

**EL PENSAMIENTO DE RUDOLF VON JHERING Y OTTO
VON GIERKE BAJO LA PERSPECTIVA DE DOS ESTUDIOS
DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN**

***THE THOUGHT OF RUDOLF VON JHERING AND OTTO VON
GIERKE UNDER THE PERSPECTIVE OF TWO STUDIES
BY FELIPE GONZÁLEZ VICÉN***

MARCOS ARJONA HERRAIZ
Doctor en Filosofía del Derecho

RESUMEN

Este breve ensayo pretende presentar, incluso rescatar, dos magníficos estudios del filósofo del Derecho español Felipe González Vicén sobre el concepto y método del Derecho en el pensamiento jurídico de Rudolf von Jhering y Otto von Gierke, dos de los más egregios juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX. A lo largo de esta exposición, por tanto, se irá perfilando someramente el pensamiento de dichos juristas, siguiendo para ello, fundamentalmente, ambos estudios de González Vicén. El objeto principal del presente trabajo es mostrar la influencia que estos dos juristas han tenido en el pensamiento jurídico de González Vicén, sobre todo, en el desarrollo de sus ideas acerca del concepto y método del Derecho, así como en las relaciones entre este y el orden autónomo de la ética.

Palabras clave: Jhering, Gierke, González Vicén, jurisprudencia de intereses, obediencia al Derecho.

ABSTRACT

This brief essay aims to present, and even rescue, two magnificent studies by the Spanish legal philosopher Felipe González Vicén on the concept and method of Law in the legal thought of Rudolf von Jhering and Otto von Gierke, two of the

most eminent German jurists of the second half of the 19th century. Throughout this exposition, therefore, the thought of these jurists will be briefly outlined, primarily following González Vicén's studies. The main objective of this work is to show the influence that these two jurists have had on González Vicén's legal thinking, particularly in the development of his ideas about the concept and method of Law, as well as in the relationships between Law and the autonomous realm of ethics.

Key words: Jhering, Gierke, González Vicén, Jurisprudence of Interests, obedience to Law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. RUDOLF VON JHERING: DERECHO COMO LUCHA DE INTERESES. III. OTTO VON GIERKE: PLURALISMO JURÍDICO Y PREVALENCIA DE LAS OBLIGACIONES ÉTICAS. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como todos los pensadores más notables, y dado que los mejores frutos de la filosofía y la ciencia no pueden considerarse netamente como el resultado de ocupaciones aisladas de individuos, sino de la suma de muchos esfuerzos a lo largo del tiempo, Rudolf von Jhering y Otto von Gierke podrían ser comprendidos como dos grandes síntesis del pensamiento jurídico contemporáneo. El eminente filósofo del Derecho español Felipe González Vicén así parece querer destacarlo a través de dos de sus estudios más celebrados. El primero, publicado en 1971, lleva por título «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke»; el segundo, «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», salió a la luz en 1987. En este sentido, la tesis o conclusión más relevante que cabría señalar podría enunciarse así con sus propias palabras:

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, coincidente¹.

¹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, p. 259.

González Vicén advierte que, tanto la sociología jurídica como el objetivismo jurídico francés, 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 de todo el pensamiento jurídico que vino después tienen, de una manera o de otra, su origen último en Jhering y Gierke. Es decir, ambos autores cierran el siglo XIX y abren el camino de los conceptos y de las metodologías del siglo XX, desde las cuales, aunque no sucede así en todos los casos, se empieza a comprender el Derecho como fenómeno social e histórico². Dicho en términos mucho más concretos, Jhering y Gierke son el primer intento serio del positivismo jurídico de corregir su trayectoria formalista dando un «salto sobre su propia sombra»³.

Bajo estos presupuestos, presentamos, a continuación, algunas de las reflexiones más relevantes de González Vicén sobre ambos juristas. Empezando por Jhering, destacaremos los conceptos esenciales de su segunda etapa tras hacer una breve presentación de la primera, lo que nos ayudará a entender la influencia que ha tenido en González Vicén. El epígrafe siguiente pretende lo mismo con Gierke y su obra. Menos conocido en el ámbito hispánico que su compatriota, es de destacar la influencia en González Vicén, todavía mayor si cabe que el primero (especialmente en las relaciones entre ética y Derecho). En cualquier caso, el objeto de este trabajo no es realizar un análisis concienzudo y actualizado sobre Jhering y Gierke, sino presentar la influencia que estos han ejercido sobre González Vicén.

II. RUDOLF VON JHERING: DERECHO COMO LUCHA DE INTERESES

Comienza González Vicén considerando que tal vez el gran valor de Jhering consista en haber pensado dentro de las dos grandes corrientes de la filosofía del Derecho alemana de su tiempo, a saber, desde el conceptualismo o jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) primeramente y, después y en plena oposición a lo anterior, desde el estudio del Derecho como realidad social dentro de lo que se vino en llamar jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*). Entre medio, una fase de transición en la que asume, en ocasiones con amarga ironía, la ceguera de su primera etapa⁴. En este sentido, van apareciendo entre 1860 y 1866 sus *Cartas*

² *Ibidem*, pp. 259-260

³ Expresión alemana, «*Über den eigenen Schatten springen*», muy del gusto de González Vicén. La empleaba a modo de crítica de ese primer positivismo formalista —todavía hoy subsistente en la teoría y en la práctica jurídicas—, que en lo metodológico no dejaba de ser sino una continuación más o menos remozada del logicismo iusnaturalista. Ese positivismo debía dar un salto sobre su propia sombra para deshacerse del formalismo y comenzar a tomar en serio al Derecho positivo como lo que es, una realidad social que tiene lugar, como cualquier otra, en su contexto histórico.

⁴ Para conocer una categorización más exhaustiva de las diferentes fases del pensamiento y obra de Jhering es muy recomendable el libro de Luis Manuel Lloredo Alix. Cfr. LLOREDO ALIX, L.

*confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*⁵, que se reunirán en 1884 junto a otros trabajos en su conocido libro *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traducido al castellano como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*⁶, paradigma de la mordacidad y causticidad de sus críticas a la jurisprudencia conceptual en la que había militado. No obstante, la virulencia de esta obra se debe también al carácter literario de su autor y puede extenderse a una parte nada desdeñable de su producción. Así, en su etapa conceptualista encarna la versión más extrema del formalismo jurídico, la reducción a conceptos de las proposiciones y relaciones jurídicas, su enlazamiento formal y su constitución en sistema, y, en su segunda etapa, personifica, al contrario, la mayor de las tenacidades en su defensa de la perspectiva socio-histórica del Derecho mientras va pergeñando una crítica aniquiladora del conceptualismo formalista. González Vicén —quien no tiene reparos en manifestar su desagrado ante actitudes intelectuales poco medidas y emotivas—, considera que, si bien la actitud de Jhering peca casi siempre de excesiva vehemencia, no existe mejor filósofo del Derecho para comprender la cisura intelectual dada en la ciencia jurídica alemana de su tiempo. Dicho de otro modo: para González Vicén, pese al exceso de emotividad de los argumentos de Jhering, que en ocasiones redundan en detrimento de su consistencia, la obra de Jhering resulta la más representativa para comprender la transformación de la ciencia jurídica europea desde que comienzan a apagarse los ecos de la Escuela histórica y van finalizando las últimas grandes construcciones de los representantes del Derecho natural⁷.

Comenzando por la etapa que cabría etiquetar de conceptualista, explicita González Vicén, Jhering se encuentra bajo el influjo de Savigny y de la Escuela histórica, sobre todo de Puchta. Se trata del Jhering formalista⁸, en las antípodas de su pensamiento posterior. Puchta y Savigny, nos recuerda González Vicén, concebían el Derecho como un sistema. El principal cometido de la ciencia del Derecho resultaba, para ellos, conocer las proposiciones jurídicas condicionadas

M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012. En el presente trabajo tendremos solamente en consideración los dos grandes momentos intelectuales del eminente jurista alemán, además de una etapa intermedia de tránsito, tal y como dice González Vicén, de una etapa a la otra.

⁵ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», *Anuario de filosofía del Derecho*, n°4, 1987, p. 232.

⁶ En el Prefacio de *Bromas y veras en la ciencia jurídica* indica Jhering que estas *Cartas* fueron publicadas en concreto en la *Preussische* (más tarde *Deutsche*) *Gerichtszeitung*. La publicación por entonces fue anónima. Cfr. JHERING, R. von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Traducción de Tomás A. Banzhaf, Madrid, Civitas, 1987, p. 35. Existe en castellano una traducción incompleta anterior a esta que citamos aquí a cargo de Román Ríaza bajo el título de *Jurisprudencia en broma y en serio*.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 223.

⁸ Si bien es cierto que el método de la jurisprudencia de conceptos tenía, además de la faceta deductiva, una faceta inductiva que la diferencia de racionalismos precedentes, González Vicén pone el acento de sus críticas en el aspecto deductivo de los diversos formalismos que se han ido sucediendo, llegando a considerar al formalismo jurídico en su conjunto como un «criptoiusnaturalismo» metodológico.

las unas por las otras, deduciendo las unas de las otras. De este modo el Derecho se puede conocer sistemáticamente. En este marco se mueve la *Begriffsjurisprudenz* y será Jhering durante la primera mitad de su vida el más vigoroso de sus exponentes. Dirige en esta época todos sus esfuerzos hacia la fundamentación de una ciencia jurídica estrictamente lógica. Lo que aporta originalidad a sus trabajos de entonces es su propio estilo y el empleo de una metodología que denominará «histórico-natural», llenando sus obras de terminología extraída de las ciencias naturales, especialmente de la química y de la biología⁹.

Respecto a las ideas fundamentales de esta primera etapa, González Vicén considera que se pueden resumir en dos, a saber, que la ciencia del Derecho no es un conocimiento de contenidos materiales, sino de conceptos formales extraídos de los ordenamientos jurídicos concretos y que la estructura del Derecho se revela sistemática *per se*, lo que la hace susceptible de ser conocida y expuesta. A partir de aquí, según González Vicén, Jhering divide la ciencia del Derecho en dos niveles: una «jurisprudencia inferior» o fase preliminar cuya labor esencial es interpretativa, captando el sentido de las normas y eliminando sus aparentes contradicciones y vaguedades para extraer el contenido de la voluntad legisladora y una «jurisprudencia superior», que tiene por objeto los institutos y conceptos jurídicos. A su vez, los conceptos jurídicos, que tienen un claro referente fáctico —por resultar relaciones vitales que se convierten a través de la norma en relaciones jurídicas—, son proposiciones jurídicas interrelacionadas que van conformando los institutos jurídicos. Es a través del instituto y del concepto jurídico que las proposiciones jurídicas van encontrando su lugar en el sistema. Considera González Vicén que esta idea de sistema es la noción central para el Jhering de la *Begriffsjurisprudenz*, pues brinda una visión de conjunto, unitaria, de una masa de proposiciones jurídicas con fines y orígenes distintos. En sus interacciones lógicas, los conceptos jurídicos pueden desembocar en la formulación de otros nuevos, por lo que la ciencia del Derecho no será solo receptiva, sino también productiva. Así, la «jurisprudencia superior» tiene una doble tarea, la de indagar los conceptos dados con sus propiedades y estructura, y, de otro lado, una función propiamente creadora, que acaba reduciendo lo jurídico a un mundo conceptual¹⁰.

Como indica González Vicén, este conceptualismo de raigambre pandectista recibe con el tiempo muchas críticas, la mayoría dirigidas contra esta misma cuestión, o sea, que la manera lógico-sistemática de comprender el Derecho lleva al error de soslayar la misma vida social en la que este surge y se desarrolla, pues, al estar más pendiente de la relación entre los conceptos, pierde el sentido concreto del concepto mismo, de su objeto, de tal manera que no capta el material jurídico,

⁹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 224-225. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela Histórica del Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas)*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, pp. 145-146.

¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 225-229.

sino que se limita a poner de relieve la conexión entre reglas jurídicas. Así, considera González Vicén que, dándose cuenta del error inherente al propio sistema, Jhering comienza a dar un giro radical en su pensamiento que se hace mucho más patente a partir de sus obras de la década de 1870. Desde entonces, para él, el Derecho será, sobre todo, fruto de las necesidades sociales. En esta segunda etapa, señala González Vicén, recibe el pensamiento de Jhering la influencia muy notable de dos fuentes diferentes, a saber, la obra de Montesquieu que, aunque ya fuera fuente de inspiración para Jhering anteriormente, va a ser ahora fundamental y la ética de los economistas y utilitaristas ingleses¹¹.

No obstante, advierte González Vicén, este cambio sustantivo no es repentino. Ya en *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, en castellano *El Espíritu del Derecho romano en las diferentes fases de su desarrollo*¹², se pueden entresacar, junto a afirmaciones propias del conceptualismo, otras de signo opuesto. Jhering va viendo con creciente claridad que no toda realidad jurídica, y menos aún la social, puede ser reducible a sistema. También, como decíamos, las *Cartas* de 1861 recogidas en *Bromas y veras en la jurisprudencia* sirven de puente o bisagra entre ambos momentos de su vida y obra. Las críticas de Jhering, manifiesta González Vicén, recaerán sobre todo sobre el intento del conceptualismo de hacer de la jurisprudencia una ciencia encerrada en sí misma, o una arquitectura lógica plagada de falacias por no buscar correspondencia con la realidad. Para este conceptualismo, los conceptos jurídicos son autónomos e intemporales, ahora bien, para el «segundo» Jhering, los conceptos jurídicos son empíricos e inducidos de un material concreto, es decir, la vida no se da por razón del concepto, sino que lo que sucede es más bien al revés. El culto a la lógica es por tanto el gran error. Incluso es un gran error encasillar a los venerados juristas romanos como meros lógicos. Lo que distinguía a los grandes profesionales del Derecho de la antigua Roma no era su dominio de la lógica, sino una visión clara de las necesidades de la vida, una adecuada elección de medios, esto es, los romanos seguían el itinerario de la consecuencia lógica hasta que las necesidades vitales la frenaban, de tal manera que, el empleo de la lógica nunca les hacía perder de vista la vida. En definitiva, como bien pone de manifiesto González Vicén en este análisis suyo que estamos siguiendo, los dardos de Jhering se dirigen contra un conjunto más amplio de juristas, esto es, contra el formalismo jurídico. En efecto, para González Vicén, además, va a ser la obra de Jhering de 1872 *Der Kampf ums Recht*, traducida como *La Lucha por el Derecho*, fundamental en esta crítica certera. Sobre todo, cuando afirma Jhering que la Escuela histórica, como romántica que es, descansa en una falsa idealización, a saber, la creencia de que el Derecho ha nacido sin dolor, sin acción, como germina una planta en el campo de forma espontánea. Jhering, en total oposición

¹¹ *Ibidem*, pp. 229-230.

¹² Cfr. IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 2011.

a esta cosmovisión jurídica, elabora un concepto del Derecho activo, intencional y vitalista, de manera que, en la formación del Derecho, interviene la intención, la conciencia, el cálculo y la reflexión¹³.

Si esta etapa viene marcada en gran medida por un pensamiento negativo o de oposición contra el particular concepto de historia de la Escuela histórica, contra su noción de Derecho, contra su idea de la jurisprudencia romana, contra el logicismo-formalismo, contra el conceptualismo, contra el carácter abstracto e intemporal de sus conceptos, etc., que a la sazón conformaban los lugares comunes de la ciencia del Derecho, la obra culmen de Jhering en este momento de su vida va a procurar ser realmente original. Se trata de *Der Zweck im Recht*, esto es, *El fin en el Derecho*; publicada en 1877. Para González Vicén marca este trabajo un hito en la historia del pensamiento jurídico. Esta obra, pese a su estructura caótica y plagada de digresiones, tiene una enorme relevancia en tanto que pretende quebrar de una vez por todas la autonomía histórica del Derecho que Savigny y su escuela habían perfilado. Si con la Escuela histórica el Derecho ya no es creación humana desde una pauta intemporal, desde esta obra de Jhering tampoco será revelación del mundo de la historia. Se reconvertirá en obra humana, pero ya no desde criterios trascendentes, sino como respuesta a las necesidades y requerimientos de las sociedades. González Vicén, al relatar este giro en el pensamiento de Jhering, al referirse a la crítica al logicismo formalista y la apertura a un concepto del Derecho más en clave sociohistórica, está hablando de su propio pensamiento. También al explicitar la idea de que el Derecho es obra consciente, norma humana para las relaciones humanas, pero que ni la razón especulativa ni la historia (como la entienden los románticos) son fuentes materiales del Derecho, ahí también se encuentra su idea del Derecho. Este cambio metodológico y conceptual era precisamente el mayor interés de González Vicén, no sólo al reflexionar con Jhering, sino en toda su obra, pues veía en la realidad jurídica de su presente la continuidad perniciosa del formalismo. Entonces, volviendo a Jhering, nos podemos preguntar, a la hora de elaborar un concepto del Derecho, ¿solamente habrá que atender a sus fuentes formales? ¿solamente atenderemos a relaciones de poder o de fuerza en la base del Derecho? Ya en el prólogo de esta obra, indica González Vicén, responde Jhering a estas cuestiones y revela su propósito al afirmar que la fuente de todo Derecho es el fin, que no hay una sola proposición jurídica que no atienda a un fin o motivo práctico¹⁴.

Si todo en la naturaleza está regido por fines, llamará Jhering a la causalidad física, «ley de la causalidad» y a la ley psicológica de la voluntad humana, «ley del fin»¹⁵. Pero la referencia absoluta a un egoísmo en el obrar, dentro de la ley de finalidad, conduce al problema de cómo puede subsistir el mundo sobre la base del

¹³ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 230-236.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 236-239.

¹⁵ Cfr. IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, Traducción de Diego Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000, pp. 3-4.

egoísmo. La respuesta le conduce, según señala González Vicén, hacia la existencia misma de la sociedad. La convivencia pacífica y ordenada de personas diferentes entre sí, con modos de vida distintos e incluso encontrados. Jhering, advierte González Vicén, compara la sociedad con una máquina que mueve vertiginosamente cuchillas, ruedas y rodillos, que parecen independientes e incluso en posiciones antagónicas; del mismo modo, la sociedad aparece armónica, pero es resultado de una lucha de intereses. ¿Cómo es posible? Acude Jhering al esquema moral de Bentham y al utilitarismo inglés, es decir, a dos señores soberanos o dos palancas que se accionan en el obrar humano: el placer y el dolor. Jhering transforma este par psicológico en otro de tipo social, el provecho y la fuerza. Los seres humanos actúan movidos por el principio de conservación, y en sus relaciones no imponen a los demás sus propios fines, sino que movilizan el egoísmo de los demás al servicio del egoísmo propio. El interés propio y el ajeno se entrelazan¹⁶. Con su dicotomía entre placer y dolor Bentham (y antes que él, otros pensadores ingleses) había tratado de mostrar un criterio absoluto para el obrar ético del individuo. De un modo similar, con la idea de provecho quiere Jhering aludir al aspecto que hace posible la convivencia pacífica, es decir, que hace posible la sociedad en su sentido más estricto. Acuciados por la satisfacción de sus necesidades, los seres humanos se reúnen con sus semejantes en sociedades¹⁷. Ya lo decía Adam Smith:

Entre los hombres, los genios y los talentos más desemejantes son de alguna utilidad recíproca: las producciones diferentes de sus talentos respectivos vienen como a reunirse, por medio de la disposición permutativa, en un fondo común de donde cada uno puede sacar aquella porción que le haga falta de la producción ajena¹⁸.

Así, con este concepto de provecho, extraído de los economistas ingleses, opina Jhering que es como el propio interés puede hacer posible la convivencia pacífica. ¿Y qué hay de la fuerza? La fuerza, explicita González Vicén, se halla también, para Jhering, como determinante de la acción. Pero la fuerza ya no es compatible con la libertad individual, como sí lo es el provecho. La fuerza subyuga la voluntad, la coacciona hasta hacerle querer en el sentido deseado¹⁹. Con el examen de este concepto de fuerza y de los numerosos sinónimos que utiliza (violencia, poder, compulsión, coacción, ímpetu, dominio, amenaza, etc.), Jhering comienza un nuevo capítulo de su teoría en el que el ser humano juega, cada vez más, un papel pasivo²⁰. En efecto, en el comienzo de los tiempos el más fuerte domina y se hace obedecer y el más débil

¹⁶ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 240-242.

¹⁷ *Ibidem*, p. 242.

¹⁸ SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, vol. I, Traducción de José Alonso Ortiz, Barcelona, Orbis, 1983, p. 60.

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 242-243.

²⁰ *Ibidem*, p. 243.

es sometido. Desde entonces hay un largo camino, una pugna de intereses, y los medios por los que se lleva a cabo esa lucha de intereses no son deducciones o razones, no es una cuestión teórica, sino que son la acción y la energía de la voluntad nacional, que, espoleados por el egoísmo humano, van constituyendo, cada vez más, formas de vida en común más seguras para la consecución de sus intereses. De este modo, como en el caso del provecho, el egoísmo toma su partida. Cuando los pueblos primitivos asesinaban a los miembros del pueblo vecino, se plantearon si no sería mejor para sus intereses dejar con vida al vencido y someterlo a esclavitud. Este es, según Jhering, el inicio del proceso que va desembocando en la sustitución de la fuerza física por la norma que regula la aplicación de la fuerza. Pero como la vida humana no puede ser entregada a merced del más fuerte, el interés, portavoz del egoísmo, demanda el Derecho: una comunidad regida por normas predecibles y vinculantes. Esto es lo que tratan de conseguir todo tipo de asociaciones, desde las más rudimentarias. Este proceso culminará en el Estado y el Derecho que de él emana²¹. Escribe Jhering:

Hemos señalado así el camino por el cual la violencia, sin auxilio de ningún otro motivo que el de su propio interés, llega al Derecho. La forma en que se manifiesta aquí el Derecho es (...) la paz: la supresión de la lucha por el establecimiento de un *modus vivendi*, que ambas partes reconocen como obligatorio²².

El Derecho, además, en opinión de Jhering, puede definirse partiendo de la relación entre la norma *per se*, la coacción, y su ejercicio por el Estado:

La violencia se pone así una medida, que quiere observar, reconoce una norma a la que quiere someterse, y esta norma aprobada por ella misma es el Derecho (...). Toda paz pone en el lugar de la lucha hasta allí el poder del Derecho. El motivo que mueve al vencedor a ello, ha sido mencionado antes: el Derecho se aparta de la violencia, que codicia él mismo por causa del sosiego y renuncia a mayores ventajas que no están en ninguna proporción con los medios a emplear. Una importancia no menor la tiene el proceso también para formación del Derecho en el interior de los Estados (...). El que quiere perseguir las condiciones jurídicas de un pueblo hasta en sus últimos orígenes, llegará en incontables casos a la violencia de los más fuertes, que ha impuesto el Derecho a los más débiles²³.

En definitiva, tal y como refiere González Vicén, la titularidad exclusiva de la fuerza la tiene, según Jhering, el Estado, el cual no solo pone fin a las luchas entre el fuerte y el débil, sino que exige una regla o condición organizadora de la fuerza. El poder del Estado es un poder organizado, que se sistematiza a través de reglas inquebrantables, y que, al administrar el poder, reciben también de éste su fuerza. Estas reglas son lo que denominamos Derecho. Por lo que, como ya advertía González Vicén en la propia

²¹ *Ibidem*, pp. 243-244.

²² Cfr. IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op. cit., p. 172.

²³ *Ibidem*, pp. 172-173.

definición de Jhering, el Derecho va a tener dos elementos, a saber, ser un conjunto de normas que articulan este poder supremo (que llamamos Estado) y ser coacción, esto es, poder capaz de sancionar y validez fáctica²⁴. Por su lado, el Estado va a ser, según Jhering, la única fuente del Derecho. Y lo expresa de esta manera:

El Estado es el detentador llamado y único de la violencia de la coacción social (...). Toda asociación que quiere realizar sus derechos contra sus miembros por el camino de la coacción mecánica está a merced de su cooperación, y el Estado tiene en sus manos la posibilidad de establecer las condiciones bajo las cuales quiere ofrecer esa cooperación. Pero esto quiere decir en otras palabras: el Estado es la única fuente del Derecho²⁵.

Aquí resulta una opinión diametralmente opuesta, como veremos a continuación, con los planteamientos de Gierke. Las demás asociaciones y comunidades infraestatales, según Jhering, pueden darse reglas para su funcionamiento interno, pero no son propiamente jurídicas porque les falta la sanción que obliga coactivamente para ser cumplidas. La coacción, entonces, como señala González Vicén, es, para Jhering, distintiva del Derecho, cosa que no era así para Gierke. Todas las normas que se cumplen bajo la amenaza de la coacción estatal son, entonces, Derecho. No lo son todas las demás normas por muy habitualmente que sean observadas de hecho en la realidad²⁶. No obstante, apuntilla Jhering que la coacción es solamente un momento del concepto del Derecho. Existe otro, también esencial, que es la norma, esto es, una proposición que contiene una regla para el obrar humano. Las normas, a diferencia de las máximas, son vinculantes, imperativos que prescriben una acción o una prohibición. Ambos van acompañados, como se está diciendo, por la sanción. De este modo, Jhering matiza que la coacción en sí es un criterio inseguro del Derecho y, como apunta González Vicén, el filósofo del Derecho alemán recapacita y da un paso atrás para preguntarse si con lo dicho es suficiente para comprender el concepto del Derecho. La coacción y la norma son los momentos formales que nos advierten que la sociedad exige algo de sus miembros a través de la compulsión, pero no se indica ni el por qué ni el para qué. Solamente por su contenido, podemos saber cuál es el sentido del Derecho. Sin embargo, explicita González Vicén, para Jhering esta cuestión se convierte en un problema insoluble pues el contenido del Derecho varía de país a país y de época en época²⁷. Escribe Jhering:

Una cuestión insoluble, oigo decir, pues este contenido es eternamente variable, aquí este, allí aquel, un caos en perpetuo flujo, sin consistencia, sin regla. (...) Fe y superstición, brutalidad y cultura, espíritu de venganza y amor, crueldad y sentido de la humanidad, o como se llame todo ello, todo ha encontrado en el

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 244.

²⁵ Cfr. IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op. cit., p. 222.

²⁶ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 245.

²⁷ *Ibidem*, pp. 245-246.

Derecho fácil acogida. (...) La contradicción, el cambio eterno parece constituir por su contenido la esencia del Derecho²⁸.

Por tanto, González Vicén indica que Jhering llega a la conclusión de que el criterio de verdad tampoco sirve y acude entonces al concepto de lo adecuado. Adecuación, piensa Jhering, significa la coincidencia de la voluntad con lo que debe ser. El término adecuado (o apto) se utiliza para calificar un medio con el que se trata de alcanzar un fin, sin importar, en este sentido, conceptos como el de verdad o error. El fin del Derecho, que es el objeto en sí de la ciencia jurídica, dice Jhering, puede resumirse en pocas palabras:

¿Cuál es pues el fin del Derecho? A la pregunta: ¿qué persigue la acción del ser viviente? he respondido antes: la realización de sus condiciones de vida, y a ella me refiero ahora al definir el Derecho por su contenido como la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado²⁹.

En este punto, González Vicén manifiesta que, para Jhering, el Derecho está dirigido a la consecución de este fin, el cual, tiene que ser necesariamente distinto en su contenido de acuerdo con las circunstancias de hecho en que se trate de alcanzar aquel fin, es decir, de acuerdo con la situación histórica real del grupo social para el que se destina el Derecho. Llegamos así al punto determinante del relato de González Vicén sobre el pensamiento de Jhering, a saber, que el Derecho, que es norma y que funciona a través del poder coactivo del Estado, tiene un fin muy determinado: asegurar ciertas condiciones de vida. Pero éstas, concluye Jhering, no son objetivas. En efecto, como indica González Vicén, como apunta el jurista alemán, las condiciones de vida no pueden ser algo objetivo, pues, en este sentido, existen Estados confesionales y aconfesionales, quema de herejes y brujas y libertad religiosa, escolaridad obligatoria y escolaridad prohibida, y un sinnúmero de posibilidades más. En ninguno de esos casos podemos entender que el Derecho es más adecuado, sino que es el más adecuado para el tiempo que se dio. Por lo que, con esta noción relativista y técnica del Derecho, es decir, que el Derecho sólo puede medirse de acuerdo con el fin que está llamado a cumplir, convierte Jhering el Derecho, según González Vicén, en un auténtico fenómeno social, abriendo así de lleno las puertas a la reflexión jurídica contemporánea³⁰. Esta concepción del Derecho como fenómeno sociohistórico al que finalmente llega Jhering es primordial para nosotros en este estudio, pues, todo el relato viceniano acerca del pensamiento del genial jurista alemán es conducido magistralmente por González Vicén hacia sus mismos principios filosófico-jurídicos, a saber, su perspectiva sociojurídica y su personal historicismo jurídico, que nada tiene que ver con la Escuela histórica, sino,

²⁸ IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op. cit., p. 299.

²⁹ *Ibidem*, p. 304

³⁰ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 246.

más bien, como decíamos a colación de Jhering, con esa toma en consideración de las situaciones históricas concretas de los grupos sociales concretos a quienes el Derecho va dirigido. En este sentido, la perspectiva sociohistórica del Derecho de González Vicén queda apuntalada con este relato sobre el pensamiento de Jhering.

Jhering, comenta González Vicén, resulta así el altavoz de la mentalidad de una nueva sociedad. El Derecho, indica González Vicén, no puede ser el Derecho natural racionalista, un Derecho fundado en la razón que, como tal, podría militar en dos bandos en pugna estableciendo exigencias contradictorias. Tampoco el Derecho «histórico» como lo concibe la Escuela histórica: la dogmática de la jurisprudencia conceptual, que tan duramente critica el «segundo Jhering», nace precisamente de la escuela de Savigny y Puchta. La razón principal es que estos consideraban un Derecho fuera de su realidad social, un Derecho «en sí» que consistía en un conjunto lógico concluso (lo que paradójicamente resta historicidad al Derecho). Contra esta noción abstracta de Derecho, indica González Vicén, construye Jhering su teleología jurídica, la cual está incardinada de una manera más realista desde el punto de vista histórico-social que la jurisprudencia de conceptos o el Derecho Natural. Jhering, advierte González Vicén, se dirige a nosotros, en una sociedad en ebullición en la que reina la lucha de los intereses individuales y en la que una clase social pretende tomar el poder e institucionalizar sus propios intereses³¹.

El Derecho para Jhering, apunta González Vicén con mucha intención, ya no es una estructura abstracta por encima de la sociedad, sino instrumento en la lucha de los intereses y el medio decisivo para, desde un determinado punto de vista, organizar la convivencia. Un punto de vista que tiene lugar como resultado de la lucha de intereses encontrados, de la conquista, en definitiva, del poder mismo³². Este punto de vista, acentuado por los análisis vicenianos de la obra de Marx, tienen mucho que ver con la concepción complementaria que tenía González Vicén del Derecho como realidad sociohistórica, a saber, la perspectiva conflictualista del Derecho. No obstante, reflexionar en esa dirección ahora excedería los límites que nos hemos marcado para el presente estudio. Pasamos a continuación a analizar el estudio de González Vicén dedicado a Gierke y los extremos que incorpora de este a su propio pensamiento.

III. ACERCA DE OTTO VON GIERKE: PLURALISMO JURÍDICO Y PREVALENCIA DE LAS OBLIGACIONES ÉTICAS

González Vicén, que no ocultaba su preferencia por el estilo sobrio de Otto von Gierke, frente al tono excesivo de Jhering, había publicado bastante tiempo antes, en 1971, una profusa semblanza del gran jurista alemán que llevó por

³¹ *Ibidem*, pp. 247-248.

³² *Ibidem*, p. 248.

título, como ya habíamos explicitado, «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke».

En dicho trabajo destacaba González Vicén de Gierke dos direcciones o núcleos de ideas que, a su juicio, más han influido en la teoría jurídica contemporánea, a saber, concebir el Derecho como fenómeno social y su concepto de Estado como una asociación entre asociaciones. Estas dos direcciones es lo que, principalmente, vamos a analizar a continuación considerando sus correlaciones funcionales, pues una dirección implica a la otra y viceversa. Las ideas que referimos a continuación sobre el pensamiento jurídico y ético de Gierke provienen principalmente del texto monográfico antedicho de González Vicén. Comenzaremos con la concepción histórica del Derecho de Gierke, que, al igual que sucedía con Jhering, apuntala el concepto histórico del Derecho de González Vicén, y la importantísima noción gierkeana de *Genossenschaft*³³. Después, nos centraremos en la idea de que el Estado es una asociación entre asociaciones, de cuyas consecuencias extraerá Gierke las notas principales que le sirven para definir el Derecho y para acuñar otros conceptos fundamentales como Derecho social o convicción. De este modo, aterrizaremos en el problema del método, analizando las ideas de racionalidad del Derecho y el criterio justificativo de la justicia, de donde Gierke acaba infiriendo que el único mandato incondicionado es el que proviene de la conciencia ética (lo cual es determinante para la filosofía del Derecho de González Vicén). Por último, tras una somera recapitulación de ideas, terminaremos de analizar todo lo correspondiente al concepto y método del Derecho en Gierke a colación de su enfrentamiento intelectual con el formalista jurídico Paul Laband, quien, a la sazón, se convirtió en el principal jurista del *Reich* bismarckiano y cuya teoría logicista manifiesta la continuidad histórica del absolutismo al idear un Estado constitucional en apariencia y autoritario en la práctica³⁴.

El punto de partida del pensamiento de Gierke es, nos explica González Vicén, su concepto histórico del Derecho: el Derecho es Derecho positivo, es una realidad histórica y el desconocimiento de este carácter del Derecho es el mayor error del iusnaturalismo. Esta doctrina, piensa Gierke, proyecta de manera absoluta lo que en realidad es la cultura jurídica de una época, siendo que el Derecho es, más bien, expresión de la vida de las comunidades humanas y se encuentra directamente conectado con la totalidad de la cultura de cada comunidad, al igual que la economía, la religión, la ética y la ciencia³⁵. Escribe González Vicén:

³³ Este es un concepto difícil de traducir al castellano. Implica una asociación o comunidad de *Genossen*, esto es, de compañeros o camaradas, con un objeto común, por lo que también podría significar cooperativa o corporación. Por extensión, y en lo jurídico, que es lo que nos ocupa, *Genossenschaft* resulta una comunidad autoorganizativa, la cual, con independencia del Estado, se da a sí misma un conjunto de normas jurídicas.

³⁴ Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar», GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, Traducción de Piedad García-Escudero y estudio introductorio de Benigno Pendás, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995, pp. LIV-LV.

³⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 260-265.

Para Gierke la positividad consiste en este carácter concreto del Derecho, en su relación esencial con una comunidad histórica y sus formas de vida. 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 sistema normativo, en el cual el contenido que recibe de la vida histórica de una colectividad es un momento esencial de su concepto³⁶.

Esta relación entre la historicidad y la positividad del Derecho Gierke la pone de manifiesto no sólo a nivel ontológico, sino también a nivel epistemológico, pues la ciencia del Derecho solamente puede tener como objeto de conocimiento a este mismo Derecho dado en la historia. En palabras de Gierke:

A la ciencia pura únicamente es asequible lo que es; no lo que debe ser. De modo que la ciencia del Derecho, como tal ciencia pura, ha de ocuparse solamente de la realidad histórica que llamamos Derecho³⁷.

El concepto de comunidad o asociación (*Genossenschaft*), tal como indica González Vicén, es la clave del planteamiento de Gierke y al análisis de su Derecho y de su desarrollo histórico se va a referir su obra más exigente, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*³⁸. Se trata, explicita González Vicén, de una denominación genérica que abarca toda asociación humana delimitada por un fin histórico, político, religioso, económico o simplemente sociocultural en el más amplio sentido de la palabra³⁹. Lo que la va a caracterizar son dos elementos, a saber, ser una asociación de personas y perseguir con determinación un fin común. Al pensar Gierke la comunidad como asociación traza una nueva teoría social y un nuevo concepto del Derecho. Comenta González Vicén, en este sentido, que una de las ideas más notorias de Gierke fue el haber considerado como grave error concebir al Estado como única forma posible de asociación y a los individuos un conjunto de existencias particulares desorganizadas. Así, la de Gierke es una concepción de la asociación

³⁶ *Ibidem*, pp. 265-266.

³⁷ GIERKE, O., *La función social del Derecho privado*, Traducción de José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad editorial española, 1904, p. 13.

³⁸ En castellano contamos solamente con la traducción de una parte de la obra que proviene, a su vez, de la traducción al inglés de F. W. Maitland, *Political Theories of the Middle Age*. Cfr. GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, op. cit. La obra completa en alemán está compuesta de cuatro volúmenes publicados entre 1868 y 1913. Cfr. GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, Weidmann, 1868-1913. Los cuatro tomos se titulan respectivamente: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriff*, *Die Staats und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland* y *Die Staats und Korporationslehre der Neuzeit. Durchgeführt bis zu Mitte des siebzehnten, für das Naturrecht bis zum Beginn des neunzehnten Jahrhunderts*. Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar, en GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, op. cit., p. XVI.

³⁹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 266.

opuesta a la idea y realidad del Estado absoluto en que el ser humano, el individuo, no es otra cosa que su correlato. No hay ningún eslabón intermedio para el absolutismo entre Estado e individuo. La concepción de Gierke es antiautoritaria y está dirigida contra la visión absolutista que el Estado tiene de sí, la idea de concebirse como asociación exclusiva. Pues bien, contra tal visión, Gierke propone una teoría social de las asociaciones para la que, en primer lugar, la idea de que el Estado pueda disponer de ellas monopolísticamente contradice tanto la naturaleza humana como los datos de la experiencia social. Paradójicamente, indica González Vicén, esta concepción exclusivista del Estado pasa a la teoría social de la época de Gierke desde el Derecho natural, doctrina con la que Gierke, como hemos dicho, fue muy crítico. Y será crítico a pesar de evidenciar, tal y como estamos diciendo, que pensar a la persona solamente como individuo o como miembro de una única asociación posible supone invalidar impulsos básicos de su propia naturaleza⁴⁰.

Para Gierke, tal y como relata González Vicén, la historia de los pueblos se desarrolla en comunidad, o, más bien, en comunidades, para las cuales el proceso de complejidad inherente al desarrollo social, político y económico genera unas problemáticas que estas mismas no pueden asumir. En la prehistoria las comunidades naturales basadas en hechos físicos como la familia, la stirpe o el pueblo se bastan para dar satisfacción a todos los cometidos de la vida colectiva y realizan la comunidad del lenguaje, de las costumbres, de la religión, de las necesidades económicas, de la organización jurídica y de la vida política. Con el transcurso de los siglos estos cometidos son cada vez más complejos y junto a las comunidades naturales surgen otras asociaciones que ya no son derivados de la tradición, sino creadas reflexivamente por los hombres para la satisfacción de fines concretos. Esto será 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 sujeto⁴¹. Las comunidades que van surgiendo se integran en otras asociaciones superiores o no, son de tipo económico o no lo son, efímeras o permanentes, etc. Lo que surge es un inmenso tejido en forma de mosaico en el cual, en cada momento histórico, se va objetivando la persona individual. Es este mundo de comunidades en constante devenir el que constituye la auténtica vida social, y no un agregado abstracto de individuos, ni tampoco un Estado comprendido como única asociación que delimita una suma desorganizada de personas. De lo anterior es fácil entender que Gierke también va a ser crítico con el extremo opuesto, con la tradición del Derecho romano que no considera más realidad individual que el ser humano. Esta doctrina es seguida por Savigny y los tratados de pandectas. Para Savigny, los individuos asociados para el logro de unos fines concretos no conforman una nueva individualidad, sino un «agregado de individuos»⁴², al cual, el Derecho, valiéndose de una ficción, le otorga

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 266-267.

⁴¹ *Ibidem*, p. 268.

⁴² SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, vol. I, Versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora editores, 1878, p. 32.

cierta atención. La postura de Gierke, indica González Vicén, no podría ser más opuesta. Las *Genossenschaften* no son para él meros agregados, sino que constituyen una unidad real, en cuerpo y alma, podríamos decir; hasta el punto de que el acto que origina una asociación no es para Gierke un contrato, sino un acto creador total. Escribe González Vicén a este respecto que, para Gierke:

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 corresponde un sustrato real⁴³.

Ya su maestro Georg Beseler, autor de *Volksrecht und Juristenrecht*, conocido por oponerse a Savigny y a la pandectística del Derecho romano⁴⁴, había insistido en el carácter orgánico y personal de las asociaciones, las cuales no se deben contraponer al ser humano como individuo, ya que ellas mismas son individuos. De este modo, indica González Vicén, Gierke insistirá en que es un error creer que el Derecho crea las asociaciones ficcionalmente, pues el Derecho no es el que crea un sujeto de Derecho, sino una proposición jurídica que muestra la existencia de este⁴⁵.

Una vez que Gierke asienta, como característica esencial de la vida social, la existencia de una multiplicidad de asociaciones, el Estado se nos revela como una asociación más; llegando así a una de las direcciones fundamentales del pensamiento gierkeano anunciadas por González Vicén. El Estado, como asociación, posee una estructura similar a las otras, pues, si bien en su caso es cierto que engloba el total de la sociedad, no es genéricamente diferente de las demás. Para Gierke, fue el pensamiento político en la Edad Moderna el que oscureció el concepto de Estado como asociación entre asociaciones, para entenderlo como una institución que se encuentra por encima y fuera de la sociedad. Volver a comprender el Estado como asociación puede significar pensar la comunidad política como entidad real. No obstante, Gierke manifiesta que existen rasgos que son solamente propios del Estado. El Estado no deja de ser una asociación «superior» a las demás, en el sentido de que es la más extensa y que abarca a todas las personas y a todas las asociaciones. Además, posee fines diferentes, sobre todo si entendemos que el Estado es la comunidad del obrar político. Por último, es también «superior» por ser una asociación soberana, entendiendo así que, como Estado soberano es la única asociación que no está sometida a ninguna otra, ni a ningún otro Estado. En conclusión, apunta González Vicén, para Gierke las asociaciones ligán sus poderes a sus fines concretos, pero el Estado extiende su poder a todos los fines posibles de la convivencia

⁴³ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 270-271.

⁴⁴ Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar», op. cit., pp. XIV-XVI.

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 268-271.

humana. Por razón de esta extensión de su poder, el Estado ocupa una posición especial y superior⁴⁶.

Concebido así el Estado como asociación entre asociaciones, pero, a su vez, como asociación preeminente, el concepto del Derecho de Gierke, manifiesta González Vicén, va a partir de estas conclusiones como presupuestos de base. Define así el Derecho como manifestación de la vida de las comunidades y de su mundo de relaciones y sólo desde esta realidad puede ser entendido como regulación efectiva y concreta de la convivencia humana⁴⁷; es decir, el Derecho tiene su origen en las familias, las estirpes, los grupos regionales, las Iglesias, los municipios, las corporaciones, etc. Gierke repite en su concepción del Derecho lo que había hecho en su teoría social y del Estado, esto es, un desplazamiento del punto de vista tradicional que viene a significar que el ser humano es miembro de una multiplicidad de asociaciones que expresan cada una su propia personalidad, y, entre ellas, está también el Estado. A este pluralismo social, como podemos rápidamente darnos cuenta, le va a venir aparejado un pluralismo jurídico (que servirá de inspiración a pensadores de la talla de Harold J. Laski y Eugen Ehrlich). El Derecho para Gierke, continúa González Vicén, no es producto de una única instancia de poder (el Estado), sino que nace en el seno de cada una de las asociaciones que componen la sociedad, es decir, desde la asociación de ámbito más estrecho hasta la más amplia que es el Estado. Por lo tanto, dice González Vicén, para Gierke el Derecho que produce el Estado es emanación de la asociación o personalidad total estatal a través de sus órganos, la cual, sólo posee accidentalmente y como circunstancia histórica una coactividad superior⁴⁸. Esta conclusión, advierte González Vicén, es de vital importancia para comprender la originalidad de Gierke. Supone admitir por su parte no sólo que la coerción no es la nota principal del Derecho, sino que puede haber Derecho carente de fuerza coactiva y seguir siendo Derecho⁴⁹.

Las asociaciones crean Derecho en dos sentidos diferentes. El primer sentido, indica González Vicén, se refiere a las normas que determinan su estructura y por tanto su realidad supraindividual, o, en términos de Gierke, el Derecho social, la vida interna de las asociaciones. Conforman este Derecho social⁵⁰ algo bien diferente del Derecho privado tradicional, a saber, las normas que regulan su existencia y sus procesos de vida y también ciertas nociones como las de miembro, órgano o capacidad de acción jurídica válida, o el proceso de formación de la voluntad colectiva, o las relaciones de la asociación, y, en particular, las relaciones de sus miembros con el patrimonio colectivo, etc. Todo este sistema jurídico

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 272-278.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 279.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 280.

⁴⁹ Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar», op. cit., p. XXII.

⁵⁰ Sobre este concepto de Derecho social, cfr. GURVITCH, G., *La idea del Derecho social*, Edición, traducción y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005.

de orden superior es lo que Gierke llama Derecho social que, en definitiva, no es sino aquello que las asociaciones establecen como orden de su existencia. En segundo lugar, explicita González Vicén, como toda asociación deja a los individuos que las componen una esfera de libertad independiente de la comunidad, la regulación de otra clase de relaciones que se van a dar pie aquí, según Gierke, conformarán el Derecho individual (extremo este en el que el más célebre epígono de Gierke, el ya mencionado Eugen Ehrlich, va a diferir, comprendiendo que todo individuo obra en sociedad siempre como miembro de una asociación). En cualquier caso, esta distinción entre Derecho social y Derecho individual no coincide con la tradicional diferencia entre Derecho público y Derecho privado⁵¹.

Otro concepto clave de Gierke, manifiesta González Vicén, para comprender su percepción del Derecho es el de convicción, mediante el cual quiere decir que el Derecho es un fenómeno surgido en las colectividades humanas y se hace real en la convicción común, es decir, en la conciencia común del estar existiendo en sociedad. De este modo se distancia Gierke también de la Escuela histórica al diferir de la misma idea de pueblo, *Volk*, como fuente del Derecho (el *Volksrecht*), viéndose desplazada por la idea de convicción de la comunidad, como también desplaza la idea algo más general de que el Derecho se constituye como tal por la imposición de una voluntad superior. Gierke será muy crítico con el voluntarismo (frente a Bierling, por ejemplo, y su teoría del reconocimiento del Derecho o *Annerkennungstheorie*), que considera herencia del Derecho romano. Como González Vicén subraya, le parece a Gierke que el Derecho no puede ser él mismo voluntad, pues es una regulación y delimitación de voluntades y, claro está, una voluntad puede doblegar a otra, pero de ella no puede derivarse una limitación del querer. E insiste González Vicén: según Gierke, para que el Derecho sea norma para voluntades libres debe ser otra cosa diferente a mera voluntad. Frente al voluntarismo, entonces, la convicción expresa un juicio de la razón acerca de qué normas deberían regir las relaciones de voluntad en una comunidad. Como expresión de un juicio racional el Derecho posee existencia frente a toda voluntad y 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. Por eso, concluye González Vicén, puede decir Gierke, en definitiva, que el Derecho no es voluntad, sino razón⁵². Este modo de pensar lo enfrenta también al imperativismo, pues, para Gierke, 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. El Derecho puede expresarse y se expresa en forma de mandato o imperativo, pero, a pesar de ello, el mandato es sólo la vestidura del Derecho. Lo que se manda es Derecho

⁵¹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 282.

⁵² *Ibidem*, p. 289.

porque lo que la voluntad trata de imponer es un juicio de la conciencia jurídica sobre la determinación racional de la libertad⁵³.

Pero Gierke, indica González Vicén, va a necesitar un criterio fundante para afirmar qué es un juicio de la razón; un juicio tal que exprese que una norma sea o deba ser Derecho. Tal criterio será el de «justicia», pues, precisamente, lo justo es el juicio contenido en la convicción común de que algo debe ser Derecho. La idea del Derecho es la idea de «lo justo». Eso sí, esta idea no puede ser algo fijo y formulado de una vez por todas, sino que los seres humanos deben tratar de hacerlo efectivo en la historia a través de las comunidades. Ehrlich lo diría con estas palabras:

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 humanidad⁵⁴.

Por lo tanto, ese carácter múltiple y contradictorio en la experiencia histórica no es accidental, sino consustancial a la naturaleza de las comunidades y su conciencia jurídica. Aquí, apunta González Vicén, residirá para Gierke el error del positivismo de su tiempo, haber creído que, refutando el iusnaturalismo, se eliminaba la idea del Derecho de la ciencia jurídica, la idea de ver en el Derecho una respuesta histórica de las distintas comunidades a la cuestión de la justicia. Si eso sucede, para Gierke, el Derecho pierde toda dignidad y se convierte exclusivamente en un instrumento que se mide por su utilidad en la consecución de una serie de fines ajenos a él mismo, en la mera aseguración de unos intereses. En ese proceder de su época, este paulatino ir desapareciendo la idea de justicia como elemento esencial del Derecho, señala González Vicén, veía Gierke el comienzo de una dirección que iba a conducir a la aniquilación de la autonomía ética del Derecho. Un proceso que, en opinión de González Vicén, ya se ha completado⁵⁵ y lo describe así:

Es lo que hoy (...) 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. Es el proceso de la neutralización ética del Derecho⁵⁶.

Es fácil de ver, en esta descripción, una crítica a la situación española del momento (el tardofranquismo), que, en lo jurídico, cabría denominar con una

⁵³ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁴ Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, p. 168.

⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 290-294.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 294.

expresión del gusto de Elías Díaz, «formalista-tecnocrática»⁵⁷. Pero, volviendo a Gierke, advierte González Vicén que, en todo caso, la idea de justicia no puede tener un contenido intemporal (como pretendería el iusnaturalismo, matiza González Vicén), sino que debe tener carácter de realidad social, íntimamente relacionada al fenómeno, también social, de la convicción común. Qué es justo estará determinado por la conciencia jurídica de una comunidad, y, por tanto, vinculado al desenvolvimiento histórico de las formas de vida de esta comunidad. Por semejante determinación, además, entiende Gierke que la norma tendrá un contenido concreto, que es lo que la vincula a su realidad social. De esta manera, explícita González Vicén, contestará también Gierke al formalismo jurídico que elimina, o pretende eliminar, los caracteres esenciales del Derecho, haciendo caso omiso a su contenido, que la idea de justicia está relacionada íntimamente con el problema de la validez. Como González Vicén advierte, no van a satisfacer a Gierke ni la concepción del Derecho para obtener un fin (como los postulados que basan la obligatoriedad en la seguridad jurídica), ni la concepción del Derecho natural, que hace descansar la validez del Derecho en «otro» Derecho. Ambas poseen el rasgo común de fundamentar la obligatoriedad del Derecho desde fuera del Derecho. Éste, sin embargo, debe encontrar su fundamento en sí mismo. Y, resume González Vicén, lo encuentra Gierke en la idea de justicia y en la idea del Derecho como realidad social e histórica, pues, si todo Derecho positivo es siempre la conformación y concreción de la idea del Derecho propia de la conciencia de una comunidad histórica determinada, aquí se halla el último fundamento de la validez jurídica. Este fundamento se identifica, por eso, para Gierke con la justicia. La justicia no como una noción, variable o permanente, situada más allá de la realidad jurídica histórica, sino como elemento integrante de su realidad⁵⁸. Este planteamiento no debe confundirse con una suerte de relativismo, se trata, más bien, de un «relacionismo». El sociólogo alemán Karl Mannheim define esta diferencia de un modo claro:

El relacionar las ideas individuales con la estructura total de un determinado objeto histórico-social no debe confundirse con un relativismo filosófico que niegue la validez de toda norma (...). El relacionismo no significa que no existan criterios de verdad y de falsedad para una discusión. Pero sí insiste, sin embargo, en que es inherente a la naturaleza de ciertas afirmaciones el que no puedan ser formuladas de un modo absoluto, sino solo en los términos de la perspectiva de una situación determinada⁵⁹.

⁵⁷ El mismo Elías Díaz siempre destacó que el trabajo intelectual de González Vicén, aparentemente inocuo, que se ocupa de Kant, del positivismo jurídico, etc., contenía una más o menos velada crítica al régimen franquista. Cfr. DÍAZ, E., *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza, 1994, p. 98.

⁵⁸ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 298.

⁵⁹ MANNHEIM, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Traducción de Eloy Terrón, Madrid, Aguilar, 1966, pp. 362-363.

Por lo demás, y esta es una de las conclusiones que más peso han tenido en el mismo González Vicén, tampoco debe confundirse este compromiso de la idea de justicia con su momento histórico con una tendencia hacia la obediencia incondicionada del Derecho solamente por formar parte de una realidad dada. La validez del Derecho, advierte González Vicén con mucha intención, permanece siempre 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. Esto es así para Gierke, porque, de un lado, «ni las obligaciones éticas ni las obligaciones de la cortesía son obligaciones jurídicas»⁶⁰ y, de otro lado, las exigencias éticas incondicionadas se encuentran exclusivamente en la conciencia ética individual, pues, piensa Gierke, el Derecho es un bien elevado, pero no es el bien más elevado⁶¹. Llegamos aquí a un punto crucial de este estudio. Como sucedía con Jhering, González Vicén llega muy dialéctica y procesualmente a lo que a él mismo le interesa destacar. De estas conclusiones de Gierke en la relación entre ética y Derecho hasta la imposibilidad de las razones éticas de obediencia al Derecho sólo hay un paso. Escribía González Vicén en una de sus últimas publicaciones:

La obediencia al Derecho no está fundada en ninguna necesidad ética. El Derecho [...] no es nada que pueda ser objeto de una emoción ética, sino uno de los instrumentos forjados por el hombre para la satisfacción de sus necesidades materiales. No hay fórmula jurídica que no sea modificable o derogable si así lo demandan las necesidades materiales del momento. Pensar en un Derecho justo por naturaleza, invariable y que obligue éticamente, es dejar vagar la imaginación por rutas que no conducen a ningún sitio⁶².

Gierke no quiere que el Derecho llegue a constituirse en mero instrumento, para González Vicén ya lo es de hecho; y se trata en gran medida de un instrumento de dominio⁶³. En cualquier caso, para Gierke, en el momento en el que la obligatoriedad jurídica polemiza con las exigencias de las normas éticas, la decisión acerca de la conducta debida reside en el juicio de la conciencia individual. La desobediencia al Derecho, indica González Vicén, es para Gierke una acción moral cuando esta desobediencia se lleva a cabo como obligación de conciencia ineludible. La desobediencia se convierte, cuando el

⁶⁰ GIERKE, O., *Recht und Sittlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963, p. 5.

⁶¹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 300.

⁶² GONZÁLEZ VICÉN, F., «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema*, n° 88, 1989, p. 107.

⁶³ A mi juicio, esta insistencia —muy marxista— de González Vicén en la dimensión instrumental del Derecho orientada a ejercer el dominio de una clase sobre otra ha generado que diversos críticos hayan soslayado los principales argumentos de González Vicén acerca de la necesidad de comprender ambos órdenes normativos como realidades separadas.

Derecho colisiona con una norma tenida por obligatoria éticamente, en un verdadero deber moral⁶⁴.

Por lo demás, advierte González Vicén que la corriente de pensamiento jurídico denominada «objetivismo jurídico» va a partir precisamente de esta concepción gierkeana del Derecho como expresión de la vida de las comunidades humanas a través de la convicción común. Es la corriente opuesta a concebir el Derecho como producto de la voluntad humana. En efecto, el Derecho es más bien resultado de la «conciencia orgánica» de los seres humanos y aparece sustraído de las decisiones individuales o colectivas, por lo que no es como tal «creado», no es resultado de procesos formales, sino un producto de la vida social. De este modo, procesos como 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, ya en sí, la existencia previa de un Derecho. Para Gierke, según González Vicén, la declaración por el Estado de que algo es Derecho sólo tiene sentido en cuanto a una realidad normativa anterior, sólo como su formulación y aseguramiento, no como su misma creación. Gierke se enfrenta aquí conscientemente con el proceso por el que el Estado se hace con el monopolio de la producción jurídica⁶⁵.

En efecto, como refiere González Vicén en su estudio, Gierke va a despojar teóricamente al Estado de su supremacía política que, desde Bodino, se tenía como algo inherente al concepto de soberanía. En este sentido, para González Vicén, Gierke se convierte así en el redescubridor del Derecho no escrito, independiente de toda voluntad que proceda de la autoridad. Separa para ello, conceptualmente, al Estado del Derecho. La opinión generalizada consistía, según González Vicén, en que partiendo del Estado se puede realizar un concepto de Derecho, que solamente desde el Estado puede llegarse al Derecho. Gierke se va a oponer a todo ese planteamiento haciendo valer su concepción del Derecho como realidad autónoma. Igual 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. La identificación de los imperativos del poder estatal con el Derecho conduce, según Gierke, 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. 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 a intentar reducir el uno al otro. El poder organizado ha existido desde siempre, tanto en las hordas primitivas como en las comunidades políticas modernas, y es imposible pensar al ser humano sin la existencia de una asociación estatal. Pero tampoco se puede pensar sin la realidad del Derecho. Se trata de dos facetas diferentes de la vida en

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit. pp. 300-301.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 302-306.

común. El Estado es poder organizado, dirigido a la realización de los fines de la comunidad, mientras que el Derecho es orden que afirma y delimita la interacción de las voluntades individuales en la convivencia. Son dos potencias de igual rango, pero, aunque distintas conceptualmente, no se dan en la realidad por separado. La significación del Derecho para el Estado deriva de la naturaleza de éste como asociación, pues, al igual que en toda asociación, la vida interna del Estado es un proceso jurídico. 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 Derecho es diferente del Estado, pero es la presuposición de éste. Pues un Estado que fuera meramente acción del poder, que porque posee fuerza física exige y obtiene obediencia, toda la vida política se reduciría al despotismo. Por tanto, Derecho y Estado no pueden ser dos potencias que se pretendan absorber la una a la otra. El Estado no está por encima, por debajo o fuera del Derecho; el Estado está en el Derecho, y en el Derecho reconoce la norma y el límite de su propia voluntad soberana. El Derecho es entonces una potencia interna, cuya fuerza se halla en la convicción común de la comunidad y no en la compulsión física, por lo que, para Gierke, la coactividad no puede ser el carácter esencial del Derecho sino solamente un añadido, porque la realidad del Derecho se refiere a la vida de la comunidad, no a ningún medio de coacción externa⁶⁶.

Para concluir, González Vicén entiende que, por todas estas razones antedichas polemiza Gierke con Paul Laband. Una polémica que no va a suponer meros debates entre especialistas. La crítica de Gierke a Laband es algo más; es, dice González Vicén, el enfrentamiento, como veremos a continuación, de dos grandes direcciones metodológicas que se podrían poner de manifiesto, principalmente, primero, en su forma de entender la norma; segundo, en su forma de alumbrar el concepto del Derecho; tercero, en su forma de comprender el método jurídico⁶⁷.

Respecto a la primera cuestión, explicita González Vicén, Laband afirmaba dos elementos en la norma jurídica, a saber, la regla jurídica que se formula en ella y el imperativo por el que se ordena la obediencia a la norma, o como se solía expresar en célebres discusiones del momento: la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal. Para Gierke, este dualismo es muestra de las consecuencias de considerar que el Estado tiene el monopolio del Derecho, supone un auténtico desmembramiento de la norma que es en realidad un acto unitario. Esta separación no tiene sentido, piensa Gierke, pues considerar al imperativo en sí, sin un contenido al que hacer referencia, es una abstracción. Es el contenido jurídico del imperativo del Estado lo que confiere al acto legislativo el carácter de Derecho, no el imperativo en sí⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 308-311.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 313.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 313-314.

Respecto a la segunda cuestión, el concepto gierkeano del Derecho como fenómeno social es el punto de arranque para su devastadora crítica contra el formalismo jurídico, del que se hace eco González Vicén. El formalismo jurídico del siglo XIX se había consagrado a través de la jurisprudencia de los conceptos propia, como decíamos a colación de Jhering, de la pandectística, y posteriormente iba a resonar a través de las obras de Derecho público de Laband, pero también de C.F.W. von Gerber. El enfrentamiento entre Gierke y Laband, a juicio de González Vicén, supone, en el plano gnoseológico, la encarnación del enfrentamiento 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 y la que cree que tiene que entenderse partiendo de conceptos generales o desde la idea. Según González Vicén, Gierke señala que toda labor científica tiene una función conceptualizadora, pero el error de la jurisprudencia conceptual, representada en el debate por Laband, es pensar que el concepto no es medio para el conocimiento sino el fin de este. Gierke manifiesta que los principios, métodos y estructura de semejante posición contradicen la misma naturaleza del Derecho, que consiste en ser un fenómeno social. Además, el método abstractivo, más propio de las ciencias empíricas, no es útil para la conceptualización jurídica. Los conceptos jurídicos no son meras estructuras lógicas, sino estructuras históricas. El objetivo de la ciencia del Derecho no consiste en aplicar Derecho ni en crearlo, sino en conocerlo y saber que su objeto está fuera de ella⁶⁹.

En tercer lugar, respecto al método jurídico, comenta González Vicén que, con su crítica, Gierke se siente depositario de las intenciones de Savigny y el corrector en su nombre del camino erróneo que, desde Puchta y la pandectística, seguiría la segunda generación de la Escuela histórica. En opinión de González Vicén, Gierke, como también lo hiciera Jhering, ha visto con genial penetración que el conceptualismo de los pandectistas (y en el caso particular de Gierke también el conceptualismo propio de la escuela de Laband y Gerber) no es una nueva teoría sino una recaída en el método logicista-formal del iusnaturalismo racionalista⁷⁰. Así pues, concluye González Vicén, el método de Gierke parte de la idea del Derecho como un objeto histórico, cuya comprensión y articulación conceptual no pueden ser realizados con independencia de su contenido. No se trata de dejar a un lado toda conceptualización, que es necesaria, sino ver claramente que la forma es siempre forma de un contenido. Para González Vicén hay aquí una prefiguración de aquel *adagio* husserliano, *zur Sache selbst*, esto es, volver a las cosas mismas, pero aplicado al campo del Derecho: una vuelta a la materia del Derecho, y, a su vez, por lo mismo, una prefiguración de la sociología jurídica. No hay que olvidar la notable influencia de Gierke en los primeros sociólogos del Derecho, como en el caso de Eugen Ehrlich. González Vicén se sentiría en total sintonía con estos extremos.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 316-327.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 328.

Para concluir, González Vicén resalta que el método de Gierke para el conocimiento del Derecho es un método histórico, en el que lo general y lo singular son momentos igualmente esenciales de la conceptualización. Hay una conexión esencial entre pasado y presente, y se puede concebir cada uno de esos momentos históricos como una totalidad de formas de vida relacionadas y que se condicionan entre sí. Por lo demás, matiza a su vez González Vicén que la idea de que el pasado vive en el presente y lo determina es una idea de la Escuela histórica. Por su parte, la idea de que ninguna época produce su mundo por sí y a su arbitrio, sino siempre en una comunidad que no se puede separar de su pasado, es de Hegel. En opinión de González Vicén, Hegel intuyó genialmente que cada momento en la historia, representa un momento del Espíritu (*Geist*) que se manifiesta en una multiplicidad de organizaciones, ya sean, políticas, religiosas, artísticas, morales, de uso social, etc., que, siendo diferentes, no difieren al ser ramas de un mismo tronco. Entre estos dos planteamientos, entiende González Vicén, se mueve el método histórico de Gierke. Pero para comprender el Derecho nos debemos mover también en un plano de comprensión integral, esto es, analizando todas las demás funciones de la vida social. En definitiva, en opinión de González Vicén, la ciencia jurídica trata de fijar los contornos del Derecho en toda su pureza, pero si al hacerlo olvida la realidad social que conforma la materia jurídica, el Derecho mismo se le escapará de entre los dedos. Para conocer el Derecho es preciso tener en cuenta siempre aquellos factores, distintos del Derecho, que determinan y condicionan el proceso histórico de su formación⁷¹.

IV. CONCLUSIONES

De la proteica obra de estos dos juristas excepcionales se pueden extraer muchas conclusiones, no obstante, a efectos del presente trabajo se pretendía exclusivamente perfilar los aspectos que González Vicén destaca de ambos a través de la reexposición que hemos pretendido realizar de sus estudios dedicados al pensamiento, método y concepto del Derecho de Jhering y Gierke, pues, tal y como hemos ido diciendo, han supuesto un evidente influjo en su pensamiento.

La perspectiva histórico-social del Derecho en la que se posicionó toda su vida González Vicén y que durante el siglo XX han ido defendiendo diversos teóricos del Derecho, como es el caso, por ejemplo, de Norberto Bobbio y Renato Treves en sus bien fundamentados estudios de las funciones sociales del Derecho para comprender el Derecho mismo, o ya en nuestro siglo, por influencia de Herbert Hart, toda una serie de filósofos y filósofas del Derecho en el ámbito anglosajón

⁷¹ *Ibidem*, p. 333.

como Nicola Mary Lacey, Roger Cotterrell, o Brian Z. Tamanaha⁷², tiene su punto de arranque de modo bien diferenciado, y en sintonía con nuestra sensibilidad contemporánea, en la obra y pensamiento de Rudolf von Jhering y Otto von Gierke. Es, en definitiva, la perspectiva propia de una reflexión sobre el Derecho que, sin renunciar al positivismo jurídico, pretende arrumbar todo modo de formalismo en la práctica y en el estudio del Derecho.

González Vicén, había sido todo un «resistente». Cualquiera que se aproxime a su biografía podrá comprobarlo. No es de extrañar que, al menos, una parte fundamental de Jhering le llamase tanto la atención; quizá, en este sentido, le gustase sobre todo aquello de que el que se ve atacado en su «derecho» debe resistir. Esta máxima de conducta se trata de un deber que tenemos para con nosotros mismos. La conservación de la existencia es la suprema ley de los seres vivos, así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, lo cual, para Jhering, pasa por su realización jurídica⁷³. La vida humana, en su nivel práctico y social, requiere del conflicto. González Vicén, quien además de Jhering recibió la influencia de Marx —en este sentido conflictualista de la concepción del Derecho—, entiende que el Derecho es siempre la realización de los valores de una clase social frente a otra. En definitiva, los derechos no vienen dados, sino que deben ser conquistados. Esta es, también, una de las razones por las que entre ética y Derecho debe prevalecer la primera frente al segundo. El Derecho de un Estado determinado es siempre el Derecho propio de un grupo social que en un tiempo determinado tiene la fuerza para poder imponerse.

Gierke, por su parte, menos conocido en el mundo hispánico al no disponer prácticamente de traducciones en nuestro idioma⁷⁴, tiene bien claro que es necesario separar la ética del Derecho; no porque el Derecho no deba tener ninguna dignidad ética, de hecho, deber ser realizado a través de la justicia, sino porque la confusión entre órdenes normativos dejaría mal parada la autonomía ética de los sujetos. Así también lo cree González Vicén. De Gierke —y de la tradición alemana de la que parte, de la cual Althusius y Kant son dos grandes exponentes— toma González Vicén precisamente la idea de que, si bien el Derecho posee una cierta dignidad moral, solamente existen obligaciones absolutas dentro del ordenamiento de la ética. Las obligaciones jurídicas no son obligaciones éticas y

⁷² Sobre el aporte de estos autores próximos a la teoría analítica del Derecho para la comprensión en nuestros días del Derecho como un fenómeno social, ver el cuarto epígrafe del trabajo del profesor Manuel Calvo, «Hacia una teoría socio-jurídica del Derecho». Cfr. CALVO GARCÍA, M., «Positivismo jurídico y Teoría sociológica del Derecho», *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, vol. 6, issue 1, 2014, pp. 57-62.

⁷³ JHERING, R. von, *La lucha por el Derecho*, op. cit., p. 77.

⁷⁴ Algo que ya está empezando a paliarse con la aparición hace relativamente poco de la traducción de uno de los textos más conocidos de Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. Cfr. GIERKE, O. von, *Johannes Althusius y el nacimiento histórico del contractualismo*, Traducción de Pedro Madrigal, Madrid, Tecnos, 2021.

viceversa, aunque coincidan en el contenido de su mandato. No hay que entender de otro modo la dignidad de las normas jurídicas:

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; es aquí donde para Gierke, como ya antes para Kant y la tradición kantiana, radica el fin ético formal del Derecho⁷⁵.

Es al final de todo su recorrido por el estudio de la filosofía y la filosofía del Derecho germánicas —en el que Jhering y Gierke son dos momentos nucleares de dicha trayectoria— que González Vicén podrá expresar sin ambages aquello de que:

Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho con otras palabras: mientras que no hay un fundamento ético para obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia⁷⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

CALVO GARCÍA, M., «Positivismo jurídico y Teoría sociológica del Derecho», Sortuz. *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, vol. 6, issue 1, 2014, pp. 46-66.

DE PÁRAMO, J. R., «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría*, n° 2, 1990, pp. 153-161.

⁷⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 315.

⁷⁶ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, p. 388. Este estudio, cuyo epicentro sería precisamente este párrafo, generó un debate que duró casi dos décadas. Los principales protagonistas en su primera hora de fueron Elías Díaz, Manuel Atienza, Javier Muguerza y Eusebio Fernández. Dos buenas referencias para seguir sus argumentaciones son FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, sobre todo las páginas 91-115, y MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia», *Sistema*, n° 70, 1986, pp. 27-40. Entre 1987 y finales de la década de los noventa intervinieron en mayor o menor medida los argumentos de Adela Cortina, Esperanza Guisán, Gregorio Peces-Barba, Juan Ramón de Paramo, Benjamín Rivaya, Carlos Gómez, Juan Carlos Acinas, Marina Gascón Abellán y Juan Antonio García Amado. Como las referencias de esta segunda hora pueden ser muchas incluyo aquí tres que recogen especialmente bien las voces intervinientes: DE PÁRAMO, J. R., «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría*, n° 2, 1990, pp. 153-161; GARCÍA AMADO, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 10, 1993, pp. 349-374; GASCÓN ABELLÁN, M., «Felipe González Vicén y la negación del deber de obediencia al Derecho», *Volubilis*, n° 6, 1997, pp. 151-159.

- DÍAZ, E., *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza, 1994.
- EHRlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987.
- GARCÍA AMADO, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 10, 1993, pp. 349-374.
- GASCÓN ABELLÁN, M., «Felipe González Vicén y la negación del deber de obediencia al Derecho», *Volubilis*, n° 6, 1997, pp. 151-159.
- GIERKE, O., *La función social del Derecho privado*, Traducción de José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad editorial española, 1904.
- GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, Traducción de Piedad García-Escudero y estudio introductorio de Benigno Pendás, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995.
- GIERKE, O., *Recht und Sittlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963.
- GIERKE, O. von, *Johannes Althusius y el nacimiento histórico del contractualismo*, Traducción de Pedro Madrigal, Madrid, Tecnos, 2021.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», *Anuario de filosofía del Derecho*, n°4, 1987, pp. 223-248.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 259-334.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela Histórica del Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas)*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, pp. 99-146.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema*, n° 88, 1989, pp. 105-110.
- GURVITCH, G., *La idea del Derecho social*, Edición, traducción y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005.
- IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 2011.
- JHERING, R. von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Traducción de Tomás A. Banzhaf, Madrid, Civitas, 1987.
- IHERING, R. von, *La lucha por el Derecho*, Traducción de Adolfo Posada, Madrid, Civitas, 1985.
- IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, Traducción de Diego Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000.

- LLOREDO ALIX, L. M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid. 2012.
- MANNHEIM, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Traducción de Eloy Terrón, Madrid, Aguilar, 1966.
- MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia», *Sistema*, n° 70, 1986, pp. 27-40.
- PENDÁS, B., «Estudio preliminar», GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, Traducción de Piedad García-Escudero y estudio introductorio de Benigno Pendás, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995.
- SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual, vol. I*, Versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora editores, 1878.
- SMITH, A., *La riqueza de las naciones, 3 vol.*, Traducción de José Alonso Ortiz, Barcelona, Orbis, 1983.

