

SOBRE LOS ORIGENES Y SUPUESTOS DEL FORMALISMO EN EL PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO

«Das Niveau einer Wissenschaft bestimmt sich daraus, wie weit sie einer Krisis ihrer Grundbegriffe fähig ist.»

(M. HEIDEGGER, *Sein u. Zeit*, 1927, página 9.)

Una de las características esenciales del pensamiento jurídico contemporáneo es su formalismo metódico. Con una generalidad y una consecuencia sin precedentes en ninguna época del pasado, la gnoseología de los últimos cien años ha elevado a dogma el principio de que es imposible el conocimiento «científico» del Derecho como realidad histórica concreta; que lo único que es posible conocer de él con validez universal es su «forma», una «forma» entendida, según las direcciones, bien como «principios superiores», bien como «sistema conceptual», bien como «formas puras de la conciencia», para no mencionar más que unas pocas de sus acepciones. Sólo recientemente, pudiera decirse, ha comenzado la reflexión jurídica a repensar y a someter a una crítica inmanente el principio metódico de esta gnoseología, abriendo así el camino para un nuevo entendimiento histórico y metafísico del Derecho.

Todo esto es harto conocido y ha sido repetido hasta la saciedad. Menos conocidos son, en cambio, otros aspectos esenciales del formalismo jurídico contemporáneo. Sería un error creer que hoy poseemos una idea clara y definitiva de la estructura ideal, de los motivos y de la función de esta gran corriente metódica, que, durante más de un siglo, ha dominado y todavía hoy domina en gran parte nuestro pensamiento jurídico. Embargada en su polémica contra el formalismo, especialmente el de observancia neokantiana, la ciencia del Derecho contemporáneo ha pasado un poco por alto este núcleo

de problemas, y cuando se ha detenido en él, lo ha hecho sólo de un modo inicial e insuficiente. ¿Cuáles son los supuestos filosóficos e históricos del formalismo jurídico contemporáneo? ¿Cuál es el punto en que enlaza con la tradición jurídica anterior? ¿A qué problemas trata de dar solución? ¿Qué significa el método formal en las diversas direcciones del pensamiento jurídico? Las páginas siguientes no pretenden, claro está, dar respuesta acabada a estos interrogantes, sino sólo preparar el camino para ella examinando, desde un punto de vista muy concreto, algunos de los problemas que plantea el formalismo jurídico contemporáneo.

I

Los orígenes del formalismo jurídico se hallan en conexión directa con la cisura que experimentó la conciencia jurídica occidental a finales del siglo XVIII y principios del XIX: el tránsito del Derecho natural al positivismo jurídico. Las dos grandes corrientes que, durante la Edad Moderna, habían preparado la positivización del Derecho, de un lado, la fijación de fines autónomos de orden y seguridad para el Derecho por parte de los juristas del absolutismo, y, de otro, la creciente conciencia histórica, confluyen ambas en esta época, tan decisiva para la constitución de la mentalidad contemporánea, y provocan una transformación radical, una verdadera *eversio* en las concepciones jurídicas. A la idea del Derecho como manifestación de un orden metafísico universal descubrible y precisable por el discurso racional, sucede ahora la del Derecho como orden vivo de las comunidades históricas, como conformación efectiva de las relaciones humanas en la convivencia. «Podemos negar con tranquilidad —dirá Adam Müller— la existencia de todo Derecho natural, bien al lado del Derecho positivo, bien superior o anterior a él» (1). Del espacio abstracto de la intelección el espíritu de la época se desplaza a la realidad de la vida histórica, y la idea de un Derecho natural queda relegada, como escribía un contemporáneo, «al reino de las especulaciones vacías... o de los sueños» (2). Cada vez

(1) *Die Elemente der Staatskunst* (1809), hrsg. v. J. Baxa, I. Hlbbd., Jena, 1922, pág. 53.

(2) C. v. ROTTECK: *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Bd. I, Stuttgart, 1829, pág. VI.

más distintamente el Derecho aparece como un *positum*, como un orden de conducta histórico-real inmerso en el curso de la temporalidad. Sus determinantes no hay que buscarlas en la razón, sino en las circunstancias de hecho de una sociedad determinada (3), en la ordenación coactiva del poder político (4), o como pretendía la Escuela histórica, en el hacer lento y pausado de las generaciones.

La primera y más importante consecuencia del tránsito del jusnaturalismo al positivismo —como siempre que se abre paso una nueva concepción del Derecho —va a ser el replanteamiento del problema del método jurídico. El Derecho natural con su método estrictamente deductivo había vivido, por así decirlo, encerrado en sí mismo —«como un anacoreta», dirá irónicamente Feuerbach (5)— sin contacto directo con la realidad jurídica histórica. Hijo legítimo del racionalismo, su tema no había sido siquiera la comprensión de lo histórica o socialmente real, sino la elaboración de un modelo racional que oponer a la nuda facticidad. Es una forma de pensamiento, como había ya escrito J. J. Rousseau, que comienza consecuentemente por «eliminar todos los hechos» (6), y cuyo principio metódico es el de que «*il faut savoir ce qui doit être pour bien juger de ce qui est*» (7); para la cual, en otras palabras, lo dado, en nuestro caso el Derecho positivo, es sólo un material a conformar de acuerdo con exigencias absolutas. Ahora por eso, con la equiparación radical de Derecho y Derecho positivo, el pensamiento jurídico se ve enfrentado con un problema nuevo e inesperado. Lo que antes era un resto irracional fuera del sistema, avanza al primer plano de la reflexión; no un canon o un criterio racionales para el Derecho positivo, sino éste mismo en su singularidad histórica se convierte en objeto único y propio del pensamiento jurídico. O, lo que es lo mismo, la ciencia del Derecho deja de ser constructiva para hacerse reflexiva, para

(3) Cfr. A. WARNKÖNIG: *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftidee. Ein Beitrag zu dem neueren Ansichten über Naturrecht, Rechtsphilosophie, Gesetzgebung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bonn, 1819, páginas 53-54.

(4) N. FALK: *Juristische Encyclopädie, auch zum Gebrauch bei academischen Vorlesungen*, Kiel, 1821, pág. 2.

(5) P. J. A. FEUERBACH: *Blick auf die Deutsche Rechtswissenschaft* (1810), en *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg, 1833, pág. 156.

(6) *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes, Oeuvres complètes*, París, 1829, t. I, pág. 175.

(7) *Émile*, liv. V, *Oeuvres*, t. IV, pág. 242.

constituirse como conocimiento de algo —los Derechos históricos— que le es dado desde fuera como punto de partida absoluto. Es un cambio de perspectiva, un viraje de principio en la temática de la ciencia del Derecho, que penetra toda la conciencia de la época. La razón jurídica no tiene como cometido adorar los ídolos creados por ella misma, sino llegar al entendimiento de la realidad jurídica fruto del esfuerzo conjunto de los siglos (8); la ciencia del Derecho no es creadora, sino reelaboradora, y de igual manera que el escultor no produce el material sobre el que trabaja, así tampoco ella extrae de sí el objeto de su conocimiento (9). En esta concepción de la ciencia del Derecho como ciencia del Derecho positivo va implícito el nuevo problema metódico. Un problema que no es otro que el del conocimiento «científico» del Derecho. ¿Cómo es posible un conocimiento del Derecho con validez universal, si entendemos por Derecho un orden de conducta dependiente de la voluntad de los hombres y de las circunstancias históricas? ¿Cuáles son las categorías para el conocimiento de una realidad normativa múltiple y variable, y cuya multiplicidad y variabilidad no son referibles, por definición, a determinaciones racionales? Se trata de un problema que el Derecho natural no había conocido; partiendo no de un dato empírico-real, sino de una interpretación postulada del «orden natural» o de la «naturaleza humana», el Derecho natural extraía de este postulado de modo lógico-formal un sistema de proposiciones jurídicas que constituía el objeto de la ciencia del Derecho en sentido estricto. Este sistema por su punto de partida y el método de su fundamentación no salía del ámbito de la intelección abstracta, era «un diálogo de la razón consigo misma», como dirá uno de los primeros positivistas (10), y por eso mismo, poseía una estructura cuasi-matemática que lo hacía traslúcido a la razón cognoscente. La ciencia del Derecho en el sentido del positivismo no tiene, en cambio, como objeto una construcción nacional, sino una realidad histórica concreta, un orden normativo con vigencia real, en cuya existencia se entrecruzan tensiones y corrientes sociales, luchas ideológicas, tradiciones, constelaciones económicas, valoraciones éticas, situaciones

(8) Cfr. J. J. BACHOFEN: *El Derecho natural y el Derecho histórico*. Introducción y versión del alemán por F. GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, 1955, págs. 37-38.

(9) Cfr. P. J. A. v. FEUERBACH: *Blick auf die Deutsche Rechtswissenschaft*, ya cit., págs. 159-60.

(10) [J. A. L. SEIDENSTICKER]: *Juristische Fragmente*, 1. Theil, Göttingen, 1802, pág. 2.

de poder. ¿Por qué camino es asequible a la razón jurídica este objeto de contextura fundamentalmente irracional? ¿Por la intelección, por la intuición, por la explicación?

El problema no es privativo de la ciencia del Derecho del positivismo, sino que, referido al lenguaje, al arte, a la religión, se plantea casi simultáneamente también en las demás ciencias del espíritu como consecuencia de la historificación y «positivación» de su objeto (11). La conciencia de ello había llevado a Jakob Grimm a distinguir entre «ciencias exactas», y «ciencias inexactas» y a definir estas últimas como las ciencias «de lo humano en el idioma, la literatura, el Derecho, la historia» (12); un antecedente directo de las «ciencias del hombre y de la sociedad» de Dilthey. Lo que sí es privativo de la ciencia del Derecho es la interpretación que da al problema y la dirección en que intenta resolverlo. Enfrentada con el problema del conocimiento general de un objeto de estructura histórica, la ciencia del Derecho del positivismo no trata, en efecto, de fundamentar una nueva noética, ni de llegar a nuevas categorías que hagan posible este conocimiento. Su esfuerzo no apunta siquiera a la formulación de aquel concepto específico de verdad para las ciencias del espíritu —a diferencia del concepto de verdad de las ciencias físico-matemáticas— al que con intuición genial iba a aludir J. G. Droysen a mediados del siglo (13). Lo que la ciencia del Derecho del positivismo va a hacer va a ser exactamente lo contrario; su respuesta al problema del conocimiento del Derecho en tanto que objetivación histórica va a consistir en intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto. Nacida en oposición consciente al Derecho natural racionalista, la ciencia jurídica del positivismo va a incorporarse la gnoseología de aquél y va a tratar de resolver con ella un problema sólo comprensible desde la negación precisamente del racionalismo en el campo del Derecho.

Con este salto sobre su propia sombra, la ciencia del Derecho del positivismo va a iniciar un proceso que, durante más de cien años,

(11) Sobre el fenómeno de la «positivación» en el pensamiento histórico y en las ciencias del espíritu del siglo XIX, cfr. E. ROTHACKER: *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, München u. Berlin, 1927, págs. 129 ss.

(12) Cfr. J. GRIMM: *Ueber den Wert der ungenauen Wissenschaften*, en *Kleinere Schriften*, Berlin-Gütersloh, 1864 ss., Bd. VIII, págs. 563 ss., esp. pág. 566.

(13) Cfr. J. G. DROYSEN: *Grundriss der Historik*, (1858), en *Historik. Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, hrsg. v. R. Hübner, 3. Aufl., Darmstadt, 1958, págs. 326 ss., *passim*.

imprimirá su sello al pensamiento jurídico. Para el racionalismo moderno, en efecto, con su reducción de toda realidad a los contenidos de conciencia del sujeto cognoscente, y con su concepto de verdad, no como coincidencia de las representaciones con un mundo real independiente, sino como conexión lógica entre ellas, la objetividad es pensada como una estructura lógico-formal de conceptos reducible a unos pocos principios, y «ciencia» es el conocimiento de esta objetividad y sólo de ella, es decir, conocimiento de meras relaciones abstractas (14). Se trata de una gnoseología que elimina por principio lo singular en tanto que singular, para la que un conocimiento de validez universal es sólo conocimiento de lo formal e in contradictorio, de aquello expresable en forma de «leyes», de «principios» o de «constantes». Como dirá Hegel aludiendo a esta eliminación por principio de lo singular, el racionalismo abstracto «vacía el cielo y el contenido de las cosas» (15), «despoja al mundo de su realidad» (16) y «apaga el susurro de la vida en la naturaleza» (17). Este racionalismo es la forma de pensamiento específica para fundamentar una ciencia del Derecho como la del jusnaturalismo, que ve su objeto en un sistema de proposiciones racionales deducidas desde postulados abstractos. ¿Cómo, empero, puede servir de instrumento a una ciencia jurídica que ha constituido en objeto propio de su conocimiento las realidades históricas singulares de los Derechos positivos? Una gnoseología para la que la verdad es «la percepción de la concordancia o discordancia entre nuestras ideas» (18) puede suministrar el método a una ciencia del Derecho que, por propia confesión, ignora la materia jurídica y estudia el Derecho de manera semejante a «como los matemáticos consideran las figuras de los cuerpos» (19); pero no puede, en cambio, fundamentar nunca el conocimiento del Derecho en el sentido del positivismo, es decir, del De-

(14) Sobre ello, cfr. E. CASSIRER: *Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit*, Bd. II, Berlín, 1922, págs. 131 ss., 522 ss.

(15) *Vorl. über die Gesch. d. Philosophie*, WW (Jubiläumsausg.), Bd. XVII, página 112.

(16) *Vorl. über d. Aesthetik*, WW Bd. XII, pág. 88.

(17) *System der Philosophie*, WW Bd. IX, págs. 38-39.

(18) LOCKE: *Essay on Human Understanding*, IV, 4, § 7, *Works*, London, 1794, vol. II, pág. 129.

(19) GROCIUS: *De iure belli ac pacis*, Prol., § 58: «... sicut mathematici figuras a corporibus remotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum.»

recho como algo históricamente concreto y en el que, por tanto, el contenido es, por definición, uno de sus momentos esenciales. Esta es la gran contradicción en que, desde sus comienzos, va a moverse la ciencia jurídica del positivismo. *Al incorporarse la gnoseología del racionalismo moderno, la ciencia del Derecho del positivismo va a intentar dar respuesta al problema del conocimiento del Derecho positivo, es decir, de algo de estructura histórica singular, valiéndose de un método que eleva a principio la incognoscibilidad con carácter general de lo singular y concreto.*

Nacido de esta contradicción de principio, el formalismo va a llevar desde sus comienzos el sello de ella. Para eludir, en efecto, la aporía implícita en las premisas del racionalismo la ciencia jurídica del positivismo va a proceder a una modificación radical —a una destrucción, en último término— del concepto de Derecho que ella misma había situado en su base. Y es que, con la aceptación de la gnoseología racionalista, el problema planteado al pensamiento jurídico por el concepto positivista del Derecho va a sufrir un desplazamiento esencial. Este problema, que era originariamente el de cómo era posible en absoluto el conocimiento del Derecho positivo, se convierte ahora en este otro: ¿cómo es posible el conocimiento del Derecho positivo desde los supuestos metódicos del racionalismo abstracto? Se trata, como se ve, de un cambio de acento sustancial: la pregunta ya no se centra en el método, sino en el objeto. Si el problema había sido inicialmente el de encontrar un método para el conocimiento universal del Derecho positivo, ahora, una vez adoptada como punto de partida absoluto la gnoseología del racionalismo, el problema es, en cambio, el de cómo hay que pensar el objeto, es decir, el Derecho positivo para hacerlo asequible al método del racionalismo. Respondiendo a esta nueva problemática, la ciencia jurídica del positivismo destruye, como decíamos, su propio concepto del Derecho, prestando a la dominación «Derecho positivo» una significación completamente nueva. Todo el proceso está dirigido a encontrar en el Derecho positivo elementos permanentes que permitan convertirlo en «objeto del conocimiento» en el sentido del racionalismo, es decir, elementos que sean susceptibles de una conceptualización abstracta. Para llegar a ello, la ciencia jurídica del positivismo abandona lo más original y fecundo de su punto de partida, la noción del Derecho como realidad histórica concreta, y pasa a entenderlo como un *compositum*, como una yuxtaposición de dos elementos dispares: un elemento variable y contingente constituido por los contenidos

normativos, y otro permanente e idéntico constituido por la estructura formal de la normación. Sólo este último, predicado en sí de toda realidad jurídica, es susceptible de un conocimiento de carácter general, mientras que la materia jurídica queda, como un resto irreductible, al margen del conocimiento jurídico en sentido estricto. Con esta distinción va a iniciarse un proceso de incalculables consecuencias. Todavía Savigny, en su primera época, había caracterizado la esencia del «verdadero proceder histórico» en el entendimiento del Derecho dado «desde su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo» (20). Esta unicidad del Derecho positivo, su carácter de orden concreto y referido a circunstancias históricas también concretas desaparece ahora del horizonte de la reflexión jurídica. Sólo este equívoco, esta tergiversación de sus propios presupuestos conceptuales hace posible a la ciencia jurídica del positivismo ofrecer una solución aparente a su problema; una solución «aparente», porque está basada en la eliminación de uno de los términos del problema mismo. Para hacerse posible a sí misma desde las premisas de la gnoseología racionalista, la ciencia del Derecho del positivismo tiene que trasladar a su propio objeto la escisión de la realidad característica del racionalismo abstracto. No el objeto condiciona el método, sino que es el método el que determina la estructura del objeto. Como en las ciencias naturales modernas el fenómeno concreto, como en los grandes sistemas racionalistas las existencias singulares, como en el Derecho natural clásico los Derechos positivos, así también ahora el ser social, ético, económico, político de los Derechos históricos va a ser entendido por la ciencia del Derecho como algo que, por no ser reducible a conceptualización abstracta, constituye, por definición, el límite del conocimiento jurídico en sentido estricto. Surge así como fenómeno característico de la cultura jurídica contemporánea una ciencia formal del Derecho, una ciencia que no es, en último término, pudiera decirse según el título de un libro famoso, más que una «ciencia del Derecho sin Derecho»; una ciencia del Derecho que, haciendo profesión de fe del positivismo jurídico, elimina de su objeto todo aquello que presta al Derecho concreción e individualidad históricas, es decir, positividad, reduciendo la realidad jurídica en tanto que objeto posible del conocimiento a una mera suma de determinaciones abstractas.

(20) F. C. v. SAVIGNY: *Rezension von N. Th. v. Gönner, Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1815, en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. I (1815), pág. 395.

II

Dos son las corrientes que, en los albores del positivismo jurídico, tratan de fundamentar teóricamente esta concepción de la ciencia del Derecho: la doctrina de los «principios generales del Derecho» y la Escuela histórica. A ambas les une el positivismo jurídico, pero ambas se separan en el punto de vista desde el que tratan de reducir a un sistema conceptual abstracto la realidad concreta de los Derechos históricos.

Lo que llamamos doctrina de los «principios generales del Derecho», y que sus autores denominan también doctrina de los «principios» y de las «verdades» jurídicas, no es una escuela en el propio sentido de la palabra, sino, más bien, una dirección, una línea de pensamiento que une más o menos homogéneamente a una serie de juristas, hoy casi olvidados, que, en los primeros decenios del siglo, tratan de hallar solución al problema metodológico planteado a la ciencia del Derecho por el positivismo. Estos juristas son, en su mayoría, hijos de la época anterior, lo que hace que en ellos pueda percibirse con toda claridad la recepción de la gnoseología racionalista por el positivismo jurídico. El denominador común de todos ellos, la noción con la que tratan de hacer asequible el conocimiento del Derecho al ideal racionalista del conocimiento abstracto es la concepción del Derecho como «orden jurídico en general». En este sentido, en tanto que «orden en general», el Derecho posee en sí siempre y con independencia de su fenomenología histórica una estructura formal idéntica que puede reducirse a un sistema de «verdades» o «principios» jurídicos. El descubrimiento, análisis y definición de estos conceptos superiores implícitos en todo Derecho es el cometido propio de la ciencia jurídica, mientras que el contenido mismo de la normación en su particularidad histórica queda entregado a la labor empírica y descriptiva del jurista práctico. Con este doble punto de vista en la consideración del Derecho, los teóricos de los «principios jurídicos» van a convertirse en herederos y transmisores de una de las nociones más caras al Derecho natural racionalista. Para revestir a la ciencia jurídica de validez universal, el Derecho natural había construido como objeto de ella, según ya veíamos, un sistema de proposiciones deducidas abstractamente de principios postulados; el estudio de este sistema era el objeto de la llamada

«jurisprudencia universal», único conocimiento verdaderamente general del Derecho, mientras que la «jurisprudencia particular» o estudio de los órdenes jurídicos positivos no poseía carácter científico «como no lo poseen las demás ideas de las cosas singulares» (21). Esta oposición entre «jurisprudencia universal» y «jurisprudencia particular», basada en la oposición Derecho natural-Derecho positivo, es trasladada ahora por el positivismo al concepto mismo del Derecho positivo en su concreción histórica y se convierte, con función análoga, en una posición entre elementos racionales-permanentes e irracionales-variables dentro de toda realidad jurídica. No hay más Derecho que el Derecho positivo, pero no todo es *positum*, es decir, no todo es de carácter contingente e histórico en el Derecho positivo: he aquí el dogma de la nueva dirección. En todo Derecho positivo, además de la materia de la regulación, existe un armazón conceptual, una estructura formal siempre la misma; este armazón conceptual es el objeto en sentido estricto de la ciencia del Derecho como conocimiento general, y su estructura formal la que presta a éste validez y carácter científico.

Las primeras manifestaciones de esta dirección, aun balbucientes y poco precisas, se encuentran ya en el siglo XVIII. Así, por ejemplo, en J. Fr. Flatt, quien, en lugar de un Derecho natural, pedía una ciencia que fuera para el Derecho positivo «lo que la ontología es para la metafísica o lo que la cosmología o la pneumatología son para la física y la psicología» (22). Así también, sobre todo, J. A. L. Seidensticker, quien trazaba ya expresamente el programa de una nueva ciencia del Derecho: «No es posible contentarse con la letra de las leyes. Es preciso que nos elevemos a principios generales, pero sólo a principios generales susceptibles de ser abstraídos de las fuentes positivas. Tenemos que echarnos en manos de la filosofía, pero sólo de una filosofía histórica, es decir, de una filosofía... desarrollada.

(21) GROCIUS: *De iure belli ac pacis*, Prol., § 30. Esta oposición entre dos modos de conocimiento del Derecho, que se encuentra en toda la tradición jusnaturalista moderna —así, por ejemplo, en PUFFENDORF: *De iure naturae et gentium*, I, 2— alcanza expresión clásica en WOLF: Cfr. *Wie die bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit nach einen beweisenden Lehrart einzurichten seye*, en *Gesammelte kleine philosophische Schriften*, Bd. III, Halle 1737, págs. 595 ss., y *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754, Vorrede, esp. págs. II ss.

(22) J. Fr. FLATT: *Ideen zur Revision des Naturrechts oder Prolegomena eines künftigen Zwangrechts*, en *Vermischte Versuche*, Leipzig, 1785, págs. 1 ss.

partiendo del Derecho positivo y que merezca, por ello, también el calificativo de positiva» (23).

Lo que en estos autores era sólo exigencia y programa va a ser desarrollado explícitamente por P. J. A. v. Feuerbach, el gran penalista. En toda ciencia, dice Feuerbach, hay que distinguir dos momentos, materia y forma o bien cuerpo y espíritu, el primero de los cuales está constituido por elementos empíricos, mientras que el segundo representa un sistema de conceptos (24). En la ciencia del Derecho la materia está constituida por el contenido de la regulación concreta y la forma por un repertorio de nociones últimas que son su presuposición. Estas nociones, que Feuerbach denomina «conceptos generales» y también «conceptos originarios», no se encuentran formuladas expresamente en las normas que componen los órdenes jurídicos, sino sólo contenidas implícitamente en ellos, de igual manera «que la ley general se halla contenida en los fenómenos singulares, siendo preciso, por ello, abstraerlas de cada Derecho positivo por un proceso simplificador que, desde la regulación concreta, se eleva a «las condiciones de su posibilidad y realidad» (25). En este sentido puede decirse que los conceptos generales «son creados por el jurista» (26); no en el sentido de su contingencia, sino en el de su descubrimiento y determinación por la razón. Estos conceptos representan la estructura del Derecho positivo, aquello que, como el esqueleto al cuerpo humano, les presta vigor y consistencia, y son, por eso también, independientes del legislador, sin que el Derecho positivo pueda, por definición, ni crearlos ni derogarlos (27). En ellos hay que ver también el objeto de la ciencia en su más estricto sentido; sólo por los conceptos generales «se eleva la juris-

(23) [J. A. L. SEIDENSTICKER]: *Geist der juristischen Literatur von dem Jahre 1796*, Göttingen, 1797, pág. 82. Sobre SEIDENSTICKER (1760-1817), espíritu original e ingenioso, y uno de los primeros y más decididos partidarios del positivismo jurídico, cfr. H. EISENHART: *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. XXXIII, págs. 630 ss. La mayoría de sus libros fueron publicados anónimamente.

(24) P. J. A. FEUERBACH: *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede*, Landshut, 1804, págs. 33, 96-97. Sobre FEUERBACH (1775-1833), cfr. G. RADBRUCH: *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Wien, 1934, y E. WOLF: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 3. Aufl., Tübingen, 1951, págs. 536 ss., con extensa bibliografía.

(25) *Ueber Phil. u. Empirie*, págs. 52 ss., 64 ss.

(26) *Ueber Phil. u. Empirie*, pág. 52.

(27) *Ueber Phil. u. Empirie*, págs. 50 ss., 64-68.

prudencia al rango de ciencia, mientras que, sin ellos, no es más que un lastre para la memoria, un triste y desagradable fárrago de materiales toscos y fragmentarios» (28).

En la misma línea de pensamiento se encuentra uno de los juristas más agudos e influyentes de la primera mitad del siglo, Nikolaus Falk, autor de una famosa *Enciclopedia jurídica* (1825), traducida también en su época al castellano (29). Representante convencido del positivismo jurídico, Falk parte del problema que plantea a la gnoseología jurídica la variabilidad y singularidad de los Derechos históricos. Si la ciencia del Derecho no tiene como cometido más que la exposición del Derecho vigente en un determinado momento y en un Estado concreto, y si este Derecho puede cambiar en virtud de circunstancias externas o por la voluntad del legislador, la labor del jurista carece de todo valor científico y lo mejor que éste podría hacer sería «prepararse para las instituciones jurídicas futuras, en lugar de estudiar las resultantes del pasado» (30). ¿Hay que concluir, por tanto, dice Falk anticipándose a la crítica de Kirchmann, que la afirmación del Derecho positivo como único Derecho posible conduce inevitablemente a un agnosticismo de principio en la gnoseología jurídica? La solución al dilema no puede hallarse en el Derecho natural, que no es un Derecho real, sino un Derecho pensado tal y como debería ser (31), ni tampoco en la «filosofía del Derecho positivo» de G. Hugo, la cual, si tiene justificación como pragmática jurídica, no constituye, sin embargo, un modo específico de conocimiento del Derecho (32). La única manera de escapar al dilema consiste en hallar un objeto cierto y permanente para la ciencia del Derecho, pero, a la vez, un objeto que no se dé fuera, sino dentro del Derecho positivo. Frente al Derecho «de la naturaleza» hay que hallar un verdadero Derecho «natural», es decir, un sistema de proposiciones

(28) *Ueber Phil. u. Empirie*, págs. 68-69, y *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*, en *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg, 1833, págs. 166 ss.

(29) Sobre N. FALK (1784-1850), A. L. J. MICHELSEN, en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. VI, págs. 539 ss. La noticia de la traducción de su *Enciclopedia* al castellano por Ruperto NAVARRO ZAMORANO y Rafael Joaquín de LARA la leo en L. A. WARNKÖNIG: *Juristische Encyclopädie*, Erlagen, 1853, pág. 364. Yo mismo no he tenido ocasión de ver esta versión.

(30) N. FALK: *Juristische Encyclopädie, auch zum Gebrauche bei academischen Vorlesungen*, Kiel, 1821, pág. IV. Sobre el positivismo jurídico, págs. 2 ss., 9 ss., *passim*.

(31) *Jur. Encyclopädie*, págs. 75 ss., 83 ss.

(32) *Jur. Encyclopädie*, págs. 87, 327-29.

que se den necesariamente en todo Derecho positivo, independientemente de su singularidad histórica (33). Este sistema puede descubrirse analizando las relaciones humanas que se encuentran en la base de toda regulación jurídica. Estas relaciones, que el Derecho positivo regula según criterios variables históricamente, son estudiadas por la ciencia del Derecho en su estructura lógica, extrayendo de ellas «analíticamente» un conjunto de verdades permanentes que constituyen el objeto en sentido propio de la ciencia jurídica (34). «Las verdades jurídicas descansan en... una necesidad lógica, a saber, en su absoluta conexión con otras proposiciones reconocidas como ciertas. La teoría del Derecho sólo puede constituirse, por tanto, por el desarrollo analítico de conceptos dados y por la relación lógica entre ellos. Estas proposiciones jurídicas que componen el contenido de la teoría general del Derecho surgen por un análisis estrictamente lógico de aquellos hechos que se dan en toda sociedad civil, y de aquí se deduce el carácter de generalidad que revisten las verdades jurídicas así halladas» (35).

Un eco de esta teoría resuena también en la obra de Reinhold Schmid, quien veía el tema propio de la teoría jurídica en la formulación de las «formas puras del Derecho» que se encuentran en la base de todo ordenamiento jurídico; unas «formas fundamentales» —como también las llama Schmid— que, expuestas en su conexión lógica, constituyen «un sistema de verdades jurídicas... que tienen aplicación igual para todos los tiempos y todos los pueblos» (36).

De modo análogo, también L. A. Warnkönig tomaba como punto de partida la existencia en todo Derecho positivo de un elemento formal permanente y un elemento material sometido a la variabilidad histórica. No todo en el Derecho positivo es creado por la voluntad humana, sino que en él hay siempre un conjunto de institucio-

(33) *Jur. Encyclopädie*, págs. 88-89.

(34) *Jur. Encyclopädie*, págs. 89 ss. La primera formulación de esta idea fundamental se encuentra en un artículo de FALK: *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en *Kieler Blätter*, Bd. VI (1819), págs. 1 ss.: cfr. E. WOHLHAUPTER, *N. Falk und die historische Rechtsschule*, en *Historisches Jahrbuch*, Bd. LIX (1939), págs. 395 ss.

(35) *Jur. Encyclopädie*, pág. 90.

(36) Cfr. R. SCHMID: *Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*, Jena, 1848, págs. 3 ss. Sobre R. SCHMID (1800-1873), cfr. E. LANDSBERG: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Hbbd. II (Noten), München u. Berlin, 1910, páginas 320-21.

nes fundamentales absolutamente necesarias; estas instituciones se nos presentan bajo las más diversas formas en la realidad histórica, influídas por las circunstancias y la condición humana, pero en todas ellas existe, sin embargo, un «núcleo permanente» que constituye su naturaleza en sentido propio (37). La estructura lógica de este «núcleo» de las instituciones implícitas en el concepto de ordenamiento jurídico nos ofrece una suma de conceptos que constituye el elemento universal y constante en todo Derecho positivo. Estos conceptos no son nociones *a priori* ni ideas regulativas, sino que el jurista las abstrae «por el mismo procedimiento que se sigue para formular las reglas fundamentales de la gramática general, de la estadística y de la economía política» (38), y una vez formulados, forman entre sí un organismo cuya sistematización es el cometido de la ciencia jurídica.

La misma intención formal y constructiva nos sale al paso, esta vez fuera del continente, en la obra del inglés John Austin, el célebre fundador de la «Escuela analítica del Derecho» (39). El positivismo jurídico de Austin tiene sus raíces en la tradición del nominalismo ético inglés, cuya más radical formulación, en su época, se encuentra en el utilitarismo de J. Bentham. Para esta doctrina, el Derecho es producto consciente de una voluntad organizadora dirigida a la consecución de la felicidad de un grupo humano en un momento determinado, y la idea de un Derecho natural, es decir, válido para todos los tiempos es una contradicción en sí misma (40). La consecuencia natural de esta noción del Derecho era la de entender la ciencia jurídica tan sólo como una reflexión pragmática de *lege*

(37) L. A. WARNKÖNIG: *Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft* Erlangen, 1853, págs. 77 ss. Sobre WARNKÖNIG (1794-1866), cfr. v. SCHULTE: *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. XLI, págs. 177-78.

(38) L. A. WARNKÖNIG: *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, 2. Ausg., Freiburg i. B., 1854, pág. 263, y *Jur. Encyclopädie*, ya cit., págs. 79 ss.

(39) Sobre AUSTIN (1790-1859), cfr. mi estudio preliminar a John AUSTIN: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. del inglés, Madrid, 1951, y la bibliografía allí citada. Ultimamente ha aparecido también un estudio más voluminoso que profundo: A. AGNELLI: *John Austin alle origini del positivismo giuridico* (*Publicazioni dell'Istituto di Scienze Politiche dell'Università di Torino*, vol. VII), Torino, 1959.

(40) Cfr. J. BENTHAM: *Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*, *Works* (Bowring), vol. I, págs. 169 ss., y *Fragment on Government*, ch. I, sect. 38, *Works*, vol. I, pág. 269; J. AUSTIN: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., London, 1929, vol. I, págs. 79 ss.

ferenda, y ya Bentham, en efecto, había dicho de la jurisprudencia que era una «entidad ficticia», a la que sólo podía atribuirse un cometido terminológico (41). Austin, en cambio, bajo la influencia del pensamiento jurídico alemán de la época, va a tratar de dar una nueva fundamentación a la ciencia del Derecho, no deteniéndose en la materia de los ordenamientos jurídicos positivos, sino, como dice expresamente, buscando «lo racional en la jurisprudencia» (42). Austin trata de encontrar este elemento racional de manera «formal y analítica», formulando aquellos conceptos que se dan siempre y necesariamente en todo ordenamiento jurídico, lo mismo «en los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas que en los más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas» (43). Estas nociones revisten carácter fundamental, «porque no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho... sin pensarlas como partes constitutivas de él» (44), y son en sí el objeto de la ciencia del Derecho, la cual se convierte por virtud de ellas en ciencia en sentido estricto. Junto a esta línea de pensadores aislados, enlazados tan sólo por el propósito metodológico común, se alza el edificio cerrado de la Escuela histórica del Derecho, con un cuerpo de doctrina que será el más decisivo conformador del moderno pensamiento jurídico. Lo que distingue a la Escuela histórica es que su positivismo jurídico no significa meramente una negación del Derecho natural, sino que descansa en una concepción muy precisa del Derecho de hondas raíces metafísicas. Frente a la idea del Derecho como producto consciente de la actividad racional, que había alimentado los grandes sistemas del Derecho natural y las codificaciones jusnaturalistas, Savigny y su escuela ven en el Derecho una manifestación del hacer histórico de los pueblos en íntima dependencia con la totalidad de su cultura, y sólo comprensible desde ella. «Co-

(41) J. BENTHAM: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Works*, vol. I, págs. 148 ss. La publicación reciente de una obra hasta ahora perdida de BENTHAM: *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. by Ch. W. Everett, Columbia U. P., 1945, revela, sin embargo, una concepción completamente distinta de la ciencia del Derecho y hace evidente, sobre todo, la influencia de BENTHAM sobre AUSTIN. Sobre ello, cfr. W. FRIEDMANN: *Bentham and Modern Legal Thought*, en *Jeremy Bentham and the Law. A Symposium*, ed. by G. W. Keeton and G. Schwarzenberger, London, 1948, págs. 239 ss.

(42) *Lectures on Jurisprudence*, vol. I, pág. 81.

(43) *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, pág. 1072.

(44) *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, pág. 1073.

mo el idioma y los usos sociales, el Derecho es, por su origen y por su desarrollo orgánico vivo, fruto del pueblo, sin que pueda ser pensado separado de aquéllos, sino, al contrario, sólo en una íntima unión alimentada por una fuerza superior a los hombres»; y de igual manera que sería absurdo «querer inventar un idioma o una poesía nacional, así también lo es que el hombre pretenda encontrar un Derecho que se extienda sobre una comunidad tan suave y vigoroso como el surgido de la propia tierra» (45). El Derecho no puede, en sentido estricto, «ser hecho», sino que nace y se desarrolla a lo largo de la vida histórica de los pueblos, impulsado por «fuerzas internas y silenciosas», por un proceso lento, casi podría decirse «natural», semejante al crecimiento orgánico de las plantas: «el Derecho no tiene existencia de por sí, sino que es, más bien, la vida de los hombres considerada desde un lado especial» (46). Por eso, no hay Derecho en abstracto, sino sólo Derechos, los producidos por los diversos pueblos como fruto de su vida histórica: el Derecho es «miembro del cuerpo del pueblo» y se halla en «conexión orgánica con la esencia y carácter del pueblo..., crece y se forma con él, perece cuando éste pierde su individualidad» (47).

En esta última consecuencia nos sale al paso un rasgo esencial de la Escuela histórica, de importancia decisiva para su concepción de la ciencia jurídica. Los primeros teóricos del positivismo jurídico habían partido, como ya veíamos, de un concepto del Derecho «en absoluto»; su representación del Derecho equivalía a la de positividad y a lo que en el Derecho hay de diferente de la moral, la mera costumbre, los usos sociales. Para la Escuela histórica, en cambio, «el» Derecho es siempre idéntico con un Derecho concreto, de un pueblo determinado y en un momento histórico también determinado. Justamente por su representación abstracta del Derecho, los primeros juristas del positivismo habían podido encontrar respuesta al problema del conocimiento científico del Derecho positivo recurriendo a «principios generales» de «todo Derecho», es de-

(45) Carta de Jakob GRIMM a SAVIGNY de 29 de octubre de 1814, en *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, Berlín-Bielefeld, 1953, pág. 172. Con palabras muy parecidas repetirá SAVIGNY un año más tarde la misma idea: cfr. la recensión de N. Th. GÖNNER, ya cit., en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. I (1815), págs. 394 ss.

(46) SAVIGNY: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, págs. 30, 14.

(47) *Vom Beruf*, pág. 11.

cir, volatilizando los contenidos normativos singulares de los Derechos históricos en la noción de «orden jurídico», y ésta, a su vez, en una serie de conceptos formales de validez universal. Para la Escuela histórica el problema de la ciencia del Derecho se plantea de forma radicalmente distinta. Su ideal racionalista y formal del conocimiento es el mismo, pero el objeto sobre el que ha de ejercitarse no es el Derecho pensado como orden jurídico en abstracto, sino un Derecho positivo concreto, en su caso el Derecho vigente en la Alemania de su tiempo, el «Derecho común» o el «Derecho romano actual». Así planteado el problema, la apelación a «conceptos generales del Derecho» es lo opuesto a una solución. Lo que hay que formalizar y racionalizar son, al contrario, los contenidos normativos del Derecho en cuestión en su singularidad histórica; no lo que es común a todo Derecho, sino la institucionalidad peculiar de este Derecho concreto es lo que ha de hacerse accesible al conocimiento racional abstracto. Esta es la empresa en que va a empeñarse la Escuela histórica y, siguiendo sus huellas, los sistemas de la pandectología clásica. En esta tarea va a servirse preferentemente de dos medios procedentes ambos del racionalismo de los siglos anteriores, especialmente del racionalismo wolffiano: de un lado, la noción de «concepto» como la suma de determinaciones lógicas acerca de un objeto, y de otro, la idea de verdad como aquello que puede deducirse con necesidad abstracta del concepto de una cosa, es decir, en último término, como aquello y sólo aquello que puede insertarse sin contradicción en el sistema lógico total de nuestros juicios (48). Partiendo de estas nociones, la Escuela histórica procede a la construcción de una ciencia del Derecho como sistema conceptual de la realidad histórica de un Derecho concreto. Estas premisas son también el punto de partida para la deducción por un método lógico-formal calcado del racionalismo wolffiano de toda posible consecuencia jurídica, mientras que, de otro lado, la compatibilidad lógica con su totalidad se convierte en criterio de validez de toda proposición o institución jurídicas. La «jurisprudencia conceptual que nace así, fruto póstumo del racionalismo jusnaturalista, va a conver-

(48) Las nociones fundamentales de su método deductivo las expone sucintamente WOLFF en las primeras páginas de su *Compendium elementorum matheseos universae*, Editio secunde, t. I, Lausannae & Genevae, 1758, esp. págs. XIX ss. Cfr. asimismo: *Vernünfftige Gedanken von den Kräften des menschlichen Verstandes und ihrem richtigen Gebrauch in Erkenntnis der Wahrheit*, 12. Aufl., Halle 1744, págs. 1 ss., 144 ss., *passim*.

tir la comprensión del Derecho en un mero «cálculo de conceptos», en un proceso abstracto de naturaleza lógico-formal.

Quien primero propugna este método como el único verdaderamente científico para el conocimiento del Derecho es el mismo Savigny. En sus lecciones de Marburgo sobre metodología, publicadas por primera vez hace unos años, Savigny, en efecto, exigía ya para la ciencia del Derecho un método que fuera algo más que «un simple acarreo de material»; un método que dotara a la ciencia del Derecho de un «objeto revestido de generalidad» del que se hubiera eliminado todo posible elemento casual (49). Más adelante, en su famoso escrito polémico, insistirá con mayor decisión en esta exigencia: «En todo triángulo hay ciertas determinaciones, de cuya conexión se siguen necesariamente todas las demás; en estas determinaciones, como, por ejemplo, en dos lados y el ángulo entre ellos, nos está dado ya el triángulo. De igual manera, en cada parte de nuestro Derecho hay ciertos elementos en los que se encuentran ya dados los demás... Uno de los cometidos más arduos de nuestra ciencia, aquel que presta a nuestro trabajo carácter científico, es el de aprehender estos elementos y, partiendo de ellos, percibir la conexión interna y la afinidad de todos los conceptos y proposiciones jurídicas» (50). Pero más que por estas formulaciones de principio, Savigny va a ejercer influencia decisiva en el desarrollo del formalismo jurídico por la utilización paradigmática del nuevo método en su genial monografía sobre la posesión (51). El propósito que guía a Savigny en su libro es, como él mismo nos dice, determinar el «concepto» de posesión y «buscar el lugar que, en tanto que relación jurídica, ocupa ésta en el sistema del Derecho romano priva-

(49) Cfr. Fr. K. v. SAVIGNY: *Juristische Methodenlehre* (1802-1803). *Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm hrsg. v. G. Wesenberg*, Stuttgart, 1951, páginas 37 ss. El manuscrito de estas lecciones había sido ya estudiado antes de su publicación por H. KANTOROWICZ: *Savignys Marburger Methodenlehre*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (RA), Bd. LIII (1933), págs. 465 ss. Cfr. ahora también, E. SCHULTE: *Die Juristische Methodenlehre des jungen Savigny* (Diss. Kiel, Maschinenschr.), 1954.

(50) *Vom Beruf*, pág. 22, y análogamente, págs. 48, 117.

(51) Una caracterización clásica de esta monografía y de su influencia en el posterior desarrollo del pensamiento jurídico, en E. LANDSBERG: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München u. Berlin, 1910, Abt. 3, Hlbbd. 2 (Text), págs. 190 ss.

do» (52); y en efecto, por un análisis de las fuentes de singular agudeza Savigny analiza cuál es el rasgo común y esencial que los juristas romanos implican en la posesión cuando utilizan la expresión en los textos. Pero el resultado a que aquí se llega —la *detentio* y el *animus domini*—, no es, sin embargo, lo más importante metódicamente, sino el intento de comprender desde esta determinación conceptual todas las formas de posesión atestiguadas por las fuentes, incluso aquellas formas de posesión «irregulares» que, como la posesión a título de prenda, sólo por el artificio lógico de la «posesión derivada» pueden ser subsumidas bajo aquella determinación formal (53). De esta suerte, y sobre el ejemplo concreto de una institución, Savigny ofrecía una construcción tan conclusa y de tal corrección lógica como no se conocía desde los sistemas del Derecho natural. Nada hay en esta construcción que no esté perfectamente fundado y deducido lógicamente; ninguna proposición que no pueda referirse, en último término, a un núcleo conceptual superior.

Este método, de un formalismo brillante y no carente de cierta grandiosidad, será desarrollado y llevado a sus últimas consecuencias por las siguientes generaciones de la escuela histórica y por el mismo Savigny en su segunda época; muy especialmente por Puchta, quien aquí, como en otros puntos radicalizará la posición del fundador de la escuela. Como la estructura racional de la realidad había sido el presupuesto absoluto en la línea de pensamiento Leibniz-Wolff y, en general, en todo el racionalismo moderno, así también la noción que se halla en la base de la jurisprudencia formal y constructiva de Puchta es la idea de la estructura racional de todo orden jurídico. El Derecho posee una estructura lógica inmanente, es «racional en sí»; las diversas proposiciones jurídicas que componen un Derecho positivo «se encuentran en una conexión orgánica entre sí», «se condicionan y presuponen recíprocamente, de tal manera, que de la existencia de la una es posible deducir lógicamente la de otra» (54). Por eso, «porque el Derecho mismo es un sistema», «una totalidad de proposiciones que se condicionan y presuponen entre sí», la ciencia del Derecho es también esencialmen-

(52) *Das Recht des Besitzes. Eine zivilistische Abhandlung* (1803) 5. Aufl., Giessen, 1827, pág. 4.

(53) *Das Recht des Besitzes*, págs. 103 ss.

(54) G. F. PUCHTA: *Cursus der Institutionen* (1841-42), 7 Aufl., Leipzig, 1871, Bd. I, págs. 32 ss.

te conocimiento sistemático, «conocimiento de la conexión interna que une a las partes del Derecho, entendiendo lo singular como miembro del todo y el todo como un cuerpo que se manifiesta en órganos especiales» (55). Es decir: «Cometido de la ciencia del Derecho es el conocimiento de las proposiciones jurídicas... como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras, siguiendo así la genealogía de cada proposición hasta los primeros principios y descendiendo después desde éstos hasta sus últimas ramificaciones» (56). Son ideas que también nos salen al paso con leves modificaciones en el *Sistema del Derecho romano actual* (1840) de Savigny. «En la realidad viva y rica, todas las relaciones jurídicas constituyen una totalidad orgánica», nos dice ya en el prólogo (57). Las normas que componen un Derecho positivo no son reglas aisladas y sin relación, sino que se agrupan bajo «principios superiores» constituyendo así «instituciones», cada una de las cuales posee asimismo una «naturaleza orgánica» que se manifiesta «en la conexión viva de sus elementos» (58). La «institución jurídica» no es, por eso, una noción sociológica o teleológica, sino sólo otro nombre para designar el primer paso en el proceso de reducción lógico-formal de la realidad histórica del Derecho positivo. Desde el ala germanista de la escuela nos lo dirá claramente G. Beseler: «Las reglas jurídicas... no tienen todas la misma importancia ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su amplitud; las normas de menor amplitud se nos presentan sólo como consecuencia y determinación más concreta de las reglas más amplias. Ahora bien, al reunirse lo semejante y al subordinarlo a un principio superior, nos encontramos con un sistema íntimamente conexo, en el cual los principios rectores y las reglas dependientes de ellos... constituyen una institución jurídica» (59). Las «instituciones» se hallan, a su vez,

(55) G. F. PUCHTA: *Lehrbuch der Pandekten* (1838), 11. Aufl., Leipzig, 1872, página 29, *Cursus der Institutionen*, pág. 87.

(56) *Cursus der Institutionen*, pág. 33.

(57) Fr. K. v. SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, Bd. I, pág. XXXVII.

(58) *System*, Bd. I, págs. 9, 390.

(59) Cfr. G. BESELER: *System des gemeinen deutschen Privatsrechts* (1847), I. Abt., 4. Aufl., Berlín, 1885, pág. 14. En sentido análogo se expresa el otro gran germanista de la Escuela histórica, K. Fr. EICHHORN: *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts* (1823), 3. Ausg., Göttingen, 1829, página 118.

«Unidas en un sistema..., y sólo en la conexión de él pueden ser entendidas totalmente» (60). Del descubrimiento y la exposición de esta conexión que «reduce a unidad las normas y los conceptos jurídicos» (61), el pensamiento jurídico se eleva, por fin, hasta aquellas últimas determinaciones conceptuales comunes a todas las «instituciones», es decir, a la «parte general» (62), una noción, como el método mismo, procedente de la sistemática jusnaturalista (63). Un paso más dará finalmente R. v. Jhering, el gran discípulo de Puchta. Para Jhering, todo Derecho es un «organismo lógico», cada uno de cuyos miembros tiene en él un lugar determinado, hallándose en una relación formal con todos los demás (64). A la aprehensión de esta estructura formal está dirigido el pensamiento jurídico, el cual, por eso, tiene que penetrar a través de la aparente multiplicidad de las normas de cada ordenamiento hasta llegar al sistema de conceptos y relaciones que se dan en él como su «verdadera naturaleza». Al ojo ejercitado el Derecho le aparece como un organismo lógico de instituciones y conceptos jurídicos, al no ejercitado como un complejo de proposiciones jurídicas; aquélla es la naturaleza interna del Derecho, éste su lado exterior dirigido a la vida práctica» (65). Por eso, cuando la ciencia jurídica reduce un Derecho a un sistema lógico de conceptos, lo que hace es simplemente poner al descubierto, y elevar a reflexión lo que este Derecho es verdaderamente en sí, describir «el esqueleto al que se adhiere toda su sustancia bajo la forma de proposiciones jurídicas» (66). Su labor, en suma, es semejante a la de los gramáticos respecto al idioma; también el jurista trata de exponer el «alfabeto jurídico», aquella suma primaria de elementos formales cuya combinación pos-

(60) *System*, Bd. I, pág. 10.

(61) *System*, Bd. I, págs. XXXVI s.

(62) Cfr. *System*, Bd. I, págs. 390 ss.

(63) Sobre los orígenes de los sistemas de Pandectas, y en especial de la «parte general», en la sistemática jusnaturalista, cfr. A. B. SCHWARZ: *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (RA)*, Bd. XLII (1921), págs. 578 ss. Ahora también en *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, hrsg. v. H. Thieme u. F. Wieacker, Karlsruhe, 1960, páginas 1 ss.

(64) R. v. JHERING: *Geist des römischen Rechts* (1852 ss.), 1. Theil, 7. u. 8. Aufl., Leipzig, 1924, págs. 36 ss.

(65) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 42.

(66) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 36.

terior producirá todo el conjunto de instituciones y relaciones propias de un Derecho positivo determinado (67).

La idea de una ciencia jurídica *more geometrico* que había acariciado Savigny, parece encontrar aquí su expresión definitiva. Las proposiciones jurídicas son desintegradas por el análisis en sus elementos conceptuales y éstos «se precipitan», dirá Jhering (68), como determinaciones lógicas en el concepto de «institución»; este concepto se pone, a su vez, en relación con otros y todos se subsumen bajo otro concepto más general; éste se relaciona y subsume, por su parte, y así sucesivamente hasta llegar a conceptos cada vez más abstractos, como el de «acto», «derecho subjetivo», «declaración de voluntad», «negocio jurídico», partiendo de los cuales se procede, en sentido inverso, a la deducción de la totalidad o de partes enteras de la dogmática de un Derecho positivo. Nada de naturaleza histórica, sociológica o económica, ninguna consideración ética o teleológica tiene sitio en este mundo cerrado de conceptos; lo esencial es sólo la consecuencia lógica, la concatenación y sistematización formalmente correctas. El más característico representante de la pandectología en la segunda mitad del siglo, B. Windscheid, nos lo dirá con las siguientes palabras: «Lo decisivo es desintegrar los conceptos en sus partes integrantes, poner de manifiesto sus elementos abstractos... Y es que, en efecto, de la aprehensión exhaustiva del contenido de los conceptos implícitos en las proposiciones jurídicas depende no sólo la comprensión total del Derecho, sino también la seguridad de su aplicación... La decisión última es el resultado de una operación de cálculo, en la que los factores son los conceptos jurídicos» (69). O como dirá más adelante G. Jellinek: «No qué es la propiedad, sino cómo hay que pensar la propiedad es lo que caracteriza la problemática jurídica... Los conceptos jurídicos no tienen entidades reales como objeto: el mundo jurídico es un mundo puramente abstracto» (70). Reducida a un mero «operar con conceptos» (71), la ciencia del Derecho se repliega al espacio vacío de

(67) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2 Abt., 6. u. 7. Aufl., Leipzig, 1923, páginas 334 ss., esp. 345 ss.

(68) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 39.

(69) B. WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 5. Aufl., Frankfurt/M., 1882, pág. 64.

(70) G. JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen, 1905, págs. 16-17.

(71) A. v. TUHR: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Berlín, 1910, pág. VIII.

la pura construcción: «El cometido científico de la dogmática de un Derecho positivo se halla en la construcción de las instituciones jurídicas, en la reducción de las proposiciones jurídicas a conceptos generales, y de otro lado, en la deducción de las consecuencias que de estos conceptos se derivan... Se trata de una operación mental puramente lógica, para cuya solución no hay más instrumento que la lógica ni ningún otro medio que pueda sustituirla; todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas... carecen de importancia para la dogmática de un material jurídico concreto y sirven har- to a menudo sólo para ocultar la falta de labor constructiva» (72).

Este mundo de conceptos posee una dialéctica y una validez pro- pias y funciones de por sí, de modo autónomo en relación con la realidad jurídica histórico-social. «Las proposiciones jurídicas son ma- teria, masa para el pensamiento..., mientras que las instituciones jurídicas son, en cambio, seres, individualidades lógicas, entes ju- rídicos que nacen, perecen, actúan, entran en conflicto con otros, poseen cometidos, fines a cuyo servicio están y que, de acuerdo con ello, están revestidos de fuerzas y propiedades peculiares» (73). El sistema conceptual no es, pues, sólo un medio para la compren- sión de una realidad independiente, sino que posee sustancialidad propia y es, en último término, criterio absoluto de la realidad ju- rídica. La construcción de la verdad como certeza lógica por parte del racionalismo moderno, es decir, el dogma de que una proposi- ción sólo es verdadera si puede insertarse sin contradicción en el sistema total de representaciones de la conciencia cognoscente, resur- ge ahora en la jurisprudencia conceptual con el proceso llamado de «inferencia». Una relación, una consecuencia, una proposición no revisten carácter de jurídicas por su sanción, por ser reales con realidad histórico-social conformando de hecho la convivencia hu- mana, sino sólo si son susceptibles de ser incluídas con corrección lógico-formal en el sistema general de conceptos de la dogmática de un Derecho positivo. «Una noción jurídica sólo es Derecho si posee fundamentación, es decir, si es verdad, y para serlo es preciso que se pueda insertar en el sistema, o lo que es lo mismo, que posea fun-

(72) Cfr. P. LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., Tübin- gen, 1911, Bd. I, pág. IX, Sobre el método de LABAND y su conexión con el for- malismo de la Escuela histórica, cfr. el excelente trabajo de W. WILHELM: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt/M. 1958, págs. 7 ss. *passim*.

(73) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., págs. 359-60.

damentación interna» (74). De aquí las inacabables controversias para construir de acuerdo con el sistema figuras jurídicas «anómalas», como la novación, la *datio in solutum*, etc.; de aquí también las célebres «imposibilidades lógicas» de Puchta, la «imposibilidad» de la representación directa por ser «incompatible» con el «concepto» de obligación, la imposibilidad de heredar en parte testada y en parte intestadamente, por ser ambas formas de sucesión «conceptos incompatibles» (75). Pero, al mismo tiempo, la ciencia del Derecho se convierte también por el proceso de «regresión» en una actividad creadora, en verdadera fuente del Derecho. Los conceptos abstraídos de las proposiciones jurídicas pierden contacto con ellas, se transforman en entidades lógicas con leyes propias, de tal manera que de ellos pueden extraerse por el análisis nuevas consecuencias, cuyo carácter y validez jurídicos se basan tan sólo en la corrección formal con que han sido deducidas de aquéllos. Junto al Derecho consuetudinario y al Derecho legislado aparece así como proceso creador y fuente del Derecho lo que Savigny llamaba «Derecho científico» y Puchta «Derecho de los juristas». La corrección lógico-formal se convierte en fundamentación de la validez normativa, y el proceso entero se mueve en un círculo cerrado: los principios superiores son inferidos de las proposiciones jurídicas, y todo lo que se halla implícito en ellos es tenido, a la vez, como consecuencia dotada de validez jurídica. «Por virtud de la forma científica dada a la materia jurídica, con la que se trata de revelar y completar su unidad implícita, surge una nueva vida orgánica..., de tal manera que de la ciencia del Derecho brota ininterrumpidamente una nueva forma de creación jurídica», escribía Savigny (76). El sistema es fuente inagotable de producción de «materia jurídica absolutamente nueva», añadirá, por su parte, Jhering (77). Lo peculiar de esta fuente del Derecho frente a las otras dos consiste en la fundamentación normativa de las proposiciones que formula; mientras que las otras fuentes del Derecho lo son, como dirá Puchta, en virtud de una autoridad externa, la ciencia jurídica es fuente del Derecho «sólo por autoridad interna, sólo por la verdad de su deduc-

(74) PUCHTA: *Das Gewohnheitsrecht*, Bd. I, Erlangen, 1828, pág. 166.

(75) Sobre estas polémicas, cfr. G. BOEHMER: *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, Buch II, 1. Abt., Tübingen, 1951, págs. 76 ss., y F. W. JERUSALEM: *Kritik der Rechtswissenschaft*, Frankfurt/M., 1958, págs. 150 ss.

(76) *System*, Bd. I, págs. 46-47.

(77) *Geist d. röm. Rechts*, 2. Teil, 2. Abt., págs. 386 ss.

ción» (78); «por virtud de la naturaleza racional del Derecho, todo aquello que se deduce con necesidad interna de sus principios posee también, por ello, validez jurídica» (79). Los conceptos jurídicos «son productivos, se emparejan y procrean otros nuevos», como dirá Jhering con su especial terminología (80).

Reducida así a pura conceptuación abstracta, la ciencia del Derecho se transforma en un espacio hermético basado en sí mismo, del que se ha eliminado toda consideración que no sea la de la mera relación formal entre los conceptos. La reflexión no está dirigida a la realidad, sino que ésta se mide por aquélla. «Lo que no es posible abstractamente, no puede tampoco ser real concretamente», escribirá Jhering (81). O como decía Laband: «La creación de una nueva institución jurídica que no pueda situarse bajo un concepto jurídico superior y más general es algo tan imposible como la invención de una nueva categoría lógica o el nacimiento de una nueva fuerza natural» (82). Llevada a sus últimas consecuencias, esta concepción desemboca en la idea de que la red de conceptos de la dogmática jurídica no es sólo conceptuación abstracta de un Derecho positivo determinado, sino conceptuación «del» Derecho en absoluto; es decir, que es imposible pensar una realidad jurídica que siendo tal no pueda subsumirse bajo los conceptos y el sistema ya elaborado y concluso de la ciencia del Derecho. Quizá nadie ha sentido con mayor *pathos* este carácter definitivo de la conceptuación jurídico-formal que Jhering y quizá nadie le ha dado tampoco expresión tan contundente. La historia era su axioma, «nunca podrá poner en un aprieto a la ciencia del Derecho»; el pensamiento jurídico, con su tradición milenaria, «ha descubierto ya las formas o tipos fundamentales del mundo jurídico, y dentro de ellos tendrá que darse todo movimiento futuro, por muy distinto que sea del conocido hasta ahora por la humanidad» (83).

Paradójicamente, pues, la jurisprudencia va a arribar, en sus úl-

(78) G. F. PUCHTA: *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen*, Leipzig u. Berlin, 1825, pág. 27, y *Das Gewohnheitsrecht*, Bd. II, págs. 15 ss.

(79) G. F. PUCHTA: *Besprechung von G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, en *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, Jahrg., 1844, Bd. I, Sp. 12.

(80) *Geist d. röm. Rechts*, 1. Teil, pág. 40.

(81) *Geist d. röm. Rechts*, Bd. III, 1. Abt., 3. Aufl., Leipzig, 1877, pág. 132.

(82) *Staatsrecht des deutschen Reiches*, ya cit., Bd. I, pág. VI.

(83) R. v. JHERING: *Unsere Aufgabe*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. I, págs. 16, 3 ss.

timas consecuencias, a una postura próxima a la de los teóricos de los «principios jurídicos». Habiendo partido de la realidad de un Derecho positivo determinado, y habiendo visto su cometido en la reducción de este Derecho a un sistema conceptual abstracto, la dialéctica misma de sus presupuestos formales la lleva insensiblemente a la concepción de la realidad jurídica como «orden jurídico en absoluto» y a atribuir a la conceptualización de su dogmática aquel carácter de universalidad y necesidad que la otra dirección había querido ver en sus «conceptos superiores del Derecho» o en sus «verdades jurídicas».

III

Hacia mediados del siglo, el proceso de formalización del método jurídico se ha impuesto, puede decirse, en todos los campos de la ciencia del Derecho. Con su conceptualización abstracta y su postulado del orden jurídico como «sistema lógico», el formalismo no es ya un método entre otros, sino el método jurídico por excelencia. Uno de los autores más agudos y originales de la época, Ludwig Knapp, decía de la ciencia del Derecho contemporáneo, que para ella «la cáscara del Derecho constituye precisamente su sustancia», que «el contenido del Derecho no es para los juristas objeto de la reflexión, sino el núcleo en cuyo torno se mueven» (84). El formalismo metódico no va, empero, a terminar aquí su historia, ni va a ser un simple episodio en la historia del pensamiento jurídico contemporáneo, sino que va a pervivir casi hasta nuestros días, imprimiendo su sello tanto a la práctica jurídica como a la teoría del Derecho en sentido estricto. La influencia del formalismo en la práctica jurídica se ejerce principalmente a través de la dogmática civilística y también, de modo indirecto, por medio del Código civil alemán de 1900, de cuyo primer proyecto pudo decir ya Gierke que era «un compendio de Pandectas vertido en forma de artículos» (85). En la teoría del Derecho, el formalismo penetra a través de las dos direcciones más influyentes del pensamiento jurídico contemporáneo, el empírico y el neokantismo, las cuales, orientadas hacia el

(84) L. KNAPP: *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, pág. 239.

(85) O. GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, Bd. I (*Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsgn., v. F. Oetker, 2. Abt., 3. Teil, Bd. I, München u. Leipzig, 1895, pág. 25.

modelo del conocimiento científico-natural, con su ignorancia de lo individual y concreto, van a prestar nueva vida y fundamentación, no sólo a las intenciones metodológicas, sino incluso a los mismos esquemas doctrinales de los primeros autores del formalismo jurídico.

La superación del formalismo es hoy, sin duda, uno de los temas centrales, si no el tema central, del pensamiento jurídico. Se trata de un proceso que, en contra de lo que pudiera creerse, se halla todavía en sus comienzos, de un camino a recorrer, en el cual no se avanzará sustancialmente con supuestos «retornos a las cosas» ni con la postulación apodíctica de contenidos metafísicos «intemporales» del Derecho, sino sólo haciendo claridad sobre los supuestos y el sentido histórico que reviste el método formal en el pensamiento jurídico contemporáneo. En toda reflexión sobre el formalismo jurídico es preciso, sobre todo, no perder de vista un hecho decisivo para su entendimiento, al que ya hemos aludido repetidamente en las páginas anteriores: el hecho de que el formalismo jurídico contemporáneo no es un método desarrollado orgánicamente desde las exigencias del objeto, sino, al contrario, una desintegración y reinterpretación del objeto, es decir, de la realidad jurídica, con el fin de hacerlo asequible a las premisas de un método aceptado como punto de partida absoluto. Esta reinterpretación de la realidad jurídica tiene lugar desde el supuesto de que sólo lo susceptible de conceptualización abstracta, lo reducible a puras determinaciones lógicas puede ser objeto de un conocimiento revestido de validez general. Partiendo de este principio gnoseológico del racionalismo moderno, el formalismo considera la realidad jurídica desde un doble punto de vista, el punto de vista de aquello que es en ella permanente, por ser la forma misma de la normación, y que es, por consiguiente, susceptible de un conocimiento racional abstracto, y el punto de vista de los contenidos jurídicos, históricos y variables, y susceptibles, por tanto, sólo de un conocimiento empírico-descriptivo. Es decir, que, como todo formalismo, también el formalismo jurídico «desgarra la intuición y su identidad de lo general y singular, enfrentando una a otra las abstracciones de lo general y lo singular» (86). Se trata de un desconocimiento del *prius* lógico de la realidad concreta respecto a sus determinaciones abstractas, como

(86) HEGEL: *Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, WW Bd. I, pág. 527.

consecuencia del cual el formalismo se cierra el camino para la comprensión de la realidad jurídica en su individualidad, y sustituye a ésta, en tanto que objeto del conocimiento, por su mera proyección lógico-formal en la esfera del pensamiento. El último resultado de esta desintegración y trasmutación del objeto del conocimiento jurídico es el nacimiento de una ciencia del Derecho encerrada en su propia conceptualización, ajena al movimiento histórico, y para la cual tanto la teleología como lo real-social son, por definición, el límite del conocimiento; de una ciencia jurídica que no ve su cometido «en la coincidencia de sus conceptos con la realidad, sino en la coincidencia de los conceptos entre sí» (87). No sólo por su hermetismo frente a la vida histórico-social, sino también por la estructura de su objeto y por su método esta ciencia es heredera y continuadora de la ciencia del Derecho natural. Como en el jusnaturalismo racionalista, también en el formalismo hay unos principios superiores en los que se contiene analíticamente todo el sistema jurídico; como allí, también aquí es concebido el Derecho como un orden lógico «cerrado»; como allí, también aquí la corrección de la deducción lógica se convierte en fundamento de la validez normativa de las proposiciones jurídicas; como allí, en fin, también aquí encontramos la duplicidad en la consideración del Derecho, las «dos jurisprudencias», sólo que lo que allí se expresaba como contraposición entre Derecho natural y Derecho positivo, se expresa allí como oposición entre forma y materia dentro de la realidad de los Derechos históricos. Lo único que ha desaparecido es la inserción del Derecho en un orden metafísico universal, la pretensión de vinculatoriedad suprahistórica de las proposiciones jurídicas que componen el sistema y, sobre todo, aquella referencia constante a la conciencia ética de una sociedad determinada que, como principio heurístico, es quizá lo más valioso y perdurable del Derecho natural clásico (88). La frase de que la pandectología no fué más que la realización con otros medios de la idea central del Derecho natural (89), puede, por eso, aplicarse a todo el formalismo jurídico, y no es extraño que dos de los juristas más alerta del último siglo per-

(87) Cfr. E. EHRLICH: *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918, pág. 133.

(88) Sobre este principio heurístico y su significación, cfr. F. BEYERLE: *Der andere Zugang zum Naturrecht*, en *Deutsche Rechtswissenschaft*, Bd. IV (1939), páginas 7 ss.

(89) Cfr. P. KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht*, 2. Aufl., München-Berlin, 1953, págs. 275 ss.

cibieran ya el fenómeno con toda claridad: I. Bekker, para quien Savigny había trasplantado a la ciencia de la época el método del jusnaturalismo (90), y O. v. Gierke, quien veía en el formalismo «surgir como un fantasma de entre los muertos del viejo Derecho natural», aunque «vestido ahora con el ropaje del positivismo» (91). En este «criptojusnaturalismo», en la pervivencia larvada de la metodología y la sistemática jusnaturalista en el formalismo jurídico contemporáneo se nos hace patente de modo paradigmático la insuficiencia de principio del racionalismo en la ciencia del Derecho. Una gnoseología para la que el conocimiento del Derecho sólo es posible «partiendo de conceptos jurídicos, no de relaciones vitales o de intereses» (92), y que considera el fin de las instituciones jurídicas como algo «situado fuera de su concepto» (93), es incapaz, por definición, de llegar a un conocimiento en sentido propio del Derecho en tanto que realidad histórica. Habiendo partido, por eso, del problema del Derecho positivo como único objeto posible del conocimiento jurídico, nada tiene de extraño que el formalismo desembogue en una sublimación conceptual calcada del Derecho natural, es decir, de una ciencia jurídica basada en el axioma de la incognoscibilidad sistemática y universal de los Derechos positivos.

FELIPE GONZÁLEZ VICÉN

(90) I. BEKKER: *Ueber den Streit der historischen und filosofischen Schule (Akademische Rede)*, Heidelberg, 1886, págs. 19-20.

(91) O. v. GIERKE: *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, en Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, hgn. v. G. Schmoller, N. F., 7. Jahrg. (1883), págs. 1191-92.

(92) A. v. TUHR: *Allg. Teil d. Deutschen bürgerl. Rechts*, ya cit., Bd. I, página XIII.

(93) LABAND: *Staatsrecht d. deutschen Reiches*, ya cit., Bd. I, pág. 67.

