



# Rudolf von Jhering

## Bromas y veras en la ciencia jurídica

Un presente navideño  
para los lectores de obras jurídicas

Traducción del alemán por  
TOMÁS A. BANZHAF

concordada con la decimotercera edición alemana por  
MARIANO SANTIAGO LUQUE

Indices, analítico y onomástico, de  
MARCOS G. MARTÍNEZ

Introducción de  
J. BMS. VALLET DE GOYTISOLO

RETRATO DE RUDOLF VON JHERING

Litografía de W. Krauskopf, 1884. Ar-  
chivo de estampas del Ministerio de Cul-

tura de Prusia (Bilderarchiv Preussischer  
Kulturbesitz), Berlín.



Civitas

R. 22.152

## Carta tercera

El ingreso en la práctica forense.

El examen.

Soluciones de casos prácticos según los libros de texto<sup>1</sup>

**R**ecordáis a aquel autor anónimo que el año pasado os escribió dos cartas sobre la nueva jurisprudencia, que fueron luego publicadas en vuestro periódico?

A decir verdad, yo habría merecido que me olvidarais, y tirarais esas dos cartas al cesto de papeles, en vez de publicarlas.

No me pidáis que os explique la razón de mi largo silencio. Si me viera forzado a justificarme, podría ocurrírseme oponeros una de las excepciones más modernas, brotada en el campo postal austríaco: la *exceptio kallabiana*, es decir, la excepción de las cartas interceptadas, que es, a fe mía, uno de los inventos más inestimables del siglo XIX para los que somos tardos y perezosos en escribir cartas<sup>2</sup>.

Si queréis tomaros la molestia de echar un vistazo a mi última carta, veréis que le habíais agregado, con mi autorización, notas en las cuales se defiende el método especulativo contra mis ataques<sup>3</sup>. Yo podría adoptar con respecto a esas notas la misma actitud que ha adoptado el gabinete danés para con las notas que le dirigen los gobiernos de Austria y de Prusia con relación a la cuestión de Schleswig-Holstein: hacerme el desentendido. Pero esto sólo lo haría si efectivamente discrepáramos en el punto, y, en realidad, no hay tal discrepancia. Lo que he querido combatir en esas cartas

<sup>1</sup> *Deutsche Gerichtszeltung*, año IV, 1862, n. 55.

<sup>2</sup> Cuando se publicó esta carta, cualquiera podía entender a quien aludía esta expresión. Pero hoy requiere una explicación. Kallab era un funcionario de correos austríaco que por espacio de largo tiempo había interceptado todas las cartas de las que suponía que pudieran contener dinero o valores; un garduño postal mayúsculo. En su casa se encontró una masa increíble de correspondencia sacrificada, que daba la idea de un campo de batalla o de un cementerio de misivas.

<sup>3</sup> No las he incluido aquí porque no tienen ningún valor. Su autor (HIERSEMENZEL, un amigo personal de LASALLE) ha fallecido hace ya mucho tiempo y por eso no tengo por qué refrenar mi crítica.

no es la orientación especulativa en sí, sino sus aberraciones, que vos, seguramente, tampoco pretenderéis amparar. Por lo demás, aprovecho gustosamente esta ocasión para hacer justicia al brillante talento demostrado por el más reciente fautor de esa orientación, el señor F. Lasalle. Si yo tuviera su capacidad, tendría algo mejor que hacer que escribir estas cartas; querría cuando menos llegar a ser, al cabo de algunos años, uno de los máximos jurisconsultos vivientes. Para los menos dotados no existen esos peligros que generalmente tienen algo tan tentador para los espíritus geniales. En las peñas altas podremos sorprender a las gamuzas o a las cabras monteses, pero no a los corderos. Cabe añadir que dichos peligros amenazan solamente a los teóricos, pero no a los prácticos del derecho. Para hacer madurar ideas excéntricas se requiere la tranquilidad y el recogimiento de una habitación de estudios; un despacho o bufete es tierra infértil para producirlas. Por grande que sea la inclinación que un individuo haya venido sintiendo por esas ideas desde pequeño, bastarán unos pocos años de actividad profesional para convertir a la más arisca cabra montés en un manso y útil animal doméstico, que estará muy contento si puede entrar en el servicio público e ir avanzando por el escalafón hasta una de esas cúspides que el Estado ha puesto como cebo para la ambición humana: los cargos del juez de circuito, de juez municipal, territorial o de corte, para no hablar de la dignidad de consejero de un superior tribunal de apelación. Muy de cuando en cuando aparece, por excepción, algún abogado que cree haber nacido para ser reformador de la ciencia jurídica, y que, desvelado por esa idea, las involuntarias horas de ocio a que lo condenan sus clientes las emplea para bien de la humanidad, elucubrando ideas de trascendencia universal que esparce luego, con un gesto furibundo, entre la atónita muchedumbre de los juristas de miras estrechas. Podría ser que estas excursiones mías por el campo de la jurisprudencia me den alguna vez la oportunidad de analizar algo más de cerca este peculiar juego de nuestros modernos titanes del derecho, pero hasta allí habrá trecho, porque supongo que estaréis de acuerdo con que dé prioridad a los auténticos eruditos de profesión.

Si Rolando y Bayardo hubieran tenido que forjar ellos mismos sus espadas, seguramente habrían muerto como oscuros espaderos y no como héroes cuya fama llenó el mundo. Tuvieron la posibilidad de cumplir sus proezas porque los armeros de su época les quitaron aquel trabajo. Pero de esa reflexión se deduce esta enseñanza: si nosotros, los prácticos, tuviéramos que fabricar nosotros mismos nuestro armamento teórico, si tuviéramos que editar las Basílicas, desenterrar a Gayo, comentar el *Corpus Iuris*, escribir los compendios de las Pandectas, etc., no nos alcanzaría el tiempo, de tanto trabajo preparatorio, para ejercer nuestra profesión. En vez de blandir la espada de la justicia, tendríamos que templarla y afilarla, y tardaríamos mucho en llegar a ser Rolandos o Bayardos. Por eso, no podemos agradecer lo bastante a la Providencia por habernos librado de esa tarea y haber dis-

puesto, mediante una incesante producción de teóricos, que seamos provistos con regularidad de esos trabajos previos ya terminados. La división del trabajo ha dado nuevamente muestra de sus grandes ventajas. Mientras nosotros podemos dedicar sin retaceos todas nuestras energías a nuestras tareas específicas y nuestros ratos libres a la caza, al *whist*, a la política o a lo que fuere, los teóricos pueden, gracias a su dedicación exclusiva, alcanzar la suprema maestría en su terreno. En sus manos, la espada de la justicia, amolada con la piedra de la teoría, ha adquirido un filo que provocaría la envidia de la mayoría de las navajas de afeitar. Corta un pelo en el aire y quien no domine perfectamente su manejo se cortará y dejará lonjas de piel aun antes de haberla tocado. Adonde se la dirija, causará heridas y hará manar sangre. No es de extrañar que ese arma a menudo inspire terror a las partes y que más de uno haya perdido todo un pleito por un movimiento torpe de un juez inexperto.

Así como no se puede censurar a un espadero por no entender de esgrima, tampoco cabe hacer ningún reproche a los teóricos si no saben manejar la espada de la justicia. ¿Para qué serviría la división del trabajo si luego cada cual tuviera que realizar la labor completa? El afilador afila la navaja, y el barbero la usa para afeitar. Es así como debe ser, y es así como ambos progresan y medran. De lo contrario, ambos serían, probablemente, unos chapuceros. Quien se hace rasurar por un afilador, sólo puede culparse a sí mismo si sale con la cara desollada. Claro está que cuando se aprende el oficio de barbero no se incluye un aprendizaje en el arte de afilar los instrumentos, y es en este punto donde nuestra profesión difiere de las antedichas: nosotros los prácticos, si vamos a la escuela de los teóricos. Esto tiene, en verdad, un inconveniente, y el propósito de esta carta es precisamente ponerlo claramente de relieve. Si no buscara dar a la presente un nombre pretencioso y altisonante, le pondría «Carta sobre la relación entre la teoría y la práctica en la hora actual». Inferiréis que, si específico: «en la hora actual», estoy señalando que en el pasado esa relación era distinta. Y no es que esté pensando en la antigua Roma, donde los profesores en su acepción actual, esto es, los teóricos exclusivos, no aparecieron en escena sino cuando la jurisprudencia ya tocaba a su fin. Estoy apuntando a una época de la que nos separa apenas una generación. Todos nuestros renombrados teóricos de antaño fueron al mismo tiempo prácticos de valía. Instituciones tales como el dictamen oficial de facultad y el escabinado o jurado pusieron a su disposición un material de trabajo práctico de tal riqueza y variedad como sólo puede encontrarse en un tribunal supremo. Esta fuente de enseñanzas de la práctica no está aun totalmente cegada<sup>4</sup>, pero es mísera

<sup>4</sup> En el Interin ha fenecido por completo. Esto, a mi juicio, es una ventaja para la justicia, pero para los teóricos una pérdida considerable. Con ello han perdido la única oportunidad que tenían para aplicar el derecho. ¡Las consecuencias no dejarán de hacerse sentir!

comparada con la de épocas anteriores. A ello se suma la circunstancia de que el gran impulso que ha recibido nuestra ciencia con el surgimiento de la escuela histórica, la ha acercado al estudio de las fuentes, pero la ha alejado de la práctica.

Si tuviera que tratar este tema como es debido, en forma científica y exhaustiva, tendría que renunciar a hacerlo, pues mis fuerzas no dan para tanto. Elijo en cambio una forma que me es más familiar y que ya he empleado una vez, en mi carta anterior, al tratar la jurisprudencia especulativa: os describiré cómo esa contraposición de teoría y práctica se ha manifestado en mi propia e insignificante vida. Si el sol, la luna y las estrellas se reflejan aun en las aguas más pequeñas, también los fenómenos que acontecen en nuestro firmamento jurídico pueden proyectarse en el espejillo que es la vida de un profesional común y corriente.

La vida de un jurista se divide, como se sabe, en dos etapas: la Universidad o tiempo de siembra, y la de la vida práctica o tiempo de cosecha. Hubo épocas, que se prolongan hasta nuestro mismo siglo, en las que se dejaba al arbitrio de cada cual el hacer una buena o una mala siembra. Se partía del concepto de que quien siembra cardos, no recogerá higos, y que había de ser el interés propio del futuro jurista, igual que el del labrador, el que lo guiara en esa tarea. Me refiero a la época en que no había exámenes. Nosotros, los más jóvenes, sólo conocemos esa edad de oro por tradiciones cuyo eco se va extinguiendo. En aquel entonces se retornaba directamente de la Universidad a la ciudad natal, se compraba un sombrero negro, una compilación de leyes y papel de oficio, y el jurista práctico —si es que decidía hacerse abogado— estaba listo para ejercer su profesión. Cuántos pobres graduandos, en medio de sus apremios, habrán prorrumpido, al pensar en esa edad evanescente, en nostálgicas lamentaciones, tales como las que soltara Schiller al evocar a los dioses de Grecia, y cuántos habrán sentido a su manera las palabras del poeta:

«En aquel entonces ningún esqueleto horrendo  
se acercaba al lecho del *examinando*» \*.

Quien era de una familia distinguida obtenía bien pronto en la administración pública, sin necesidad de un previo examen, un puesto que bastaba para subvenir a sus necesidades. Había incluso quienes ascendían con mayor rapidez y alcanzaban mayor altura cuanto más hueros eran. Los demás, para los cuales la mejor opción era la abogacía, contemplaban esa profesión como una dehesa común en la que cada cual podía apacentar libremente su ovejilla. Ahora todo esto ha cambiado. Hasta quien ha nacido para ser

\* Los versos de SCHILLER dicen: «del moribundo». (N. del T.)

ministro o presidente tiene que rendir su examen<sup>5</sup> y a los abogados les ha sido acotada la dehesa, a la cual no pueden entrar sin pasar la barrera del tribunal examinador.

Esa barrera que separa a la Universidad de la vida profesional o, dicho sucintamente, la teoría de la práctica, está confiada, como todas las barreras fronterizas, a ciertos inspectores, vistas, revisores y controladores, que en el lenguaje común se conocen por el nombre de examinadores. En lo que respecta a la elección de esos respetables funcionarios, las opiniones divergen aún en Alemania acerca de cuál sea el sistema más adecuado. La diferencia de pareceres puede reducirse en principio a esta fórmula: ¿la revisión ha de tener lugar del lado del cual el graduando sale o del lado en que entra? Si se considera que los conocimientos que lleva consigo son un artículo de exportación, la revisión deberá cumplirse aquende la barrera levadiza; si se opina que son artículos de importación, deberá efectuarse allende la misma. Dicho en otras palabras, en un caso lo examinarán los profesores, y en el otro lo harán profesionales prácticos. Sin pretender dar un juicio terminante, quisiera dar a conocer mi modesta opinión, que es decididamente favorable al sistema de la exportación. No es que yo piense que quienes fueron los profesores hayan de extender al graduando un certificado de origen, ni mucho menos que haya que abonar un derecho de exportación. Más bien creo que esto es lo que responde mejor, no sólo al interés de todas las personas comprometidas, sino también al de la libertad de cátedra. Poneos en el lugar de un graduando que llega por el camino portando un colosal bagaje de conocimientos y tiene que hacer alto ante una comisión examinadora compuesta por prácticos. Lleva consigo las cosas más primorosas: fósiles de las épocas más remotas del derecho romano, huesos de mamut, momias y, en materia de descubrimientos revolucionarios, teorías agudas e hipótesis audaces, lo más moderno que hay en plaza. Mas ¿de qué le vale todo esto si tiene que vérselas con prácticos? Estos entienden tanto de esas cosas y tienen por ellas tanto interés como un vista ordinario por los cristales más preciosos, por fósiles o por preparados de anatomía. Llámese en cualquiera de los casos a un entendido y se verá su entusiasmo. Pero ¿para qué se habrá devanado el pobre estudiante los sesos metiéndose en la mollera todas esas cosas que en el futuro no le servirán para nada, si no tiene por lo menos una vez en la vida la ocasión de sacarlas a relucir, que es cuando rinde su examen?

<sup>5</sup> Lamento no haber aprovechado esta oportunidad para añadir ciertas ideas constructivas a los reparos de orden político que podría suscitar el examen. Si BISMARCK, en su época, hubiera sido reprobado, hoy no existiría el Imperio Alemán. La voz de un solo examinador puede determinar el destino de toda Europa, lo que es sin duda una de las razones más poderosas para que los examinadores se muestren indulgentes. Los que se inclinan por la lenidad no deberían dejar de esgrimir este argumento contra sus colegas más severos.

Mas, sea como fuere, lo decisivo es y será siempre el respeto por la libertad de cátedra. Hay quienes aducen este respeto en apoyo de la tesis contraria, porque sostienen que, al examinar, los profesores estarían asumiendo un derecho de coacción y exclusión, y que con ese derecho estarían cobrando sus lecciones. ¡No puede haber nada más erróneo! ¿Qué quiere decir libertad de cátedra? Catedrático y alumno son conceptos correlativos; nadie puede enseñar si no hay quien aprenda. Para que la libertad de cátedra no sea un concepto totalmente hueco, deberá cuidarse que haya, no solamente maestros, sino también alumnos, y como la aplicación de medidas policiales repugna a nuestra sensibilidad, dicho presupuesto para la libertad de cátedra sólo puede lograrse encomendando a los profesores el examen de graduación. ¿Qué ocurriría con la asistencia a las clases, o aun con las mismas inscripciones, si el docente dejara repentinamente de examinar? Sus aulas quedarían desiertas a tal punto que tendría que suspender sus clases y algún atrevido enseñante libre se adueñaría de todo su auditorio. ¿Y qué consecuencia tendría esto? El profesor, para no dejar que sus alumnos queden en manos de una persona tan inexperta y sufran la ruina científica, en vez de dejarse guiar por su propio gusto, sus propias inclinaciones y su propio genio, tendría que ajustarse al gusto y a los deseos de sus oyentes. Esto sería para él una coacción, que es precisamente lo opuesto a la libertad. ¡La libertad de cátedra habría hallado así un triste fin!

Si después de las razones hasta aquí desarrolladas me quedara un asomo de duda, bastaría para disiparlo mi experiencia personal. En la Universidad tuve un amigo, con el cual habité, estudié y repasé durante varios años. Yo gozaba entre mis conocidos de cierta reputación por mis conocimientos, pero todos coincidíamos en que en punto a sapiencia jurídica era mi amigo quien se llevaba la palma. Mas ¿qué ocurrió en el examen? El tuvo que rendirlo en su tierra ante una comisión de prácticos; yo, en la mía, ante el cuerpo de profesores de la facultad. Y mientras yo obtuve la máxima calificación y una mención honorífica, él aprobó su examen a duras penas. Mis examinadores me expresaron su pesar por haber yo renunciado a la idea de seguir la carrera académica; a él, los suyos le vaticinaron que no tendría ningún porvenir. ¿Por qué esa diferencia? A mi amigo le habían encomendado, como es usual en su tierra, hacer sendos informes sobre dos casos. Pero lo que en nuestro medio habría sido el más grande de los méritos, el haber concluido, tras un gigantesco esfuerzo de casi nueve meses, dos informes de los cuales un ignorante podría haber aprendido lecciones enteras de la historia del derecho romano, de las Pandectas y del derecho penal, fue precisamente lo que sus examinadores acogieron con muy poco agrado. Para mí en cambio, el examen, aun prescindiendo del excelente resultado, fue un verdadero deleite. Yo había asistido a las clases de todos los examinadores y, aprovechando mi buena retentiva había memorizado casi textualmente los cuidadosos apuntes tomados en mis cuadernos. Así pude recitar todas las

lecciones con los *verbis ipsissimis*, como un reloj de música. Aún recuerdo las sonrisas de satisfacción con las que mis examinadores me premiaron por repetirles sus lecciones como un eco. Con uno de ellos, que me interrogó durante media hora sobre la infamia en el derecho romano, no erré una sola respuesta. Sabía al dedillo todos los casos de *infamia mediata e immediata*; de los veinticinco casos de la primera, enunciados por Vangerow en su manual de enseñanza de las Pandectas (§ 47), sólo no recordaba el número veintidós: «quien daña o sustrae aperos o animales destinados a la agricultura», y en el caso número dos: «de los mayores de edad que trabajan en público como actores», había olvidado el requisito de la mayoría de edad. El otro romanista me examinó sobre las *capitis deminutio*s y el *unus casus* de la Instituta; éste era desde hacía años el tema de su predilección, sobre el cual preparaba una monografía, que sin embargo, debido a la complejidad del tema y lo copiosa que es la literatura sobre el mismo, no se ha publicado hasta el día de hoy. Este tema le ocupó tanto que fue muy poco el tiempo que le quedó para interrogarme sobre la *servitus luminum*, otro enigma de la historia del derecho, como se sabe, una verdadera esfinge, sobre el cual se ha escrito muchísimo.

En historia del derecho romano el resultado no fue tan excelente. Sabía muy bien las tres partes y el *infortiatum*, en las que expuse a mi examinador, para su gran satisfacción, su propia tesis, dando todas las razones que él aducía, según la cual la división se funda en la intención. También las siete partes de las Pandectas, el *umbilicus Digestorum* y el *Antipapiniano*, los *libri terribiles*, los nombres que se daban en las Universidades en la época de Justiniano a los estudiantes novatos y a los veteranos, cuál era la *lex* más corta de las Pandectas, y cuál la más larga, cuántos títulos tenían la Instituta, las Pandectas y el *Codex*, puntos todos ellos a los cuales mi examinador asignaba gran importancia<sup>6</sup>. En cambio, había olvidado por completo el capítulo segundo de la *Lex Aquilia*, y me confundió algo la condenada homofonía de las *leges Atinia, Atilia, Acilia* y *Aquilia*, no supe distinguir perfectamente la *lex Furia Caninia* de la *Aelia Senla* sobre manumisión de esclavos y, por último, cuando se me preguntó qué juristas ilustres llevaban el nombre de pila «Antonio», me faltaron en la lista dos, uno de los cuales resultó ser uno de los examinadores presentes<sup>7</sup>.

No os importunaré más haciendo la reseña de las preguntas que se me formularon en el examen. Lo dicho basta para demostraros que si hubiera tenido que rendir mi examen ante prácticos, ni siquiera habría tenido la oportunidad de aplicar mis conocimientos. Con ese presupuesto habría debido imprimirle a todo mi estudio una orientación totalmente distinta, especial-

<sup>6</sup> Preguntas extraídas del examen doctoral dirigido por Hugo en Gotinga.

<sup>7</sup> Otra pregunta formulada por Hugo en ese examen. El examinador en cuestión era el criminalista Antonio Bauer. La pregunta era maliciosa: «¿Es que usted no cuenta a mi colega Antonio Bauer entre los juristas ilustres?»

mente en lo que atañe a las Pandectas. De las Pandectas normalmente había sólo ciertos temas por los cuales los examinadores mostraban gran interés: en materia de propiedad, la teoría del *thesaurus*, de la *accessio* y de la *specificatio*, del *alveus derelictus* y de la *insula in flumine nata*; en materia de obligaciones, las distintas formas romanas de la fianza, la *actio de pauperie*, las acciones delictivas y las *actiones adiectitiae qualitati*; en el derecho de familia, la adopción, la emancipación, los peculios y sobre todo la diferencia entre *tutela* y *cura*, y en materia de sucesiones, la *bonorum possessio*<sup>8</sup>, el testamento privado, la sucesión necesaria en el derecho antiguo y la diferencia entre legados y fideicomisos. A quien estuviera bien afirmado en estas materias, podía garantizársele el éxito en el examen.

Dejadme ahora seguir contándoos mi historia. El examen estaba aprobado: *Ex (erat) Amen!* La barrera levadiza se alzó y yo me inicié en la práctica forense en el juzgado de primera instancia de X. Pero las primeras impresiones que tuve allí contrastaron fuertemente con las que acababa de tener. Mi brillante examen me había infundido un sentimiento de dignidad y de confianza en mí mismo, pero antes de un mes ese sentimiento cedió al más amargo desaliento. Me sentí como uno que ha aprendido a nadar fuera del agua, y es repentinamente arrojado a ese líquido elemento. Las piezas más brillantes de mi saber resultaron sin valor alguno e incluso sirvieron, como por ejemplo las diversas formas romanas de la fianza, para completar mi perplejidad y descorazonamiento. Dudaba cada vez más de que hubiera aprendido algo de derecho, algo que valiera la pena aprender. En los quince años de mi actividad profesional tampoco se me presentó una sola de las cuestiones del derecho romano que me fueron preguntadas en el examen. ¡Cuánto me habría alegrado si hubiera podido aplicar mis conocimientos sobre la teoría de la infamia, adquiridos penosamente en muchos días de arduo estudio! ¡Cuánto ansié que se me presentaran los «hijos de perduelles» (Vangerow, *ob. cit.*, n. 15) o alguien que hubiera «interpretado maliciosamente las disposiciones del soberano» o se hubiera hecho, «a tal propósito, culpable de fraude» (n. 19) o alguno que hubiera «suplicado ante el soberano de una manera ilícita en ciertos casos destacados por la ley» (n. 20). Me habría contentado, en último caso, con «notarios y jueces que hubiesen intervenido en una cesión de deuda hecha por un judío a un cris-

<sup>8</sup> LÖHR, mi antecesor en la cátedra de Giessen, sólo conocía tres temas, sobre los cuales versaban siempre sus exámenes: la *bonorum possessio*, la *dos* y los peculios. Sus colegas trataron una vez de convencerlo de que eligiera otro punto. El accedió y resolvió formular preguntas sobre la propiedad. Primera pregunta: «¿Qué es la propiedad?»—«Bien.» Segunda pregunta: «¿Quién tiene la propiedad de los bienes dotales, el marido o la mujer?»—«Bien. Pues pasemos a ver un poco más en detalle esa *dos*.» Todo el resto del examen versó exclusivamente sobre la *dos*. Desde entonces sus colegas abandonaron la idea de hacerlo renunciar a esas vías. Era de prever que, cualquiera fuera la primera pregunta, la segunda se habría referido a la aplicación de ese punto a la *bonorum possessio*, la *dos* o los peculios.

tiano» (n. 24) o con «abogados que se hubieran hecho culpables de injurias *innecesarias* (?) en la tramitación de un proceso» (n. 17). Las «prostitutas, adúlteras y viudas que no observan el año de luto, y los usureros» (ns. 5, 6, 8 y 10) me resultaban muy vulgares y, por lo tanto, carecían de interés para mí. Mas algo debo señalar: así como estoy seguro de que los ejemplares más bellos de esta última categoría pueden encontrarse sin necesidad de buscarlos mucho, no veía yo la manera de encuadrar su conducta en la *infamia*. La infamia sólo podría haberse llevado a los estrados enrostrándosela públicamente a esas personas, para oponer luego a la acción de injurias por ellas entablada, una *exceptio veritatis*. Mas esto me parecía demasiado arriesgado, sobre todo tratándose de notarios, jueces o abogados. El *unus casus* de la Instituta y la *servitus luminum* brillaban igualmente por su ausencia y aunque en mi vida he sido muchas veces testigo de que alguien perdiera la cabeza, no pude subsumir a ninguno de esos casos bajo el concepto de la *capitis diminutio* romana. La vida me presentó problemas totalmente distintos de los que me fueron planteados en el examen en la Universidad y debo confesar que éste fue un juego de niños comparado con el inacabable examen que tuve que rendir en la vida. Así como me mostré brillante en el uno, fue pobre el resultado que obtuve en el otro. Lo más atroz fue que eran precisamente los casos más sencillos los que más me embarazaban, y que mis libros me dejaban siempre en la estacada.

¿Qué cosa más simple puede haber que un préstamo ordinario o mutuo con el correspondiente documento acreditativo de la deuda? Pero el primer caso de estos que se me presentó fue para mí una experiencia vergonzosa y humillante.

Se trataba de un préstamo hecho por Schulze a Zwickauer (espero que el *Kladderadatsch*\* me permita usar los nombres de sus personajes en vez de los nombres romanos Aulo Egidio y Numerio Negidio). Pues bien, Schulze había prestado a Zwickauer la suma de cien táleros, en presencia de dos testigos, haciéndose extender un recibo del siguiente tenor:

«El abajo firmante reconoce, por el presente, deber al señor Schulze la suma de 100 táleros, al 5 % de interés, pagaderos con un mes de preaviso.

Schilda, 31 de setiembre de 1847.

Zwickauer»

Seguía el siguiente aditamento:

«Garantizan lo que antecede  
A. Schmidt y K. Meier»

\* Título de una revista semanal humorística, fundada en 1848 por David Kalisch, que se publicaba en Berlín y estaba dedicada principalmente a la sátira política. Los personajes ficticios que desfilaron por sus páginas, entre ellos los mentados Schulze y Zwickauer, habían alcanzado gran popularidad. (*N. del T.*)

Schulze había entablado una demanda sosteniendo que había dado a Zwickauer esos 100 táleros en préstamo contra la entrega de dicho documento, que acompañaba, y que había solicitado el reintegro hacía un mes, sin que Zwickauer le devolviera el dinero. Este no compareció a prestar declaración, lo que, según la práctica de nuestro país, importaba una presunción de *litiscontestatio negativa*. El juez a cargo de mi juzgado me preguntó cómo resolvería yo esa cuestión y como no supe darle de inmediato una respuesta terminante, le pedí que me diera tiempo para pensarlo. En mi casa, sometí la relación al más minucioso análisis, echando mano de Puchta, de Vangerow y hasta del *Corpus Iuris*, y llegué así a la siguiente conclusión. La acción promovida por el demandante era la *condictio ex mutuo*; pero en el derecho romano el concepto de mutuo o préstamo implica la transmisión de la propiedad, seguida de un eventual consumo de las piezas de dinero prestadas (Puchta, *Pandekten*, § 304, L. 2 § 1, 4 *de reb. cred.* 12, 1). Ahora bien, como el demandante no había invocado en su escrito ni que él fuera propietario de ese dinero, presupuesto necesario para transmitir su propiedad, ni tampoco que el demandado lo hubiera consumido, la demanda era inconcluyente y, por tanto, correspondía rechazarla «con las naturales consecuencias». La risa del viejo magistrado vino a interrumpir mi exposición. Puede ser que él ni conociera esa disposición del derecho romano; lo cierto es que casi se exasperó cuando yo, muy seguro de mi teoría, invoqué el derecho romano y a Puchta. Cortó toda ulterior discusión declarando categóricamente que, aunque todos los códigos del mundo contuvieran una norma tan absurda, él nunca la aplicaría, porque la misma haría imposible cualquier operación de préstamo. Ni siquiera llegamos a hablar de mi eventual propuesta de que el actor debiera probar alternativamente o la propiedad o el consumo de la cosa.

Nuestra discrepancia no fue menor en lo tocante al documento. En mi opinión, éste no tenía ningún valor, porque ostentaba una fecha que no figura en el almanaque, el 31 de septiembre, lo que, jurídicamente, es una imposibilidad. ¿Cómo puede alguien contraer una deuda un día que no existe? Por lo demás, como no indicaba la *causa debendi*, ese documento era una *cautio indiscreta*, inadecuada tanto para *fundamentar* como para *probar* una deuda (Puchta, § 257). Un acreedor que no insiste en que la *causa* sea indicada en el documento, estará bien servido si el mismo resulta inválido. Cuando tenga alguna razón para disimular la *causa*, creará sin duda una causa ficticia, normalmente un simple préstamo, que figurará entonces como causa aparente, con lo que todo estará en orden.

Pero las personas honradas tienen que tener en orden sus documentos crediticios, al igual que los de identidad, y será suya la culpa si caen en las redes de la policía o de la justicia. Los defraudadores mañosos precisamente saben cludir esas redes. Un escarmiento ejemplar, aunque fuera con una persona honrada, serviría de aviso a los bribones. Pese a la bondad de todos

estos argumentos, la teoría volvió a fracasar con mi jefe. Él opinaba que para la gente común todo simple reconocimiento de una «deuda» se refiere normalmente a un préstamo y que, aparte esto, toda persona debía tener, mediando el consentimiento de la otra parte, la libertad de vedar al juez el conocimiento de los pormenores del negocio y de sus relaciones recíprocas. Dicho con otras palabras: que al constituirse una deuda en dinero se podría hacer abstracción de la causa. No pude convencerme de esto y me place saber que, aunque la práctica se inclina cada vez más por esa opinión, y pese a que Bähr haya intentado darle una justificación científica, los teóricos se han resistido hasta ahora pertinazmente a aceptarla, como lo ha hecho recientemente Schlesinger (*Zur Lehre von den Formalkontrakten*, Leipzig, 1958). Con buena razón, ese erudito considera que un documento de esa clase carece de valor, mientras que, para usar sus propias expresiones (pág. 141): «la cuestión toma repentinamente un cariz totalmente distinto si imaginamos que a esa declaración (del mero reconocimiento de deuda) le sigue el añadido: «y por lo tanto prometo pagar dicha suma». Esa promesa, unida a la aceptación de la otra parte, importa evidentemente un contrato obligacional; y al presentarse como promesa de un objeto ya debido, es un *constitutum (debiti proprii)*. Es natural que así sea. Si aun mediando promesa expresa falta a menudo la voluntad de cumplir, cuánto más fácil será que falte cuando haya un mero reconocimiento de deuda, cuando el deudor soslaya declarar que tiene la voluntad de pagar. Esa declaración es muy necesaria para cortar al deudor el efugio de decir que tuvo efectivamente la voluntad de llegar a ser y de *seguir siendo* deudor, pero no la de *dejar de ser* deudor, es decir, de *pagar*. El mero reconocimiento de una deuda es algo que se queda a mitad de camino, pues acredita la voluntad de constituir una obligación, pero no la voluntad de extinguirla. Dudo mucho que esta última esté lo suficientemente documentada con los términos «y por lo tanto prometo pagar dicha suma», como lo supone Schlesinger. Me parece necesario agregar a esa promesa: «y tengo la intención de hacerlo verdaderamente». Así como de un mero reconocimiento de deuda no resulta por sí sola la obligación de pagar, tampoco nace de una mera promesa la obligación de cumplirla, porque hacer una promesa y cumplirla son, como se sabe, dos cosas bien distintas.

La teoría y la práctica también andaban muy distanciadas acerca de la significación de las firmas de los dos testigos A y B. Para mi jefe, ese negocio era lisa y llanamente una fianza, mientras que yo, siguiendo el principio de que *in dubio* debía suponerse lo menos, veía en ello una mera atestación del acto constitutivo de la deuda, concluido en presencia de los testigos, tanto más cuanto que A y B habían actuado, como se admitía, en calidad de testigos, e *in dubio* era de suponer que habían conservado esa calidad al firmar el documento.

## Parte I: Cartas confidenciales

Y aunque se hubieran obligado como fiadores ¿qué clase de fianza sería? ¿Una *fideiussio*, un *mandatum qualificatum* o un *constitutum debiti alieni*? Que esas formas subsisten aún hoy, responde a la opinión de acreditados teóricos<sup>9</sup>.

Así como la naturaleza no conoce un *ave in abstracto*, el derecho moderno tampoco conoce una fianza *in abstracto* sino únicamente las *species romanas*. Por lo tanto, no es lícito consolarse diciendo que A y B habían manifestado su voluntad de actuar como garantes. Ya para saber qué acción ha de promoverse hay que determinar cuál de esas tres formas viene al caso, y si no hay ningún elemento que permita determinarlo, no se podrá hablar de fianza. La voluntad declarada se mantiene a igual distancia de todas ellas, sin pronunciarse por ninguna.

Mas ya he dicho bastante sobre la historia de este primer intento mío, tan completamente fallido, de hacer valer mis conocimientos teóricos en la práctica. Y no habría de ser el único. Un caso tras otro me fue poniendo en apuros, que eran tanto más graves cuanto más profundos eran los estudios teóricos que hacía para resolverlos. Por último llegué a una conclusión que no he abandonado hasta hoy y que puedo resumir en los siguientes términos: *es preciso haber perdido toda fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligros*. Si os interesase conocer otros de esos casos que me han llevado a tal escepticismo, hacédmelo saber y habré de ofrecer os algunos más.

<sup>9</sup> Aun los autores que, como PUCHTA (§ 404) y GIRTANNER (*Bürgschaft*, págs. 373 y 374), no distinguen entre la *fideiussio* y el *constitutum*, dejan a salvo al menos el *mandatum qualificatum*. VANGEROW (§ 579) y otros, han aceptado también el *constitutum*, mientras que ARNDT (*Pandekten*, § 353) hace tal deshonor a su dignidad de teórico que reúne las tres formas en el único concepto de fianza. Ese hombre no debería haberse hecho teórico, pues ¿qué sería de la teoría si los propios teóricos sacrifican las más sutiles diferencias establecidas por el derecho romano?

## Carta cuarta

Continuación de dichas soluciones<sup>1</sup>

**H**e advertido que habéis puesto un paréntesis en la serie de mis cartas, intercalando una que versaba sobre un tema totalmente heterogéneo. Eso no será razón para que yo altere el orden sistemático de estas cartas, que ya tengo bien preestablecido. En ese aspecto, no soy tan condescendiente como cierto historiador del derecho que aceptó y hasta hizo suya una jugarreta que le hizo el azar, valiéndose de una ventolera y una fámula. ¿Conocéis esa historia? Sírvaos de castigo por esa injerencia en mi plan, el tener ahora que publicarla.

Ocurrió en una época de vacaciones. El profesor había salido de viaje y una doméstica tenía por misión quitar el erudito polvo acumulado en su despacho. La puerta y la ventana se enfrentaban diametralmente y la criada, terminada su tarea, salió de la habitación. La mala suerte quiso que se levantara un ventarrón y que en el despacho penetrara una fuerte ráfaga que sorprendió desprevenidos a los cuadernos que allí dormían un apacible sueño vacacional. La Instituta, las Pandectas, el procedimiento civil, la historia del derecho romano, fueron todos presa de gran conmoción y agitación, y el viento puso especial saña en hurgar y revolver la parte histórica, que era la que más expuesta estaba. Una ráfaga más y he aquí que toda la historia del derecho romano revolotea por los aires como una nube de polvo, el edicto pretorio en lucha con las XII Tablas, el *ius gentium* con el *ius civile*, los senadoconsultos con las constituciones imperiales, mientras que Labeo y Capito, los dos antagonistas acérrimos, se abrazan estrechamente; Coruncanio y Elio caen sobre Ulpiano y Paulo, y la compilación de Justiniano viene a cubrir a todos. En síntesis, un soberano desbarajuste, una rotura de todo el orden de la historia romana. Daba la impresión de que se estaba repre-

<sup>1</sup> *Deutsche Gerichtszeitung*, año V, n. 21. la carta publicada bajo el n. 4 no es obra mía. En mi carta primera yo había autorizado expresamente esas intercalaciones.