

TEORIA DEL DERECHO Y DEL ESTADO EN OTTO VON GIERKE

BENIGNO PENDAS GARCIA.

Letrado de las Cortes Generales.

Profesor de Historia de las Ideas Políticas.

Universidad Complutense de Madrid.

I.- OTTO VON GIERKE EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFIA JURIDICA.-

1.- Nota biográfica.

Por razón de la esencia misma de su filosofía jurídica y moral, Otto Von Gierke considera al hombre individual como parte y miembro de un todo cualitativamente superior, cuya vida colectiva da pleno sentido a su existencia personal. Es obligado, por consiguiente, examinar la obra del propio Gierke en el marco de la lenta e irresistible ascensión de Alemania a la condición de "sujeto activo de la Historia universal" (para decirlo en términos hegelianos), puesto que su trayectoria vital e intelectual no es concebible sin una relación directa con la circunstancia alemana del siglo pasado. Más aún, la máxima ambición científica de los germanistas (la construcción de un "sistema" de Derecho alemán, opuesto y alternativo a la tradición romanista) contribuyó en buena medida a la toma de conciencia política de aquella nación. Este singular objeto, junto con una formidable labor de investigación histórica, sitúan a Gierke y sus discípulos en posición relevante dentro del pensamiento jurídico de un siglo que produce, por citar únicamente a los alemanes, figuras tan destacadas como Savigny, Ihering o Windscheid.

La biografía de Otto Friedrich Gierke (1) es fiel reflejo de su doble condición de profesor e investigador a la vez que patriota alemán. Nacido en

Stettin, el 11 de enero de 1841, cabe encontrar antecedentes dentro de la profesión jurídica en las dos ramas de la familia: su padre, Julius Gierke, fue presidente de la Audiencia de Bromberg y Teresa Zitelmann, su madre, tenía una cercana relación de parentesco con un conocido catedrático de Bonn, Otto Zitelmann. Julius y su esposa murieron ambos en 1855, víctimas del cólera, cuando el joven Otto contaba catorce años y, desde entonces, el resto de la juventud se desarrolla en su Stettin natal, en casa de unos parientes que le acogieron junto con sus cuatro hermanos menores.

Estudiante universitario en Berlín y Heidelberg, Gierke se graduó en Berlín con su maestro Georg von Beseler (2), dedicando la tesis doctoral a la naturaleza jurídica del pacto feudo-vasallático (*Dissertatio inauguralis de debitis feudalibus*). Especialmente interesante es su trayectoria militar, fiel reflejo de los ideales políticos nacionalistas; en 1865, participa activamente en la guerra austro-prusiana, la primera de las empresas emprendidas por Bismarck en su obra de unificación, al amparo de la cuestión de Schleswig y Holstein, y está presente en Sadowa-Königgrätz (el 3 de julio), cuando se consuma la aplastante victoria del ejército prusiano del mariscal von Moltke frente a las tropas aliadas dirigidas por el general austriaco Benedek, que obliga a Francisco José a firmar (el 23 de agosto) la paz de Praga. También participó Gierke en la guerra franco-prusiana que vendría a consumir los planes de Bismarck; por unos meses, el entonces Privatdozent de la Universidad de Berlín se convirtió en oficial de artillería, llegando incluso a ser jefe de batería durante la campaña de Lorena, lo que exalta su sentido patriótico, al contribuir a la integración de esta región en el Reich, que se consumaría el 10 de mayo de 1871, en la paz de Frankfurt.

El 18 de enero de 1871 se había proclamado en el salón de los espejos de Versalles el II Reich alemán. Contaba entonces nuestro autor treinta años recién cumplidos, y la fecha es tan importante en su biografía que, se ha dicho con razón, por su vida y por su obra Gierke fue siempre "un hombre de 1871" (3). La producción intelectual de nuestro autor, decididamente orientada hacia cuestiones históricas y jurídicas, puede considerarse ya importante a pesar de su juventud. En 1868, bajo la dirección de Beseler, había publicado la primera parte de su obra capital, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, preparada originalmente como trabajo de cátedra en la Facultad de Derecho de Berlín, donde plantea la idea nuclear del germanismo jurídico, la corporación, concepto clave en la tarea de superar el

perturbador sistema romanista, cuya débil teoría de las personas jurídicas desfigura, desde la Recepción, el genuino *Volkerrecht* alemán, aunque sin conseguir nunca anular la esencia nacional. En el propio 1871 publica Gierke su original *Humor im deutschen Recht*; fiel reflejo del espíritu sano y en cierto modo ingenioso del autor, esta obra viene a equivaler, en el contexto de la producción de ambos juristas, a la mucha más conocida *Jurisprudencia en broma y en serio* de Rudolf von Ihering.

En 1872 inicia Gierke una nueva etapa, en Breslau, donde se casa y accede por vez primera a una cátedra de Historia del Derecho. La época de Breslau, de cuya Universidad llegó a ser rector en 1882, es particularmente fecunda, en especial para el Derecho Político y, sobre todo, para la Teoría del Estado, ya que participa vivamente en la polémica sobre la construcción formalista del *Rechtsstaat* en la obra de Laband y sus discípulos, a quienes se opone con inflamados argumentos (4). Por las mismas fechas trabaja en su monografía sobre Altusio, en la que demuestra un profundo conocimiento de la filosofía jurídica del iusnaturalismo racionalista, cuyos orígenes medievales revela con la máxima precisión. Este conocimiento se confirma en el famoso discurso electoral sobre las relaciones entre los dos temas que le obsesionan: el Derecho natural y el Derecho alemán (5). Todo ello sin abandonar el hilo conductor de todo su pensamiento, dirigido a la investigación histórica y la construcción científica del Derecho germánico, que se plasma en la publicación de las partes segunda y tercera del *Genossenschaftsrecht*.

En 1884, Gierke ocupa una nueva cátedra, en Heidelberg, y en 1887 accede al fin (cumpliendo una importante aspiración personal) a la Universidad de Berlín en la que iniciara su carrera. Se inicia así la época en que confirma su prestigio internacional, con la participación en diversos congresos historiográficos (Roma, Londres, Estados Unidos); y es también el momento en que perfila y completa sus ideas en materia de filosofía jurídica y social, recogidas en publicaciones posteriores (7). No faltan en estas obras notorias manifestaciones del espíritu religioso de Gierke, estricto protestante que acoge con favorable criterio la *Kulturkampf* bismarckiana.

Pero la gran preocupación científica de Gierke la constituyen, desde su llegada a Berlín, los trabajos preparatorios del Código Civil, puesto que el B.G.B. será, a su juicio, la gran oportunidad perdida para lograr una plasmación definitiva del sentimiento jurídico alemán; desamoralizado en un

primer momento (aunque consiguió importantes modificaciones desde el primer proyecto al texto definitivo de 1896), dedicó los veinte últimos años de su vida a salvar en lo posible la vieja tradición y a buscar sus relaciones con la normativa vigente, a través del célebre *Deutsches Privatrecht*, obra de madurez de este prototipo de germanistas, cuya elaboración prefirió a la continuación y conclusión del *Genossenschaftsrecht*.

En sus últimos años, Gierke tuvo la oportunidad de disfrutar de su numerosa familia, así como de los honores y distinciones que le prodigaron, tanto sus discípulos -entre ellos, uno de sus hijos- como el propio Estado alemán, al otorgarle el Kaiser un título nobiliario (9). Y todavía pudo defender la causa alemana en la I Guerra mundial, sufrir con sus resultados (entre ellos, la pérdida de la Lorena) y conocer los primeros y agitados tiempos de la República de Weimar, cuya Constitución no cree Gierke ajustada al espíritu alemán, sino que la juzga con dureza como producto de la escuela formalista del Derecho público a la que tanto combatiera. Si bien esta postura de Gierke se entiende mejor desde la perspectiva de la Teoría del Estado que desde la Teoría del Derecho, ya que Hugo Preuss, artífice del texto weimariano, fue sin duda un distinguido defensor de las tesis germanistas (10). Después de una breve enfermedad, Otto von Gierke falleció el 10 de octubre de 1921; sus discípulos recordaron con frecuencia la dignidad, la entereza y el carácter fuerte, a la vez que paternal, del gran maestro de la Universidad de Berlín.

2.- La escuela germanista, frente al historicismo y el positivismo.

La Jurisprudencia alemana del siglo XIX está dominada por dos escuelas sucesivas en el tiempo y antagónicas en apariencia, aunque perfectamente complementarias, en cambio, por razón del espíritu intelectual que inspira sus planteamiento: se trata, como es bien sabido, de la Escuela histórica de Savigny y sus discípulos y de la Escuela dogmática de Windscheid y sus epígonos en el Derecho de Pandectas. En rigor, participan una y otra del positivismo dominante en la época, de tal modo que, sin perjuicio del brillante ánimo renovador que preside sus orígenes, los historicistas acaban por convertir la Historia del Derecho en estéril recopilación de datos fácticos y, por su parte, los pandectistas desarrollan al

máximo un conceptualismo refinado, que facilita la crítica demolodora, aunque no exenta de ironía, que les dedica Ihering.

La orientación positivista de la Escuela de Savigny es un fenómeno mal comprendido en general por los historiadores de las ideas jurídicas. Es cierto, en efecto, que el positivismo jurídico del continente europeo deriva directamente de la transformación del Derecho natural racionalista y revolucionario del siglo XVIII en el Derecho positivo del primer Estado constitucional (11). Pero es preciso aclarar desde el primer momento que la evolución se produce, en el plano metodológico, como consecuencia de la reacción contra el método abstracto-deductivo del iusnaturalismo racionalista tardío, que había derivado (especialmente con Christian Wolff) en árida construcción de un sistema hermético de Derecho natural, deducido por procedimientos lógico-formales y plasmado en una pirámide de conceptos. En la crítica a estos planteamientos influye poderosamente el método histórico y presociológico de Montesquieu; pero, sobre todo, el romanticismo de Savigny, inspirado en la concepción cualitativa de la ciencia que propone Goethe (12).

En la doctrina de su fundador, la Escuela histórica da primacía a la dimensión vitalista y espiritual del Volksgeist, poniendo de relieve (en la famosa polémica contra Thibaut) la imposibilidad de cristalizar en normas codificadas la fluida evolución del sentimiento jurídico de las naciones. Pero los historicistas posteriores, inspirados en el romanismo del maestro, se concentran en el estudio del Derecho romano, siguiendo el modelo de Savigny en su clásico *System des heutigen Römischen Rechts*. Con ello, lo aceptan acríticamente como Derecho genuinamente alemán, incurriendo así, según Gierke, en una falacia de consecuencias históricas incalculables: asumir la Recepción del Derecho romano en Alemania, ignorando las raíces germánicas y permitiendo que el primitivo romanticismo historicista derivase, con los pandectistas, en un dogmatismo logicista. Georg Friedrich Puchta, en quien se une la devoción por el Derecho romano con la más estricta lógica de la Begriffsjurisprudenz, es la figura esencial en este fenómeno de conexión entre dos corrientes en apariencia contradictorias y, sobre esta base, Regelsberger, Beker, Brinz y, por encima de todos, Windscheid (con su famoso *Lehrbuch der Pandekten*) dominan durante un largo período la Jurisprudencia alemana e imponen un sistema que encuentra su ideal científico en la metodología de las ciencias naturales. En

su aplicación al Derecho, el nuevo sistema exige una absoluta percepción del contenido de cada uno de los conceptos jurídicos, con objeto de facilitar una perfecta comprensión teórica, pero también -y esto es lo más significativo- para permitir una estricta seguridad en la aplicación de la norma, realizando de este modo uno de los valores más característicos del Estado liberal.

Así pues, la ciencia jurídica alemana del XIX vive "bajo el yugo de la supervaloración -entonces dominante- del estilo mental de las ciencias naturales (13)". La consecuencia principal del espíritu positivista, como Gierke pretende insistentemente demostrar a sus contemporáneos, no es sólo el eventual desprestigio de la Jurisprudencia a causa de la falta de ambición intelectual de sus cultivadores: para los "hombres de 1871" (y Gierke cuenta entre los más distinguidos), tal esterilidad científica impide a los juristas poner a disposición del Reich el aparato teórico imprescindible para entender la unidad nacional alemana y contribuir a su consolidación. Por eso, la obsesión intelectual de Gierke consiste en buscar un Derecho que sirva a la unidad nacional a partir de la reconstrucción histórica del genuino Derecho alemán, dejando al margen la Recepción y los elementos antigermánicos (individualismo, artificiosidad, abstracción) propios del Derecho romano, cuya grandeza técnica no dejaba -por otra parte- de reconocer. De ahí su gran decepción ante el Código Civil de 1896, porque el B.G.B. resultaba, a juicio de algunos comentaristas, una obra más romanista incluso que el propio Código napoleónico.

Al mismo tiempo, se impuso también en otros países continentales un positivismo acético, acompañado con frecuencia de una profesión de fe en el iusnaturalismo tradicional (14). Concretamente, en Francia, el Code fue considerado exponente perfecto de las ideas que habían conducido a la quiebra del Antiguo Régimen y esencia de la obra histórica de Napoleón, que supera la crisis de la Revolución (manifestada tanto en el radicalismo jacobino como en la reacción termidoriana) al tiempo que desarrolla sus principios. En este marco, la Escuela de la exégesis, inspirada por una devoción ciega hacia la obra cumbre, representa un positivismo de mentalidad mucho más estrecha que el alemán: las obras de Delvincourt, Toullier y Laurent, las de Aubry y Rau, más aún la conocida boutade de Bugnet ("yo no conozco el Derecho Civil y sólo enseño el Código de Napoleón") son fiel reflejo de una ciencia jurídica atrofiada, cuyo despertar

del sueño dogmático sólo se produce a partir de 1899, con la publicación del *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, de F. Gény, inicio de un sociologismo que tiene importantes continuadores en Duguit, Jèze y otros autores de la Escuela de Burdeos. En Italia, el Código de 1865 dio lugar a una serie de obras que son fiel trasunto de la Escuela de la exégesis, aunque se produjo también un tibio renacimiento de los estudios romanistas, directamente vinculado al historicismo alemán en cuanto a método y objetivos. En España, en fin, la promulgación del Código Civil da lugar al surgimiento de un positivismo de corte puramente dogmático, combinado con la filosofía del iusnaturalismo escolástico, y muy relacionado también con los planteamientos de los comentaristas del B.G.B. (antes incluso de la traducción y anotación de la obra de Ennecerus).

En este panorama tan poco dado a la reflexión teórica, Gierke representa un intento de reconstrucción o, mejor todavía, de "restauración" sobre nuevas bases de la Ciencia del Derecho. En efecto, el autor del *Deutsches Privatrecht* se apoya (como muchos otros, entre ellos su amigo Guillermo Dilthey) en una orientación antipositivista que se ha calificado, en un sentido muy amplio, como "neorromántica": el interés por lo primario, por lo vital e histórico, por los valores heroicos y emocionales en definitiva, forma parte del hilo argumental de una batalla relativamente victoriosa frente al imperio científico dominante. Con ello, por cierto, contribuye a recuperar para la Ciencia y la Filosofía jurídicas los mejores valores del propio positivismo, incluyendo la crítica del Derecho vigente desde una concepción ética, tan vigorosamente defendida en nuestro siglo por Herbert Hart o Norberto Bobbio, entre otros muchos (15).

Pero Gierke no se detiene en esa primera fase de la crítica, sino que profundiza en los puntos débiles del positivismo de su tiempo desde una perspectiva que singulariza toda su obra: la idea del Derecho social, en la que fundamenta el ataque directo a la sociología mecanicista y naturalista - incluyendo, desde luego, al marxismo-. Todo ello, por cierto, ya lo había apuntado Ihering con su teoría finalista, que enlaza directamente con el utilitarismo de Bentham y, por esa vía, con la tradición positivista inglesa: porque "el fin" del Derecho a que Ihering se refiere no es un concepto extraordinario, sino intrínsecamente vinculado con cada ordenamiento concreto, lo mismo que su "lucha" por el Derecho presupone un Derecho ya existente. Al enfoque social de Gierke no son ajenas sus preocupaciones

religiosas, de tal modo que (en la línea de Stöcker, F. Naumann y otros representantes del cristianismo social) participa de una cierta concepción renovadora del protestantismo.

Por otra parte, la preocupación por lo social, el antiindividualismo -notorio, aunque no exagerado- y la propia configuración del Derecho como servidor de profundas necesidades de la sociedad, sitúan a Gierke en el ámbito del sociologismo jurídico, aunque más próximo a Gény y sus seguidores que a la versión extremista representada en Alemania por Hermann Kantorowicz, cuya Escuela del Derecho libre implica una disolución de la objetividad de la norma en acentuado subjetivismo voluntarista, ajena por definición a las ideas de nuestro autor. Más próximo a él se encuentra, en cambio, Eugen Erlich por su insistencia en que el "Derecho de la sociedad", vivo y dinámico, precede a todo Derecho estatal y, sobre todo, porque Erlich -como Gierke- afirma el carácter social de todo Derecho, incluso del Derecho privado, entendiendo lo social como antítesis y negación de los derechos subjetivos individuales.

Gierke participa, además, de una influyente corriente doctrinal que busca el renacimiento del Derecho natural a través del "Derecho justo" de Rodolfo Stammler; se trata, en esencia, de la recuperación de la Axiología jurídica como objeto válido del conocimiento científico, según se configura en la obra de los neokantianos de Baden (como Windelband y Rickert) y, más tarde, en las tendencias fenomenológicas que inspiran a Scheler o a Hartmann en su estudio de los valores como "esencias especiales".

Lograr, en suma, un "Derecho alemán, social y justo": tal es, como sintetiza Wolf (16), el significado último de la obra de Gierke. Desde esta ideal se explica la violenta crítica al Derecho romano, rechazado como abstracto e individualista, lleno de ficciones e ignorante de la realidad de la vida comunitaria, y -por encima de todo- como antigermánico; o, peor todavía, como culpable de la pretendida e imposible usurpación del sentimiento jurídico alemán a través de la Recepción. Por eso, los germanistas ofrecen continuamente una alternativa a la tradición romanista que impregna todo el Derecho occidental, singularmente a través de su nueva teoría de la persona jurídica y, en concreto, de la corporación.

Se trata, volviendo al principio, de recuperar los valores originarios de la Escuela histórica para salvar la supuesta desarmonía entre su

programa y sus resultados y para eliminar, en suma, la paradoja (más aparente que real) de que la concepción del Derecho como expresión del Volkgeist termine por facilitar el triunfo de los elementos antihistóricos y antinacionales. Frente al Derecho romano, Gierke acude al estudio del Derecho tradicional germánico, aplicando para ello una metodología que combina elementos historicistas con la técnica del pandectismo y tratando de cumplir el verdadero programa germanista, presente ya en Jakob Grimm o en Justus Möser: refutar la opinión común acerca de la Recepción, demostrar la validez de un Derecho privado alemán parangonable al Derecho romano y, en fin, descubrir la acción de las ideas germánicas en el Derecho moderno (18). En la medida en que su objetivo es recuperar la pureza de la Escuela histórica y en que utiliza con pleno rigor las categorías técnicas de la Jurisprudencia conceptualista, el autor del *Genossenschaftsrecht* se sitúa en el núcleo más valioso de la ciencia jurídica del siglo XIX, aunque ocupa en ella una posición ciertamente peculiar.

II.- TEORIA DEL DERECHO: DERECHO GERMANICO, DERECHO CORPORATIVO, DERECHO SOCIAL.-

1.- Derecho germánico versus Derecho romano: orígenes, Recepción, codificación.

El Derecho germánico nunca llegó a constituir un sistema jurídico opuesto al Derecho romano, a pesar del enorme esfuerzo de varias generaciones de juristas (algunos de ellos, como el propio Gierke, realmente excepcionales) por demostrar lo contrario. Por consiguiente, sin negar la influencia de ideas e instituciones de origen germánico en la formación del Derecho moderno, no es admisible en conjunto la explicación gierkesna sobre la historia de los sistemas jurídicos; concretamente, lo que Gierke y sus discípulos interpretan como "invasión" del espíritu jurídico alemán por un sistema extranjero, no es el producto de un peculiar "error histórico" (al cual, en todo caso, habrían prestado su colaboración muchos alemanes, interesados o simplemente bienintencionados), sino una lógica consecuencia de la fuerza expansiva del Derecho romano, manifestación de una forma de vida en la cual -según la famosa expresión de Söhm- triunfa y cobra belleza el sentido jurídico de la existencia social.

No debe extrañar, por consiguiente, que el Derecho romano ocupe una posición relevante en el proceso de formación del mundo moderno, a partir del singular "renacimiento" -en términos de Haskins- que se produce en el siglo XII del occidente europeo. Desde entonces, el Derecho romano, relativamente oscurecido en la Alta Edad Media, se convierte en modelo de una profunda transformación social, política y cultural que produce, como escribe García Pelayo, el tránsito desde la sociedad teocéntrica alto-medieval a la sociedad iuscéntrica de la Baja Edad Media (19). En este momento histórico, la idea del "buen Derecho viejo" que surge lenta, aunque directamente, desde el fondo mismo de la realidad social deja paso a una pretensión racionalizadora de ambiciones universalistas, y el *Winklerecht* propio del mundo feudal se ve superado por el nuevo Derecho que encarna esta pretensión. De este modo, el Derecho romano es mucho más que un conjunto de textos aislados, objeto de estudio y controversia por parte de profesores alejados de la vida real. Muy al contrario: venerado como *ratio scripta* por sus cultivadores y considerado como el Derecho de los "omnes sabidores", es sistematizado por los glosadores y postglosadores, que lo comentan (y, a veces, lo distorsionan) con objeto de adaptarlo a las nuevas necesidades del tráfico jurídico. En fin, el Derecho público romano, cultivado por los *legistas regios*, juega un papel notable en la evolución que conduce desde el feudalismo y la monarquía estamental hasta el nacimiento del Estado moderno.

Para situar la cuestión en sus justos límites hay que insistir, sin embargo, en que la romanización del Derecho no fue absoluta en ningún país y reconocer también que el Derecho vulgar no coincidió casi nunca con el Derecho erudito, cultivado en las Universidades. Así pues, a través de la práctica jurídica, se conservaron elementos no romanos en general y, señaladamente, elementos del viejo Derecho germánico. Pero este Derecho, por su propia esencia histórica y su débil estructura técnica, no era un auténtico sistema jurídico; de ahí que los elementos germánicos que perviven en el Derecho moderno sean preceptos dispersos e instituciones singulares, que no sustituyen la influencia esencial del Derecho romano sino que, en todo caso, la complementan en aspectos determinados.

Conviene ahora sintetizar los rasgos principales de la configuración histórica del Derecho germánico (20). El "Derecho bárbaro" originario se forma en el largo período que precede al contacto entre Roma y los pueblos

germanos, es decir, antes de la lenta y paulatina penetración de estos pueblos en el limes del Imperio, como consecuencia de un proceso de desplazamiento (*Völkerwanderungen*) y no de invasión repentina, desechada ya por la historiografía. La primitiva fórmula política de los germanos es el *Bund* (civitas, según Tácito), que agrupa e integra a unidades menores, en concreto, la *Sippe*; la *Sippe* se caracteriza, en esencia, por ser un grupo fundado en el sentimiento común de descendencia con respecto a un mismo antepasado, de modo que el espíritu del grupo permanece intacto a pesar de las mutaciones materiales: en efecto, la *Sippe* posee tal capacidad de integración que puede extenderse sobre una serie infinita e indefinible de miembros. El *Bund* integra también a la *Gefolgschaft* (comitatus, para los romanos), que es una institución prefeudal basada en la lealtad (*Treue*) de un conjunto de guerreros hacia un jefe prestigioso. En fin, todo *Bund* tiene como órgano esencial la asamblea de hombres libres y aptos para el uso de las armas, que se reúnen en las noches de plenilunio y expresan su parecer (siempre según la famosa descripción de Tácito) por medio de un ruidoso procedimiento: *armis insonantibus*.

Este Derecho germánico originario se contra en una serie de instituciones que reflejan su sentido peculiar: entre otras, la potestad llamada *mundium* -que ejerce el varón cabeza de familia sobre todos los miembros de la comunidad doméstica; la propiedad común en el seno de la *Sippe*; el simbolismo de los negocios jurídicos, sujetos a un rígido formalismo; la consideración de los delitos como pérdida de la paz respecto de la *Sippe*; y, por último, la concepción del proceso como lucha, entregando su desarrollo al arbitrio de los litigantes, de acuerdo con un absoluto principio dispositivo.

Cuanto este Derecho, simple y primitivo, entra en relación con el Derecho romano tardío (firmemente asentado después de siglos de expansión favorecida por la *pax* del Imperio), se produce un resultado fácilmente comprensible: en Italia, España, gran parte de Francia y en algunas otras regiones del Imperio, el Derecho romano pervive como base del futuro Derecho nacional, mientras que el Derecho germánico -en el mejor de los casos- se funde con aquél, aportando algunas innovaciones parciales; hay alguna excepción, en concreto el norte de Francia, donde persiste el Derecho germánico, mientras que el romano se acepta

únicamente con carácter supletorio. La Alta Edad Media es la época de la consolidación de los reinos bárbaros en las antiguas provincias romanas y de la promulgación de las grandes leyes germánicas: la *lex Salica* en Francia, las *leges Alamannorum* y *Baiuvariorum*, la *lex Saxonum* (tal vez, la más fiel a la tradición) y las *leges visigothorum*, entre ellas las hispánicas, como el "Código de Eurico" y el famoso *Liber iudiciorum*, la más romanizada de todas, según la opinión doctrinal predominante. No obstante, estas leyes - escritas en latín, en su mayor parte - no reflejan el Derecho realmente vivido, y tampoco pretenden regular la totalidad de las relaciones jurídicas, sino sólo aspectos muy concretos, a pesar del carácter de "Códigos" que un cierto sector de historiadores del Derecho se apresuró a otorgarles.

En este contexto, el Derecho romano se va a convertir en instrumento fundamental de modernización; coadyuvan a su prestigio, entre otros factores, los estudios de las Universidades, la protección de la Iglesia, los intereses de los reyes y sus legistas y, por supuesto, las nuevas necesidades del tráfico jurídico. El éxito del Derecho romano es inmediato en Italia, en casi toda Francia (*pays de Droit écrit*) y, desde luego, en España (21); todo ello -insistimos- no impide el mantenimiento de algunos elementos germánicos que llegan, como veremos, hasta la codificación.

En Alemania, la vigencia de las leyes francesas continuó incluso tras la división del Imperio carolingio, si bien las relaciones de carácter jurídico-privado se regían por normas consuetudinarias que impregnan los diversos Derechos territoriales; estas costumbres son compiladas desde el siglo XIII, con carácter privado, en los diversos "Espejos" (de Sajonia, de Suabia, etc.). La Recepción es, por tanto, bastante tardía, puesto que no se consuma hasta 1500; pero su acción fue tan eficaz que llegó a desplazar totalmente al antiguo Derecho, dando lugar a una situación que se prolonga hasta la entrada en vigor del B.G.B., en el año 1900: la vigencia en bloque del Corpus justinianeo como Derecho común, en defecto de costumbres particulares. La Recepción, por cierto, está directamente vinculada con la situación política alemana y, como observa Maitland, la romanización del Derecho se concibe por los germanistas como una desgracia, ligada por una relación de causa a efecto con "las fuerzas que hicieron pedazos una nación (22)".

La codificación del siglo XIX consagra el triunfo de las concepciones romanistas: el Código napoleónico se inspira ampliamente en el Derecho

romano y constituye el prototipo de los Códigos posteriores, aunque la conservación de algunas reglas consuetudinarias de raíz germánica haya excitado el afán polémico de cierta doctrina y permita afirmaciones exageradas como la de Mitteis, para quien el Code tiene un carácter más germánico que el propio B.G.B. (23). En todo caso, el Code fue espontáneamente aceptado en diversas regiones alemanas: así, en Westfalia (1808), en Hannover (1810), en Frankfurt (1811) y algunas otras, mientras en Prusia persistía la vigencia del Allgemeines Landrecht, y en Austria la del Código Civil de 1811.

A pesar de Savigny, el ejemplo francés despierta en Alemania un vivo deseo codificador (24), que sólo pudo llevarse a la práctica por el Reich nacido en 1871, ya que la ley de 20 de diciembre de 1873 declara materia de competencia del poder central todo el Derecho Civil. Pronto se forma una Comisión que publica, en 1888, el célebre "Primer Proyecto", notablemente inspirado por Windscheid y, por consiguiente, plenamente romanista y conceptualista; Gierke dirige contra este texto sus páginas más polémicas y, en general, los germanistas manifiestan su oposición al triunfo de los savignyanos (25). En 1890 se crea una segunda Comisión, de composición más amplia, en la que destaca la figura de Gottlieb Plank; el Código se aprueba definitivamente por el Parlamento el 14 de julio de 1896, el Kaiser lo sanciona el 18 de agosto y entra en vigor -según lo previsto- el 1º de enero de 1900.

Aunque menos romanista en su redacción definitiva que en el denostado proyecto inicial, el Código no satisface de ningún modo a los germanistas. Su sistemática (Ley de Introducción, parte general, obligaciones, derechos reales, familia y sucesiones) es el tipo mismo del plan Savigny y, en definitiva, el índice general de un libro de Pandectas. Su lenguaje refleja una notable precisión científica, que se critica por su frialdad y se califica de "pesado dogmatismo". El Derecho de obligaciones es acusadamente romanista. Pero no falta -como reconocen sus propios adversarios- la influencia germánica en cuanto a transmisión y publicidad de los derechos reales y en los libros dedicados a familia y sucesiones. En fin, aunque su técnica es casi perfecta, se critica su lenguaje esotérico, que lo aleja de la sensibilidad popular y le hace perder, en buena medida, su potencialidad unificadora (26). Gierke, lógicamente, participa de estas críticas, si bien su espíritu constructivo le lleva a salvar en lo posible la

tradición genuinamente alemana (según su criterio), en el famoso *Deutsches Privatrecht*. El trabajo de investigación y la erudición son, sin duda, extraordinarios; pero es demasiado tarde para cambiar el curso de la historia, porque el Derecho romano es ya parte esencial de la historia jurídica de Alemania (27).

En todo caso, la obra de Gierke conserva un valor dogmático imprescindible para la interpretación de las instituciones germánicas que perviven en el Derecho moderno y, en esta medida, se ve cumplido su deseo de producir algo más que una excelente historia del Derecho alemán; a diferencia de otros germanistas y de muchos románticos simplemente convencionales, Gierke, con su *Deutsches Privatrecht*, escribe un importante tratado sistemático de Derecho alemán (28).

2.- La corporación germánica y la teoría de la realidad de las personas jurídicas.

La institución que mejor refleja la peculiar concepción jurídica del pueblo alemán es, según los germanistas, la corporación (*Genossenschaft*). El estudio histórico y sistemático de esta figura, así como la crítica a la débil y dispersa teoría de las personas jurídicas que ofrecen los romanistas, constituye -por tanto- el núcleo mismo de la formidable labor investigadora de Gierke. En efecto, con independencia del juicio que merezcan sus planteamientos, no cabe dejar de reconocer el carácter profundo y exhaustivo de su *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, ya que esta obra no es sólo la más importante exposición de la teoría de la realidad de las personas jurídicas, sino también el más completo estudio científico acerca de la doctrina opuesta, la teoría de la ficción. En esta materia, el enorme trabajo de Gierke obtendría algunos resultados prácticos, porque su crítica radical a la regulación de las personas jurídicas en el primer proyecto de B.G.B. influyó en que el texto definitivo del Código refleje un cierto equilibrio entre la influencia pandectista y la tendencia germanista. Por todas estas razones, Otto von Gierke recibe el elogio unánime de la doctrina jurídica y goza del máximo respeto, incluso por parte de sus adversarios (29).

Gierke recoge el concepto de corporación elaborado por su maestro Beseler y afirma, con sólidos argumentos, la teoría de la realidad de las personas jurídicas (30). La corporación es, ante todo, una persona colectiva

(Gesamtperson), es decir, una comunidad que supera en un ámbito determinado el "ser para sí" de los individuos, sustituyéndolo por la asociación. Por consiguiente, hacia fuera, es una unidad personal, titular de derechos y obligaciones y hacia dentro supone, sobre todo, una fusión de los ámbitos de las voluntades particulares. Esto no significa -y ello es esencial- que la comunidad destruya la personalidad individual, sino que la integra, situando al individuo en una conexión jurídicamente ordenada: así, la persona es miembro integrante de la comunidad y medio a través del cual ésta actúa.

Aunque la corporación germánica, según Gierke, se basa en la libre unión de sus miembros, es esencial diferenciarla nítidamente de la *universitas* (en rigor, más romanista que romana (31)). La *universitas* está en el origen de la teoría de la ficción, cuya evolución explica Gierke a partir de la obra de los canonistas medievales (en concreto, de Sinibaldo Fieschi) y el mismo orden de ideas se aprecia en la doctrina de la *societas*, producto del contrato entre individuos libres e iguales, defendida por el iusnaturalismo racionalista, que termina por derivar en una defensa a ultranza del principio mayoritario, como exponente -para emplear categorías rousseauianas- de la voluntad de todos y no de la voluntad general (32). Toda la evolución mencionada se recoge en la teoría de Savigny sobre la persona jurídica como simple ficción de la ley (33).

En rigor, la concepción romanista limita la personalidad jurídica a los individuos, ya que sólo el hombre es capaz de ser sujeto de derechos. La ley, sin embargo, puede restringir este principio, y así ocurría en Roma, donde la personalidad se limita a quienes gozan de la posición adecuada en el *status civitatis*, el *status libertatis* y el *status familiae*; también puede modificar la regla general en sentido inverso, es decir, ampliando el otorgamiento de personalidad a otros entes que son puramente ficticios, incapaces de querer y deben ser tratados jurídicamente como los menores o los dementes, de modo que la representación (calificada como "legal" o "necesaria") complete su voluntad y levante las restricciones establecidas en su capacidad de obrar. Por lo demás, no es difícil concluir -desde esta perspectiva- que no hay tales personas jurídicas, sino simples patrimonios sin sujeto (*Windscheid*) o que los verdaderos sujetos son los individuos que la componen (*Ihering*).

Para la concepción germánica, la extensión del concepto de persona es mucho más amplio y, por ello, no puede recaer sobre el hombre individual sino que comprende, sobre todo, a las colectividades. En puridad, la persona jurídica germánica no se contrapone a sus miembros como un tercero, sino que está orgánicamente ligada a ellos: la persona colectiva y sus miembros constituyen una unidad, dotada de una voluntad propia (*Gesamtwille*) que no es la simple suma de las voluntades particulares, sino la voluntad común de todos, orgánicamente declarada. Tiene también una capacidad de obrar propia, la posibilidad de realizar una acción colectiva, por sí misma y no por terceros, pues las personas ligadas por la constitución corporativa son miembros del cuerpo vivo de la asociación.

En definitiva, la comunidad no es un ser abstracto dotado de vida propia con respecto a sus integrantes, sino que individuo y comunidad se integran y complementan mutuamente: la comunidad se manifiesta a través de sus miembros y éstos sólo son personas en tanto que miembros de aquélla, ya que sólo en el todo se realiza el derecho del individuo y el todo le apoya y responde por él. La comunidad así entendida no es una mera unidad vital y fáctica, sino una unidad ético-espiritual de vida, alentada y sustentada por el espíritu del pueblo. Con ello, ciertamente, Gierke y los germanistas en general no pretenden ser antiindividualistas: al contrario, consideran que la personalidad es tan extensa y rica en potencialidades que puede sacrificar una parte de sí en favor de la nueva unidad volitiva que nace naturalmente de la asociación, sin que por ello destruya, sino que -por el contrario- accede a un superior nivel ético-espiritual (34).

Frente a este planteamiento, el Derecho romano parece a Gierke "abstracto e individualista", ya que se apoya únicamente en la voluntad singular de la persona y se basa en un pensamiento institucional que produce la incompatibilidad radical entre dos universos jurídicos. Desde esta perspectiva, Gierke aborda su famosa teoría de la realidad de las personas jurídicas (35). El punto de partida es la crítica, unas veces violenta, otras irónica, a la teoría de la ficción; respecto del primer proyecto de B.G.B., afirma que su regulación de la persona jurídica sólo conoce el nombre y no la esencia de la corporación, sólo sabe de individuos cerrados entre sí y no de una comunidad de personas que vivifica a sus miembros en una personalidad colectiva (36): la persona ficticia es, en suma, la doctrina del hombre artificial.

En cambio, la corporación es una persona real colectiva (*realer Gesamtperson*), formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa, que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales y de las propias posibilidades de actuación del hombre aislado. Este todo colectivo es un organismo social, dotado -como el hombre- de su propia potestad de querer. La corporación surge espontáneamente, bien por hechos históricos-sociales, bien por decisión libre y voluntaria de los hombres; en todo caso, existe independientemente de toda intervención del Estado, ya que el reconocimiento estatal no tiene valor constitutivo (como piensan los romanistas), sino puramente declarativo, como simple constatación de su existencia. En definitiva, la cuestión del acceso a la condición de persona jurídica es el punto esencial de la polémica: la teoría romano-canónica conduce, en el extremo, a un estatismo absolutista, ya que el reconocimiento equivale a una concesión de privilegio (*solus princeps habet potestatem novi collegii fabricandi* (37)). La capacidad jurídica de la corporación es análoga a la de la persona física, salvo ciertas relaciones que son -por esencia- ajenas a su constitución: por ejemplo, los derechos de familia o los del estado civil.

La persona jurídica es capaz de querer y obrar; más aún, el Derecho atribuye personalidad a los entes colectivos porque los considera como portadores reales de una única voluntad, que se manifiesta por medio de órganos, en un sentido análogo a los hombres individuales. Para ser exactos, lo mismo que la persona física sólo puede manifestar su actividad por medio de los órganos corporales, así la persona colectiva se expresa y actúa por medio de órganos y no de representantes: es la propia persona colectiva la que quiere y obra mediante sus órganos, que dan vida a la personalidad inmanente al ente común, siempre que actúen -por supuesto- *intra vires* y mediante el procedimiento establecido en el acto constitutivo. Todo ello a diferencia de la representación, que supone un dualismo de voluntades y se articula sobre una hipóstasis, al atribuir al representado la voluntad declarada por el representante.

Como lógica consecuencia de lo anterior, la persona colectiva puede cometer actos ilícitos, con trascendencia civil y penal, frente a la clásica teoría de la ficción que se ampara, precisamente, en que no puede delinquir ni pecar. La sanción del ilícito puede consistir tanto en penas pecuniarias como en la disolución forzosa, y es indudable que la corporación está

obligada a resarcir los daños causados, tanto por culpa contractual como por culpa aquiliana. Por último, la persona colectiva se extingue por la destrucción del organismo social o por sanción.

Entre los entes reales colectivos se encuentran, además de las corporaciones stricto sensu, las instituciones y fundaciones, que son también unidades colectivas sociales a las que se incorpora una voluntad independiente de las voluntades singulares, que es la del institutor o fundador, quien se perpetúa a través de la persona colectiva: en este caso, el organismo social sirve al fin de la institución o fundación a la que está incorporada la voluntad originaria de modo inmanente y no trascendente, como en la construcción romanista. Así pues, Gierke concibe la existencia de dos clases de personas jurídicas: las corporaciones y las instituciones (Anstalten) y éstas pueden ser, a su vez, públicas y privadas (en cuyo caso, las denomina fundaciones (38)).

Con todo ello, Gierke muestra una vida social llena de entes vivos y reales que personifican el espíritu del pueblo, formando un "orden existencial superior que se eleva sobre los órdenes vitales de los individuos", los cuales dan sentido a su existencia "en la referencia a la vida colectiva superior (39)". De este modo, aplica al Derecho las ideas de Schelling, que conoce especialmente a través de Dilthey; el concepto de organismo social, formulado por Gierke, es -en rigor- una categoría de las ciencias del espíritu, una "categoría metafísica (40)". La teoría social de Gierke se apoya así en una base ontológica: la sustancia espiritual del pueblo encuentra la forma adecuada en estos organismos sociales y, en el máximo grado, en la comunidad cualitativamente superior a toda otra, el Estado.

Sea o no la construcción gierkeana de la personalidad jurídica la "hipótesis fantástica de un artista del Derecho (41)", lo cierto es que su influencia en la doctrina posterior es difícilmente exagerable. La segunda gran teoría sobre la naturaleza de la persona colectiva queda así ligada indisolublemente al nombre de Gierke; sus seguidores son muchos y destacados: entre ellos, por citar sólo a los alemanes, Wundt, Mitteis, Bülow, el mismo Regelsberger (a pesar de su condición de pandectista) y, aplicando la doctrina al Derecho público, Rossin y Preuss, entre otros. Es verdad, sin duda, que la existencia de un "yo" colectivo distinto de la totalidad de los individuos no es fácilmente admisible y que no es difícil descalificar la teoría como producto de una imaginación más o menos ingeniosa; pero

también es cierto que la teoría de los órganos se ha impuesto indiscutiblemente en la doctrina moderna, incluyendo (por supuesto) a los sectores más individualistas, que la utilizan con un criterio puramente utilitario, aunque nieguen a radice cualquier vinculación intelectual con el organicismo y con la teoría realista de la persona jurídica (42).

3.- El Derecho social como superación de la antítesis entre Derecho público y privado.

La construcción de las relaciones jurídicas desde la perspectiva del espíritu social (cuya inexistencia se reprocha al Derecho romano) es considerada por los germanistas como la cualidad fundamental del Derecho germánico. En concreto, el individuo, centro y eje de la concepción romanista, debe ser concebido a partir de su condición de miembro de una pluralidad de comunidades que determinan su trayectoria personal, dando lugar a una sociedad perfectamente articulada o vertebrada y no a una supuesta situación de aislamiento del individuo frente a un Estado que le resulta ajeno, cuando no hostil (43).

La concepción gierkeana implica, por razones obvias, la crítica de la tradicional división entre Derecho público y privado: la "unidad del Derecho" es, según este criterio, "una gran idea germánica (44)", que supera un dualismo cuyas consecuencias conducen, por una parte, al Derecho público absolutista y, por otra, al Derecho privado individualista. Una vez más, las teorías romanas (y romanistas) son objeto de críticas radicales. En particular, Gierke se refiere a la teoría del interés que ampara la norma como criterio de distinción entre dos universos jurídicos, lo público y lo privado; el punto de partida de esta teoría se encuentra, como es sabido, en el conocido texto en el que Ulpiano sostiene que, para el estudio del Derecho, *duae sunt positiones: el Derecho público -quod ad statum rei romanae spectat- y el Derecho privado -quod ad singulorum utilitatem pertinet (45)-*. Sin tomar partido en la polémica acerca de posibles interpolaciones en el texto de Ulpiano, es preciso admitir que la influencia de la teoría del interés ha sido enorme; introducida en el pensamiento jurídico moderno por la "dirección dogmática" del siglo XVI (Donello, Vigelio), se manifiesta luego con diversas variantes: la teoría -más matizada- del interés predominante, el criterio de la patrimonialidad (46), la identificación del Derecho privado con el *ius dispositivum* y del Derecho público con el *ius cogens*, y otras muchas. También los *iuspublicistas*

defienden la dualidad con criterios pretendidamente objetivos, de modo que, según una opinión difundida ampliamente desde Jellinek, el Derecho público se caracteriza porque regula relaciones jurídicas en las que interviene como sujeto el Estado o, más exactamente, relaciones entre sujetos que no están en posición de igualdad, sino de jerarquía.

La negación del dualismo caracteriza, pues, la obra de Gierke, quien considera al Derecho social más como una superación de la antítesis público-privado que como un *tertium genus* que venga a sumarse a los anteriores, en la línea -por ejemplo- de León Duguit, que defiende la existencia de un único Derecho, destinado a servir a la solidaridad social. La negación de la distinción entre Derecho público y privado alcanzará su máximo desarrollo en el siglo XX, ya se critique por razones técnicas (en Kelsen y su escuela) o por razones políticas (en la doctrina soviética y en la nacionalsocialista).

Para Gierke, el espíritu comunitario propio del Derecho germánico debe informar todas las ramas del Derecho y, especialmente, debe inspirar el Derecho privado, evitando sus tendencias eventualmente egoístas y antisociales. Aunque no expuso sistemáticamente la incidencia de estos planteamientos en las diferentes instituciones jurídicas, su preferencia por la "plasticidad" y el "carácter intuitivo" de los conceptos *iusprivatistas* germánicos sobre los romanos incide en muy diversos ámbitos:

1º) Ante todo, en el Derecho de personas, ya que las personas jurídicas han de ser concebidas desde un nuevo espíritu ético y social, en el que se valore -además del aspecto patrimonial- la unidad moral de la comunidad, incluyendo su nombre y "emblema", e incluso su honor.

2º) En materia de obligaciones, es preciso superar la concepción romana sobre la situación del sujeto pasivo (que se centra en la responsabilidad abstracta del patrimonio del deudor y el correlativo poder de intervención del acreedor) para acentuar el deber ser jurídico del obligado; a pesar de que no lo afirma expresamente, Gierke parece concluir en una regulación similar a la del primitivo Derecho romano (anterior a la famosa *Lex Poetelia Papiria* de nexis, de 236 a. C.), sin admitir, por supuesto, la responsabilidad del propio cuerpo del deudor.

En el estudio de las diversas obligaciones contractuales, Gierke dedica especial atención a los efectos reales del arrendamiento,

considerándolos como prueba de la persistencia del concepto germánico de profesión u oficio; por ello, se opone a la configuración del contrato de arrendamiento en el B.G.B., que mantiene el carácter puramente personal y obligacional de la relación arrendaticia, sin perjuicio de la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador, admitida ya, en buena medida, por el propio Código francés (47). Frente a ello, sostiene Gierke, la distinción tajante entre obligación y derecho real produce consecuencias socialmente desfavorables, de modo que debe asegurarse al arrendatario un derecho patrimonial a los frutos de la cosa; el objetivo es, sin duda, defender la tradición alemana encarnada en el mundo rural que garantiza, según Gierke, la estabilidad social y política.

3º) En lo relativo a los derechos reales, Gierke se ocupa ampliamente del derecho de propiedad. Una propiedad absoluta, como es obvio, no tiene sentido desde la perspectiva del Derecho social, y si bien es cierto que los deberes más elevados que la propiedad conlleva corresponden al ámbito (incoercible, por esencia) de la moral, es preciso imponer mediante sanciones jurídicas el "mínimo social necesario" que garantice la utilidad social, más allá de la simple prohibición del abuso de derecho (48).

En este sentido, Gierke afirma la exigencia de usar reclamente la propiedad, subordinándola a las exigencias sociales; más aún, concluye en una negación del propio dominio, concibiendo la propiedad -en concreto, la del suelo- como un "derecho limitado de usufructo" sobre una parte del territorio nacional. Deriva así en un antiindividualismo que llega a ser, tal vez sin desearlo expresamente, puro estatismo; y, en último término, defiende la distinción entre dominio directo y dominio útil, atribuyendo aquél al Estado y borrando, en fin, al derecho de propiedad de la relación de los derechos fundamentales de la persona.

4º) Por último, el Derecho de familia y de sucesiones se inspira también en principios comunitarios, concibiendo el matrimonio como "comunidad de vida" y articulando la sucesión mortis causa en función de la conservación de patrimonio familiar, sin olvidar que el fin "social" de este sector del Derecho civil (es decir, la permanencia de un campesinado fuerte y estable) exige que se otorgue una sólida posición al heredero.

Pero donde mejor se aprecia el sentido social de la obra de Gierke es, sin duda, en su concepción del Derecho del trabajo, a partir de la crítica a la

"ficción" de la libertad contractual, frente a la cual -escribe pensando más en el campesino que en el asalariado industrial- se requiere una protección material de las clases sociales amenazadas por la presión de los económicamente potentes. En su estudio sobre los orígenes del contrato de arrendamiento de servicios (49), Gierke pone de relieve cómo la locatio conductio operarum del Derecho romano nace de un desgajamiento del arrendamiento de cosas, mientras que las raíces de la configuración jurídica del trabajo por cuenta ajena en el Derecho germánico se encuentran en el Derecho de personas y no en el de obligaciones; en concreto, el origen está en el contrato de servicio fiel, cuyas características le permiten oponerse a la concepción romana -reforzada por los principios del liberalismo económico-, que se traduce en una simple configuración de la relación laboral como contrato destinado al intercambio de trabajo por remuneración.

Para Gierke, el nuevo Derecho del trabajo "de contenido social" (el Derecho social, pues, por excelencia) debe basarse en la concepción germánica del contrato de servicios, resaltando sobre todo su función organizativo-profesional, así como en el "Derecho comunitario profesional" nacido de las corporaciones. En todo caso, Gierke destaca el interés jurídico del hecho de que el trabajador ingresa en el organismo empresarial, pues la empresa no es sólo una obra impersonal, sino una persona jurídica y, como tal, un ser vivo y real, en el que el trabajador se integra (50). El planteamiento gierkeano conduce a lo que su discípulo Potthoff llama el "destronamiento del contrato de trabajo" y su sustitución por la teoría relacionista, acogida luego en el Derecho laboral del nacionalsocialismo, especialmente en la obra de Siebert. En este tema, como en otros, la doctrina germanista parece concluir en una formulación antiindividualista que, bajo la apariencia de perfecta articulación de la personal en las diversas colectividades que la acogen como miembro, concluye en una restricción de la personalidad y de la libertad muy superior a la que se deriva del Derecho romano y sus instituciones supuestamente antisociales (51).

III.- TEORÍA DEL ESTADO: LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL COMO FORMA DEL ESTADO ALEMÁN, POPULAR Y CORPORATIVO.-

La concepción del Estado como organismo tiene orígenes remotos y una historia tan dilatada como, con alguna frecuencia, contradictoria. En todo caso, aunque su inspiración es platónica y recibe una peculiar

formulación en la doctrina paulina del cuerpo místico, el desarrollo de la teoría orgánica es genuinamente medieval -como Gierke demuestra de forma concluyente- concretándose en la obra de Altusio, tal vez el clásico que mejor conoce y estudia nuestro autor (52).

En apoyo de su ideal político, Gierke explica la evolución histórica del Estado alemán a partir de las asociaciones de hombres libres corporativamente organizados; la ruptura de este proceso histórico se produce, por supuesto, con la Recepción, que introduce categorías romanistas abstractas. En concreto, el colectivismo agrario germánico, cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, se fundaba jurídicamente en la titularidad "en mano común", de tal modo que las tradicionales asambleas rurales eran la expresión originaria de esta comunidad dominical vecinal, que de alguna manera pervive, a través de exenciones y franquicias, en las ciudades medievales. Todo ello se interrumpe cuando la universitas municipal, construida con técnicas romanistas, interpone una personalidad independiente entre la comunidad local y su propiedad colectiva. Este proceso, por cierto, se aprecia nítidamente en la historia del Derecho español, de tal modo que las categorías del Derecho romano -introducidas en España siglos antes que en Alemania- dan lugar, en la evolución del régimen jurídico de los bienes locales, a la distinción entre bienes comunales (o de los vecinos) y bienes de propios (o de los municipios) (53).

Estas concepciones romanistas, extendidas desde los pequeños municipios rurales a las ciudades, de éstas a los territorios y, por fin, a los Estados, constituyen -en opinión de los germanistas- el soporte del absolutismo político, que conduce a una homologación de la personalidad del Estado con la del soberano, sin que el constitucionalismo del siglo XIX consiga superar el divorcio entre pueblo y Estado. En realidad, las limitaciones del Estado constitucional originario son lógica consecuencia (no apreciada plenamente por Gierke) de sus propios supuestos históricos. En definitiva, el Estado liberal supone, por una parte, la superación del Estado absoluto en la medida en que se inspira en un principio democrático que el "tercer estado" convierte en arma decisiva frente al Antiguo Régimen: la Nación, ciertamente, deviene titular (permanente, irrenunciable y perpetuamente actual, según Sieyès) del poder constituyente. Pero también supone el Estado nacido de la Revolución francesa la continuidad de los presupuestos del absolutismo, puesto que se

construye mediante la asunción por la Nación del poder acumulado por la monarquía en una lucha de siglos -al menos, desde la Baja Edad Media- y se justifica en la conclusión del proceso de homogeneización política iniciado por los reyes absolutos. Por eso, el Estado constitucional se establece sobre el solar que los monarcas se ven forzados a abandonar, después de haber contribuido decisivamente a su formación: la Nación y, en suma, el Estado nacional (54). Cabe hablar, por tanto, de un fenómeno histórico de apropiación por la Nación de la obra histórica de la monarquía, entendiendo el término "Nación" en la significación estricta que le atribuye originariamente el constitucionalismo.

En este estado de cosas, la misión esencial de la Ciencia política y del Derecho público alemán consiste, para Gierke, en volver a insertar el Estado en el pueblo, de modo que el Estado-autoridad, institucionalmente establecido según la técnica del Derecho romano, se transforme de nuevo en un Estado alemán, popular y corporativo. Desde esta perspectiva, es lógico que Gierke configure al Estado como "asociación de asociaciones" en el sentido de Altusio (aunque sin admitir la teoría iusnaturalista del pacto social, desviada desde tiempo atrás hacia formulaciones individualistas) y se preocupe por el respeto a la autonomía de las comunidades menores, frente al centralismo y el burocratismo del Estado absoluto y, desde luego, del primer Estado constitucional (55).

La nueva teoría gierkeana del Estado se fundamenta en su concepción organicista, menos original de lo que algunos pretenden, puesto que está directamente vinculada con la doctrina del Estado romántico u orgánico que sustituye, en la Europa de la Restauración, al Estado organizativo establecido por Napoleón (56). En este sentido, Gierke es deudor directo (y políticamente, epígono tardío) de los contrarrevolucionarios franceses Bonald y Maistre, de A. Müller y -sobre todo- de Lorenz von Stein.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión. Es preciso señalar ahora que la teoría organicista había sufrido en el siglo XIX una seria crisis de credibilidad, como lógica reacción frente a un planteamiento mimético hacia las ciencias naturales, que ve al Estado como fenómeno biológico e incluso fisiológico, objeto de estudio dentro de la escala zoológica, aunque -eso sí- entre sus sectores más nobles. Se afirma en esta época que el Estado es un "animal vertebrado superior", dotado de su aparato digestivo,

neuromotor, vascular, etc, y se mantienen doctrinas tan peregrinas como la distinción entre Estados masculinos y femeninos (el tío "Sam" y la "dulce Francia", por ejemplo). Es lógica, por consiguiente, la pérdida de prestigio de la teoría organicista, aunque la defiendan autores tan conocidos como Herbert Spencer (57).

El enfoque del organicismo moral del que participa Gierke es, sin duda, más serio y complejo: su fundamento es el carácter ético-espiritual del organismo estatal, sin perjuicio de tomar en consideración su base física. En efecto, aunque Gierke se opone expresamente a la equiparación de los organismos sociales con los cuerpos de la naturaleza, agrupa sin embargo a unos y otros bajo el epígrafe común de "seres vivos" (58). Por eso, aunque el Estado y las restantes colectividades son organismos propiamente sociales, la teoría se ve obligada a compararlos con los organismos individuales. Bien entendida, esta comparación significa únicamente que debe reconocerse en el cuerpo social la unidad vital de un todo formado por partes, análoga a la que percibimos en los seres naturales. Es verdad que los organismos sociales no son susceptibles de percepción sensible, pero no es totalmente cierto que los sentidos no puedan decirnos nada acerca de la existencia de colectividades, ya que también la vida colectiva se refleja en totalidades físicas: por ejemplo, cuando desfila un regimiento, cuando vota el cuerpo electoral o cuando actúa la fuerza pública. Todos ellos son acontecimientos que pertenecen al conjunto orgánico de la vida del Estado y son, efectivamente, perceptibles por los sentidos. Cierto es, admite Gierke, que al Estado siempre lo vemos parcialmente y que no es posible representarlo corpóreamente, sino sólo mediante símbolos; pero, en rigor, esto ocurre también con los individuos, de los que vemos únicamente simples movimientos corporales, para luego deducir de ellos una unidad vital. Se trata, en un caso y en otro, de reconocer lo invisible desde lo visible, porque también la unidad vital de cada hombre escapa a la percepción sensorial: "es un craso error creer que podemos ver la personalidad del individuo con los ojos del cuerpo".

Ahora bien: el organismo de Gierke no se basa sólo en lo puramente físico, sino -especialmente- en una determinada concepción ética. Es preciso, por consiguiente, buscar el significado moral del principio de unidad real de la comunidad, puesto que sólo desde esta perspectiva puede superarse el mecanicismo dominante y afirmar que "la comunidad posee valor en sí". Y

únicamente cuando se afirma el superior valor del todo frente a las partes puede establecerse un deber ético del hombre de vivir para el todo, con alguna de las consecuencias que ello implica: por ejemplo, el deber de dar la vida, si las circunstancias lo exigen. Por estas razones, Gierke se sitúa en el polo opuesto de la teoría individualista de la sociedad y, sobre todo, de la idea del Estado como institución que se justifica en la búsqueda de la felicidad de los individuos o, más exactamente, en la creación de las condiciones ambientales mínimas que permitan al individuo la búsqueda de su felicidad, asegurando el funcionamiento espontáneo de la sociedad entregada a sus propias leyes de evolución (59). Por todo ello, si el Estado no es una idea ética, el particular podría ser coaccionado a poner sus fuerzas y su vida a disposición de la colectividad, pero no cabría suponer en él una obligación moral de hacerlo, de modo tal que (concluye con notable apasionamiento romántico) "palidece el destello de una idea ética nobilísima, que en todo tiempo ha aureolado el sacrificio de la vida en aras de la patria".

En conclusión, lo mismo que debe respetarse el mandato divino del amor a Dios sobre todas las cosas, es preciso afirmar también otra fórmula sagrada: "ama al todo más que a ti mismo"; esta fórmula, como es obvio, carece de sentido si quien vive y muere por su patria lo hace en nombre de una simple "palabra vacía", en defensa de una sociedad puramente utilitaria e individualista.

Desde un punto de vista jurídico, Gierke profundiza en la teoría del organismo como sistema moral. Para el Derecho existen dos clases de organismos (60). En primer lugar, los organismos naturales, de los que sólo interesan al Derecho los hombres, en su calidad de "organismos jurídicos simples"; el individuo cumple para la ciencia jurídica la misma función que los organismos elementales para la ciencia orgánica de la naturaleza y, en este sentido, tanto su vida interior como su composición y articulación son ajenas al mundo jurídico; para el Derecho, los individuos constituyen meras unidades y sus miembros y órganos carecen de relevancia. No ocurre así con los organismos jurídicos, cuya vida nace de la unión de esencias jurídicas simples y cuya naturaleza es la propia de los seres compuestos, la estructuración y organización de los cuales posee una especial importancia para el Derecho.

No obstante, los métodos para el estudio científico de los organismos no son excluyentes, sino complementarios. En concreto, la Jurisprudencia ha de ser consciente de su enfoque unilateral y de sus propias limitaciones, porque "las fuerzas vivientes de los organismos sociales se manifiestan más allá del Derecho en todos los movimientos de poder y cultura y producen sus efectos más trascendentes independientemente del Derecho e incluso contra el Derecho (61)".

El organismo moral se refleja en el estudio sistemático de la teoría gierkeana del Estado. En primer lugar, el propio concepto de Estado, directamente vinculado con su formulación ética de la teoría orgánica. El Estado, reitera Gierke (62) es la comunidad "más amplia y elevada" de cuantas existen en la vida común de los hombres por encima de las existencias individuales; es, por tanto, una unidad permanente, que quiere y obra como los seres vivos y en la que se agrupa todo un pueblo. Por tanto, cada individuo no tiene una existencia singular cerrada, sino que es miembro de una realidad colectiva, a través de la que participa en un orden superior de la existencia, que se alza (cualitativamente) sobre el orden de vida individual. El gobernante es el miembro más importante de la comunidad y el único que decide sobre "el movimiento del todo"; pero, en verdad (y ello muestra como Gierke asume criterios genuinamente medievales), el gobernante no es más que una parte de este todo y no es, en ningún caso, un todo en sí mismo considerado; podría ser comparado, acaso, con la cabezas del cuerpo humano. Así entendido, el Estado es la comunidad del obrar político; su sustancia es la voluntad colectiva, su forma de manifestarse es el poder organizado y su misión es la obtención del resultado por la comunidad.

Esta vida estatal ha existido en todo tiempo. Sin embargo (en la misma línea de toda la teoría formalista del Estado a la que, en general, critica), admite Gierke que sólo puede hablarse de Estado propiamente dicho cuando se ha formado un organismo peculiar y característico de la vida estatal, que goza de los elementos clásicos de territorio, población y poder soberano.

El territorio y la población no deben ser concebidos como meros objetos sobre los que el Estado ejerce su soberanía. Gierke no admite, en ningún caso, la teoría tradicional del territorio-objeto, ni en su formulación originaria, según la cual existe un derecho real de dominio del Estado sobre

su territorio, ni tampoco en su vertiente moderna, iniciada por Laband, en virtud de la cual se atribuye al Estado un derecho real sui generis de carácter público (un derecho de soberanía, en último término) sobre aquél. Por el contrario, el territorio es elemento constitutivo del Estado-persona, de modo que Gierke coincide aquí con Jellinek en la necesidad de superar la vieja teoría patrimonialista.

Mucho más interés presta Gierke al segundo elemento del Estado, el pueblo, dado que la esencia de su ideal político consiste en restaurar la identificación entre pueblo y Estado; a través de esta identificación se lograría (siguiendo las huellas de Oldendorp, de Grocio y, por supuesto, de Altusio) establecer un "Derecho natural del pueblo", peculiar formulación germánica del Derecho natural, que se opone tanto al iusnaturalismo individualista de los ilustrados como al iusnaturalismo "monárquico" de los absolutistas.

Entiende Gierke (63) que la teoría formalista de Laband (que manifiesta la continuidad histórica del absolutismo con el Estado constitucional, sin otra novedad que la subrogación del Estado en la posición del monarca) hace imposible la coincidencia entre pueblo y Estado, ya que, a pesar de su apariencia constitucionalista, sitúa al Estado fuera y por encima del pueblo. Lo mismo que el territorio, el pueblo constituye -para Laband- un objeto sobre el que recaen las facultades que integran la soberanía estatal (todavía según algunos, el dominium) y ello se refleja en la propia facultad de "enajenación" del territorio con su población que se utiliza con frecuencia en el Derecho internacional, ya sea enajenación a título oneroso o gratuito, por razón de sucesiones o por fuerza mayor, es decir, disputas dinásticas que se resuelven con la muerte del monarca o derrotas militares que fuerzan a la cesión del territorio y la población al vencedor, respectivamente.

Esta construcción privatista no satisface a Gierke, porque no sitúa la personalidad unitaria del Estado en la totalidad organizada. Por eso, si se admite la teoría de Laband, la persona jurídica se halla fuera de su substrato (el pueblo), de modo que la personalidad estatal se convierte en una unidad conceptual alzada sobre el pueblo y éste, desde el punto de vista del Derecho político, no constituiría una totalidad (o unidad subjetiva o comunidad) sino únicamente una cambiante pluralidad de individuos. De esta forma, toda posible relación jurídica entre el Estado y el pueblo se

agotaría en la suma de las relaciones de poder entre aquél y los miembros singulares de éste. Y por ello, viene a concluir Gierke en su crítica a Laband, el sistema recibe un tinte marcadamente absolutista, que no puede atenuarse por medio de "inconsecuentes concesiones" a la doctrina clásica del constitucionalismo. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, íntimamente relacionada con la teoría de la personalidad jurídica del Estado.

En cuanto al poder como tercer elemento del Estado, la tesis de Gierke es extremadamente clásica: "el Estado es un poder especialmente cualificado por su carácter supremo, de tal modo que el poder soberano distingue al Estado de las restantes asociaciones (64)". Es Estado es, pues, una comunidad cuyo poder no está limitado por ningún otro poder análogo situado sobre ella, sino que se sitúa él mismo -en tanto que comunidad- por encima de todo otro señorío de idéntica naturaleza; esta cualidad permite al Estado mostrar un carácter específico y cualitativamente distinto de otras asociaciones de carácter político, "pues un poder que es superior a todo otro se distingue de los demás por la nota característica de que es el poder por antonomasia, de que es poder y sólo poder".

El estudio de los órganos del Estado y su clasificación estructural ofrece una perspectiva fundamental para comprender las ideas políticas de Gierke. Porque Gierke, en efecto, no se diferencia en esta materia de sus antagonistas de la Escuela formalista y concluye en la sacralización del Reich nacido en Versalles, a través de una aceptación teórica y práctica de la monarquía constitucional como forma de Estado, fundada en la pervivencia del principio monárquico puro con algunas concesiones formales al principio democrático. Lo cual, por cierto, no es extraño en la medida en que la pervivencia de la monarquía en la Europa postrevolucionaria se articula a través de su inserción en el esquema constitucional, de modo que el monarca se convierte en órgano del Estado, aunque sea -como veremos- con la cualidad de "supremo" y situado fuera de la configuración ordinaria de los órganos encargados de actuar alguna de las funciones tradicionales del Estado; legislación, ejecución y jurisdicción (65). Pero Gierke llega aún más lejos, ya que plantea la cuestión desde el propio principio de legitimidad, afirmando -como resume Kelsen- que "la condición jurídica del monarca no deriva de las leyes positivas, sino de su naturaleza (66)".

La unidad de la comunidad, entiende Gierke, es perfectamente compatible con la distribución de las funciones contenidas en el poder del Estado entre varios órganos, que representan, inmediata e independientemente, la personalidad del Estado; en cambio, es incompatible con la división mecánica de las funciones estatales en varias esferas de poder atribuidas a órganos separados como poderes independientes. Por eso, es preciso que exista un órgano supremo que, en cuanto órgano central, participe esencial y directamente en toda función del Estado, si bien ello no obsta para que este órgano soberano sólo pueda ejercer, en ciertas materias, el poder indivisible del Estado junto con algún órgano no soberano (67). Más aún: la esencia del Estado constitucional consiste, para Gierke, en que el soberano no es titular único del poder del Estado, sino únicamente cotitular del mismo. Se trata, en definitiva, de una formulación prototípica de la monarquía constitucional entendida como forma jurídica del Estado (y no como simple forma de gobierno), cuyo objetivo es la superación del dualismo de la monarquía estamental, puesto que no existen ya dos "mitades" antagónicas sino una sola unidad estatal, en cuyo nombre actúan dos órganos: el monarca y el Parlamento, por derecho propio el primero y en calidad de "órgano del pueblo" el segundo (68).

Lo cierto es, sin embargo, que nuestro autor comparte la concepción genuina de la monarquía constitucional en virtud de la cual el principio monárquico despliega toda su virtualidad: la Constitución no es sino un acto de liberalidad regia y, en consecuencia, todo lo que no se atribuye expresamente a otro órgano sigue correspondiendo al monarca, que goza así de una presunción de competencia que le permite conservar todos los poderes residuales (69). No se trata sólo de una cuestión de técnica constitucional; en realidad, es un problema de legitimidad del poder, ya que se atribuye al monarca un derecho anterior y superior a la Constitución. La realeza, había dicho von Stein, no es "un artículo de la Constitución" ni un mandatario del pueblo, sino "el presupuesto directo e incondicionado de toda Constitución (70)".

En esta línea se desenvuelven los argumentos de Gierke (71). El monarca no aparece, en efecto, como un miembro ordinario del Estado al que la Constitución establece como órgano supremo; por el contrario, es precisamente "la cabeza del cuerpo del Estado", un miembro

particularmente cualificado y esencial, "llamado por su naturaleza íntima a desempeñar una actividad notable en servicio de la comunidad". El monarca goza de un derecho propio en el Estado, en virtud del cual queda investido de una personalidad parcial, que sobresale en el seno de la personalidad colectiva. "Si se caracteriza este derecho del monarca, siguiendo el uso histórico, como soberanía, téngase presente que esta soberanía no tiene sentido ni frente al Estado ni frente al Derecho, sino solamente frente a los restantes miembros del Estado". Así pues, el derecho del titular de la Corona no es un derecho al cargo, como el que corresponde al titular del oficio público superior en una república, sino un *ius proprium* de naturaleza análoga, por ejemplo, al derecho de ciudadanía. De ahí se desprende, para el sistema científico del Derecho político, una interesante consecuencia: la Corona debe ser tratada al examinar los elementos fundamentales del Estado, y no al exponer la doctrina de la organización estatal.

La conclusión de Gierke es rotunda: el monarca no es meramente el órgano supremo del Estado, sino la "cabeza jurídica" de la nación; y por ello, el Derecho le reconoce una situación única dentro del cuerpo estatal, que le otorga una significación específica y peculiar para la comunidad; su derecho propio es, en suma, el fundamento de su condición de órgano supremo del Estado.

La construcción gierkeana deriva, en último término, en una idea muy concreta del pasado y del presente de la nación alemana: la idea germánica de Estado y el Derecho natural del pueblo alemán se habrían plasmado en el régimen del Imperio nacido del genio político de Bismarck. La conclusión resulta sorprendente, si no se valora la obsesión de Gierke por la unidad de Alemania, idea que prima absolutamente sobre cualquier diferencia accidental entre partidos. Lo cierto es que la Carta Imperial de 16 de abril de 1871 organizaba un equilibrio *sui generis* entre las tendencias unitarias y los particularismos multiseculares y, de alguna manera, recogía los esfuerzos de varias generaciones para poner fin a la perturbadora *Kleinstaatererei*.

El Sacro Imperio había sido un caos político, una fórmula de apariencia solemne que enmascaraba una *deutsche Bund*. Por eso, la Confederación del Rin fue un hecho revolucionario, aunque no dejaba de ser una nueva "solución francesa" para la cuestión alemana: Napoleón cumplió

su papel de fédérateur en defensa del interés de Francia, como Richelieu preparó en su día la neutralización del poderío germano, consagrada en Westfalia. Con una diferencia básica: la influencia francesa en la Confederación de 1806 fue puramente coyuntural; en cambio, la supresión del fantasmal Imperio era una verdadera revolución y, en definitiva, el detonante de la crisis de la vieja Alemania (72). La Carta de 1871 venía, por tanto, a coronar los esfuerzos de la "época de las Confederaciones".

Es verdad que en el nuevo Reich se integraban todavía más de treinta Estados; pero también lo es que se habían reducido a la décima parte de los existentes desde la paz de Westfalia. Es cierto, también, que Baviera y algunos otros conservaban una importante libertad de acción; pero también hay que recordar que nunca prosperó (ni siquiera en la teoría) la existencia del derecho de secesión. Por todo ello, Gierke se sentía satisfecho con la existencia de un Reichstag representante del pueblo alemán que lo elegía por sufragio directo, aunque el verdadero poder de la Confederación residía - además del Kaiser- en la Asamblea de representantes de los Estados, vinculados por el mandato imperativo de sus gobiernos. Y aunque la Carta era, en puridad, un pacto de príncipes y no un acto de afirmación nacional, el sistema funcionó (en la medida en que sirvió para consolidar la unidad alemana) gracias al vigoroso impulso de Prusia y a los éxitos nacionales e internacionales de la política de Bismarck.

La forma de gobierno preocupaba menos a Gierke. En todo caso, veía con simpatía la estabilidad ministerial derivada de la exclusiva responsabilidad del canciller ante el Emperador, que permitió a Bismarck dirigir el país desde 1871 a 1890. Tampoco disgustaban a Gierke las fluctuaciones en la política interna del canciller, siempre pragmático en la búsqueda de apoyos (en los nacional-liberales contra los católicos hasta 1877; en el centro contra los socialistas, hasta 1887; en los conservadores contra el centro, en sus últimos años). Lo fundamental era consolidar la unidad alemana: creación del ejército nacional, unificación de ferrocarriles y de servicios postales y, en fin, unidad jurídica en materia civil, penal y procesal.

Alemania estaba dejando de ser una simple denominación geográfica o, en el mejor de los casos, el reflejo de una unidad cultural. La obra de Bismarck se iba a consolidar, aunque el viejo canciller perdiera la confianza del nuevo Kaiser y aunque Guillermo II desarrollara su Neue

Kurs a través de personajes mediocres como Caprivi, Hohenhole, Bülow o Bethmann-Hollweg. A pesar, incluso, podría pensar el conservador Gierke, de que en las elecciones de 1912 la opinión pública giraba hacia la izquierda, convirtiendo a la socialdemocracia en el partido mayoritario. Alemania volvía a ser un Estado (73), superando el predominio de las pequeñas unidades políticas territoriales que, como afirma Maitland con un inteligente juego de palabras, eran "más propiedades que Estados" (Rather estates than states).

La concepción gierkeana del Estado como Kulturstaat es la lógica conclusión de su teoría jurídico-política. La lucha por Alemania fue, durante siglos, una Kulturkampf, puesto que la aspiración unitaria hubo de refugiarse más en los ideales que en las instituciones. Gierke, luterano y anticatólico como Bismarck, apoyó con entusiasmo la política cultural del canciller prusiano; en ella podría encontrar apoyo, sin duda, para su particular batalla en favor del germanismo jurídico y en contra del Derecho romano-canónico. La idea alemana del Estado se hacía realidad, en definitiva, en la obra política de Bismarck (74).

NOTAS

(1) Sin duda, la mejor y más completa biografía es la realizada por su discípulo ULRICH STUTZ, "Zur Erinnerung an Otto von Gierke", en *Zeitschrift der Savigny-Striftung für Rechtsgeschichte*, XI,III, 1922. Cf. también, entre otros, A. von HARNACK, *Zum Gedächtnis an Otto von Gierke*, Berlín, 1921, y la excelente obra de E. WOLF, *Rudolf von Ihering. Otto von Gierke*, trad. esp. de A. TRUYOL, Madrid, s.f. El derecho a utilizar el aristocrático von le fue otorgado en los últimos años de su vida.

(2) Convencido germanista y líder de la reacción frente al romanismo de los epígonos de Savigny, la obra más conocida de Beseler es, sin duda, su *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843.

(3) La expresión es de SOBEL MOGI, *Otto von Gierke. His Political Teaching and Jurisprudence*, Londres, 1932, pág. 267. En total desacuerdo con este planteamiento, que desconoce -a su juicio- la posición histórica y

espiritual de Gierke para convertirlo en simple epígono del historicismo, E. WOLF, op. cit. pág. 121.

(4) *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, publicada originalmente en la *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, XXX, 1874, pág. 153 y ss. (hay una edición aparte, Tubinga, 1915). Sobre todo, su famosa recensión a LABAND, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, en la *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung*, VII, 1883, pág. 1097 y ss., en la que defiende - con un sentido muy diferente a la escuela formalista- la personalidad jurídica del Estado. Sobre el tema, cf. infra, III.

(5) La referencia completa de la obra sobre ALTUSIO es *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 1880, con sucesivas ediciones (todas ellas ampliadas, excepto la última, en 1907, 1917 y 1920). El discurso que pronuncia al acceder al rectorado de Breslau, el 15 de octubre de 1882, se titula *Naturrecht und deutsches Recht*.

(6) *Das deutsche Genossenschaftsrecht. II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, 1873, y *III: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, 1881. El primer volumen se había publicado en 1868.

(7) Entre otras, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, conferencia pronunciada el 15 de octubre de 1902 (hay una reimposición en Darmstadt, 1954), y *Sittlichkeit und Recht*, en *Lugos*, VI, 1916-17, III, pág. 211 y ss. Con carácter de "manifiesto" en favor de un Derecho social, cf. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889.

(8) El *Deutsches Privatrecht* se publicó en tres tomos: I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, 1895; II, *Sachenrecht*, 1905; III, *Schuldrecht*, 1917. El cuarto volumen del Derecho de corporaciones quedó, en cambio, inconcluso, publicándose incompleto -junto con una reimposición de los tres anteriores- en 1913, con el título de *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*.

(9) Durante la vida de GIERKE se le dedican tres libros de homenaje: en 1910, la Festgabe de la Universidad de Berlín, en tres volúmenes, con ocasión del 50º aniversario de la obtención del título de doctor; en 1911, se publica una Festschrift, con motivo de cumplir 70 años, y en 1921 una nueva Festschrift, al cumplir los 80.

(10) La Constitución de Weimar influye, como es notorio, en la norma constitucional de la II República española de 1931, en la que está también presente una cierta concepción organicista del Estado (especialmente al definirlo como "Estado integral" desde el punto de vista de su organización territorial). Aunque acaso no procedan directamente de Gierke, las ideas organicistas se encuentran en GINER DE LOS RIOS, AZCARATE y otros krausistas españoles, así como en ADOLFO POSADA. Cf. sobre estas cuestiones, E. DIAZ, *La filosofía social del Krausismo español*, Madrid, 1973, especialmente pág. 232. Sobre POSADA, V. FRANCISCO J. LAPORTA, *Adolfo Posada: Política y Sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, 1974.

(11) Como escribe WELZEL, cuando "después de una espera milenaria (el Derecho natural) comenzó a imperar sobre la realidad, depositó con ello el germen mismo de su decadencia". HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de F. GONZALEZ VICEN, 2ª ed., Madrid, 1971, págs. 170 y ss. En todo caso, según refleja la propia obra de Gierke, el derrumbamiento del iusnaturalismo como escuela científica no impidió la pervivencia de los problemas materiales de Derecho natural, sobre los que han vuelto recurrentemente todos los filósofos del Derecho.

(12) "GOETHE -escribe NEGRO PAVON- rompe conscientemente con el culto a NEWTON y al newtonianismo. Con ello inicia una tendencia que no es, empero, la del irracionalismo, sino la del conocimiento cualitativo", opuesto al cuantitativismo de la filosofía natural, modelo de la ciencia social positivista en sus diversas ramas. Por eso, donde GOETHE, el mecanismo entra en conflicto con otras concepciones orgánicas y vitalistas que, por no ser siempre fieles al espíritu del poeta, derivan a veces en el irracionalismo. Cf. D. NEGRO PAVON, *La política y las formas*,

Introducción a la edición española de los Escritos políticos de J. W. GOETHE, Madrid, 1982, especialmente pág. 10 y ss.

(13) E. WOLF, op. cit., pág. 82. En último término, se llegó a la negación del carácter científico de la Jurisprudencia, con argumentos que recuerdan a MONTAIGNE y PASCAL, especialmente por J. von KIRCHMANN, en su conocida conferencia sobre *Die Westlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (hay también trad. esp. de A. TRUYOL, Madrid, 1949). En cierto modo, KIRCHMANN comparte con GIERKE algunos planteamientos: por ejemplo, la defensa del Derecho popular frente al Derecho de juristas y su oposición al cultivo meramente erudito del pasado.

(14) El propio GIERKE descubre el "criptoiusnaturalismo" implícito en los autores de Pandectas: "bajo el ropaje del positivismo - escribe- revive una vez más, extrañamente, el viejo Derecho natural; como un fantasma resurge de entre los muertos con toda su escueta desnudez, pero sin su antigua grandeza". Cf. Labands..., cit. pág. 1191. Véase al respecto el notable trabajo de F. GONZALEZ VICEN, "La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en OTTO VON GIERKE", ahora en sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, pág. 259 y ss.

(15) Pero GIERKE (quien, según K. OLIVEGRONA, *Jherings Erbe*, Gotinga, 1970, pág. 166 fue el primero en utilizar la expresión "positivismo jurídico") no es, en rigor, positivista, a pesar de algunas afirmaciones concluyentes: por ejemplo, "Derecho es sólo el Derecho positivo", en Labands..., cit., pág. 1190. Y no lo es porque admite la posibilidad de un Derecho carente de fuerza coactiva o, dicho de otro modo, concibe la coactividad como elemento accidental (no esencial) del Derecho. Con ello, choca con la concepción esencial del positivismo "imperativista", que ve (escribe GONZALEZ VICEN, op. cit.) la realidad del Derecho en su formulación o imposición coactiva por parte del poder supremo. En el positivismo de nuestros días la postura es más matizada. Así, escribe G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983, pág. 95, "la coacción, como expresión del poder, encuentra un lugar muy relevante en la definición del Derecho, desde el Ordenamiento jurídico, pero entendemos que no puede ser el rasgo exclusivo, desde el cual se puede

encontrar un adecuado concepto del Derecho"; en realidad, continúa este autor (op. cit., pág. 116), "la calificación de una norma como jurídica no deriva de que aisladamente considerada sea coactiva... sino de que se la pueda insertar con arreglo a los criterios del Ordenamiento en el mismo, es decir, que una norma es calificada como jurídica si es válida". Sobre GIERKE y el positivismo, V. GONZALEZ VICEN, op. cit., especialmente, págs. 262 y ss. y 311 y ss. Asimismo, H. KRUPA, *Otto v. Gierke und die Probleme der Rechtsphilosophie*, Brealav, 1940.

(16) E. WOLF, op. cit., pág. 86.

(17) GIERKE es consciente de la influencia del Derecho Romano no sólo en Alemania, sino en todo el continente e incluso en Inglaterra, a pesar de los esfuerzos de los juristas ingleses por defender su propia originalidad y de la supuesta pervivencia en el ámbito anglosajón de las genuinas concepciones del Derecho germánico, que admite, por ejemplo, SPENGLER, al afirmar que el juez COKE defendió el Derecho germánico frente a los TUDOR y, más aún, que los Commentaries de BLACKSTONE son "el único código puramente germánico". Cf. OSWALD SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, trad. esp. de M. GARCIA MORENTE, 11ª ed., Madrid, 1966, pág. 87.

(18) Es cierto que en Inglaterra no hubo recepción en sentido estricto (sí la hubo, y muy intensa, en Escocia). Sin embargo, como escribe DAVID, "en ciertos aspectos, el Derecho inglés está más cerca del Derecho romano que los propios Derechos romanistas, ya que en su seno se ha reproducido, de modo totalmente autónomo, la evolución del Derecho romano: importancia primordial de las formas de acción, carácter casuístico de la norma, desconfianza por las fórmulas generales y por la sistematización". RENE DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. esp. de P. BRAVO, Madrid, 1973, pág. 21. Cf. sobre estos temas, BUCKLAND y MACNAIR, *Roman Law and Common Law*, Londres, 1952. El propio maitland reconoce que el Derecho inglés estuvo a punto de unirse al continental, durante el siglo XVI, como consecuencia del triunfo de la jurisdicción de equidad del canciller y del debilitamiento del Common Law; cf. F.W. MAILTAND, *English Law and Renaissance*, Oxford, 1901.

Para Gierke, todo germanista tenía que ser al mismo tiempo dogmático, de modo que su objetivo no era la simple erudición histórica, sino la construcción de un sistema de validez actual a partir de la tradición jurídica alemana. Por otra parte, GIERKE no fue hombre fácil de ganar para las unilateralidades metodológicas (ni tampoco para las ideológicas). Por ello, se sitúa cerca del pluralismo como filosofía jurídica y, en este sentido, es significativa su influencia sobre HAROLD LASKI; Cf. sobre estas cuestiones, GEORGES GURVITCH, *La philosophie du droit de Gierke*, París, 1922, y H. KRUPA, "Genossenschaftslehre und soziologischer Pluralismus. Ein Beitrag zur Staatslehre Otto von Gierke", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXIII, 1940, págs. 97 y ss.

(19) M. GARCIA PELAYO, "La idea medieval del Derecho", en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, 1968, pág. 97 y ss. La pervivencia del Derecho romano en la Alta Edad Media, frente a la creencia generalizada en contrario, la defiende el propio Savigny en su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*; cf. en general, sobre el Derecho romano en la Edad Media, P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1935; P. VINOGRADOFF, *Il diritto romano nell'Europa medievale*, Milán, 1914; P.E. SCHIRAMM, *Kaiser, Rom und Renovatio*, 1957 y otros, entre ellos, por supuesto, GIERKE.

(20) Cf. el conocido libro de BRUNNER y SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico*, trad. esp. de J.L. ALVAREZ, Madrid, 1936; también, M. SCOVAZZI, *Il origini del diritto germanico*, Milán, 1959.

(21) La romanización se produce en España, especialmente en el Derecho castellano, a partir del Código de Partidas (y antes aún en Cataluña). Durante los primeros siglos de la Reconquista, había prevalecido el Derecho popular (con elementos incluso prerromanos, como han demostrado COSTA y MEREJA), como consecuencia del derrumbamiento del Estado visigodo; esto permitió la pervivencia de antiguas instituciones germánicas, a pesar de la cristianización emprendida por los visigodos, que prohibieron -por ejemplo- la venganza de la sangre. Cf. el conocido libro de E. de HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid,

1915; también, FICKE, Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godohispánico y el noruego-islandico, trad. esp., 1928.

(22) Escribe MAITLAND: "El pueblo que desafió la tiranía de los Papas vivos había caído bajo la tiranía de emperadores muertos, reencarnados indignamente en mezquinos principillos". En definitiva, Alemania cargó durante siglos con la "maldición" de la *translatio imperii*. Sobre la influencia de la historia política alemana y la lucha por la unificación en la obra de GIERKE, cf. *infra*, parte III.

(23) Cf. H. MITTEIS, *Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts*, cit. por R. DAVID, *op. cit.*, pág. 42.

(24) SAVIGNY hubo de sufrir violentas críticas por su romanismo aparentemente antinacional. HEGEL afirma (en su *Rechtaphilosophie*, pág. 211, in firme), que el opúsculo acerca de la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia es un "verdadero insulto a una nación".

(25) Cf. además de GIERKE, MENGER, *Das bürgerliche Recht und das besitzlosen Klassen*, 1890 y BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, 1890 y otros muchos; se ha dicho que este primer proyecto es un simple extracto de las Pandekten de WINDSCHEID.

(26) Estas críticas (de SCHOBER, RUMPF, BOEIIEMER, el propio HECK y muchos otros) se resumen en la falta de sensibilidad del Código hacia las más hondas cualidades del pueblo alemán, de modo que se pierde la oportunidad de cumplir el lema "un Imperio, un Derecho"; cf. por todos, SCHMIDT, *Das B.G.B. als Erzieher unseres Volkes*, 1901. Los juristas nacional-socialistas participaron de esta violenta reacción contra el Código y frente su "individualismo pequeño-burgués" (en términos de STOLL) se elabora el conocido y desafortunado proyecto de *Volksgesetzbuch*. Con independencia de las críticas políticas y filosófico-jurídicas, la doctrina alemana realizará un formidable labor de sistematización e interpretación del B.G.B.; entre los clásicos, debemos recordar al propio PLANCK, OERTMANN, CROME, DERNBURG, von THUR y, sobre todos, el conocido tratado de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (traducido al español) y anotado por PEREZ GONZALEZ y ALGUER entre 1934 y 1942).

(27) Como dice SALEILLES, Introduction à l'étude du Code civil allemand, París, 1904, pág. 8, eliminar del Código alemán el Derecho romano hubiera significado elaborar un Código vacío de Derecho alemán, porque el Derecho romano era, en buena medida, el Derecho nacional de Alemania. Esta afirmación es correcta, si no se olvida la presencia de algunas instituciones de origen germánico. En contra de la oposición entre una familia latina y otra germánica, R. DAVID, op. cit., especialmente pág. 53, 109 y otras. Sí hay, en cambio, una diferencia esencial entre el enfoque teórico de la Jurisprudencia alemana (que se plasma en la parte general del B.G.B.) y el positivismo estrecho de los juristas franceses de la Escuela de la exégesis. Cf. supra, parte I. Recuérdese la famosa tipología de KOSCHAKER, que opone los Derechos inglés y francés como "Derechos de juristas" al alemán, "Derecho de profesores".

(28) Ya hemos dicho reiteradamente que la influencia de ideas germánicas permanece en la codificación. En España, por ejemplo, destaca la aceptación del principio de seguridad del tráfico, cuyo exponente son las llamadas adquisiciones a non domino, que rompen el clásico criterio romanista según el cual nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse habet; se admiten estas adquisiciones, según la mayoría de la doctrina, en el artículo 464 del Código Civil para los bienes muebles (acogiendo la regla possession vaut titre del artículo 2.279 del Código francés), en el 34 de la Ley Hipotecaria para los inmuebles y en el 85 del Código de Comercio para las mercaderías adquiridas en tiendas o establecimientos abiertos al público. Más discutible es que nuestro Código admita el sistema germánico de adquisición de la herencia de modo inmediato y automático por el heredero (frente al criterio romanista de la aceptación), si bien algunos autores lo defienden en base al artículo 440 del Código Civil.

(29) Escribe F. FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, trad. esp. de E. OVEJERO, Madrid, 1929, pág. 185, en su espléndida monografía sobre las personas jurídicas, que la obra de GIERKE refleja una "doctrina poderosa que por medio de investigaciones pacientes y profundas y con una fuerza de convicción y un ardor irresistibles" otorga una sólida base a la teoría realista, que queda indisolublemente ligada a su nombre. Sirva igualmente para demostrar la admiración que la obra de Gierke produce en la doctrina la opinión de dos grandes civilistas españoles: F. DE CASTRO,

Derecho Civil de España, I, Madrid 1949, pág. 316, califica al *Deutsche Privatrecht* de "interesantísimo, apasionado, de verdadero genio dogmático constructivo"; J. CASTAN, por su parte, afirma, en su *Derecho Civil español, común y floral*, I, 2, 9ª ed., Madrid, 1956, pág. 308, que las obras de GIERKE constituyen "monumentos imperecederos de la ciencia jurídica".

(30) Antes de Gierke, existen aisladas tentativas en la Jurisprudencia alemana del siglo XIX en el mismo sentido: así, las de SALKOWSKY, BOLZE y ZITELMENN, entre otros. Aunque el tema inspira toda su producción intelectual, GIERKE resume y concentra su teoría de la corporación y de la realidad de las personas jurídicas en *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich*, 1888 (obra polémica frente al primer proyecto del Código Civil). Un excelente resumen de la teoría gierkeana en E. WOLF, op. cit., pág. 90 y ss. y 105 y ss. y, en especial, en F. FERRARA, op. cit., pág. 185 y ss.

(31) Como es sabido, la teoría de las personas jurídicas fue apenas vislumbrada por los juristas romanos y se forma en la Jurisprudencia medieval mediante la combinación (y la oposición, simultáneamente) de la doctrina romano-canónica con la germánica. El mismo GIERKE explica las facilidades que el Derecho romano encuentra en Alemania como consecuencia de la aproximación de la doctrina romanista a algunas teorías genuinamente nacionales. La debilidad teórica, junto con obvias razones político-jurídicas, explican que en la codificación se preste muy escasa atención al tema, siguiendo la línea del Code; así ocurre, por ejemplo, en nuestro Código Civil, que apenas dedica a las personas jurídicas algunos preceptos ambiguos y dispersos; la tendencia histórica se rompe, precisamente, a partir del B.G.B. Un acertado resumen del tema, aparte de la doctrina alemana, en SALEILLES, "La théorie des personnes juridiques dans le Code civil allemand", en *Revue du droit public*, XV, pág. 193 y ss. y XVI, pág. 212 y ss.

(32) Del principio de las mayorías se ocupa GIERKE en *Über die Geschichte des Majoritätsprinzip*, publicado en los *Essays in Legal History*, ed. por P. VINOGRADOFF, XVI, 1913, pág. 312 y ss.

(33) Cf. las agudas reflexiones de F.W. MAITLAND, en su Introducción a Teorías políticas de la Edad Media de GIERKE, en particular, es interesante la observación de MAITLAND acerca del papel desempeñado por la sociedad anónima (prácticamente desconocida por SAVIGNY) en la formación de la moderna teoría de las personas jurídicas. Para los pandectistas, la universitas romanista es, en efecto, una institución que pertenece al Derecho de personas; la societas iusnaturalista es un contrato, cuyo estudio corresponde por tanto al Derecho de obligaciones. Para GIERKE, la persona jurídica va más allá de ambas categorías. Las consecuencias para la teoría del Estado son muy claras: la teoría individualista considera al contrato ("la más voraz de las categorías jurídicas", dice con ironía MAITLAND) como base de la sociedad y no sólo (contra el criterio de MAITLAND) porque la teoría de la ficción no alcanzaba el "nivel de los filósofos"; la teoría colectivista de GIERKE, por el contrario, identifica al pueblo y al Estado, concibiendo a éste como persona jurídica.

(34) Para GIERKE, son comunidades de este tipo, entre otras, el matrimonio y la familia; la casa y la explotación agraria; la comarca y la ciudad; el pueblo y, por consiguiente, el Estado (cf. infra, parte III).

(35) Cf. además de las obras ya citadas, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

(36) Cf. Personengemeinschaften, cit. pág. 2 y ss.

(37) Cf. MAJORCA, Il riconoscimento della personalita giuridica degli enti privati, 1934. Como comenta MAITLAND, la teoría de los romanistas puede ser manejada "por un príncipe o principillo inclinado al despotismo paternalista" (Cf. Introducción a Teorías políticas..., cit., parte II).

(38) Con este planteamiento, GIERKE profundiza en la distinción de HEISE entre universitates personarum y universitates rerum, aplicándole su esquema germanista: el interés y la voluntad de las primeras (corporaciones) son immanentes al conjunto de personas que la integran, mientras que en las segundas (instituciones) son trascendentes a ellas, de

modo que quedan en una suerte de dependencia con el fundador, que puede ser un ente público territorial (instituciones públicas) o un particular (fundaciones privadas); GIERKE critica severamente la mención en el B.G.B. de unas "fundaciones de Derecho público" que no encajan en su sistema. En todo caso, con su teoría de las instituciones públicas y su estudio de las fórmulas del Derecho canónico medieval, GIERKE prefigura la moderna doctrina de la Administración institucional. También GIERKE es uno de los iniciadores de la distinción entre los entes públicos territoriales y los no territoriales: los primeros se caracterizan por ser el territorio un elemento constitutivo esencial, sin el cual no es posible imaginar su existencia, y de ahí deriva la universalidad de sus fines, la atribución de los poderes públicos supremos, etc. Sobre la influencia de GIERKE en la doctrina jurídico-pública acerca de la tipología de los entes públicos, cf. E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1ª ed., Madrid, 1974, cap. V, apartado IV.

(39) Cf. *Die Grundbegriffe*, cit. págs. 26 y 98.

(40) Cf. G. HOLSTEIN-K-LARENZ, *Staatsphilosophie*, Berlín, 1933, págs. 132 y ss. También E. WOLF, op. cit., pág. 107. Sobre el organicismo de GIERKE, cf. *infra*, parte III.

(41) Según la famosa expresión de F. FERRARA, op. cit., pág. 194.

(42) En efecto, los iuspublicistas actuales hablan sin reticencia alguna de "órganos del Estado", "órganos de la Administración", etc. Pocos o ninguno de ellos admitiría, sin embargo, calificar al Estado o a la Administración como "seres vivos y reales". Lo mismo les sucede a los privatistas, que estudian, sin plantearse mayores problemas, la teoría de los órganos de las asociaciones, sociedades civiles y mercantiles, etc.

En cualquier caso, la teoría de las personas jurídicas sigue siendo uno de los capítulos más débiles de la Teoría General del Derecho. Cf., en la doctrina española, una interesante reflexión sobre el tema en F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, 1984.

(43) "Ticio y el Estado: éstos eran los dos términos que comprendían los juristas romanos y a partir de ellos y de una pequeña ficción podía construirse el universo jurídico", escribe MAITLAND (Introducción, cit., parte II).

(44) Para la teoría del Derecho social, cf. el conocido opúsculo de GIERKE *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, ya citado, que se inscribe en el conjunto de famosos "manifiestos" que produce la Jurisprudencia alemana del siglo XIX, junto con los mencionados de SAVIGNY, IGHERING o KIRCHMANN.

(45) Como es notorio, ULPIANO no defiende una oposición tajante entre ambos sectores: se trata de dos posiciones, es decir, dos perspectivas o puntos de vista. Por tanto, desde su origen, la distinción tiene un carácter histórico y contingente y no cabe sostener, como RADBRUCH o REINACH, que se trata de dos conceptos a priori, dotados de validez atemporal y previa a toda experiencia jurídica. Gierke entiende que el Derecho privado no sólo tiene utilidad entre los particulares, sino que es también un "medio de cultura", que debe servir a la utilidad social.

(46) Según lo cual, el Derecho privado es el campo de lo patrimonial y económico, hasta el punto de que -concluye BRINZ- "donde termina el egoísmo, acaba el Derecho civil".

(47) El tema es muy debatido en Derecho español; en rigor, sin perjuicio de admitir las ventajas prácticas de los efectos reales del arrendamiento, parece claro que el Código Civil lo concibe como mero derecho de obligación (incluso para el arrendamiento inscrito, a pesar de la doctrina que se ampara en los argumentos de la importante Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861); en definitiva, el arrendatario es titular de un derecho de crédito consistente en que el arrendador cumpla su obligación de tracto continuo de mantenerle en el goce pacífico de la cosa. Es cierto, sin embargo, que los matices reales del contrato de arrendamiento se refuerzan en algunos casos concretos, como son los que tienen por objeto fincas rústicas y urbanas.

(48) La teoría del abuso de derecho se construye históricamente a partir de la prohibición de los "actos de emulación" del propietario, que son excluidos del catálogo de las facultades inherentes al dominio. En rigor, los Derechos modernos han ido más allá de esta prohibición del abuso, por medio de la teoría de la función social de la propiedad y de la extensión de la potestad expropiatoria de los entes públicos. Por unas u otras vías (y no siempre en el sentido deseado por Gierke) se ha debilitado notablemente la propiedad como derecho que comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa.

(49) Cf. *Las raíces del contrato de servicios*, trad. esp. y comentario de G. BARREIRO GONZALEZ, Madrid, 1982. (La obra original es *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, en *Festschrift für Brunner*, 1914). Sobre GIERKE en relación con el Derecho del trabajo, cf. entre otros, SINZHEIMER, *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht*, en *Arbeitsrecht und rechtssoziologie*, 1976, pág. 402 y ss.; ISELE, *Die Bedeutung Otto von Gierkes für das moderne Arbeitsrecht*, en *Festschrift für Maridakis II*, 1963, pág. 285 y ss.; JOBS, *Otto von Gierke und das moderne Arbeitsrecht*, 1968. Un interesante estudio del tema en el comentario de G. BARREIRO, especialmente, pág. 109 y ss.

(50) De ahí deduce BARREIRO, con citas del propio GIERKE, que el trabajador queda sujeto a un "conjunto organizado monárquicamente, cuyo único titular es el empresario", en la forma capitalista de empresa (op. cit., pág. 89 y ss.). Posiblemente, GIERKE está aquí describiendo más que opinando, puesto que su preferencia se inclina por una forma empresarial de tipo cooperativo, en la cual el trabajador se somete a un poder que procede de sí mismo.

(51) Como escribe M. ALONSO OLEA, las estructuras germánicas (incluyendo, por cierto, las anglosajonas) "se caracterizan mucho más que por su supuesto comunitarismo, por el modo como exasperan las relaciones de subordinación y obediencia de unos hombres respecto de otros (...) frente a la igualdad jurídica implícita de las partes en la concepción romana de las locaciones, las de servicios incluidas, como contratos de cambio". Cf. "Una nota sobre el espíritu del pueblo" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 2, 1976. Cf. del mismo autor, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid,

1979. Por otra parte, la teoría gierkeana acerca del origen germánico del contrato de trabajo, eliminando a la *locatio operarum* romana, es muy discutida; según el mismo ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 4ª ed. 1981, esta teoría constituye un "esfuerzo épico", pero "poco convincente".

(52) Sobre la influencia de ALTUSIO en GIERKE, cf., por ejemplo, O.G. FISBACH, *Teoría General del Estado*, trad. esp. R. LUENGO, 3ª ed., Barcelona, 1934, pág. 24. Es cierto, en efecto, que la teoría orgánica, corporativa y jerárquica de la sociedad y la propia idea del Estado como federación de asociaciones menores (que tanto debe, por ejemplo, a los argumentos monarcómicos de la *Vindiciae contra Tyrannos*) influyen decisivamente en GIERKE, quien encuentra en la *Politica methodice digesta* la necesaria relación entre el iusnaturalismo y la idea alemana tradicional del Estado.

(53) Las alternativas históricas posteriores son muy significativas. Así, como explica E. GARCIA DE ENTERRIA, *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, Santander, 1986, con la desamortización civil se condena a desaparecer a los bienes de propios y, en cambio, se exime de liquidación a los comunales, por considerarlos próximos a las comunidades civiles de tipo germánico, luego reconocidas en el Código Civil. Con el tiempo, el interés de la Hacienda Pública por "arbitrar" los montes, la perpetua crisis financiera de los Ayuntamientos y otros varios factores originan una conversión prácticamente total de los bienes comunales en municipales. Entre las escasas excepciones a este proceso destacan los montes vecinales en mano común, cuya existencia coincide con frecuencia con la del régimen de Concejo abierto, respetado incluso por la Constitución española vigente. Véase también R. BOCANEGRA, *Los montes vecinales en mano común. Naturaleza y Régimen jurídico*, Madrid, 1987.

(54) Como escribe FRANCISCO AYALA (en el prólogo a la traducción española de la *Verfassungslehre* de CARL SCHMITT, Madrid, reimpr. 1982, pág. 14), "el Estado liberal burgués aparece en la historia asumiendo el doble papel de heredero y de adversario de la monarquía

absoluta". Son inmejorables, en este punto, las clásicas reflexiones de Alexis de Tocqueville en *El Antiguo Régimen y la Revolución*.

(55) Por ejemplo, GIERKE defiende con ardor la Ordenanza municipal prusiana de STEIN (1808), a la que describe, con términos apasionados, como el intento de encender "la llama en cuyo calor el propio Estado se sintió transformar en ente social corporativo". Cf. la conferencia pronunciada el 27 de enero de 1907 con el título de *Die Steinsche Städteordnung* (la cita procede de E. WOLF. op. cit. pág. 96). MAITLAND, introductor de GIERKE en Inglaterra, comparte una similar preocupación, como lógica consecuencia de su teoría federativa del Estado, también en el sentido de ALTUSIO, si bien concluye en un singular federalismo que aplica a la construcción jurídica de la Commonwealth británica, mientras que GIERKE -como veremos- se interesa más por los elementos que refuerzan la unidad política que por aquéllos que reconocen las diversidades. Para la teoría de MAITLAND, cf. su conocida *Constitutional History of England*, 1908.

Por lo demás, el interés de GIERKE por la autonomía local se remonta a su idea del burgo bajo-medieval como "nudo central" en la larga historia de la teoría corporativa, con prioridad sobre los grupos campesinos primitivos, preferidos por otros germanistas. Cf. *infra*, MAITLAND, *Introducción*, cit., parte II.

(56) Utilizamos la terminología de D. NEGRO PAVON en relación con la historia de las formas de Estado, en la edición de L. von RANKE, *Sobre las épocas de la historia moderna*, Madrid, 1984, en concreto, pág. 338 -nota 56- y 339 -nota 57-. El "Estado orgánico" idealiza precisamente a la Edad Media como época de comunidades estructuradas corporativamente, donde el rey figura a la cabeza de una sociedad formada por "familias" en sentido feudal, de tal modo que la disociación entre Estado y sociedad se supera en la unidad comunitaria. GIERKE, sin embargo, no comparte plenamente esa idealización del Medievo.

(57) Además de SPENCER, destacan en esta línea BLUNTSCHLI ("El Estado es la humanidad organizada en su vertiente masculina"), LILJENFELD y SCHÄFLE. Entre los organicistas tardíos, que llegan a

incurrir en verdaderas fantasías personificadoras, destacan R. KJELLEN (Der Staat als Lebensform) muy próximo a la teoría geopolítica del Lebensraum de RATZEL, y también, O. HARTWIG (Der Staat als Organismus). Curiosamente, SPENCER obtiene del organicismo una consecuencia ajena a su esencia: la defensa a ultranza del individuo frente al Estado.

(58) Cf. ampliamente esta doctrina en su obra Das Wesen der Menschlichen Verbände, ya citada.

(59) GIERKE considera que son los utilitaristas ingleses (en concreto, BENTHAM y los MILL) los responsables de una concepción tan egoísta como "anticomunitaria".

(60) Cf. el artículo de GIERKE Die Grundbegriffe des Staatsrechts... cit. pág. 160 y ss.

(61) Das Wesen..., cit., pág. 33. En la misma línea, escribe GIERKE (en Labanda..., cit., pág. 1149): "el Estado no es sólo un organismo jurídico sino un organismo social natural y ético-espiritual, cuyo orden de existencia es un orden jurídico, pero no sólo un orden jurídico".

(62) Cf. en concreto Die Grundbegriffe..., cit., pág. 175 y ss.; especialmente, pág. 304 y otras.

(63) Cf. especialmente Labanda..., cit., pág. 1131 y ss.

(64) Aunque se repite con frecuencia en diversos lugares de su obra, la teoría del poder soberano del Estado se desarrolla especialmente en Die Grundbegriffe..., cit., pág. 304 y ss. Recuérdese que también para ALTUSIO (influido obviamente por BODINO) el Estado se diferencia de otros grupos humanos por la existencia de majestades.

(65) En Die Grundbegriffe..., cit., pág. 186 y ss., Gierke se opone a las teorías del bávaro MAX VON SEYDEL sobre la división de la actividad estatal en dos funciones únicas. Coincidiendo también en este punto con JELLINEK, considera GIERKE "harto preferible" la división corriente, ya

que "la legislación es la creación de normas de Derecho; la administración, en sentido amplio, la actividad vital positiva de la comunidad estatal, realizada dentro de los límites del Derecho, con criterio de oportunidad; (y) finalmente, la justicia es la determinación de la norma aplicable al caso concreto". Es verdad, admite, que "la administración y la justicia tienen de común frente a la legislación su orientación a lo concreto". Sin embargo, desde otros puntos de vista más importantes, "la legislación y la justicia pueden oponerse a la administración, por cuanto que las primeras tienen por contenido al Derecho, mientras que para la última el Derecho no es más que un límite". Como es obvio, GIERKE se inclina por la teoría tradicional de la vinculación negativa de la Administración a la ley, formulada por F. J. STAHL, admitiendo así que la discrecionalidad administrativa opera en el *gesetzsfrei Raum*, en el "espacio libre de ley"; la teoría de la vinculación positiva, ajena al esquema mental de GIERKE, sería formulada más tarde por MERKL y, en general, por toda la escuela Kelseniana. Cf. la conocida obra de E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1974.

(66) HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. esp. de I. LEGAZ LACAMBRA, Méjico, 15ª ed., 1979, pág. 523; una amplia discusión sobre la monarquía y, en concreto, sobre la monarquía constitucional en esa misma edición, pág. 418 y ss.

(67) Cf. estos planteamientos de GIERKE en *Labands...*, cit., pág. 1147 y ss. Hay que llamar la atención acerca del carácter soberano que GIERKE atribuye al "órgano supremo", esto es, al monarca. Resalta, asimismo, la coincidencia ya apuntada entre GIERKE y JELLINEK; este último afirma concluyentemente, además, que este órgano supremo impulsa la total actividad del Estado (de tal modo que la inacción de aquél lleva consigo la paralización de éste) y añade su conocida doctrina del carácter único del órgano supremo ya que, de existir dos iguales en poder, la consecuencia habría de ser la lucha permanente entre ellos, que concluiría con la victoria de uno o la aniquilación del Estado. Cf. *Teoría General del Estado*, trad. esp. de F. DE LOS RIOS, Buenos Aires, 1973. La crítica clásica de estas teorías en HANS KELSEN, op. cit., pág. 393.

(68) Sobre este tema capital se centra la tradicional Allgemeine Staatslehre. Cf. además de los clásicos STAHL y JELLINEK, MASTITZ, Die Monarchie als Staatsform, 1903 y MAUMANN, Demokratie und Kaisertum, 1900.

(69) En suma, como señala N. PEREZ SERRANO, Tratado de Derecho Político, Madrid, 1976, pág. 464, la dualidad rey-Parlamento significa, en el mejor de los casos, un "ingenioso mecanismo" para no reconocer el poder constituyente originario de la nación y es "casi siempre propicio el predominio de la institución monárquica. Como veremos, el predominio de la monarquía sobre el órgano representativo del pueblo está implícito en el principio de representación política que inspira el sistema.

(70) Para VON STEIN, "el Estado es la personalidad de la comunidad y, como tal personalidad que es, está destinada al supremo desarrollo, el cual no puede lograrse sin que se desarrollen al mismo tiempo las de todos los individuos que lo componen"; más aún, "el principio del Estado es así la elevación de los individuos integrantes hacia sí, en cuanto forma suprema de la vida personal (...) haciendo participar a los individuos en la personalidad misma del Estado". Cf. L. DIEZ DEL CORRAL, "Lorenz von Stein y la Monarquía social", en De historia y política, Madrid, 1956, pág. 339. GIERKE suscribe en su totalidad estos planteamientos.

(71) Especialmente en Die Grundbegriffe..., cit., pág. 325 y ss. También en Labands..., cit., pág. 1136 y ss.

(72) Sobre estos temas, cf. D. NEGRO PAVON, "La política y las formas", cit., pág. 29 y ss. y otras. "Los alemanes -escribe NEGRO-, y entre ellos GOETHE, no estaban en condiciones de percibir bien el antagonismo de la relación nación-monarquía que constituía el auténtico meollo de la revolución y la causa por la que ésta llevaba directamente a la república, como la forma de gobierno adecuada; por eso tendían a interpretarla en sentido moral y no político, como el proceso de corrupción de un organismo en el que el pueblo (no la nación, el pueblo con conciencia política de su unidad) pugnaba por deshacerse del despotismo corruptor (no necesariamente de la monarquía)"; op. cit., pág. 89.

Además de esta limitación, que lleva a entender la revolución como mera "regeneración", la república derivada de la soberanía nacional pareció a muchos como geometría aplicada a la política y obra de verdaderos "profesionales de la razón pura" (empleando la aguda descripción de ORTEGA); fue también, para algunos, producto de una política homogeneizadora que tendía a la absorción (mediante el racionalismo centralizador) de las fuerzas vitales de la sociedad. Sin duda, GIERKE participaba de estos criterios.

(73) "Alemania ya no es un Estado", había sentenciado HEGEL en 1802, porque el viejo Imperio, diluido en la deutsche Freiheit, era sólo un cadáver político (una "especie de monstruo", como había dicho PUFFENDORF).

(74) Sobre la "idea alemana del Estado" se discutió con frecuencia durante el nacional-socialismo. Por entonces, se criticó a Gierke como "decimonónico, burgués e individualista". Cf. R. HÖHN, Otto von Gierke Staatslehre und unsere Zeit, 1936. El primer calificativo es políticamente cierto; el segundo, aventurado; el tercero, notoriamente inexacto. Para una postura mucho más matizada sobre el pensamiento de Gierke, cf. CARL SCHMITT, Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

