

LA TEORIA DEL DERECHO Y EL PROBLEMA DEL METODO JURIDICO EN OTTO VON GIERKE

«Denn Gierke war, ohne es selber immer klar zu wissen, durch und durch Rechtsphilosoph und vielleicht der grösste Rechtsphilosoph unserer Zeit.»

(G. GURWITSCH, *Logos*, XI, pág. 87.)

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. Pocas veces se habrán visto dos personalidades tan distintas e incluso contrapuestas; no sólo en su estilo personal, sino en las raíces y supuestos de su obra y en las mismas intenciones últimas de su pensamiento. Y, sin embargo, el impulso que ambos dan a la ciencia del Derecho es, puede decirse, coincidente. Como Savigny, a principios del siglo, también ellos cierran una época y abren otra en los modos del pensar jurídico. 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. De igual modo que en ellos se anuncian ya también con clarividencia los problemas metódicos y gnoseológicos implícitos en la nueva concepción del Derecho, sus consecuencias para la práctica y su repercusión en la estructura misma de la ciencia jurídica. Estudiar a Jhering o a Gierke es, por eso, no sólo estudiar una parte viva y actual de nuestro pensamiento jurídico, sino hacerse también claridad sobre sus supuestos, y en último término, sobre sus posibilidades. En la polémica de ambos, sobre todo, con la ciencia jurídica de su tiempo, que es, en lo esencial, una polémica con los esquemas del formalismo jurídico heredado de la ciencia de pandectas, asistimos directamente al primer intento del positivismo por corregir su propia trayectoria y hacer del Derecho un instrumento adecuado a las exigencias de la nueva sociedad industrial europea.

Las páginas siguientes están dedicadas al estudio del pensamiento de O. v. Gierke. Su propósito es trazar las líneas fundamentales que determinan el concepto del Derecho en Gierke, tratando de entender desde aquí el sentido de su crítica al formalismo jurídico. Gierke es, sin duda, uno de los juristas que de modo más duradero han influido la teoría del Derecho contemporánea. El influjo de Jhering es más notorio, porque se ha manifestado principalmente en la dogmática jurídica, a través, sobre todo, de la jurisprudencia de los intereses, pero el pensamiento de Gierke, aunque lentamente y por caminos, a veces, poco visibles, ha impreso su huella de modo profundo en las mismas categorías de nuestro pensar jurídico. Son pocos los trabajos verdaderamente representativos de la teoría del Derecho contemporánea, en los que el conocedor no echa de ver en seguida el rastro de las ideas de Gierke; y no sólo en la ciencia del Derecho continental, sino también, y muy especialmente, en los países del *common law*, donde, desde F. W. Maitland (1), la obra de Gierke es uno de los grandes factores del pensamiento jurídico y político. Dos son los núcleos de ideas de Gierke que de modo más directo y permanente han influido en la teoría jurídica contemporánea. En primer

(1) La traducción por MAITLAND de una parte de la obra de GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, 1968 ss. (Bd. III, § 11, págs. 501-644) y, sobre todo, su introducción a la misma (GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1900) señala, en efecto, el comienzo de la recepción del pensamiento de GIERKE en el mundo anglosajón. De la traducción de MAITLAND hay, a su vez, una traducción francesa (*Les théories politiques du moyen âge*, trad. par J. de Pange, Paris, 1914) y otra española muy defectuosa (*Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Buenos Aires, 1963). Sobre MAITLAND, cfr. H. D. HATZELTIME, en *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. X, New York, 1954, páginas 52 s.

lugar, su concepción del Derecho como fenómeno social, es decir, como potencia autónoma de estructura histórica, producto, no de la voluntad estatal, sino de la realidad concreta de los grupos humanos; es el primer paso en ese tránsito del «subjetivismo» al «objetivismo jurídico», del que su más famoso teórico ha dicho que constituye «la característica esencial de la evolución jurídica durante el primer cuarto del siglo XX» (2). De igual o mayor significación es la idea del Estado, no como organización exclusiva de la vida en común, sino como una asociación entre asociaciones, que, al igual que éstas, sólo abarca y da expresión a una parte de los fines del hombre en la convivencia. Esta idea, desarrollada y llevada a sus últimas consecuencias, constituye el sustrato doctrinal de la gran corriente del pluralismo político y de la teoría de las «*conflicting social obligations*», que de forma tan específica reflejan una de las facetas esenciales de nuestra conciencia jurídica (3). Lo mismo podría decirse de la teoría de Gierke sobre la realidad de las personas jurídicas, o sobre el valor ético del Derecho, sobre la coacción jurídica o sobre las contradicciones del formalismo en la conceptualización jurídica, ideas todas que van a abrir nuevas rutas a la reflexión jurídica. Y, sin embargo, pese a esta significación de la teoría del Derecho de Gierke, su pensamiento ha sido relativamente poco estudiado y es hoy todavía mal conocido. Las razones de ello son probablemente las mismas con las que Savigny explicaba el olvido en que se tenía, ya en su tiempo, la obra de G. Hugo, que, hacía sólo dos generaciones, había revolucionado los fundamentos de la ciencia del Derecho: las ideas verdaderamente originales y constructivas se incorporan tan definitivamente al patrimonio común de la ciencia y se hacen hasta tal punto naturales y evidentes que,

(2) L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., tomo I, París, 1927, página 24.

(3) E.-W. BÜCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder (Schriften zur Verfassungsgeschichte, Bd. I)*, Berlín, 1961, pág. 152, niega contra toda evidencia que Gierke sea un predecesor o un antecedente del pluralismo. El testimonio de los pluralistas nos dice exactamente lo contrario: cfr., por ejemplo, F. W. COKER, «Pluralistic Theories and the Attack upon State Sovereignty», en *A. History of Political Theories. Recent Times*, ed. by Ch. Edw. Merriam and H. E. Barnes, New York, 1924, págs. 88 ss., y KUNG CHUAN HSIAO, *Political Pluralism. A Study in Contemporary Political Theory (International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method)*, London, 1927, págs. 32 ss. Poco o nada aporta al problema, pese a su título, H. KRUPA, «Genossenschaftslehre und soziologischer Pluralismus. Ein Beitrag zur Staatslehre Otto von Gierkes», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F., Bd. XXXII (1940), págs. 97 ss.

poco a poco, se olvida la persona y la obra de quien primero las formuló (4).

I

El punto de partida en el pensamiento de Gierke es el de la positividad como carácter absoluto del Derecho. «Derecho es sólo el Derecho positivo», y: «no hay más Derecho que el Derecho histórico o positivo» (5). Como conformación efectiva de las relaciones humanas, el Derecho no es un postulado, una idea, sino su concreción individualizada en los grupos humanos, una «realidad histórica», a la que, como a todas las realidades históricas «le es de esencia la variedad y el cambio» (6). El desconocimiento de este carácter del Derecho es el gran error del jusnaturalismo. A la busca de un Derecho intemporal, el jusnaturalismo confunde la idea del Derecho con el Derecho mismo, las exigencias valorativas con la realidad, y cree poder deducir lógicamente de proposiciones racionales un conjunto de normas absolutas que constituyen el criterio y la medida de los Derechos positivos (7). Y, sin embargo, las construcciones jusnaturalistas de todos los tiempos son, si se examinan de cerca, el argumento que de forma más contundente confirma el carácter histórico del Derecho. Las exigencias valorativas frente al Derecho positivo y los supuestos postulados jurídicos racionales tienen también, en efecto, una contextura histórica, y lo que se llama Derecho natural no es más que la proyección en forma de principios absolutos de la cultura jurídica de una época. Es el mismo argumento que había utilizado cien años antes Gustav Hugo en su «desenmascaramien-

(4) F. C. v. SAVIGNY, «Der zehnte Mai 1788. Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft», en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. IX (1836-38), págs. 430 ss.

(5) GIERKE, «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft», en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, N. F., 7. Jahrg. (1883), págs. 1190, 1118 (cit. en adelante = *Laband*). K. OLIVECRONA sostiene que fue Gierke quien, por primera vez, utilizó la expresión «positivismo jurídico». Cfr. «Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft», en *Jherings Erbe. Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von R. v. Jhering*, hrgn. v. F. Wieacker y Chr. Wollschläger, Göttingen, 1970, páginas 165-66.

(6) *Laband*, 1111, 1190, y GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten. Rede*, Berlín, 1903, pág. 7 (cit. en adelante = *Hist. Rechtsschule*).

(7) GIERKE, «Recht und Sittlichkeit», en *Logos*, Bd. VI (1916-17), pág. 245; *Hist. Rechtsschule*, pág. 8. Sobre el problema del Derecho natural en Gierke, cfr. H. KRUPA, *Otto v. Gierke und die Probleme der Rechtsphilosophie*, Breslau, 1940, págs. 24 ss.

to» del Derecho natural, formulando así una idea que iba a transmitirse como un dogma durante todo el siglo (8). El Derecho natural, dirá en el mismo sentido Gierke, es «un producto histórico, condicionado y determinado por supuestos históricos..., con un contenido constituido por material histórico y con una forma debida también a fuerzas históricas» (9). Como las proposiciones jurídicas sólo pueden extraerse, en último término, de la conciencia jurídica, y esta conciencia jurídica es siempre algo histórico y concreto, las supuestas normas del Derecho natural son siempre sublimaciones del Derecho y de las ideas jurídicas vigentes en una época determinada (10). Al intentar hacerse Derecho positivo en la Revolución francesa, el Derecho natural se refuta, por eso, a sí mismo y paulatinamente desaparece de la ciencia del Derecho (11). «El Derecho natural no puede ser fuente de Derecho, porque no existe en absoluto como Derecho objetivo; lo que se designa con este nombre no es una suma de proposiciones jurídicas de validez general reveladas por la razón, sino un sistema de dogmas extraídos de las concepciones fundamentales de una época» (12).

Así entendido en su positividad y en su historicidad, el Derecho es para Gierke por esencia un fenómeno social, un producto de la vida de los grupos humanos. Con ello no quiere decirse, naturalmente, la verdad banal y evidente de que el Derecho sólo se da en la convivencia, sino la idea más profunda, de que el Derecho es manifestación de la vida de las comunidades humanas. En el origen del Derecho, dice Gierke, se halla siempre la acción humana, pero «el sujeto de esta acción no son individuos en sí, sino comunidades» (13), y siempre que nos acercamos al Derecho nos encontramos también, por eso, con una comunidad creadora (14). La actividad del legislador parece sugerir la idea de que es el

(8) Cfr. G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts (Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. II), 4. Ausg., Berlín, 1819, páginas 8-9 *passim*, y todavía en la época de Gierke, H. DERNBURG, *Pandekten* (1884), 7. Aufl., Bd. I, Berlín, 1902, pág. 35.

(9) GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, Frankfurt a. M., 1883, páginas 14 ss. (citado en adelante = *Naturrecht*).

(10) *Naturrecht*, págs. 25 ss.

(11) GIERKE, *Die Steinsche Städteordnung* (1909), reimpr., Darmstadt, 1957, página 40.

(12) GIERKE, *Deutsches Privatrecht (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. v. Fr. Oetker), Bd. I, Leipzig, 1895, pág. 181. (Todas las citas de esta obra se refieren, si no se indica otra cosa, a este tomo I).

(13) *Privatrecht*, pág. 125.

(14) GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände. Rede* (1902), reimpr. Darmstadt, 1954, pág. 6.

individuo en sí quien crea el Derecho. Pero se trata de un espejismo. «Ni el mayor genio legislativo, ni la más aguda mente jurídica pueden inventar un Derecho verdaderamente vivo, sino sólo encontrarlo», sólo extraerlo «de las oscuras profundidades de la conciencia jurídica colectiva» (15). La conciencia individual no crea normas de Derecho, sino que lo que hace, a lo más, es formular postulados jurídicos, ideales a realizar. Para elevarse a la esfera supraindividual de la creación jurídica, es preciso que el individuo se convierta con sus convicciones en órgano de la comunidad, es decir, que no se exprese a sí mismo, sino que se haga instrumento de la vida colectiva (16). El Derecho, en suma, «es una manifestación de la vida humana en común, no de la vida individual»; su fuente última no se halla ni en el individuo aislado ni en una suma de individuos, sino en la «totalidad viva» de una comunidad, en la «unidad del ser social» (17).

Como fenómeno social el Derecho es parte del mundo de formas de vida que crea una comunidad en el curso de su existencia histórica. Y, como parte de este mundo, el Derecho se halla determinado por las condiciones fácticas de la comunidad y en una estrecha relación de dependencia recíproca con todas las demás formas de vida colectiva. El Derecho, como dice Gierke, es parte de la vida en común, y ésta «sólo se constituye en unidad por la influencia recíproca ininterrumpida de todas sus funciones» (18). La reflexión jurídica considera al Derecho en sí como algo independiente y de contornos fijos, pero esta consideración es el resultado de un proceso que «extrae los fenómenos jurídicos de la totalidad de los fenómenos de la vida social», de «una abstracción que prescinde de la unidad de vida real que penetra el cuerpo social en todas sus partes» (19). Si se quiere entender el Derecho en su naturaleza de fenómeno social, hay que pensarlo referido a esta unidad de vida y como un momento más de sus manifestaciones históricas. En este sentido dice Gierke que el Derecho es una «función social», un término con el que quiere expresar, tanto la referencia del Derecho al sustrato real de una comunidad histórica, como su conexión esencial con todas las demás funciones de esta comunidad. Las funciones sociales de una comunidad «no actúan independientemente unas de otras, sino que se determinan y condicionan recíprocamente, unidas entre sí por un sinnúmero de la-

(15) *Naturrecht*, pág. 9.

(16) *Recht und Sittlichkeit*, pág. 225.

(17) *Privatrecht*, págs. 119, 106.

(18) *Laband*, pág. 1113.

(19) *Laband*, pág. 1103.

zos mutuos» (20); y la vida del Derecho, pese a su autonomía y carácter propio, «es sólo, sin embargo, una función de la vida colectiva y está condicionada y determinada en todos sus extremos por las demás funciones del cuerpo social» (21). El Derecho es siempre Derecho de una comunidad determinada y, por ello mismo, se encuentra en relación íntima «con el contenido total de la cultura» de esta comunidad, con su estructura económica, con su vida religiosa, ética, científica, con la totalidad, en suma, de sus relaciones de vida externa, y con la totalidad de sus ideas y convicciones (22). Esta estructura múltiple de conexiones e interdependencia es la estructura misma de la realidad del Derecho. «El Derecho es un producto de la vida humana en común, el proceso por el que se forma y cambia es una parte del proceso general de desarrollo de la cultura, y la realidad jurídica en cada uno de los momentos históricos está determinada y condicionada por la influencia recíproca constante entre la fuerza ordenadora del Derecho y las fuerzas que viven en todas las otras funciones del organismo social» (23).

Pensar el Derecho como fenómeno social significa, por tanto, pensarlo como una realidad histórica concreta. El Derecho no es algo construido fuera del tiempo, fruto «de la reflexión racional o incluso del capricho» (24), como había sostenido con resonancia secular el pensamiento jusnaturalista, sino «manifestación histórica de vida del espíritu de una colectividad humana» (25), es decir, un hecho histórico-social. Todo concepto del Derecho basado en los supuestos del positivismo encierra necesariamente una teoría sobre la positividad jurídica. Para Gierke la positividad consiste en este carácter concreto del Derecho, en su relación esencial con una comunidad histórica y sus formas de vida (26). O lo que es lo mismo—y este es el problema central en la teoría del conocimiento jurídico de Gierke—, el Derecho no es una estructura general de comportamiento susceptible de conceptualización abstracta, sino un sis-

(20) *Privatrecht*, pág. 122.

(21) Gierke, recensión de P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. II, en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, Bd. VI (1879), pág. 223.

(22) GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), reimpr. Tübingen, 1915, págs. 8, 12. (Cit. en adelante = *Grundbegriffe*); LABAND, págs. 1113-14; *Recht u. Sittlichkeit*, págs. 258-59.

(23) *Hist. Rechtsschule*, pág. 7.

(24) *Naturrecht*, pág. 9.

(25) *Grundbegriffe*, pág. 9.

(26) Sobre ello, cfr. mi trabajo «Sobre el positivismo jurídico», en *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, vol. II, Sevilla, 1967, págs. 27 ss.

tema normativo, en el cual el contenido que recibe de la vida histórica de una colectividad es un momento esencial de su concepto.

II

La concepción del Derecho como un fenómeno social, que lo pone en relación esencial con la vida histórica de los grupos humanos, convierte la noción de comunidad en la pieza clave del pensamiento de Gierke: «no en un objeto independiente del conocimiento, sino en un medio para poder penetrar en la esencia del Derecho» (27). Y ante todo, hay que tener presente que comunidad no tiene en Gierke la significación de un término técnico sociológico, ni equivale tampoco a un tipo determinado de convivencia, como la comunidad político-estatal o la comunidad nacional del «pueblo». En su sentido relevante para la teoría del Derecho, comunidad es para Gierke una denominación genérica que abarca toda asociación humana determinada por un fin histórico, político, religioso, económico o simplemente social o cultural en el más amplio sentido de la palabra. No es su estructura o su organización lo que caracteriza el concepto de comunidad, sino sólo dos elementos muy simples: la asociación de personas y una finalidad determinante común. Y, sin embargo, este concepto de comunidad como asociación sirve a Gierke para trazar el esquema de una nueva teoría social, que, a su vez, es la base de un nuevo concepto del Derecho.

El gran error de la teoría social moderna era para Gierke la polarización de toda convivencia jurídica y política en la contraposición entre el Estado, concebido como la única forma posible de «generalidad» o asociación, y el conjunto inorganizado de las existencias individuales. Es un error heredado del absolutismo y cuyas últimas raíces hay que buscarlas en el Derecho romano. La teoría social y política del Estado absoluto, basada en la concentración radical del poder, no podía, en efecto, otorgar legitimidad a otras asociaciones distintas del Estado e interpuestas entre él y los súbditos (28). El correlato del Estado absoluto es la «individualidad absoluta»; para el Estado absoluto «no hay fuera del Estado más que individuos, de tal manera, que entre la generalidad suprema del Estado y la masa de individuos que componen el pueblo no hay ningún eslabón intermedio, y si lo hay, o bien constituye una manifestación local del poder estatal o bien es considerado como un

(27) *Wesen menschl. Verbände*, págs. 6-7.

(28) *Steinsche Städteordnung*, págs. 48 s.

individuo más» (29). Es la idea del Estado como la «asociación exclusiva», una concepción para la que el Estado representa «la comunidad humana sin más, la expresión más amplia y única del ser general sobre el ser individual» (30). Esta concepción es la que, a través del Derecho natural, pasa a la teoría social y política de la época de Gierke, ahora como contraposición entre Estado y sociedad (31). Contra esta concepción está dirigida la teoría social de las asociaciones de Gierke.

La idea de que el Estado detenta el monopolio de la asociación, o lo que es lo mismo, de que no hay otra forma de vida colectiva que la que se manifiesta en el Estado, va en contra de los datos más elementales de la naturaleza humana, y va también en contra de la experiencia de la realidad social, que no se nos muestra nunca como una contraposición entre Estado e individuos aislados, sino como un sinnúmero de asociaciones de las más diversas clases, entrelazadas entre sí por múltiples relaciones de coordinación y subordinación. Pensar al hombre tan sólo como individuo aislado o como miembro de una única asociación posible, es cercenar impulsos esenciales de su naturaleza. El hombre es individuo y desarrolla como tal una vida propia, la vida individual, pero, a la vez, trasciende también su vida individual con fines y propósitos esenciales para su personalidad que sólo de consuno con otros hombres, en asociaciones, puede lograr plenamente. El hombre tiene en este sentido dos modos de existencia, como individuo y como miembro de las asociaciones en que realiza sus fines, «ninguno de los cuales puede ser eliminado sin negar la esencia misma del hombre» (32). En cuanto tiene conciencia de sí, «el hombre se sabe, a la vez, como individualidad y como parte de un ente superior; su voluntad recibe contenido y dirección, en parte de sí mismo, pero, en parte también, de otras voluntades» (33). La na-

(29) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. I, Berlín, 1868, páginas 645, 641 ss. Sobre la alianza de la teoría del Estado absoluto con el Derecho romano, págs. 647 ss.

(30) *Genossenschaftsrecht*, Bd. III, Berlín, 1881, pág. 635.

(31) Sobre la teoría de las asociaciones en el Derecho natural, *Genossenschaftsrecht*, Bd. IV, Berlín, 1913, págs. 332 ss. Sobre los orígenes y la significación de la distinción entre Estado y sociedad: E. ANGERMANN, «Das "Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft" im Denken des 18. Jahrhunderts», en *Zeitschrift für Politik*, Jahrg. 10 N. F. (1963), págs. 89 ss. H. EHMKE, «Staat und Gesellschaft als verfassungstheoretisches Problem», en *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag*, Tübingen, 1962, páginas 23-50, y E. ANGERMANN, *Robert von Mohl (1799-1875). Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten*, Neuwied, 1962, págs. 327 ss.

(32) *Grundbegriffe*, págs. 92-93; *Wesen menschl. Verbände*, págs. 24 ss.

(33) *Grundbegriffe*, pág. 93.

turalidad y los fines de las asociaciones han podido, por eso, variar en la historia, pero el hecho de su existencia es un hecho universal. En las épocas primitivas, las comunidades naturales, basadas en hechos físicos, como la familia, la estirpe o el pueblo, se bastan para dar satisfacción a todos los cometidos de la vida colectiva, y hacen realidad «la comunidad del lenguaje, de las costumbres, de la fe religiosa, de la economía, del Derecho y de la vida política» (34). Con el transcurso del tiempo, sin embargo, estos cometidos se hacen, cada vez, más complicados y numerosos, y a las primitivas comunidades van añadiéndose otras más complejas y dirigidas a finalidades nuevas. Y, sobre todo, junto a las comunidades naturales surgen otras asociaciones que ya no son herencia de la tradición, sino creadas reflexivamente por los hombres para la satisfacción de fines concretos; un hecho de enorme trascendencia, que significa en la vida de los pueblos, dice Gierke, lo mismo que el primer acto consciente en la vida del individuo (35). Recibidas de las generaciones anteriores o creadas intencionadamente, surge así una multiplicidad de comunidades, cada vez más amplias y complejas, que se entrecruzan y complementan recíprocamente, «prolongando la vida de los individuos en un orden de existencia vario y articulado» (36). Son comunidades muy diversas, unas de carácter económico y otras no, efímeras y permanentes, amplias y reducidas, independientes o insertas en asociaciones superiores, con fines ideales o con cometidos materiales concretos: un inmenso mosaico, en el que se objetiva el ser individual y social del hombre en un determinado momento histórico (37).

Todo este mundo en movimiento permanente, variado y diverso de las comunidades humanas constituye la estructura real de la vida social del hombre, no la abstracción de una suma de individuos pensados sin relación unos con otros. La «sociedad» no es la agregación indiferenciada de individuos guiados por el «sistema de sus necesidades», ni el Estado es como asociación la única delimitación conceptual de la suma inorganizada de individuos. La realidad social es mucho más compleja, y está compuesta, no por individuos en sí, sino, además, por individuos pensados en concreto, con sus fines y sus propósitos, integrados en la urdimbre de sus relaciones y de su colaboración, y creando una serie de entes

(34) *Grundbegriffe*, pág. 94.

(35) *Genossenschaftsrecht*, Bd. I, pág. 222.

(36) *Privatrecht*, pág. 468.

(37) *Wesen menschl. Verbände*, págs. 33 ss.; *Grundbegriffe*, págs. 94 ss., 100.

supraindividuales, que, a su vez, se relacionan y diferencian constantemente entre sí (38).

Lo peculiar de este nuevo concepto de la realidad social no es sólo su estructura, la introducción en ella del mundo múltiple y complejo de las asociaciones humanas, sino la idea fundamental de que todos los elementos de esta estructura son entes reales, lo mismo los individuos singulares que las comunidades creadas por ellos. O dicho con otras palabras: la idea de que las asociaciones constituyen, lo mismo que los individuos, «una unidad vital real», y de que, por tanto, «cuando el Derecho considera a las comunidades organizadas como personas, no contradice en absoluto la realidad, sino que, al contrario, le da expresión adecuada» (39). Con esta teoría de la «realidad de las asociaciones humanas» Gierke se enfrenta, una vez más, con la tradición del Derecho romano, para el que no hay otra realidad personal que la del individuo, «soberano hacia el exterior como hacia el interior» y «pensado como una unidad de voluntad aislada y delimitada externamente» (40). Aunque con concesiones impuestas por la práctica, esta concepción rigurosa que sólo atribuye realidad a la persona individual se mantenía como doctrina dominante en la ciencia del Derecho y había recibido sanción con la teoría de la «*persona ficta*», que, desde Savigny, dominaba casi sin excepción los tratados de pandectas (41). Según esta teoría, el individuo puede asociarse con otros individuos para el logro de fines concretos, pero lo que así nace no es una entidad distinta de los individuos asociados, sino sólo una agregación, a la que el Derecho, por razones prácticas y valiéndose de una ficción, le otorga una consideración especial, como si se tratase de una persona distinta de las personas físicas que la componen (42). Las asociaciones creadas por los hombres desaparecen

(38) Para Gierke, por tanto, la sociedad está compuesta por individuos aislados y por sus asociaciones. Este es el punto en que disiente de él E. EHRlich, el gran continuador, por otra parte, de su pensamiento. Para Ehrlich es impensable la idea del individuo en sí fuera de toda asociación, y para él la sociedad es, por eso, «*die Gesamtheit der menschlichen Verbände, die miteinander in Fühlung stehen*»: Cfr. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), München u. Leipzig, 1929, págs. 20 ss.

(39) *Wesen menschl. Verbände*, págs. 12 ss.

(40) *Genossenschaftsrecht*, Bd. II, pág. 29, y Bd. III, págs. 35-36.

(41) Un resumen de las teorías sobre las personas colectivas en *Privatrecht*, páginas 456 ss. Sobre la teoría en la Antigüedad y en la Edad Media, *Genossenschaftsrecht*, Bd. III, págs. 5 ss. y 186 ss. Cfr. también, J. BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig, 1907, págs. 8 ss.

(42) Cfr. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. II, Berlín, 1840, págs. 236 ss.

así del campo de la realidad para entrar en el terreno de lo imaginado: su existencia es «sólo una existencia intelectual, no natural» (43), y el sujeto de su personalidad «sólo un concepto» (44). Como diría Brinz con una comparación que iba a hacerse famosa, se trata de un «espantapájaros» sin objeto alguno (45).

El punto de vista de Gierke es exactamente el contrario: no «el fantasma de la personalidad ficta», sino «el concepto de la asociación como una persona total real» (46). A la noción del individuo en sí, con «prioridad absoluta respecto a la comunidad», Gierke opone su idea del hombre necesitado de la asociación y entrando por ella en el curso de la historia (47). Las asociaciones no son una mera suma mecánica de individuos, sino que poseen una existencia propia distinta de la de sus miembros y constituyen una «unidad real corpóreo-espiritual» (48); de tal manera, que el acto que da vida a una asociación no es, dice Gierke, un contrato, sino «un acto creador total» (49). Para negar realidad a las personas jurídicas colectivas, se las contraponen a las personas jurídicas individuales, como si éstas, en tanto que tales, poseyeran una «realidad» inmediata y perceptible por los sentidos que las asociaciones no poseen. Pero la «personalidad» en el sentido del Derecho es siempre, como todos los conceptos jurídicos, el resultado de una abstracción efectuada sobre datos empíricos, no algo que nos ofrezca concluso el mundo exterior. Por ello, la «personalidad jurídica» individual es tan poco «real», es decir, tan poco accesible a los sentidos, como la «personalidad jurídica» colectiva; la única diferencia entre ambas es que la unidad que tiene en cuenta el Derecho como «personalidad» se hace realidad en las unas en un cuerpo humano y en las otras en una agrupación de individuos (50). Sólo un desconocimiento de la naturaleza del pensamiento jurídico puede ver en las asociaciones «una individualidad artificial junto a individualidades naturales», una ficción arbitraria del legislador a la que no

(43) L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten* (1852), 14. Aufl., Stuttgart, 1889, página 50.

(44) G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1838), 7. Aufl., Leipzig, 1853, pág. 40.

(45) AL. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 1. Abtlg., Erlangen, 1857, páginas IX, 172.

(46) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1887, pág. 5. (Cit. en adelante = *Genossenschaftstheorie*).

(47) *Genossenschaftsrecht*, Bd. IV, págs. 391 ss., y Bd. I, pág. 1.

(48) *Wesen menschl. Verbände*, pág. 26.

(49) *Wesen menschl. Verbände*, pág. 37.

(50) Sobre todo ello, *Privatrecht*, págs. 470 ss., y *Wesen menschl. Verbände*, páginas 19 ss.

corresponde un sustrato real (51). Muy al contrario, dice Gierke, las asociaciones poseen un sustrato real que no está constituido sólo por las personas que las forman, sino por la voluntad y la capacidad de acción propias, por los órganos que posee para su existencia y para la realización de sus fines, por las relaciones de coordinación y jerarquía en que se encuentran sus miembros (52). Como ya había escrito Beseler, el maestro de Gierke, «en una totalidad así ordenada encontramos una vida orgánica, una personalidad, cuya significación se desconoce por completo si uno se limita a contraponerla a la del hombre como individuo» (53). Es un error fundamental pensar que el Derecho crea de la nada por una ficción las asociaciones. Al atribuir personalidad jurídica «a un algo, de la naturaleza que sea», el Derecho «no crea nunca directamente un sujeto de Derecho, lo que crea... es una proposición jurídica que afirma la existencia de un sujeto de Derecho» (54). El Derecho no crea, sino que «recibe de fuera los sujetos reales de voluntad a los que reviste de personalidad»; la fuerza a la que estos sujetos reales deben su existencia no es el Derecho, sino «la acción histórica o social» (55). Más allá del orden de la vida individual nos encontramos, por eso, el orden de las asociaciones como «organismos sociales..., existencias esenciales de la realidad histórica» (56). «Por encima del espíritu individual, de la voluntad y de la conciencia individuales percibimos en mil manifestaciones de vida la existencia real del espíritu colectivo, de la voluntad y de la conciencia colectiva; y no de modo figurado, sino en el más riguroso sentido de la palabra, hablamos de «seres colectivos» situados por encima de los seres individuales» (57).

(51) GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), ahora en *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, hrgn. v. E. Wolf, Frankfurt/M., 1949, pág. 509; *Wesen menschl. Verbände*, pág. 7; *Genossenschaftstheorie*, páginas 608 ss.

(52) *Privatrecht*, págs. 472 ss.; *Genossenschaftstheorie*, págs. 603 ss., 608 ss.; *Wesen menschl. Verbände*, págs. 23 ss.

(53) GEORG BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, págs. 173, 160 ss., y *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (1847), 4. Aufl., Berlin, 1885, págs. 253 ss. Sobre la dependencia de Gierke de la teoría de las asociaciones de Beseler, cfr. U. STUTZ, «Zur Erinnerung an Otto von Gierke», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (GA), Bd. XLIII (1922), páginas XI ss., y el mismo GIERKE, en *Privatrecht*, pág. 466, y *Genossenschaftstheorie*, páginas 1 ss.

(54) *Genossenschaftstheorie*, págs. 21, 649-50.

(55) *Genossenschaftstheorie*, págs. 23, 24, 611.

(56) *Privatrecht*, pág. 468.

(57) *Grundbegriffe*, pág. 94. Para subrayar la realidad de las asociaciones,

III

La teoría de Gierke, que nos describe la realidad social como un entramado de relaciones entre individuos y entes colectivos reales, no sólo está dirigida contra la idea tradicional, que veía en la «sociedad» una suma indiferenciada de individuos aislados, sino también contra su correlato conceptual, contra la idea del Estado como un centro de poder distinto e independiente de la suma de los súbditos. Frente a esta idea, Gierke afirma la naturaleza del Estado como una asociación. En su teoría social Gierke había combatido la idea de que el Estado representaba la única asociación en los grupos humanos; ahora, sentada la existencia de una multiplicidad de asociaciones como característica esencial de la vida social, el Estado aparece como una asociación más en el mundo de formas supraindividuales en que se expresa la vida humana en común. Como asociación, el Estado posee la misma estructura que las demás asociaciones, aunque su base no sea una parte, sino la totalidad de existencias que componen una comunidad histórica, y aunque posea fines específicos distintos de las demás asociaciones; y como asociación posee también la realidad propia de las asociaciones, en la que se dan conjuntamente y de modo inseparable el poder organizado y el cuerpo social, es decir, los dos elementos que separaba y contraponía la teoría tradicional. Se trata de una concepción que, al ver en el Estado la manifestación de sólo una parte de la vida social, insertándolo, de otro lado, en la red de objetivaciones de los fines individuales, va a abrir el camino a la gran corriente del pluralismo político y jurídico. Y aunque Gierke, como ya sus más inmediatos discípulos le reprocharon (58), no extrae las últimas consecuencias de su pensamiento, en él se encuentra el esque-

Gierke las designa también como «organismos» y «organismos sociales», una denominación que fue objeto en su tiempo de una crítica violenta. La expresión, sin embargo, como ya lo repitió hasta la saciedad el mismo Gierke, no es más que un «modelo mental», con el que quiere expresarse el carácter «compuesto» de las asociaciones, su actuación por medio de órganos y su identidad en el tiempo, pese al cambio constante de sus componentes. Cfr. *Wesen menschl. Verbände*, páginas 15 ss., 19 ss. *passim*, y *Grundbegriffe*, págs. 72 ss. Los términos del problema los ha precisado muy exactamente G. GURWITSCH, «Otto von Gierke als Rechtsphilosophon», en *Logos*, Bd. XI (1922-23), págs. 99-100. Sobre los orígenes de la idea de organismo, *Genossenschaftsrecht*, Bd. III, págs. 546 ss.

(58) Cfr., por ejemplo, la crítica del más famoso de sus discípulos, HUGO PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlín, 1889, páginas 111, 129 ss.

ma doctrinal desde el que va a emprenderse la lucha contra la noción de soberanía y contra la concepción estatal del Derecho.

Que el Estado es una asociación más, nos lo dice la experiencia más inmediata de la realidad social. Las asociaciones con las que nos encontramos dentro de una comunidad dada pueden ser y son, en efecto, de muy diversa especie, profanas y religiosas, públicas y privadas, económicas y culturales, pero «desde la sociedad más insignificante hasta llegar al Estado, se repiten formas típicas, que lo único que hacen es rellenarse con un contenido cada vez más rico y variado, diferenciándose de acuerdo con ello» (59). El Estado no es, por eso, «genéricamente distinto» de las demás asociaciones, sino, al contrario, de una estructura «homogénea» a la de ellas (60). Es lo que nos dice el origen mismo del concepto de Estado, en el sentido que hoy atribuimos a esta palabra, y que no es otro que un proceso de abstracción por el que deja de identificarse al Estado con los titulares del poder y se le va asimilando a las demás asociaciones (61). Aunque distinto por sus fines o extensión de los demás entes colectivos de una comunidad, el Estado es «de igual naturaleza que ellos en lo que se refiere a sus caracteres generales como organismo social» (62). Precisamente por ser una asociación, el Estado da expresión sólo a una parte de la personalidad de los individuos que lo componen y a una parte de los fines que persiguen en la comunidad y de la actividad que despliegue en ella; las otras facetas de su personalidad, los otros fines y el resto de su actividad queda totalmente fuera de la vida estatal y entregado al libre desarrollo de su individualidad, tal como se manifiesta en un gran número de otras asociaciones (63). Es la idea fundamental que va a constituir posteriormente el punto de partida del pluralismo; la idea, de que «aunque el Estado abarca todas las personas residentes en su territorio, no puede, sin embargo, abarcar la personalidad total de cada uno, ya que, de acuerdo con el principio de función, cada individuo posee una variedad de intereses sociales que se objetivan permanentemente en varios grupos, uno de los cuales es el Estado» (64). O como dirá Gierke, el Estado no es la única asociación,

(59) *Genossenschaftstheorie*, págs. 150-51.

(60) *Genossenschaftsrecht*, Bd. I, págs. 832-33.

(61) Gierke, recensión de F. SANDER, *Feudalstaat u. bürgerliche Verfassung*, 1906, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (GA)*, Bd. XXVIII (1907), págs. 616 ss. (Cit. en adelante = Sander).

(62) *Grundbegriffe*, pág. 113.

(63) *Grundbegriffe*, págs. 98-99.

(64) KUNG CHUAN HSIAO, *Political Pluralism. A Study in Contemporary Political Theory*, ya cit., págs. 127-28. Cfr., en sentido análogo, E. BARKER, *Principles*

ni siquiera la asociación por excelencia, sino «uno entre los organismos sociales de la humanidad, cuyo contenido esencial sólo está constituido por un lado de la vida del género humano» (65). Si observamos de cerca la realidad de la vida social, veremos que «la sociedad no se agota en el Estado, sino que se manifiesta, a la vez, en una multitud de comunidades diferentes con fines de vida propios: en la familia, en la Iglesia, en el municipio, en la corporación, en la comunidad internacional» (66).

Este concepto del Estado como asociación, y como asociación entre asociaciones, se ha visto oscurecido por el desarrollo peculiar del pensamiento político en la Edad Moderna, dice Gierke. Aun partiendo de supuestos muy diferentes y con intenciones muy distintas también, tanto la teoría del Estado absoluto como el pensamiento político del Derecho Natural coinciden en la noción del Estado como un centro de poder independiente del cuerpo social, como un *summum imperium* o *summa potestas*, cuya legitimidad descansa en su propio ejercicio (67). Es decir, el poder es entendido de modo abstracto, en sí, desvinculado de toda titularidad concreta, y la sociedad, también de modo abstracto, como materia para su ejercicio. El Estado es concebido como «una institución situada por encima y fuera de la sociedad, como una personalidad trascendente al pueblo», y todo lo que no sea «mandar y obedecer» queda fuera del ámbito jurídico estatal (68). Es la llamada doctrina de la «imperatividad», para la que el Estado es, ante todo, una «facultad de poder incondicionado». La esencia del Estado se encuentra, de acuerdo con ella, en la facultad de «emitir mandatos incondicionales, cuyo fundamento y cuyos límites se hallan sólo en la libre decisión del que manda» (69); o como diría Laband, en «el derecho a imponer a personas libres accio-

of Social & Political Theory, reprint, Oxford, 1962, págs. 42 ss.; H. J. LASKI, *A Grammar of Politics*, London, 1928, págs. 260 ss.; H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich*, ya cit., pág. 208; D. PIKE, «Churches and the Modern States», en *Legal Personality & Political Pluralism (The Australian National University. Social Sciences Monographs, 12)*, Vitoria, 1958, pág. 143.

(65) *Grundbegriffe*, pág. 99.

(66) *Privatrecht*, pág. 27.

(67) *Steinsche Städteordnung*, págs. 46 ss.; *Genossenschaftsrecht*, Bd. I, páginas 641 ss., 882 ss.; Bd. II, págs. 881 ss.; Bd. IV, págs. 285 ss.; *Grundbegriffe*, páginas 88 ss.

(68) *Genossenschaftsrecht*, Bd. I, pág. 832; Laband, pág. 1130-31.

(69) G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, 1887, páginas 190, 191.

nes, omisiones y prestaciones, forzándolas a su cumplimiento» (70). El Estado como facultad ordenadora se contrapone así conceptualmente a la comunidad humana que lo constituye, de tal manera, que Gerber veía entre los «objetos naturales del poder estatal», no sólo «el territorio y los municipios», sino también «los ciudadanos» (71).

Contra esta concepción abstracta del Estado y su identificación con el ejercicio del poder se dirige la idea del Estado como asociación de Gierke. Su propósito es «retrotraer conceptual y prácticamente el Estado a la sociedad, construir una personalidad estatal inmanente al pueblo», es decir, concebir al Estado como «una unidad viva», en la que se dan como elementos integrantes la comunidad y el poder político (72). El Estado como asociación significa pensar la comunidad política como una entidad real, en la que los individuos que la componen, su organización y sus fines son sólo momentos de su concepción. Ya Puchta había combatido la idea de que el pueblo son sólo los «gobernados» por oposición a los «gobernantes» (73), y Savigny veía la esencia del despotismo en la concepción de que «el pueblo es materia muerta en manos del poder político» (74). Gierke da ahora un paso más, al ver en el Estado una asociación, es decir, una de «aquellas existencias, en las que de la unión de las partes de un todo surge una unidad vital distinta de la suma de sus partes» (75). Por razón de esta estructura total, las existencias que integran la realidad del Estado, individuos y asociaciones, «se agrupan, articulan y unen de acuerdo con la idea del todo estatal», mostrándosenos, «no como existencias singulares, sino como miembros de una existencia total, y partícipes, en este respecto, en un orden superior de existencia que se eleva sobre el orden de la vida individual» (76). Gierke rechaza por ello todo intento de ver en el Estado una «persona

(70) P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. I (1876), 5. Aufl., Tübingen, 1911, págs. 68, 69.

(71) Cfr. V. F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1865), 3. Aufl., Leipzig, 1880, págs. 44-45 y 217 ss., 225 ss. Sobre Gerber, cfr., últimamente, P. VON OERTZEN, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, en *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag*, Tübingen, 1962, págs. 183 ss.

(72) *Genossenschaftsrecht*, Bd. I, págs. 832-33.

(73) Cfr. G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 1. Theil, Erlangen, 1828, páginas 136 ss.

(74) F. K. von Savigny, recensión de GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung*, 1815, en *Vermischte Schriften*, Berlín, 1850, pág. 131.

(75) *Grundbegriffe*, págs. 56, 98.

(76) *Grundbegriffe*, págs. 98, 26.

jurídica», tal como pretendía hacerlo, sobre todo, P. Laband, trasponiendo al Derecho público categorías del Derecho privado (77). El Estado no es, dice Gierke, una de «esas figuras fantasmales que no acaban de vivir ni de morir en el Derecho privado» (78), sino un ser colectivo, no perceptible, es cierto, por los sentidos, «pero que el espíritu conoce como real» (79). Si se quiere comprender el Estado «tal como se nos muestra en el mundo real», es preciso dejar de considerarlo como una «individualidad imaginada» análoga a las individualidades naturales, y ver en él «una personalidad total», es decir, «una personalidad de orden superior compuesta de otras personalidades..., en la que, frente a la suma cambiante de las partes, nos encontramos siempre con la unidad inmanente del todo que las contiene» (80).

Aun revistiendo la naturaleza y estructura de una asociación, el Estado se diferencia de las demás asociaciones por una serie de rasgos propios. Todas las asociaciones se distinguen entre sí por sus fines, su organización, su extensión. El Estado, empero, se distingue, además, de las otras asociaciones por un carácter específico: por ser «superior» a todas ellas. Por definición, el Estado es la asociación más extensa; mientras que las demás asociaciones abarcan un número determinado de personas, y pueden abarcar también otras asociaciones menos amplias, el Estado abarca todas las asociaciones y todas las personas dentro de un ámbito territorial y personal dado. Y el Estado se diferencia también de las otras asociaciones por sus fines y por la organización al servicio de éstos. El Estado es, en efecto, «la comunidad del obrar político»; «su sustancia es la voluntad general, su forma externa el poder organizado, su cometido la acción dirigida a la consecución de una finalidad propuesta» (81). Pero, sin embargo, para Gierke no son estas diferencias en sus fines y amplitud lo que verdaderamente distingue al Estado de las demás asociaciones, sino una diferencia de rango.

Al contrario, en efecto, que el pluralismo político, que partiendo de los supuestos definidos por el mismo Gierke, concibe el Estado como una asociación más, con sus propias pretensiones de vinculatoriedad como las otras asociaciones, pero sin revestir supremacía alguna respecto de

(77) P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, ya cit. Bd. I, páginas 56 ss., y la crítica de GIERKE, en *Laband*, págs. 1125 ss.

(78) *Laband*, pág. 1126.

(79) *Grundbegriffe*, pág. 26.

(80) *Laband*, págs. 1127-28.

(81) *Grundbegriffe*, pág. 96.

ellas (82), Gierke ve la característica esencial del Estado en ser una asociación superior por naturaleza a todas las demás. En una época en la que, como él sabía perfectamente, se hallaban ya «resquebrajados los fundamentos de la doctrina de la soberanía» (83), Gierke no dudaba en definir al Estado como una «asociación soberana». El Estado, dice, es «el ser colectivo supremo y más amplio de todos» (84), la personalidad total «no sometida a ningún poder organizado extraño o superior a ella» (85). Mientras que las demás asociaciones pueden, lo mismo que los individuos, formar parte de otras asociaciones y estar sometidas al orden de vida interna de éstas, el Estado es la asociación que, por definición, no está sometida a ninguna organización superior (86). En este sentido, el Estado es «soberano», una cualidad de la que «no puede despojarse al poder estatal sin destruir lo específico en él» (87). Este poder soberano, que se define hacia el exterior por su carácter autónomo, es, hacia el interior, supremacía frente a todo otro poder. Dentro de su ámbito y en relación con sus miembros, toda asociación posee un ámbito de poder, y por ello mismo, como ve muy bien Gierke, el poder en sí no es una cualidad que permita distinguir entre el Estado y las demás asociaciones (88). La diferencia radica, más bien, en la naturaleza de este poder en el Estado. Porque, aun cuando las asociaciones poseen un poder organizado, éste se extiende, por principio, sólo a sus miembros individuales y colectivos, mientras que el poder del Estado se extiende

(82) Este «ataque a la soberanía» es, sin duda, el rasgo más esencial y común del pluralismo. Cfr. F. W. COKER, «Pluralism», en la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XII, 11th. Printing, New York, 1954, págs. 170 ss.; H. J. LASKI, *A Grammar of Politics*, ya cit., págs. 250 ss., 286 *passim*; K. CH. HSIAO, *Political Pluralism*, ya cit., págs. 141 ss.; S. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, 2. dt. Ausg., den Haag, 1919, págs. 36 ss. 226 ss.; L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, ya cit., t. I, págs. 673 ss.; M. P. FOLLETT, *The New State. Group Organisation the Solution of Popular Government*, London, 1926, págs. 271 ss.; F. W. COKER, *Pluralistic Theories and the Attack upon State Sovereignty*, ya cit., págs. 89 ss. H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich*, ya cit., págs. 103 ss., 129 ss., quiere paliar la inconsecuencia de Gierke mostrando que su concepto de soberanía sólo en apariencia es igual al sostenido por la teoría política tradicional. La relativa verdad de ello se verá más adelante al examinar las relaciones entre Estado y Derecho.

(83) *Sander*, pág. 617.

(84) *Grundbegriffe*, pág. 26.

(85) *Genossenschaftstheorie*, págs. 642, 151; *Grundbegriffe*, pág. 101.

(86) *Genossenschaftsrecht*, Bd. I, págs. 832-33; *Genossenschaftstheorie*, páginas 154-55.

(87) *Laband*, pág. 1168.

(88) *Sander*, pág. 616.

a la comunidad entera, siendo en ella un «poder superior a todo poder individual o colectivo» (89). O dicho con otras palabras: lo que caracteriza al poder estatal, es que «mientras toda otra esfera de poder está sometida a un orden jurídico formalmente independiente de ella, la esfera de poder estatal sólo puede estar limitada por un orden jurídico formalmente dependiente de ella» (90). Las asociaciones, cada una de las cuales representa en principio un ámbito de poder independiente, no son, en relación con el Estado, más que «miembros singulares» sometidos al poder de éste (91).

Y no sólo su supremacía y la amplitud de su ámbito personal, sino también la extensión de sus fines distingue el poder estatal del poder de las demás asociaciones. El poder de una asociación está de por sí ligado a los fines concretos y limitados que persigue la asociación, mientras que el poder del Estado se extiende a todos los fines posibles de la convivencia humana. El ámbito político, que es el ámbito de la vida estatal, no puede, en efecto, ser delimitado de antemano, sino que abarca, según el momento, todos aquellos intereses generales, para cuya realización y protección es necesario un poder «capaz de someter a toda otra voluntad opuesta». Por razón de esta extensión de su poder, que supera la concreción y limitación de fines de las demás asociaciones, el Estado ocupa también entre ellas una posición específica: «Aun cuando su contenido conceptual está constituido tan sólo por un lado determinado de la vida colectiva, por su fin vital el Estado no es una asociación fundada para la consecución de fines singulares concretos, sino que sus cometidos coinciden con los cometidos culturales del género humano, siempre y en tanto que para su realización es necesaria la existencia de un poder supremo» (92).

IV

La teoría social de Gierke, incluida su concepción del Estado, es el supuesto indispensable para comprender su concepto del Derecho. Sólo teniendo presente esta teoría social, en efecto, adquiere un sentido concreto la determinación preliminar del Derecho como «fenómeno social». La noción «social» en esta determinación está referida a un concepto específico de la realidad social: la realidad social como conjunto de los

(89) *Laband*, pág. 1151.

(90) *Laband*, pág. 1168.

(91) *Genossenschaftstheorie*, págs. 642 ss., 648-9; *Grundbegriffe*, pág. 100.

(92) *Grundbegriffe*, pág. 101.

entes colectivos en los que el individuo, guiado por los fines de la personalidad, plasma su vida de relación en la convivencia. La realidad social a la que se alude cuando se determina al Derecho como «fenómeno social» es, por tanto, en el sentido de Gierke, la realidad supraindividual de las comunidades que objetivan la vida social de los hombres. No la suma de individuos en sí, unidos solo abstractamente en el concepto de «sociedad», sino las comunidades creadas por los individuos, las relaciones y agrupaciones entre ellas, y las relaciones entre estos entes reales y los individuos pensados aisladamente. El Derecho es manifestación de la vida de estas comunidades y de su mundo de relaciones, y sólo desde esta realidad puede ser entendido como regulación efectiva y concreta de la convivencia humana.

Estas «unidades de vida social» son, en efecto, para Gierke, las realidades que crean en concreto el Derecho. La creación jurídica no está condicionada por la estructura de una comunidad determinada, sino sólo por la existencia de una comunidad. En los orígenes del Derecho puede encontrarse «toda comunidad orgánica, la cual existe siempre que se da entre los hombres una conjunción de vida permanente, de la que surgen relaciones susceptibles de ser ordenadas por normas de voluntad externas» (93). No sólo el pueblo, la unidad nacional puede crear Derecho, como enseñaba la Escuela histórica, sino también las familias, las estirpes, los grupos regionales en los que el pueblo se articula, y de igual manera también las Iglesias, los municipios, las corporaciones; como pueden crear Derecho «las comunidades con una determinada función vital como fin exclusivo, es decir, las asociaciones religiosas, los estamentos, las sociedades profesionales» (94). La unión de los individuos y su organización para el logro de un fin es lo decisivo, porque, en su virtud, surge una entidad distinta de sus componentes, una comunidad que decide sobre la delimitación de las voluntades individuales y hace así realidad el Derecho. Como en su teoría social, también en la teoría del Derecho Gierke lleva a cabo un desplazamiento tajante del punto de vista tradicional. La idea de las asociaciones había hecho desaparecer la noción del hombre aislado en relación con otros hombres también aislados y pertenecientes a una sola comunidad general, la comunidad política; en su lugar, Gierke sitúa la noción del hombre como miembro de una multiplicidad de asociaciones, entre ellas el Estado, en cada una de las cuales se expresa una parte de su personalidad. La existencia social del hombre aparece así como un entrecruzamiento de relaciones de de-

(93) *Privatrecht*, págs. 165, 119.

(94) *Privatrecht*, págs. 119-20; *Grundbegriffe*, págs. 103-4.

pendencia respecto a asociaciones de muy diversa índole, como una serie de lealtades y vinculaciones que se coordinan, superponen o, también, se contradicen. A este pluralismo social corresponde también un pluralismo jurídico. El Derecho no es el producto de una instancia de poder única de una única asociación comprensiva de toda la comunidad, sino que nace en cada una de las asociaciones como orden de su vida interna, y como regulación, por tanto, de las relaciones entre sus miembros desde el punto de vista de una faceta de su personalidad. Este esquema de producción del Derecho se repite, según Gierke, desde la asociación de ámbito y poder más reducidos hasta el Estado mismo. También en el campo del Derecho podría decirse que el hombre vive, no en un «universo», sino en un «multiverso» (95). El Derecho que produce el Estado no es emanación del poder, sino de la asociación o «personalidad total» estatal a través de sus órganos, y es también orden de su vida interna, de las relaciones de coordinación o subordinación entre los sujetos de voluntad, individuos o asociaciones, que lo componen; es decir, es, en tanto que Derecho, de igual estructura que el Derecho de las demás asociaciones, y sólo posee, accidentalmente y como circunstancia histórica, una coactividad superior a la del creado por las otras asociaciones. El más fiel continuador del pensamiento de Gierke, el jurista y sociólogo E. Ehrlich, ha podido, por eso, trazarnos en su obra la imagen de un «Derecho vivo», es decir, del Derecho que real y efectivamente regula la vida social diaria de los hombres; este «Derecho vivo» es el Derecho creado por las asociaciones como su orden interno, una suma de modelos de conducta provenientes de los cuerpos sociales a los que pertenecemos y que son los que conforman concretamente nuestra vida como comportamiento social. La vida social real de los hombres discurre según estos modelos y bajo sus formas de coacción, muy a menudo inorganizada, no según el Derecho abstracto estatal, que es sólo Derecho adjetivo de la organización del Estado, o Derecho «decisorio» llamado a ofrecer soluciones a colisiones o controversias sociales acerca de la conducta debida en un caso concreto (96).

Las asociaciones crean Derecho en concreto como orden de su vida

(95) La expresión es de H. J. LASKI, *A Grammar of Politics*, ya cit., pág. 261.

(96) Cfr. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, ya cit., páginas 20 ss., 295 ss. *passim*, y *Die Erforschung des lebenden Rechts* (1911), ahora en *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, hrgn. v. M. Rehbinder, Berlín, 1967, págs. 11 ss. Sobre Ehrlich, cfr. mi trabajo *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, 1950, págs. 60 ss., y últimamente, M. REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlín, 1967.

interna, un Derecho que puede considerarse desde dos puntos de vista, y que reviste, de acuerdo con ello, y sin dejar de ser siempre Derecho, dos características muy diferentes. En primer lugar, la asociación crea el Derecho de su vida como ente colectivo, es decir, aquellas normas que, al determinar su estructura, determinan también su realidad supraindividual. Por su propia naturaleza, y en tanto que «comunidad organizada», la vida de la asociación es esencialmente vida jurídica. Aun cuando la voluntad y la capacidad de acción, tanto en el individuo como en las asociaciones, son un hecho real para el Derecho, la vida interna de los individuos y la de las asociaciones tienen una significación jurídica radicalmente distinta. La vida interna de la personalidad individual queda, en efecto, al margen del Derecho, es un dato absoluto sometido a instancias propias, y respecto al cual el Derecho no tiene más cometido que el de «la delimitación y el reconocimiento externos» (97). La vida interna de las asociaciones es, en cambio, una suma de relaciones jurídicas y sólo puede ser comprendida jurídicamente. La unidad de estas «personas compuestas de personas» no es un dato real como en las personas individuales, sino el resultado de la «organización», es decir, de una regulación jurídica; de igual manera, que las relaciones entre el todo y sus órganos, entre el todo y sus miembros o entre los miembros unos con otros no son fenómenos naturales como en los organismos individuales, sino hechos jurídicos (98). A diferencia de lo que ocurre con la personalidad individual, en las asociaciones, como dice Gierke, «el Derecho penetra su ser interno» (99). Al crear, por eso, el Derecho de su vida interna, las asociaciones crean también la estructura de su propia realidad. Por el hecho de constituir la estructura de estas realidades, este Derecho posee un carácter propio, que nos abre «un nuevo mundo de conceptos jurídicos» (100).

Como la existencia de entes colectivos constituía un orden de vida situado por encima del orden de la vida individual, así también este Derecho que regula la vida interna de las asociaciones representa «un sistema jurídico de orden superior, al que no llega el sistema de las relaciones jurídicas de tipo individual» (101). La «constitución» de las asociaciones, es decir, las normas que regulan su existencia y sus procesos de vida, la noción de miembro, de órgano o la de capacidad de acción

(97) *Genossenschaftstheorie*, págs. 612-13.

(98) *Wesen menschl. Verbände*, págs. 28 ss.; *Grundbegriffe*, págs. 123 ss.

(99) *Genossenschaftstheorie*, pág. 613.

(100) *Wesen menschl. Verbände*, pág. 33.

(101) *Genossenschaftstheorie*, pág. 9.

jurídica válida, el proceso de formación de la voluntad colectiva, que no es un proceso psicológico como en el individuo, sino un proceso jurídico formal, las relaciones de la asociación y de sus miembros con el patrimonio colectivo, todas ellas son nociones, pretensiones y situaciones que exigen una conceptualización jurídica específica, que no encuentra paralelo en los modos de pensar del Derecho privado tradicional (102). Este «sistema jurídico de orden superior» con su conceptualización específica, recibe en Gierke la denominación de «Derecho social» (103). Derecho social es el que crean las asociaciones como orden de su existencia, es decir, como forma de su realidad jurídica; un orden en el que se halla implícita la relación de los miembros de la asociación entre sí y con el todo, bien se trate de personas individuales o de personas colectivas dependientes de una asociación superior. «El Derecho social considera a las personas individuales como miembros de un todo superior, y a las asociaciones como un todo, como una comunidad, o bien, a su vez, como miembros de asociaciones superiores; el Derecho social se basa, por ello, en la relación de articulación, subordinación o supraordenación, y parte de los sujetos como objeto de una vinculación» (104). Lo esencial en las relaciones jurídicas propias del Derecho social es, por consiguiente, que los sujetos no son tomados como «personas aisladas, representando cada uno un todo cerrado», sino como «personas de diversos órdenes, insertas orgánicamente en un todo» (105).

Ahora bien, toda asociación deja a las personas que la constituyen una «esfera individual libre en relación con la comunidad»; y no sólo las asociaciones menores, sino también la asociación más amplia, el Estado (106). Este hecho es el punto de arranque de otra clase de relaciones, reguladas por lo que Gierke llama el Derecho individual (107). Si

(102) *Wesen menschl. Verbände*, págs. 28 ss.; *Grundbegriffe*, págs. 123 ss.; *Genossenschaftstheorie*, págs. 8 ss.

(103) La expresión ha sido utilizada posteriormente por G. GUVITCH, *L'idée du droit social*, París, 1932, págs. 15 ss., aunque prestándole una significación distinta a la que el término tiene originariamente en Gierke. Cfr. también en el mismo libro la exposición, muy subjetiva, de la doctrina de Gierke, págs. 535 ss.

(104) *Privatrecht*, pág. 26; *Genossenschaftstheorie*, págs. 150 ss.

(105) *Genossenschaftstheorie*, pág. 182.

(106) *Genossenschaftstheorie*, págs. 176-77.

(107) Este es también otro de los puntos esenciales en que E. Ehrlich disiente de Gierke. Para Ehrlich la idea del hombre en sí, abstracción hecha de su pertenencia a una asociación es, sociológicamente, una irrealdad y un espejismo; el hombre obra en sociedad siempre como miembro de una asociación. Cfr. *Grundlegung zur Soziologie des Rechts*, ya cit., págs. 34 ss., y la nota 38 del presente trabajo.

el principio del Derecho social es la desigualdad o jerarquía entre los sujetos, el principio del Derecho individual es precisamente la igualdad; y si el Derecho social considera siempre a los sujetos como miembros de una unidad superior, el Derecho individual los considera en sí mismos abstracción hecha de toda relación de dependencia. O como dice Gierke: «el Derecho individual descansa en la relación de coordinación, y parte de la independencia de los sujetos» (108). Los sujetos de las relaciones propias del Derecho individual son «unidades de voluntad» pensadas aparte de «toda conexión con una voluntad social superior» (109), y como tales unidades de voluntad pueden ser personas individuales o personas colectivas. Si en las primeras se abstrae de cualquier relación posible con un todo social, en las segundas se abstrae de los procesos que constituyen su vida interna, para ver en ellas sólo un sujeto de voluntad. La diferenciación entre Derecho social y Derecho individual, que es una diferenciación en la estructura de las relaciones jurídicas basada en una distinta consideración de los sujetos de estas relaciones, no es una diferenciación artificiosa, sino que responde a la doble naturaleza del hombre, en tanto que éste es un ser independiente en sí, y a la vez, una parte de totalidades sociales superiores (110). Y precisamente por ello mismo, esta diferenciación no significa la escisión del Derecho en «dos» Derechos. No hay más que un Derecho, el que crean las comunidades humanas como manifestación de su vida supraindividual, pero este Derecho puede tener como objeto, o bien la constitución de su propia realidad jurídica o bien las relaciones entre sujetos autónomos de voluntad pensados independientemente de su pertenencia a un todo. En la diversidad de las relaciones jurídicas desde el punto de vista de la vida de las asociaciones se confirma plenamente, al contrario, una vez más, dice Gierke, la «unidad de todo Derecho», el cual «penetra y ordena uniformemente las relaciones de los individuos entre sí y las relaciones de vida de las asociaciones humanas» (111).

La distinción entre Derecho social y Derecho individual no coincide con la distinción tradicional entre Derecho público y Derecho privado. Esta distinción no es, como se ha pretendido, una categoría para el conocimiento del Derecho, sino que se halla estrechamente unida al nacimiento y consolidación del Estado «soberano», y tiene, por ello, raíces

(108) *Privatrecht*, pág. 26; *Genossenschaftstheorie*, pág. 142.

(109) *Genossenschaftstheorie*, pág. 176.

(110) *Wesen menschl. Verbände*, pág. 28; *Grundbegriffe*, págs. 92 ss.

(111) GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, Berlín, 1919, págs. 20-21.

históricas muy concretas (112). Si hay una distinción originaria y dada con el concepto mismo del Derecho es, como dirá H. Preuss siguiendo el pensamiento de Gierke, la distinción entre Derecho social y Derecho individual (113). Es un error, había dicho ya O. Bähr, pensar al individuo exclusivamente como miembro del Estado o como persona singular independiente. El individuo no sólo pertenece al Estado, sino también a otra serie de asociaciones, y por eso, al Derecho privado no se opone el Derecho público, sino «un ámbito jurídico más general, en el que el hombre es considerado como miembro orgánico de un todo más amplio»; un hecho del que se derivan para él derechos y obligaciones específicas (114). Debido a su carácter histórico, la distinción entre Derecho público y Derecho privado carece de contornos fijos, y el criterio para su diferenciación depende, en gran medida, de la práctica jurídica y de las ideas políticas. Esto se ve también en las relaciones entre la distinción entre lo público y lo privado y lo social e individual como conceptos jurídicos. Aun cuando la distinción entre Derecho social y Derecho individual descansa en un criterio objetivo y universal, el Derecho positivo reconoce o no reconoce la separación y la interfiere de múltiples maneras con la distinción entre Derecho público y privado. El Derecho público es el Derecho social del Estado, es decir, el Derecho de la organización del Estado y de las relaciones de éste con sus súbditos en tanto que tales; lo que no significa una identidad del Derecho público con el Derecho social, ya que, así como hay una sinnúmero de asociaciones además del Estado, así hay también «una infinidad de Derecho social que no es Derecho político» (115). Ahora bien, esto es lo que el orden jurídico positivo de los Estados actuales no refleja o contradice. De acuerdo con la mayor o menor importancia que revisten para la vida colectiva general, el Estado reconoce a ciertas asociaciones el carácter de públicas y a su Derecho social consecuentemente el carácter de Derecho público, mientras que a las restantes y a su Derecho social las considera como pertenecientes al Derecho privado; es decir, que «se traza así una línea

(112) Sander, pág. 618. Sobre el problema, más recientemente, O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, 2. Aufl., Brünn/München/Wien, 1942, págs. 136 ss., y M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung (res publica, 17)*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, esp. páginas 16 ss.

(113) H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich*, ya cit., págs. 209 ss.

(114) O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Studie*, Göttingen, 1864, páginas 18 ss.

(115) *Privatrecht*, pág. 27.

divisoria entre Derecho público y Derecho privado que corta por la mitad el Derecho social» (116). El resultado es que, hoy en día, es Derecho público «el Derecho social del Estado y, además, el Derecho social de las asociaciones revestidas por el Estado con privilegios análogos, y es Derecho privado, en cambio, todo el Derecho individual y, además, el Derecho social de las asociaciones que no gozan de aquellos privilegios» (117).

V

Si la naturaleza concreta del Derecho como «fenómeno social» se nos pone de manifiesto en su referencia al mundo también concreto y múltiple de las asociaciones humanas, su estructura se nos revela en el vehículo por el que las asociaciones hacen del Derecho su manifestación de vida. Este vehículo es «la convicción común». «Derecho objetivo... es una suma de proposiciones jurídicas. Ahora bien, proposiciones jurídicas son normas que, según la convicción expresa de una comunidad, deben determinar externamente de manera incondicionada la libre voluntad humana» (118). O también: «Derecho es la convicción declarada... de una comunidad humana, de que en ella existen normas externas de voluntad, es decir, limitaciones externamente vinculatorias de la libertad revestidas... de coacción» (119). Supuesta una pluralidad de voluntades y la necesidad de una norma que coordine sus manifestaciones externas, la convicción común acerca de cuál debe ser esta norma es la forma de existencia del Derecho.

Al hacer de la convicción de una comunidad la raíz de la existencia del Derecho como fenómeno social, Gierke enlaza con uno de los conceptos centrales de la Escuela histórica. Tanto Savigny como sus discípulos habían visto ya en la convicción el elemento determinante en la génesis del Derecho, y Puchta había podido escribir cerca de medio siglo antes que Gierke: «una proposición jurídica lo es por el hecho de ser reconocida como tal por la conciencia común de aquéllos para los que tiene validez» (120). No obstante, la idea de la convicción mantenida

(116) *Genossenschaftstheorie*, págs. 158 ss.; *Privatrecht*, pág. 27.

(117) *Sander*, pág. 618; *Genossenschaftstheorie*, págs. 162 ss.; *Grundbegriffe*, páginas 123 ss.

(118) *Privatrecht*, pág. 113.

(119) GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, 4. Ausg., Breslau, 1929, pág. 319. (Cit. en adelante = *Althusius*).

(120) G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Bd. I (1841), 5. Aufl., Leipzig, 1856, pág. 24.

por la Escuela histórica se diferencia de la doctrina de Gierke, por el hecho de que en la Escuela histórica la convicción no es, como lo es en Gierke, un concepto sociológico independiente. La idea de la convicción común de la Escuela histórica sólo puede entenderse, en efecto, desde el trasfondo de una metafísica histórica, en cuyo centro se halla la «unidad natural» del pueblo y su vida autónoma (121). La convicción que se encuentra en la base del Derecho no es pensable independientemente de la noción de «pueblo», sino que, al contrario, sólo puede darse en su seno y como una de sus «formas de actividad» (122). A través de la convicción, por eso, el Derecho se encuentra unido esencialmente al concepto del pueblo, más aún, es un predicado de su existencia histórica: el Derecho, escribirá Savigny, se encuentra «en conexión orgánica con la esencia y carácter del pueblo..., crece y se forma con él, perece cuando éste pierde su individualidad» (123). Toda esta cadena conceptual falta en Gierke. Aunque fiel toda su vida a los grandes postulados de la Escuela histórica, es este uno de los puntos, el más esencial quizá, en que se aparta de sus enseñanzas (124). La convicción que sustenta el ser social del Derecho no está referida en Gierke a la «totalidad orgánica» del pueblo, ni recibe de éste su último sentido. Para Gierke la convicción común es un hecho que se da como tal en la vida real de los grupos humanos. Gierke conoce, sin duda, la importancia que la realidad histórica de los pueblos reviste en el curso de la cultura, y hasta qué punto imprime el sello de su individualidad a las grandes creaciones humanas (125). Pero ello no quiere decir para él que la fuente última del Derecho sea necesariamente el pueblo, ni que el pueblo sea, como quería la Escuela histórica, el presupuesto conceptual del Derecho. En el pensamiento de Gierke el Derecho es un fenómeno general de las colecti-

(121) Sobre la teoría del Derecho de la Escuela histórica, cfr. mi estudio preliminar a J. J. BACHOFEN, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, trad. de F. González Vicén, Madrid, 1955, esp. págs. 17 ss.

(122) Cfr. F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, ya cit., Bd. I, págs. 18 ss., 50 ss., y G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 1. Theil, Erlangen, 1828, págs. 138 ss.

(123) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, pág. 11.

(124) Sobre las relaciones de su pensamiento con el de la Escuela histórica, así como sobre los puntos en que disienta de su doctrina, se ha expresado Gierke repetidas veces. Así, sobre todo, en su famoso discurso *Hist. Rechtsschule*, páginas 9 ss., 14 ss., y en *Althusius*, pág. 317; *Privatrecht*, pág. 165, n. 23, y en el artículo necrológico «Georg Beseler», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (GA), Bd. X (1889), págs. 1 ss.

(125) *Wesen menschl. Verbände*, pág. 27.

vidades humanas, que se hace real en la convicción común. «Toda comunidad orgánica es capaz de crear Derecho», dice, por eso, Gierke (126); no tan sólo el pueblo. Más aún, las partes de un pueblo dividido, la comunidad supranacional, las colectividades sin una base nacional homogénea, todas ellas crean o pueden crear Derecho por la convicción común (127). Y es que, como dice Gierke, «la última fuente de todo Derecho es siempre la conciencia común de una existencia social cualquiera» (128).

Desgajada así de la noción del pueblo y entendida como un concepto sociológico independiente, la «convicción de la comunidad» se convierte en la noción central del pensamiento de Gierke. La idea de la convicción como sustrato real del Derecho significa, en efecto, para Gierke el punto de partida absoluto para la concepción del Derecho como una potencia social y éticamente autónoma; y es también, por ello mismo, el polo opuesto y la negación radical del voluntarismo en el Derecho, una doctrina que, al situar el origen del Derecho en una voluntad en abstracto, lo independiza, por principio, de toda realidad social y sus exigencias éticas. El voluntarismo, que es el correlato de la concepción del Estado como una facultad de poder y su ejercicio, ve en el Derecho esencialmente la manifestación de una voluntad superior, es decir, un mandato o un imperativo; es la idea de que el Derecho se constituye como tal por la imposición de una voluntad superior, que determina cuáles son los límites recíprocos del obrar dentro de un grupo humano. Se trata de una doctrina que domina casi sin excepción la ciencia jurídica de finales de siglo (129). «Aun cuando los mandatos y prohibiciones del Derecho no aparezcan, a veces, como tales..., toda proposición jurídica contiene siempre un imperativo», y el Derecho de una comunidad no es otra cosa que «un conjunto de imperativos» (130). O como decía Bierling: «todo Derecho consiste en normas», y una norma «expresa siempre la exigencia de una voluntad frente a otra voluntad» (131). Contra esta teoría está dirigida la idea del Derecho de Gierke como un fenómeno que se manifiesta a través de la convicción de una comunidad.

(126) *Privatrecht*, pág. 119.

(127) *Grundbegriffe*, págs. 99-100, 104-105.

(128) *Grundbegriffe*, pág. 103.

(129) Cfr. *Privatrecht*, pág. 116, y *Laband*, pág. 1174. Sobre la polémica en torno al «imperativismo» en la ciencia jurídica de la época, cfr. E. R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Teil 2, Gotha, 1883, págs. 7 ss., 307 ss.

(130) A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, págs. 2-3, 8.

(131) E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. I, Tübingen, 1894, páginas 30, 36.

La idea de que el Derecho es por esencia voluntad, una idea heredada de Roma, y desconocida, en cambio, por los Derechos germánicos (132), es para Gierke el gran error de la época. Frente a esta idea, Gierke mantiene la de que el Derecho es un producto de la vida de los grupos humanos, un fenómeno con existencia objetiva, que, lejos de tener su origen en un mandato o en un imperativo, es independiente de toda voluntad y se ofrece al conocimiento como un dato más de la vida social. Es la tesis que, siguiendo el pensamiento de Gierke, sostendrá, más adelante, el pluralismo y, en general, el objetivismo jurídico. Su gran argumento será el mismo ya formulado por Gierke, de que la voluntad en sí puede, en último término, fundamentar el sometimiento de hecho, pero nunca la obligación ética de obediencia. La obligatoriedad ética de un mandato puede derivar del contenido mismo del mandato, pero nunca de la voluntad que lo impone, a no ser que se atribuya a esta voluntad un carácter o una base sobrenaturales (133). Por ser en sí, dice Gierke, regulación y delimitación de voluntades, el Derecho no puede ser él mismo voluntad. «Allí donde la voluntad impone normas a la voluntad, lo que surge siempre con necesidad lógica es el concepto de fuerza» (134); porque «la voluntad puede doblegar la voluntad, pero de ella no puede derivarse nunca una limitación del querer» (135). Y es que, como se dirá posteriormente con otras palabras, pero con idéntico sentido, «el Derecho, cuyo fin es imponerse a la voluntad humana, no puede extraer nunca su validez de esta misma voluntad» (136). Para que el Derecho pueda ser norma para voluntades libres, es preciso que sea algo distinto de la voluntad, ya que es una imposibilidad de principio «que la voluntad produzca de por sí una limitación objetiva de sí misma» (137). Es decir, que el Derecho no puede tener nunca como origen un acto de voluntad, individual o colectiva, sino que tiene que ser una norma objetiva que el hombre conoce, y a cuyo imperio somete su voluntad como consecuencia de este conocimiento. A esta estructura objetiva del Derecho alude Gierke, cuando dice que «el Derecho no es la voluntad colec-

(132) *Genossenschaftsrecht*, Bd. III, págs. 34-35; *Privatrecht*, págs. 117-18, nota 21.

(133) Cfr. H. J. LASKI, *A Grammar of Politics*, ya cit., págs. 250 ss., 286 ss., y L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, ya cit., Bd. I, págs. 217 ss., 673 ss.

(134) *Althusius*, pág. 318.

(135) *Privatrecht*, págs. 116-17.

(136) H. KRABBE, *Die moderne Staatssidee*, ya cit., pág. 47. La argumentación de Gierke es seguida a la letra por E. Barker, *Principles of Social & Political Theory*, ya cit., pág. 196.

(137) *Laband*, pág. 1173 n.

tiva de que algo debe ser, sino la convicción colectiva de que algo es» (138). Esta existencia como potencia independiente, como un «algo que es», es el carácter esencial del Derecho, un carácter que se revela, sobre todo, en el concepto mismo de «convicción común», tal como nos sale al paso en el pensamiento de Gierke.

La convicción común no es para Gierke un movimiento colectivo irracional, ni es tampoco la adhesión emocional, por los motivos que sea, a ciertas normas generales de conducta. De la idea de convicción hay que apartar todo lo que la palabra parece sugerir de casual y relativo, de aprobación momentánea de una regla o una actitud. La convicción, al contrario, posee según Gierke una estructura objetiva, porque lo que en ella se expresa es un juicio de la razón acerca de cuáles deben ser las normas que rijan las relaciones de voluntad en una comunidad. O dicho con otras palabras, el contenido de la convicción jurídica es un juicio racional, la afirmación de que, según la razón, ciertas normas delimitadoras externamente de las voluntades deben ser Derecho, es decir, deben ser impuestas, si es necesario, coactivamente. Es en este sentido, como expresión de un juicio racional, que el Derecho posee una existencia frente a toda voluntad. Por tener sus raíces en la convicción común de un grupo humano, el Derecho es siempre «juicio de la razón acerca de los límites que hay que señalar a la voluntad como lo permitido o lo debido» (139); lo mismo que en las normas morales, también en las normas jurídicas «la sustancia de los preceptos y de las prohibiciones está constituida por juicios racionales sobre la vinculación de la voluntad» (140). Por eso puede decir Gierke que el Derecho no es voluntad, sino razón. «Si ha de existir una norma vinculante, no para esta o aquella voluntad, sino para la voluntad en sí, esta norma ha de tener sus raíces en una potencia espiritual independiente de la voluntad: esta potencia es la razón» (141). El desconocimiento de esta «racionalidad» del Derecho y, por tanto, de su objetividad es el error del imperativismo. En la convicción jurídica alienta siempre un movimiento de voluntad, porque, como expondrá detenidamente Gierke en su análisis del Derecho legislado, no puede tenerse la convicción racional de que algo debe ser Derecho en una comunidad, sin querer, a la vez, que este algo lo sea efectivamente, es decir, sin querer que determine de hecho las relacio-

(138) *Althusius*, págs. 318-19.

(139) *Laband*, pág. 1173 n.

(140) *Recht und Sittlichkeit*, pág. 225.

(141) *Althusius*, pág. 318.

nes de vida de esta comunidad (142). La relación entre voluntad y Derecho es, por eso, completamente distinta de lo que pensaba el imperativismo. La voluntad no sólo no crea Derecho, sino que presupone siempre la existencia del Derecho, si ha de tener relevancia jurídica. La manifestación de voluntad de que una norma sea Derecho deja de ser mera expresión de un deseo particular o de una relación fáctica de poder, sólo si está referida a la existencia anterior de esta norma como Derecho. La voluntad no hace surgir el Derecho de la nada; su función es sólo la de declarar, confirmar o revestir de sanción un Derecho ya existente. Así como la verdad, una vez descubierta, posee una existencia objetiva, independiente de la mente que la descubrió y del proceso cognoscitivo por el que se llegó a ella, así también el Derecho, como resultado de un juicio racional, es independiente de toda voluntad que pueda declararlo. Para que una declaración de voluntad constituya Derecho, es preciso que la preceda el conocimiento de que algo es Derecho, y que este conocimiento se convierta en contenido de la declaración. El Derecho puede expresarse y se expresa hoy en día, sin duda, corrientemente en forma de mandato o imperativo, pero, a pesar de ello, el mandato es «sólo revestimiento y aditamento externo» para el Derecho (143). Lo que se manda es Derecho, no por virtud del mandato, sino, aunque parezca redundancia, porque lo mandado es Derecho; es decir, porque lo que la voluntad trata de imponer es «un juicio de la conciencia jurídica sobre la determinación racional de la libertad» (144). El papel de la voluntad es, por eso, siempre secundario en la creación del Derecho. La declaración de voluntad tiene fuerza jurídica constitutiva sólo cuando lo que en ella se expresa es que «un cierto juicio sobre los límites de la libertad externa de las voluntades es tenido como juicio de la razón, y debe ser cumplido, por eso, de modo general» (145).

VI

Ahora bien, todo juicio en el terreno de la razón práctica implica un criterio superior, de acuerdo con el cual tiene lugar el juicio; un criterio que fundamenta, en último término, la validez del juicio. ¿Cuál es el criterio, según el cual se dice que es un juicio de la razón, el que una

(142) Cfr. más adelante, págs. 55 ss. de este trabajo.

(143) *Privatrecht*, pág. 117.

(144) *Laband*, pág. 1176.

(145) *Laband*, págs. 1173-74 n.

determinada norma de conducta debe ser Derecho? ¿Cuál es el punto ideal de orientación que lleva a afirmar la «racionalidad» de un juicio semejante? Para Gierke este criterio y este punto ideal de orientación es la «justicia». El juicio contenido en la convicción común, de que algo debe ser Derecho no es un juicio basado en las necesidades de un momento determinado o en la adecuación de ciertas normas para alcanzar ciertos fines, sino que es la afirmación de que una norma debe ser Derecho, porque su contenido es tenido por justo. Este concepto, el de lo justo, es el criterio de racionalidad del juicio acerca de lo que debe ser Derecho. Las proposiciones jurídicas, dice Gierke, «son, en su última esencia, juicios racionales acerca de las delimitaciones de voluntad necesarias para un orden de vida justo» (146). Toda convicción de que algo debe ser Derecho está, por eso, referida a un juicio valorativo, es decir, a la idea del Derecho, porque la idea del Derecho «es la idea de lo justo» (147). Esta noción de lo justo y su virtualidad en la formación de la convicción de una comunidad es el elemento ideal en la creación del Derecho; un elemento, sin embargo, que no está «fuera» de la sociedad, como un concepto abstracto e invariable, sino que es parte y manifestación también de la vida de los grupos humanos y sólo es comprensible desde ella. La idea de lo justo posee una autonomía propia, como la poseen la idea ética del bien, la idea científica de la verdad o la idea estética de la belleza; ninguna de estas ideas es deducible la una de la otra, aunque todas se hallan en relación mutua y todas se influyen recíprocamente (148). Pero estas ideas, aunque autónomas y descansando sobre impulsos y movimientos espirituales propios, están todas referidas al ser social del hombre, y en este sentido se hallan insertas en el curso del tiempo histórico. Como las demás ideas, la idea de lo justo no es, por eso, tampoco, algo fijo y formulado de una vez para siempre, sino un postulado que los hombres tratan de hacer realidad en la historia. Como escribirá Ehrlich, «no poseemos ni una única justicia ni una única belleza, pero en toda obra de justicia se encuentra la justicia, como en toda obra artística auténtica está hablando la belleza a la humanidad» (149). Estos intentos de realizar la idea de la justicia es lo que nos ofrece la experiencia histórica, no su realización definitiva, y, por tanto, el contenido absoluto de la justicia. La idea de lo justo no se nos revela directamente, sino en el caleidoscopio de su vivencia en las comunidades

(146) *Privatrecht*, pág. 116.

(147) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 244; *Privatrecht*, pág. 120.

(148) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 244.

(149) Cfr. E. EHRLICH, *Gundlg. d. Soz. d. Rechts*, ya cit., pág. 168.

humanas, como una serie de ensayos, en los que, desde nuestro punto de vista, se mezclan con los logros y los aciertos, los errores, los retrocesos y las aberraciones. Lo que de la idea de lo justo se ofrece a nuestro conocimiento son sus «configuraciones pasajeras», cada una de las cuales es «sólo una de las infinitas refracciones en que nos llega la luz pura de la idea» (150); los ensayos para captarla y hacerla real en «las creaciones jurídicas concretas de las asociaciones humanas históricas» (151). Los Derechos positivos, como concreción cada uno de una concepción de la justicia, nos ofrecen en una gama infinita la realidad histórica y social de la idea de lo justo. El carácter múltiple y contradictorio de esta experiencia histórica no es un mero accidente, sino, al contrario, algo consustancial a la naturaleza histórica de las comunidades humanas y de su conciencia jurídica. El juicio de la conciencia jurídica acerca de lo que es justo es siempre un juicio en el que se refleja la perspectiva de una situación histórica real. La conciencia jurídica de cada momento es el resultado de un largo proceso orgánico de constitución, en el que juegan un papel decisivo las condiciones de vida y la totalidad de ideas y actitudes de la comunidad (152). No hay una conciencia jurídica en abstracto, sino sólo la conciencia jurídica de una comunidad determinada en un momento también determinado. «La conciencia jurídica de toda comunidad humana está sometida a una evolución histórica, que tiene lugar en íntima conexión con las transformaciones de toda la vida en común, con el progreso de las ideas éticas y de las costumbres, y con el cambio de las relaciones y necesidades políticas, sociales y económicas» (153).

Pero aunque la conciencia jurídica de las comunidades humanas está determinada históricamente, algo hay en ella, dice Gierke adelantándose a la axiología jurídica del neokantismo, que es permanente e inalterable: «la aspiración a la realización de la justicia» (154). Aun cuando su concepción de la justicia esté sometida por naturaleza a la condicionalidad histórica, la variedad misma de estas concepciones es el testimonio del esfuerzo ininterrumpido por hacer real en situaciones muy diversas la

(150) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 250.

(151) *Naturrecht*, pág. 8.

(152) *Grundbegriffe*, pág. 8; *Naturrecht*, pág. 9; *Recht u. Sittlichkeit*, página 225.

(153) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 259.

(154) *Recht u. Sittlichkeit*, págs. 259, 244. Sobre el concepto del Derecho como «die Wirklichkeit, die den Sinn hat... der Rechtsidee zu dienenn», cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig, 1932, págs. 29 ss., y la bibliografía allí citada.

idea de lo justo. Aquí, en el hecho de que el juicio racional que constituye el Derecho es siempre un juicio acerca de lo que es justo, se halla para Gierke la raíz de la autonomía ética del Derecho. Y aquí se halla, por eso, también el «mérito impercedero del Derecho natural»; no en su pretensión de representar un canon intemporal para todo Derecho positivo, sino en su impulso ético primario, en la afirmación «de la independencia y peculiaridad de la idea del Derecho» (155). La concepción de la idea del Derecho como un valor propio, con existencia independiente de todos los fines posibles de la actividad práctica individual o colectiva, y la noción del Derecho como un orden de las relaciones humanas referido esencialmente a esta idea, es el presupuesto de la autonomía ética del Derecho.

El error del positivismo jurídico de su época era, por eso, para Gierke, no haber visto en la doctrina de la Escuela histórica más que su crítica del Derecho natural, y haber creído que la refutación del jusnaturalismo significaba la eliminación por principio de la idea del Derecho de la ciencia jurídica (156). Este error era el peligro que amenazaba de muerte el futuro del pensamiento jurídico. Porque si desaparece la idea del Derecho como un valor propio, y si deja de verse en el Derecho la respuesta histórica de las comunidades humanas al problema de la justicia, el Derecho se convierte necesariamente en un mero instrumento, es decir, en un medio éticamente neutral que es posible utilizar, según las circunstancias, para el logro de los fines más diversos. El Derecho pierde así «todo valor propio y toda dignidad autónoma y se transforma en un medio para la aseguración de intereses sociales o individuales, un medio, cuyo valor se mide exclusivamente por su utilidad... para la consecución de fines ajenos a él, es decir, por los servicios que pueda prestar» (157). El lugar de la idea del Derecho lo ocupa la idea de la utilidad o de la eficacia, y el Derecho, producido al calor de las necesidades del momento, pierde su valor ético y queda «amenazado en su misma raíz» (158). El valor ético del Derecho descansa en el hecho de que es expresión de un juicio de la conciencia jurídica acerca de lo que es norma justa de las relaciones humanas; aunque este juicio está siempre condicionado históricamente, a él se refiere la autonomía ética del

(155) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 245; *Privatrecht*, pág. 121, n. 35; *Laband*, página 1192.

(156) *Althusius*, págs. 317-18. Sobre la actitud de la Escuela histórica frente al Derecho natural, *Hist. Rechtsschule*, págs. 15-16.

(157) *Laband*, pág. 1192.

(158) *Althusius*, pág. 317.

Derecho (159). Considerado como expresión de la conciencia jurídica de una comunidad, el Derecho es fin en sí mismo. «Su fin inmediato lo tiene el Derecho en sí mismo. Su contenido primario es la realización de la justicia, y desde este punto de vista, el Derecho es efectivamente fin en sí mismo... Si es infiel, en cambio a la idea de la justicia y se pregunta sólo por la utilidad, no sólo debilita o quebranta el sostén del que deriva su fuerza, sino que ni siquiera puede aportar el provecho que de él se espera» (160). En la desaparición paulatina de la idea de justicia como elemento constitutivo del Derecho; veía Gierke el comienzo de un proceso que había de llevar forzosamente a la aniquilación de la autonomía ética del Derecho. Es lo que hoy, cumplido ya el proceso, llamamos la tecnificación y mecanización del Derecho: la sustitución del Derecho por la ley, la producción legislativa «motorizada», y la concepción del Derecho como un medio técnico en manos de técnicos, destinado a la consecución de los fines propios del poder político y de los poderes económicos (161). Es el proceso de la neutralización ética del Derecho; la idea, como decía Gierke, de que el Derecho es «sólo un instrumento indispensable para el logro de ésta o aquella finalidad ideal o material» (162). La ley se independiza del Derecho, deja de ser expresión de una objetividad normativa, y se convierte en un medio técnico producido casi mecánicamente, de acuerdo con las necesidades del momento. «La inclinación del presente por leyes de lucha, leyes del momento, leyes de excepción, leyes de oportunidad encierra en sí una tendencia desintegradora, no sólo enemiga del Derecho, sino enemiga de la cultura» (163). La época que Gierke veía aproximarse, era una época en la que, en lugar del respeto por el Derecho, iba a dominar la creencia, «de que todo lo que puede mandarse en forma de ley, puede también, por ello, convertirse en Derecho vivo, y de que es posible impunemente

(159) *Laband*, pág. 1190.

(160) *Recht u. Sittlichkeit*, págs. 246-47.

(161) Sobre el problema, tan claramente visto por Gierke, y hoy tan acuciante, de la pérdida de sustancia ética del Derecho, y en estrecha relación con él, de la producción en cadena de normas de todos los rangos, cfr. C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949, págs. 18 ss., 28, y W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien*, Bd. 24), 2. Aufl. Göttingen, 1958, págs. 102 ss. Sobre la concepción «funcional» del Derecho, E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung. Aufriss eines Problems», en *Archiv für Begriffsgeschichte*, Bd. XII (1968), págs. 157 ss.

(162) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 258.

(163) *Privatrecht*, pág. 121, n. 37.

poner en movimiento la majestad de la ley para satisfacer por el camino más corto cualquier problema de utilidad práctica» (164).

VII

Como todas las determinaciones del concepto del Derecho, también la idea de justicia se ordena en la intención fundamental del pensamiento de Gierke, que es la concepción del Derecho como un fenómeno social concreto. La idea de justicia no es, ante todo, un concepto con contenido definible, que sirve de canon intemporal para juzgar de los Derechos positivos: ni en el sentido, de que sólo *son justos* los Derechos que responden en su contenido al contenido de este canon, ni menos aún, según el esquema del Derecho natural, en el sentido de que sólo *son* Derecho los órdenes positivos que coinciden con aquel criterio absoluto. La idea de justicia en Gierke tiene el carácter de una realidad social, íntimamente ligada por su naturaleza al fenómeno también social de la convicción común. La idea del Derecho, «una idea innata en el hombre» (165), es una exigencia abstracta que sólo dice que el Derecho debe ser justo, como la convicción sólo dice que una norma debe ser Derecho porque es tenida por justa; el contenido, empero, de esta exigencia, es decir, qué es lo justo, es siempre un hecho social, un juicio de la conciencia jurídica de una comunidad, que está determinado por el desenvolvimiento histórico, de las formas de vida de esta comunidad y de la influencia recíproca entre ellas. El juicio implícito en la convicción común no refiere, por eso, la norma a un criterio indeterminado de justicia, ni tampoco a un criterio determinado abstractamente por el discurso racional, sino al criterio concreto de la conciencia jurídica de una comunidad. Uno de los momentos del concepto del Derecho es, por eso, su materia normativa. Precisamente porque el juicio acerca de lo que debe ser Derecho es un juicio acerca de lo que es justo según la conciencia jurídica de una comunidad, el Derecho es siempre norma pensada con un contenido determinado y concreto. Esta es la gran respuesta de Gierke al formalismo jurídico. El método del formalismo está dirigido siempre a encontrar por eliminación unos «caracteres esenciales» del Derecho, por virtud de los cuales es posible decir siempre si una norma es Derecho, haciendo caso omiso de su contenido; es un modo de pensar que «cree poder negar al contenido toda significación jurídica independiente»,

(164) *Naturrecht*, pág. 11.

(165) *Grundbegriffe*, pág. 103.

prestando a la forma en sí «una vida propia» (166). Para Gierke, en cambio, el Derecho no es pensable sin un contenido concreto, por la razón evidente, de que para tener una norma por justa hay que pensarla en su contenido, como un modelo o modelos de comportamiento, no meramente como una forma de regulación distinta de otras formas sociales de regulación. El contenido del Derecho, que es lo que le vincula a una realidad social, es, a la vez, lo que hace que una norma de conducta sea Derecho. Lo que va a ser una de las premisas del pensamiento jurídico contemporáneo, se encuentra ya en el centro mismo de la teoría del Derecho de Gierke: no hay un Derecho, sino sólo Derechos, y la idea misma de pensar el Derecho fuera de toda relación con un grupo humano histórico es una abstracción a la que no corresponde realidad alguna (167).

A la idea de justicia se encuentra también íntimamente unido el planteamiento del problema de la validez jurídica en Gierke. Desde los orígenes del pensamiento jurídico occidental, la fundamentación de la obligatoriedad del Derecho ha tenido lugar siguiendo dos esquemas fundamentales. De un lado, concibiendo al Derecho como medio para el logro de un fin, al que se atribuye un valor absoluto; de otro, haciendo descansar la validez del Derecho en la coincidencia de su contenido con unos postulados de conducta, a los que se reviste *a priori* de una vinculatoriedad absoluta. Al primer esquema responden las teorías que basan, por ejemplo, la obligatoriedad del Derecho en la seguridad jurídica, en el sentido, sobre todo, que recibe este concepto de Hobbes a Kant, y posteriormente, en el pensamiento jurídico del liberalismo. El segundo esquema es el del Derecho natural: la fuerza de obligar del Derecho positivo descansa en su correspondencia o, al menos, en su no incompatibilidad con «otro» Derecho que se revela a la razón dotado de validez intemporal. Sólo más adelante, con la llamada «conquista del mundo histórico», va a plantearse en otros términos el problema. El rasgo común de las teorías anteriores había sido que todas intentaban fundamentar la obligatoriedad jurídica «desde fuera» del Derecho, en la referencia de éste a fines o principios tenidos en sí como valores incondicionados. El descubrimiento del valor autónomo de las formas históricas, del sentido absoluto que se encuentra en su existencia concreta, va a hacer posible buscar el fundamento de la validez jurídica en la realidad misma del

(166) *Laband*, págs. 1174. En sentido análogo ya SAVIGNY, *System*, Bd. I, página 52.

(167) Sobre ello, cfr. mi trabajo, *Sobre el positivismo jurídico*, ya cit., páginas 28 s.

Derecho (168). No hay más Derecho que el que se hace real en el tiempo y en la vida de los pueblos, y en esta realidad única e irreversible se encuentra la razón de su fuerza de obligar, porque sería una contradicción en los términos la existencia de un Derecho que no obligara. El Derecho tal como ha llegado a ser lleva en sí mismo su justificación; el intento de fundamentarlo desde fines o principios éticos implica ya de por sí la posibilidad de que pudiera ser otro Derecho, una noción impensable para la nueva conciencia histórica. Es lo que quería decir ya G. Hugo cuando afirmaba que, «o no puede haber Derecho positivo en absoluto, o bien todo lo que *es* Derecho positivo *tiene que poder ser* Derecho positivo» (169). La idea recibirá, sin embargo, consagración en Savigny con su noción de la «necesidad interna» del Derecho en cada uno de los momentos de la vida de los pueblos, convirtiéndose en seguida en uno de los dogmas de la Escuela histórica (170). Preguntándose por la validez del Derecho consuetudinario, lo dirá con toda claridad Puchta: «El Derecho consuetudinario existe y posee validez por la misma razón por la que posee validez el Derecho, por la razón de que existe una convicción popular, y por la razón, finalmente, de que existen pueblos» (171). El fundamento de obligatoriedad del Derecho no se encuentra en actos o principios constitutivos, sino en la estructura de su propia realidad. «El fundamento de su fuerza de obligar lo tiene el Derecho como la moral absolutamente en sí mismo, sólo que *por razón* de su especial naturaleza no lo tiene simplemente en la idea, sino, a la vez, en su existencia externa» (172).

Dentro de los términos de su propia concepción del Derecho, ésta es también, en esencia, la idea mantenida por Gierke. Justamente porque se trata de dos esferas autónomas, en cada una de las cuales se manifiesta una idea independiente, la moral no puede nunca ser criterio del Derecho ni constituir el fundamento de su validez (173). La validez es un momento del concepto del Derecho, o dicho de otra manera, su misma realidad considerada desde un punto de vista especial. La realidad del

(168) Sobre los rasgos generales de este proceso, cfr. mi trabajo, *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, ya cit., págs. 29 ss.

(169) G. HUGO, *Beiträge zur civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre...*, zusammen abgedruckt und mit Zusätze begleitet, Bd. I, Berlín, 1828, página 374. Los subrayados son de Hugo.

(170) SAVIGNY, *Vom Beruf*, págs. 8 ss.

(171) PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, ya cit., Bd. I, págs. 180-81.

(172) F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. I, 1. Abtlg., 5. Aufl., Tübingen und Leipzig, 1878, pág. 240.

(173) *Recht und Sittlichkeit*, págs. 219, 232 ss.

Derecho se halla en la convicción de que una norma de voluntad es justa, es decir, de que responde a las exigencias de la justicia tal como ésta aparece a la conciencia de una comunidad en un momento histórico determinado. Aquí, en el hecho de que todo Derecho positivo es siempre «la conformación de la idea del Derecho» por la conciencia de una comunidad histórica (174), se encuentra el último fundamento de la validez jurídica. Este fundamento se identifica, por eso, para Gierke con la justicia, pero la justicia no como una noción, variable o permanente, situada más allá de la realidad jurídica histórica, sino como elemento integrante de esta realidad. «El valor, la fuerza, la permanencia del imperio del Derecho dependen de hasta qué punto el Derecho positivo es sentido, querido y concebido como la expresión adecuada en el momento de la idea del Derecho» (175). No se trata de que una norma jurídica pensada en abstracto reciba fuerza de obligar por la adhesión del grupo social, sino de que la convicción de que una norma es justa en un momento histórico, al hacer de esta norma una norma jurídica, la reviste por ello mismo de validez. Desde el ala germanista de la Escuela histórica, ya Beseler había visto lo esencial del Derecho en su ser histórico, no en su coincidencia con principios racionales (176); ahora, Gierke sitúa la razón última de la validez jurídica en el proceso mismo de la realidad del Derecho. Y así, frente a la teoría tradicional que exigía para la obligatoriedad del Derecho consuetudinario el requisito de su «racionalidad», Gierke sostiene el carácter imperativo absoluto de la convicción de la comunidad. «El juez no está llamado a decidir soberanamente sobre la razón jurídica del pueblo, sino a aplicar el Derecho. Su cometido es examinar si la norma es válida, no juzgar acerca de su bondad» (177). La teoría de la validez del Derecho de Gierke lejos de ser, por eso, una descripción de los factores de vigencia de la norma jurídica, trasciende la esfera de la causalidad y de la motivación y ofrece una verdadera fundamentación ética de la fuerza de obligar del Derecho. Esta fundamentación no se encuentra en el hecho de que los miembros de un grupo «quieran» o «reconozcan» un Derecho como obligatorio (178),

(174) *Grundbegriffe*, pág. 103.

(175) *Laband*, pág. 1190.

(176) *Deutsches Privatrecht*, ya cit., pág. 48.

(177) *Privatrecht*, pág. 169.

(178) Sobre las teorías del «reconocimiento», cfr. ahora H.-L. SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlín, 1966, páginas 85 ss., 105 ss., y H. WELZEL, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Geisteswissenschaften, Heft 128)*, Köln u. Opladen, 1966, págs. 10 ss.

lo cual, en último extremo, sólo sería una explicación de por qué es cumplido efectivamente un Derecho en este grupo; la fundamentación de la obligatoriedad jurídica se encuentra, no en actos de voluntad individuales o colectivos, sino en el sentido que presta a una norma el ser tenida por Derecho por una comunidad humana. Como se dirá más adelante: «la fuente de la fuerza de obligar del Derecho no se halla en el consentimiento de la comunidad, sino en el hecho de que ha sido producido por la comunidad» (179).

La teoría de Gierke representa un nuevo planteamiento del problema de la validez jurídica. El problema de Gierke no es, en efecto, el del fundamento de la obligatoriedad del Derecho en abstracto, sino el del fundamento de obligatoriedad del Derecho pensado en concreto, como Derecho de una comunidad determinada. La validez jurídica está referida siempre en Gierke a un Derecho en un momento histórico, y si se la hace saltar estas fronteras haciendo de su fundamento el fundamento de la validez del Derecho en sí, se convierte en una mera determinación formal que no nos da respuesta alguna al problema. Y, sin embargo, la doctrina de Gierke no cae por eso en el relativismo, negando la existencia o la vinculatoriedad de valores jurídicos materiales y, consecuentemente, la posibilidad de fundamentar éticamente la obligatoriedad del Derecho. Lo que se expresa en la teoría de la validez de Gierke no es un relativismo, sino, para decirlo con un término sociológico, un «relacionismo» (180). Para Gierke existen valores jurídicos, pero existen con una objetividad que no es la objetividad abstracta e intemporal de las verdades teóricas, sino con una objetividad concreta, «en relación» siempre con una comunidad histórica; y de igual manera, la vinculatoriedad de estos valores no es tampoco una vinculatoriedad absoluta, válida para toda situación social de hecho, sino una vinculatoriedad concreta y siempre «en relación» con una realidad histórica y social determinada. El valor de la justicia, que a través de la convicción común constituye la realidad del Derecho, es por eso, un valor, y un valor con objetividad y vinculatoriedad reales en un horizonte histórico y para una convivencia social; su variabilidad en el tiempo y en relación con la realidad histórico-social no nos revela su «relatividad», sino su única forma posible de existencia. La fundamentación de la validez jurídica en la idea de la justicia es, en este sentido, una fundamentación éticamente objetiva, la única posible para el Dere-

(179) M. P. FOLLETT, *The New State*, ya cit., pág. 130.

(180) Sobre las diferencias entre «relativismo» y «relacionismo», K. MANNHEIM, «German Sociology (1918-1933)», en *Politica*, vol. I (1934-35), págs. 15-16.

cho en tanto que individualidad histórica y vinculado por naturaleza a la existencia de una comunidad.

La teoría de la validez jurídica de Gierke va a ejercer una influencia permanente en el desarrollo del pensamiento jurídico posterior. Su idea central, sobre todo, la fundamentación de la obligatoriedad del Derecho en los órdenes éticos históricos creados por las comunidades humanas, es una idea que no desaparecerá ya de la ciencia del Derecho contemporáneo (181). Sería, sin embargo, un error ver en la teoría de Gierke una consagración del positivismo de la ley a ultranza, es decir, la consagración de la obediencia incondicionada al Derecho en cualquier caso y sólo por ser el Derecho de una situación histórica dada. Para Gierke, al contrario, la validez del Derecho permanece siempre, por definición, dentro de los límites de la obligatoriedad específicamente jurídica, y aunque presta al Derecho un fundamento ético, no le presta un fundamento ético absoluto e incondicionado. Las exigencias éticas incondicionadas se encuentran para Gierke exclusivamente en la conciencia individual. El Derecho no es en sí un fin absoluto; o como dice Gierke, «el Derecho es un bien elevado, pero no es el bien más elevado» (182). Por encima del Derecho se hallan otros órdenes superiores, y así, inserto en la jerarquía de los fines y órdenes humanos, el Derecho tiene que supeditarse o servir de medio a otros valores (183). El hombre no se enfrenta en la sociedad tan sólo con la pretensión de obligatoriedad del Derecho; la estructura misma de la sociedad lleva implícita en sí toda una serie de exigencias de comportamiento que proceden de la ética colectiva general, pero que proceden también del *ethos* específico de las comunidades restringidas de las que el hombre forma parte, de los grupos profesionales, económicos y culturales, de las Iglesias, clases sociales, sectas, partidos políticos. Tanto el Derecho como las normas de la ética

(181) Véase, para no citar más que algunos ejemplos, M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50)*, Breslau, 1903, págs. 16-17 ss. *passim*, y *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlín, 1933, páginas 37 ss.; H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, ya cit., págs. 48 ss., 54 ss.; y más recientemente, desde distintos puntos de vista, H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1934, págs. 191 ss.; J. RITTER, «*Naturrecht*» bei Aristoteles. *Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts (res publica, Bd. 6)*, Stuttgart, 1961, esp. páginas 32 ss.; M. DRATH, *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts. Prolegomena zur Untersuchung des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen, 1963, págs. 24 ss., 28 ss. K. LARENZ, *Das Problem der Rechtsgeltung (Sonderhefte der Deutschen Philosophischen Gesellschaft, 5)*, Berlín, 1929, páginas 29 ss., por su parte, sigue casi a la letra la teoría de Gierke.

(182) *Naturrecht*, pág. 10, y *Grundbegriffe*, pág. 35.

(183) *Recht u. Sittlichkeit*, págs. 246-47.

colectiva y de la ética de los grupos menores se dirigen al individuo con exigencias múltiples que, a veces, se contradicen, situando al individuo en una encrucijada de lealtades y en la disyuntiva del cumplimiento de obligaciones contrapuestas (184). Es el problema de las *conflicting obligations*, que constituirá, más adelante, uno de los grandes temas de reflexión de la teoría jurídica y política del pluralismo (185). En este entrecruzamiento de exigencias, la exigencia jurídica no constituye de por sí una última *ratio* respecto a las demás. «El Derecho es soberano en su esfera, pero su esfera no es la totalidad del mundo social. Todavía no ha habido un Derecho que de tal manera haya respondido a su ideal, que haya podido imponerse siempre en conflicto con tendencias políticas, con ideas religiosas o éticas o con necesidades sociales o económicas» (186). Cuando la obligatoriedad jurídica se halla en pugna con las exigencias de otras normas éticas, la decisión acerca de la conducta debida no corresponde al Derecho mismo, sino al juicio de la conciencia individual. La instancia ética de la subjetividad, que en el proceso de neutralización del Estado moderno había hecho ya saltar en pedazos el gran artificio del viejo Leviathan (187), se introduce ahora en el pensamiento jurídico para definir los límites de la obligatoriedad del Derecho. El individuo no se ve forzado a la «emigración en la intimidad moral», sino que hace del imperativo de su conciencia el criterio último de la obediencia al Derecho. La desobediencia al Derecho, dice Gierke, es «una acción moral», cuando esta desobediencia «es tenida... como una obligación de conciencia ineludible»; más aún, cuando el Derecho se halla en colisión con una norma tenida por obligatoria éticamente, la desobediencia es «un deber moral» (188). A diferencia, empero, de la tradición del jusnaturalismo, la desobediencia aquí no está fundada en que el Derecho positivo, al no responder a las exigencias de un Derecho

(184) *Recht u. Sittlichkeit*, págs. 218 ss., 236.

(185) Sobre este tema, cfr., sobre todo, G. D. H. COLE, «Conflicting Social Obligations», en *Proceedings of Aristotelian Society*, vols. XV (1915), págs. 140 ss., y XVI (1916), págs. 310 ss.; H. J. LASKI, *A Grammar of Politics*, ya cit., páginas 250 ss., 260 ss.

(186) *Laband*, pág. 1190.

(187) Sobre el proceso de neutralización de la conciencia individual y sus consecuencias en el ordo del Estado moderno, cfr. C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*. Hamburg, 1938, págs. 79 ss., esp. 86, y últimamente, R. KOSELLECK, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg/München, 1959, págs. 30-31 *passim*.

(188) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 237.

intemporal no es, en realidad, Derecho, y carece consecuentemente de fuerza de obligar (189). La desobediencia al Derecho en Gierke es, al contrario, desobediencia al Derecho positivo, a un Derecho real y con pretensiones de obligatoriedad, es decir, es siempre, como Gierke subraya, «violación del Derecho»: pero una violación «que constituye un acto moral» (190), y qué puede ser «un imperativo ético» (191).

VIII

Con la concepción del Derecho como manifestación de la vida de las comunidades humanas a través de la convicción común, Gierke va a dar expresión, por primera vez, a la idea fundamental de lo que, más adelante, se llamará el objetivismo jurídico, una de las direcciones más características y fecundas del pensamiento jurídico contemporáneo (192). Es la idea de que el Derecho no es un producto de la voluntad de los hombres, sino una potencia autónoma, un fenómeno social de estructura propia e independiente. La idea, como dirá Gierke, de que en el origen del Derecho no se encuentra «la reflexión intelectual, ni mucho menos el capricho de los hombres» (193); que el Derecho es «la manifestación de vida de la conciencia orgánica de una comunidad» (194). El Derecho aparece así sustraído a las decisiones individuales o colectivas y entendido como una potencia social específica «sólo igual a sí misma» (195); como una objetividad cuyo fundamento y cuya forma de existencia se hallan en la realidad social. El Derecho no es, por eso, «creado», en el sentido que presta a esta palabra la teoría tradicional de las fuentes jurídicas, no es el resultado de actos o procesos formales, sino que existe como predicado del ser histórico de las comunidades humanas; la misma afirmación de que el Derecho es un producto de la vida de las comuni-

(189) Sobre ello, cfr. del mismo GIERKE, *Althusius*, págs. 297 ss., y K. WOLZENDORFF, *Saatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 126)*, Breslau, 1916, págs. 95 ss., 262 ss.

(190) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 238.

(191) *Grundbegriffe*, pág. 35.

(192) La exposición clásica del objetivismo jurídico se encuentra en L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, ya cit., t. I, págs. 14 ss., 22 ss. *passim*. En la misma línea de pensamiento y bajo la influencia directa de Gierke: E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, ya cit., págs. 11, 20 ss., 31 ss., y H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, ya cit., págs. 48 ss., 76 ss.

(193) *Naturrecht*, pág. 9.

(194) *Althusius*, pág. 317; *Grundbegriffe*, pág. 9.

(195) *Laband*, pág. 1113.

dades humanas no alude a «un modo» de producción del Derecho, sino que describe tan sólo la forma en absoluto de su realidad.

Sin embargo, en tanto que «orden de las relaciones de voluntad nacidas de la vida en común» (196), el Derecho no es simplemente la norma contenida en la conciencia jurídica de la comunidad, sino esta norma, y a la vez, las condiciones de su posibilidad como orden efectivo de la convivencia en una comunidad determinada. El Derecho, que es en sí delimitación recíproca de voluntades, postula por definición aquellos supuestos por los que esta delimitación se hace real como orden concreto de vida de una comunidad. Como decía F. J. Stahl, el Derecho sólo se constituye como tal por su existencia como orden externo de la vida de los grupos humanos: «la mera conciencia jurídica del pueblo no posee la fuerza vinculatoria del Derecho hasta que no se ha hecho vida externa, adquiriendo aquí expresión y forma» (197). Los modos por los que el contenido de la conciencia jurídica «se hace vida externa» no son modos de creación del Derecho, el cual existe ya con existencia propia en la convicción común, sino supuestos de su efectividad como orden de la convivencia; unos supuestos que pueden ser de naturaleza muy diversa, pero que son siempre procesos formales por los que la norma articulada en la conciencia jurídica pasa a conformar de hecho las relaciones humanas. Estos procesos, la costumbre, la función legislativa, la actividad judicial que la doctrina tradicional abarcaba bajo la denominación de fuentes del Derecho, no sólo no se hallan en el origen del Derecho, sino que presuponen, al contrario, ya en sí la existencia previa de un Derecho, al que hacen cognoscible, aseguran o concretizan. «La última fuente del Derecho es siempre la conciencia común de una existencia social. Ahora bien, la convicción común de que algo es Derecho necesita para adquirir existencia externa como proposición jurídica, que sea expresada realmente por una manifestación de la comunidad» (198). La Escuela histórica, para la que el Derecho era también una realidad autónoma en la vida de los pueblos, había visto en los modos de expresión externa del Derecho tan sólo signos empíricos de la existencia de un Derecho determinado: el Derecho existía como tal en la conciencia del pueblo, y las llamadas fuentes del Derecho eran sólo hechos que atestiguaban la existencia de éste, «formas de su existencia externa» que no se hallaban en conexión esencial con él (199). Se trata de una concepción, cuyas últimas

(196) *Grundbegriffe*, pág. 89.

(197) F. J. STAHL, *Philosophie des Rechts*, ya cit., Bd. II, 1. Abtlg., pág. 235.

(198) *Grundbegriffe*, pág. 103.

(199) Cfr. G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, ya cit., Bd. I, págs. 30 ss., y SAVIGNY, *System*, ya cit., Bd. I, págs. 11 ss., 34 ss.

raíces hay que buscarlas, como se ha dicho exactamente, en la falta de un concepto claro de la positividad del Derecho (200). Para Gierke, que sí poseía, en cambio, un concepto muy preciso de la positividad del Derecho y de sus exigencias, los procesos por los que el Derecho se hace cognoscible o se asegura en el ámbito de las relaciones humanas no son meros hechos sin relación con la realidad del Derecho, sino «la otra vertiente» de esta realidad; no se trata de signos externos, sino de elementos constitutivos del Derecho como orden concreto de una comunidad, es decir, de un momento conceptual del Derecho, ya que sin ellos no es posible pensar el Derecho en su determinación esencial de Derecho positivo. En este sentido puede decir Gierke que, «una convicción jurídica no puede convertirse en proposición jurídica hasta que se manifiesta en la experiencia externa» (201). Las llamadas fuentes jurídicas no crean, en efecto, el Derecho, pero en tanto que condiciones de su positividad son, a la vez, condiciones de su realidad.

Este concepto del Derecho en íntima relación con los modos de su positividad es también el punto de partida de Gierke en su teoría del Derecho consuetudinario, la fuente del Derecho por antonomasia para la Escuela histórica (202). Para Gierke el Derecho consuetudinario es también el modo por excelencia, si no de producción, sí de manifestación del Derecho. Por la costumbre jurídica, la convicción que constituye el Derecho en la comunidad se expresa directamente al exterior en los actos repetidos de sus miembros. Derecho consuetudinario es «el Derecho manifestado directamente por una comunidad a través de actos», es decir, «la aplicación directa a una situación vital... de la regla tenida como norma en la conciencia común» (203). El Derecho consuetudinario es, por eso, Derecho en un sentido eminente—«la fuente que lo alimenta sólo se cegará cuando se extinga también la vida del Derecho», dice Gierke (204)—, un modo de manifestación de la conciencia jurídica que completa, interpreta y, dado el caso, deroga el Derecho manifestado por otros medios, especialmente el Derecho legislado (205). Esta unidad entre la conciencia jurídica y sus modos de manifestación, tal como se nos muestra paradigmáticamente en el Derecho consuetudinario es para Gier-

(200) Cfr. H. MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts. Problementwicklung und System*, Wien, 1932, págs. 27-28.

(201) *Privatrecht*, pág. 164.

(202) Cfr. SAVIGNY, *Vom Beruf*, pág. 14, y PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, I, página 9, y II, pág. 185.

(203) *Privatrecht*, págs. 159, 170.

(204) *Privatrecht*, pág. 161.

(205) *Privatrecht*, págs. 172-73.

ke la unidad misma de la vida del Derecho: por ella el Derecho en sí, como fenómeno de la vida social es, a la vez, potencia ordenadora de esta misma vida social. Gierke rechaza, por eso, toda concepción que ignora esta unidad, y que ve la esencia del Derecho consuetudinario en uno solo de sus elementos. En primer término, la teoría sostenida sobre todo por Dernburg, de que lo esencial en el Derecho consuetudinario es el hecho mismo de la costumbre, la cual por un mecanismo psicológico «crea Derecho objetivo» (206). Por igual razón Gierke rechaza también la teoría del Derecho consuetudinario de la Escuela histórica, para la que, al contrario, la costumbre era sólo un hecho, que si tenía relevancia para la ciencia jurídica, era únicamente porque representaba «el testimonio más irrefutable» de la existencia de una norma jurídica en la conciencia del pueblo (207). Para Gierke, en cambio, la separación entre la costumbre y la convicción común equivale a desconocer la naturaleza del Derecho consuetudinario en tanto que Derecho. La costumbre es uno de los modos por los que el contenido de la conciencia jurídica de una comunidad se manifiesta al exterior, y en este sentido es un elemento integrante del fenómeno social que llamamos Derecho consuetudinario. La costumbre y la convicción jurídica no son dos factores que componen yuxtapuestos el Derecho consuetudinario, sino «las dos caras, interna y externa, del mismo proceso constitutivo» (208). La norma jurídica es un producto de la convicción común que, como tal, «no puede tener la fuerza de una norma vinculante externamente»; mientras que, de otro lado, la costumbre tiene que ser tenida como verificación de una norma jurídica, si se quiere que deje de ser un mero hecho, y se convierta en un momento de la realidad jurídica (209).

IX

La significación que reviste para la teoría del Derecho este esquema de las relaciones entre el Derecho como realidad social y los modos de su positividad se pone de relieve, sobre todo, en el análisis por Gierke del poder estatal como fuente del Derecho. De acuerdo con la línea general

(206) H. DERNBURG, *Pandekten* (1884), 7. Aufl., Berlín, 1902, Bd. I, páginas 58, 56 ss. Una concepción semejante mantenía también G. Beseler, en relación, sobre todo, con el llamado «Derecho de los juristas»; cfr. *Volksrecht und Juristenrecht*, ya cit., págs. 77, 86 ss.

(207) Cfr. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 143 ss.; II, 151 ss., y SAVIGNY, *System*, I, págs. 34 ss., 38.

(208) *Privatrecht*, págs. 164-65.

(209) *Privatrecht*, pág. 165.

de su pensamiento, Gierke niega que la actividad legisladora sea un modo de producción originaria del Derecho; la declaración por el Estado de que algo es Derecho sólo tiene sentido referida a una realidad normativa anterior, sólo como su formulación y aseguramiento, no como su creación. Gierke se enfrenta aquí conscientemente con el proceso secular por el que el Estado se hace con el monopolio de la producción jurídica, aniquilando o sometiendo a su competencia las demás fuentes del Derecho (210). Por virtud de este proceso, desde el siglo XVI, sobre todo, y hasta el Estado de la soberanía popular nacido de la Revolución francesa, va consolidándose cada vez más la idea de que la «ley» es la expresión por excelencia del Derecho, y de que el fundamento de su validez se encuentra en la manifestación de voluntad del poder estatal que se halla en su origen. Con su doctrina de la creación del Derecho por el pueblo, la Escuela histórica sienta, por primera vez, las bases para una teoría de signo opuesto, que, al entender el Derecho como un fenómeno histórico, lo independiza por principio de la voluntad del poder estatal (211). Gierke, que arranca también de la idea del Derecho como una realidad «anterior» a los modos de su manifestación, se separa, sin embargo, de Savigny en el planteamiento mismo del problema. Para Gierke el problema fundamental no es tan sólo el de trazar los límites que separan al Derecho real de la actividad legisladora del Estado; además de este problema, que era el problema de Savigny, Gierke se pregunta también por las relaciones entre el Derecho en sí y las manifestaciones de la voluntad estatal, y trata de determinar el sentido en que éstas pueden ser un momento constitutivo del concepto del Derecho. Después de haber definido el Estado como «potencia suprema» en una comunidad, revistiéndolo con los atributos que la teoría tradicional había fijado como característicos del po-

(210) Este proceso ha sido descrito repetidamente por Gierke: cfr. especialmente *Althusius*, págs. 279 ss., y *Genossenschaftsrecht*, I, págs. 641 ss., 882 ss. Sobre los orígenes del monopolio jurídico del Estado, cfr. H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, ya cit., págs. 17 ss.; M. J. ODENHEIMER, *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 46)*, Basel, 1957, esp. págs. 42 ss.; así como W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, ya cit., págs. 57 ss.

(211) SAVIGNY, *Vom Beruf*, págs. 8 ss., 13-14, 17; PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 142-43. Sobre la teoría del Derecho legislado en Savigny y su influencia en la historia de las ideas jurídicas, cfr. C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1950, págs. 21 ss., y STEN GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (Acta Universitatis Upsaliensis. Studia Iuridica Upsaliensia, 1)*, Stockholm/Uppsala/Göteborg, 1960, págs. 20 ss.

der soberano, Gierke despoja ahora al Estado de aquella supremacía jurídica que, desde Bodino, había sido tenida como un rasgo consustancial de la soberanía (212). Si Savigny había sido el primero en refutar la doctrina del monopolio jurídico del Estado, Gierke es quien fundamenta esta refutación y hace de ella el elemento esencial de una nueva concepción del Derecho. Al hacerlo así, Gierke se convierte en el iniciador de ese «redescubrimiento del Derecho no escrito» (213), es decir, del Derecho en sí, independiente de toda voluntad autoritativa, que es quizá el rasgo más característico de nuestro pensamiento jurídico. Es la idea, para decirlo con palabras de L. Duguit, de que «el Derecho no es una creación del Estado, que existe fuera del Estado, que la noción del Derecho es totalmente independiente de la noción del Estado» (214); de que «la concepción del Derecho como creación del Estado es científicamente insostenible» (215). La idea, en suma, de que el Derecho es «una función de la totalidad de la estructura social, y no de determinados aspectos de ella» (216).

El punto de partida y el argumento decisivo de Gierke en este punto es la separación conceptual entre Estado y Derecho. Durante siglos ha dominado con signos diversos la idea contraria, y se ha querido deducir el Estado del Derecho o bien el Derecho del Estado. La primera es la posición del Derecho natural, para el que el Estado sólo podía ser comprendido como resultado de un acto jurídico, de un contrato, el cual suponía ya de por sí la existencia de un Derecho anterior a la comunidad política; y es también la posición del pensamiento germánico medieval, que concebía al Estado tan sólo como producto del Derecho y medio para su realización (217). Con los siglos modernos se abre camino una posición radicalmente distinta, según la cual el Estado es el creador del Derecho; el Derecho deja de ser una realidad independiente para convertirse en un producto de la voluntad estatal, que recibe también de ésta su fuerza de obligar. Es decir, el Estado es ahora la realidad primaria y el Derecho uno más entre los modos de su actividad (218). Es la idea, como

(212) Cfr. J. BODIN, *Les six livres de la République*, París, 1583, I, 8, páginas 131, 135 *passim*.

(213) H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, ya cit., pág. 198.

(214) *Traité de Droit constitutionnel*, ya cit., t. I, pág. 104.

(215) E. EHRLICH, *Grundlg. d. Soz. d. Rechts*, ya cit., pág. 131.

(216) H. J. LASKI, *A Grammar of Politics*, ya cit., págs. 287, 55, 250. Análogamente, E. BARKER, *Principles of Social & Political Theory*, ya cit., pág. 39; M. P. FOLLET, *The New State*, ya cit., págs. 130-31.

(217) *Althusius*, págs. 264 ss.; *Genossenschaftsrecht*, III, págs. 609 ss.

(218) Sobre esta idea en la teoría del Estado de nuestra época, cfr. P. BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, Erlangen, 1959, págs. 112-13.

dice Gierke, de que «no hay Derecho ni antes ni después del Estado, sino sólo por medio del Estado» (219). Como dirá un autor de la época, «sólo partiendo del Estado es posible construir el concepto del Derecho», y sólo «desde el concepto del Estado puede llegarse al concepto del Derecho» (220). Contra esta idea Gierke hace valer su concepción del Derecho como una realidad autónoma no reducible a ninguna otra realidad ni concebible como producto de una voluntad. Las teorías que quieren ver en el Estado el origen del Derecho presuponen, dice Gierke, «la más tosca de las ficciones», la de que, en algún tiempo, pudo existir un Estado sin Derecho, y de que, sólo más tarde, surgió el Derecho como fruto del poder (221). Hoy, es verdad, el Estado crea infinidad de normas a las que reviste de la fuerza compulsora del Derecho, pero ello no significa ni que el Estado pueda crear Derecho por su propia autoridad, ni mucho menos que sea la única fuente del Derecho. El hecho de que el Estado promulgue normas no quiere decir en absoluto «que la sociedad le haya cedido toda su fuerza jurídica creadora; lo mismo que los usos, el idioma, el arte y la ciencia, el Derecho es también una función especial de la vida en común, que no queda absorbida por el Estado» (222). La teoría que ve en la voluntad estatal el origen del Derecho desconoce la naturaleza de éste como manifestación de la vida en común, variable a lo largo del tiempo, pero dotada de realidad objetiva en cada uno de los momentos históricos. Entendido en sí mismo, sin referencia a esta realidad objetiva, el acto de la voluntad estatal no pasa de ser «un mandato que dispone del poder suficiente para imponer su cumplimiento» (223). La identificación de los imperativos del poder estatal con el Derecho conduce, por eso, en último extremo, a una «teoría triste, estéril y vacua», que lo único que sabe decirnos es que «Derecho son las reglas de conducta dictadas por el titular del poder para sus súbditos» (224).

Las relaciones entre Estado y Derecho sólo pueden entenderse, si se parte del hecho de que se trata de dos fenómenos sociales con estructura y realidad propias, y se renuncia de antemano al intento de reducir el uno al otro. Derecho y Estado son dos potencias de la vida de las comunidades humanas, y en tanto que la vida en común es un predicado de

(219) *Grundbegriffe*, pág. 24.

(220) Cfr. O. v. SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880, págs. 12, 11.

(221) *Grundbegriffe*, pág. 30.

(222) *Privatrecht*, pág. 163.

(223) *Laband*, pág. 1176.

(224) *Grundbegriffe*, pág. 33.

la misma existencia humana, dos potencias cuyo origen se halla en la naturaleza humana. En este sentido decía Gierke que Estado y Derecho son dos conceptos «dados ya en germen con la idea de la humanidad» (225), pero dos conceptos distintos entre sí y con «raíces independientes en el ser del hombre» (226). El Estado corporiza en la historia la idea de un poder supremo en la comunidad, de un poder que, precisamente por ser supremo, «tiene por contenido la realización compulsiva de la voluntad general» (227). El Estado, por eso, ha existido siempre, en potencia o plenamente desarrollado, lo mismo en la horda primitiva que en las grandes comunidades políticas de los pueblos modernos, y es imposible pensar el hombre sin pensar también la existencia de «una asociación estatal sentida como una generalidad superior a los individuos» (228). Los orígenes del Estado no se encuentran en la acción consciente de los individuos, sino en la fuerza de los impulsos sociales que actúan a través de los individuos, y por eso, el nacimiento de los Estados no es nunca un hecho aislado, sino el resultado de la acción colectiva (229). Como el Estado, también el Derecho es «la realización de un aspecto concreto y esencial de la vida humana en común», y sería imposible pensar el hombre sin pensar, a la vez, en la existencia del Derecho (230). Pero como realización de dos facetas distintas de la vida en común, el Estado y el Derecho son ya en su misma idea dos potencias distintas entre sí. El Estado es, ante todo, poder, un «poder organizado» dirigido a la realización compulsiva de los fines de la comunidad, mientras que el Derecho es «orden», un orden que afirma y delimita, a la vez, la interacción de las voluntades individuales en la convivencia: el Estado es «corporeización de la voluntad colectiva»; el Derecho, «manifestación de la conciencia colectiva» (231). Y mientras que el poder es «supuesto conceptual» del Estado, de tal manera que un Estado sin medios de poder dejaría de ser Estado, el concepto del Derecho y su existencia son independientes de la fuerza que esté a su servicio (232).

El Derecho y el Estado aparecen así en el pensamiento de Gierke como dos potencias «de igual rango», manifestación de dos ideas dadas

(225) *Althusius*, pág. 318.

(226) *Grundbegriffe*, págs. 107-108.

(227) *Grundbegriffe*, pág. 96.

(228) *Grundbegriffe*, págs. 30, 96.

(229) *Grundbegriffe*, págs. 33-34, 97-98.

(230) *Privatrecht*, págs. 120, 121; *Grundbegriffe*, pág. 30.

(231) *Grundbegriffe*, pág. 104.

(232) *Grundbegriffe*, pág. 105; *Laband*, pág. 1151.

con la naturaleza del hombre (233). Pero aunque distintas conceptualmente, estas dos potencias no se dan en la realidad separadas y sin relación entre sí. Ocurre aquí «como con todas las funciones de la vida humana en común, cada una de las cuales, aun teniendo raíces propias y un carácter específico, se encuentra siempre determinada y condicionada de alguna manera por todas las demás» (234). Estado y Derecho crecen y se desarrollan también en la vida de los pueblos en una serie de relaciones que se condicionan recíprocamente, haciendo que cada uno reciba apoyo de las fuerzas peculiares y distintivas del otro (235). La significación del Derecho para el Estado deriva de la naturaleza de éste como asociación. Al igual que toda asociación, la vida interna del Estado no es un dato absoluto como lo es en las personas individuales, sino un proceso jurídico. Esta es la función del Derecho respecto al Estado bajo la forma de lo que viene llamándose «Derecho político», es decir, «aquella parte del orden jurídico, cuyo objeto es la regulación de la voluntad hecha unidad en la existencia estatal» (236). El Derecho penetra la vida y el ser del Estado, fijando su «constitución», regulando las relaciones entre sus órganos, determinando los modos de creación y formulación de su voluntad y el ámbito de validez de ésta. El Estado nos aparece así como «una colectividad humana constituida jurídicamente en un todo» (237), como «un ser colectivo, cuya estructura interna... se presenta al Derecho como una suma de relaciones jurídicas o fundamentadas jurídicamente, como una totalidad, cuya composición y articulación son objeto del orden jurídico» (238). Esta conformación jurídica de la vida interna del Estado es lo que constituye la base ética de su existencia, y lo que hace que sea históricamente algo más que una mera situación de fuerza. Al someter el Derecho a su norma la vida del Estado, «las relaciones estatales de poder dejan de ser meros hechos para convertirse en relaciones jurídicas revestidas de firmeza y validez» (239). En este sentido, el Derecho, que es por su idea esencialmente distinto del Estado, constituye, sin embargo, la presuposición de la realidad de éste como tal Estado. Porque si, en efecto, consideráramos al Estado meramente «como una potencia en acción, que sólo porque posee la fuerza física exige y obtiene obediencia de

(233) *Althusius*, pág. 318; *Grundbegriffe*, pág. 103; *Privatrecht*, pág. 118.

(234) *Grundbegriffe*, pág. 103.

(235) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 224.

(236) *Grundbegriffe*, págs. 108, 123 ss.; *Laband*, págs. 1135 ss.

(237) *Laband*, pág. 1125.

(238) *Grundbegriffe*, pág. 34.

(239) *Recht u. Sittlichkeit*, págs. 223-24; *Laband*, pág. 1176.

cualquier otra voluntad..., toda la vida política quedaría reducida al despotismo» y convertida en «una suma de relaciones de dominación de unos hombres sobre otros» (240). Las relaciones entre Estado y Derecho no son, por eso, las de dos potencias vitales que tratan de absorberse mutuamente. El Estado no está por encima, ni tampoco por debajo o fuera del Derecho, sino, como dice Gierke con expresión muy moderna, «en el Derecho»: «el organismo del Estado es el Derecho», y en el Derecho «reconoce el Estado la norma y el límite de su propia voluntad soberana» (241).

Si las relaciones entre Estado y Derecho están determinadas desde el punto de vista del Estado por el carácter esencial del Derecho como orden, desde el punto de vista del Derecho están determinadas por el carácter esencial del Estado como poder y fuerza organizada. En el pensamiento de Gierke el Derecho es un fenómeno de la vida social, con una realidad que descansa en sí misma, y en cuyo concepto no hay lugar para la idea de la coacción. El Derecho es una potencia, pero «una potencia interna, no externa; su fuerza se halla en la convicción común de la comunidad, no en la compulsión física» (242). Como dice Gierke: «la coactividad no es un carácter esencial del Derecho, sino sólo un añadido» (243). La realidad del Derecho se halla referida a la vida de la comunidad, no a los medios externos de coacción: «el Derecho sigue siendo Derecho aunque la coacción no se dé en algún caso concreto, o aunque sólo pueda aplicarse imperfectamente, o aunque, en absoluto, no exista por falta de un poder adecuado» (244). Tan posible es la idea de un Derecho carente de fuerza coactiva, como la idea del mero poder no revestido del carácter de Derecho: lo mismo *machtloses Recht* que *rechtlose Macht* (245).

Esta insistencia de Gierke en eliminar del concepto del Derecho la idea de la coacción no tiene por objeto acentuar una vez más la separación entre Derecho y Estado, sino que es, al contrario, el punto de partida para poner de manifiesto las relaciones entre ambos, esta vez desde la perspectiva del Derecho. El Derecho es esencialmente razón, en su

(240) *Grundbegriffe*, pág. 105; *Laband*, pág. 1129; *Privatrecht*, pág. 119, n. 29.

(241) *Genossenschaftsrecht*, I, pág. 831; *Grundbegriffe*, páginas 36, 107; *Althusius*, pág. 319.

(242) *Privatrecht*, pág. 118; *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 223.

(243) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 222.

(244) *Althusius*, pág. 319; *Laband*, pág. 1175 n.

(245) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 223; *Privatrecht*, pág. 118; *Althusius*, página 319.

base se encuentra, expresado en la convicción común, el juicio racional de que una norma debe ser Derecho, es decir, orden de las relaciones humanas en un momento determinado. Ahora bien, este juicio lleva implícita en sí la afirmación de que lo tenido por Derecho debe conformar efectivamente la vida de la comunidad, ya que sería contradictorio tener por justo un orden de conducta y no querer a la vez que este orden se convierta en realidad (246). Por eso puede decir Gierke, que en toda convicción jurídica se da un momento volitivo (247). La coacción es un elemento conceptualmente extraño al Derecho, y «el Derecho impotente o vulnerado sigue siendo Derecho» (248), pero no hay convicción jurídica que no sea también convicción de que «si fuera posible, o si existiera una instancia competente para ello, sería justa una coacción» (249). Lo específico de la idea jurídica consiste, por eso, en que en la convicción de que una norma es Derecho «quedan reducidas a unidad la idea de la racionalidad de la norma y el deseo de que ésta alcance vigencia externa» (250). Este hecho, de que no haya ninguna norma jurídica «en la que no se dé la idea de que su realización coactiva sería en sí justa y deseable» (251), es el punto del que arranca Gierke para comprender el Estado desde el concepto del Derecho. El Estado hace realidad con sus medios de poder esta «aspiración del Derecho a la vigencia» (252), esta «tendencia... a la imposición incondicionada de sus normas» (253). El poder estatal no crea el Derecho, como no lo crea ninguna voluntad ni ningún poder, pero al hacer de su realidad como fenómeno social la realidad efectiva de un orden concreto de la convivencia, hace cierta la positividad que se da, desde un principio, como esencial en el concepto del Derecho. «Cuando la voluntad colectiva manda que se cumpla lo que es Derecho, lo que hace con ello no es crear el Derecho, sino asegurarlo», dice Gierke (254). Como dirá el más célebre de los discípulos de Gierke, lo mismo la coacción que la formulación autoritativa del contenido de sus normas es un ideal al que tiende el Derecho por esencia a

(246) *Laband*, pág. 1175. Como se verá a continuación, este es el gran argumento de Gierke contra la concepción formal de la ley sostenida por Laband y su escuela.

(247) *Privatrecht*, pág. 116.

(248) *Grundbegriffe*, pág. 105.

(249) *Privatrecht*, pág. 114; *Althusius*, pág. 319.

(250) *Laband*, pág. 1174.

(251) *Laband*, pág. 1175 n.

(252) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 223.

(253) *Privatrecht*, pág. 114.

(254) *Althusius*, pág. 319.

todo lo largo de su historia, un ideal a cuya realización aporta hoy el Estado su poder, como en otras épocas lo han aportado otras potencias sociales; pero, por ello mismo, «la ley es una creación de la idea del Derecho, no el Derecho una creación de la ley» (255).

Este es también el problema central en la gran polémica de Gierke contra Paul Laband. En su teoría de la ley, Laband había distinguido entre el contenido de ésta, es decir, «la regla jurídica formulada en ella», y el imperativo por el que se ordena «que debe obedecerse la norma que constituye aquel contenido», afirmando que, de estos dos elementos, sólo el imperativo constituye, en sentido riguroso, el acto legislativo creador del Derecho (256). Es la teoría, que tan apasionadas discusiones iba a provocar en su tiempo, de la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal (257). En esta teoría se procede, según Gierke, a la desmembración de un acto unitario, por la cual, al constituir en fuente de Derecho el mero imperativo formal del Estado, se lleva a sus últimas consecuencias el monopolio jurídico estatal. Lo que Laband tiene por dos elementos independientes de la ley no son más que dos aspectos inseparablemente unidos de un acto único, el acto legislativo. El imperativo en sí, pensado sin referencia a su contenido es una abstracción vacía, de igual manera que el Estado «pensado como un aparato imperativo vacío y susceptible de rellenarse con los contenidos que sea, es un concepto carente de toda realidad»; el imperativo, al contrario, sólo puede comprenderse en relación con su contenido, y lo esencial en el Estado no es «que manda», sino «qué es lo que manda» (258). El contenido jurídico del imperativo estatal es lo que le confiere el carácter de Derecho, no el imperativo en sí. «El mandato legislativo no puede separarse formalistamente de la formulación de la norma jurídica, ya que lo que hace de él un mandato legislativo es sólo la naturaleza de su contenido como norma jurídica..., mientras que, de otro lado, la norma jurídica contiene, desde un principio, como momento necesario el mandato legislativo, ya que no puede quererse que algo sea Derecho, sin querer, a la vez, que posea fuerza vinculatoria» (259). El imperativo estatal es imperativo jurídico

(255) H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich*, ya cit., pág. 204.

(256) P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. II (1878), 5. Aufl., Tübingen, 1911, págs. 4 ss.

(257) Sobre los términos de esta discusión, A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig, 1888, págs. 104 ss., y ahora E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. I)*, Berlín, 1958, págs. 226 ss.

(258) Laband, pág. 1152.

(259) GIERKE, recensión ya cit. del t. II del *Staatsrecht* de LABAND, pág. 229.

sólo en virtud de este proceso complejo por el que la norma contenida en la convicción común queda revestida de sanción. Esta sanción no es un acto independiente en sí, sino una consecuencia del conocimiento de la norma jurídica y un acto inseparable de este conocimiento, ya que el legislador no puede tener una norma por expresión de la conciencia jurídica de la comunidad y «no querer, a la vez, revestirla de aquella fuerza vinculatoria externa que él está en situación de prestarle por razón de su poder superior» (260). Detrás del acto legislativo por el que se declara que algo debe ser Derecho se encuentra, por eso, siempre, «la convicción de que el contenido de la declaración es Derecho por ser expresión de una conciencia jurídica» (261). El Estado se hace así, como dice Gierke con una expresión procedente de Savigny, «órgano del pueblo» (262), o más bien, «órgano de la conciencia de la colectividad» (263) llamado a revestir de positividad la convicción jurídica de una comunidad. «El Estado no dice en la ley que el contenido de ésta debe ser vinculante porque así es su voluntad, sino que quiere la vigencia de esta norma porque la tiene por Derecho» (264).

Y lo que se dice de la función legislativa puede decirse con igual razón de las demás funciones del Estado. Especialmente de la función judicial. Laband, consecuente con su teoría, había tratado también de entender la función judicial como un caso especial en el ejercicio del poder superior del Estado (265). Para Gierke, en cambio, es un error ver en la función judicial tan sólo o predominantemente el ejercicio de la fuerza compulsiva de que es titular el Estado. Como la función legislativa, también la función judicial presupone conceptualmente la realidad anterior del Derecho, y ello, porque no es en su esencia coacción delegada del Estado, sino «declaración de lo que es Derecho en un caso concreto» (266). Los tribunales son órganos del Estado sólo en el sentido formal de que, por medio de ellos, el Estado lleva a cabo su cometido de protección del Derecho; en un sentido material, en cambio, los tribunales son órganos directos del Derecho, el cual se manifiesta a través de ellos en su aplicación concreta a las diversas relaciones vitales (267). El poder soberano

(260) Laband, pág. 1175.

(261) Laband, págs. 1173-74 n.

(262) Grundbegriffe, pág. 31, y SAVIGNY, *System*, I, pág. 22.

(263) Laband, pág. 1176.

(264) Grundbegriffe, pág. 31; Laband, págs. 1175-76.

(265) P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. III (1880), 5. Aufl., Tübingen, 1911, págs. 367 ss.

(266) Sobre todo ello, Laband, págs. 1178 ss.

(267) Grundbegriffe, pág. 130.

del Estado sólo se manifiesta en la función judicial de modo formal, en la fijación de los órganos que han de ejercer la función, su competencia y las formas que deben observar; el contenido, empero, de la función judicial está determinado exclusivamente por el Derecho, el cual «se afirma con independencia tanto frente a la voluntad estatal como frente a toda otra voluntad» (268).

Con ello el círculo se cierra. Las dos grandes potencias sociales, el Estado y el Derecho, distintas en su idea y en su estructura, se complementan mutuamente y encuentran cada una en la otra respuesta a sus propios postulados conceptuales. Como orden objetivo de conducta, el Derecho, al penetrar la vida del Estado y dar a sus relaciones el carácter de lo debido, rescata al poder de la esfera de lo fáctico insertándolo en la esfera de lo ético; mientras que, de otro lado, el Derecho que, como producto de la convicción común postula su realización, recibe del poder estatal su certeza y aseguramiento como orden concreto de la comunidad. Para no quedar reducido a una dominación de hecho, «el Estado trata de fundamentar su poder en el Derecho, de tal manera, que la conciencia colectiva del pueblo sienta como regla jurídica un orden determinado de subordinación política»; por otra parte, el Derecho sólo alcanza plenamente su fin de orden efectivo de la convivencia humana, «cuando el Estado pone el poder a su disposición, estableciendo tribunales para su aplicación e imponiendo por la fuerza a toda voluntad rebelde la obediencia a la norma» (269). Pero ni el Derecho agota sus cometidos en la ordenación de la vida del Estado, ni el Estado carece de otro fin que el del aseguramiento del Derecho. El cometido último del Derecho, además de la ordenación de la vida del Estado, es la delimitación de esferas ciertas del obrar legítimo individual como condición externa de posibilidad para el desarrollo de la propia personalidad (270); es aquí donde para Gierke, como ya antes para Kant y la tradición kantiana, radica el fin ético formal del Derecho. Tampoco el Estado es tan sólo aparato coactivo al servicio del Derecho, como querían los teóricos del «Estado de Derecho» (271). El Estado «no es un mero organismo jurídico, sino un organismo social natural de carácter ético-espiritual, cuyo orden de existencia es necesariamente el orden jurídico, pero que, de ninguna manera,

(268) *Grundbegriffe*, pág. 129.

(269) *Grundbegriffe*, págs. 105-106; *Privatrecht*, pág. 118.

(270) *Grundbegriffe*, pág. 106.

(271) Sobre el «moderno Estado de Derecho», cfr. E. ANGERMANN, *Robert von Mohl*, ya cit., págs. 95 ss.

se agota en este respecto» (272). Lejos de ser «el orden jurídico realizado», como ya en la época de Gierke se afirmaba (273), el Estado es «Estado de la cultura», con fines éticos y cometidos sociales que realizar en la colectividad (274).

X

Su concepto del Derecho como fenómeno social es el punto de partida desde el que Gierke procede a una crítica destructiva del formalismo jurídico consagrado por la jurisprudencia conceptual de la pandectística, y que, más tarde, iba a encontrar nueva y resonante expresión en las grandes obras de Derecho público de Paul Laband y C. F. W. v. Gerber (275). Pero aunque dirigida contra la jurisprudencia conceptual, la crítica de Gierke posee un valor general y representa el alegato más contundente que se haya escrito contra el formalismo como método jurídico. La crítica de Gierke a la jurisprudencia conceptual es muy distinta de la que iba a formular casi simultáneamente su gran contemporáneo R. v. Jhering. Y es que Gierke no es un «converso» en el sentido en que lo es Jhering, y su polémica contra el conceptualismo no es, por eso, lucha contra su propio pasado. La crítica de Gierke no es ni personal ni apasionada, ni cae tampoco nunca en la superficialidad o la banalidad como cae, a menudo, Jhering con sus chacotas, sus chistes, no siempre de buena ley, y sus juegos de palabras. La crítica de Gierke a Laband rebasa con mucho los límites de una polémica entre especialistas

(272) Laband, pág. 1149.

(273) Cfr. A. LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin u. Leipzig, 1882, páginas 310 ss., 314 ss.

(274) *Grundbegriffe*, pág. 107; *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 224.

(275) Sobre la recepción del método conceptual en la ciencia del Derecho público, cfr. F. STOERK, «Zur Methodik des öffentlichen Rechts», en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, Bd. XII (1885), páginas 80 ss., un trabajo tan injusta como inexplicablemente olvidado hoy; así como E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, ya cit., págs. 211 ss., y, sobre todo, W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, 1958, y la crítica a este libro de E.-W. BÖCKENFÖRDE, en *ARSP*, Bd. 48 (1962), págs. 249 ss. El método de Laband y Gerber va a dominar durante casi medio siglo la ciencia política alemana. Sobre la crisis de este método y los diversos ensayos para su superación, cfr. E. SCHWINGE, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930, págs. 7 ss., y H. HELLER, «Die Krisis der Staatslehre», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 55 (1926), págs. 289 ss.

y constituye, como se ha dicho exactamente, el enfrentamiento de principio entre las dos grandes direcciones de la teoría del conocimiento jurídico: la que cree que la realidad social y jurídica tiene que entenderse «desde sí misma, es decir, desde sus condiciones de hecho» y la que cree que tiene que entenderse «partiendo de conceptos generales, de elementos simples, desde la idea» (276).

La jurisprudencia conceptual contra la que se dirige la crítica de Gierke es la gran potencia metódica del siglo. Sus orígenes remotos se encuentran en Savigny, pero su gran teórico es Puchta y posteriormente Jhering, desde cuyas obras pasa a dominar casi sin excepción la ciencia jurídica europea (277). El presupuesto de la jurisprudencia conceptual procede de los grandes sistemas del racionalismo constructivo moderno: es el dogma de que sólo lo abstracto y general es susceptible de conocimiento científico y sistemático, mientras que de lo singular y concreto sólo puede tenerse un conocimiento también singular y, por ello, contingente (278). Partiendo de esta premisa metódica, el conocimiento «científico» del Derecho sólo puede ser conocimiento de lo que hay de general y abstracto en la realidad jurídica. En estas pocas palabras se condensa todo el problema de la jurisprudencia conceptual. El cometido de la ciencia jurídica consiste para ella en la reducción del Derecho a «sus» elementos generales, en la eliminación de él de todo lo contingente y variable. Por un proceso abstractivo consecuente se va despojando al Derecho de su contenido normativo concreto hasta llegar a un esquema conceptual estrictamente formal: la ciencia del Derecho «extrae de las proposiciones jurídicas singulares el principio... Indaga si no es posible obtener una unidad de los diversos hechos jurídicos y de los distintos derechos, descubre la irrelevante en el hecho o si el derecho en cuestión no es sólo manifesta-

(276) Cfr. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre*, ya cit., págs. 12-13, donde se compara la polémica Gierke-Laband en la ciencia del Derecho con la que mantiene G. Schmoller contra C. Menger en el campo de la Economía política, y Engels contra Dühring en el campo general de la metodología científica. Sobre la polémica entre Schmoller y Menger, cfr. ahora R. HANSEN, «Der Methodenstreit in den Sozialwissenschaften zwischen Gustav Schmoller und Karl Menger. Seine wissenschaftshistorische und wissenschaftstheoretische Bedeutung», en *Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19. Jahrhundert (Studien zur Wissenschaftstheorie*, Bd. 1), Meisenheim am Glan, 1968, págs. 137 ss.

(277) Sobre lo que sigue, cfr. mi trabajo «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII (1961), págs. 47 ss.

(278) Sobre esta conexión de la jurisprudencia conceptual con el racionalismo moderno y su concepto de la realidad, cfr. mi trabajo cit. en la nota anterior, páginas 35 ss., 63 s.

ción de un derecho más general» (279). Es decir, que la ciencia jurídica no es «reproductiva, sino que, como la ciencia del lenguaje, trata de «sacar a luz» conceptos y reglas implícitos en su objeto, «aunque sólo de manera tácita» (280). Las instituciones jurídicas y su regulación, la propiedad, el testamento, los contratos en tanto que fenómenos concretos insertos en una constelación social y económica, no son para la jurisprudencia conceptual el objeto de la ciencia del Derecho, sino sólo el punto de partida para llegar a su concepto formal: «no qué es la propiedad, sino cómo hay que pensar la propiedad es lo que caracteriza la problemática jurídica» (281). O como dirá Jhering: «las proposiciones jurídicas son materia, masa para el pensamiento» (282). El Derecho aparece así como una suma de conceptos y proposiciones abstractas relacionadas entre sí de modo formal; el orden jurídico entero «queda referido por la actividad científica a sus principios, comprendiéndolo como un sistema, como un todo de proposiciones que se presuponen y condicionan recíprocamente» (283). Se trata de un «organismo lógico» (284), de un «mundo puramente abstracto» (285) que descansa sobre sí mismo y que funciona también por sí mismo según las leyes de la lógica formal; un mundo en sí construido conscientemente de espaldas a la realidad social, y en el que ésta, por definición, no cuenta en absoluto. Ni la historia ni la economía ni las consideraciones éticas o políticas tienen sitio en este ámbito hermético de conceptos y relaciones formales. El presupuesto de la verdadera labor científica para el jurista es precisamente «la eliminación de toda consideración ética o política», el abandono del «cielo filosófico» y la «construcción de un sistema científico, en el que los diversos elementos aparecen como el desarrollo de un pensamiento verdaderamente unitario» (286). O como dirá Laband, el otro gran teórico

(279) H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851, páginas 140, y en general, 141 ss.

(280) PUCHTA, *Pandekten*, ya cit., pág. 28.

(281) G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. Tübingen, 1905, pág. 16.

(282) R. V. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 2. Teil, 2. Abtlg., 6. u. 7. Aufl., Leipzig, 1923, pág. 359.

(283) PUCHTA, *Pandekten*, pág. 28.

(284) R. V. JHERING, *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, 7. u. 8. Aufl., Leipzig, 1924, pág. 42.

(285) G. JELLINEK, *System d. subjektiven öffentl. Rechts*, ya cit., pág. 17.

(286) C. FR. V. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1865), 3. Aufl., Leipzig, 1880, págs. 237 s., VI, 3 n. 1. Sobre la neutralización de la ética en la jurisprudencia conceptual, H. COING, «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en *Recht und Ethik. Zum Problem ihrer*

del conceptualismo en el Derecho público, «todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas carecen de significación para la dogmática de una materia jurídica concreta»; el fin mismo de una institución jurídica «se halla fuera del concepto de esta institución» (287). El cometido esencial de la dogmática de un Derecho positivo determinado, sigue diciendo, se encuentra «en la construcción de las instituciones jurídicas, en la reducción de las proposiciones jurídicas singulares a principios más generales, y de otra parte, en la deducción de las consecuencias que se desprenden de estos conceptos»; una labor para la que no hay otro medio adecuado que «la pura actividad lógica» (288).

Gierke comienza su polémica contra esta forma de pensamiento subrayando la necesidad de la conceptualización en toda labor científica. La realidad externa, y sobre todo la realidad histórico-social, constituye un «movimiento vivo y difuso», una «multiplicidad infinita de funciones entrelazadas inextricablemente entre sí», en la que nuestro pensamiento pone orden, traza fronteras y refiere unos fenómenos a otros (289). El supuesto en sentido propio de todo conocimiento de la realidad es la separación, distinción, reunión de modo abstracto de los elementos del movimiento dado fuera de nosotros: en suma, la conceptualización (290). El error de la jurisprudencia conceptual consiste en que para ella la conceptualización no es un medio para el conocimiento de la realidad, sino un fin en sí. Es la conceptualización por la conceptualización misma, la conversión de lo que es un proceso de ordenación de la realidad en objeto absoluto del conocimiento. Se trata de una sustitución de la realidad jurídica por su reflexión abstracta, que sólo es posible por el carácter que la jurisprudencia conceptual atribuye a los conceptos jurídicos. Desligados de la realidad que deberían ordenar y reflejar, los conceptos jurídicos se convierten en la jurisprudencia conceptual en algo así como categorías absolutas del pensar jurídico, invariables y universales. La ciencia del Derecho, decía Jhering, ha descubierto ya «las formas o tipos fundamentales del mundo jurídico, y dentro de ellos tendrá que darse todo movimiento futuro, por muy distinto que sea del conocimiento hasta ahora por la humanidad» (291). Conceptos como el de propiedad, derecho real, obligación,

Beziehungen im 19. Jahrhundert (Studien z. Philosophie u. Literatur des neunzehnten Jahrhunderts, Bd. 9), Frankfurt a. M., 1970, págs. 11 ss., 29 ss.

(287) LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. I, ya cit., páginas IX, 67.

(288) LABAND, *Das Staatsrecht d. dt. Reiches*, Bd. I, ya cit., pág. IX.

(289) *Genossenschaftsrecht*, II, págs. 4-5.

(290) *Grundbegriffe*, págs. 9 ss.

(291) R. v. JHERING, «Unsere Aufgabe», en *Jahrbücher für die Dogmatik des*

soberanía, que tienen un significado referido a relaciones humanas concretas y contingentes, son utilizados como si fuesen «categorías necesarias» de la ciencia del Derecho, como lo son, por ejemplo, los conceptos de tiempo, espacio, número o círculo para las ciencias naturales (292). La experiencia jurídica tal y como se nos ofrece en la historia y en las comunidades humanas se olvida, y la ciencia del Derecho convierte en su objeto las supuestas condiciones de esta experiencia.

Para Gierke los principios metódicos y la estructura de esta concepción contradicen la naturaleza misma del Derecho. La realidad del Derecho se halla en un fenómeno social, en la convicción común, y es, por eso, una realidad muy distinta de la que nos ofrece la experiencia sensible. Es por ello que el método abstractivo propio de las ciencias empíricas no puede servir nunca de modelo a la concepción jurídica. La «mera estadística de lo coincidente y de lo distinto» en las instituciones sólo conduce en el campo del Derecho a «nomenclaturas vacías y a abstracciones esquemáticas» (293). En el Derecho «los elementos abstractos y constantes sólo constituyen la parte inerte de su contenido espiritual», y por ello mismo, la ciencia jurídica no podrá nunca aprehender con medios lógicos el contenido total del Derecho» (294). Todo concepto es por naturaleza abstracto, pero, a la vez, ningún concepto puede ser completamente abstracto, sino que en él tiene que darse siempre «algo del contenido concreto de la experiencia que le sirvió de punto de partida» (295). La contradicción interna de la jurisprudencia conceptual se halla justamente aquí, en el hecho de construir conceptos que parten de una realidad, la jurídica, pero que pretenden eliminar de sí esta realidad. La concepción jurídica, dice Gierke, tiene que seguir el camino inverso. Los conceptos jurídicos «no son estructuras puramente lógicas, sino estructuras históricas» (296); la ciencia del Derecho tiene que extraer sus conceptos «de los contenidos de la conciencia jurídica constituida históricamente, respetando como un trozo de la realidad espiritual las formas mentales que viven en ella» (297). Es decir, la concepción jurídica no está referida a una realidad jurídica pensada en absoluto, y

heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. I (1857), pág. 16. Análogamente, LABAND, *Staatsrecht*, Bd. I, pág. VI.

(292) Laband, pág. 1112.

(293) Laband, pág. 1118.

(294) Laband, pág. 1111.

(295) *Genossenschaftsrecht*, II, pág. 7.

(296) *Privatrecht*, pág. 41.

(297) *Privatrecht*, pág. 259.

sus resultados no son tampoco, por eso, categorías lógicas inmutables, indispensables para pensar toda materia jurídica posible; la conceptualización jurídica está referida a una realidad concreta y contingente, y los conceptos jurídicos son conceptos de esta realidad, de validez también contingente. Aunque sean convertidos por la jurisprudencia conceptual «en dogmas y utilizados como axiomas matemáticos», los conceptos jurídicos son sólo «producto de la abstracción de ciertas relaciones de naturaleza variable», y no son, por eso, «ni eternos ni inmutables», sino «proposiciones revestidas de una verdad relativa, condicionada por el tiempo y el lugar» (298). También la gramática tuvo durante siglos los casos por categorías lógicas «imponiéndolos al idioma en un número y significación fijos», mientras que hoy sabemos que se trata de nociones creadas históricamente y configuradas de modo peculiar en el espíritu de cada idioma (299).

El percibir con claridad esta naturaleza de los conceptos jurídicos es la premisa de toda metodología jurídica. Como parte integrante del proceso histórico de creación del Derecho, los conceptos jurídicos sólo pueden ser «entendidos, desarrollados y formados» desde el movimiento histórico en que se dan (300). El gran error del conceptualismo es, por eso, lo que Gierke llama «el aislamiento genético del Derecho», es decir, su concepción en sí y sin relación con la realidad histórico-social. Aunque el Derecho es una potencia social autónoma, no deja por ello de ser una parte de la vida de la comunidad, cuya unidad está constituida por la influencia recíproca y constante de todas sus manifestaciones. Es decir, que el proceso de constitución histórica del Derecho «está condicionado y determinado por el desarrollo de todas las relaciones de vida externas y todas las ideas internas de la colectividad» (301). Esta conexión tiene que reflejarse en los conceptos jurídicos (302). Aquí, una vez más, hay que hacer valer la exigencia crítica de que la naturaleza del objeto tiene que determinar el método para su conocimiento (303). Los conceptos jurídicos son expresión abstracta de la realidad social del Derecho, pero ello no quiere decir que sean estructuras formales independientes, sino que la abstracción se refiere tan sólo a la reducción de la multiplicidad a

(298) *Grundbegriffe*, pág. 6; *Laband*, pág. 1106. En sentido análogo, también, F. STOERK, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, ya cit., págs. 117-18.

(299) *Laband*, págs. 1111-12.

(300) *Laband*, pág. 1111.

(301) *Laband*, pág. 1113.

(302) *Grundbegriffe*, págs. 8-9; *Laband*, pág. 1113.

(303) F. STOERK, *Zur Methodik d. öffentl. Rechts*, págs. 85-86.

conexiones generales. Esta reducción tiene siempre lugar «desde un punto de vista determinado», y consiste en la selección y reunión de determinaciones de lo concreto tenidas por relevantes. Los conceptos jurídicos son, por eso, como dice Gierke, «conceptos de relación construidos más o menos libremente», es decir, «extraídos según un punto de vista determinado de la plenitud infinita de las relaciones vitales» (304). En la construcción jurídica no desempeña la lógica, por eso, el papel decisivo. La selección de determinaciones concretas no tiene lugar, en efecto, «según puntos de vista estrictamente lógicos», sino de modo empírico, partiendo de la «percepción sensible y viva de la vida jurídica práctica», y la construcción jurídica es el resultado de una selección entre «las múltiples posibilidades lógicas»: es decir, que «como la aplicación de la lógica aquí tiene siempre lugar en el marco de condiciones variables, hay siempre también distintos caminos para la construcción jurídica, todos igualmente posibles lógicamente» (305).

Con su teoría de la concepción jurídica Gierke ataca en su misma base una de las nociones centrales de la jurisprudencia conceptual: la noción de «sistema» es decir, la concepción de la realidad jurídica como una suma de conceptos unidos entre sí por relaciones lógico-formales. A la noción de sistema va unida en la jurisprudencia conceptual una doble función: de un lado, una función productiva; de otro, una función definidora y delimitadora. La noción de sistema hace posible, en primer lugar, llegar a nuevas proposiciones jurídicas, sin tener en cuenta para nada la realidad social del Derecho, tan sólo de modo analítico, es decir, extrayendo las consecuencias contenidas ya implícitamente en los conceptos que constituyen el sistema. El Derecho aparece así como «un sistema dotado de la capacidad de completarse a sí mismo» (306); o como dirá Jhering, el sistema es fuente inagotable de producción «de materia jurídica absolutamente nueva» (307). En esta producción la lógica y sólo la lógica es el factor determinante; la corrección lógico-formal del proceso analítico es el fundamento de la validez normativa y del carácter jurídico de una proposición. Contra este papel atribuido a la lógica se dirige la crítica de Gierke. Porque la lógica, dice, no posee ni puede poseer esa «fuerza creadora» que la jurisprudencia conceptual le atribuye: «las mismas leyes lógicas nos llevan al convencimiento, de que por el proceso lógico sólo podemos hallar, una y otra vez, categorías lógi-

(304) *Laband*, pág. 1106.

(305) *Laband*, pág. 1106.

(306) H. DERNBURG, *Pandekten*, ya cit., pág. 85.

(307) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abtlg., ya cit., pág. 386.

cas» (308). Por la lógica podemos establecer relaciones formales entre nociones abstractas, y podemos incluso extraer de ellas otras nociones abstractas, pero a lo que nunca podremos llegar valiéndonos exclusivamente de la lógica es al descubrimiento de un nuevo concepto como significación de la realidad. Y, sin embargo, esto es lo que pretende la jurisprudencia conceptual. Laband, que es aquí el exponente de la dirección para Gierke, cree, en efecto, que «la lógica es capaz de producir de por sí el concepto de una realidad»; para Laband «no existe diferencia alguna entre la definición y el concepto real», del mismo modo que cree que «la determinación lógica coincide con la aprehensión material, la deducción lógica con la explicación causal, la coordinación lógica con la síntesis intelectual», y que ve «en una argumentación externamente conclusa el fundamento suficiente para decisiones materiales definitivas» (309). Se trata, en último término, de un error de principio acerca del valor y del cometido de la reflexión jurídica. La jurisprudencia conceptual como, en general el formalismo jurídico, «ve la esencia del Derecho en su formulación científica, y se olvida de que el Derecho tiene una existencia real antes de la ciencia del Derecho e independientemente de ella»; según esta concepción, el cometido de la ciencia del Derecho no es «descubrir reglas, sino crearlas, no conocer la vida, sino dominarla» (310). El principio de que «por la naturaleza racional del Derecho todo aquello que se deduce con necesidad interna de sus principios posee también, por ello, validez jurídica» (311), convierte al jurista en un creador del Derecho por medio del discurso lógico. Ahora bien, el jurista no puede nunca ser creador del Derecho, decía ya Beseler, «como tampoco el minero crea el mineral que extrae de las entrañas de la tierra» (312). El cometido de la ciencia jurídica no consiste «ni en la aplicación ni en la creación del Derecho, sino en su conocimiento»; su objeto está «fuera» de ella, y por eso «no crea proposiciones jurídicas, sino sólo proposiciones científicas», y si es cierto que, en determinados casos, puede descubrir proposiciones jurídicas, «no puede, ni en general, ni para un solo caso, revestirlas de validez jurídica formal» (313).

(308) *Laband*, pág. 1110.

(309) *Laband*, pág. 1110.

(310) *Grundbegriffe*, pág. 9; *Privatrecht*, pág. 41.

(311) G. F. PUCHTA, Recensión de G. BESELER, *Volksrecht u. Juristenrecht*, en *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, Jahrg., 1844, Bd. I, Sp. 12.

(312) G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, pág. 87, y en general, 85-90.

(313) *Privatrecht*, págs. 180-81.

El principio del «sistema» no tiene, sin embargo, en la jurisprudencia conceptual sólo una función productiva, como ya veíamos, sino, además, una función definidora y delimitativa. La relación formal entre los conceptos hace posible la producción de nuevas proposiciones jurídicas por medio de simples operaciones lógicas, pero, a la vez, señala la frontera de lo que puede ser Derecho. La realidad histórico-social sólo se refleja en el mundo construido del Derecho, cuando sus instituciones y relaciones son reducibles al sistema de los conceptos jurídicos. No hay más Derecho que éste y su movimiento interno analítico, quedando fuera de él, por eso, nuevas instituciones o relaciones sociales, nuevas exigencias del tráfico que no encajan en los conceptos ya establecidos. Como dirá Jhering soberanamente, «lo que no es posible en abstracto, no puede tampoco ser real en concreto» (314). Instituciones sociales nacidas al calor del tráfico económico real, relaciones personales o patrimoniales impuestas por la transformación de las estructuras sociales, son declaradas como inexistentes por la jurisprudencia conceptual o forzadas implacablemente en el esquema de los conceptos jurídicos tradicionales. Es lo que se ha llamado «la imposibilidad conceptual de los postulados sociales», de la que son un ejemplo las famosas «incompatibilidades» de Puchta (315). Una vez más se hace patente el error fundamental del conceptualismo, es decir, su ignorancia del ser histórico del Derecho y su «identificación de los juicios analíticos con el ser real» (316). Es la arrogancia de la razón soberana, «que trata de dominar la vida con el pobre aparato de clasificaciones conceptuales vacías, en lugar de regenerar los viejos conceptos en la fuente inagotable de la vida» (317). Presa en sus propios supuestos, el conceptualismo es incapaz de ver «que la corrección lógica interna de una serie de conceptos jurídicos no constituye garantía alguna de que éstos respondan a las exigencias de la conciencia y de la vida jurídicas» (318). El prejuicio de que los conceptos formales construidos sobre los moldes romanos revisten validez intemporal y sirven de antemano para compren-

(314) *Geist d. röm. Rechts*, Bd. III, 1 Abtlg., 3. Aufl., Leipzig, 1877, página 132.

(315) Cfr. G. BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 2. Buch, 1. Abtlg., Tübingen, 1951, págs. 82 ss.; F. WIEACKER, «Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz», en *Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt/Main, 1962, págs. 441 ss., 426 ss., y mi trabajo *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo*, ya cit., págs. 69 ss.

(316) F. STÖRK, *Zur Methodik des öffentl. Rechts*, ya cit., págs. 138 ss.

(317) *Laband*, pág. 1111.

(318) *Laband*, pág. 1106.

der cualquier realidad jurídica, ignora el hecho fundamental, de que «tenemos necesidad de plantearnos problemas y señalarlos cometidos que fueron extraños a los romanos, y que, caso de haberles sido conocidos, no los hubieran podido resolver con los medios de su arte jurídico» (319). Tras la apariencia de las soluciones formales siguen vivos y demandando solución los problemas del ser histórico real; y cuando el oleaje de la vida rompe el dique que el pensamiento jurídico trata de oponerle con sus conceptos, «la culpa es de las cosas, no del sistema» (320). Basta pensar en las trabas que han significado para la comprensión del moderno tráfico jurídico conceptos provenientes del Derecho romano, pero tenidos por absolutos como, por ejemplo, los conceptos de propiedad, de corporación o de obligación: «pensemos tan sólo en las acrobacias a las que la dogmática ha tenido que recurrir para construir "civilísticamente" partiendo de estos conceptos, figuras como las del Derecho de sociedades, la de los títulos al portador o la de la cesión de créditos» (321). Y es que, ante una relación vital y social nueva, la jurisprudencia conceptual no trata de ampliar sus conceptos o de remodelar el sistema, sino que centra su esfuerzo en «reelaborar los nuevos hechos de tal modo, que puedan insertarse en el viejo aparato formal, en sus fórmulas y clasificaciones» (322). Para dar expresión jurídica a la realidad social cambiante desde un sistema inmutable de conceptos no hay, en efecto, más camino que la ficción «constructiva» o la ignorancia de la realidad, es decir, «la negación sin más de lo dado realmente, y la afirmación como existente "conceptualmente" de lo que no se encuentra en ninguna parte» (323).

En esta reducción del Derecho a un mundo abstracto de formas, aislado por principio de la realidad social, se hallan implícitas consecuencias que Gierke percibía con claridad, y que comenzaban a hacerse doctrina ya en los años en que él escribía. La separación entre concepto y contenido consagrada por la jurisprudencia conceptual, que iba a ser bajo otro signo el antecedente inmediato de la separación metódica entre forma y materia del neokantismo jurídico, va a imprimir, en efecto, un sello especial a la labor teórica y práctica de la ciencia del Derecho. Por ser el elemento conceptual lo que en el Derecho es susceptible de conocimiento general, la única consideración «científica» del Derecho es la consi-

(319) *Laband*, págs. 1112-13.

(320) *Grundbegriffe*, págs. 1-2.

(321) *Grundbegriffe*, pág. 6.

(322) *Grundbegriffe*, pág. 2.

(323) *Grundbegriffe*, pág. 7.

deración de sus estructuras formales y la construcción entre ellas de relaciones lógicas, mientras que los contenidos jurídicos quedan eliminados de la reflexión por constituir un elemento irreducible a categorías formales. Es lo que, años más tarde, iba a intentar demostrarnos incansablemente Hans Kelsen (324). Ahora bien, aunque se les quiera situar fuera de los límites de la ciencia jurídica, los contenidos jurídicos se nos dan inexorablemente en nuestra experiencia como un interrogante; al no poderse llegar, por eso, a la comprensión de la materia jurídica por medio del pensamiento jurídico «científico», se busca esta comprensión en la explicación causal, y se recurre para ello a los factores que, de hecho, la determinan: el poder, la idea de la utilidad, las relaciones económicas o los intereses políticos. «El contenido del Derecho deja de ser el objeto de la ciencia jurídica en sentido propio, y ésta lo abandona a una teoría social cuya íntima palabra es la estadística»; dentro de su campo, la ciencia del Derecho «se limita al análisis de la forma, y busca en el perfeccionamiento de la técnica conceptual una compensación para lo que se le ha ido de entre las manos» (325). Lentamente, pero de modo incontenible, veía Gierke extenderse en su época esta idea de una ciencia del Derecho despojada de lo más esencial de su objeto. «Ya hoy se halla muy difundida la idea de que, de hecho, la ciencia jurídica no es otra cosa que una teoría de la forma del Derecho, mientras que la decisión última sobre el Derecho en sentido material es cosa que corresponde a la política y a la teoría económica» (326).

En esta conversión de la forma jurídica en objeto exclusivo de la ciencia del Derecho veía Gierke una amenaza directa al futuro del Derecho. Ya a principios de siglo había puesto en guardia Savigny contra los peligros de una concepción puramente formal del método jurídico, y había escrito, que una ciencia del Derecho que no se basara en la experiencia inmediata de las relaciones jurídicas «podría alcanzar un alto grado de perfección formal, pero carecería de realidad en sentido propio» (327). Las palabras de Gierke, análogas en su significación, no son, sin embargo, ya una advertencia, sino el diagnóstico de una situación efectiva. Al renunciar a la comprensión del Derecho como fenómeno social concreto, vinculado a una idea y enraizado en la historia, «lo esencial en el Derecho deja de ser el objeto de la ciencia jurídica» (328),

(324) Sobre este aspecto del neokantismo y sus relaciones con la jurisprudencia conceptual, cfr. mi trabajo *Sobre el positivismo jurídico*, ya cit., págs. 26-27.

(325) *Laband*, págs. 1192-93.

(326) *Laband*, pág. 1193.

(327) *Vom Beruf*, pág. 30.

(328) *Laband*, pág. 1192.

y ésta se convierte en «un artesanazgo rutinario», en una «técnica jurídica puramente externa» (329). Con el método lógico-formal la jurisprudencia conceptual había querido prestar al Derecho «pureza e independencia», y lo que había hecho, en verdad, había sido trabajar en su destrucción (330), convirtiendo «un organismo vivo en un aparato formal sin vida» (331). Por la reducción de la realidad jurídica a la forma se quiere alcanzar una claridad absoluta, «pero la forma se detiene en la superficie de las cosas... y lo más claro es siempre también lo más banal» (332). Convertido en un sistema conceptual abstracto, el Derecho queda privado de su contenido ético, pierde su condición de potencia histórica real y se convierte en un medio técnico que puede utilizarse para el logro de los fines más diversos. Con la agudeza del jurista y la intuición del historiador, Gierke veía cómo el formalismo iba a desembocar necesariamente en una época de anarquía jurídica. «No es el aparato de su técnica, por perfecto que sea, lo que asegura al Derecho una supremacía permanente. De esta manera adquiere, sin duda, como instrumento una precisión cada vez mayor, y se hace de manejo cada vez más fácil; la experiencia histórica nos enseña, sin embargo, que con ello crece también en peligro de que el Derecho sea utilizado como instrumento un día por unos poderes e intereses y otro día por otros, destruyéndolo internamente con esta servidumbre» (333).

XI

La crítica de Gierke a Laband y a la jurisprudencia conceptual tiene una significación de principio, porque es en lo esencial una crítica del racionalismo en la ciencia del Derecho. A principios del siglo el sentido histórico de una nueva época se había enfrentado con las construcciones abstractas del racionalismo ilustrado en nombre de lo real y dado en la historia; en el campo del Derecho y del Estado fue Savigny quien, partiendo de una nueva metafísica histórica, trazó el programa de este enfrentamiento. La crítica metódica de Gierke continúa la línea general de este enfrentamiento; aunque con supuestos propios, en la base de su crítica se encuentra también como motivo determinante la contraposición

(329) *Grundbegriffe*, pág. 9.

(330) *Laband*, pág. 1193.

(331) *Grundbegriffe*, pág. 9.

(332) *Grundbegriffe*, pág. 1.

(333) *Laband*, pág. 1193 y análogamente, pág. 1190.

de la singularidad histórica a la generalidad formal. Lo peculiar en la crítica de Gierke es, sin embargo, que los representantes del racionalismo con los que se enfrenta polémicamente son los herederos de la Escuela histórica, es decir, de un cuerpo de doctrina construido conscientemente contra el racionalismo formal de los últimos grandes sistemas jusnaturalistas. La crítica de Gierke al racionalismo de la ciencia de pandectas repite, por eso, en cierto modo, la crítica secular de Savigny, pero la repite, esta vez, «dentro» de la Escuela histórica. Con su crítica, Gierke se siente el depositario fiel de las intenciones de Savigny y el corrector en su nombre del camino que, desde Puchta, iba a seguir la segunda generación de la Escuela histórica. Con genial penetración Gierke ve, por vez primera, que el conceptualismo de los pandectistas y de la escuela de Laband y Gerber no es una nueva teoría, como sus representantes pretendían, sino una recaída en el método del jusnaturalismo racionalista, un retorno a sus premisas metodológicas. Hoy, es verdad, dice Gierke, nadie cree en la existencia de un Derecho racional intemporal, y la ciencia jurídica «ha aprendido a aceptar y respetar como una realidad histórica la materia dada del Derecho positivo; pero, sin embargo, en la conformación ideal de esta materia aún no se han superado, ni mucho menos, las quimeras del racionalismo» (334). Y así puede verse cómo, aun desaparecida definitivamente de la conciencia jurídica la idea de un Derecho natural, su método se impone, no obstante, en la ciencia del Derecho. «Bajo el ropaje del positivismo revive, una vez más, extrañamente el viejo Derecho natural; como un fantasma resurge de entre los muertos con toda su escueta desnudez, pero sin su antigua grandeza» (335). Con la idea de un Derecho natural ha desaparecido lo que fue su gran conquista histórica, la fe imperecedera en la idea del Derecho, y lo único que ha quedado en pie son las interminables deducciones lógicas, las

(334) *Laband*, pág. 1111.

(335) *Laband*, pág. 1191. Casi simultáneamente observaba lo mismo E. I. BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und filosofischen Schule*, Heidelberg, 1886, págs. 19-20, y *Ernst und Scherz in unserer Wissenschaft*, Leipzig, 1892, página 123, donde llama a la jurisprudencia conceptual «die nächste Verwandte des mir besonders unsympathischen Naturrechts». Sobre el problema, cfr. las excelentes páginas de F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967, págs. 372 ss., 400 ss. La idea del «criptojusnaturalismo» de la ciencia de pandectas es hoy poco menos que un lugar común, pero parece que los más han olvidado que fue Gierke quien primero la descubrió y formuló. La bibliografía sobre esta cuestión en D. v. STEPHANITZ, *Exakte Wissenschaft und Recht (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 15)*, Berlin, 1970, pág. 111.

abstracciones vacías, la conversión del sistema «de un medio instrumental en un fin en sí mismo» (336).

La crítica de Gierke al método conceptualista no es una crítica en nombre de otro método tenido por cierto de antemano, sino una crítica que trata de arrancar de la naturaleza del Derecho y de las exigencias gnoseológicas dadas con ella. La jurisprudencia conceptual se movía en este punto en una contradicción de principio. Siendo su punto de partida la afirmación de que no hay otro Derecho que el Derecho positivo, su dogma de que el conocimiento científico es siempre conocimiento de lo general la llevaba, sin embargo, necesariamente a la reducción del Derecho históricamente real a un sistema de conceptos abstractos: es decir, a la eliminación de lo determinado y singular en el Derecho, y, por tanto, de aquello que, según sus propias premisas, lo hace real, o lo que es lo mismo, positivo (337). Todas las reflexiones metódicas de Gierke parten, en cambio, de la idea de que el Derecho es un objeto histórico, y de que, por tanto, la comprensión y articulación conceptual del Derecho está referida a un objeto que no puede ser pensado con independencia de su contenido, porque es éste lo que le presta individualidad y concreción, es decir, carácter histórico. La llamada «vuelta a las cosas» que acompaña la crisis del formalismo neokantiano y que es, en el campo del pensamiento jurídico, una vuelta a la materia del Derecho, y asimismo el sociologismo jurídico y la sociología del Derecho se encuentran prefigurados en este planteamiento del problema metódico en Gierke. No se trata de eliminar la forma, la vertiente abstracta, necesaria en toda conceptualización, y también, por tanto, en la conceptualización jurídica, sino de ver con claridad que la forma es siempre forma de un contenido. La ciencia del Derecho tiene que ser verdaderamente científica «y por ello mismo tiene que aprehender también de modo científico la parte sustancial de su objeto» (338). «Hoy sólo podemos reconocer... "como método jurídico" auténtico y en su plena significación un método que nos garantice la posibilidad de comprender científicamente junto a la forma la sustancia interna de las nociones jurídicas» (339). El error de la jurisprudencia conceptual y del formalismo radica para Gierke en su desconocimiento de este problema central para toda teoría del conocimiento jurídico, en la creencia de que la construcción formal equivale al conocimiento del

(336) *Althusius*, págs. 317-18; *Laband*, págs. 1191-92; *Grundbegriffe*, pág. 9.

(337) Sobre ello, mi trabajo *Orígenes y supuestos del formalismo*, ya cit., páginas 51 ss.

(338) *Laband*, pág. 1112.

(339) *Laband*, pág. 1113.

Derecho. Por causa de este error, el formalismo se imposibilita para dar respuesta al cometido esencial de la ciencia del Derecho, que no consiste «en el culto unilateral de la forma, sino en el conocimiento de la materia viva del orden jurídico» (340). La ciencia del Derecho tiene que formular conceptos precisos y tiene que relacionarlos en un sistema, «pero en el curso de esta labor no debe desaparecer el contenido material de los conceptos, y su sustancia no debe ser sacrificada al logro de una apariencia in contradictoria» (341); más aún, es en el contenido del Derecho donde se halla el principio de todo sistema y de las relaciones de coordinación y subordinación entre los conceptos (342). Si se hace, en cambio, del método jurídico un mero aparato técnico, en el sentido del formalismo, es el método mismo «el que cierra el camino para llegar a un conocimiento científico de la sustancia jurídica contenida en las formas jurídicas» (343).

Todas estas consideraciones metódicas de Gierke están referidas, como se ve, a la noción histórica de lo singular y concreto. La exigencia para el pensamiento jurídico de conocer «científicamente» los contenidos del Derecho es el reflejo en un campo determinado del saber de una exigencia metódica más general: la elevación de lo singular y concreto a objeto de la razón cognoscente. Esta exigencia, que es el momento constitutivo de las modernas ciencias del espíritu, es el lazo que une a Gierke con las primeras generaciones del siglo: la idea de que las determinaciones formales de un objeto histórico, su «concepto general», no pueden nunca expresar este objeto en su realidad concreta (344). El objeto del conocimiento científico no es exclusivamente lo general y desindividualizado, sino también lo singular y concreto, las individualizaciones en la historia del hacer de los hombres y las colectividades; más aún, sólo desde lo singular tiene sentido lo general y sólo desde la realidad concreta pueden entenderse los principios. «Lo abstracto es lo finito... lo concreto es la verdad, el objeto infinito», había escrito Hegel» (345). O como dirá Ranke: «desde lo singular puedes ascender... hasta lo general, desde la teoría general no hay camino que lleve a la

(340) Laband, pág. 1194.

(341) Grundbegriffe, pág. 87.

(342) Laband, pág. 1112.

(343) Laband, pág. 1114.

(344) Cfr. E. ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, München u. Berlin, 1927, pág. 121.

(345) HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*, WW (Jubiläumsausg.), Bd. XVI, pág. 226.

intuición de lo singular» (346). Y las palabras resuenan, una vez más, en Gierke: «sólo en lo concreto y desde lo concreto puede conocerse lo general» (347). La conceptualización del racionalismo, que procede en sentido inverso, y que cree conocer lo singular y concreto reduciéndolo a predicados abstractos, según el modelo de las ciencias naturales, es una contradicción en sí aplicada a los objetos históricos. Incapaz de comprender lo singular y concreto en su singularidad y concreción, su última consecuencia es siempre el escamoteo del objeto mismo, a cambio del cual lo que nos ofrece es su esquema formal. Es también lo que hace el formalismo en la ciencia jurídica: «una dirección que sustituye el concepto del Derecho por una fórmula del Derecho» (348).

El método para el conocimiento del Derecho es, según Gierke, el método histórico, es decir, el método que, por definición, hace de la materia concreta de la realidad una determinación de su forma conceptual, convirtiendo lo general y lo singular en momentos igualmente esenciales de la conceptualización. El método histórico no guarda relación alguna con problemas «historiográficos», y tan sólo expresa la afirmación de principio, de que el Derecho tiene que ser comprendido en y desde la historia. «Toda penetración en la esencia del Derecho se halla en íntima dependencia de la investigación histórica; como producto histórico, el Derecho sólo puede ser entendido desde su historia» (349). Esta «investigación histórica» sólo se hace inteligible a la luz de dos ideas centrales del pensamiento de Gierke: la idea de la conexión esencial entre el pasado y el presente, y la concepción de cada uno de los momentos históricos como una totalidad de formas de vida relacionadas y condicionadas entre sí. La primera es una idea heredada de la Escuela histórica, la idea de que el pasado vive en el presente y lo determina, «no como su causa transitoria, sino como su causa inmanente» (350); la idea de que «ninguna época produce su mundo por sí y a su arbitrio, sino siempre en comunidad indisoluble con el pasado» (351). La segunda tiene su origen en Hegel, en su intuición genial de que cada momento histórico representa una «organización», un universo del espíritu que se manifiesta en una

(346) L. v. RANKE, *Politisches Gespräch* (1836) (*Geschichte und Politik*, hrg. v. H. Hofmann, KTA, Bd. 146), Stuttgart, 1942, pág. 94.

(347) *Laband*, pág. 1118.

(348) *Grundbegriffe*, pág. 7.

(349) *Laband*, pág. 1114.

(350) F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts* (1830), Bd. I, 5. Aufl., Tübingen u. Leipzig, 1878, págs. 576-77.

(351) SAVIGNY, «Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» (1815), en *Vermischte Schriften*, Berlín, 1850, pág. 110.

multiplicidad de conformaciones, «política, religión, arte, moralidad, usos sociales, comercio, industria», todas las cuales difieren entre sí pero nunca se contradicen, porque todas son «ramas de un mismo tronco», «floraciones de una misma raíz» (352). En el marco de estos dos supuestos metódicos se mueve la reflexión de Gierke. Para el método histórico, el Derecho aparece como parte de una realidad histórico-social y como una de sus formas de vida. La realidad concreta del Derecho se encuentra aquí, en su pertenencia a un mundo de formas y relaciones, cuya existencia es existencia histórica. La comprensión de esta realidad concreta del Derecho tiene, por su propia naturaleza, que moverse en dos direcciones: tiene que entender el Derecho como una de las formas de vida de un presente, y tiene, a la vez, que entender este presente como un momento histórico en el que el pasado es su determinación inmanente.

El entendimiento del Derecho como parte de la estructura unitaria de una realidad histórico-social, «el descubrimiento de la conexión íntima... que une al Derecho con el contenido total de la cultura nacional» (353), es el supuesto de todo conocimiento jurídico. Es lo que Hegel llamaba «la verdadera concepción histórica», «el auténtico punto de vista filosófico»: la consideración del Derecho «como momento dependiente de una totalidad, en conexión con todas las determinaciones que constituyen el carácter de una nación y de una época» (354). El Derecho sólo es pensable desde la unidad de vida de una realidad histórico-social y como manifestación de esta unidad, en relación con todas sus otras manifestaciones y en dependencia recíproca con ellas. «Dado que la vida colectiva, al igual que la vida individual, es un proceso orgánico, sus funciones no pueden actuar independientemente unas de otras, sino que se condicionan y determinan mutuamente... constituyendo una unidad de vida» (355). El Derecho, como todas las demás funciones de la vida social, tiene raíces propias y estructura propia, pero se halla, a la vez, determinado y condicionado por las demás funciones sociales, y constituye con ellas en sus relaciones recíprocas la unidad de la vida colectiva (356). La ciencia ju-

(352) Cfr. HEGEL, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, Bd. I (*Philosophische Bibliothek*, Bd. XV a), Leipzig, 1940, págs. 147-48. Los pasajes de esta edición a los que me refiero en el texto no figuran en la edición original de las obras completas de Hegel, ni, por tanto, tampoco en la llamada ed. del jubileo de Glockner.

(353) *Grundbegriffe*, pág. 12. Cfr. también lo que ya queda dicho sobre el Derecho como fenómeno social, págs. 8 ss. de este trabajo.

(354) HEGEL, *Grundlinien d. Phil. d. Rechts.*, WW, Bd. VII, § 3, pág. 43.

(355) *Privatrecht*, pág. 122; *Grundbegriffe*, págs. 8, 12.

(356) *Grundbegriffe*, pág. 103.

rídica trata de fijar los contornos del Derecho en toda su pureza, pero si, al hacerlo así, olvida la realidad social que conforma la materia jurídica, el Derecho mismo se le escapará de entre las manos. «Las ideas religiosas y éticas, de un lado, y las relaciones económicas y sociales, de otro, influyen tan poderosamente... en la formación del Derecho, que sin el estudio de esta conexión es impensable un conocimiento científico del contenido interno de las instituciones jurídicas» (357); para conocer el Derecho «es preciso tener en cuenta siempre aquellos factores, distintos del Derecho, que determinan y condicionan el proceso histórico de su formación» (358). En este sentido dice Gierke que la ciencia del Derecho es una de «las ciencias del ser social del hombre», lo que significa que, para un «conocimiento profundo del Derecho» es preciso contar siempre con las demás ciencias sociales (359).

Esta condicionalidad recíproca entre el Derecho y las demás manifestaciones de la vida colectiva en un momento histórico es sólo, sin embargo, un lado de la naturaleza histórica del Derecho. El mundo de formas de vida social al que el Derecho pertenece no es, en efecto, una realidad concluida y definitiva fuera del tiempo, sino que se halla vinculado como uno de sus momentos al proceso de existencia de las comunidades históricas, y es presencia del pasado en el presente. El conocimiento del Derecho es también, por eso, conocimiento de este lado de su existencia histórica, conciencia de que el Derecho está indisolublemente unido en su existencia al proceso histórico por el que ha llegado a ser. Esta relación entre el Derecho y su pasado no es una relación de causa a efecto, de tal manera que la significación del pasado no se agota en haber producido lo que hoy es Derecho. La fundamentación histórica del conocimiento jurídico no consiste en «explicar la existencia de normas o instituciones jurídicas singulares», ni en construir analogías ni en suministrar argumentos con que defender «combinaciones conceptuales caprichosas» (360). La fundamentación histórica ve en el proceso histórico del Derecho un momento constitutivo de su realidad actual. La historia, como dice Gierke, es «la fábrica viva de nuestra conciencia jurídica», y desde su espíritu tienen que formarse los conceptos jurídicos (361). El Derecho no es producto de «las» comunidades humanas, consideradas en ge-

(357) *Laband*, pág. 1114.

(358) *Laband*, págs. 1113-14.

(359) *Privatrecht*, pág. 106. Es la misma idea que subrayaré, más adelante, E. EHRLICH, *Grundlg. d. Soz. d. Rechts*, pág. 19.

(360) *Laband*, págs. 1114-15.

(361) *Laband*, págs. 1115, 1116-17.

neral, sino producto siempre de una comunidad concreta que tiene su historia, y en la que esta historia es parte del presente; y la conciencia jurídica de esta comunidad no es, por eso, tampoco fruto casual del momento, sino un momento en el proceso constitutivo del presente. «La conciencia jurídica de toda comunidad está sometida a un proceso histórico de constitución que tiene lugar en conexión íntima con las transformaciones de la vida de la comunidad en su totalidad, con el progreso de las ideas éticas y de las costumbres, y con el cambio de las relaciones y necesidades políticas, sociales y económicas» (362).

La comprensión de esta doble vertiente en la historicidad del Derecho, que es, en último término, la comprensión del Derecho en su realidad concreta, es el cometido en sentido propio de la reflexión jurídica. En la naturaleza histórica y, por tanto, concreta del Derecho se encuentra la más radical refutación de todo conceptualismo, cuyo supuesto, explícito o no, es siempre la consideración del Derecho como un dato de una realidad estática, susceptible de ser explicado causalmente o de ser reducido a constantes formales; de igual modo, que la ignorancia del ser histórico del Derecho conduce siempre, de una u otra manera, al conceptualismo. «Una filosofía del Derecho auténtica sólo es posible sobre una base histórica, mientras que toda consideración filosófica del Derecho que abandona el suelo verdaderamente histórico, corre el peligro de caer en el racionalismo y desviarse, pese a todas las protestas, por los caminos del jusnaturalismo» (363). El Derecho, dice Gierke, «no surge ni se desarrolla desde sí mismo» (364), y para ser comprendido hay que tener presentes las determinaciones históricas de su existencia, es decir, hay que penetrar «en las profundidades del proceso interno que ha producido... el contenido ideal del Derecho» (365).

Universidad de La Laguna.

FELIPE GONZÁLEZ VICÉN.

(362) *Recht u. Sittlichkeit*, pág. 259.

(363) *Historische Rechtsschule*, pág. 34. Gierke alude aquí a las primeras publicaciones del neokantismo jurídico.

(364) *Laband*, pág. 1113.

(365) *Laband*, pág. 1115.