

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XX

AbriI de 1944

Núm. 191

La raíz hegeliana de la doctrina de Ihering y
Windscheid sobre el Derecho subjetivo

Los antagonismos.—Significación del subjetivismo alemán.—Sus causas: «El esfuerzo por la sinceridad»; Hegel y la «identidad de los conceptos contrarios»; el problema del fin del Estado.—Ihering.—Windscheid.—Soberanía y autodeterminación.—El concepto del derecho subjetivo.

Parece como una ironía fonética y ortográfica el que un mismo vocablo, "subjetivismo", tenga en la Alemania del siglo XIX una significación tan antitética a la que había representado en la Francia postrevolucionaria. Y parece también antinómico que a dos doctrinas tan alejadas entre sí en el campo de la Filosofía como Rousseau y el hegelismo, atribuya Duguit consecuencias jurídico-privadas tan encadenadas. Expliquemos todo ello:

En nuestro artículo anterior (1) aludíamos rápidamente a la esencia del subjetivismo francés en cuyo lema luce siempre la idea del individuo fuente en sí mismo de unos derechos subjetivos inherentes a la personalidad, anteriores—cronológicamente—y superiores—en la escala jerárquica normativa—a la voluntad del Estado. Y he aquí que al trasplantarse a Alemania el término "subjetivismo" sirve para amparar posiciones absolutamente antagónicas, porque la doctrina germana del siglo XIX, que se agrupa bajo la denominación de "Doctrina subjetivista alemana", vive, también, referida a un concepto del Derecho subjetivo, pero no ya el o los del individuo, sino a una entidad

(1) «La voluntad y la génesis del derecho subjetivo». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 188, páginas 13 y siguientes.

omnipotente tanto en el Derecho público como en el privado: "el Derecho subjetivo del Estado" (1), como fuente mediata y última de todas las facultades individuales de poder. La doctrina individual —dice Duguit— coloca al hombre, con voluntad autónoma de la que nace el Derecho subjetivo; voluntad que pasa luego al Estado. La doctrina subjetivista (alemana) establece que todo poder es patrimonio del Estado; esto es, del Poder público, la "Herrschaft". Pertenecen la soberanía al Poder público y esta soberanía es el Derecho subjetivo del Estado; de éste, como derivados, se desprenden los derechos individuales, que son creación del Estado." Hasta aquí la síntesis de Duguit, cuyas rotundas afirmaciones podrían estimarse apasionadas, si la raíz filosófica de los juristas germanos que representan aquella dirección no la justificase plenamente. Claro es que el problema fundamental que se ofrece al estatismo absoluto es el de cohonestar y hacer compatibles ambos derechos subjetivos, el del Estado y los del individuo. Afiliarse decididamente a él implica el grave peligro de negar estos últimos, y con ellos negar también la idea de la personalidad, pues que en tan íntima relación figuran ambos conceptos (2).

Por ello no han faltado muy notables intentos de suavizar las ásperas consecuencias jurídicas y políticas de estas ideas. Notemos en primer término a Ihering, con la doctrina del "fin del Derecho" (3), y Jellineck, máximo representante de la doctrina "autolimitadora" (4), que tal vez había sido iniciada antes por Bergbohms.

Tal vez la raíz práctica de la posición de Ihering—como la de todos los subjetivistas—está en esa característica que viene imponiéndose a la especulación jurídica desde la época en que él escribía. Nos referimos a la que se denomina "el esfuerzo hacia la realidad y sinceridad", influido, probablemente, del alto grado a que llega por entonces el es-

(1) Es bien notoria, no obstante, la discrepancia de Gierke, al negarse a firmar el manifiesto de los intelectuales, y es bien conocida también la argumentación en contra de Stammier, citados ambos por Duguit, op. cit. artículo anterior, página 88 del *Pragmatismo jurídico*, también citado. Pero ni una ni otra de ambas posiciones obstan nada a la enorme difusión del «subjetivismo», como lo prueban las actuales posiciones correctoras de Larez y Stoll.

(2) F. de Castro: *Derecho civil de España*, Parte general, tomo I. Madrid, 1942, en la página 489, dice. «El sujeto del derecho subjetivo es la persona a la que se le atribuye y confía la situación de poder. Persona y derecho subjetivo son conceptos intimamente unidos; la persona se manifiesta como tal en cuanto posible sujeto de derechos; los derechos subjetivos tienen su base y su justificación en el respeto a la persona.»

(3) Ihering: *Der Zeck im Recht*, trad. franc. París, 1901, págs. 311-313.

(4) Jellineck: *L'Etat moderne et son droit*, trad. franc. 1911-13, dos volúmenes.

tudio de las ciencias de la Naturaleza. El pensamiento jurídico se impregna de utilitarismo, y lo mismo que se estudia es el posible rendimiento del utilaje industrial en vista del fin que su comprador se propone, así también el Estado y el Derecho deben ser considerados desde el punto de vista de la utilidad que prestan. Y se impone una metodología en la investigación de nuestras disciplinas que, influída por este modo de pensar utilitario, resulta incompatible con las sutilezas escolásticas, las deducciones formales vacías y las ficciones contrarias a la verdad; y, desde luego, incompatible con el ideal del Estado "manchesteriano", cuya única razón de vida es la garantía de la normalidad en las relaciones entre los diversos derechos subjetivos individuales en juego: pero sin un fin en sí mismo, que ya se reclamaba como urgente exigencia de los tiempos por figuras bien representativas; nos referimos a Kant y a Fichte.

En efecto, se apunta en ambos la incomprensión hacia un tipo de Estado que representa únicamente la garantía de los derechos individuales. Y se le asigna como fines mínimos—al decir de Richard—(1), los de constituirse en instrumento de realización de la cultura social.

Después de Fichte, el pensamiento alemán sigue derroteros (bien alejados de aquellas ideas del individualismo francés) que culminan con la filosofía hegeliana en el campo del Derecho y del Estado; su trascendencia y resonancia posterior sólo podrá juzgarse, independientemente de sus posibilidades de permanencia, cuando una mayor perspectiva cronológica lo permita (2).

También Hegel niega el Estado guardián de los derechos individuales. El Estado es el brazo secular de una razón impersonal independiente de toda ley lógica o moral. El Estado no está sometido al Derecho, sino al contrario, es el Derecho una creación del Estado. Los fines individuales deben sacrificarse a los del Estado, en virtud de una construcción utilitaria del fin, que es la de que la única ley que inspira los pretendidos derechos subjetivos individuales—esto es, el

(1) G. Richard: *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX siècle*, París, 1914, págs. 35 y 47.

(2) En este sentido el testimonio de Levy-Bruhl (*L'Allemagne depuis Leibnitz*, París, 1890, pág. 389): «Pocos sistemas han grabado tan profundamente sus huellas en las ideas, las costumbres y la historia de una nación. Si el hegelismo no ha podido subsistir (?) como cuerpo de doctrina, su influencia, se encuentra en todas partes, aunque difusa, y, por así decir, «de segundo grado», ejerciéndose por medio de los hombres de Estado, los publicistas y los historiadores, sobre todo... Cuando se juzgue con mayor perspectiva y en el conjunto, las transformaciones de Alemania en el siglo xix, el papel de la influencia hegeliana destacará por sí mismo».

provecho particular de sus titulares—, lleva a la sociedad al pauperismo. Sociedad e individuo son la tesis y la antítesis, respectivamente, de una construcción lógica y sus intereses se repudian mutuamente y son inconciliables. El bien de la comunidad exige la unificación de ambos términos en una entidad superior que no puede ser otra que "la potente síntesis que es el Estado" (1)

Se llega a esta conclusión por un razonamiento que Duguit no puede menos de calificar de dialéctico (2). Es lo que él llama "la identidad de los conceptos contrarios". Todo concepto lleva en sí el concepto de lo contrario. Pero como todo concepto responde a una realidad, supone también la existencia de la opuesta, y la realidad es la síntesis de dos contrarios. Así, el concepto del ser, implica el concepto del no ser. La realidad es síntesis del ser y del no ser. Aplicado este razonamiento a nuestra cuestión, resulta ser el Estado la síntesis de esos dos conceptos contrarios: lo colectivo y lo individual. Ambos son reales, puesto que se piensan al mismo tiempo, y la síntesis de lo individual y lo social es el Estado, la realidad última de la vida moral. El Estado es todopoderoso porque realiza en sí y por sí el ser social y el individual. Por consiguiente, el individuo no es una realidad más que en y por el Estado; y siendo esto así, el poder sin límites de éste no puede ser un atentado a los derechos del individuo, como tampoco puede serlo para los de la sociedad, porque la "realidad" de ambos será tanto mayor cuanto más potente y más fuerte sea el Estado (3). Por eso—concluye Richard—(4), "*le Droit objectif se confond pour Hegel avec le droit subjectif de l'Etat qui, en dignité et en puissance, prime le droit subjectif de l'individu*".

De las consecuencias políticas de la doctrina hegeliana da fe la Escuela de la "Realpolitik" de Treitsche y Gumplowitz. Y su conclusión de que la fuerza es la esencia del Estado, como lo es el amor, de la familia, o la fe, de la religión, para derivar luego consecuencias políticas que, desde luego, exceden de lo que interesa a nuestro tema

Fácil es, no obstante, descubrir las consecuencias jurídico-privadas de esta dirección. Lo que la doctrina realista llama fuerza del Estado,

(1) Duguit: *Rousseau, Kant y Hegel*. París. 1918. pág. 44

(2) Op. cit. págs. 92-93.

(3) Sobre la filosofía jurídica de Hegel, vid. *Grundlinien der Philosophie des Rechtes oder Naturrecht und Staats Wissenschaft*. Duncken y Hunbold. Berlín. 1833. citado por Coumaros.

(4) Richard: Op. cit., págs. 177-78.

es lo que la doctrina jurídica denomina soberanía de la voluntad, derecho subjetivo, del Estado, de finalidad utilitaria.

Y aquí es donde encontramos la posición de Ihering, con su doctrina del "fin o la finalidad en el Derecho". Comentando el "Zweek im Recht", dice Van Bemmelen (1) que, según Ihering, el hombre no obra sino para alcanzar un fin y que la finalidad de todo acto es inseparable de éste; que toda acción está determinada por su fin. En el Derecho los fines que predominan son los egoístas; en el Derecho, en la moral y en la vida entera. Los fines éticos, según él, ocupan un lugar muy secundario. Su fórmula preferida es la de que "la sociedad y el Estado existen y funcionan por la coincidencia de fines egoístas, porque los hombres están interesados en cumplir los fines ajenos en cuanto, obrando para otros, quieren obrar sólo para sí". "La coincidencia de los fines egoístas la hallamos en las dos principales transacciones del comercio económico: el cambio y la asociación; en el primero, los fines egoístas son distintos; en el segundo, son idénticos." Y por este camino, precisando fines, estima Ihering que el de la propiedad privada es su indispensabilidad para que el individuo goce de independencia. El del préstamo es la extensión que procura al comercio; y el del Estado es, ante todo, la formación y el mantenimiento del Derecho, sin perjuicio de sus demás funciones "útiles". Nace, pues, para cumplir un fin, el de administrar justicia, que sin él sería mal administrada o no se administraría. Pero ¿cómo el Estado habrá podido nacer teniendo enfrente todos los egoísmos individuales? Puede responderse: Porque así como el mundo existe en el egoísmo, también el Estado puede existir en él. El Estado toma el egoísmo y lo moldea a su servicio y le da su salario; le interesa en su fin y le paga su participación. He aquí cómo el Estado debe también su origen a los egoísmos individuales; al egoísmo, en fin. Y por egoísmo también otorga a los ciudadanos derechos subjetivos individuales, ya que en tales condiciones será mejor obedecido que si recabase esa misma obediencia sin ofrecer compensación alguna. Pero, en todo caso, el Derecho autoritario es "un saludable régimen" para, con una férrea disciplina, hacer posible la vida de los hombres, sobre todo, en los pueblos primitivos (2).

(1) Van Bemmelen: *Nociones fundamentales del Derecho civil*. Madrid, Reus, páginas 69 y sigs.

(2) Van Bemmelen, a quien seguimos en la escueta exposición de estas ideas de Ihering, insinúa (op. cit., pág. 85, nota 1), si no estarán inspiradas en las opiniones de

De creer a Reichel, los antecedentes políticos de posiciones como la de Ihering deben buscarse en el debilitamiento del principio de autoridad y de orden a que condujeron el individualismo francés y sus consecuencias. Se criticaron con gran amplitud las leyes políticas de las instituciones del Estado. La Prensa se arroga la representación de los intereses populares frente al Estado; acecha a la Justicia. Las leyes son inconvenientes y las sentencias, injustas. Fatalmente, de todo este antagonismo sólo puede derivarse el pauperismo de que hablaba Hegel.

Y se impone en el Derecho esa grave reacción que representa Ihering y que Windscheid resume en la fórmula de que si se reconocen poderes de voluntad a los individuos (derechos subjetivos) es sólo por una especie de concesión de la ley (1), afiliándose, por consiguiente, a la doctrina de que el derecho objetivo es la fuente mediata y última de los derechos subjetivos individuales. "El principal factor (en la elaboración de ellos) no es la voluntad del hombre, sino la voluntad de la ley, que le ha otorgado el privilegio de producir efectos jurídicos."

La argumentación es impecable, pero sus consecuencias parecieron demasiado ásperas a los propios mantenedores, y he aquí cómo Ihering se muestra finalmente tímido y trata de encontrar un dique a esa voluntad omnipotente del Estado para que no derive fácilmente en arbitrariedad. "En el primer volumen de su "Zweck in Recht"—dice Van Bemmelen (2)—no ha podido todavía desprenderse enteramente de su "Lucha por el Derecho", pero no reaparece sino diluída en consideraciones generales y vagas. No siempre—dice—la sociedad ejercita su poder coactivo, como ocurre hoy entre nosotros, después de haber establecido normas jurídicas, sino que, muy frecuentemente, primero dominan los fuertes sin sujeción a regla alguna, y sólo más tarde *limitan voluntariamente* el ejercicio de su poder y dictan reglas jurídicas para los débiles "

Ya tenemos funcionando la doctrina de la "autolimitación", que habría de plasmar Jellineck. Pero insistimos en nuestro anterior criterio: esta postura es sólo un correctivo que se otorga con desgana a la vista de aquellas consecuencias, demasiado duras, de la doctrina primitiva, aunque aquélla y ésta quieran presentarse como necesariamente complementarias una de otra: "En el concepto de la autoobligación del

Bagehot, expuestas en su célebre libro *Physics and politics*, 1873. Y, en común, coloca a ambos bajo la influencia del darwinismo.

(1) Windscheid: *Lehrbuch*, t. I, parág. 14.

(2) Op. cit., pág. 84. Traducción del Sr. Navarro de Palencia.

Estado no existe contradicción —dice Duguit recogiendo con ánimo crítico la postura de Jellineck—. La autoobligatoriedad es exigida por las convicciones jurídicas dominantes . ; con lo cual . existe también el carácter jurídico de la obligación que el Estado se impone a sí mismo” (1).

Claro es que para llegar a esta conclusión del fundamento jurídico de la autolimitación hay que remontarse a la naturaleza misma de la soberanía, implicada siempre en aquella idea de la omnipotencia de la voluntad del Estado, fuente última de todos los derechos subjetivos individuales. Hay que desterrar del concepto de la soberanía la nota errónea de su carácter ilimitable y transformarlo en un concepto jurídico que corresponda a nuestras actuales concepciones del Derecho. “Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo la facultad de determinarse por sí mismo.” Y la autodeterminación del Estado, en el sentido de limitarse sus propias facultades, dota de carácter de obligación jurídica a esa misma autolimitación. Porque también en este aspecto —deducimos nosotros—la voluntad del Estado es fuente de las obligaciones que a sí mismo se impone.

El derecho subjetivo individual es así la resultante activa de una postura negativa del Estado, que graciosamente se limita el suyo propio en cuanto estima puede entregarse al libre juego de los intereses particulares sin menoscabo para los superiores de la comunidad. Es el “dique legal” con que se autolimita el libre juego de la voluntad autónoma del Estado. Cabría también acudir al sistema del “dique judicial”; pero éste, por consecuencia de unas razones históricas, ciertas o no, parece sospechoso de arbitrariedad al propio Estado.

Tal vez en otro artículo nos ocupemos de este nuevo y viejo aspecto del problema. Pero, entretanto, es preciso no perderse en el bosque de una dialéctica suntuosa y reconocer, en una filosofía jurídica de raíz cristiana, la existencia de unos derechos individuales innatos, independientes de todo reconocimiento estatal, directamente vinculados al fin trascendente del hombre.

ARTURO GALLARDO RUEDA.
Registrador de la Propiedad.

(1) Op. cit., pág. 96.