

CAPÍTULO TERCERO

EL ESPÍRITU REEMPLAZA A LA HISTORIA

I. Otra vez Rudolf von Ihering	87
II. Más allá del derecho romano	88
III. Los fines del derecho	88
IV. La lucha por el derecho	89
V. La temática sobre la posesión	90
VI. El espíritu del derecho romano	91
VII. El organismo objetivo de la libertad humana	94
VIII. Los tres sistemas del desarrollo histórico del derecho romano	94
IX. Distinción entre la jurisprudencia inferior y la superior	95
X. Ideas del poder y libertad	96
XI. El arte jurídico y la teoría general de los derechos . . .	96
XII. Crítica al conceptualismo de Savigny	97
XIII. El pragmatismo de Ihering.	97
XIV. Los fines en el derecho.	99
XV. Analista; no historiador. La jurisprudencia en serio y en broma	99
XVI. En el cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía.	103

CAPÍTULO TERCERO

EL ESPÍRITU REEMPLAZA A LA HISTORIA

Totium ius hominum causa constitutum est.
(Todo derecho ha sido constituido por causa
de los hombres).

D. I, 5, 2. Hermogemonianus, I epit.

I. OTRA VEZ RUDOLF VON IHERING

Cuando Rudolf von Ihering nace en Aurich, Friedland oriental, el 22 de agosto de 1818, Savigny contaba treinta y nueve años de edad, por lo que al fallecer éste el 25 de octubre de 1865, la edad de aquél era de cuarenta y siete años. Ihering murió en Göttingen el 17 de septiembre de 1892, y poco puede decirse sobre los acontecimientos de su vida, pues fueron sencillos, ya que la suya era la ordinaria de los profesores alemanes, en una época en la que no eran políticos, y la búsqueda de la ciencia era un fin en sí misma. Todo lo que puede decirse acerca de hechos de su vida y unas cuantas conclusiones se obtuvieron en el estudio cuidadoso de los escritos de dicho autor.

De Ihering se sabe que había sido hijo de un abogado y que estudió en las universidades de Heidelberg, Munich, Göttingen y Berlín —en 1840—, donde escuchó las lecciones de Savigny y Stahl, y en la que en 1843 inició sus actividades como profesor adjunto en la cátedra de derecho romano. El tratado que escribió sobre la enseñanza de dicha materia le llevó a profesar lecciones dos años más tarde en Basilea y, después, en 1849, en Kiel, para pasar posteriormente a la Universidad de Giessen, en la que durante dieciséis años realizó una labor fructífera. En 1868 se trasladó a Viena, donde permaneció cuatro años, que le permitieron al emperador de Austria concederle un título nobiliario en 1872. Finalmente, decidió radicarse en Göttingen, lugar en el que tuvo gran éxito como profesor, ya que sus clases eran numerosas, y como conferencista poseía dones espe-

ciales que le permitían comunicar a los demás su propio entusiasmo por el derecho. En dicho lugar permaneció el resto de sus días, conservando la vida de un académico; rechazó invitaciones de las universidades de Leipzig y Heidelberg; llegó a considerársele como el último de los romanistas, dado que Puchta había fallecido en 1846; Bruns, en 1880, y Windscheid en 1892.¹³³

II. MÁS ALLÁ DEL DERECHO ROMANO

El lema que Ihering profesaba al aparecer estampado en su revista proclamaba: *a través del derecho romano, pero más allá de él*, aseverando que no podía existir el entendimiento de las leyes del pasado sin comprender el presente, y en su constante entusiasmo parecía estar interesado en vivificar temas muertos, dando la impresión de encontrar en el derecho romano más de lo que en realidad existía. En muchas de sus páginas parecía que estaba escanciando vino nuevo en botellas viejas.¹³⁴ Sin embargo, respecto del derecho romano, consideraba que la tarea de su tiempo consistía no sólo en construir —como lo había sido hasta entonces— sino en destruir, y recomendaba que debía abandonarse lo que ya había perdido valor, con el propósito de lograr establecer un equilibrio lógico entre el pasado y el presente, al advertir que aquél no podía gravitar ciegamente en éste. Por dicha razón concluía que para aplicar la ley antigua era necesario examinar las exigencias del presente.¹³⁵ Al margen de ello, se manifestó como un ardiente admirador de Bismarck, y observaba con gran gusto e interés la unificación de Alemania.

III. LOS FINES DEL DERECHO

Por otra parte, el temperamento de Ihering era enérgico, combativo y apasionado, de manera que le mostraba decidido en sus gestos, comportamiento y expresiones, en todo aquello que creía correcto, y, no obstante manifestarse firmemente convencido de la necesidad de hacer jurisprudencia práctica, él mismo poseía escasa experiencia sobre la labor de un

¹³³ Macdonell, Sir John y Manson, Edward, *op. cit.*, nota 53, p. VII.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 591.

¹³⁵ Gorostiaga, Roberto, *op. cit.*, nota 38, pp. 35 y 36.

abogado. Sin embargo, durante su primera juventud escribió su tratado sobre la posesión; para ello utilizó el método tradicional del análisis conceptual, mismo que abandonó después en la jurisprudencia, y escribió su famoso libro *Los fines en el derecho* (1877-1883) en el que sostiene que el interés es tan importante en la conducta humana como lo es en la ley, de la misma manera como la causalidad lo es en el mundo físico.

Debe reconocerse que los libros de Ihering reflejaron la notoria sensibilidad del autor hacia los cambios sociales y económicos que se producían, así como su interés por exponer importantes teorías en la jurisprudencia. Sin embargo, ridiculizó la jurisprudencia conceptualista, así como las decisiones estrictamente lógicas y mecánicas de los casos judiciales. Su trabajo mayor fue sobre el *Espíritu del derecho romano*, en el que vincula las relaciones de la ley con el cambio social. Al leer sus libros se vuelve a sentir la necesidad del cercano conocimiento del derecho civil, que se logra solamente con un largo estudio.

Aun cuando Ihering se encontraba vivamente convencido de la necesidad de elaborar jurisprudencia práctica, cuando llegó a ser profesor en Basilea, su personalidad atractiva lo mantuvo en cercano contacto con abogados practicantes y con jueces, y era consultado en importantes temas, ya que era grande su influencia sobre los hombres, al grado de resultar notorio que una de sus más destacadas características era su vitalidad, que se manifestaba en todo lo que hacía o decía, y aun cuando escribió mucho sobre el pasado, ninguna de sus páginas contiene materias muertas, lo cual propició que uno de sus alumnos y admiradores —como todos ellos lo eran— dijera de él: “Vive y piensa en el presente, con el presente y lo que le rodea”. Su carácter intelectual tiene las características de su propio tiempo, como ninguno de sus contemporáneos lo logró o difícilmente alguno de ellos desde Ulpiano y Papiniano.¹³⁶

IV. LA LUCHA POR EL DERECHO

Reconocemos que Ihering era un estudioso y un jurista que —a la vez— aspiraba a ser filósofo y ha sido conocido preferentemente por sus trabajos escritos en los que trató algunas de las cuestiones fundamentales de la jurisprudencia, como por ejemplo, las que aborda en su *Lucha por el*

¹³⁶ Macdonell, Sir John y Manson, Edward, *op. cit.*, nota 53, p. 591.

derecho; pero no era un historiador, en cuanto a que él no era un investigador sistemático de los hechos de algún periodo determinado, ya que no se ajustaba a los cánones que un historiador moderno debería observar, pues decía que el verdadero interés del presente contaba mucho más que la investigación del pasado.¹³⁷

V. LA TEMÁTICA SOBRE LA POSESIÓN

No obstante lo anteriormente señalado, resulta evidente que en Ihering el prestigio de su obra escrita rebasa el de la personalidad de profesor. Su prosa persuasiva y vehemente transmite al lector su entusiasmo y la certeza de sus afirmaciones; deben considerarse también sus estudios denominados *Casos sin resolver de derecho civil y Jurisprudencia diaria*; aun cuando debe reconocerse que su primera obra trascendente —a la que nos hemos referido en otra parte— dedica todo su entusiasmo al análisis de lo que en realidad para él fue la posesión en los antecedentes del sistema romano, en la que concentró su actividad en desmenuzar y criticar severamente la doctrina subjetivista expuesta por Savigny en su *Tratado sobre la posesión en el derecho romano*, en el que, después de examinar éste las cuarenta y cuatro obras que componían la literatura jurídica correspondiente —con ayuda de la historia y de la filología— trataba de restablecer el pensamiento de los juristas que la habían explicado.

En efecto, la obra de Ihering sobre la posesión está compuesta originalmente por dos libros: uno, *El fundamento de la protección posesoria*, y el otro, *El papel de la voluntad en la posesión*. Es singular la calificación crítica que el autor le otorga a la obra original de Savigny, a la que sólo le concede la importancia pasajera de un brillante meteoro, ya que considera que desde el punto de vista de la historia de la materia, tendría siempre el mérito de haber excitado y favorecido poderosamente la investigación científica en el terreno de la teoría posesoria; pero en cuanto a sus resultados reales para la ciencia, los consideraba muy medianos, ya que advertía que Savigny no había hecho justicia ni al derecho romano ni a la importancia práctica de la posesión, puesto que por una parte, las ideas preconcebidas que tenía le impedían tener la imparcialidad necesaria para reconocer exactamente el derecho romano, y porque, por la otra, cuando

¹³⁷ *Ibidem*, p. 592.

emprendió su trabajo estaba desprovisto de toda noción relativa a la práctica —defecto que debía doblemente ser pernicioso— que consideraba indispensable, sobre todo en la teoría de la posesión, que precisamente no podía comprenderse sin la práctica. En esas condiciones, estimaba Ihering que la obra de Savigny había llegado a ser la manzana de la discordia de la jurisprudencia en su siglo, desencadenando un conflicto sin precedente, ya que ninguna de las ideas fundamentales que en ella exponía habían quedado al abrigo de los ataques, que habían logrado éxito respecto de algunas de ellas, que sucesivamente se reconocieron insostenibles. La conclusión con la que Ihering rubricaba las líneas de dicho trabajo advertía que el porvenir diría si las demás gozarían de otra suerte; pero insistía en creer que no triunfaría ni una sola.¹³⁸

VI. EL ESPÍRITU DEL DERECHO ROMANO

En 1852, cuando Ihering tenía 33 años, obtuvo la publicación del primer tomo de la obra que consideramos es la más importante de todas aquellas en las que concentró su atención: *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Creemos que en esa obra Ihering continuaba su labor de confrontación con las producciones literarias de Savigny, que se habían iniciado con su trabajo sobre la posesión, y que ahora presentaba una nueva y diversa significación a los empeños de su antecesor, manifestados en sus ya mencionadas obras: *El derecho romano en la Edad Media* y *El sistema del derecho romano actual*.

En efecto, su empeño le llevó a demostrar su genio intelectual y su profundo conocimiento de la materia, que ahora exponía bajo una nueva

¹³⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 2, t. IV; 2a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 112. Adviértase el comentario adicional vertido por el mismo autor en líneas de la p. siguiente, en las que se expresa: “A casi dos siglos de distancia (Ihering nació en 1818) el presagio vertido por este gran maestro no ha sido acertado. El mundo contemporáneo —como ahora lo hacemos nosotros— seguirá considerando la doctrina de Savigny como punto de partida inicial —resultante de sus orígenes romanos— para el estudio de la posesión; así como la tesis objetiva de Ihering, parece el punto culminante, no sólo de la doctrina, sino de nuestras legislaciones. Por tanto, el error en el que él incurrió fue considerar que ‘no queda más que decir. El problema está resuelto para siempre’. Precisamente, cuando expongamos la sistemática a la que se acogieron nuestros códigos civiles del siglo XIX y el contenido de la legislación vigente en esta materia, así como los criterios de jurisprudencia que se han aportado para su interpretación y ejecución, verificaremos que *ha quedado mucho que decir y que el problema no ha sido resuelto para siempre*”.

perspectiva: el conocimiento del derecho romano que, lo mismo que el lenguaje de un pueblo, es un producto elaborado por la historia; pero no por su sistema ni por su renacimiento medieval, sino por su propio espíritu, pretendiendo olvidarse de lo que de él había quedado petrificado y estaba muerto desde hacía muchos siglos, para reconocerlo como un organismo objetivo de la libertad humana, que respondía a exigencias particulares que lo explicaban, comunicando fuerza y vida a sus expresiones.¹³⁹ En este aspecto, constatamos que Ihering se apartaba de la concepción romántica de la Escuela Histórica, que preconizaba el valor superior del elemento nacional en el derecho, pues apreciaba que en el productivo periodo de la jurisprudencia clásica, las fórmulas que de ella habían emanado superaban la visión puramente nacional, para trascender a su posteridad con un sentido cultural universal, como producto de las fuerzas espirituales que lo impulsaban a deslindar equilibradamente las esferas del poder y de la libertad.

En el prefacio de la traducción francesa de la obra en comentario, su responsable, Meulenaere, anticipaba que en la mayoría de aquellas obras en las que se exponía el derecho romano, éstas se ocupan de demostrar la medida en la que la osamenta de ese orden normativo todavía tiene impacto sobre la civilización actual, aunque no le haya podido encontrar el alma. Por el contrario, Rudolf von Ihering ha transfundido sangre en las venas del cadáver, le ha vuelto a la vida y le ha infundido ese factor anímico. Él ha hecho, finalmente, hablar al espíritu del derecho romano.¹⁴⁰

En el párrafo inicial del maravilloso trabajo que ahora comentamos, Ihering afirma:

Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres ha servido de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después

¹³⁹ Gorostiaga, Norberto, *op. cit.*, nota 38, p. 40. Véase también *Abreviatura del espíritu del derecho romano*, del mismo autor, por Fernando Vela, 2a. ed., Revista de Occidente, 1962, en cuyo prólogo, los editores afirman que el autor deja percibir el tornasol de significaciones que tiene la palabra *espíritu* en el título, pues el *espíritu* del derecho romano es el *espíritu* de su pueblo, como lo reconocía Savigny; pero a diferencia de éste, significa, para Ihering, ese *espíritu* ocupado precisamente en crear derecho y, por tanto, es el *espíritu* del derecho mismo, no sólo del romano, p. 9.

¹⁴⁰ Ihering, Rudolf von, *op. cit.*, nota 139; especificando que se trata de su abreviatura, pp. 4 y 5.

por la unidad de la Iglesia a raíz de la caída del Imperio, y finalmente, por la unidad del derecho al adoptarse éste durante la Edad Media.¹⁴¹

Para robustecer las afirmaciones que anteceden, el autor agrega que la misión de Roma en la historia universal se concentra en la idea de universalidad, y que su segunda dominación se manifiesta en la educación moral y religiosa de los nuevos pueblos. Las ideas que anteceden culminan con la afirmación de que su autoridad se apoya en la transformación que ha generado en el pensamiento jurídico, que se ha convertido en un factor indispensable de la civilización moderna.¹⁴² A las anteriores conclusiones y en abierta crítica a los planteamientos de Savigny, Ihering agregaba que era posible localizar la capacidad intelectual y dimensión del derecho romano, no únicamente en el método jurídico que desarrollaba, sino en la jurisprudencia que llevaba dentro de sí, conjugada tanto con las fórmulas emanadas de la inteligencia de sus jurisconsultos como con los preceptos jurídicos y divisiones que habían empleado en sus instituciones.¹⁴³

Ihering confesaba que para realizar un verdadero examen crítico del sistema normativo romano —que permitiera llevar a cabo la investigación de sus factores interiores y de sus fundamentos esenciales— era indispensable estar provistos de una capacidad subjetiva que permitiera auscultar el aparato científico objetivo, ya que quien en verdad pretendiera desentrañar la naturaleza de la jurisprudencia debía observarla de cerca con una lente exegética microscópica en mano, para poder constatar su engranaje y —a la vez— emplear un telescopio, que permitiera verificar la dimensión de su universo, de manera que con ello se permitiera constatar la doctrina de la naturaleza del derecho en general, así como la forma en que se manifiesta, ya que en cuanto tal doctrina se perfeccione —por medio de la filosofía y del derecho comparado que la enriquecen con aspectos e ideas nuevas— la noción de la genuina esencia del derecho romano será más vasta.¹⁴⁴

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 8 y 9.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 32-34.

VII. EL ORGANISMO OBJETIVO DE LA LIBERTAD HUMANA

En cuanto al método de la exposición histórica del orden normativo, Ihering concibe al derecho como un organismo objetivo de la libertad humana, que se manifiesta como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenado de la historia, que es generado por el impulso propio de la vida humana; que se desarrolla dentro de las manifestaciones de su carácter, grado de civilización, así como de las vicisitudes del pueblo y las potentes fuerzas históricas que las rigen. De ahí que el derecho pueda considerarse como un organismo, cuyas partes más salientes son las reglas del derecho, que para poder descubrir las requieren la capacidad de observarlas, amén de formularlas, dándoles la expresión que les conviene.¹⁴⁵

VIII. LOS TRES SISTEMAS DEL DESARROLLO HISTÓRICO
DEL DERECHO ROMANO

Al diseñar Ihering el plan de la obra que se examina, distingue tres distintos sistemas en el desarrollo histórico del derecho romano. El primero de ellos, que representa el capital originario que Roma había recibido de su historia y que, sin embargo, conserva cierta analogía con el derecho que surge entre los pueblos germanos —ocho o diez siglos después— constituye su primitivo punto de inicio y el puente que permite el acceso al segundo. Éste se inicia con la dignidad real, que corresponde al florecimiento característico de la época de la República, en la que se manifiesta el triunfo de sus pensamientos nacionales en materia de derecho, y encuentra el momento en el que el derecho y la religión, el Estado y el individuo se separan, produciendo formaciones que se presentan bajo formas plásticas, que permiten la impresión de una grandiosa máquina que opera con precisa seguridad y uniformidad, que en su momento forja una jurisprudencia que se manifiesta como una tendencia hacia la universalidad de relaciones, que llega a ser un espejo, que era un modelo para su posteridad, al resumir sus pensamientos nacionales en materia de derecho. Así, la voluntad de hierro operaba en la formación del segundo sistema, en el cual se exaltan las cualidades morales del pueblo romano, hasta sobrevenir su declinación, que implicó su caída. El tercer sistema —que es el fi-

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 39-43.

nal— se significó por la edificación de una obra maestra de arte jurídico, que todavía seguimos admirando.¹⁴⁶

IX. DISTINCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA INFERIOR Y LA SUPERIOR

Cuando Ihering tenía 38 años de edad, colaboró en la fundación del *Jährbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, que se publicaría anualmente, y que estaba destinado a fecundar los conocimientos jurídicos con un criterio nuevo, en el que no cabrían los trabajos meramente históricos y críticos, sino aquellos otros orientados —de manera preferente— a exponer los problemas suscitados por la jurisprudencia superior, como él mismo la llamaba.

Ihering advertía el distingo entre la jurisprudencia inferior y la jurisprudencia superior, entre el estado de agregación inferior o superior del derecho, observando que la forma regular bajo la cual el derecho aparece en la realidad es la de regla de derecho; que ésta puede ser general, en cuyo caso tenemos costumbre de designarla bajo la denominación de principio de derecho, o bien, más especial y restringidamente, en cuyo caso se la designa con más frecuencia, disposición de derecho. Si la regla tiene exteriormente la forma imperativa es completamente indiferente; lo imperativo está en el objeto mismo. Mientras tanto, todas las operaciones de la jurisprudencia, que dejan a la materia jurídica su forma práctica e inmediata, que no van más allá de las reglas y los principios de derecho, sea que los hayan descubierto ellos mismos, sea que se hayan elaborado las fórmulas por el legislador, las coloca en la jurisprudencia inferior. La distinción entre la jurisprudencia inferior y la superior se determina por la distinción entre la noción del derecho y la regla de derecho, y la transición del derecho del estado inferior al estado superior de agregación, se obtiene mediante la construcción jurídica que transforma la materia firme en ideas.¹⁴⁷

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 100-105.

¹⁴⁷ Gorostiaga, Norberto, *Jhering. Su vida, su tiempo y su obra*, op. cit., nota 38, pp. 38 y 39.

X. IDEAS DEL PODER Y LIBERTAD

En el segundo tomo de su obra sobre *El espíritu*, Ihering se ocupa de exponer el sistema general del derecho estricto, y destaca el valor de las ideas que en él concurren, que son las del poder y de la libertad, que constituyen la primitiva fuente psicológica del carácter romano; además, afirma que el derecho sólo existe para su realización, ya que aquel que sólo expresa en normas, pero que está ausente de ser una expresión de las realidades de la vida comunitaria, constituye lo que él califica como un “fantasma del derecho”. En cambio, lo que se realiza como derecho, aunque no esté en las leyes ni el pueblo ni la ciencia lo conozcan especialmente, es derecho. La realización objetiva del derecho en la vida, la energía con que lo que proclamado como necesario se ejecuta, es lo que da al derecho su verdadero valor.¹⁴⁸

En la conclusión de las afirmaciones que anteceden Ihering destacaba que lo verdaderamente interesante no aparece en un contenido abstracto de las leyes, sino de su aplicación viva, que sólo podía lograrse mediante las reglas del arte, que a su vez responden a las reclamaciones de la misma vida, que es una realidad que resulta subordinada a factores que le imponen aspectos típicos, análogos o diversos. Por ello, reconoce que mientras más elevado sea el concepto de la cultura de un pueblo, debe ser más exacto el espíritu de su justicia.¹⁴⁹

XI. EL ARTE JURÍDICO Y LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS

Cuatro años después de haber iniciado su obra sobre *El espíritu*, Ihering termina su exposición con la referencia al arte jurídico y la teoría general de los derechos, combatiendo la doctrina de Hegel, que sostenía el criterio de que la voluntad, tanto en el derecho objetivo como en el subjetivo, era consecuencia de una voluntad general; ajusta una perspectiva diferente, ya que apreciaba que opera la transformación de las ideas jurídicas en reglas reales y verdaderas al factor subjetivo de la voluntad individual, constitutiva en utilidad y en interés jurídicamente protegido, como fuerza motriz —que es el principio del poder— ya que de ella ema-

¹⁴⁸ Vela, Fernando, *op. cit.*, nota 139, p. 234.

¹⁴⁹ Gorostiaga, Norberto, *op. cit.*, nota 38, p. 46.

nan las potencias que la misma vida orienta y concentra, al someterse al derecho objetivo para encontrar el equilibrio que le permita imponerse. En ello encontraba Ulpiano el apoyo de su definición al derecho privado: *Quod ad singulorum utilitatem spectat* (el que respecta a la utilidad de los particulares).¹⁵⁰

XII. CRÍTICA AL CONCEPTUALISMO DE SAVIGNY

En la idea general de la obra en la que Ihering preconiza la prevalencia del espíritu encontramos su crítica frontal a los valores estrictamente conceptualistas de la jurisprudencia preconizados por Savigny, así como el factor de apreciar al derecho como un sistema filosófico, ya que es su criterio y determinación el buscar los principios fundamentales del derecho en la realización práctica de sus fines y resultados, independientemente del error crítico, que supone que la norma jurídica surge —como el lenguaje en los pueblos— tal cual la hierba en el campo, ya que su resultado no deviene sino por la lucha en la que se confrontan los intereses sociales en juego, para satisfacer aquellos objetivos que surgen de las realidades sociales, propias de un pueblo en el momento en que éste vive y aquéllas necesitan satisfacerse.

XIII. EL PRAGMATISMO DE IHERING

En 1872 Ihering dio a la luz su célebre opúsculo *La lucha por el derecho*, en el que sostiene que éste es una idea práctica, o sea que siempre tiene un fin, que consecuentemente entraña una síntesis: el fin y el medio, pues no será suficiente investigar el fin sin que se muestre la senda que lo conduzca, ya que en él se encuentra de manera inseparable la lucha contra la injusticia: lucha y paz en la que ésta es el término del derecho; la lucha es el medio para alcanzarlo, de manera que corresponde a éste realizar una heroica resistencia. De ello, el autor colige que la lucha no es un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea, ya que todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha. Así, se reconoce que el derecho no es una idea

¹⁵⁰ Justiniano, *Digesto*, versión castellana por A. d'Ors *et al.*, Pamplona, Aranzadi, t. I, 1968, p. 45.

lógica, sino una idea de fuerza. Por ello la representación simbólica de la justicia le pone en una mano la balanza para pesar el derecho y, en la otra, la espada para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta; la balanza sin la espada es el derecho en su impotencia.¹⁵¹

Las ideas que se relatan en el párrafo precedente contradicen abiertamente la visión que expresaba Savigny, en cuanto éste apreciaba que el derecho surgía insensiblemente y sin dificultad, tal como el lenguaje. De acuerdo con esta concepción, no requiere de lucha alguna y —en su caso— no necesita investigársele, porque constituye una fuerza de la verdad que opera secretamente en la vida; que avanza con paso lento, pero seguro y sin esfuerzos violentos, logrando —mediante su persuasión— que su luz penetre en los corazones que lo revisten de una forma legal. Las expresiones anteriores culminan con la advertencia de que ésas eran las ideas sobre el origen del derecho, que tenía cuando dejaba la Universidad, bajo cuya influencia había vivido muchos años; pero se consulta ¿podrá ser verdad? En su respuesta, destaca que Savigny había establecido ese criterio, que constituía uno de los errores más fatales, porque aconsejaba al hombre a que aguarde cuando debe obrar, invitándole a esperar confiadamente y cruzarse de brazos ante aquello que saldrá lentamente de esa fuente primitiva del derecho que se llama opinión pública en materia de legislación, pero constitutiva de una idea romántica, consistente en representarse el pasado, bajo un falso ideal y figurarse el nacimiento del derecho sin trabajo, sin esfuerzo alguno, sin acción, como las plantas nacen en los campos.¹⁵²

Al continuar Ihering la exposición de su ideario, advierte que aun cuando el derecho es por un lado la prosa, se trueca en lucha por la idea contenida en la poesía, ya que la lucha por el derecho es, en verdad, la poesía del carácter, ya que el dolor que el hombre siente cuando es lastimado es el reconocimiento de lo que el derecho es para él. De ahí que la defensa del derecho sea un acto de conservación personal, que el individuo se impone como un deber para consigo mismo.¹⁵³

En la conclusión de su *Lucha por el derecho*, Ihering afirma que no es siempre la estética, sino la moral, la que debe decirnos lo que es la natura-

¹⁵¹ Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho. Tres estudios jurídicos*, trad. de Adolfo González Posada, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba Editores-Libreros, 1960, pp. 163 y 164.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 167-172.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 197-201.

leza del derecho, y que lejos de aconsejar el retirar la lucha, la moral está obligada a proclamarlo como un deber. La lucha es, pues, el trabajo eterno del derecho. Sólo luchando lo alcanzarás.¹⁵⁴

XIV. LOS FINES EN EL DERECHO

En su obra *El fin en el derecho*, Ihering advierte que ni la norma ni la coacción son elementos formales que no enseñan nada del contenido del derecho; pero se pregunta: ¿por qué causa?, ¿con qué fin? La respuesta —afirma— debe buscarse en el contenido del derecho, que es infinita y necesariamente variable, ya que no aparece en todas partes con las mismas normas, sino que éstas resultan adaptables a la condición de cada pueblo, a su grado de civilización y a las necesidades de cada época. Lo que en verdad caracteriza al derecho es que éste existe para la satisfacción de sus fines. De esa afirmación, el autor hace surgir la siguiente pregunta: ¿cuál es el fin del derecho? Su respuesta es: la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado. En la relación del individuo con la sociedad, reconoce que la había sintetizado anteriormente en tres aforismos: cada uno existe para sí; cada uno existe para el mundo; el mundo existe para cada uno; pero advierte que tales fórmulas no responden a la cuestión actual, ya que no se trata de determinar si el individuo existe para la sociedad, sino investigar hasta qué punto existe para ésta. En su respuesta, Ihering invoca la doctrina de W. von Humboldt, de la que resulta que la existencia en sociedad no es más que un medio secundario, ya que su fin único es el hombre, que no puede ser sacrificado a este medio. En esas palabras se caracteriza toda la doctrina: el hombre como fin único.¹⁵⁵

XV. ANALISTA, NO HISTORIADOR. LA JURISPRUDENCIA EN SERIO Y EN BROMA

En toda la obra de Ihering se percibe al analista y no al historiador, que mediante el examen de los hechos busca la localización del espíritu de

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 245 y 246.

¹⁵⁵ Ihering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros, 1960, pp. 211-213, 258 y 259.

quien los examina íntimamente, con el propósito de juzgarlos, ya que estima indispensable que el historiador realice una labor subjetiva:

La imagen reflejada en el espejo, participa de la pureza del vidrio y de lo acabado de su fabricación; la imagen del pasado participa de la individualidad del historiador que la traza. Tal espejo, tal imagen. El espejo no puede cambiar, el historiador no puede despegarse de su yo, de lo que fatalmente resulta que lo subjetivo influye sobre la concepción de los hechos históricos.

En apoyo de sus convicciones, Ihering obtuvo —en noviembre de 1884— que se publicara una colección de ensayos y estudios jurídicos que —primero— en el subtítulo se hacían aparecer como *Las cartas confidenciales de un desconocido* sobre la jurisprudencia del día, y —después— con la denominación *Charlas de un romanista*, aun cuando su título real era el de *Jurisprudencia en serio y en broma*, que es una labor de fantasía, con la que el autor advierte que se burla de sí mismo, y colma su verdadero sentido de la vida con la fina sátira e irónico análisis de las diversas cuestiones que trataba, con una crítica a los estudios de los pandectistas alemanes del siglo XIX, así como su manera de entender la ciencia jurídica, por lo que aboga por la conveniencia de consolidar la doctrina con la práctica. De ahí que en el prólogo —que presenta el propio autor— advierte que su trabajo consta de cuatro partes: las tres primeras, dedicadas a lo humorístico, y una a lo serio, aun cuando anticipa que sus lectores percibirán que todas ellas poseen el mismo fin, puesto que las bromas tienen como sentido el que lo serio resulte más eficaz y práctico, dado que ni siquiera todo lo humorístico sea sólo broma, pues bajo tal disfraz ocurren cosas por demás serias, como también pasa con lo jocoso, que posee una seriedad en su significación. Ihering anticipa que si el lector no encuentra esos factores en su trabajo, entonces considerará inútil el objeto de esa obra.¹⁵⁶

En la carta primera nos hace conocer que recibió de cierto escritor, que había elaborado un trabajo sobre esa misma materia, que él había eliminado de sus investigaciones el aspecto práctico de las cuestiones, limitándose a ejecutar una labor científica. De esa observación Ihering concluye que un escritor jurídico que ignora por completo la aplicación práctica de

¹⁵⁶ Ihering, Rudolf von, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de la 3a. ed. alemana por Román Ríaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 5 y 6.

su materia equivale a un formalismo concentrado en la ejecución de un artístico reloj, que no está destinado para que funcione.

En la segunda de sus cartas, Ihering explica la devoción y el hechizo que sentía por los estudios del derecho romano, al grado que pudo darse cuenta de que su futuro se encontraba en la ciencia, pues el futuro teórico ya estaba concebido, lo que le permitió especular sobre el espíritu sustancial de las cosas, orientando su pensamiento sobre la vinculación entre la familia —como comienzo de la vida humana— con la herencia, que señala su fin, al grado que entraña la indivisibilidad entre la familia y el heredero.

En la tercera de las cartas, Ihering destaca que en el desarrollo que ha experimentado la jurisprudencia —merced a la escuela histórica— por haber concentrado su interés en el estudio de las fuentes, ha descuidado y se ha alejado de la práctica, considerando que su labor se ha facilitado mediante el ejercicio de una jurisprudencia especulativa, que tenga la capacidad de explicar las razones de la oposición entre la teoría y la práctica, ya que la calidad de jurista requiere el paso de los años en los estudios universitarios —que simboliza una siembra— y los del ejercicio práctico —que constituye la cosecha—. Sin embargo, el autor tiene presente la existencia de los terribles exámenes, que calificaba como la barrera que separaba a la Universidad de la vida.

En la carta número cuatro, relata Ihering una historia que más parece un cuento, con una trama que se desarrolla en época de vacaciones de un profesor de historia del derecho romano cuya sirviente —que limpiaba el despacho— salió del lugar al concluir su labor; pero en ese momento se formó un vendaval que entró a la habitación, provocando la dispersión de todos los materiales. Ello la obligó a regresar para tratar de restablecer el orden en los papeles que recogían la historia que el profesor enseñaba. El autor enseña que ahí surgió un sistema propio, en el que las Doce Tablas quedaban al final de los grandes acontecimientos. Para abreviar el relato, Ihering agrega que una vez que regresó el profesor de sus vacaciones, no se dio cuenta de que había un nuevo orden que involuntariamente se le había impuesto, ante el cual ya no retrocedió, sino que se manifestó muy contento con él; concluye el relato con la mención de que tan peculiar historia la ha visto adoptada por Rudolf, que deforma maliciosamente la historia, que más parece un montón de materiales de una edificación.

En la quinta de sus cartas, Ihering se ocupa en realizar un análisis de los estudios universitarios y de las medidas indispensables que debían adoptarse para darles un desenvolvimiento más amplio. Del esquema propuesto, el autor se ocupa en verter su propia opinión crítica, y advierte que los candidatos al ingreso en la universidad no estudian durante el primer año, por haber quedado abrumados en el examen final de bachillerato, que les hace querer gozar de su libertad académica. No pueden estudiar durante el segundo, porque han de cumplir sus deberes militares, y tampoco estudian en el tercero, porque necesitan prepararse para el examen.

En su sexta y última carta, Ihering se ocupa de hacer referencia a otros que como él, escribían anónimamente; pero advierte que ahora lo hacen utilizando su máscara. De ahí recuerda que para teóricos como Savigny, el cultivo del derecho civil no es satisfactorio, por apreciar que el mal se encuentra en que la práctica tiene poco de científica. Los prácticos —por su parte— aseguran que la teoría resulta demasiado poco práctica. De ahí, Ihering tiene presente que la jurisprudencia alemana y la ciencia del derecho civil no se cultivan adecuadamente, por lo que Savigny observaba que el origen de ese mal se encontraba en una práctica poco científica, a lo que los prácticos replicaban que la teoría se manifestaba poco práctica, ya que padecía varios tumores, y que pudiera ser eficaz el ensayo con un perro que provocara la risa, al recordar jocosamente a un inglés, que, enfermo con un absceso interno, logró curarse por la risa que le causó ver a su perro adornado con una peluca de Corte y sentado a su lado. Así, aprecia que quien se ha reído alguna vez de una opinión errónea, podría quedar vacunado contra ella.

En la compilación de obras de Ihering que ahora consideramos se incluye la edición del texto de las *seis cartas* antes referidas, las *Charlas de un romanista*, en la que destaca una *Carta a la redacción a manera de Prólogo*; *Cuadros de la historia jurídica romana*, en la que se incluye una suelta charla con Gayo, así como la exposición de temas relativos al derecho de ocupación sobre las cosas sin dueño; el caso del ratón del antiguo derecho hereditario; ricos y pobres en el antiguo proceso civil romano y una ratonera del derecho procesal civil, para culminar con una sugestiva exposición denominada:

XVI. EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS
JURÍDICOS. FANTASÍA

En esta última obra, Ihering hace —con viva burla— el relato fantástico de un sueño, en el que él se sabía muerto y —por tanto— liberado de las ataduras de los sentidos y de las cadenas con las que su espíritu había sido sujetado al cuerpo. Ya que era, en ese momento, solamente espíritu, que se había transformado en un fragmento del universo, que se encontraba liberado del tormento de la voluntad, y quien le habla —que pide se le llame Psicóforo, por ser el conductor de almas— lo conducirá, por haber sido romanista, al lugar de su destino, que será el cielo de los conceptos jurídicos, que significará el premio que se otorga a los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que prestaron en la Tierra. Como Ihering pregunta que si dicho lugar es sólo para teóricos, entonces consulta: ¿a dónde irán los prácticos? La respuesta le anticipa que por no poder respirar en el cielo teórico, van a un lugar especial que se encuentra más allá, pero que todavía se localiza dentro del sistema solar.

En la visión que antecede, corresponde a los teóricos ser llevados a un lugar oscuro, donde reinan las tinieblas, ya que los conceptos no requieren ni luz ni vida, puesto que como teóricos que han sido, pueden ver en las tinieblas lo que resulta de parecerse al búho —pájaro de Minerva— que puede ver en la oscuridad. En dicho lugar van a ser examinados, para que de resultar aprobados, pasen a formar parte de los elegidos, debiendo entonces quedar sujetos a una previa cuarentena.

Pregunta el interesado si en ese lugar podrá encontrar a Savigny. La respuesta le indica que sí, ya que la cuestión de la posesión, así como su alegato sobre la vocación de su tiempo para la legislación y la ciencia del derecho, le brindaron una decisión favorable. De tal respuesta consulta si en el cielo tienen interés en que perdure el derecho romano. La respuesta es afirmativa.

Después de anunciar su ingreso, es consultado si quiere examinarse inmediatamente o si prefiere dar un vistazo a su cielo. Como prefiere lo segundo, le facilitan un espíritu que le acompañe y explique aquello que como profesor de derecho romano había cultivado en su vida. En su recorrido, encuentra el aparato de construcciones dedicado a las ficciones, que en ese momento se encuentra ocupado en el diseño del contrato, en la estructura de las obligaciones. A la vez, constata la existencia de un

muro, en el que se encuentra la prensa dialéctico-hidráulica para las interpretaciones, ya que es ella la que permite que se logre sacar a cada pasaje de cuanto se necesita, incluyendo un aparato eliminador de lo que en ello puede resultar incómodo. A su lado se localiza otro aparato, que es un taladro dialéctico, para alcanzar el fondo de las cuestiones difíciles. En el cierre de dicho lugar se encuentra el muro del vértigo, y, al pasar por éste, se dirigen a la Academia histórico-jurídica, que se divide en dos secciones, en la cual cada una posee sus propios objetivos; una se ocupa de los textos y otra de las fórmulas. Al final del recorrido, el interesado es llevado al lugar más elevado y mejor, en el que se encuentra el salón de los conceptos, a cuyo lado se encuentra el *Cerebrarium*, que funciona como laboratorio espiritual, en el que se trata la sustancia cerebral para los teóricos. A continuación es dirigido al gabinete de anatomía patológica, en el que puede constatar las deformaciones graves y deplorables que en la Tierra han sufrido los conceptos.

Una vez que se ha paseado por los ámbitos que se describen, se le advierte al recién llegado que sólo falta anunciar su examen, el cual es rechazado por el interesado, para evitar el peligro de sufrir un descalabro, manifestando su interés para ir a otro cielo, ya que en esa alternativa los juristas poseen otras dos oportunidades: la de los filósofos del derecho en el que reina la razón y la de los prácticos. Cuando el interesado rechaza la primera opción y decide dirigirse al cielo de los prácticos, escucha su voz que le hace darse cuenta de que vivía la fantasía de un sueño, cuando el cartero llamaba a la puerta de su hogar. ¡De hecho, había despertado! En ese instante, Ihering manifiesta su temor de volver a vivir un segundo sueño, ya que temía que pudiera haberlo llevado a los infiernos.¹⁵⁷

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 249-316.