
WOLF PAUL
(Frankfurt)

Marx versus Savigny

El primer examen crítico de los fundamentos teóricos y metodológicos de la ciencia jurídica del siglo XIX

En el año del segundo centenario de su nacimiento no se ha aclarado aún definitivamente lo que permanece vivo en Friedrich Carl von Savigny y lo que ha muerto. Tanto la persona como la obra del famoso pensador jurídico escapan ahora como antes a un juicio concluyente. En todo caso puede establecerse lo siguiente: hoy día ya es posible hablar friamente sobre Savigny, una vez que una tenaz crítica, desde Ihering, Kantorowicz, Ehrlich hasta Bloch (1), ha cuestionado la imagen convencional de Savigny —“el Kant de la ciencia del derecho” (2), “el Goethe de la cultura jurídica” (3), “el jurista más potentemente

(1) Falta por ahora una exposición sistemática de ella. Los nombres aquí relacionados son ilustrativos de diversas posiciones críticas sobre Savigny: R. von IHERING, *Friedrich Carl von Savigny* (1861), en *Gesammelte Aufsätze*, t. II, Jena, 1882, págs. 1 ss.; H. U. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?* (1911), *Savigny and the Historical School of Law* (1937), incluidos ambos en *Rechtshistorische Schriften*, 1970, págs. 397 ss. y 419 ss.; E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, págs. 11 ss.; E. BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961, págs. 102 ss. (edición francesa: *Droit naturel et dignité humaine*, 1976, págs. 92 ss.).

(2) Sobre el origen de este apelativo, cfr. STOLL, *Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe. I. Der junge Savigny*, 1927, pág. 54.

(3) El autor es probablemente LANDSBERG, en STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III/1, 1898, págs. 181 ss.

irradiante de todo el mundo" (4), etc.—, presentándola como comprensible —Savigny puede considerarse como *la* figura identificativa del estamento de los juristas doctos— pero a la vez como una estilización transfiguradora e inadecuada.

Franz Wieacker (5) ha expresado el fondo de la cuestión al dar por consumado el desmontaje de la imagen de Savigny predominante. Revisando su concepción de conjunto, ha resumido como duradera contribución de la Escuela histórica al pensamiento jurídico la "renovación de la ciencia jurídica" (6); con ello ha dado el impulso decisivo a la discusión actual, limitada a dos aspectos: uno histórico-científico y otro metodológico y teórico-jurídico (7).

Esta discusión ha llegado a cobrar un sesgo peculiar, cuando desbordando el cauteloso balance de Wieacker ha dado por probado un tópico, sobre cuya justificación habría aún mucho que reflexionar: que Savigny sea, no meramente el *renovador* de la ciencia jurídica como pensaba Wieacker (8), sino *sin más el fundador de la moderna ciencia del derecho* (9). Con ello se ha adjudicado de nuevo a la obra de Savigny el más sobresaliente significado; y éste se ha visto incrementado por la opinión que en Alemania se ha hecho fuerte en torno a la tesis según la cual "desde el punto de vista de la teoría del método, no cabe señalar desde Savigny ningún cambio de paradigma" (10).

(4) R. GMÜR, *Savigny un die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, 1962, pág. 34.

(5) *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, 1967.

(6) *Ibidem*, pág. 19.

(7) Cfr., por ejemplo, *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert* (ed. por J. BLÜHDORN y J. RITTER), 1969.

(8) La prudencia de WIEACKER es fundada, pues para él está claro «que ya antes de Savigny en los últimos años del siglo XVIII comenzó a prevalecer también entre los juristas la concepción de ciencia jurídico-positiva "filosófica"» —*Wandlungen...* (nota 5), págs. 10 s., con referencia a Darjes y Nettelblatt—, así como, sobre todo, ANSELM FEUERBACH —*Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, 1804—; cfr., al respecto, K. LÜDERSSEN en su Introducción a la nueva edición de este escrito, Frankfurt, 1968, págs. 17 ss.

(9) Este tópico puede atribuirse presuntamente a K. LARENZ —*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975 (3.ª), pág. 8—, que manifiesta su coincidencia fundamental con la frase de W. SCHÖNFELD: «la moderna ciencia del derecho comienza con F. C. v. Savigny» —en su *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, 1949, pág. 491—. En esta línea se encuentran, por ejemplo, G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus*, en ARSP, 1975, págs. 497 ss., y H. COING, en este volumen, ACFS.

(10) R. WIETHÖLTER, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz —falsche Fronten in IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht*, en «Festschrift», a Gerhard Kegel, 1977, pág. 237.

Si se margina toda vacilación y se acepta esta postura hasta ahora predominante, la obra de Savigny se erige en piedra de toque del esplendor o de la miseria del paradigma científico-jurídico moderno. La usual apología de Savigny, como su usual crítica, han de ser replanteados partiendo de esta perspectiva. La pregunta de Hermann Kantorowicz en el año 1911: ¿qué es para nosotros Savigny?, vuelve a ser actual como planteamiento teórico-jurídico del problema.

Visto así, tiene que cobrar significado una crítica de Savigny y de la Escuela histórica del derecho, que en la discusión habitual ha sido poco tomada en consideración o marginada por obsoleta: la crítica del *Karl Marx* filósofo joven —hegeliano y científico de la sociedad. Este polemizó ya los fundamentos de la Escuela histórica del derecho, en un tiempo en el que Savigny aún vivía y se encontraba en el cénit de su gloria. Visto históricamente, ello constituye, esta es mi tesis, la primera crítica “moderna” que descubre, o al menos denuncia, los problemas de fondo de la ciencia jurídica del siglo XIX: historicismo/relativismo, positivismo/problemática de la legitimación, reducción/sincretismo metodológico.

En lo que sigue, intentaré aportar la prueba de que la controversia de Marx contra la Escuela histórica del derecho contiene esa amplia crítica de los fundamentos. A la vez, insistiré de nuevo (11) en el interés científico de la teoría marxista del derecho, que como es sabido suele con más facilidad desmentirse que fundamentarse (12). No pretendo, por el contrario, aportar con Marx un juicio definitivo del marxismo sobre la persona y la obra de Savigny. Queda aún campo para los “de-cantadores” del marxismo, cuya tarea consiste en ordenar el lenguaje usado por el marxismo sobre los pensadores burgueses del derecho del siglo XIX (13). Aquí se pretende más bien prestar oídos a Marx mismo: como el más competente crítico en una discusión histórica sobre el ideal de la nueva ciencia jurídica de aquel tiempo.

(11) Cfr. mi libro *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts. Intention, Aporien und Folgen des Rechtsdenkens von Karl Marx. Eine kritische Rekonstruktion*, 1974.

(12) A la tentación próxima de tomar el conocido déficit de la teoría jurídica marxiana y marxista (cfr. *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, ed. por H. RÖTTLEUTHNER, 1975) como ocasión para, en una corta comunicación, negarle globalmente status científico, ha sucumbido N. BOBBIO en su introducción a la mesa redonda sobre *Marxismo e diritto*, incluida en «Sociologia del Diritto», 1978 (V/2), págs. 279 ss.

(13) Cfr. J. KUCZYNSKI, *Savigny. Glanzvolle Jugend eines reaktionären Gelehrten von einstigem Weltruf*, en *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, t. VI, Berlín (Este), 1977, págs. 125 ss., y H. KLENNER, en este volumen, ACFS.

BIOGRAFÍA DEL ENCUENTRO DE MARX CON LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Marx se ocupa a lo largo de su vida de las cuestiones centrales de la historia jurídica, y también de las obras de los historiadores del derecho más significativos de su tiempo (14). Su biografía atestigua, además, el encuentro directo con los representantes de la Escuela histórica del derecho, y en concreto con F. C. von Savigny (15).

Como estudiante de derecho en el semestre de invierno de 1835-36 y en el de verano de 1836, asistió en Bonn a las clases de "Enciclopedia de la ciencia jurídica", "Instituciones" e "Historia del derecho" de los profesores Puggé, Böcking y Walther, cercanos todos ellos a la Escuela histórica (16). En Berlín, durante todo el semestre de invierno de 1836-37, frecuentó Marx "aplicadamente" las lecciones de Friedrich Carl von Savigny sobre las "Pandectas" (17), y en casa trabajó con acribia sus escritos, sobre todo su "Recht des Besitzes" (18). Sin embargo, Marx no se siente totalmente satisfecho de la jurisprudencia. Espera obtener respuesta para las preguntas que le asaltan de la filosofía, en concreto de la filosofía crítica de la izquierda hegeliana. Se doctora en 1841 en Jena con un trabajo sobre filosofía epicúrea, estoica y escéptica.

En 1842 se encarga de la redacción de la "Rheinische Zeitung", revista de oposición que le permitiría volcar la filosofía crítica sobre la realidad práctica. Allí ejercita él, entre otros, en muchos artículos, la crítica de la política oficial y la legislación de Prusia y su provincia renana (19). Con ello se comporta como un desagradecido discípulo respecto a su antiguo maestro de derecho Savigny, que a finales de febrero de 1842 había sido nombrado por Federico Guillermo IV Ministro para

(14) Cfr. P. LANDAU, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, en «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Historide du Droit», 1973 (41), págs. 361 ss.

(15) Sobre la conexión Marx-Savigny parece haber sido el primero en llamar la atención A. CORNU, *La jeunesse de Karl Marx* (tesis), París, 1934; cfr. ahora H. JAEGER, *Savigny et Marx*, en «APD», XII, págs. 65 ss.

(16) Cfr. certificado de estudios de Marx en la Universidad de Bonn de 22-8-1836, en MEGA, 1, apartado I, 2, pág. 194.

(17) Cfr. certificado de estudios de Marx en la Universidad de Berlín de 30-3-1841, *ibidem*, pág. 247.

(18) Cfr. carta de Marx a su padre (1837), en *Frühe Schriften*, t. I, edición Lieber-Furth, 1962 (citada en adelante F.S.), págs. 7 ss.

(19) MEW, 1, págs. 3 ss., 28 ss., 78 ss., 148 ss., 172 ss. Cfr. ahora al respecto E. DÍAZ, *Marx, el derecho y el Estado*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 1979 (55), págs. 55 ss.

la reforma de la legislación (20). Le ataca teóricamente con una mordiente crítica al “Manifiesto filosófico de la Escuela histórica del derecho” (21) y sobre todo prácticamente cuando difunde el proyecto de ley de divorcio, preparado bajo la dirección de Savigny y mantenido en secreto para el público por círculos del Gobierno (22); con ello, como ha señalado *Treitschke*, logró un “terrible efecto” (23). El rígido proyecto tuvo que ser suavizado, altos funcionarios fueron removidos, y el prestigio de Savigny resultó “gravemente afectado” (24). Posteriores críticas hubo de asumir el nuevo Ministro de Justicia Savigny con motivo de los debates de la Ley de prensa prusiana (hacia 1841), y del proyecto de Ley de censura de 1842.

La posterior dedicación de Marx a la historia del derecho, y en sentido amplio a la Escuela histórica, es de tipo literario y tiene lugar en las Bibliotecas de Londres. Marx se dedica intensamente, entre otros, a los escritos de Justus Möser, Barthold Georg Niebuhr, Georg v. Maurer, Henry Summer Maine, Georg Hanssen y Wilhelm Roscher —representantes estos últimos de la Escuela histórica de economía—; esto queda de relieve sobre todo en el intercambio epistolar con Engels, en los “Grundrissen” y demás trabajos preparatorios del “Capital”, así como en esta misma obra. En la recepción crítica de estos autores aborda Marx sobre todo el despliegue histórico del concepto central de su teoría: la propiedad. Investiga las sociedades precapitalistas orientales, romanas antiguas y germánicas como realizaciones diferentes de la misma relación básica: la de la propiedad originaria de la tierra (25).

Estos trabajos posteriores de Marx *no* muestran referencias expresas a Savigny; sin embargo, implican un contraste con la Escuela histórica del derecho y con el contexto de su influjo posterior. Claros indicios al respecto proporcionan la crítica de Marx y sus distanciamientos respecto a Niebuhr (26), v. Maurer (27) y Mommsen (28), así como el hecho de que los trabajos históricos de Savigny no le merezcan mención alguna. Precisamente el hecho de que, en sus investigaciones his-

(20) Cfr. H. v. TREITSCHKE, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, 5.^a parte, 1895, pág. 156.

(21) MEW, 1, págs. 78 ss. F.S., I, págs. 198 ss.

(22) Cfr. «Rheinische Zeitung» de 20 de octubre de 1842, núm. 293.

(23) Cfr. (nota 20), pág. 251.

(24) *Ibidem*, pág. 253.

(25) Detalles al respecto en P. LANDAU (nota 14).

(26) Cfr. numerosas citas en los «Grundrissen» («Borrador») de 1857/58.

(27) Cfr. MEW, t. 32, págs. 42 s.; t. 23, pág. 86; al respecto, K. DICKOPF, *Georg Ludwig von Maurer 1790-1871*, 1960, págs. 324-337.

(28) MEW, 25, págs. 339, 795; cfr. ahora H. KLENNER, en J. KUCZYNSKI (nota 13), t. 7.

tórico-jurídicas, Marx ignore sin más a su maestro de historia del derecho y, según él mismo dice, “el más famoso jurista histórico” de la época, juega un papel en este momento de su crítica a Savigny. Ello sin embargo sólo resulta comprensible si se analizan con exactitud las críticas polémicas del joven Marx a la posición científica de la Escuela histórica, y se acierta a descubrir en su fundamento una clara contra-propuesta marxista.

CUESTIONAMIENTO POLÉMICO DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO EN MARX

Marx se ha expresado, como es sabido, sobre la Escuela histórica del derecho de manera bastante poco respetuosa, y en ocasiones con palabras gruesas. Carga los acentos polémicos de manera característicamente diversa de la (nada melindrosa por cierto) utilizada antes que él por los críticos de la jurisprudencia histórica, con motivo de la batalla sobre la codificación. Mientras *Hegel* fustigó como una “de las mayores burlas a una nación culta o a la profesión jurídica el negarles la capacidad de hacer un código” (29), y *Thibaut*, aún en 1838, acusa a sus colegas históricos de “mística jurídica”, de hacer un “expurgo de lentejas en el campo de lo civilista-histórico-jurídico” y de “docta cacería de moscas históricas” (30), Marx se mofa del “docto y dócil servilismo de los llamados históricos” (31); *en primer lugar*, como “una escuela, a la que la historia... sólo muestra su aposteriori” (32); que ha “hecho del estudio de las fuentes su santo y seña, ...ha llevado a tal extremo su afición a las fuentes, que el barquero semeja navegar no sobre el río sino sobre sus fuentes” (33). Su *segundo* reproche, conectado con éste, lo formula Marx con unos cuantos grados más de mordacidad y radicalismo: característico de la Escuela histórica sería su “espíritu frívolo”, su “escepticismo sobre la consistencia de la razón”, así como su “desconsiderado método”, que “legítima la infamia de hoy con la infamia de ayer” (34) y se considera en condiciones de “convertir toda usurpación impura en nítida regla de oro” (35). Un *tercer* reproche lo formula Marx más tarde en sus notas manuscritas “I. Feuer-

(29) *Werke* (edición Suhrkamp), t. VII, pág. 263.

(30) A. F. J. THIBAUT, *Besprechung des Einleitungsaufsatzes aus der Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, «Heidelb. Jahrb. d. Literatur», 1815, núm. 42, incluido en THIBAUT-SAVIGNY, ed. H. Hattenhauer, 1973, págs. 289, 290, 295.

(31) F. S., I, pág. 215 (debates sobre la ley contra el hurto de leña).

(32) *Ibidem*, pág. 490 (Crítica de la filosofía del derecho de Hegel).

(33) *Ibidem*, pág. 198 (Manifiesto filosófico de la Escuela histórica del derecho).

(34) *Ibidem*, págs. 198, 200, 490.

(35) *Ibidem*, pág. 215 (debates sobre la ley contra el hurto de leña).

bach” para “La ideología alemana” (36). Allí plantea la tesis, que cuestiona plenamente el credo científico de la Escuela histórica: la tesis de que “*no hay historia alguna del derecho*”.

Es preciso preguntarse por el alcance de esta polémica crítica. ¿Es sólo desahogo sentimental o un recurso estilístico efectista del filósofico corresponsal de prensa Marx?, ¿debería servir únicamente para provocar o difamar al adversario político o ideológico?, ¿o se esconde tras esta polémica una concepción teórico-jurídica, una seria crítica científica de los fundamentos y procedimientos de la Escuela histórica?

No es fácil dar una respuesta, porque Marx sólo se ha expresado con amplitud sobre Gustav Hugo y sobre Savigny, y además fragmentariamente. Para entender con exactitud el conjunto de la controversia haría falta —tomando como base la perspectiva teórico-jurídica de Marx (37) y dando entrada a elementos teórico-metódicos de Hegel— una revisión crítica de los fundamentos teóricos de la Escuela histórica, tal y como Savigny, y antes que él Gustav Hugo, los habían querido y proclamado. Habría que debatir a continuación la cuestión crítico-ideológica de si la Escuela histórica proporciona de hecho lo que sus “fundamentos” exigen, es decir, una *ciencia jurídica histórica* y una *crítica del derecho positivo*.

LA CRÍTICA DE MARX AL HISTORICISMO, CONCRETADA EN F. C. VON SAVIGNY

El “estricto método histórico de la ciencia jurídica” (38) con el que Savigny hizo escuela, arranca de hecho del supuesto, radicalmente combatido por Marx, de que hay una “historia del derecho”; de que el objeto del que la ciencia del derecho se ocupa es *producto de un desarrollo histórico autónomo*, y por tanto una creación histórica independiente. Esto resalta preferentemente en la teoría de la historia del derecho de Savigny, aunque a primera vista no se exprese claramente en este sentido. Al contrario: el propósito y el programa *oficial* de la teoría de Savigny sitúa al derecho dentro del desarrollo histórico global

(36) MEGA, 1, apartado, t. V, pág. 564, con anotaciones de V. Adoratskij respecto a la paternidad de Marx, en Introducción, pág. IX.

(37) He expuesto esta perspectiva en mi trabajo *Die marxistische Rechtstheorie - Wissenschaft oder Philosophie des Rechts?*, en *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion* (ed. por G. JAHR y W. MAIHOFER), 1971, págs. 175 ss.

(38) F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, reimpresión de la tercera edición (1840), Freiburg, 1882 (en lo sucesivo: op. cit.), pág. 71.

de su correspondiente nación. De esta manera Savigny aplica el concepto “historia” en conexión con el derecho, en primer lugar, de una forma tal que tendría que excluir precisamente un carácter autónomo y “objetivo” del derecho. Pues la “historia” que produce el derecho no es la suya propia, sino la historia de la “totalidad del mundo” (39), la de las “generaciones y las épocas” (40), la de la “vida general del pueblo” o la del “pueblo” (41). Como consecuencia, frente a la vida general del pueblo no podría tener “el derecho *ningún ser específico*”, sino que más bien forma con ella una indisoluble “conexión orgánica”, le está “inseparablemente ligada en la naturaleza, apareciendo *sólo a nuestra consideración* como una calidad específica de ella” (42). El derecho, en efecto, no tiene ningún ser propio, sino que su esencia es más bien la misma vida del hombre, contemplada desde una perspectiva específica” (43).

La conocida fórmula de Savigny se muestra, en efecto, como *ambivalente* para el alcance y el concepto de su teoría del derecho. No sólo deja abiertas muchas interpretaciones en relación a su programa de trabajo: una ciencia jurídica específicamente histórica, sino que el propio Savigny lo interpreta contradictoria o confusamente.

La fórmula abre al menos *dos* posibilidades de tratamiento de lo histórico-jurídico. Si se parte de la afirmación de que el derecho no tiene “ningún ser propio”, sino que es una apariencia ocasionada por la “vida del hombre mismo”, habría que exigir una investigación histórica y *socialmente* orientada, que se pregunte por las *reales* conexiones de la mediación social del derecho. El mismo Savigny ha llegado a estas consecuencias, proponiendo expresamente a la ciencia jurídica histórica la tarea de seguir al derecho dado “a través de todas sus transformaciones hasta su surgimiento de la naturaleza del pueblo, de su destino y sus necesidades” (44). Esta propuesta de trabajo, orientada socialmente, rima con la tendencia a la investigación empírica y social del derecho, procedente de *Montesquieu* e introducida en Alemania,

(39) *Ibidem*, pág. 70.

(40) *Ibidem*, pág. 68.

(41) *Ibidem*, pág. 8 y otras.

(42) *Ibidem*, pág. 5.

(43) *Ibidem*, pág. 18.

(44) «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», 1815 (1), págs. 395 s.; cfr. en W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Method Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt, 1958, pág. 29.

entre otros, por *Justus Möser* (45); sintoniza también con los planteamientos científicos generales de la época, que conectan con el despertar de una reflexión sobre la historicidad y socialidad de la existencia humana y nacional (46).

En contraposición con esta interpretación teórico-jurídica de la mencionada tesis, se halla otra, a la que el propio Savigny concede prioridad, y que habría de determinar teórica y prácticamente el programa de investigación de la Escuela histórica. Parte, sin duda, de la procedencia histórica del derecho, pero no entiende a la "historia" socialmente sino como *tradición cultural* (47). Además, no toma ya metodológicamente en serio su carácter "mediador". Se limita a contemplar la vida del hombre desde su "perspectiva específica": su aspecto jurídico doctrinal. De acuerdo con esta versión, Savigny no orienta ahora el método de la nueva ciencia jurídica histórica a la historia de la vida social del hombre, sino explícitamente a la "historia" de los "conceptos y proposiciones jurídicos" (48), y asume conscientemente la "radical unilateralidad" (49) que este tratamiento implica: la reducción de la historia del derecho a tradición dogmática, a la historia de la cultura jurídica.

En este sentido formula Savigny su doctrina del método (50). Objeto de su interés investigador es el ordenamiento jurídico positivo abordado históricamente; en su terminología: el "*material*" positivo en su conjunto o la "*materia prima*" del derecho consuetudinariamente elaborada, o sea, "la enorme masa de conceptos y enfoques jurídicos, que se acumulan y suceden de generación en generación" (51). A su procedimiento para "el sondeo histórico de este material, en el que involunta-

(45) En este sentido, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, páginas 354 ss.

(46) Sobre «Formación del sentido histórico», cfr. F. WIEACKER, *ibidem*, páginas 348 ss., especialmente págs. 358 s., donde resume: «el espíritu del pueblo de Savigny, el derecho de jurista de Puchta, el derecho del pueblo de Beseler, el fin en el derecho de Ihering, y el derecho social y corporativo de Gierke, son todos ellos (no menos que la alienación del hombre en la sociedad productiva de Karl Marx) proyectos para la recuperación de la identidad de la conciencia jurídica y científico-jurídica con la historicidad ahora descubierta y con la socialidad de la existencia (nacional o social). Esta ha sido la última y más duradera aportación del historicismo al pensamiento jurídico del siglo XIX» (subrayados del autor).

(47) Cfr. F. WIEACKER, *ibidem*, págs. 384 ss.

(48) *Beruf...* (nota 38), pág. 14.

(49) *Ibidem*, pág. 18.

(50) Me refiero tanto al «escrito programático» como a la «Juristische Methodenlehre» de 1802/03 y al «System des heutigen römischen Rechts», t. I de 1840.

(51) *Beruf...* (nota 38), pág. 68.

riamente nos encontramos cautivos” lo llama Savigny “estudio de las fuentes” (52). Avanza en dos etapas: en primer lugar en la forma “documental” de una “noticia general de las fuentes” o “acercamiento a las fuentes”, que actualiza la “ascendencia” de los conceptos y opiniones jurídicos; luego, en la forma “más elevada” del “estricto método histórico de la ciencia jurídica”, “que purifica el material dado”, a la vez que lo “reelabora y construye” sistemáticamente (53).

De la mano de este pequeño esbozo resulta ya claro el reproche que late bajo la burla de Marx sobre su “afición a las fuentes” o su “servicio a las reliquias históricas”: el reproche de que Savigny margina la *dimensión social de su tratamiento del derecho* (54), con lo que ya no puede captar adecuadamente su objeto. Sólo a este precio puede Savigny suponer en el derecho una historia propia. *Ernst Bloch* ha articulado nítidamente la crítica marxista: la Escuela histórica del derecho, escribe, “ha dado a conocer innumerables hechos y ha explorado un potente material, sin embargo, la *historia real del derecho* la ha puesto al descubierto, tan poco como el Derecho natural” (55). Con otras palabras, la ciencia histórica del derecho de Savigny es ahistórica; sustituye la historia real del derecho “por una especie de historia secreta del derecho” (56).

Esto resulta confirmado por el oscuro concepto de historia de Savigny. En su escrito programático postula un concepto de historia del derecho organológico y filosófico-sustancial, que es *especulativo* y por ende *no empírico*: la materia del derecho procede, nos dice, “de la íntima esencia de la misma nación y de su historia”; el derecho no es, pues, sino una sustancia humana que se desarrolla orgánicamente. Este concepto especulativo de la historia del derecho sirve a Savigny únicamente para dar a su “estudio de las fuentes” y a su jurisprudencia “constructiva” un marco filosófico de fundamentación. Metodológicamente es irrelevante. No es por ello sorprendente que *Eugen Ehrlich* (57) con-

(52) *Juristische Methodenlehre*, 1802/03, según la versión de J. Grimm editada por G. Wesenberg, 1951, pág. 32.

(53) *Beruf...* (nota 38), pág. 71.

(54) Por ello induce a error considerar a Savigny como patriarca «de la corriente histórico-sociológica en la teoría jurídica del siglo XIX» —como E. WOLF en su epílogo a *F. C. von Savigny. Grundgedanken der historischen Rechtsschule*, 1948, pág. 39— o suponer en su obra un componente «empírico-cientificosocial» —como G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus*, ARSP, 1945, página 508.

(55) *Naturrecht und menschliche Würde* (nota 1), pág. 105.

(56) *Ibidem*.

(57) *Grundlegung aeer Soziologie des Rechts* (nota 1), pág. 12.

firme plenamente la crítica de Marx al afirmar: “los fundadores de la Escuela histórica no han intentado nunca ratificar en sus trabajos dogmáticos los fundamentos metodológicos que enseñan; ...no han manejado ni un solo caso de un derecho consuetudinario vivo, que no fuera ya conocido en la literatura”.

LA CRÍTICA DE MARX AL POSITIVISMO DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO
—LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN— CONCRETADA EN SAVIGNY

También la ulterior afirmación de la Escuela histórica de que ella proporciona una ciencia jurídica “crítica” resulta cuestionable desde la perspectiva marxista. Savigny, como es sabido, ha vinculado su enfoque histórico al postulado de la “crítica”. Su mismo método histórico estudioso de las fuentes sería crítico. No se ocuparía de una especie de “ponderación” restauradora del derecho antiguo ni de “un mantenimiento incondicional de cualquier material dado”. “Su esfuerzo apunta más bien a seguir todo material dado hasta sus raíces, y descubrir así un *principio orgánico*, a través del cual aquello que aún tiene vida tiene que separarse de lo que está muerto, y ya sólo pertenece a la historia” (58).

Savigny convierte así a la misma historia orgánica del derecho en criterio supremo de su “contraste” sistemático del derecho vigente: la “vitalidad”, es decir, la coincidencia con la transmitida y “viva intuición de los institutos jurídicos en su conexión orgánica” (59). Con ello reduce la cuestión de la validez de las normas jurídicas a la cuestión de su vitalidad. Lo que es jurídico lo enseña sólo la historia del derecho, o sea, la prueba de que la norma correspondiente ha surgido, y mantiene ininterrumpidamente su vigor. No necesita una actual *legitimación mediante una fundamentación*; la fundamentación discursiva de la pretensión de validez de las normas existentes, en conexión con el presente social y sus necesidades, se ve sustituida por la prueba de su “desarrollo orgánico”.

Con otras palabras: la tarea teórico-jurídica de llevar a cabo una crítica del derecho, que decidiera sobre la pretensión de validez de una antigua norma jurídica en conexión con actuales relaciones sociales, resulta desplazada por una interrogante puramente *histórico-jurídi-*

(58) *Beruf...* (nota 38), pág. 72.

(59) *System...*, I, pág. 16.

ca (60). Esto, sin embargo, quiere decir: que la “conexión orgánica” de la historia del derecho ‘fundamenta’ la validez del derecho positivo, y con ello la decisión —exigida por Savigny— sobre lo que es “justo y bueno” (61) *por sí mismo*. “La libre y decisiva responsabilidad viene atribuida al desarrollo orgánico de una cultura, como si lo creativo fuera no lo que inició un desarrollo sino el resultado del mismo” (62).

Al científico del derecho no se le plantea, como consecuencia, el problema de fundamentar los fines del derecho ni el de fundamentar, o cuestionar desde el presente, la pretensión de validez de las normas positivas. Puede limitarse a la tarea histórica de la mediación de la tradición, en el sentido de comprender y sistematizar la historia del derecho. Savigny puede consecuentemente rechazar la vocación a la legislación. Esto, sin embargo, significará para Marx, modernamente expresado, que una ciencia jurídica, que se considera como mera hermenéutica histórica en una perspectiva meramente lógico-sistemática, no puede comportarse frente al derecho existente sino “*positiva*, es decir, *acríticamente*” (63).

EL POSITIVISMO DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO, CONCRETADO EN GUSTAV HUGO

Marx ha intentado explicar, tomando como referencia a Gustav Hugo, cómo se fundamenta filosóficamente el positivismo de la Escuela histórica y a qué consecuencias conduce. El motivo expreso de su conocido artículo en la “*Rheinische Zeitung*” fue claramente el nombramiento de Savigny en el Gabinete prusiano de 1842, y no el aniversario

(60) A la *reducción de la reflexión histórica hermenéutica* que ello implica ha aludido H. G. GADAMER: Savigny en 1840 en su «System» ha tratado aun la «tarea de la hermenéutica jurídica como puramente histórica. Como Schleiermacher, no ve problema alguno en equiparar al intérprete con el lector original, con lo que Savigny ignora también la *tensión* entre el sentido jurídico original y el actual» —*Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965 (2.^a), pág. 309—. Con otras palabras, Savigny no se plantea ni el problema hermenéutico ni el sociológico de la «distancia en el tiempo» (Gadamer). Como consecuencia de su metafísica romántica de la historia, deja pasar *en primer lugar* el problema empírico y sociológico-jurídico del cambio de función o de la extinción de una norma en el transcurso de la historia de la sociedad, y *en segundo lugar* el problema hermenéutico y político-jurídico de la obtención de nuevos contenidos jurídicos, como indicador de una tarea específicamente científico-jurídica. El tema de la «distancia en el tiempo» lo ha estudiado concretamente, con el interesante ejemplo del «envejecimiento de las codificaciones», F. KÜBLER, *Kodifikation und Demokratie*, «Juristenzeitung», 1969, págs. 645 ss.

(61) *Beruf...* (nota 38), pág. 1.

(62) J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1972, pág. 96.

(63) F.S., I, pág. 200.

rio del doctorado de Hugo, celebrado hacía ya unos meses. Marx no quiso desaprovechar la ocasión única que ofrecía el hecho de que fuese llamado a la cúspide del *Ministerio de legislación* prusiano justamente aquel “famosísimo jurista histórico” —como él decía (64)— que había negado rotundamente a su tiempo la vocación para la legislación. Como Marx, bajo la amenaza de las autoridades de la censura, no quiso arriesgarse a un ataque abierto contra el Ministro, eligió el camino indirecto (65) de probar que Gustav Hugo, tan ensalzado por Savigny, era, dados sus planteamientos filosóficos y su intención científica, el menos apropiado para el oficio de legislador racional y ético. Es obvio que no fueron sólo estas consideraciones tácticas las decisivas para Marx. El veía en Gustav Hugo el “patriarca y creador de la Escuela histórica” y en su “Derecho natural” el “texto original”, el manifiesto filosófico fundacional o el “Antiguo Testamento” de la Escuela histórica (66). En comparación con Hugo, los nuevos “historiadores” eran sólo epígonos. “Las teorías históricas y jurídicas de Haller, Stahl, Leo, y otras animadas por similares sentimientos, no han de tratarse sino como *codices rescripti* del *Derecho natural hugónico*” (67). El motivo sistemático de Marx es claro: critica a la Escuela histórica del derecho en su “patriarca” Hugo, porque considera en su conjunto a su concepción filosófica fundamental como *no adecuada a su tiempo*, y quiere desenmascararla como ideológica, como un “producto” del siglo XVIII de efectos restauradores.

El interés de Marx por Hugo es decididamente crítico-ideológico. Como puso en duda la pretensión específica del “método histórico” de Savigny, tampoco tiene a la “filosofía del derecho” de Hugo por lo que ella pretende ser, sino más bien incluso por lo más exactamente contrario a una “crítica del derecho”: por una filosofía del derecho *positivista*. La prueba “ad hoc” piensa poder obtenerla del mismo lenguaje de Hugo: para echar en cara a esta filosofía del derecho su propia intención y su procedimiento, basta con “oír del propio Hugo los planteamientos de Hugo” (68). Si se sigue la propuesta de Marx, surge en efecto el cuadro de una filosofía del derecho que, “en la línea de la fase inicial de toda Ilustración, postula una discusión *crítica* del dere-

(64) *Manifest*, F.S., I, pág. 199.

(65) Cfr. al respecto D. RJAZANOW, Introducción a MEGA, 1, apartado, t. 1, 1, págs. LVI s.

(66) F.S., I, pág. 199.

(67) *Ibidem*, pág. 207.

(68) F.S., I, pág. 202.

cho positivo" (69), pero que, al relativizar esta posición a nivel sistemático, la suprime del todo.

a) *La filosofía del derecho de Hugo como Manifiesto fundacional del positivismo*

Hugo ha formulado *explícitamente* la intención específicamente "crítica" de su "Filosofía del derecho" y la ha situado en un marco histórico fundamentado. "La crítica de lo positivo" (70) es un punto de vista conductor: quiere plantear objeciones contra todo en los derechos positivos" (71). Esta intención se refiere a la práctica del jurista. Hugo apunta a una auténtica jurisprudencia en el sentido de "un examen filosófico de lo propiamente jurídico" (72). Quiere, "en una época en que se oye tanto censurarla sin más" (73) apartar por los caminos "de la dedicación científica y docta al derecho... el peligro de lo meramente mecánico" y lograr en la práctica un "*mejoramiento* del derecho hasta ahora existente" (74). Esta filosofía del derecho no quiere "contentarse con un mero conocimiento del derecho..., sino esforzarse por el examen racional de los fundamentos..., que sólo lleva a una *verdadera jurisprudencia* (75).

Esta propuesta de trabajo filosófico y práctico la diferencia Hugo expresamente de la "puramente" filosófica, que para él "quiere decir metafísica" (76), precisando con ello sobre todo su posición frente a la filosofía iusnaturalista de su tiempo. Desprecia a "les philosophes (los ilustrados)", que coinciden en que "encuentran en lo existente mucho que censurar" (77); combate su intención ilustrada: —"demostrar desde fundamentos meramente racionales un conjunto de verdades jurídicas" (78)— tachándola de *ilusoria* y *ajena al mundo*. El Derecho natural creyente en la razón se agota en generales "consideraciones sobre

(69) *Einige Bemerkungen zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie*, en introducción a la reimpresión 1971 de G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, 4. sehr. veränderte Ausgabe, Berlín, 1814, pág. XII.

(70) G. Hugo (nota 69), prólogo, pág. XIII.

(71) *Ibidem*, pág. XIV.

(72) *Ibidem*, § 7, pág. 9.

(73) *Ibidem*, § 32, pág. 39.

(74) *Ibidem*, §§ 33 y 34, págs. 39 s. (subrayados añadidos).

(75) *Ibidem*, § 21, pág. 26. Hugo remite aquí concordantemente a Conring (primer subrayado añadido).

(76) *Ibidem*, § 3, pág. 3.

(77) *Ibidem*, § 23, pág. 28.

(78) *Ibidem*, § 6, pág. 7.

lo que debe ser" (79), en "*abstractas especulaciones* sobre los fundamentos últimos de los derechos coercitivos", sin poder "corregir o completar" "ni una frase del derecho positivo" (80).

Por lo demás, la razón abstracta, al no proporcionar ningún criterio concreto suficiente de lo correcto y lo adecuado a un fin, sería "*peligrosa*" para la praxis jurídica de la legislación y la jurisdicción, pues no habría "ni una sola relación jurídica a la que no cupiera maltratar", difamándola como contraria a razón (81). "De hecho no puede pensarse una *ciencia más peligrosa* que aquella de acuerdo con cuya doctrina el juez habría de desatender el derecho puesto por sus superiores y aceptado por su pueblo" (82).

Pero también a la otra especie "no libre" de derecho natural, la del transmitido por tradición —el "derecho natural dogmático" solidificado en la "Enciclopedia", que se limita a un mero "plantear" y "suprimir verdades jurídicas" (83)—, la considera Hugo como inapropiada para el "contraste" de lo jurídico, porque "tiene por esencial casi todo lo existente" (84). Verdaderamente "crítico" respecto a lo existente sólo podría serlo un "enfoque libre y filosófico" (85), que se aparte de consideraciones dogmáticas y especulaciones abstractas y obtenga sus fundamentos racionales de conexiones más concretas.

Este contexto sólo puede ser el de una "*historia del derecho empírica*". Hugo fundamenta su certeza de acuerdo con los criterios de la filosofía kantiana: "Las verdades jurídicas, que tienen vigencia en un pueblo, *no* son cognoscibles a priori —dadas en la sana razón, pura, general y necesariamente; innatas en cierto sentido; científicas en el sentido estricto de la palabra, aunque algo de esto les sirva de base... La situación real (jurídica) es a posteriori, empírica, diversa según el tiempo y lugar, casual, susceptible de ser aprendida de los hechos gracias a la experiencia propia y ajena, *histórica*" (86).

(79) *Ibidem*, § 23, pág. 28.

(80) *Ibidem*, § 29, pág. 35, nota.

(81) Cit. en F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...* (nota 45), pág. 380.

(82) G. HUGO (nota 69), § 31, pág. 37.

(83) Cfr. *ibidem*, §§ 4, 6, 29.

(84) *Ibidem*, § 6, pág. 9.

(85) *Ibidem*, § 6, pág. 9.

(86) *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, t. I, *Juristische Encyclopädie*, Berlín, 1820 (6.^a), § 26, pág. 21 (cit. en T. VIEHWEG, *Einige Bemerkungen...* [nota 69], pág. VII).

Un verdadero conocimiento del derecho sólo es posible en tanto que “histórico”, con lo que sólo se presupone apriorísticamente la positividad de su validez, “es decir, el *imperativo de conciencia* de que debe haber un derecho en cuanto tal” (87). Con esta categórica orientación se muestra Hugo como el “primer fundador” (Wieacker) de la Escuela histórica del derecho. Pues ya aquí, en la propuesta metodológica, se revela lo que *Savigny* había resaltado como lo “genial” de la obra de Hugo: aquella “elevada idea..., según la cual la misma ciencia jurídica en su conjunto no es sino historia del derecho” (88).

En este sentido integra Hugo el “método histórico” en su filosofía del derecho. Liga a lo “jurídico” vigente e. d. al “derecho positivo” (89), el “material” (*Savigny*) captable en las fuentes, para preguntarse por las “*verdades jurídicas*” que laten en él. Por tales entiende Hugo “una masa de *proposiciones experimentales*” (90), de “doctrinas..., que integran en la ciencia jurídica la *divinarum atque humanarum rerum notitia*” (91). La metódica “búsqueda de los fundamentos racionales del derecho positivo” no ha de remitirse sólo a lo “jurídico” (92), sino también a las “fuentes no jurídicas”, como la “propia observación de la vida cotidiana”, “los libros de historia”, “la descripción de viajes” (93). Igualmente, constituye lo “jurídico” histórico la *fuerza fundamental* para el logro de “aquellas doctrinas no jurídicas en sí de las cosas humanas..., sobre las que luego se construye lo jurídico” (94). Hugo las llama “*la antropología jurídica*” (95).

Esto constituye el núcleo central de su “Filosofía del derecho”. En la medida en que asume la experiencia concreta del derecho, contiene la “*verdadera jurisprudencia*”, la concreta razón jurídica, que muestra frente a sí como “especulaciones abstractas”, como errores y caminos equivocados a las construcciones meramente racionales. Sólo un tal “conjunto de verdades jurídicas” históricamente obtenidas es “*conocimiento racional*” (96), y se encuentra por ello en situación de servir

(87) *Ibidem*.

(88) *Recension des Lehrbuchs der Geschichte des Römischen Rechts von Gustav Hugo* (Berlín, 1799 [2.ª]; Berlín, 1806 [3.ª]; en *Vermischte Schriften*, t. V, 1850, reimprisión de 1968, pág. 1 ss. [36]).

(89) G. Hugo (nota 69), § 1, nota 1.

(90) *Ibidem*, § 3, pág. 3.

(91) *Ibidem*, § 38, pág. 49.

(92) *Ibidem*, § 35.

(93) *Ibidem*, § 36, pág. 42.

(94) *Ibidem*, § 3, pág. 3.

(95) *Ibidem*, §§ 3 y 38.

(96) *Ibidem*, § 1, pág. 2.

de baremo “crítico”. Gracias a su específica capacidad de conocer a la razón jurídica “a partir de los conceptos sobre aquello que (históricamente) *puede ser derecho*” (97), entiende Hugo su “filosofía del derecho” en sentido genuino como “contraste filosófico”, como “*crítica*” “Filosofía del derecho positivo”.

Hugo eleva su “Antropología” a *criterio de lo jurídico* y deja así entrever que ha abandonado una idea-del-derecho como principio normativo específico y como instancia crítica contrapuesta a lo positivo. El punto de vista supremo de su “Filosofía del derecho” no es un ideal de justicia, sino la *necesidad de un derecho*, aportada por su parte, como hecho “histórico-antropológico”; la “idea de razón de que debe haber un derecho” (98). Esta idea de razón no es en modo alguno kantiana; muestra simplemente una generalización de la recolección antropológica de hechos. En línea con un *ingenuo positivismo*, Hugo obtiene, de la descripción de hechos, normas a las que caracteriza como el “conocimiento racional a partir de conceptos sobre lo que *puede ser* jurídico” (99). Esa descripción de hechos muestra las diversas *posibilidades* históricas del “haber un derecho”; lo que significa para Hugo, las posibilidades de una institucionalización de una autoridad coercitiva que garantice un orden. De aquí puede concluirse ni más ni menos esto: “debe haber un derecho (y precisamente en cuanto jurídico) y *hay que someterse a él*, sea cual sea y aunque se aparte mucho de lo que sería plenamente adecuado a la suprema exigencia de la razón; aunque sea, como decía Kant, más bien provisorio que perentorio” (100).

Hugo eleva a ideal supremo la “necesidad” “natural” de un *ordenamiento*. Le es indiferente *qué* orden domine; se trata sólo *de que* domine uno. Ese reproche de “*indiferentismo*” que Heinrich Heine (101) dirige contra el historicismo en su conjunto, sería aplicable también a su padrino de doctorado Hugo, que rechaza como “*ciencia peligrosa*” (102) toda idea o doctrina revolucionaria o amenazadora del ordenamiento, y en concreto todos “los presuntos complementos del derecho positivo” por el *derecho natural*, y todo “pretendido contraste de lo que sea aplicable del derecho positivo” basado en el derecho de la razón.

(97) *Ibidem* (subrayado del autor).

(98) *Ibidem*, § 86, pág. 105.

(99) Así la definición de Hugo de la «Rechtsphilosophie», *ibidem*, § 1, pág. 2 (subrayados añadidos).

(100) *Juristische Encyclopädie* (nota 86), § 26, pág. 31.

(101) *Verschiedenartige Geschichtsauffassung* (1830), en *Sämtl. Werke* (ed. Elster), t. 7, pág. 294.

(102) Cfr. op. cit., §§ 30 y 31 (pág. 37).

La filosofía “indiferentista” asume así una función *apologética*: abarca los “fundamentos de razón del derecho positivo, que de acuerdo con su naturaleza no pueden decidir sobre muchas cosas que sean necesariamente así, ni que puedan dejar de serlo” (103).

Claramente el mismo Hugo no quería entender su llamado “Derecho natural” como meramente “indiferentista”, sino que “más bien habría que denominarlo *crítico*” (104). En este punto cobra certeza lo que Marx sitúa en el centro de su crítica: que Hugo *relativiza* los planteamientos valorativos y las orientaciones de acción de la idea-del-derecho hasta convertirla en el *reconocimiento* de cualquier orden existente. Su “crítica” no critica ya al derecho positivo, sino que lo protege “de falsas perplejidades” y frente a las afirmaciones, amenazadoras de la seguridad, “de que algo sea contrario a la razón” (105). Este *relativismo* lo ha confesado el mismo Hugo prácticamente en el prólogo a la cuarta edición de su “Filosofía del derecho” cuando dice que “el espíritu” de su búsqueda “ha continuado siendo el mismo, y el autor debe dejar a sus críticos la opción de imputarle que presente objeciones contra todo en el derecho positivo, o *que defiende todo*, si no llegan a comprender que aquello es precisamente el medio y la condición de esto” (106).

b) *La crítica de Marx al positivismo historicista —el problema del relativismo axiológico— concretada en Gustav Hugo*

Gustav Hugo ha expuesto abiertamente en muchos ejemplos su argumentación positivista con sus consecuencias relativistas. Especialmente instructiva a este respecto es su doctrina de la libertad, que toma como ejemplo la “esclavitud de los negros” introducida por Las Casas “por un malentendido amor de hombre”, o sea, el tráfico de esclavos con indios de la Encomienda española. La esclavitud sería, según Hugo, jurídica, a pesar de que indigne a todo sentimiento humano. La prueba es que ha sido tenida por jurídica durante siglos en la forma del “servitus” romano. Tal fáctica e histórica razón de derecho podría no haber sido un error, ya que permanece también en el derecho vigente en siglos posteriores (107).

(103) *Ibidem*, § 29, pág. 34.

(104) *Ibidem*.

(105) *Ibidem*, § 34, pág. 40.

(106) *Ibidem*, prólogo, pág. XIV.

(107) Op. cit., §§ 186 ss., págs. 242 ss.; cfr. al respecto W. PAUL, *Marrxistische Rechtstheorie...* (nota 11), págs. 67-71.

La verídica justificación “histórico-crítica” de la esclavitud por Hugo, como imperfecta pero, sin embargo, legítima, por permanecer en el marco de las relaciones de derecho históricamente “posibles”, puede considerarse en la ciencia jurídica como prototipo de un modo *relativista* de enjuiciar y de una actitud fundamental *conservadora*. Con ello apenas si podría mostrarse como el “discípulo de Kant”, que defiende “un ‘derecho natural kantiano más consecuente que la doctrina jurídica del propio Kant’” (108).

Con este argumento entra en juego la *crítica de Marx*, que enseguida denuncia como relativista el “principio” metódico de Hugo y lo pone en conexión con la Escuela histórica: “Hugo malinterpreta al maestro Kant en que, porque no podemos conocer lo *verdadero*, nosotros habríamos de considerar consecuentemente como plenamente válido lo *no verdadero*, sólo porque *existe*. Hugo es un *escéptico* respecto a la *esencia necesaria* de las cosas, para ser un Hoffman respecto a su apariencia *casual*. No intenta en absoluto probar que lo *positivo* sea *racional*; intenta probar que lo *positivo no* es racional. Ufano de su esfuerzo, arrastra a duras penas, de todas las regiones del mundo, razones para aumentar la evidencia de que las instituciones positivas —por ejemplo, propiedad, constitución del Estado, matrimonio, etc.— no están animadas por necesidad racional alguna; que ellas *contradicen* incluso a la razón, que permiten *parlotear* al máximo a favor o en contra. No cabe en modo alguno recriminar a este método su accidental individualidad; es más bien el *método de su principio*, el *sincero, ingenuo y brutal* método de la Escuela histórica” (109).

Este texto de Marx debe ser leído con atención. De entrada, resulta claro que Marx *exagera* su exposición del método de Hugo *polémica y satíricamente*. Hugo no había convertido de manera tan sistemática la “no razón” en argumento. El cree más bien en la razón concreta e histórica. Insiste siempre en que la razón *real*, que está viva en el derecho histórico y en las tradiciones de la jurisprudencia, ha de plantear objeciones contra las especulaciones doctrinarias del racionalismo, y especialmente contra la sabiduría de gobierno del legislador presuntamente ilustrado. Ciertamente cabe también encontrar en su “doctrina de las cosas humanas” mucha razón real, que permite que su pragmatismo y su realismo parezcan fundados. Por otra

(108) Hugo alude en este caso al juicio de Jacob Friedrich Fries, coincidiendo con él. Cfr. *ibidem*, prólogo, pág. XII.

(109) F.S., I, págs. 199 s.

parte, sin embargo, Hugo se ha dedicado inequívocamente *de forma sistemática* a su “common sense” (110) y a su escepticismo. Se ha dejado llevar incondicionalmente de sus querencias político-jurídicas y culturales —de la lucha contra la construcción jurídico-racional y la legislación ‘iusnaturalista’—, hasta convertir *doctrinariamente* su “empirismo” histórico en método, científico-jurídico y filosófico-jurídico a la vez. Este método, llevado a sus últimas consecuencias, le conduciría a un *trastrueque del principio crítico en positivismo*.

En este punto no ha exagerado Marx. Pues si la intención de la crítica es cuestionar la vigencia y validez de un derecho positivo, no cabe elevar a criterio de contraste los fundamentos racionales y de validez de ese mismo derecho, sin que la crítica se haga obsoleta o se convierta en apología del derecho. Con palabras de Marx, “si lo *positivo* debe valer por ser *positivo*, entonces debo *probar* que lo positivo no vale por ser racional, y ¿cómo podría hacerlo de manera más evidente que probando que lo no racional es positivo y lo positivo no es racional, que lo positivo existe no *por* la razón sino *a pesar de ella*? Si la razón fuera el criterio de lo *positivo*, no sería lo positivo el criterio de la razón” (111). Congruentemente no hay duda para Marx de que el método de Hugo, que mide lo históricamente “jurídico” con “hechos” antropológicos inmanentes y latentes en él mismo, es, si acaso, apropiado para “glorificar las *visiones históricas*” (112) o para desempeñar de manera puramente “científica” funciones sistemáticas ordenadoras; pero no está en condiciones de proporcionar una “crítica”. Este método, que está pegado al objeto ‘empírico’ y lo ‘critica’ con una actitud afirmativa y apologética, es para Marx “*positivo, o sea, acrítico*” (113). Al verse obligado a reconocer como autoridad válida a todo derecho ‘positivo’ y existente sin distinción —“cualquier *existencia* vale... por una *autoridad*, cualquier autoridad vale... por un fundamento” (114)—, no puede distinguirse entre derecho y no derecho. En Hugo —sobre esta ale-

(110) Así, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...* (nota 45), pág. 380, donde afirma: «Con este firme Common sense critica Hugo el Derecho racional no a partir del principio del inconsciente espíritu del pueblo o del concluyente desarrollo orgánico, sino desde el punto de vista del empirismo pragmático, profundizado por las impresiones que los extravíos de la abstracción del racionalismo profeso en la Revolución francesa habían suscitado en Inglaterra (Edmund Burke) y norte de Alemania». Cfr. también F. v. HIPPEL, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan*, Berlín, 1931.

(111) F. S., I, pág. 200.

(112) *Ibidem*.

(113) *Ibidem*.

(114) *Ibidem*.

goría apoya Marx su crítica— “la sarna es tan positiva como la piel” (115).

Marx no ha añadido nada más con contenido. Como resultado ha logrado con su crítica a Gustav Hugo desacreditar al Ministro prusiano de Justicia. Ha dado la alarma al haberse confiado la tarea de legislar a un historiador del derecho, bastante “ingenuo” y “brutal”, capaz de relativizar con su material histórico experimental la pretensión racional del derecho, y de presentar como jurídicas y racionales, remitiendo a la autoridad de las normas históricas, relaciones de miseria o de negación de la libertad. En esto consistiría la Ilustración “frívola” (116) y meramente “postiza”: en elevar a suprema razón jurídica el “escepticismo frente a la existencia de la razón” (117), “que legitima la infamia de hoy por la infamia de ayer” (118) y convierte “*toda usurpación en nítida regla de oro*” (119). Así —y con esto lleva Marx su crítica al extremo— dominaría públicamente un cínico “resultado”, característico de la Escuela histórica del derecho, y que todos sus representantes, a pesar de todos sus “maquillajes” expresarían con “igual crudeza”: “*el derecho del poder arbitrario*” (120).

LA CRÍTICA DE HEGEL AL SINCRETISMO METODOLÓGICO DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO, CONCRETADO EN GUSTAV HUGO

Prescindiendo de la polémica unilateralidad con que Marx interpreta con intención satírica a Hugo, centrándose en su tendencia al relativismo, hay que reconocerle el mérito de haber resaltado en él con toda claridad y radicalidad la *miseria relativista* del historicismo jurídico. Su pregunta a Hugo sobre cómo obtiene de lo positivo su regla “crítica”, así como el “ductus” de su crítica, que desenmascara la argumentación de Hugo como una apología de lo positivo, dan en el clavo. Por lo demás, no ha expuesto completamente la línea de su pensamiento. Tendría que haber explicado, antes de resaltar como acrítico el “principio” de Hugo, que no *podría* mostrar en modo alguno que lo positivo sea racional, porque había diluido la razón en lo históricamente existente y en su reconocimiento, con lo que no disponía de ningún

(115) *Ibidem*, pág. 201.

(116) *Ibidem*.

(117) *Ibidem*.

(118) F. S., I, pág. 490.

(119) F. S., I, pág. 215.

(120) F. S., I, pág. 207.

concepto crítico de razón. Pero incluso esto pierde significado, porque Marx podía remitirse a Hegel, que había dirigido tal reproche contra Hugo y lo había fundamentado. Hegel había reconducido el relativismo historicista de Hugo a este *sincretismo metodológico*.

Para poder entender la crítica de Marx a Hugo, abreviada en aras de su intención polémica, debemos acudir a su *contexto hegeliano*. Marx enlaza con Hegel, que en sus “Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrechts und Staatswissenschaft im Grundrisse” (1821) critica por inconsecuente a la filosofía del derecho de Hugo, y rechaza por inadecuado con igual mordacidad el voto de Savigny contra el juicio legislativo: “negar a una nación culta o a la profesión jurídica misma la capacidad de hacer un código... sería una de las mayores afrentas que pueda hacerse a una nación o a aquella profesión” (121). Hegel, a diferencia de Marx, denuncia la base teórica del relativismo filosófico-jurídico de Hugo. Esta radica en un error categorial de Hugo; en la confusión de *génesis histórica* y *fundamentación filosófica* del derecho, o —como dice *Hegel* (122)— en la confusión del “desarrollo a partir de fundamentos históricos... con el desarrollo a partir de conceptos” (o bien en la del “aparecer externo con el surgir a partir de conceptos”). De acuerdo con la terminología moderna, Hegel trata de la distinción entre “génesis y validez” (H. Albert) o entre “génesis fáctica y normativa” (P. Lorenzen) (123).

Hegel explica el significado de esta distinción contraponiendo los conceptos de “historia” y “razón” utilizados por la ciencia jurídica histórica: “una prescripción jurídica puede manifestarse, por las *circunstancias* y desde las instituciones jurídicas *preexistentes*, como plenamente *fundada* y *consecuente*, y, sin embargo, ser en sí y para sí, injusta e irracional; como una multitud de disposiciones del derecho privado romano, que resultaban completamente consecuentes, para instituciones como la patria potestad romana o el matrimonio. Pero aun siendo las disposiciones del derecho justas y racionales, una cosa es demostrarlo —lo que sólo puede ser realizado por medio del concepto— y otra cosa es explicar la historicidad de su aparición, las circunstancias, los casos, las necesidades y los acontecimientos que han originado su institución” (124).

(121) Theorie-Werkausgabe (Suhrkamp), 1970, t. 7, pág. 363 (§ 211).

(122) *Ibidem*, pág. 35, n. 37 (§ 3).

(123) H. ALBERT, *Plädoyer für einen kritischen Rationalismus*, 1971; P. LORENZEN, *Szientismus versus Dialektik*, en *Hermeneutik und Dialektik*, homenaje a H. G. Gadamer en su 70 cumpleaños, t. I, 1970, pág. 71.

(124) *Rechtsphilosophie*, pág. 36.

Hegel no quiere con este argumento poner en absoluto en duda lo justificado de un tratamiento histórico del derecho, sino mantenerlo en sus límites; ya que “no guarda relación con la consideración filosófica, esto es... el esclarecimiento y la justificación históricas no deben ampliarse hasta significar una *justificación válida en sí y para sí*” (125). Si “desatendiendo tal distinción” son ampliados hasta cobrar tal significado, “se llega a trastornar el punto de vista y a transformar la pregunta por la verdadera justificación en una justificación a base de circunstancias, que sería consecuencia de presuposiciones, que en sí mismas quizás sean poco apropiadas, etc., y sobre todo a poner lo *relativo en el lugar de lo absoluto* y la apariencia exterior en el lugar de la naturaleza de la cosa” (126). La confusión de las esferas de conocimiento y de método desacredita el contenido de la filosofía, a la vez que *relativiza el punto de vista de la razón* —un resultado que condena a los ojos de Hegel al filósofo que incurre en tal error. Pero desacredita también el cometido de la ciencia de la historia, que seducida por la especulación filosófica, “inconscientemente hace lo contrario de la que se propone” (127): degenera en pensamiento *ahistórico*.

Hegel aporta la prueba, mientras argumenta sociológicamente según el modelo de Montesquieu (128) y descubre implícitamente el dilema de la Escuela histórica del derecho: “si al surgir una institución se muestra, bajo determinadas circunstancias, completamente de acuerdo al fin y necesaria —y, por lo tanto, se realiza lo que el punto de vista histórico exige—; si esto debe servir como una justificación general de la materia misma, se concluye más bien lo contrario, esto es, que cuando tales circunstancias no existen ya, la institución ha perdido su significación y su derecho. Así, por ejemplo, si para la conservación de los *conventos* se ha hecho valer su utilidad para el cultivo y población de los terrenos áridos, o para la conservación de la erudición por medio de la enseñanza y de la copia de documentos, etc., y si este valor ha sido considerado fundamental y decisivo para su conservación, se sigue de esto más bien que los conventos, en circunstancias completamente distintas, se habrían tornado, al menos en este sentido, superfluos e inútiles” (129).

(125) *Ibidem*, págs. 35 s.

(126) *Ibidem*, págs. 36 s.

(127) *Ibidem*, pág. 37.

(128) *Ibidem*, pág. 35.

(129) *Ibidem*, pág. 37.

Hegel no oculta a quién quiere instruir con su argumentación metodológica: a *Gustav Hugo*. Le critica por el llamado error categorial, que en su caso no es sólo confusión de lo *histórico-jurídico* y lo filosófico, sino también del modo de conocimiento *jurídico* y el filosófico. Tan poco como el diagnóstico histórico a partir de circunstancias temporales, podría el diagnóstico *lógico* a partir de “prescripciones generales del derecho, proposiciones de razón, principios fundamentales, leyes, etcétera” (130) ampliarse a una “justificación válida en sí y para sí”, porque el jurista correría con ello el peligro de cometer “el inmortal fraude del método del entendimiento y su razonar”: “el de *aportar un buen fundamento para una mala cosa* y pensar haberlo *justificado* con ello” (131).

Hegel cita como ilustración la justificación de las Doce Tablas por el jurista *Sextus Caelius*: “para justificar la horrenda ley que daba derecho al acreedor, después de transcurrido el plazo, para matar al deudor o vendedor como esclavo; y más aún, si los acreedores eran varios, de *cortarlo en pedazos y repartírselo entre ellos*... alega Celio la *buena razón* de que la confianza y el crédito se aseguran tanto más así y que precisamente, en razón del horror de la ley, no se ha podido jamás llegar a su aplicación. A su inconsciencia escapa aquí... la reflexión de que justamente con esa prescripción, se anula el propósito de asegurar la confianza y el crédito” (132). De esta manera tan drástica rechaza Hegel el intento de Hugo de hacer pasar por legitimación filosófica (para Hegel: “racional”) el “concluir consecuentemente” desde proposiciones fundamentales o leyes, y extrae el siguiente resultado: “aquel ser consecuente ensalzado por *Leibniz*, ciertamente es una cualidad esencial de la ciencia jurídica, como de las Matemáticas y de otra ciencia intelectual; pero ni con la satisfacción de las exigencias racionales ni con la ciencia filosófica tiene algo que ver esa clase de deducción” (133).

Con esto resulta claro para Hegel que la “filosofía del derecho” de Hugo no es ninguna filosofía, sino una mera doctrina de juristas “altanera” y fracasada en su pretensión crítica. “Este malentendimiento del punto de vista racional —la despreocupación por él, la altanería de pensar que con el conocimiento docto se posee ya el conocimiento racio-

(130) *Ibidem*, pág. 36.

(131) *Ibidem*, pág. 39.

(132) *Ibidem*.

(133) *Ibidem*, pág. 41.

nal— acaba por vengarse... tal ocurre especialmente con el señor Hugo; es lastimoso cómo resalta” (134).

RESUMEN

El análisis metodológico de Hegel se muestra así como el *necesario complemento* de la crítica marxiana del relativismo, que sólo en este contexto cobra su exacto lugar. Más allá del planteamiento de Marx y de manera diversa, Hegel deja en claro que, de acuerdo con sus pretensiones y con su programa oficial, lo que Hugo realmente postula de manera cuasikantiana es una normatividad del derecho y de su crítica para posibilitar una transformación jurídica racional, pero no se da cuenta de que ello está en contradicción con su procedimiento “empírico” e históricamente relativizador. Hugo, como Hegel vuelve a resaltar en su réplica a la mordaz recensión (135) de su “Rechtsphilosophie”, está al nivel de un “positivo erudito del derecho y de un famoso historiador”, pero no muestra “formación filosófica alguna” (136). Esto quiere decir que el historicismo jurídico, o el positivismo de las fuentes y de las tradiciones jurídicas, no fundamentan *ninguna* ética crítica capaz de trascender la situación del derecho existente, ni posibilita un “contraste” filosófico del derecho.

Marx pudo enlazar tácitamente con ello y resaltar que para el historicismo era posible, no obstante, una ética claramente *ideologizada* y camuflada de una manera meramente filosófica: la “*ética*” del *reconocimiento de lo existente*, del derecho positivo correspondiente. A la vez, podría criticar a la Escuela histórica del derecho en su conjunto esta tendencia relativista; podía desenmascarar que la normatividad y la crítica proclamada por el programa de la Escuela histórica (Hugo y Savigny), y con ello también los criterios para una transformación del derecho y la posibilidad de fundamentarla habían desaparecido. Teoría y praxis se contradicen. La praxis refuta a la teoría.

(134) *Ibidem*, págs. 44 s.

(135) G. HUGO —recensión de la Rechtsphilosophie de Hegel aparecida en «Göttingische Gelehrte Anzeigen», 61, págs. 601-607—; la respuesta de HEGEL en «Halle-sche Allgemeine Literaturzeitung», núm. 122, de mayo 1921, reimpresso en *Anhang zur Rechtsphilosophie*, edición citada (nota 121), t. 7, págs. 521 ss.

(136) *Ibidem*, pág. 522.

Con ello corresponde a Marx el mérito de haber planteado con toda claridad y radicalidad el llamado “*problema del historicismo*” (137), o sea, de haber desenmascarado la falta de criterios y de crítica del comportamiento social y de su orientación jurídica, como forzoso resultado de un pensamiento que renuncia a la normatividad de una razón práctica, de modo que lo simplemente positivo debe valer indiscriminadamente como racional. El escepticismo hacia la razón tenía que llevar a esta resurrección de construcciones del pasado como criterios ordenadores, sin preguntarse por su sentido y su relación con el presente. Esta ausencia de criterios induce forzosamente al reconocimiento acrítico del derecho existente por parte de la teoría jurídica. Tal teoría del derecho actúa ideológicamente, en la medida en que suministra a cualquier sistema político dado la legitimación normativa deseada; tiene que asumir funciones conservadoras del sistema, al ser instrumentalizable por toda autoridad estatal creadora de derecho positivo.

La crítica de Marx y Hegel a los fundamentos filosóficos de la Escuela histórica ha pasado largo tiempo inadvertido. A la vista de la gran tarea político-científica del siglo XIX: la renovación como *ciencias* (138) de las disciplinas filosófico-históricas no cabe atribuirle una importancia desorbitada. Pero por el contrario no cabe considerarla superada. El programa de Savigny de asegurar a la jurisprudencia una autonomía científica y una actitud apolítica, mediante la reducción de la historia del derecho a historia de la cultura jurídica, y mediante la limitación de los medios de conocimiento a los métodos hermenéuticos inmanentes (139), carecía de salida de respaldo filosófico (140), y era altamente problemático en sus consecuencias específicas. Esta situación en principio no ha cambiado. Los déficits de fundamentación teórico-gnoscitiva y teórico-científica, y sus consecuencias de relativismo

(137) Cfr. ahora al respecto H. SCHNÄDELBACH, *Geschichtsphilosophie nach Hegel. Die Probleme des Historismus*, 1974; sobre la problemática teórico-jurídica, cfr. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre 19. Jahrhunderts*, 1958, págs. 36-44, donde por lo demás no se investiga el significado de la controversia Marx-Savigny.

(138) Consecuentemente, y de acuerdo con las intenciones científico-políticas de su tiempo, sustituye Savigny el término «Jurisprudencia» por el de «ciencia del derecho» —cfr. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1953 (2.^o), pág. 265.

(139) Cfr. al respecto A. OLLERO en este volumen, ACFS

(140) La no infrecuente tendencia de algunos juristas de celebrar como «filósofo» a Savigny, «que ha elaborado las categorías elementales del entendimiento del mundo» (cfr. H. COING en este volumen), debe ser acogida con escepticismo. No en vano es su déficit filosófico objeto de las más recientes investigaciones —cfr., por ejemplo, J. BLÜHDORN, «Kantianer» und Kant. *Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur «Wissenschaft» vom positiven Recht*, en «Kant-Studien», 1973 (64/3), págs. 367 ss.

axiológico, continúan irresueltos como problemas científicos-jurídicos de base. Se han visto sólo formalmente desplazados cuando el historicismo romántico se ha desarrollado en el positivismo jurídico científico (141) de las Pandectas y, finalmente, en el positivismo legalista del siglo xx. La actual discusión de base en Alemania nos instruye con detalle al respecto (142).

(141) Cfr. G. DILCHER, *Des rechtswissenschaftliche Positivismus*, op. cit. (nota 54).

(142) Cfr. el estudio de la actual discusión de base en Alemania de A. OLLERO, *Derecho y sociedad*, Madrid, 1973 (en alemán, *Rechtswissenschaft und Philosophie*, 1978; cfr. también las reflexiones de D. BÖHLER, que prolongan críticamente la perspectiva marxista —*Zu einer historisch dialektischen Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts. Probleme einer Rechts- und Sozialphilosophie nach Marx*, en *Probleme der marxistischen Rechtstheorie* (ed. por H. ROTTLEUTHNER), 1975, págs. 92 ss.