

LA SUPERACION DEL FORMALISMO JURIDICO MEDIANTE UNA APERTURA A LA FILOSOFIA DEL DERECHO

I. INTRODUCCIÓN.

En este estudio me propongo esclarecer desde una perspectiva filosófica cuál debería ser el método más adecuado de las tareas *científicas* e interpretativas, en orden a superar ese frío formalismo, tan generalizado en las metodologías al uso, y que, a mi modo de ver, entorpece el ritmo vital de la realidad dinámica del Derecho.

Comenzaré con una exposición crítica de las principales direcciones metodológicas de tendencia formalista que han influido en el tratamiento científico de la jurisprudencia, desde Savigny hasta nuestros días. En ella intentaré destacar sobre todo el trasfondo ideológico—y, en último término, filosófico—que parece invalidarlas, al menos en parte, por insuficientes y mal fundadas.

Por último, propondré las líneas maestras que, a mi modo de ver, deberían tenerse en cuenta para elaborar una metodología más rigurosa y adecuada para el tratamiento de la realidad jurídica.

Las manifestaciones metodológicas que históricamente se van sucediendo en el específico campo de una disciplina jurídica concreta no responde, como es fácil comprender, a un fenómeno aislado con vigencia exclusiva dentro de dicho campo, sino que son más bien la manifestación de un vasto fenómeno de pensamiento con vigencia en un sector más amplio de las ciencias jurídicas sometido a los condicionamientos del ritmo dialéctico inmanente en la historia de las ideas filosóficas.

Parece, pues, que una profunda comprensión de la problemática del método propio que reclama de nuestros días el tratamiento científico del Derecho, exige un previo encuadramiento histórico-evolutivo y no meramente lógico.

Con la brevedad posible resumiré, en primer lugar, las direcciones metodológicas más conocidas e influyentes que, desde el campo ideológico de

perfil más o menos *filosófico*, han contribuido de un modo o de otro a la propulsión del pensamiento jurídico *científico* formalista.

Es evidente el peligro que acecha a una disección semejante. Son muchos los juristas, en efecto, que han presentado sus construcciones dogmáticas, desarrolladas a un nivel puramente científico, con pretensiones filosóficas; y tampoco faltan los filósofos del Derecho que han pretendido hacer de su sistema el paradigma de lo que debería ser la única ciencia jurídica rigurosa, o al menos el necesario punto de partida de toda construcción dogmática que se precie de exacta. A esta dificultad se añade otra: la diversidad de significado atribuida a los vocablos ciencia y filosofía por los distintos autores.

Con todo, me ha parecido conveniente hacer aquella distinción para proceder con orden y, sobre todo, para destacar el justo alcance de cada una de sus nociones, tan diverso según que hayan sido concebidas con una perspectiva filosófica o meramente científica. Por otra parte, las dificultades apuntadas pueden ser en gran parte eludidas, si procuramos aclarar ya desde ahora lo que entendemos por ciencia y filosofía. Entiendo por *filosofía jurídica* un saber que se plantea como interrogante cuál sea el sentido del Derecho en el vasto cuadro del universo, aunque en virtud del criticismo gnoseológico con el que se inaugure la respuesta, no tenga ésta alcance ontológico (o entregue como única consecuencia la docta «erudición» ignorante de una actitud escéptica). Y por *ciencia*—dogmática y teoría general—un saber explicativo en función de aquellos principios fenoméricamente observables, o condicionamientos más aparentes—de índole cognoscitiva, al menos—de la realidad jurídica.

Dentro de la ciencia jurídica en sentido estricto, cabe destacar todavía una doble inflexión en dos disciplinas que suelen ser generalmente consideradas como distintas. Me refiero a la Dogmática y a la Teoría general. Entiendo por *Dogmática* la teoría particular que resulta de la elaboración de los conceptos o proposiciones jurídicas aplicables a una rama jurídica concreta, *limitada* espacial y temporalmente; y por *Teoría general* a la que se propone determinar sistemáticamente aquellos conceptos jurídicos fundamentales que sean aplicables al *mayor número posible* de ordenamientos jurídicos.

Son muy variados los métodos empleados por los distintos autores en la construcción de sus sistemas de Dogmática y Teoría general. Descubrimos, en efecto, direcciones metodológicas elaboradas sin preocupaciones estrictamente filosóficas; tal, la inaugurada por el fundador de la escuela histórica (Savigny), que preludia el programa metodológico de la Dogmática propuesto por Ihering—en su primera época—, sucesivamente per-

filado por la pandectística alemana y revisada más tarde por la denominada escuela francesa de Geny y por el Sociologismo científico (1).

Sin embargo, no todos los cultivadores de la Teoría general del Derecho conciben esta disciplina con arreglo a cánones metodológicos de estricta naturaleza científica. No faltan autores (Kelsen y Cicala, por ejemplo) que, si bien consideran que la jurisprudencia debe ser abordada con una metodología estrictamente científica (2), entienden, a diferencia de los anteriores, que el método ha de ser establecido previamente con una perspectiva crítica de carácter estrictamente *filosófico* que conduzca a la captación, también filosófica, del ser del Derecho, anterior a toda construcción *científica* del sistema. Resultaría, pues, una *Teoría general de carácter científico*, pero «con bases conscientemente filosóficas», que hasta hace poco ha sido de inspiración neokantiana, casi siempre. Sabido es que es común al neokantismo la idea de que compete a la Filosofía—entendida ante todo como una *preciencia*—el cometido de adquirir críticamente *conciencia* de los límites del conocimiento humano y elaborar una rigurosa metodología para cada parcela *científica* del saber.

Comenzaré, pues, exponiendo los principios filosóficos neokantianos, que, a mi modo de ver, son los principales responsables de la irrupción del formalismo en la jurisprudencia científica e interpretativa.

II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LAS METODOLOGÍAS FORMALISTAS NEOKANTIANAS.

Es sabido que Kant consideraba el Derecho como una relación de equilibrio entre arbitrios externos conseguido por una coacción, la mínima indispensable. Sólo nos interesa destacar aquí que la novedad de esta conocida teoría kantiana no estriba tanto en el hecho de haber puesto el acento en la *relación* para la captación filosófica del fenómeno jurídico—yo mismo estudié hasta qué punto es tradicional esta manera de proceder (2 bis)—como en el giro peculiar que toma en él este concepto. Kant, en efecto, no considera ya las relaciones, fiel a la revolución copernicana de su programa crítico, como una categoría ontológica. Ni siquiera como un respecto mental fundado en la realidad, sino como forma pura *a priori* de unificación

(1) HERNÁNDEZ GIL: *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, págs. 65 a 264.

(2) Ciencia en sentido kantiano: no «saber causal», sino saber universal y necesario en función de categorías trascendentales *a priori*.

(2 bis) Véase J. FERRER ARELLANO, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, 1963, parte I y págs. 379 a 400.

en todo contenido posible de experiencia y, por consiguiente, como una de las condiciones formales de la experiencia misma.

Se ha señalado, además, cómo resuelve de alguna manera en relación todos los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica (3). Así como en la *Crítica de la razón pura*, la categoría de la relación comprendía las categorías subordinadas de sustancia, causalidad y acción recíproca, en la *Metafísica de las costumbres* (4), el concepto de Derecho, por ejemplo, que es relación intersubjetiva expresada en un imperativo hipotético, comprende paralelamente las categorías subordinadas correspondientes de derecho real, derecho personal y derecho personal de naturaleza real.

Pero las escuelas neokantianas se apartaron bastante de esta concepción kantiana. Recordemos el peculiar giro dinámico y creador que experimentó la analítica de Kant en la escuela de Marburgo. La lógica de Cohen no concibe las categorías a la manera kantiana, como cuadros formales inmóviles y vacíos, aplicables a un contenido material. Son organismos fluyentes, principios de producción o de origen: «La espontaneidad del pensamiento puro no puede depender de un contenido material, y menos aún de una *Ding an sich* extramental respecto a la cual se comportan pasivamente. Es esencialmente producción autóctona... el pre-ser que produce el ser...» (5).

El *pensamiento puro* produce la realidad mediante el despliegue creador del juicio, según la lógica del *Sein*. Y, paralelamente, la *voluntad pura* produce dinámicamente la realidad espiritual, reducida, en el sistema de Cohen, a la realidad jurídica positiva según la lógica del *Sollen*. A diferencia del pensamiento puro, que produce su objeto *extra subiectum*, la voluntad pura es principio dinámico creador de una dimensión immanente al sujeto—la acción entendida como unidad dinámica, que es el verdadero fundamento de la realidad jurídica (6)—.

Es interesante tener en cuenta estos principios filosóficos para entender la teoría pura kelseniana a que más adelante haremos referencia. El

(3) Así lo observa justamente R. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1954, páginas 21, 58 y sigs. Para los orígenes y causas del formalismo jurídico, cfr. el completo y documentado estudio de F. González Vicén «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», *Am. Fil. Der.*, 1961, páginas 47-75.

(4) Edición contenida en *Introducción a la teoría del Derecho*. Versión e introducción por F. González Vicén, Madrid, 1954, pág. 75.

(5) H. COHEN: *Logik der reinen Erkenntnis*, Berlín, 1902, págs. 11 y sigs.

(6) COHEN: *Logik*, cit., págs. 188, 203 y sigs. Para el pensamiento de la segunda época de Cassirer y el de Natorp, cfr. R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., páginas 40 y sigs.

mismo Kelsen, en efecto, ha reconocido su dependencia respecto a la lógica de Cohen, en la que no cabe otra ciencia del Derecho que una lógica dinámica del *Sollen*, sin que haya lugar para una fenomenología jurídica, ni para una axiología regulativa trascendente al derecho positivo (7).

La escuela de Baden, sudoccidental (Windelband, Rickert), no ha ido tan lejos en este proceso de logicización absorbente de los principios kantianos. A diferencia de las *Naturwissenschaft*, que proceden lógicamente—more geométrico—sirviéndose del método *nomotético* que tiende a una progresiva abstracción generalizadora, las ciencias históricas deben respetar la irreductible singularidad del individuo, procediendo por otra vía metódica (*idiográfica*) que tienda a representar del modo más completo los hechos concretos. Acudieron para ello, como es sabido, a un «principio de selección» obtenido por referencia a valores absolutos a ella adheridos, pero que «valen» más allá y con independencia de ella, y que son objeto de un conocimiento filosófico (8). Los fundadores de la escuela demostraron poco interés por una investigación lógica del derecho, pues, perteneciendo al mundo de las realidades culturales que encarnan valores, deben ser objeto de una investigación filosófico-axiológica, y no lógica. Más adelante haremos referencia a esta peculiar filosofía de los valores sudoccidental, bien diversa de la cultivada en el seno de la fenomenología (Max Scheler, por ejemplo).

Pero aquí nos interesa añadir que no faltaron juristas de formación sudoccidental sensibles a la necesidad de elaborar una lógica jurídica compatible con los principios de la escuela que hiciera posible elaborar una Teoría general del Derecho más rigurosa.

Interesante a este respecto es la famosa distinción metodológica propuesta por Lask. El Derecho, dice, no sólo ha de ser objeto de valoración (*Rechtswertbetrachtung*) por una axiología jurídica. Es posible también considerarlo como un *Kulturtatsache* o hecho cultural en el que se destaque el tipo valor ciencia. Tendríamos así un nuevo tipo de investigación de método no histórico-idiográfico, sino sistemático, en el que se considerase la realidad jurídica como un complejo de significados normativos (*ein Inbegriff von Normbedeutungen*) (9).

(7) R. TREVES: *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di H. Kelsen*, estr. Atti R. Acc. Scienze, Torino, 1934.

(8) WILDENBAND: *Geschichte und Naturwissenschaft*, en *Präludien*, vol. II, n. 5. Cfr. Rickert, *Die Grenze der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, Tübingen, 1913, páginas 30 y sigs.

(9) *Rechtsphilosophie*, en «Gessammelte Schriften», vol. I, Tübingen, 1923, páginas 280 y sigs., y 307-312.

Procediendo por esta vía, algunos filósofos juristas, tales como el propio Lask, Loewenstein y, sobre todo, Radbruch, acometieron aquella investigación tendente a determinar los conceptos lógicos *a priori* del Derecho que condicionan a manera de universal lógico—en sentido kantiano—la experiencia de la materia jurídica, en cuanto permiten la individuación del Derecho frente a lo que no lo es. Tarea ésta *lógica*, bien diversa de la filosófico-axiológica: si ésta se proponía encarnar valores en la realidad jurídica, aquélla tiende a que sea ella «transformada en jurisprudencia rigurosa».

* * *

No es preciso detenerse a estas alturas en refutar estos empeños neokantianos. Se les ha criticado con sobrado fundamento que, pese a sus pretensiones de pureza inductiva, han acudido—de hecho—a una inducción abstractiva, no por inadvertida menos real, para determinar el concepto *a priori* del Derecho (10). En definitiva, sólo atacando la inconsistencia del nominalismo conceptualista en que tal ilusión reposa sería posible mostrar de manera radical la insuficiencia de esta dirección metodológica absolutamente desenfocada.

De otra parte, y para terminar, tampoco escapan muchos neokantianos a algunas de las observaciones críticas que pronto haremos a las corrientes formalistas. Pues aunque la metodología es para muchos de ellos esencialmente «teleológica» (11) y la tarea conceptual se endereza a la práctica y tiene, a diferencia de la stammleriana, un sentido creador (superando la orientación unilateral de la lógica del formalismo), se entrecruza con elementos formales que han sido justamente criticados como excesivamente rígidos y esquemáticos (12) y como responsables del influjo sobre buen número de sistemas formalistas de «allgemeine Rechtslehre», elaborados con metodologías científicas cuyos fundamentos filosóficos son claramente adscribibles a estas escuelas neokantianas.

(10) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, págs. 84 y sigs.

(11) Cfr. Legaz, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1961, pág. 159. Radbruch insiste en que la verdadera «construcción» es la teleológica, que se endereza a la comprensión de los fines de cada institución, jerarquizados entre sí. Cfr. *Rechtsphilosophie*, Berlín, 1932, págs. 92 y sigs.

(12) Cfr. R. Treves, «Il metodo teleológico nella filosofia e nella scienza del diritto», *Riv. Int. di Filos. del Dir.*, XIII (1933), fasc. IV-V.

III. LAS PRINCIPALES CORRIENTES METODOLÓGICAS FORMALISTAS DE LA CIENCIA JURÍDICA.

1. *Prolegómenos.*

Son muy diversas la naturaleza y el significado de las concepciones del Derecho en los cultivadores de la *Dogmática* y de la *Teoría general* de carácter científico respecto a las que tienen una inspiración inmediatamente filosófica. Los métodos que elaboran estos autores con vistas a la construcción dogmática, en primer lugar, no son objeto de una fundamentación crítica de carácter filosófico. La metodología persigue en ellos más bien una finalidad técnica: lograr un conjunto de fórmulas simples o esquemas comunes que permitan tratar la multiplicidad de manifestaciones empíricas del Derecho, en orden a facilitar su mejor comprensión y aplicación. En segundo lugar, y como consecuencia, los conceptos jurídicos que determinan, en ningún caso tienen aquel carácter apriorístico trascendental común a los autores de inspiración neokantiana: son más bien conceptos generales abstractos—*a posteriori* de la experiencia jurídica—obtenidos por observación comparativa del fenómeno jurídico (12 bis).

Partiendo de la realidad jurídica positiva como dato de observación, se abstraen de ella como fenómeno aquellos elementos que van a ser condensados después en definiciones y ordenados en sistema por la lógica dogmática.

Sin embargo, es patente también en ellos la tendencia a un formalismo vacío de contenido que recuerda al de aquellas otras direcciones de pensamiento. La abstracción científica, formalmente precisiva, da origen a un precipitado lógico, que resulta de una progresiva generalización que no puede menos de ir perdiendo alcance representativo de la realidad singular. Sólo la abstracción filosófica—no precisiva, sino trascendental, omnienglobante, confundente en significación al menos implícita de las modalidades de la *omnitudo realitatis*—permite retener las notas esenciales constitutivas de aquélla sin peligro de incurrir en un logicismo formalista, desvinculado de la realidad, que ignore la dimensión histórica y situacional del Derecho.

No queremos dar a entender con ello que la ciencia jurídica deba prescindir de aquella abstracción que le es propia y de la sistematización lógica. También una ciencia jurídica no «logicista» precisa de conceptos o

(12 bis) Lo describimos más adelante, en el apartado VII, 1, d.

«construcciones categoriales» para proceder a una sistematización, totalmente necesaria en orden a la comprensión y al manejo del material normativo. Pero lo que caracteriza, invalidándolo, al formalismo logicista de estas direcciones (algunos representantes de la escuela histórica, como Puchta, la escuela francesa de la exégesis y, sobre todo, la *Begriffjurisprudenz* de los pandectistas y de muchos cultivadores del Derecho privado alemán) es, de una parte, el predominio abusivo de la «construcción categorial» y, por otra, su doctrina racionalista en el problema de la interpretación del Derecho, que ve en la decisión el resultado de una fría subsunción silogística en la que no caben lagunas ni contradicciones. Veámoslo.

2. Precedentes.

Aunque parezca paradójico, ha sido en buena parte la escuela histórica la responsable de la irrupción del formalismo en la jurisprudencia. Sabido es que Savigny, como reacción romántica contra los excesos del racionalismo de la escuela iusnaturalista protestante de la Ilustración, había puesto el acento en la exaltación de los valores irracionales de la individualidad, en la afirmación de lo singular frente a lo genérico. Cada pueblo es una individualidad portadora de un espíritu singular, concebido como principio originante de todo lo que constituye su patrimonio cultural: el lenguaje, el arte, las costumbres, el Derecho (13).

El Derecho está, pues, indisolublemente unido al «genio» particular de cada pueblo. A través de la realidad de sus manifestaciones históricas puede señalarse, en efecto, una unidad constante, pues coinciden todas ellas «en la común creencia del pueblo y en el igual sentimiento de íntimas necesidades que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario» (14). El Derecho vive ante todo en la conciencia del pueblo: es, ante todo, «popular». Sólo en un segundo momento debe adquirir también forma «científica» por obra de la labor especializada de los juristas. Al elemento «político» o «natural»—derecho popular—le sigue el elemento «técnico».

Pero, por singular paradoja, se dedicaron al estudio científico del Derecho romano vigente en Alemania después de la segunda recepción, por considerarlo verdadero Derecho nacional, más acorde, a su juicio, al espí-

(13) L. LEGAZ: *Filosofía*, cit., pág. 98.

(14) SAVIGNY: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Freiburg Br., 1892, pág. 8.

ritu germánico que el anterior Derecho territorial e indígena (15) y terminaron por imponer un método científico para el tratamiento «técnico» de las fuentes históricas del Derecho romano—el único verdadero Derecho «natural» para ellos—, tan antihistórico y conceptualista como el del iusnaturalismo racionalista que habían fustigado: el de la lógica y la dogmática jurídica. Puchta, especialmente, se dejó llevar por excesos conceptuales que habían de agravarse en la obra de los pandectistas, los cuales apuraron más todavía aquella tendencia a las abstracciones lógicas y a la construcción de complicados conceptos difícilmente conciliables con la vida. Surgieron así, de la combinación de textos, todo un conjunto de construcciones eruditas y complicadas, engarzadas en sistemas grandiosos y originales, que contribuyeron a agravar el divorcio, ya antes sentido, entre la visión científica y la visión *popular* del Derecho. Pensemos en los sistemas de pandectistas tales como Regelberger, Dernburg, Brinz, Bekker, Windscheid... (16).

3. *Jurisprudencia de conceptos.*

Del conceptualismo abusivo de la escuela histórica procede, pues, aquella hipertrofia de la dogmática, aquella hinchazón constructiva completamente vuelta de espaldas a la realidad y a la Historia, que es lo que se conoce con el nombre de «jurisprudencia conceptualista», o *Begriffsjurisprudenz*.

Aunque cabe también calificar como jurisprudencia de conceptos al método practicado por los epígonos de la escuela histórica—dado su total olvido de elemento historicista que alentaba todavía en la obra de Savigny, su fundador—y con el de la escuela francesa de la exégesis («el método tradicional», en el sentido de Geny), en un sentido más estricto, suele entenderse con tal denominación el método utilizado por la pandectística alemana para la elaboración dogmática del Derecho. Pero tampoco escapan a él los cultivadores del Derecho privado alemán que, desde Eichorn, se ocuparon en la sistematización de las instituciones germánicas, abandonando el anterior giro romanista. El gran jurista Gierke (17) fue—como es sabido—el principal representante de esta última dirección.

El mismo Ihering, despiadado crítico de esta corriente metodológica durante su segunda época finalista, es uno de los principales responsables

(15) L. LEGAZ: *Filosofía*, cit., pág. 101.

(16) Cfr. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, París, 1903, t. I, páginas 72 y sigs.

(17) *Deutsches Privatrecht*, 1895; *Naturrecht und deutsches Recht*, 1882.

de su triunfo por los trabajos metódicos realizados en época anterior, que tan amplio eco habían de alcanzar (18). Hasta el punto de que es considerado por muchos autores como el fundador de la Dogmática (19).

Se ha señalado acertadamente que el error de esta corriente metodológica no estriba en el uso de la lógica formal—imprescindible para el conocimiento científico y ordenado del Derecho, como de cualquier disciplina—, sino en su abuso. Sin duda que la lógica debe penetrar el sistema del Derecho: el objeto de la lógica son los conceptos, y también una ciencia jurídica no «logicista» precisa de ellos para proceder a una sistematización que es necesaria para la comprensión y el manejo del material normativo (20). Pero lo que caracteriza al «logicismo» jurídico, invadiéndolo, es el especial método que práctica, con un predominio abusivo de una «construcción categorial» elaborada sin tener en cuenta, por no decir de espaldas, a la realidad del curso dinámico de la vida jurídica. Recuérdese que, desde Radbruch (21), suele distinguirse la *construcción categorial*, que presenta el Derecho como realización del *concepto* del Derecho, de la *construcción teleológica*, que lo describe como intento de realización de la *idea* de Derecho. En Derecho penal, por ejemplo, la teoría de las normas sería el resultado de una «construcción categorial», al paso que las teorías sobre el fin de la pena serían, en la terminología de Radbruch, construcción teleológica. Pues bien, observa Legaz con razón que, según el predominio de las tareas categoriales o de las teleológicas en la ciencia jurídica, se van sucediendo en la Historia, o entrecruzándose, las épocas formalistas y las épocas finalistas o teleológicas (22).

4. *Algunas observaciones críticas.*

El formalismo conceptualista de la *Begriffsjurisprudenz* se caracteriza por las siguientes notas:

a) El predominio de la «construcción categorial» o la hipertrofia de la lógica formal. Convencidos *a priori* de la logicidad inmanente del orde-

(18) Puede acudirse para una minuciosa exposición del método de Iehring en su primera época a A. Hernández Gil, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, páginas 106 y sigs. Más resumida en Larenz, *Methodenlehre*, cit., págs. 22-5.

(19) Vid. R. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, pág. 59. Debe tenerse en cuenta que Iehring fue destacado discípulo de Puchta.

(20) Cfr. Legaz, «La Lógica como posibilidad del pensamiento jurídico», *Anuario Fil. Der.*, 1958, págs. 61 y sigs.

(21) *Rechtsphilosophie*, § 15.

(22) *Filosofía*, cit., pág. 111.

namiento jurídico positivo, se proponen tratar la multiplicidad de normas acudiendo a un conjunto de fórmulas simples o esquemas comunes—conceptos—obtenidos a través de una progresiva generalización. No se tiende a individualizar y concretar, sino a generalizar; pues no se mira a la realidad vital y humana, sino que, al margen de ella, la tarea científica se agota en el puro conceptualizar. Pero el precipitado lógico que resulta de aquella progresiva generalización no puede menos de ir perdiendo alcance representativo de la realidad singular. Sólo la abstracción filosófica (formal u ontológica trascendental) permite retener las notas esenciales constitutivas de aquélla sin peligro de incurrir en un logicismo desvinculado de la realidad (23).

Pero si cabría justificar en parte aquella tarea lógica en el tratamiento científico del Derecho, no sucede lo mismo en lo que respecta al problema de la interpretación jurídica (aplicación práctica del Derecho), que excluye practicar un logicismo meramente formal; pero de hecho estos autores—juristas dogmáticos—recomiendan al juez que proceda con los cánones de la más fría interpretación lógica. Basta aplicar a los textos normativos (leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales) el mecanismo de la deducción racional, girar la manivela de la ilación silogística e inferir conclusiones sin límite (24). Decidir es, para estos autores, inferir una conclusión por vía rigurosamente deductiva. Ignoran de esta manera el radical carácter contingente e irrepitable de cada una de las situaciones sociales a que ellas están referidas y no tienen en cuenta la enorme diferencia que media entre la especulación teórica y el conocimiento práctico y realizador, que es conocimiento traspasado de voluntad y constitutivamente creador (25).

b) Otro error de esta dirección metodológica estriba en considerar que en la vida del Derecho positivo, es decir, en su *gestación y desarrollo*, el nervio fundamental es también la lógica. Y en su virtud, la creencia en que la interpretación del Derecho debe consistir también en una operación de lógica pura y tradicional—del tipo de las usadas en las ciencias físico-matemáticas—que nos entregara todos los secretos del texto legal, elimi-

(23) Cfr. J. Maritain, *Les degrés du savoir*, París, 1932, pág. 11; *Filosofía de la naturaleza, ensayo crítico*, trad. Club de los Lectores, Buenos Aires, 1952, páginas 156 y sigs.; véase infra, apartado VII, 1.

(24) L. RECASÉNS SICHES: «Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto», *Riv. Int. di Filos. del Dir.*, XXXIX (1962), pág. 410. Cfr. J. Bonnacase, *La escuela de la exégesis en Derecho civil*, México, Puebla, s. f.

(25) Cfr. sobre estas diferencias las atinadas observaciones de J. Pieper, *La prudencia*, trad. B. P. A., Madrid, 1957, págs. 78 y sigs.; L. E. Palacios, *Filosofía del saber*, Madrid, 1962, págs. 158 y sigs. Vide infra, VII, 2.

nando sus aparentes lagunas y contradicciones. Esta apreciación racionalista ignora también por completo la historicidad del Derecho y, en general, la dimensión histórica del ser.

c) Como consecuencia, puede notarse también la tendencia a un *formalismo* vacío de contenido que recuerda a alguna de las direcciones neokantianas que examináramos antes. Los conceptos generales obtenidos inductivamente de los rígidos esquemas normativos no pueden menos, decíamos, de perder alcance representativo e influencia efectiva en el dinamismo de la vida jurídica; pero es que, además, no han sido ajenas a los fundadores de la metodología dogmática conceptual influencias de la filosofía kantiana interpretada hegelianamente (26).

Esta influencia se deja ver sobre todo en las críticas al Derecho natural, incompatibles con un hegelianismo que ha superado toda distinción entre lo real y lo ideal. Se ha señalado también, con razón, una influencia del neokantismo (27) en el proceso de fundamentación de estas metodologías. Así, por ejemplo, la distinción entre proporción jurídica como forma y realidad social como materia—común a estos autores (28)—y que está en la base misma de sus construcciones, mantiene un claro paralelismo con la clásica distinción neokantiana entre forma abstracta y contenido concreto. Pero no debe olvidarse que, para esta última dirección, la forma es la condición lógica *a priori* del conocimiento del Derecho, a diferencia de las formas conceptuales de la dogmática conceptualista, que proceden de una abstracción inductiva, empírica y generalizadora (29). Constituye, pues, notoria exageración sin fundamento una pretendida parificación, en lo esencial—afirmada por algunos autores (30)—, entre aquella dogmática, elaborada sin pretensiones filosóficas, y el neokantismo (31). Cabe hablar tan sólo de una analogía centrada sobre el formalismo que

(26) Entre otros muchos, F. Kaufmann, *Kritik der neokantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1921, págs. 50 y sigs.; Larenz, *Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlín, 1931.

(27) FÉLIX KAUFMANN: *Kritik*, cit., págs. 51 y sigs.

(28) Puede ser considerado en esta dirección como precursor P. J. A. Fevrbach, para quien la *materia* o cuerpo está constituido por elementos empíricos, mientras que la *forma* o espíritu está constituido por un sistema de conceptos generales que resultan de una abstracción generalizadora. Cfr. *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse positiven Rechtswissenschaft. Eine Ant trittsrede*, Landshut, 1804, págs. 33, 96-97.

(29) R. TREVES: *Il Diritto*, cit., pág. 59.

(30) Sobre todo, Kaufmann, *Kritik*, cit., págs. 50 y sigs.

(31) Cfr. F. González Vicén, *Orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento*, cit., pág. 72.

afecta, si bien de diversa manera en unos y otros, a ambas corrientes metodológicas.

5. *El formalismo en Derecho público.*

También en Derecho público se operó un giro paralelo hacia el formalismo conceptualista, tan acusado por lo menos como el de la pandectística de los autores privatistas. La escuela clásica y el tecnicismo jurídico en Derecho penal y la escuela alemana de Derecho público (con prolongaciones en otros países) simbolizan esta dirección. Esta última, en especial, aunque no de un modo directo o inmediato, ha tenido sin embargo una considerable repercusión en todos los sectores jurídicos.

Hasta la segunda mitad del siglo XIX las ciencias constitucional y administrativa no habían obtenido estatuto jurídico. Dominaban en ellas criterios de consideración filosóficos y ético-políticos, y se dejaba sentir la necesidad de conquistar también para ellas alguna metodología científica estrictamente jurídica. Nada tiene, pues, de extraño que acudieran a inspirarse en la perfección técnica alcanzada en la metodología formalista de la dogmática pandectista. Frente a las concepciones iusnaturalistas y político-valorativas de los clásicos (Mohl, Gneist, etc.) de estas disciplinas (32), surgieron algunos autores que propugnaron en seguida el más riguroso método formalista (Gerber, Laband, Jellinek), apurando más todavía aquel formalismo que les sirvió de inspiración (33).

Especial interés ofrece para la historia de la metodología la doctrina de Jellinek, por su afán de lograr un claro deslinde entre lo estrictamente jurídico y lo social, que tan amplio eco iba a tener en toda Europa. Nos referimos a su célebre doctrina de los dos aspectos del Estado, el *social* y el *jurídico*, que implica una doble teoría, social y jurídica. Esta última ha de ser cultivada con un riguroso método dogmático-formalista, adecuado a su naturaleza estrictamente jurídica, que aplica de manera implacable Jellinek. Pero, aunque irrenunciable, «el uso exclusivo de la dogmática es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado...; el investigador necesita acudir a las otras disciplinas» (34).

Facilitó en gran medida esta invasión general del formalismo en el

(32) Cfr. Legaz, *Filosofía*, cit., pág. 114.

(33) Especialmente significativa, por su influencia decisiva en nuestra patria, es la obra de Laband *Le Droit public de l'Empire Allemand*, París, 1900 (trad. fr. de Larnaude).

(34) JELLINEK: *Teoría general del Estado*, trad. cast., Buenos Aires, 1954, página 37.

mundo del Derecho el espíritu positivista de esta época de profunda decadencia filosófica, que rehuye conscientemente toda cuestión relativa al ser, a la causa y al por qué. El abandono de la metafísica (35) no podía menos de ocultar las raíces vitales y trascendentes del Derecho o un legalismo de cuño positivo y formal. Y como consecuencia, la filosofía del Derecho, entendida tradicionalmente como Derecho natural, fue progresivamente sustituida por otro tipo de investigaciones: Derecho comparado (Kohler), jurisprudencia etnológica (Bachofen) y, sobre todo, la «Allgemeine Rechtslehre», desde Bergbohm (36) (cultivada por autores tan representativos como Merkel, Bierling, Somló, etc.) (37).

6. *El formalismo filosófico de Stammler.*

En esta lamentable situación surge la imponente figura de Stammler, que logró fundamentar en la filosofía neokantiana un método formalista más coherente y una evidente, si bien desenfocada, superación del positivismo.

El objeto de la filosofía del Derecho es, para Stammler, el sistema de las formas puras *a priori* que condicionan la experiencia jurídica.

Distingue en la conciencia humana, como es sabido, dos direcciones fundamentales: la de la *percepción* y la del *querer* (Wahrnehmen und Wollen). Esta distinción es paralela, aunque no idéntica, a la de Cohen (escuela de Marburgo), entre el reino del puro conocer (*Sein*) y el reino de la pura voluntad (*Sollen*). La percepción considera al objeto desde el punto de vista de la *causalidad*, y la voluntad, según la perspectiva de la *finalidad* (38). Ambas dan origen a dos tipos de saber diversos: ciencias de la naturaleza y ciencias de la finalidad. El Derecho pertenece a estas últimas, pues no es una realidad natural o psicológica, sino una pura dirección de la conciencia: «un querer entrelazante... dirigido a determinar los cambios según el principio fundamental condicionante de medio a

(35) Vid. a este respecto Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, páginas 44 y sigs.

(36) Su obra *Jurisprudenz, Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, es considerada por muchos el programa de la *allgemeine Rechtslehre*. En la página 366 propugna la necesidad de un positivismo excluyente en el que sea arrancada sin contemplaciones la mala planta del iusnaturalismo. Cfr. Kallinowski, «Qu'est ce que la philosophie du droit», *Archives de Phil. du Droit* (1962), pág. 128.

(37) LEGAZ: *Ob. cit.*, pág. 116.

(38) *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, págs. 49 y sigs.

fin» (39). Es, concretamente, un medio para obtener un fin no meramente individual, sino interindividual.

La realidad jurídica debe ser estudiada en dos perspectivas: *lógica* una —que se propone ante todo investigar el *concepto* «a priori»—, en sentido kantiano, universalmente válido de Derecho (a manera de *forma* conceptual condicionante de la experiencia jurídica como *materia*) y *deontológica* otra, que tiende a valorarlo según una *idea* meramente formal de justicia—también en sentido kantiano—: centro *eurístico* («estrella polar» en la terminología stammleriana), regulador de la vida jurídica. Es el llamado «derecho natural de contenido variable», incapaz de influir beneficiosamente, según se ha hecho notar, en el curso dinámico del Derecho, por vacío de contenido.

Pero aquí nos interesa destacar sobre todo la decisiva función que Stammler ha ejercido en la evolución de las metodologías formalistas. No contento con fijar un concepto universalmente válido del derecho—querer autárquico entrelazante e inviolable—, mantiene que la filosofía jurídica debe elaborar la teoría de todo un complicado sistema de formas puras *a priori*, según las cuales pensamos jurídicamente. Combinando los cuatro elementos de la definición—naciones—, resultan cuatro pares de conceptos jurídicos fundamentales, que al ser combinados entre sí dan origen a otros compuestos. Todos ellos son «puros», pues presuponen y confirman tan sólo aquel primer concepto *a priori* de derecho. Y hacen posible la *técnica jurídica*, que expone el derecho históricamente dado, valiéndose de aquellos conceptos fundamentales (universales y *a priori*), acudiendo a una experiencia generalizadora por ellos condicionada. *Teoría* y *técnica* se orientan a su vez a una finalidad práctica: la subsunción en el Derecho así conceptualizado de los casos jurídicos concretos (40).

7. *La pureza metodológica del formalismo kelseniano.*

La teoría pura del Derecho de Kelsen puede ser considerada como el punto culminante a que ha llegado esta dirección formalista que estamos examinando. Instalado en la misma línea, ha acometido el eminente maestro de Viena la tarea de elaborar un método rigurosamente puro, depurado de todo elemento ajeno al conocimiento jurídico, sea histórico, sociológico o político-valorativo. La ciencia del Derecho tiene un único come-

(39) *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 26, 30.

(40) Cfr. Larenz, *Methodenlehre*, cit., págs. 84 y sigs., y Legaz, *Filosofía*, cit., página 118.

tido: destacar la estructura lógica del *sollen* peculiar de las normas de derecho.

Inspirado en la escuela de Marburgo (41), ha defendido desde su primera gran obra la necesidad de establecer un claro deslinde entre el mundo de las realidades naturales y el mundo de la normatividad, representadas, respectivamente, por las categorías originarias y *a priori*—totalmente distintas e independientes—del *sein* y del *sollen*.

El Derecho sólo puede ser considerado como un *deber ser*, de manera que la ciencia jurídica tiene un único cometido: destacar la estructura peculiar del *sollen* de las *normas* de derecho. No hay lugar para una «fenomenología» jurídica (que sería sociología, pero no jurisprudencia, por pertenecer a la categoría del *sein*) (42) ni para una «axiología» jurídica (que no podría ser otra cosa que política) (43).

Las normas de derecho han procedido de un acto de voluntad preparado por el conocimiento del esquema que brindan las normas respectivamente superiores (en la pirámide jurídica que forma para Kelsen, como es sabido, el ordenamiento jurídico). Pero como tales, son distintas del acto psíquico por el que han sido queridas: tienen un contenido espiritual significativo que al ser contrastado con los hechos confiere a éstos el carácter de juridicidad (44).

La norma no es, pues, un imperativo: es un juicio hipotético (si A es, debe ser B). La cópula *sollen* es precisamente el nexo de *imputación* entre un supuesto fáctico—*Tatbestand*—(actitud contradictoria o antijurídica) y un acto coactivo como consecuencia. El *sollen* del derecho diverge, pues, del que compete a la moral, y también, por consiguiente, al llamado derecho natural, pues aquél es heterónimo e independiente del querer de los sujetos, a diferencia de éste, que sería autónomo. Pero los ideales éticos de justicia no pueden ser objeto de conocimiento: son subjetivos e irracionales y están siempre al servicio de una política (45). El profundo hiato abierto por Kant entre conocimiento teórico y voluntad autónoma tenía que conducir lógicamente a esta posición irracionalista, que no permite un acceso propiamente científico al mundo de los valores éticos. La ciencia

(41) Así lo reconoce él mismo desde el principio, señalando las fuentes de Cohen y Cassirer en *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, Tübingen, 1922, páginas 212-3; *Hauptprobleme*, Tübingen, 1923, págs. 8 y sigs.

(42) *Teoría pura del Derecho*, trad. Legaz, Madrid, 1934, págs. 19 y sigs.

(43) Las leyes naturales tienen como cópula el *müssen*, pero nunca el *sollen*. Cfr. *Hauptprobleme*, cit., cap. III, *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960, págs. 156 y sigs.

(44) *Teoría*, cit., págs. 13 y sigs.

(45) *Teoría generale del diritto e dello stato*, trad. Treves de la ed. Harvard, Milán, 1952, págs. 165 y sigs.

del derecho se resuelve en una mera teoría lógica *a priori* del *sollen* peculiar del ordenamiento jurídico (Rechtsstatik), y es absolutamente aliáfora a las finalidades que mediante él pudieran obtenerse en la vida social (46). Esta función teleológica competiría exclusivamente a la *política valorativa* que se ejerce en el proceso escalonado de producción del derecho (Rechtsdynamik) mediante una libre e inmotivada decisión de la voluntad, sin otro límite que el impuesto por la necesidad de *encajar* en el esquema de la norma respectivamente superior, en ese escalonado proceso que va desde la *Grundnorm*, vértice de la pirámide jurídica, hasta la base de la misma, constituida por las normas individuales que son la sentencia, el acto administrativo o la declaración negocial de voluntad.

Toda la validez del derecho reposa, pues, en la delegación de las normas respectivamente superiores, hasta culminar en la norma hipotética fundamental, que se resolvería, en último término, en la primera constitución histórica del Estado. Pero entonces, se ha hecho notar, toda la lógica jurídico-normativista de Kelsen reposa sobre el supuesto conceptual *a priori* de la validez de la voluntad coactiva del Estado mismo. Y ello no sólo desde el punto de vista gnoseológico, como pretende Kelsen, sino también ontológico-trascendente. El positivismo de Kelsen, totalmente formalista y vacío de contenido, ha debido pagar el falso método que ha adoptado acudiendo *sotto voce* a la ontología teóricamente descartada. La *Grundnorm* sustituye al supuesto ontológico de la Ley Eterna, típico del iusnaturalismo clásico, por el supuesto ontológico—y no meramente lógico, como dice Kelsen—de la voluntad coactiva del Estado, característico de todos los legalismos formalistas (47).

El mismo Kelsen ha debido reconocer recientemente este paralelismo, denunciado por P. D'Entrevés, que acabamos de señalar entre *Grundnorm* y Ley Eterna (48).

Es más: cabe observar un giro—muy reciente—en su posición frente al problema del derecho natural. En un *symposium* celebrado en agosto de 1962 por juristas católicos, ha declarado que también él ha debido creer a la postre en un cierto derecho natural. Pero no en el sentido tra-

(46) *Teoría pura*, cit., pág. 19; *Teoría generale del diritto e dello stato*, cit., páginas 15 y sigs., 165 y sigs., y 172 y sigs.

(47) Passerin d'Entrevés, en *Annales de Phil. Politique*, III (1959), pág. 156. En el mismo sentido, Graneris, *La filosofia del diritto nella sua storia e nei suoi problemi*, Roma, 1961, págs. 62 y sigs. V. Hippel, *Positivismo e interpretación jurídica*, Anales Cátedra Suárez, 1961, págs. 31-46. Del Estal, *Lo social y las reglas sociales*, «La Ciudad de Dios», 1950, págs. 523 y sigs.

(48) «Justice et droit naturel», *Annales de Phil. Politique*, III (1959), págs. 121 y siguientes. (Recogido en la ed. 1960 de *Reine Rechtslehre*).

dicional, sino como un «Derecho hipotético»: así como el Derecho positivo no puede ser explicado sino bajo el supuesto de la coacción del Estado, así tampoco el Derecho natural sin la *creencia* en una Voluntad justa. No podría ser, pues, en ningún caso, objeto de conocimiento natural, sino de pura fe (49). Las posiciones fundamentales respecto al positivismo «metodológico» de la «reine Rechtslehre» permanecen, pues, intangibles.

8. *Observaciones críticas conclusivas.*

a) Podría notarse, ante todo, la absoluta falta de sentido histórico, en todo semejante al racionalismo iusnaturalista de la Ilustración, del que pueden considerarse legítimas herederas, que invalida radicalmente a todas las direcciones metodológicas formalistas. Como ya aquellos iusnaturalistas, también estos autores conciben el derecho como un orden lógico «cerrado»; como en ellos, la corrección de la deducción lógica es el único fundamento de la validez normativa de las proposiciones jurídicas; como allí, en fin, también aquí encontramos—por diversas razones, claro está—«dos jurisprudencias» herméticas y difícilmente conciliables. Lo que allí se expresaba como contraposición entre normas positivas y un complicado sistema de Derecho natural, particularizado hasta lo inverosímil, se expresa aquí como oposición entre forma y materia dentro de la realidad de los Derechos históricos. Pero, como contrapartida, ha desaparecido la inserción del Derecho en un orden metafísico universal, el fundamento suprahistórico de la obligatoriedad y aquella referencia constante a la conciencia ética del auténtico Derecho natural de la tradición clásica (50).

b) No puede ser admitida una epistemología que sólo acceda al mundo del Derecho por la vía de conceptos abstractos—*a priori* en el kantismo; resultado de una generalización arbitraria en los demás—, echando en olvido la prioridad de la realidad concreta en la que se fundan o deben fundarse. Se sustituye así la comprensión de la realidad jurídica en su concreción situacional por la proyección de unos esquemas genéricos concep-

(49) Su comunicación en Salzburg está recogida en *Grundlagen der Naturrechtslehre*, «Die Neue Ordnung» (1962), págs. 321 y sigs. Esta posición frente al problema del Derecho natural recuerda a la de los juristas protestantes de la escuela teológica de Karl Barth; a la de E. Wolf, por ejemplo; vide sobre ella, Zampetti, *Il problema della giustizia nel protestantismo tedesco contemporaneo*, Milano, 1962, páginas 97 y sigs.; Ferrer Arellano, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, 1963, páginas 327-336.

(50) F. GONZÁLEZ VICÉN: «Orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», *Anuario de Filos. del Der.*, VIII (1961), pág. 74.

tuales que, lejos de ayudar a la mejor captación y manejo de la proteica realidad del Derecho en la vida jurídica, lo ahogan y dificultan.

c) Se cierra el camino a toda axiología trascendente que imponga un *deber ser* ético a las realizaciones jurídicas que sea verdaderamente capaz de señalar una dirección de justicia objetiva, existencialmente actuable en el curso de la vida del Derecho.

d) En lo que respecta a la interpretación jurídica—con la única excepción de Kelsen—, se aplica el Derecho interpretándolo de manera rígida y conceptualista, y eso sin tener en cuenta la originalidad irrepetible de las situaciones. Pero de eso trataremos más adelante.

IV. LA REACCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES: PERSPECTIVISMO METODOLÓGICO.

Ya desde la eclosión misma de la *Begriffsjurisprudenz* fueron advertidas sus deficiencias por las mentes más perspicaces. Jhering, que había sucumbido a la tentación en su primera época, la atacó con sarcasmo y violencia en su conocidísima obra *La jurisprudencia en broma y en serio*, donde muestra hasta qué punto se ignora la realidad vital del derecho con aquel juego meramente formalista de conexiones lógico-conceptuales; e insiste—ahí como en toda su obra de esta segunda época—en el principio de que la *finalidad* es el verdadero motor que da sentido y nervio al derecho. Le siguió la enérgica crítica de un O. W. Holmes y de un F. Geny, de un E. Ehrlich, etc... (51).

Por otra parte, algo después se desarrolla fecundamente en Alemania la llamada *Interessenjurisprudenz*, en la que militan autores de tanto peso como Rümelin y Heck. Han demostrado estos juristas cómo lo que en realidad vincula al juez no son las palabras de la ley, sino más bien las valoraciones que realmente inspiraron al legislador. Sólo procediendo así sería posible obtener una verdadera fidelidad a la ley misma en su más genuina autenticidad, y no a sus apariencias (52). Y en el plano metodológico propugnaron un perspectivismo ajeno a aquella rigidez monolítica formalista que tenga en cuenta los diversos fines que históricamente se van asignando al Derecho (53).

(51) Cfr. sobre ellos L. Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, págs. 48 y sigs.; Larenz, *Methodenlehre*, cit., págs. 42 y sigs.

(52) RECASÉNS: *Nueva filosofía*, cit., págs. 64 y sigs.

(53) Para una visión de conjunto y una acertada crítica de este perspectivismo metodológico, vide el importante estudio de Pawlowski «Problematik der Interessenjurisprudenz», en *N. J. W.*, 1958, págs. 1561-65.

V. REACCIÓN DE PROCEDENCIA HEGELIANA: IDEALISMO ABSOLUTO
Y METODOLOGÍA JURÍDICA.

La crítica de Hegel al racionalismo de los siglos XVII y XVIII contra Descartes, Leibnitz y Espinosa, que tan vigorosamente había mostrado las insuficiencias de unos conceptos abstractos que desgarran la intuición y su identidad de lo general y lo singular, ha inspirado al gran jurista hegeliano Larenz una nueva metodología de gran valor e influencia. Juzgamos, pues, de interés aludir también a ella, aunque sea de pasada. La descripción y comparación de distintos tipos «jurídicos» presupone el conocimiento del «sentido general» de cada uno de ellos. Pero no puede ser él captado acudiendo a la abstracción, pues los conceptos abstractos son tanto más vacíos cuanto más generales (54). Pero—dice Larenz—la teoría hegeliana de los *conceptos generales concretos* (55) permite acceder a aquella plenitud de sentido. Se trata de unos conceptos que son «generales» porque contienen lo «universal», que es lo simple, que al propio tiempo es «lo más rico». Pero que son a la vez «concretos», en cuanto constituyen un todo con diversidad de momentos, cada uno de los cuales constituye un concepto concreto en recíproca implicación dialéctica con los otros. Como buen hegeliano, ve en la tríada dialéctica la vida del concepto, que es *sinnentfaltung* (56).

El concepto concreto no es, pues, una subsunción, sino que constituye la ley misma inmanente al fenómeno, que responderá más o menos a ella, en cuanto puede estar realizada en él de modo más o menos perfecto e incluso contradictorio. Tiene, pues, carácter teleológico.

A diferencia del concepto *abstracto*, que va perdiendo contenido al ir creciendo su generalidad, el concepto *general concreto* tiene más rico contenido que todas sus particularizaciones. La filosofía del derecho tiene como misión, precisamente, investigar cuáles son estos «conceptos *sentido*» apriorísticos, desnudos de toda formalización abstracta.

(54) Cfr. Hegel, *Wissenschaft der Logik*, c. I; *Phaenomenologie der Geistes*, Vorrede (ed. Schulze, 1832-45).

(55) Esta doctrina constituye el *leit motiv* de su reciente obra *Methodenlehre*, cit. Todas las corrientes metodológicas en ella examinadas se presentan y juzgan a la luz de esta idea madre del método que propugna.

(56) *Methodenlehre*, págs. 353 y sigs. Una vigorosa exposición crítica de esta doctrina hegeliana del concepto dinámico creador o generante de realidad, en X. Zubiri, *Sobre la esencia*, Madrid, 1962, cap. III (La esencia como concepto formal). Desde un punto de vista jurídico pueden verse las observaciones críticas de Hirsch a la *Methodenlehre* de Larenz, en *J. Z.*, 1962, pág. 329.

Y aunque la dogmática debe operar necesariamente con conceptos generales abstractos para el cumplimiento de su función práctica, no debe olvidar que ellos deben ser considerados a manera de *símbolos* en los que se transparenta el rico *sentido* de aquellos conceptos concreto-generales, mediante una *apertura a la filosofía* jurídica, si de verdad quiere evitar un formalismo de espaldas a la riqueza de la vida real (57). En esta llamada de atención sobre la necesidad de tratar científicamente el fenómeno jurídico en una situación de apertura existencial a la filosofía, veo yo el valor y la actualidad del libro de Larenz. Pero es preciso tener en cuenta una filosofía que haga justicia a la historicidad del hombre con toda la dimensión de originalidad única e irrepetible de las situaciones sociales articuladas en el sentido histórico que aquélla implica; y que no es, por supuesto, la filosofía hegeliana propugnada por este conocido y prestigioso jurista alemán.

* * *

Nada decimos aquí del idealismo actualista italiano. Pero queremos llamar la atención sobre sus más recientes desarrollos en el campo de la metodología, que si bien no juzgamos admisibles sin más discernimiento—como, en general, ninguna doctrina que repose en principios idealistas—, invitan a una reflexión profundizadora en las propias convicciones por su finura y rigor mental (58), y han contribuido no poco a la superación del formalismo jurídico en aquel país.

VI. REACCIÓN DE PROVENIENCIA HUSSERLIANA: LOS MÉTODOS FENOMENOLÓGICOS.

Cerramos esta breve exposición aludiendo a la influencia de la fenomenología de Husserl en el campo de la metodología jurídica. Influencia vasta en amplios sectores, pero—se ha hecho notar—en buena parte ineficaz (a diferencia de lo que ha acaecido con la orientación neokantiana y neohegeliana) (59).

(57) *Methodenlehre*, cit., págs. 367 y sigs.; una amplia exposición en Legaz, *Filosofía*, cit., págs. 187 y sigs.

(58) Puede verse una compendiosa exposición de los principios metodológicos de Bataglia (en su primera época) y W. Cesarini Sforza, en Legaz, *Filosofía*, cit., páginas 192 y sigs., y también P. L. Zampetti, *Il problema della conoscenza giuridica*, Milano, 1953, págs. 72 y sigs.

(59) LARENZ: *Methodenlehre*, cit., págs. 114 y sigs. LEGAZ: *Filosofía*, cit., página 165.

El redescubrimiento husserliano de la intencionalidad permitió superar el psicologismo que aherrojaba la lógica por entonces en boga, y el acceso, por vía de intuición eidética, al mundo de los objetos, de las esencias puras. El método que propone tiene en su haber positivo el haber llamado la atención sobre la necesidad de respetar el *dato*, tal como se presenta tras la reducción fenomenológica, describiéndolo en toda la gama de conexiones necesarias entre el conjunto de notas que el *eidos* nos ofrece (60). Pero, como contrapartida, pone entre paréntesis la existencia real y, en consecuencia fatal, la intencionalidad apunta en ellos a un término de referencia meramente ideal y *a priori*. No con una aprioridad subjetiva, como en los neokantianos, sino objetiva o «impuesta». De esta forma, la fenomenología se transforma en una nueva forma de idealismo, al ser anegado el *eidos* que ella describe en la inmanencia del «ego trascendental» (61). Sólo en las profundas modificaciones que Heidegger introdujo en él para edificar su ontología cabría hacer una excepción a este reproche de fondo.

Reinach, discípulo directo de Husserl, fue el primero en aplicar el método fenomenológico al derecho. Todas sus investigaciones se enderezan a la descripción de las puras esencias de la juridicidad, necesarias y *a priori*, independientes de la naturaleza mudable; o, para decirlo con sus palabras, las «legalidades jurídicas puras», objetos ideales jurídicos igualmente independientes del Derecho natural y de las exigencias de la justicia. Pero, como ha observado Recaséns, no ha logrado su empeño: de hecho, una crítica atenta revela que la mayoría de las veces sus resultados caen bajo uno u otro de estos dos campos, de los cuales cree él hallarse totalmente separado (61 bis).

También en el seno de la escuela normativista kelseniana de Viena se ha intentado superar el frío formalismo neokantiano, enlazando con Husserl para elaborar una ciencia jurídica fundamental.

F. Kaufmann ha intentado elaborar una teoría lógica de la esencia del Derecho capaz de suministrar un fundamento válido a la dogmática jurídica valiéndose de la intuición eidética de las conexiones necesarias y *a priori* del ser del Derecho, expresadas en proposiciones que son juicios

(60) Así lo han observado acertadamente sus críticos. Por ejemplo, J. Maritain, *Les degrés du savoir*, París, 1932, cap. IV; X. Zubiri, *Sobre la esencia*, cap. II.

(61) Husserl, recordémoslo de pasada, remonta con las sucesivas reducciones el curso de la intencionalidad vivencial desde lo «hylético noemático», pasando por lo «noético», para alcanzar el «cogito» del yo trascendental. Es una forma de idealismo trascendental. Puede verse la excelente exposición interpretativa que hace X. Zubiri en *Cinco lecciones de filosofía*, Madrid, 1963, lección quinta.

(61 bis) L. RECASÉNS SICHES: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Madrid, 1929, pág. 233.

sintéticos. Obtendríamos procediendo así, mediante síntesis, los conceptos jurídicos fundamentales, puros de contenido empírico, capaces de gobernar y vivificar los conceptos científicos de la dogmática (62).

F. Schreier ha perfeccionado notablemente el instrumental gnoseológico de esta dirección, permaneciendo fiel a los principios fundamentales del puro normativismo kelseniano. La teoría pura del Derecho formaría parte de una lógica universal fenomenológicamente entendida, a la manera de ciencia universal de toda posible ciencia (63).

Las proposiciones jurídicas puras no serían, pues, históricamente condicionadas ni formuladas por inducción, sino el producto de una formalización *a priori* (64).

Welzel también ha tomado en buena parte de la fenomenología husserliana algunas ideas centrales de su pensamiento.

Baste observar, y terminamos, la insuficiencia del método fenomenológico por apriorístico y, a la postre, idealista. Pero le adeuda la moderna ciencia del derecho—y ello cuenta como un mérito indiscutible a su saldo positivo—el nuevo sentido que va afortunadamente cobrando de *respeto* a los datos que el fenómeno jurídico ofrece a toda observación atenta del mismo, punto de partida indeclinable para escapar a los excesos del formalismo jurídico.

VII. LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO.

1. Características epistemológicas de la dogmática y de la teoría general del Derecho.

El conocimiento filosófico del Derecho debe, como por una prerrogativa de su nobleza, prescindir de muchos *detalles* del fenómeno jurídico: todo saber de tipo ontológico (65) paga su profundidad, su última radicalidad, a costa de renunciar a la consideración explícita de las características individuales y concretas del tema con el que se enfrenta desde su propia perspectiva trascendental. Tiende, pues, a captar la realidad jurí-

(62) *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1922. Cfr. Legaz, *Filosofía*, páginas 166 y sigs.

(63) SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, Buenos Aires, 1942.

(64) J. CORTS GRAU: *Curso de Derecho natural*, Madrid, 1952, pág. 263.

(65) Si bien exige como presupuesto una suficiente base de saber fenomenológico (es decir, científico) acerca del Derecho. Cfr. Ferrer Arellano, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, 1963, págs. 18 a 31, donde expongo los caracteres epistemológicos de la filosofía jurídica.

dica en su radicalidad última: el constitutivo ontológico que le da sentido en función del fin social, del cual derivan consecuencias normativas con vistas a la consecución de tal fin ético: el bien común de la sociedad (ordenado a su vez—en una perspectiva teológica—al último fin sobrenatural).

De ahí la necesidad de proceder a un conocimiento no ontológico, positivo-científico, del Derecho. Sus características deberían ser, a mi juicio, las siguientes (66):

a) El *tema* que considera, es, o puede ser, toda la realidad jurídica en cuanto empíricamente observable. También el Derecho natural en cuanto positivizado, aunque no lo conozca en cuanto natural (67). Esta referencia a la positividad es de todo punto esencial, como veremos en seguida (68).

b) La *perspectiva* mental de consideración, que condicionará toda la manera típica de conceptualizar, afirmar o definir, depende del aspecto de la realidad jurídica que el nivel científico de conocimiento intenta desvelar; a saber, aquel conjunto de *datos* que aparecen sólo ante una observación fenoménica.

Deberá considerar, pues, el Derecho, para *describirlo* analítica y exegéticamente, en sus peculiaridades. Pero no se limita a describir, sino que procura elaborar unos *conceptos*, obtenidos por una generalización abstractiva de los contenidos observados (en su efectiva vigencia en la vida social) cada vez más amplia (69). Para ello es absolutamente imprescindible tener en cuenta los fines immanentes al ordenamiento jurídico, pues sólo en ellos cobran sentido las normas que se analizan descriptivamente (70). Decimos que es imprescindible tener en cuenta los fines immanentes a la nor-

(66) Puede verse una exposición de los métodos que, de hecho, suelen seguir los juristas «científicos», en A. Hernández Gil, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945.

(67) Vide L. Bender, *Philosophia iuris*, Roma, 1955, pág. 6. Para la opinión en contra, F. González Vicén, *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, Madrid, 1950, pág. 12; N. Bobbio, *Teoría della scienza giuridica*, Turín, 1950, página 17.

(68) Vide J. M. Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*, Madrid, 1964, parte II, cap. 2, III, 3 d.

(69) Empleamos esta expresión (contenidos), de fuerte sabor idealista neokantiano, en gracia a la generalización de tal terminología entre los cultivadores de la filosofía jurídica. Queremos destacar en el texto que la norma no agota su ser en una estructura lógica formal de «deber ser», sino que debe considerarse en su constitutiva referencia a la acción: en función del efectivo *comportamiento* de los conciudadanos frente a ella.

(70) Vide H. Nawiaski, *Allgemeine Rechtslehre*, 1949 (trad. Zafra, Pamplona, 1963); en particular, la distinción que ahí se hace entre los fines trascendentes y los *finés immanentes* al ordenamiento jurídico (págs. 5 y sigs.).

ma, porque sólo se entiende ésta en su íntima *referencia* a la conducta: en cuanto tiende a imprimirle una concreta dirección *organizadora* de la vida social, a manera de bien o valor a que la norma apunta como *fin*. Una norma completamente ineficaz en orden a conseguir el fin que la constituye como norma, no podría considerarse «normativa». Prescindir totalmente de la dimensión teleológica del Derecho equivale a renunciar a un conocimiento propiamente jurídico.

c) El *fin* que se propone el científico en la elaboración de los conceptos a que acabamos de hacer referencia es un fin meramente técnico: la elaboración de un sistema «lógicamente» estructurado y armonioso que haga posible aprehender y ordenar mejor, valiéndose de aquellos conceptos como principios reguladores, la realidad jurídica tratada, facilitando así su comprensión, interpretación y aplicación (71).

El fin inmediato es, pues, obtener un sistema armonioso mediante la aplicación de reglas lógicas: tal aplicación supone un «arte» (lógico). Es decir, una «técnica», como gustan decir los juristas. Sabido es que los antiguos no distinguían ambos conceptos. L. E. Palacios observa con razón que también las obras inmanentes al entendimiento pueden considerarse «artefactos» alojables en el sector de lo «factible» (en contraposición al dominio ético de lo «agible»), pues gozan de un valor que es independiente del valor que tenga la intención moral del que las hace. Por ejemplo, las obras mentales del tipo del silogismo o del poema, etc. (objeto de las artes liberales), llamadas por el autor «artes del bien honesto» (71 bis).

Pero aquel saber lógico se ordena a su vez a la técnica de una interpretación y aplicación apta del Derecho para obtener una organización social eficaz. La lógica jurídica del sistema debe considerarse, en consecuencia, como *instrumento* (organon) de organización de la sociedad. Corresponde al nivel prudencial del conocimiento jurídico obrar la síntesis entre las exigencias normativas de justicia conocidas abstractamente por el nivel filosófico y aquellas otras exigencias lógico-técnicas a que conduce un conocimiento científico y ordenado del derecho, en su concreta aplicación a cada situación social.

(71) Para una lógica formal de conceptos jurídicos, cfr. el excelente artículo de L. Legaz Lacambra «La lógica como posibilidad de pensamiento jurídico», *Anuario Fil. Der.*, 1958, págs. 1 y sigs., y bibliogr. ibi. cit., y las observaciones de Recaséns («Rivoluzione teorica e pratica nella interpretazione del diritto», *Riv. Int. Fil. del Dir.*, 1962, págs. 435 y sigs.) acerca de la escasa aplicabilidad de la lógica formal—y del simbolismo matemático—en el mundo de las decisiones. Para una visión de conjunto, vide A. Puy Muñoz, «El problema de la lógica jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1963), págs. 51-101.

(71 bis) *Filosofía del saber*, Madrid, 1962.

Esta finalidad técnica condicionará y dará sentido a todos los análisis teóricos que conduce este nivel de conocimiento. Construir una «teoría pura» sin finalidad práctica sería un contrasentido.

d) En cuanto a la *naturaleza de los conceptos* que deberían corresponder a este nivel cognoscitivo de la realidad jurídica, basten las siguientes observaciones:

a') Deberán ser obtenidos mediante un procedimiento mental abstractivo, a partir de la observación comparativa del fenómeno jurídico en el vasto cuadro de la vida social (72).

Tal procedimiento abstractivo no debe ser exclusivamente generalizador o extensivo (llamado, en la escolástica, «abstracción total», la cual es considerada como precientífica). Es también intensivo, formal o tipológico, pero—diríamos con Maritain—«*Sub lumine* empiriológico, non ontológico». R. Paniker, en su excelente obra *Ontonomía de la ciencia*, Madrid, 1961, propone (parte I) interesantes precisiones en torno a esta distinción a que aludimos en el seno del grado formal físico de abstracción (llamada por el autor abstracción formal *predicamental*, en contraposición a la *trascendental* propia de la metafísica). Mientras que la *ciencia* se dirige al *estrato ontológico más aparente*—a los aspectos *accidentales* del ser que observa, experimenta y mide—, la filosofía funda su investigación en una abstracción formal *predicamental* en la línea *sustancial*. Es muy sugestivo asimismo el estudio del problema desde el punto de vista del sujeto que conoce: a la abstracción accidental de la ciencia correspondería un *pensamiento* funcional, y a la sustancial de la filosofía un *pensamiento* predicativo (sustancial o entitativo).

El método formalista propio de la dogmática, inaugurado por Savigny e Ihering tal y como lo hemos expuesto en su génesis y en sus inflexiones históricas, se diferencia netamente del que aquí estamos proponiendo. La reducción de las normas, por análisis y concentración lógica, a conceptos generales abstractos, el abuso logicista de la «construcción categorial», la tendencia a un formalismo de espaldas a la vida real y privado de contenido, el uso exclusivo de la «deducción lógica» en la decisión jurídica—con la excepción de Kelsen—, la exclusión positiva de una apertura a una axiología jurídica..., todos los excesos que hemos denunciado en aque-

(72) Cfr. parte I, cap. III. Puede verse una exposición de tales métodos en Hernández Gil, *o. c.*, págs. 101 y sigs. Y las observaciones de R. Treves acerca de las diferencias entre este formalismo y el de los neokantianos, en *Il diritto come relazione*, cit., págs. 58 y sigs. Sobre la clásica teoría de la abstracción, vide J. Maritain, *Filosofía de la Naturaleza*, Buenos Aires, 1952.

llas direcciones, creemos que quedan suficientemente orillados en la metodología aquí propuesta.

Siendo imposible abarcar el fenómeno jurídico en la integridad de su evolución histórica y en su diversidad espacial, no parece posible lograr fórmulas unitarias que sean aplicables a todas las variaciones posibles (73).

Será posible, sí, abstraer características o trazos comunes del análisis de las normas (en cuanto observables en sus manifestaciones de tipo legal, consuetudinario o jurisprudencial) de un ordenamiento jurídico vigente. El hecho de referirse varias de ellas, por ejemplo, a regular una misma situación social, permitirá agruparlas en *instituciones*. Podrán ponerse en evidencia, asimismo, *los principios generales inspiradores* (fines immanentes) de un ordenamiento jurídico, o de un conjunto de ellos pertenecientes a la misma área cultural o a varias afines.

Son tan acusadas, sin embargo, las diferencias entre aquellos más dispares, que sería difícil encontrar características comunes y, en consecuencia, elaborar conceptos aplicables a todos ellos. Pretender construir una *teoría*—a este nivel científico—*absolutamente general* es, a mi juicio, una aspiración quimérica e irrealizable. A no ser que se entienda con este vocablo una Filosofía más o menos camuflada (si no abiertamente confesada), o un sustituto imperfecto de la misma (como es frecuente, de hecho, entre los cultivadores de la «allgemeine Rechtslehre») (74).

b') El procedimiento *abstractivo* a que aludíamos no es el intensivo-filosófico (que intenta desvelar el constitutivo inteligible mediante una abstracción universalizadora de tipo *ontológico*), sino aquella abstracción accidental (75), propia de la ciencia, que—valiéndose de un procedimiento comparativo entre los aspectos *fenoméricamente* observados—procure elaborar aquellos conceptos o esquemas unitarios que más útiles parezcan para lograr el fin técnico que se persigue: la mejor ordenación, comprensión y aplicación del Derecho. Los elementos que tales esquemas comprenden serán, pues, las más de las veces, accidentales y mudables. E integrarán definiciones, en consecuencia, incompletas y sujetas a posibles mutacio-

(73) Nawiaski, *o. c.*, prólogo G. Gonella, *La persona nella filosofia del diritto*, Milano, 1959, pág. 17. Puede verse expuesta su opinión en mi amplia nota crítica aparecida en *Ius Canonicum*, 1962, fasc. 1.

(74) C. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, págs. 68 y sigs. L. Recaséns Siches sostiene que la teoría general del Derecho no puede menos de ser estrictamente filosófica, en su excelente *Tratado general de la filosofía del Derecho*, Méjico, 1959.

(75) Sobre la abstracción filosófica y las características epistemológicas de la filosofía jurídica, véase J. Ferrer, *Gnoseología*, cit., págs. 187 y sigs.

nes, condicionadas por el descubrimiento de hechos nuevos o desconocidos quizá anteriormente.

Las definiciones que nos ofrece este nivel de conocimiento estarán elaboradas en función de aquellos principios más próximos y aparentes (reales o meramente cognoscitivos): en modo alguno nos ofrecerían la *realidad misma* del fenómeno jurídico en su constitutivo inteligible, sino un sustituto que lo traduce, a su modo, y que está por aquél condicionado (76).

Guardémonos, con todo, de minusvalorar este método de trabajo. Su utilidad es indiscutible, y su función insustituible. La sistemática ordenación de las instituciones de Derecho positivo, en toda la riqueza de sus particularidades y en su histórica evolución, facilita una mejor comprensión y aplicación del mismo. Tales fines técnicos son, por lo demás—recuérdese—, inaccesibles a un enfoque filosófico de consideración de aquél.

La doctrina que acabamos sumariamente de exponer permite sortear las *dificultades* que han inducido a algunos filósofos de nuestros días (77) a negar la *autonomía* «típica» de este nivel de conocimiento del Derecho. Según ellos, no podría considerarse ciencia un saber positivo acerca de la realidad jurídica, sin ponerse bajo la tutela de la Filosofía.

En otro lugar he expuesto críticamente la opinión al respecto de algunos autores idealistas, como Cicala. Aludimos ahora a la posición de algunos tomistas actuales (78), según la cual, siendo el Derecho (tanto las normas operables como la conducta a ellas referida) una realidad eminentemente práctica, sería absolutamente inteligible si hacemos abstracción del fin ético (de la sociedad en nuestro caso) que le da sentido. Si advertimos que el fin es la causa de las causas—y en el orden práctico, por ende, el principio de toda argumentación—, sólo teniéndolo en cuenta podría elaborarse una ciencia propiamente dicha (es decir, un conocimiento universal por causas).

(76) Pues la esencia es precisamente el núcleo real inteligible que asegura la constancia en las manifestaciones fenoménicamente observables. Cfr. J. Maritain, *Ciencia y sabiduría*, Buenos Aires, 1956, págs. 65 y sigs.

(77) Nada decimos aquí de las críticas de los negadores clásicos del carácter científico de la jurisprudencia (Kirchmann, sobre todo), ya virtualmente superadas. El carácter individual e histórico del Derecho no es óbice para un saber generalizador, si es el elaborado en situación de apertura a una filosofía sensible a la historicidad, tal como la que aquí se propugna. Vide sobre ellas Legaz, *o. c.*, págs. 123-142.

(78) J. MARITAIN: *Ob. cit.*, págs. 11 y 135. La opinión de G. Bordeau aparece expuesta en *Colloque de l'Institut International de Philosophie Politique* de junio de 1960. Para la tesis de Cicala, según la cual es preciso tomar como punto de partida para la construcción científica del fenómeno jurídico una filosofía que lo capte como relación, vide J. Ferrer, «La gnoseología del Derecho», *Ius Canonicum* (1962), páginas 167-272, Pamplona.

Pero tal fin es gnoseológicamente inaccesible a una consideración no filosófica (o teológica) de la sociedad. De ahí que el conocimiento científico-positivo del fenómeno jurídico de la vida social—como cualquier otro sector de la sociología positiva—no podría constituir una ciencia propiamente dicha, salvo que integrásemos los datos de observación positiva que nos suministra en un saber filosófico, a manera de materiales de «información experimental» (79).

Recordemos, para eludir estas dificultades, aquella clásica distinción en el dominio de la práctica de dos sectores autónomos: el sector propiamente ético—que persigue como fin el bien *ético* de la persona, en sus dimensiones individual y social—y aquel otro sector llamado *técnico-artístico* que se propone el bien mismo de las realidades (artefactos o entes culturales) que elabora o configura: es decir, su perfecta realización desde el punto de vista técnico o artístico (80).

Claro que sería del todo imposible desarrollar esta tarea científica sin tener en cuenta los fines immanentes que dan sentido—permitiendo, en consecuencia, su comprensión—a los distintos grupos de normas del Derecho objetivo; y que estos fines jurídicos tienen, de ordinario, dimensiones éticas, en cuanto se ordenan a facilitar la realización de un ideal de justicia. Se conocen, pues, aquellos fines immanentes (o principios inspiradores) de los ordenamientos jurídicos, incluidas sus dimensiones éticas. Sin embargo, no son éstas conocidas sino de una manera *material*: en cuanto forman parte de unos principios que han sido descubiertos en virtud de sus peculiares métodos empíricos de observación y de análisis, pero no *formalmente* en cuanto éticas. Desde este punto de vista, debería admitirse la legitimidad de un positivismo «metodológico», necesario para una construcción estrictamente científica del fenómeno del Derecho, bien distinto de aquel otro positivismo «vital»—fundado en una actitud filosófica—común a varias conocidas direcciones de pensamiento jurídico (81).

Ambos sectores—filosófico y científico—son autónomos en la línea de la *especificación* esencial—por ser diversos los fines a que respectivamente tienden—. Pero se implican mutuamente en la línea del *ejercicio* existencial. La técnica se subordina a la ética; por subordinarse, en definitiva,

(79) J. MARITAIN: *Ob. cit.*, pág. 135.

(80) S. Th., I-II, 57, 4; 54, 4. Cfr. O. N. Derisi, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Madrid, 1953, pág. 352.

(81) Esta actitud no implica la identificación del Derecho con el ordenamiento jurídico positivo, sino la adopción de un punto de vista formal (el propio de la ciencia), desde el que se considera el mismo derecho natural positivizado. Además, tiene en cuenta que positividad no es lo mismo que estatalidad.

aquellos productos cuya perfecta realización y ordenación persigue como fin, al supremo destino ético del hombre. Y la tarea *ética*, a su vez, es facilitada en gran medida por un suficiente acopio de medios *técnicamente* perfectos que la potencien en su tensión hacia el fin último. Habría que añadir, de manera paralela, que no parece posible elaborar una *ontología jurídica* bien fundada sin una suficiente base *fenomenológica* (es decir, también científica) del Derecho. Y que necesita ésta ser gobernada, a su vez, por una ontología que descubra en su radicalidad última el *ser* inteligible que determina las manifestaciones *empíricamente* observables que la ciencia describe y analiza a un nivel inferior (desde el punto de vista de la inteligibilidad) (82).

Concluimos, pues, que es perfectamente legítima la elaboración de un saber *científico positivo* acerca de la realidad jurídica: porque si es cierto que el fin que le da sentido es el supremo destino ético del hombre (y que los otros fines intermedios lo reciben en última instancia de él), podemos también considerarla en lo que tiene de realidad «factible», a la manera de un «producto objetivo», una «mentefactura», prescindiendo momentáneamente de sus fundamentos *éticos* (83), para proponernos como fin inmediato un ideal *técnico*: su mejor ordenación y comprensión, y—en última instancia—su más perfecta adaptabilidad a la situación social a la cual está constitutivamente referida. (Se trata, pues, de considerar una realidad «agible» en cuanto «factible», perdiendo «metódicamente» de vista su condición ética o «agible») (84).

Siendo distinto el fin inmediatamente perseguido, también lo será la perspectiva de consideración; y, en consecuencia, todos los conceptos y nociones que elabore. Perseguirán éstos una finalidad *inmediatamente* téc-

(82) Aunque en otra perspectiva de pensamiento, recuérdese que Larenz ha señalado también la necesidad de una apertura a la filosofía jurídica. Vide § V.

(83) A pesar de haber sentado Santo Tomás que «inquantum (lex) habet de iustitia, intantum habet de virtute legis» (I-II, 95, 2), ello no supone, a su juicio, que la norma injusta deje, sin más, de ser «derecho» en el concreto sentido que precisa: «ulterius dicitur quod ius redditur ad eo cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id quod decernit sit iniquum» (II-II, 57, 1, 1). Alude, pues, a una validez meramente formal de la norma. En este mismo sentido, algunos autores de nuestros días (Legaz, García Mainez, etc.) distinguen aquella validez meramente *formal* externa, de la validez *intrínseca*, que deriva a la norma de su fundamento ético, y de la *positiva* validez que obtiene la norma cuando es efectivamente observada, al menos por una parte de la comunidad. Vide M. Reale, *Filosofía del diritto*, trad. italiana, Torino, 1956, págs. 341 y sigs.

(84) «Abstrahentium non est mendacium», decían profundamente los antiguos. Con tal de que adviertan bien—añadiría yo—la separación mental que está operando el sujeto pensante.

nica y constituirán, en consecuencia, un saber autónomo (desde el punto de vista, nada más, de la *especificación* formal). Pero estará aquél implicado con el filosófico en la línea del *ejercicio vital*; y deberá recibir de la filosofía jurídica orientación extrínseca reguladora (*subordinación*). Orientación, ante todo, en el plano *ontológico*: para acertar en el hallazgo de conceptos o esquemas técnicamente útiles, no deberá echar en olvido que está buscando sustitutivos y manifestaciones epifenoménicas del ser de la realidad jurídica (que escapa, en su profundidad, a los medios de análisis de que dispone). Deberá tener a la vista lo que la filosofía nos diga acerca de la misma. De lo contrario, fácilmente la traicionará. No conseguiría traducirla, a su modo, de manera adecuada. Pero también deberá recibir orientación de la *axiología* jurídica, pues la ciencia del derecho—lo acabamos de ver—no es capaz de descubrir las exigencias éticas que deben informar los ordenamientos jurídicos que analiza.

Las ideas que hemos expuesto en esquema nos permiten advertir las *limitaciones* de este nivel cognoscitivo y, en consecuencia, la necesidad de una apertura a un conocimiento filosófico del Derecho que oriente la tarea científica que aquél cumple, evitando un rígido formalismo (y complemente, por otra parte, su imperfecto conocimiento de la realidad jurídica) (85).

Digamos, ante todo, que sólo procediendo así advertirá adecuadamente sus limitaciones; pues compete a la metafísica (y sólo a ella en un plano natural) juzgar de los principios y nociones de los demás saberes inferiores en su verdadero alcance y en sus límites. De ahí la conveniencia de que los juristas procuren conocer una *gnoseología* jurídica, bien fundada en sólidos principios metafísicos. Serían más conscientes del verdadero alcance de sus «construcciones»—superando así una mentalidad rígidamente formalista—y se evitarían multitud de controversias absolutamente inútiles y desenfocadas.

Las limitaciones de un nivel científico en el conocimiento del Derecho serían, ante todo, las siguientes:

a) La imposibilidad de captar el núcleo *esencial* inteligible de la realidad jurídica y sus fundamentos supraempíricos. Y, en consecuencia, de definir la realidad jurídica en su universalidad.

b) La imposibilidad de ejercer, ella misma, una función *valorativa* de las realizaciones jurídicas positivas, desde el punto de vista ético del

(85) De ahí la conveniencia de una colaboración de ambos saberes—filosófico y científico—para la apreciación técnica y axiológica de la realidad jurídica total. Vide *Atti del II Congresso naz. di Filosofia del diritto: Filosofia e scienza del diritto* (a cura di R. Orecchia, Milán, 1956, págs. 213, 239, 257).

deber ser (86) (sólo podrá juzgar—como ciencia—de la perfección técnica de los ordenamientos jurídicos vigentes, sistemas dogmáticos o teoría general). Porque si bien es cierto que toda norma jurídica positiva debe contener—y de hecho contiene casi siempre—un núcleo de juridicidad natural (87) (que impone la naturaleza de la vida social y, en última instancia, el supremo destino ético del hombre), no lo conocerá *formalmente* en cuanto natural, pues escapa totalmente a los medios de análisis de que dispone (como es fácil advertir después de lo dicho) (88).

También la filosofía del Derecho debería ser elaborada—es decir, genéticamente desarrollada—en una situación de *apertura* existencial a este nivel científico de conocimiento. Mal podría ejercer, en efecto, aquella doble función valorativa que le compete respecto a la ciencia del derecho (desde el punto de vista ontológico y axiológico), si no participa en su drama y en sus inquietudes. Sólo conociendo suficientemente sus métodos, sus realizaciones y sus controversias sería posible establecer un diálogo fecundo entre el filósofo y el hombre de ciencia.

También es cierto, con todo, que al menos en teoría es perfectamente posible lograr un estudio suficientemente riguroso acerca de las dimensiones ontológicas y axiológicas de la realidad del Derecho, sin estar bien informado acerca de la versión científica de aquélla. Basta para ello un conocimiento experimental del «fenómeno jurídico considerado de una manera universal y sintética, tal y como se manifiesta históricamente y es apreheadido por el vulgo»: es decir, un concepto *vulgar*, no claramente definido todavía de manera precisa. No negamos con ello la conveniencia, más aún, la necesidad de ejercer la tarea filosófica—si ha de ser suficientemente rigurosa—, en una situación de apertura a un conocimiento feno-

(86) No negamos—todo lo contrario—la posibilidad de un conocimiento natural de los valores éticos. Hay, evidentemente, un conocimiento moral prefilosófico «por modo de inclinación», espontáneo, irreflexivo, preconsciente, en acto vivido («in actu exercito»: vide Maritain, *Neuf leçons...*, cit., págs. 47 y sigs.). Por supuesto que es el también anterior al ejercicio de la ciencia jurídica. Pero no compete a ella, sino a los saberes filosóficos y teológicos tan sólo, expresar con rigor y de manera conceptual («in actu signato») las normas naturales a aquellos valores referidos.

(87) Vide H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950, págs. 131 y siguientes; J. Ferrer Arellano, *Filosofía de las relaciones*, cit., págs. 317 y siguientes; G. Graneris, *Contributi tomistici alla Filosofia del diritto*, Torino, 1949, págs. 7 y 8.

(88) De ahí que si el científico del Derecho no toma orientación de una filosofía jurídica para la valoración ética, excluyendo su misma posibilidad, toma ya partido y ejerce—en contra de sus propios postulados—una tarea de apreciación y crítica (Kelsen, por ejemplo, la del más refinado liberalismo doctrinal): Cfr. L. Legaz, «Notas sobre el valor actual de una teoría pura del Derecho», en *R. G. L. P.*, 1942, páginas 356 y sigs.

menológico (es decir, científico todavía, a mi juicio) de la realidad jurídica *en cuanto existente*, que sirva de mediación a la perspectiva propiamente filosófica. (Atribuimos a la fenomenología, como puede advertirse, una significación bien distinta de lo que es común en la escuela de Husserl, que pone entre paréntesis la existencia).

Por otra parte, tampoco puede ser muy diverso el punto de partida para una construcción científica del fenómeno jurídico: pues la pretensión de tomar como punto de arranque para ella una clara separación del conjunto de hechos que deberían considerarse jurídicos frente a todos los demás, supone estar ya, contradictoriamente, en posesión de un concepto *a priori* de «lo jurídico» claramente definido (y rigurosamente científico, en consecuencia).

Bastará, pues, partir de un concepto todavía *vulgar* de tal realidad —en ningún caso *a priori*, contra la pretensión del idealismo trascendental, ya discutido—, de manera que sea posible indicarlo y distinguirlo de otros de una manera sintética y general.

He aquí una razón más para admitir la conveniencia de conocer previamente las notas constitutivas de la juridicidad mediante una apertura a la filosofía del Derecho.

2. *Formalismo y teoría de la interpretación jurídica.*

Trataremos brevemente, para concluir, la función epistemológica de los conceptos de la ciencia del Derecho (que haya superado suficientemente los escollos del formalismo arriba denunciado), en la decisión del juez; tema ciertamente capital en toda teoría de la interpretación jurídica.

A mi juicio, sólo apelando a la clásica doctrina de la *prudencia* se pueden sortear los escollos del unilateralismo de la mayor parte de las posiciones que se han mantenido.

Las diversas opiniones históricamente sostenidas sobre el problema de la interpretación judicial (88 bis) oscilan entre dos extremos: el servilismo literal al texto normativo y la libertad desenfrenada. La primera es mantenida sobre todo, recuérdese, por la *jurisprudencia de conceptos*, y la segunda por aquellas direcciones finalísticas que culminan con la llamada *escuela de Derecho libre*. La primera es *racionalista*; la segunda, *vulgarista*.

Según los primeros, todo el derecho está contenido en la ley, y forma

(88 bis) Puede verse una exposición de tales opiniones más pormenorizada en L. Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, y *Rivoluzione...*, cit.

un sistema cerrado en el que no caben lagunas ni contradicciones. Si la ley nada dice sobre una conducta, es que la deja en libertad plena. El juez no puede impedirle o constreñirla. Su decisión no debe ser otra cosa que el resultado de una operación de lógica formal que subsume el caso particular en el esquema normativo. Decidir es, para ellos, inferir una conclusión por vía rigurosamente deductiva, acudiendo a los cánones de la más fría interpretación lógica y formalista. Basta aplicar los textos normativos (leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales) al mecanismo de la deducción racional, girar la manivela de la ilación silogística e inferir conclusiones sin límite. Recuérdese que mantienen esta posición la escuela francesa de la exégesis, que floreció después de la promulgación del Código de Napoleón, algunos epígonos de la escuela histórica de Savigny (Puchta), los pandectistas, etc.

Ya Ihering, que en su primera época contribuyó al triunfo de la dogmática formalista de conceptos excesivamente complicados en orden a una interpretación racionalista, había insistido, sobre todo en su célebre libro *El fin crea el Derecho*, en el principio de que la finalidad es el verdadero motor y el nervio que da sentido al Derecho, porque sólo ella nos permite acceder a los intereses en juego. Procedieron por este camino finalista otras escuelas, tales como la llamada jurisprudencia de intereses (Rumelin, Heck), que culminaron, en el extremo opuesto a la anterior dirección, con la escuela del Derecho libre.

Según esta última tendencia, la norma tiene vida propia, con independencia de la primera voluntad del legislador, porque muda de hecho su significado y su valor a tenor de las nuevas exigencias que imponen las nuevas circunstancias históricas del ambiente social mudable. No basta, pues, con investigar los intereses en juego y los fines que motivaron al legislador, colmar las lagunas acudiendo a la analogía, etc., sino que deberá prescindir de hecho de las normas legales y acudir a la investigación social para crear libremente derecho según las sugerencias que las diversas situaciones ofrecen. Quizá sea imprescindible en algunos países fundar la sentencia en leyes vigentes. Se guardarán en tal caso las apariencias eligiendo libremente entre varias y apoyándose aparentemente en ellas mediante «considerandos», pero en realidad decidirá como crea oportuno.

¿Qué partido tomar?

Las normas jurídicas no pueden menos de reducir a «tipos» claramente definidos y esquemáticos—así lo exige la certeza—la indefinida multiplicidad de posibles casos reales, más o menos semejantes. Es evidente que, en ocasiones, no encajarán bien en aquellos «tipos» definidos de los esquemas estáticos las concretas situaciones de la vida, que es dinámica. En conse-

cuencia, la interpretación jurídica no puede ser el resultado de una deducción meramente racional (jurisprudencia de conceptos), pero tampoco de un inmotivado voluntarismo (escuela de Derecho libre). Aquí es donde la doctrina de la prudencia tiene la palabra equilibrada que nos permitirá superar los extremismos.

La decisión *prudencial*—recuérdese esta clásica doctrina—comprende tres momentos prevalentemente intelectuales: consejo, deliberación y—sobre todo—el *imperio* (89) (Prudencia secundum quod est cognoscitiva). Pero exige también una decisiva intervención de la voluntad justa, sin la cual no podría la decisión del imperio ser un conocimiento realizador (Prudencia secundum quod est praeceptiva, motiva) (90).

No podría decirse, sin peligro de incurrir en unilateralismo, cuál de ambos ingredientes—intelectual o volitivo—desempeña una función preponderante en el conocimiento prudencial.

Es cierto que si atendemos a la especificación esencial del acto de imperio (el más propiamente prudencial) es, antes que nada, un conocimiento ordenador (91). Pero no podría ser realizador de orden sin la indispensable moción del dinamismo de la voluntad. Ni podría tampoco especificarse como tal conocimiento concreto, sino en cuanto es determinado por una libre elección de la voluntad, condicionada a su vez por las cambiantes disposiciones afectivas del agente.

¿Cuáles son, pues, las *características* epistemológicas del imperio o «dic-tamen» prudencial?

Lo que conocemos por él es un conjunto de «hechos» que se tratan de ordenar entre sí, en el seno de una comunidad, con vistas—en última instancia—a procurar el fin social. Será imprescindible para lograrlo haberse

(89) «Actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus». Ibid. 1c. Realizador, pues, en cuanto «dirige» e *intima*, señalándole un deber, a la voluntad justa; que «ejecuta» el orden concebido. Cfr. J. Pieper, *Die Wirklichkeit und das Gute*, Munich, 1956, pág. 52.

(90) De ahí que sea la prudencia una virtud a la vez intelectual y moral. Cfr. J. Pieper, *La prudencia*, trad. Garrido, Madrid, 1957, pág. 78.

(91) «Sapientis est ordinare», S. Th., I-II- 17, 1. Es el más propiamente prudencial, en cuanto es el inmediatamente directivo. De ahí que considere Santo Tomás a las virtudes de los otros dos actos intelectuales que le preceden como partes «potenciales» de la prudencia (en cuanto «participan» de su virtualidad directiva): *ebullia*, *synesis* y *gnome*. Cfr. S. Th., II-II, 51, 1 a 4. A ellas deben referirse los hábitos dianoéticos correspondientes a los saberes teóricos acerca del Derecho (ciencia-Dogmática, teoría general-filosofía, casuismo...). Cfr. J. Ferrer, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, introducción gnoseológica.

—previamente—aconsejado bien y haber deliberado correctamente acerca de los posibles medios para ordenar aquéllos a tal fin.

Pero ¿cómo aconsejarse, deliberar, elegir y aplicar de manera adecuada los medios que nos ofrece el Derecho sin un conocimiento suficiente de la realidad jurídica? Parece imprescindible, para acertar en la decisión ordenadora, conocerla bien en sus principios inspiradores o en las técnicas que gobiernan su comprensión (y por consiguiente, los conceptos categoriales de la Dogmática y la Teoría general del Derecho).

Lo decisivo en el imperio prudencial es, en consecuencia, la necesidad de tener ante la vista, con tensa y vigilante atención, el conjunto de principios *abstractos* normativos que suministran los niveles de conocimiento jurídico científico y filosófico y todas aquellas circunstancias que configuran la *situación* social que se trata de ordenar. Si no se reúnen en síntesis armoniosa todos estos elementos, apenas será posible poner en la existencia una decisión justa, es decir, racionalmente fundada en aquellos principios que resultan de un profundo conocimiento—filosófico y científico, teológico y casuístico incluso—de la realidad jurídica. O dicho de otra manera, tomar una decisión prudente (92), legisladora, jurisprudencial o de la especie que sea.

La decisión jurídica es, pues—resumiendo—, un conocimiento realizador, inmediatamente práctico, que pretende introducir en la existencia una justa resolución organizadora de la sociedad. Decisión que se produce en un momento absolutamente único, ireemplazable e insustituible.

* * *

La solución al problema de la interpretación jurídica está, pues, en el justo medio entre el unilateralismo de las posiciones extremas. La decisión, éticamente calificable de *prudencial*, no es el resultado de una deducción meramente racional, pero tampoco de un libérrimo voluntarismo. Debe tener ante todo en cuenta las normas vigentes, aunque sean esquemáticas y rígidas; y ¿cómo conocerlas en su verdadero alcance y sentido sin un conocimiento suficiente de la ciencia jurídica? Así lo exige la *certeza* y se evita el peligro de *acepción de personas*. Pero no deberá proceder por vía exclusivamente racional y deductiva, sino tener en cuenta los fines normativos y la originalidad de las situaciones, que no se acomodan quizá bien al esquematismo rígido de la norma. Una estricta y fría aplicación racio-

(92) S. Th., II-II, 47, 3; 47, 6, 1. De ahí la innegable influencia de la doctrina en el mundo de las decisiones.

nal podría dar lugar a *injusticias* (*Summum ius summa iniuria*). De ahí la necesidad de acudir a la *equidad* o *epikeia* (interpretación flexible—prudencial—de la ley, atendiendo a la justicia concreta que exige la concreta situación). Mediante ella, precisamente—la apertura a una axiología jurídica—, se corrigen las deficiencias de la norma positiva en nombre de las exigencias de la *ley natural de justicia*. De hecho, en casi todas las legislaciones se sanciona esta posibilidad por la admisión de los principios generales del Derecho.

* * *

No negamos que sea posible decidir prudentemente sin estar en posesión de aquellos saberes filosóficos y científicos acerca del Derecho: ellos derivan de los primeros principios especulativos y prácticos, correspondientes, como es sabido, a los hábitos innatos del *intellectus* y de la *syndéresis*, de los que son conclusión y en los que se contienen como en germen. Si tenemos en cuenta, además, que la posesión del hábito prudencial está condicionada, ante todo, por la rectificación que en la vida afectiva introducen las virtudes morales, advertiremos las razones que explican cómo sea posible un fundamental acierto en la decisión de personas ignorantes, pero de vida recta. La constitutiva tensión de las facultades así rectificadas a su objeto conveniente (*connaturalidad*) puede suplir la trabajosa de liberación intelectual que la prepara (92 bis).

Recuérdese, en efecto, que los hábitos intelectuales correspondientes a aquellos saberes afectan más bien a la preparación del dictamen prudencial (el «imperio» en que culmina el proceso consejo-deliberación, después de la elección) que a su intrínseca constitución. O dicho de otra manera, son *hexis* dianoéticas que pueden considerarse partes *integrantes* (así llamadas por que permiten el íntegro y perfecto ejercicio de la virtud cardinal correspondiente), pero no elementos formalmente constitutivos de la prudencia política. Es indudable, con todo, que deberá ser más profundo el conocimiento de la realidad jurídica en el que participa de manera directa en el gobierno de la comunidad (en cualquiera de sus funciones, legislativa, judicial o ejecutiva), del que sea preciso poseer para una mera observancia prudencial de las leyes o para la indirecta intervención en su génesis y desarrollo, por ser más compleja y decisiva aquella tarea.

(92 bis) Para un estudio del conocimiento cuasi-intuitivo por *connaturalidad*, inspirado en Tomás de Aquino y Max Scheler, vide J. Ferrer Arellano: *Sur la foi philosophique: amour et ouverture vers la Transcendance*, y el trabajo en prensa, *Esquema de antropología filosófica*, en «Anuario Filosófico», Universidad de Navarra, II (1969), del mismo autor.

En esta perspectiva de la clásica doctrina acerca de la *prudencia* y del conocimiento práctico por *connaturalidad*, en ella fundada, que acabo de recordar, entiendo yo los aspectos aceptables de la brillante teoría de Recaséns acerca de la interpretación jurídica. Ordinariamente, observa este autor, el juez anticipa la sentencia que considera «razonable»—tras laboriosas meditaciones las más de las veces—, mediante una *intuición emocional*. Sólo después, en un segundo momento, la elabora en forma silogística, como si los verdaderos motivos de la sentencia fueran precisamente aquellas normas que cumplen la función de premisa mayor. Pero en realidad, la decisión más importante que debe tomar el juez se refiere a una *opción* entre las varias normas aplicables—según diversas combinaciones— que brinda el ordenamiento jurídico. Pues bien: aquella decisión está fundada de hecho, a su vez, en una previa *estimación* intuitiva de aquella sentencia juzgada como «razonable» entre las varias posibles (93).

Pienso que la verdadera «lógica de lo razonable», justamente propuesta por Recaséns, es la prudencial. Ni el recio vitalismo orteguiano ni las éticas existencialistas pueden fundar sólidamente el acierto ético de la decisión, según criterios de justicia, por falta de base objetiva. De hecho, a mi modo de ver, abocarían, uno y otras, a un *situacionismo* ético inadmisibles, que cortarían la necesaria continuidad efectiva entre el mundo de los principios universales y válidos para siempre y para todos (fundados en los valores de justicia objetiva) y el mundo contingente y existencial de las situaciones concretas (94); y por consiguiente, a un relativismo ético en el que no podría justificarse la crítica a las decisiones inhumanas e injustas según la común estimación del pueblo, tan sensible a los principios indeclinables de la justicia.

* * *

En resolución: para que sea justa y razonable la sentencia es decisiva, ante todo, la rectificación que en el dinamismo de las facultades introducen las virtudes conexas entre sí (sobre todo, la *justicia social* y la *prudencia política*, cifra y compendio de todas las virtudes sociales). Ellas facilitan la decisión justa porque orientan espontáneamente el dinamismo de la voluntad, por *connaturalidad*, a los fines éticamente debidos. He aquí la razón última de que las virtudes de un medio social contribuyan a moralizar el ordenamiento jurídico. Pero no sería *prudente* el jurista que des-

(93) L. RECASÉNS: *Rivoluzione*, cit.

(94) Cfr. J. Fuchs, *Situation und Entscheidung*, 1952; G. Cohn, *Exis-Rechtlicher Ordnung*, 1955.

cuidase su propia formación teórica que le posibilitaría fundar su sentencia en las normas vigentes y flexibilizarlas, o resistirlas en su caso, según las exigencias éticas de justicia.

Además de esta función flexibilizadora del formalismo normativo que el Derecho natural desempeña en el problema de la interpretación, debemos señalar las siguientes:

1. Obra como fermento *revolucionario* cuando el rígido esquematismo estático y formalista de las normas vigentes no se acomoda a las exigencias racionales de la naturaleza de la vida social, que es *dinámica*. Ocurre así siempre que el derecho vigente no responde a las exigencias de justicia en las condiciones históricas del momento. Cuando se amenaza forzar injustamente la vida en nombre de una fórmula, la vida puede rebelarse y destrozar la fórmula.

Pensemos en el fenómeno consuetudinario, en los justos principios que en parte justifican muchas revoluciones, etc...

2. Pero también obra como elemento *conservador*, pues a veces actúa a manera de rémora contra el frenesí del movimiento jurídico positivo (*mutatio in iure odiosa*) y en contra de las rebeldías injustificadas. Obstaculiza, en definitiva, y muy beneficiosamente, el morboso afán de innovar por el solo placer de innovar, y las ambiciones de grupos particulares.

JOAQUÍN FERRER ARELLANO.