

HISTORIA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA *

HELMUT COING
Universidad de Frankfurt a.M.

I

La Historia del Derecho investiga los ordenamientos jurídicos del pasado. Puede hacer esto, estableciendo un corte transversal en una determinada época y presentando el derecho vigente en ese punto, por ejemplo, en tiempo del Derecho Romano clásico o en tiempo del Imperio Franco, etc. Puede hacer esto también eligiendo un período largo, es decir, exponiendo el desarrollo de todo un sistema jurídico o de cada uno de los institutos o instituciones. En este último caso, frecuentemente, se suele proceder de manera que se parte del presente hacia atrás, exponiendo el desarrollo histórico de una institución determinada existente en el derecho vigente. La Historia del Derecho es con todo una parte de la Historia de la Cultura, así como la Historia del Arte, la Historia de la Economía o la Historia de la Religión.

La Dogmática jurídica, por el contrario, es la ciencia de un derecho positivo vigente. Investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un principio general. Puesto que todo ordenamiento jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la Dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar su ámbito de vigencia.

* Texto de una conferencia pronunciada en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, en abril de 1981.

De acuerdo con su fin prepara la aplicación de las normas. Además sirve para la presentación del derecho positivo en la enseñanza. Por su finalidad preferentemente práctica puede calificarse de ciencia del espíritu aplicada.

El nombre de "Dogmática jurídica" (*Rechtsdogmatik*) corresponde ante todo a una determinada concepción del derecho que se desarrolló particularmente en Alemania en el siglo XIX, es decir, la llamada jurisprudencia de conceptos. Entre tanto, el nombre se ha desprendido de esta conexión histórica y puede ser utilizado para designar la comprensión sistemática del contenido de un determinado ordenamiento jurídico.

Nuestro tema es, pues, examinar la relación existente entre estas dos disciplinas, a primera vista completamente diferentes. Para comprobar hasta qué punto están relacionadas y en qué se basa esta relación, me parece conveniente recordar brevemente qué es lo que significa el derecho como fenómeno del espíritu y examinar más de cerca, cómo se originan las nuevas normas jurídicas.

II

1. El derecho puede definirse sumariamente como el ordenamiento de una comunidad de hombres por medio de reglas sancionadas.

Tres momentos quisiera resaltar: finalidad, estructura y forma de vigencia.

a) *Finalidad*

El fin primario del derecho es asegurar la paz en la sociedad y mediante ella garantizar la seguridad de sus miembros.

Pero el derecho está, además, al servicio de la justicia. A este respecto es decisivo cómo se concibe la justicia en la sociedad en la que el derecho funciona. El derecho está influido por las concepciones morales de la sociedad. Pero como el derecho es a la vez una ordenación de la paz, no le basta —en todo caso en una cultura diferenciada— con las concepciones morales existentes y la ordenación dimanante de las mismas.

b) *Estructura*

Las reglas de que se compone el ordenamiento jurídico cumplen un triple cometido:

Coordinan derechos y limitan entre sí las esferas de intereses, de vida y de poder. Organizan la cooperación necesaria en

una sociedad; aquí pertenecen tanto las reglas de los contratos como las normas de la organización y constitución política. Finalmente tienen como finalidad el canalizar los posibles conflictos, es decir, dar normas de procedimiento que muestren un camino por el que se pueda negociar el conflicto.

c) *Tipo de validez*

El derecho es algo más que una ordenación ideal, como es la moral. Si quiere cumplir su cometido como ordenación de la paz, debe ser efectivo, es decir, debe intentar superar la tensión entre el deber ser y la realidad. La ordenación ideal, tal como se presenta en el ordenamiento jurídico material, debe estar respaldada por procedimientos que aseguren en cada caso su realización práctica.

Los problemas jurídicos son siempre problemas de orden en este sentido. Cada norma jurídica es la respuesta de cómo debe ser ordenada una determinada relación social.

2. Al examinar el origen del derecho quisiera distinguir tres formas de originarse el derecho que tienen lugar en el mundo moderno:

La codificación general, la legislación particular que soluciona un problema determinado de la sociedad y, finalmente, las decisiones de los tribunales.

III

Examinemos en primer lugar la codificación. Aquí quisiera tratar brevemente del *Code Civil* francés de 1804, que influyó en el Código Civil de 1855, vigente en su país y, también, en el Código Civil alemán (*BGB*) de 1900.

1. El *Code Civil* suele ser calificado en general como el resultado de la Revolución Francesa. Napoleón mismo lo calificó de instrumento para reformar la sociedad antigua, sobre todo para la abolición de las clases anteriormente privilegiadas. Pero el carácter revolucionario del *Code Civil* se manifiesta más bien, particularmente en lo que le falta, en que no contiene las antiguas instituciones jurídicas, que en lo que establece como normas jurídicas. Falta, por ejemplo, el derecho feudal con la subordinación señor y vasallo. Faltan también los llamados *Censive*, es decir, la relación jurídica particular entre el dueño de la tierra y el campesino, y faltan las prestaciones personales que en el derecho antiguo eran concebidas como una especie de servidumbre inmobiliaria. En Francia todas estas instituciones habían sido abolidas por la Revolución

Francesa con la reforma de la ordenación de la sociedad. A este respecto el *Code Civil* había roto de hecho con la tradición jurídica. Pero si nosotros contemplamos su regulación positiva obtenemos una imagen distinta. Aquí aparecen claramente las relaciones con el derecho anterior.

Esto se manifiesta ya en primer lugar en la construcción sistemática del código, que está influida fuertemente por la concepción de las *Institutiones* de Justiniano, es decir, el libro que Justiniano incorporó en el *Corpus iuris*. Esta analogía no es casual. El sistema de las *Institutiones* de Justiniano era también en el siglo XVIII en Francia la base de las exposiciones del llamado *droit français*.

Si nos preguntamos ahora por las categorías fundamentales, obtenemos la misma impresión. El derecho de obligaciones aparece dividido en derecho de los contratos y derecho de los delitos. El concepto superior en la esfera del derecho contractual es el contrato, es decir, el contrato obligacional. En la esfera del derecho de los delitos nos encontramos con la famosa cláusula general "*tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*" (Art. 1382 del *Code Civil*). Todo esto corresponde perfectamente con la teoría del derecho privado existente en 1789. También aquí era el "contrat" el concepto superior y la cláusula general valía con respecto al derecho de los delitos. Es cosa sabida que el *Code Civil* tomó muchas fórmulas, más o menos literalmente, de escritores de finales del siglo XVII y del siglo XVIII, como Domat y Pothier.

Lo mismo cabe decir de los valores en que se basa, como, por ejemplo, la idea de la libertad contractual o de la protección jurídica delictual de posiciones jurídicas subjetivas.

Incluso cuando se examina en el *Code Civil* la regulación de una institución determinada, se encuentra la conexión con el derecho anterior. Así, por ejemplo, para entender la regulación del derecho hipotecario, no sólo hay que tener en cuenta la legislación revolucionaria del llamado *droit intermédiaire*, sino que hay que relacionarla más bien con la regulación de la monarquía francesa, en particular con la *Ordonnance* de 1771, así como con la práctica de la llamada *purge*. Era ésta un procedimiento por el cual al comprador de un inmueble se le mostraban judicialmente las cargas hipotecarias para que obtuviera una idea clara de los gravámenes del inmueble comprado. Quien no se presentaba perdía su derecho.

2. Si consideramos ahora el Código Civil alemán (*BGB*) de 1900, se nos presenta de nuevo una imagen similar. La sistemática del código alemán se distingue claramente de la del *Code Civil*. A una

parte general, siguen los derechos de obligaciones y los derechos reales, y a ésta el derecho de familia y el derecho de sucesiones. Pero este sistema no lo inventó el legislador. Más bien es la sistemática que seguía la ciencia jurídica alemana del siglo XIX en la exposición del Derecho Romano de las llamadas *Pandectas*.

Si nos preguntamos ahora por las categorías generales o conceptos jurídicos que utiliza esta codificación, nos encontraremos con que el concepto superior ya no es el contrato obligacional, el contrat, sino más bien el concepto de negocio jurídico, es decir, la declaración de la voluntad de producir un determinado resultado jurídico. Esta categoría jurídica fue desarrollada también en la ciencia jurídica de la generación anterior al inicio de los trabajos codificadores.

Las valoraciones que están en la base del derecho patrimonial del código alemán son francamente las mismas que las del *Code Civil*. Está ante todo la idea de la libertad y propiedad, ya que, incluso la codificación alemana es un resultado del movimiento político liberal.

Si escogemos nuevamente una institución particular, por ejemplo, la regulación del derecho inmobiliario e hipotecario, también aquí se muestra que la regulación de la codificación está en íntima conexión con toda una serie de disposiciones que fueron dadas y experimentadas en diversos Estados alemanes aproximadamente en los 150 años anteriores a la entrada en vigor de la codificación. La codificación, por así decirlo, recogió el resultado de estas experiencias.

3. La conclusión de nuestro análisis es, pues, que ambas codificaciones, tanto la francesa como la alemana, se basan en el derecho anterior. Esto vale para la sistemática, vale para los conceptos básicos y vale para los valores. Si se examina más exactamente la conexión con el derecho precedente, aparece claramente que puede ser de muy distinta duración temporal la conexión histórica en que se sitúa cada una de las instituciones de esta codificación. Ambas codificaciones distinguen, por ejemplo, derechos de obligación y derechos reales. Es esta una distinción que se remonta al antiguo derecho romano, es decir, tiene dos mil años de antigüedad. Ambas codificaciones contienen una regulación del derecho hipotecario. Pues bien, el concepto de derecho prendario también se remonta claramente al antiguo derecho romano. Pero la aplicación especial del derecho de garantía real a los inmuebles, la hipoteca, se remonta en ambos casos a desarrollos mucho más recientes. Para comprender esa regulación especial, en Francia hay que remontarse hasta el

siglo XVI y en Alemania hasta el siglo XVIII. Se trata, pues, de pocos siglos. Esta es una consideración importante. Las normas jurídicas o las categorías de una ley positiva moderna pueden tener más de dos mil años de antigüedad y pueden tener también una prehistoria muy reciente.

I V

Voy a tratar ahora de la legislación particular, que trata de resolver determinados problemas.

Quisiera tratar más detenidamente a este respecto un ejemplo sacado de la historia de la legislación del siglo XIX. Se trata del origen de la forma moderna de sociedad basada en el capital, es decir, la Sociedad Anónima.

La industrialización presupone, desde el punto de vista económico, empresas con abundante capital; éstas necesitan grandes aportaciones para adquirir el equipamiento necesario de máquinas y demás dotación técnica. Con este motivo se origina también un gran riesgo para aquellas personas que aportan el capital. Este capital sólo en casos raros podía ser conseguido por los particulares a base de su propio patrimonio o con la ayuda de los bancos. Era preciso recurrir a los ahorros de muchas personas particulares y conseguir que formaran parte de la empresa industrial. La empresa tenía, pues, muchos socios. Con ello, en los países industrializados, se presentó al legislador el problema de qué forma jurídica habría que dar a este nuevo tipo de empresa. El hecho de que estas empresas tuvieran muchos socios hacía imposible el que todos intervinieran en su administración y dirección. El riesgo del capital de tales empresas era muy alto comparado con las circunstancias precedentes. No se podía esperar que cada ahorrador participara quizás con una aportación pequeña y que, al mismo tiempo, asumiera personalmente todo el riesgo de la empresa. Estos problemas, como ustedes saben, fueron solucionados con la creación de la Sociedad Anónima. Esta posee personalidad jurídica y, con ello, a la vez se garantiza una responsabilidad limitada de los socios, es decir, de los accionistas.

Pero de ninguna manera se llegó a este resultado con el primer intento de solución. En el derecho tradicional no se encontraba ninguna forma adecuada. Es verdad que existían las llamadas sociedades coloniales, pero éstas se basaban en una autorización especial del gobierno, y los gobiernos de los países europeos del siglo XIX

utilizaron esta posibilidad como instrumento para tener las riendas y dirigir la política económica. Esto se oponía a las ideas de la economía liberal y a los deseos de los empresarios.

Si se prescindía de la autorización especial del gobierno, en cada caso, en el derecho de entonces sólo existían las llamadas sociedades personales, es decir, en el derecho continental, las sociedades mercantiles colectivas y las sociedades en comandita, y en el derecho inglés la *Partnership*.

Todas estas formas de sociedad no eran concebidas como personas jurídicas y sólo la sociedad en comandita ofrecía una responsabilidad limitada de cierta importancia. A pesar de ello se pretendió al principio trabajar con estas formas. En el continente se organizaron sociedades en comandita con muchos socios comanditarios, para obtener de este modo mucho capital; para conseguir el mismo fin se utilizó en Inglaterra una combinación de la *Partnership* y el *Trust*, en la que los directivos actuaban como representantes fiduciarios (*Trustee*) de los demás participantes. En Inglaterra se discutió largo tiempo si no era procedente tomar del derecho francés la forma de sociedad en comandita. El legislador inglés, sin embargo, desechó esta vía. Más bien desarrolló una nueva forma basada en la antigua *Partnership*.

Los pasos decisivos se dieron en dos leyes de 1844 y 1857. Estas leyes permitieron fundar *Partnership* con muchos socios, reconociéndole personalidad jurídica y en las que los socios respondían limitadamente. Estas ventajas fueron vinculadas a determinados presupuestos, que tenían que demostrar todos aquellos que quisieran fundar tales *Partnership*. La sociedad debía inscribirse en un registro, debía publicar sus balances y someter su contabilidad al control de censores jurados de cuentas. En estas leyes inglesas encontramos pues, los principios modernos del derecho de las sociedades anónimas: por una parte, responsabilidad limitada de los socios y, por otra parte, sin embargo, una cierta publicidad y un control de su contabilidad. Estas leyes fueron el modelo seguido en la legislación sobre sociedades anónimas tanto en Francia como en Alemania.

En este contexto es interesante observar con relación a este acontecimiento legislativo, que ante un problema completamente nuevo, a saber, encontrar una forma jurídica adecuada para una empresa basada en el capital, se intentó solucionarlo en primer lugar acudiendo a formas antiguas del derecho societario, todavía vigentes y, finalmente, se adoptó una construcción que no era completamente nueva, sino que era una reforma de uno de los tipos de sociedad ya existentes, a saber, la *Partnership* inglesa.

Algo similar se puede observar en otros ejemplos del desarrollo jurídico durante la época de la industrialización; yo quisiera citar únicamente que la protección de inventos técnicos, las patentes, se desarrolló por analogía con la propiedad de cosas.

V

Ahora voy a tratar de la jurisprudencia y les ruego me permitan seleccionar dos ejemplos de la jurisprudencia de mi propio país.

Como quizás Uds. saben, después de la Primera Guerra Mundial, entre los años 1918 y 1923, sufrió Alemania un período de tremenda inflación. Al principio de este período inflacionario un dólar americano valía 4,20 marcos, mientras al final un dólar valía 4,2 billones.

La consecuencia era que en los contratos que se habían concluido antes de empezar la inflación, la equivalencia entre prestación y contraprestación había sido con frecuencia trastornada. Supongamos un contrato de sociedad en la que los socios en el año 1910 acordaron un determinado procedimiento de liquidación, en el que se determinaba que un socio debía adquirir un inmueble por 100.000 marcos alemanes. Ese socio lo habría adquirido en 1923 por menos de un pfennig.

Muchos de Uds. pensarán que aquí se habría podido haber echado mano del antiguo principio de la cláusula "*rebus sic stantibus*". Pero la codificación alemana no había recogido intencionalmente dicha cláusula. ¿Qué hizo la jurisprudencia alemana? Recurrió a una teoría que se había desarrollado en el siglo XIX, la teoría de la llamada condición no desarrollada (*unentwickelte Bedingung*); había sido elaborada por un civilista de entonces, Ortman, para la doctrina de las llamadas bases del negocio (*Geschäftsgrundlage*). Con la ayuda de esta doctrina la jurisprudencia ha podido resolver muchas de las cuestiones planteadas.

No quiero tratar de este desarrollo en particular; lo que a nosotros nos interesa es que la jurisprudencia también resolvió un problema nuevo, para el que no había ninguna solución en la legislación, acudiendo a una solución cuyo punto de partida se había desarrollado en el siglo pasado.

El segundo ejemplo se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas por faltas de sus directivos. Pongo un ejemplo simple. Un cliente entra en el edificio de la filial de un banco, donde

se cae y lesiona porque la alfombra de las escaleras no estaba bien sujeta.

¿Responde la persona jurídica? ¿Responde el banco, que es explotado en forma de Sociedad Anónima?

La norma en cuestión del código alemán reza así (31 BGB): “Responsabilidad de la asociación por los órganos. La asociación es responsable por los daños que la directiva, un miembro de la misma u otro representante nombrado reglamentariamente, cause a un tercero mediante un acto que obligue a indemnización de daños realizado en ejecución de las funciones a él encomendadas”.

Según esto, un banco grande responde sólo por las acciones culposas de los miembros de su directiva. Si se quisiera aplicar literalmente esta disposición a nuestro caso, el banco no respondería. Supongamos que se trata de un banco grande. ¿Se puede decir que en el estado defectuoso de la alfombra en la escalera de la filial tiene acaso culpa toda la directiva del gran banco, que probablemente tiene su domicilio en otro lugar?

Sin embargo, la jurisprudencia consideró que esto sería injusto. Las empresas grandes estarían privilegiadas. La jurisprudencia acudió, en primer lugar, a que en la disposición junto a la directiva se nombra también al representante nombrado reglamentariamente. Se pensó que si en los estatutos del banco estaban previstas filiales con directivos especiales, en ese caso un director de filial era un “representante reglamentario” y el banco debía responder de sus acciones culposas (*Reichsgericht JW. 1930, 2937*). Pero en casos sucesivos, pronto se topó con la dificultad de que en los estatutos no siempre se preveía de forma clara sobre la fundación de filiales y la posición jurídica de los directores de filiales. La jurisprudencia salió al paso de la dificultad manteniendo que los estatutos también podían ser interpretados y bastaba con que en su interpretación se llegara a la conclusión de que el director de la filial era un representante especial nombrado reglamentariamente (*JW. 1930, p. 2927*). Pero, incluso, con esta solución no se podían solucionar todos los casos. Finalmente el tribunal del Reich llegó a la tesis de que la directiva de tales empresas grandes tenía la obligación de nombrar en sus filiales un representante especial, por cuyas acciones culposas respondía también el banco. Si no hacía esto incurría en culpa la directiva misma (la llamada culpa de organización, *Organisationsverschulden*) (*RGZ. 157, 228 (235)*). De este modo la jurisprudencia consiguió al fin que en tales casos las empresas grandes respondieran también por las acciones culposas de los directores de sus filiales.

Ambos casos nos muestran, pues, que también la jurisprudencia, cuando se le presentan problemas nuevos para los que no hay ninguna solución en la legislación, está dispuesta a echar mano de propuestas de solución que entresaca de la tradición jurídica. El segundo ejemplo nos muestra, además, cómo la jurisprudencia en la solución de un determinado problema se acerca al mismo tanteando soluciones de caso a caso y que de la solución que ha encontrado para un caso, avanza para la solución del siguiente; echa mano, pues, de las decisiones judiciales anteriores y estos precedentes los toma como punto de partida para una solución nueva.

El jurista americano Edgar Levy ha calificado plásticamente este procedimiento como "*reasoning from case to case*". En definitiva lo que nosotros calificamos de "jurisprudencia constante", es, pues, el resultado de una larga serie de decisiones, en las cuales una decisión hace siempre referencia a otras y las anteriores forman la base de las posteriores.

Si sacamos la conclusión de los ejemplos aducidos, resulta:

El derecho nuevo se origina fundamentalmente a base del derecho actual, al menos las soluciones que se contienen en el derecho actual sirven de punto de partida para nuevas soluciones e instituciones. Muy raras veces tiene lugar en el desarrollo del derecho una transformación total y radical. Yo sólo sabría mencionar, como ejemplo, la transformación del derecho ruso después de la Revolución de Octubre, e incluso aquí se puede comprobar que en el actual derecho soviético se encuentran algunas instituciones, por ejemplo el ministerio fiscal, la así llamada Procura, que ya existían en tiempos de los zares. Una vez más hay que resaltar que el concepto de "derecho anterior" puede ser lo mismo la última decisión de un tribunal dada sobre el mismo problema, que una norma jurídica formulada hace algunos milenios.

VI

Si nos preguntamos por los motivos de este fenómeno, hay que mencionar naturalmente en primer lugar la idea de la seguridad jurídica.

Los hombres se acostumbran a las normas existentes. Se encuadran en ellas. Por ello todo legislador razonable, lo mismo que todo juez experimentado, se mostrará receloso en adoptar cambios radicales. Cada experimento legal es un experimento con hombres. Por ello es necesario sopesar continuamente las ventajas que supone

una regulación nueva con la inseguridad y quizás injusticia que trae consigo dicha regulación.

Pero estoy convencido de que todavía hay otro motivo para explicar este fenómeno.

El gran juez americano Oliver Wendel Holmes ha acuñado la frase: "*The life of the law has not been logic: It has been experience*".

De hecho ningún ordenamiento jurídico se deriva de principios abstractos. Ningún ordenamiento jurídico es un sistema lógicomatemático. Las instituciones jurídicas se basan, más bien, de múltiples modos, en la experiencia. No sin razón decimos a este respecto que una determinada regulación se ha acreditado o no se ha acreditado en la práctica. Por experiencia se sabe, desde antiguo, que no toda regulación legal consigue su objetivo, y sería interesante el investigar de una vez, a base de muchos ejemplos, si la aplicación de las leyes, y en particular de los códigos, ha correspondido a las intenciones que tenía el legislador.

Quizás se pueda intercalar aquí una consideración general y filosófica:

Es propio de todos los contenidos y valores culturales, tanto si se trata de Derecho y Moral o de Arte, que no se puedan comprender en fórmulas abstractas, como ocurre con las ciencias naturales en las llamadas leyes de la naturaleza, sino que se plasman siempre en configuraciones individuales. Yo puedo experimentar lo que es hermoso si contemplo un edificio del Renacimiento italiano, por ejemplo de Palladio. Por el contrario, para comprender lo que es bello, poco me podría ofrecer una definición abstracta de lo bello, a pesar de las muchas que hay. Pero resulta que cada una de estas configuraciones individuales de lo bello está condicionada históricamente. Se basa en presupuestos irrepetibles, históricos y personales. Está encuadrada en la historia.

VII

Ahora podemos retornar a la cuestión inicial, sobre la importancia de la Historia del Derecho para la Dogmática jurídica.

1. La consideración historicojurídica de una norma jurídica vigente nos enseña a comprender dicha norma en base a sus presupuestos históricos. La consideración historicojurídica de una norma nos aclara en primer lugar cuál era el problema de orden que se había planteado antes, qué cuestión de orden social se pretendía resolver con dicha norma. Nos muestra también los puntos de vista

éticos o las consideraciones sobre su conveniencia, sobre las que se basó la solución adoptada.

Y esta experiencia vale no sólo para cada una de las normas jurídicas, sino también para el trazado de sistemas jurídicos o para la formación de conceptos y categorías jurídicas. Pues incluso estos conceptos y categoría se han originado en la jurisprudencia, no sin relación a cuestiones de ordenación de la vida social. Más bien se desarrollan siempre con relación a determinadas delimitaciones necesarias y en último término están en conexión con la tarea fundamental del derecho que es ordenar los conflictos sociales.

Para poder llevar a cabo esta tarea, la consideración histórica, partiendo de la norma o categoría actuales, debe remontarse a su historia. Con ello pone en práctica uno de los métodos historicojurídicos que mencioné al principio de mi conferencia. Esta marcha hacia atrás, ya lo hemos visto, puede llevarse a cabo en períodos de muy diversa extensión temporal. En el caso del *Civil Law* puede llevarnos hasta la antigüedad romana; puede que sea necesario examinar la legislación de varios siglos; puede consistir, finalmente, si pensamos en la jurisprudencia, en que tengamos en cuenta la jurisprudencia de sólo algunos años o decenas de años. En cada caso, la consideración histórica sitúa la norma jurídica actual en su contexto histórico.

Podría parecer, según esto, que sólo uno de los métodos de la Historia del Derecho es importante para la Dogmática jurídica, a saber, el que persigue el origen de cada una de las normas o conceptos del derecho vigente. Pero esto sería una conclusión equivocada. Pues para explicar el origen de una norma jurídica determinada o de un concepto, es preciso tener en cuenta una visión completa del pensamiento jurídico y de la situación del derecho en el que dicha norma surgió. Este es uno de los principios de toda investigación histórica: el intento de seguir una sola institución en su génesis hacia atrás fracasará siempre, puesto que ya de principio no podré comprender las fuentes antiguas en absoluto si no las estudio teniendo en cuenta las conexiones en que nacieron.

2. La Historia del Derecho, en cuanto considera cada una de las normas jurídicas en su relación histórica, nos proporciona claridad sobre su significado originario. Pero con ello la interpretación y aplicación de una norma jurídica no ha terminado. La comprensión histórica de la norma jurídica, hay que confesarlo, es el punto de partida de toda interpretación honesta de la misma, pues incluso cuando a la vista de un determinado problema llego a la conclusión de que no puedo aplicar una regulación existente en el derecho

positivo simplemente sin cambiarla, es decir, si yo estoy frente a una "laguna jurídica" que trato de suplir por analogía, restricción, etc., en ese caso yo sólo puedo trabajar limpiamente desde el punto de vista metodológico si sé primero cuál era el sentido originario de la norma en cuestión. Este parecer fue elaborado precisamente en Alemania por la jurisprudencia de intereses, dominante en la enseñanza del derecho moderno y del actual. Si una norma jurídica regula conflictos de intereses, para poder comprenderla debo saber cuáles eran los conflictos que tuvo presente el legislador al formularla.

La consideración histórica no es, pues, toda la Dogmática jurídica. Pero sí es una parte importante de la misma.

3. Por otra parte, finalmente, hay que indicar también que la Dogmática del derecho moderno es importante para la Historia del Derecho.

Es muy debatido el problema de si es justo o si es, incluso, necesario que se empleen conceptos y categorías jurídicas modernas en el análisis de los ordenamientos jurídicos del pasado. De hecho la cuestión es de naturaleza muy compleja. Si uno parte, como algunos autores del siglo XIX —entre ellos el gran Ihering— de que sólo existe un número limitado de tales conceptos y categorías y que la dogmática moderna los conoce todos, es decir, cuando a ellos se les concede en cierto modo una validez a priori, entonces es completamente lógico emplear, incluso, en el cuadro de la historia del derecho, los conceptos de la moderna dogmática. Grandes historiadores del derecho austríaco, como Brunner, lo han visto así. Pero esa premisa no es admisible. En realidad nuestros conceptos jurídicos son, ante todo, el resultado de la historia de nuestro pensamiento jurídico; su importancia es por consiguiente relativa; no tienen un valor absoluto.

Entre tanto, de esto no puede deducirse que el empleo de los conceptos jurídicos de la dogmática por los historiadores del derecho es un método completamente equivocado. Y esto, porque en primer lugar hay conceptos de naturaleza muy general, que se refieren a estructuras que se encuentran en muchas formas de sociedad. Me refiero, por ejemplo, a la propiedad privada o a la diferencia entre contrato y delito. Incluso se puede citar el concepto de equidad como contrapuesto al derecho estricto. Tales conceptos nos pueden ayudar a ordenar provisionalmente y comprender las reglas de un ordenamiento jurídico del pasado.

Por otra parte, el empleo de categorías dogmáticas modernas puede sernos útil para reconocer hasta qué punto un ordenamiento

pasado se diferencia precisamente del nuestro, que ha empleado otras categorías para comprender y ordenar la realidad social, que para ellos eran importantes *otros* problemas completamente distintos de los nuestros. Esto también puede ser naturalmente un punto esencial para su comprensión.

Finalmente, un jurista formado en el derecho moderno verá los textos históricos de ordenamientos pasados de una manera distinta a como los ve uno que no es jurista, por ejemplo un filólogo, porque el jurista conoce la problemática jurídica fundamental, a saber, encontrar ordenamientos y porque él comparte esta problemática general con los legisladores y jueces de épocas pasadas.

Por consiguiente la Dogmática moderna es importante para el historiador del derecho.

4. Según esto, la relación entre Historia del Derecho y Dogmática jurídica es compleja; se puede decir que ambas disciplinas están ensambladas una en la otra. Cada una de ellas es una ciencia autónoma, pero ninguna de ellas puede entenderse sin la otra.

Permítaseme concluir con una observación general. Una expresión de moda en nuestra época dice que "la emancipación de cada uno es la exigencia más alta e importante de nuestro tiempo". Si bajo "emancipación" queremos entender —y esto ha ocurrido a veces— que cada uno, y la sociedad como totalidad, no pueden aceptar nada sin antes haberlo examinado críticamente y proyectado a base de su conocimiento, entonces se está poniendo a cada uno y a la sociedad ante una tarea imposible. No podemos en cada generación crearlo nuevamente todo. Más bien debemos empezar en el puesto en que hemos sido puestos por la historia.

Esto no significa que debamos seguir ciegamente a la historia y, en nuestro caso, al ordenamiento jurídico actual. Pero este ordenamiento forma el punto de partida natural para la solución de los problemas, que nosotros mismos sentimos como nuevos y urgentes. Pero para que en este sentido el ordenamiento jurídico lo podamos utilizar y hacer fructificar, antes es necesario que lo comprendamos en su dimensión histórica.