leyes, de la realización social del verdadero *derecho*; no hay criterio para discernir, en aquella hermosa lucha de que el mismo Ihering nos habla, tan elocuentemente, en su obra más divulgada y conocida, quién es el defensor de la justicia...

Otra consecuencia de estas limitaciones conque se desenvuelve el concepto del derecho en Ihering, es que éste tiende a ver en él, más bien un orden de provecho, de utilidad, de interés, un orden, en suma, de egoísmo, que de abnegación, de desinterés, de sacrificio. Ahora bien: si consideramos el derecho en la relación, se advierte que lo característico en él es precisamente esto último. En efecto, sólo teniendo en cuenta que hay *quien* se siente *capaz* de obligación, hay relación jurídica posible. Exigencia, finalidad, estímulo para vivir según el principio del egoísmo, existen en el mundo animal, en todo el mundo orgánico; lo que convierte esas exigencias y finalidades en *jurídicas*, es que pudiendo referirse por el engranaje misterioso de la realidad al sistema general de la vida necesaria, dependen en su satisfacción y cumplimiento de la aplicación adecuada de condiciones que están dentro de la esfera de la actividad *libre* de un ser (1). Y cuenta que sólo infundiéndolo esta idea, de que el

(1) V. acerca de esto, Giner y Calderón, *Resumen de Filosofía del derecho*.

derecho, para ser cumplido, depende más del ser de la obligación que del de la exigencia, el cual al exigirlo puede cumplir un deber (lucha por el derecho), sólo infundiendo esta idea, repito, se puede levantar en las sociedades el espíritu jurídico, hartamente caído y frío.

La diferencia fundamental entre la vida racional y la vida de lucha y de combate regida por los estímulos de las pasiones ciegas, está en que la conciencia afirma como ley el derecho; pero no entendido esto como exigencia que no reconoce más que su aspiración a ser satisfecha, sino entendido como orden de abnegación, como sistema de prestaciones y servicios. Se comprende que el espectáculo de la historia humana, con sus luchas, con sus poderes que vienen por la fuerza a establecer, en cuanto es posible, una paz material, un *modus vivendi*, induce a ver el derecho en esa fuerza misma que impone el cumplimiento de los fines a quien no se conceptúa obligado y se niega; pero la reflexión debe procurar vencer tales obsesiones y reobrar, para conseguir que cada vez sea la vida racional más dulce y noble, más expansiva y menos egoísta, inspirándose más en el deber y menos en la exigencia, sobre todo en esa exigencia regulada *a priori* por las leyes o por los Códigos, y que se hace efectiva ante los Tribunales de justicia. ¿Dónde, en verdad, puede darse una idea más pobre, más estéril y limitada del derecho, que esa que toma como norma jurídica de vida las relaciones determinables ante el juez y que tiene como criterio para fijar sus exigencias jurídicas el de que la coacción sea posible? No, el derecho pide más alto ideal, más amplia esfera, más juicio personal, más espontaneidad, más vida interior; pide, sobre todo, una plena posesión de sí, un alma templada, según predica Tolstói, en la gran virtud de la abnegación que prescribe el cristianismo...

Mientras esto no ocurra, el derecho será objeto del comercio vulgar, de disputa de leguleyos y sofistas, capa con que se cubren a nombre de la existencia social y de superiores necesidades de orden... las más bajas y adyectas pasiones, el egoísmo más refinado y cruel. ¡Bienaventurados los que sufren persecución de la justicia!...

No podía Ihering desconocer todo esto; y en su obra *El fin en el derecho* (en el tomo segundo, al final), después de exponer el derecho como hemos indicado, al investigar en la realidad misma su efectucción, y al considerar cuáles soportes deben dársele para que no resulte un mero mecanismo de fuerzas ciegas, y la sociedad sometida sólo al poder coactivo... un rebaño de bestias que obran bien ante el temor del látigo (el Código penal...), señala la interna motivación por la que el hombre espontáneamente va hacia el bien y respeta el derecho... Pero según Ihering, esta indagación sale de la esfera en que el derecho se contiene y cae de lleno dentro de la moral. El amor y el sentimiento del deber (*das Pflichtgefühl*), son pura moralidad... Verdad es que añade que sin ellas el derecho carece de base firme, el derecho no es posible. Hay en todo esto, quizá, algo de cuestión de nombres. La moral, para Ihering, lo mismo que el derecho, tienden a hacer posible la vida social, estableciendo un orden de relaciones de paz, y produciendo sentimientos de respeto y de mutuo auxilio. Pero el derecho, como norma coactiva, es impotente para conseguir lo que ahí se pide. Por mi parte, no llamaré derecho a esa norma coactiva *en sí*, en cuanto ni es eficaz para hacer efectiva la justicia sin un contenido *moral*, ni ella *por sí* implica de un modo necesario que el derecho se cumpla, por ejemplo, cuando el poder coactivo está en manos de un tirano. Lo coactivo, lo exterior, lo formal, la garantía, implican para ser jurídicas que sean *en sí justas*, es decir, que

hay que salir de ellas para que puedan reputarse en el derecho. Lo esencial de éste, está en que al manifestarse la coacción, sea en virtud de hallarse obligado a obrar el Estado; lo cual ocurre cuando la obligación se desconoce por quien primero *debe* cumplirla. Esto, aparte de que si el derecho dependiera para ser cumplido de que fuera posible la coacción por el Estado..., medrado andaría el cumplimiento del derecho (y así anda).

Y siendo esto así, ¿por qué dar nombre de derecho a aquello que no tiene lo característico de la relación jurídica? ¿Por qué denominar moral a aquella esfera interna, íntima, que es precisamente donde se elabora la idea de obligación, y en donde debe iniciarse el espontáneo movimiento del cual *depende siempre* que el derecho se cumpla?

En este punto se ve en Ihering lo que ya indicaba: el influjo del concepto del derecho que impone el estudio del derecho positivo, especialmente del Romano. Sólo a fuerza de querer penetrar en el fondo de la vida humana y de romper con el formalismo jurídico, interpretando los textos y las instituciones, no según los principios lógicos, sino según los estímulos y necesidades de la realidad, llega Ihering a encontrar incompleto el concepto del derecho y a considerar necesario acudir al contenido de la moral...

*
* *
*

Pero no debo insistir más sobre este punto. La posición de Ihering en la Filosofía del derecho resulta bien definida. En lo relativo a la manera de considerarle, Ihering rectifica la escuela histórica y hace esfuerzos admirables para romper con la con-

cepción kantiana, buscando en las inspiraciones de Leibnitz, de la escuela filosófica de Krause, Ahrens y Röder, y aun de Stahl, un complemento, para dar al derecho una base *ética*.

VI

Conviene ahora aludir a otro aspecto modernísimo de la obra jurídica de Ihering, y el cual sirve para acabar de definir su actual posición filosófica. Me refiero al que resulta de la importancia que, según ya he dicho, da nuestro autor a la vida social del derecho. *El fin en el derecho*, que según el propio Ihering, debería llamarse *La Teleología del orden moral en la vida*, tiene como objeto predominante el estudio de la formación del derecho en el organismo social. Considerado aquél como una función fundamental de este organismo, es preciso, dado el concepto, y para comprender la ley de su evolución, atender a las condiciones en que dentro de la sociedad y según sus exigencias el derecho se produce (1). En tal respecto, Ihering puede considerarse como uno de los jurisconsultos que ponen las bases más principales en que ha de apoyarse la futura *Sociología*. Precisamente esta modernísima ciencia en la mayoría de sus más ilustres representantes, carecía de lugar para la concepción adecuada del derecho, como fenómeno que tiene un aspecto sociológico. De ahí que el estudio de Ihering tenga un interés extraordinario para determinar los estímulos reales de la

(1) Este problema, que es el núcleo de las relaciones entre la Filosofía del derecho y la Sociología, se estudia hoy en Italia y en Alemania con gran detenimiento. V. la interesante obra del señor Anzilotti, *Le Filosofia del diritto e la Sociologia*.

vida que provocan la formación del derecho y que condicionan su cumplimiento. En este punto la obra de Ihering, con los estudios de Post, Stein (1), y la gran obra sociológica de Schäffle (2), deben considerarse entre lo más importante que para llevar al derecho las conclusiones y aspiraciones de la Sociología, se ha publicado en Alemania.

Ihering tiene en este respecto un valor particular. Generalmente la Sociología hasta ahora, fué obra de... sociólogos, economistas, naturalistas, en general, de gente preparada en el estudio de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. Falta- ban jurisconsultos. Ihering, que no se propone directamente el problema sociológico, sino el jurídico, por su concepción social del derecho y por la aplicación de un método realista al estudio de las condiciones en que el mismo se produce socialmente, introduce en la Filosofía del derecho los elementos necesarios para darle una base sociológica, y por otra parte prepara el terreno para que la Sociología comprenda todo el valor que los fenómenos jurídicos tienen en la estructura y vida del organismo social. Puede asegurarse que la obra de Ihering será uti-

(1) *La ley natural del derecho (Das Naturgesetz des Rechts)*. La tendencia a que aludimos en el texto, se acentúa en Post en obras posteriores. V. *El origen del derecho (Der Ursprung des Rechts)*, 1876.—*Los comienzos de la vida del derecho y del Estado (Die Anfang des Staats und Rechtslebens)*, 1878.—*Materiales para una ciencia general del derecho fundada en la Etnología comparada (Bausteine für allgemein Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis)*, 2 vol., 1880-81.—*Los fundamentos del derecho y los rasgos generales de su desenvolvimiento histórico (Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte)*, 1884. Debe citarse Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft*, 1876.—(*Presente y porvenir de la ciencia del derecho y del Estado*).

(2) *Estructura y vida del cuerpo social*.

Ísima para la futura concepción sociológica del Derecho y del Estado, y más aún, para la más completa y orgánica formación de la Sociología, que hasta ahora, salvo en Schäffle, no solía tener tan en cuenta como debiera el orden moral y menos el orden jurídico.

* * *

Y no considero oportuno añadir más. El examen de las ideas jurídicas de Ihering queda con lo dicho esbozado apenas; pero no puedo darle aquí mayores proporciones. Quizá tengamos ocasión de volver sobre el asunto, y entonces se procurará insistir acerca de la importancia que, para las relaciones entre la ciencia del derecho y la Sociología, tiene la obra realizada por Ihering. Esa ocasión puede ofrecérsenos pronto, si, como espero, a la publicación en español de la monografía que va a continuación, sigue la de otras no menos interesantes del mismo autor insigne.

ADOLFO POSADA

Oviedo, Septiembre, 1892.