

SAVIGNY Y LA TEORIA DE LA CIENCIA JURIDICA

INTRODUCCION

Con el peligro inherente a las generalizaciones excesivas en el campo de las ciencias humanas, una caracterización de la situación científica del saber jurídico en nuestro tiempo permitiría afirmar que la Dogmática configura su fisonomía básica. Tres cuartos de siglo de «rebelión antiformalista» no han bastado para que el espíritu, los métodos y las concreciones de las ciencias jurídicas particulares permanezcan, en lo sustancial, ligadas a la perspectiva dogmática del Derecho. Si por Dogmática se entiende, en una acepción de máxima amplitud, «el resultado de la elaboración conceptual y sistemática de las normas jurídicas, logrado a través del desarrollo de procedimientos lógicos y abstractivos» (1), podrá verse con claridad el sentido de esta afirmación inicial. Al iniciar su estudio acerca de la estructura de las ciencias normativas, G. Kalinowski ha podido proponer como primer significado de *la* ciencia del Derecho, el de aquél saber que explicita y sistematiza el contenido de las normas jurídicas que constituyen un sistema jurídico en vigor en tal o cual momento, sobre un territorio dado o para una población determinada (2).

Tal caracterización está lejos de contar con una aceptación unánime en el campo de la epistemología jurídica, pero nos sirve al menos para introducirnos a la problemática actual de la ciencia jurídica y sus supuestos históricos.

Son características principales de la versión Dogmática de la ciencia del Derecho las siguientes: a) Una actitud de aceptación y respeto de las fuentes positivas como ámbito exclusivo de definición de toda posible experiencia jurídica. b) Consiguiente aceptación de un monismo legalista como teoría de las fuentes. c) Consideración del conocimiento jurídico

(1) PARESCHE, E.: *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milán, 1975, pág. 7.

(2) KALINOWSKI, G.: *Querelle de la science normative*, París, 1969, pág. 1.

en términos de pura actividad de conceptualización y sistematización lógica. d) Estructuración del saber jurídico como «técnica» o actividad «productiva» —en el sentido otorgado a estas expresiones por la filosofía clásica—, elaborada bajo el modelo epistemológico de las ciencias teóricas en el momento «científico-constructivo», y referida, en un segundo paso, al obrar como un problema externo y no constitutivo del propio saber —en el momento «técnico-aplicativo»—. De acuerdo a esto último, la ciencia del Derecho se configurará como saber productivo o «poiético», lo cual, bajo la primacía del moderno concepto de ciencia, resulta claramente compatible con el formalismo metódico que actúa como inspiración profunda (3).

Aun cuando la generalización prácticamente universal del modelo esbozado haya hecho olvidar los supuestos de orden doctrinal e histórico en que el mismo se funda, éstos operan de manera decisiva y constante. Toda teoría jurídica general es solidaria con un determinado concepto del Derecho, presente siempre como dato implícito aunque no siempre evidente. Esta relación entre la teoría y su presupuesto filosófico último es siempre problemática. En definitiva, ello no es otra cosa que la expresión del problema aún más vasto de las relaciones del pensar con la realidad. Es por ello que si con la primacía del Positivismo dentro del panorama científico europeo el concepto de *derecho* queda reducido al de *ley* —ya sea ésta vista como «norma», «ordenamiento» o «estructura»— la tarea de la ciencia quedará entonces necesariamente reducida a la labor de conceptualización y sistematización lógico-formal de dichas normas o estructuras. Sobre todo, porque paralelamente acontece la consolidación en el campo jurídico del moderno concepto de ciencia, centrado ya no tanto en «la consideración de lo necesario y lo eterno» —Aristóteles, *Et. Nic.*, VI, 3— o en la posesión de un «conocimiento cierto y por las causas» de lo real, sino en los modos y procedimientos del saber; en las reglas y métodos de su constitución.

Importa destacar entonces que la Dogmática —proyección en el campo del Derecho de este nuevo ideal científico— es un «concepto histórico»

(3) Sobre los alcances de esta cuestión, cfr. nuestro *Dimensiones prácticas del saber jurídico*, Comunicación al Congreso Internacional de Filosofía organizado por el Centro Int. de studi e di relazioni culturali y la Fundación Balmesiana de Barcelona, Génova, 8 al 15 de septiembre de 1976. En el campo de la ciencia política se ha ocupado del tema especialmente HENNIS, W.: *Politik und praktische Philosophie*, Neuwied am Rhein y Berlín, 1963, y HABERMAS, J.: *Theorie und Praxis*, Frankfurt, 1971.

en el preciso sentido en que González Vicen ha utilizado la expresión (4). Es decir, en cuanto guarda una vinculación esencial con una determinada estructura histórica, respecto a la cual tiene sentido y contenido preciso. «Los "conceptos históricos" no son formas con las que "desde fuera" nos acerquemos a la realidad histórica para su comprensión, sino estructuras extraídas de esta misma realidad; sistematización y ordenación desde un punto de vista relevante de tendencias, tensiones, corrientes ideológicas, relaciones de sentido, valoraciones; en suma, todo un mundo de significaciones que se da como singularidad concreta en un momento determinado del tiempo histórico. Se trata de una articulación teórica de constelaciones históricas reales, pero de una articulación que no elimina lo individual, sino que, al contrario, lo integra como parte constitutiva de una estructura abstracta» (5). En el caso que nos ocupa, es evidente que la expresión «Dogmática» no expresa un contenido universalmente válido, susceptible de ser buscado y hallado a lo largo del curso histórico del pensamiento jurídico. No podría por tanto hablarse de «Dogmática» romana, por ejemplo, sin caer en equívocos y confusiones de difícil solución (6). La «Dogmática», como forma de configuración del quehacer científico-jurídico, se refiere de manera concreta al resultado de un determinado proceso histórico en el orden de las ideas, cuyas coordenadas de orden científico, cultural y político deben ser determinadas con

(4) Sobre todo en su fundamental *La filosofía del derecho como concepto histórico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (AFD), 1969, IV, págs. 15 y sigs. Sobre problemas metodológicos implicados en la noción de «concepto histórico» cfr. en el terreno de la Sociología, WEBER, M.: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ed. Legaz, Barcelona, 1969 —en sus consideraciones metodológicas iniciales—, y en el de la historia, TROELTSCH, E.: *El protestantismo y el mundo moderno*, México, 1967, págs. 9 y 31.

(5) GONZÁLEZ VICEN, F.: *La filosofía del Derecho...*, cit., pág. 16.

(6) La polémica sobre el tema alcanzó especial relieve en la romanística de hace algunas décadas. Por su importancia para la teoría de la ciencia jurídica, debería replantearse, y en tal sentido son imprescindibles los trabajos de DE FRANCISCI, P.: *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, en «Riv. Int. de Fil. del Diritto» (RIFD), 1923, IV, págs. 373 y sigs.; PAGANO, A.: *I criteri differenziali della filosofia del diritto e della dogmatica giuridica*, en RIFD, 1926, IV, páginas 535 y sigs.; BETTI, E.: *Diritto romano e dogmatica odierna*, en «Archivio Giuridico», vol. XCIX y C, 1928; LEVI, A.: *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto*, en RIFD, 1930, II, págs. 261 y sigs.; BRANCA, G.: *Considerazioni sulla dogmatica romanistica in rapporto a la dogmatica moderna*, en «Riv. Int. per la Scienza Giuridica», 1950, vol. IV, fasc. 1-4, págs. 131 y sigs. En general, ORESTANO, R.: *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 2.^a ed., 1963.

precisión, por cuanto proporcionan, a su vez, el sentido filosófico último en que aquélla se apoya.

La pretensión del jurista dogmático de elaborar un saber acerca de las normas que trascienda las determinaciones socio-políticas y los condicionamientos ideológicos, es tributaria, a su vez, de limitaciones del mismo tipo, históricamente determinadas y verificables. Lo que en un sentido general denominamos «concepción dogmática» de la ciencia del Derecho, es el resultado de un modelo científico que reconoce sus antecedentes más remotos en la situación del saber jurídico a fines de la Edad Media, y en los diversos avatares del mismo hasta la configuración definitiva de su fisonomía actual, hacia mediados del siglo XIX. Para entonces, se habrán consumado ciertos sub-procesos de importancia. En primer lugar, la primacía definitiva del concepto moderno de ciencia. En segundo lugar, la escisión definitiva entre teoría y praxis, con la afirmación del saber jurídico como saber teórico, o eventualmente técnico —en estricta consecuencia con la adopción del modelo de las ciencias naturales y exactas. En tercer lugar, la identificación sucesiva del derecho con la *ley* y luego con el *concepto* científico y su inserción en el cuadro sistemático de una teoría. Por último, la primacía de la lógica formal y del esquema inducción-deducción —convertido en técnica de determinación del sentido de las normas—, con abandono definitivo de la lógica de problemas que, bajo formas diversas, caracterizó al pensamiento jurídico hasta bien entrada la Modernidad.

Para entender la Dogmática como «concepto histórico» es necesario situarla en el contexto de la ruptura con la tradición del iusnaturalismo clásico, entendido como metafísica de lo social, con su método propio —la dialéctica— y, en el plano epistemológico, con su inserción en el cuerpo de los saberes prácticos. Este último elemento es, ciertamente, la herencia teórica más importante del pensamiento jurídico europeo, abandonada ya incipientemente en los albores del iusnaturalismo racionalista y olvidada por los productos típicamente dogmáticos de la segunda mitad del siglo XIX. La Dogmática es, en este sentido amplio que venimos considerando, el resultado o manifestación definitiva en el plano científico-jurídico del proceso que va desde el idealismo hacia el formalismo y de allí al positivismo. Tal es el contexto histórico concreto que resulta indispensable considerar para entender su cosmovisión jurídica subyacente. Hacia los momentos finales de la Ilustración, en la conciencia europea el Derecho se ha convertido definitivamente en un *ente* histórico, dotado de una razón inmanente, fruto de la voluntad humana y no expresión de un orden natural trascendente.

Como tal, la Dogmática es un producto tardío de la Ilustración, a la vez que una instancia precursora del positivismo en sentido estricto del cual se nutrirá, como es sabido, posteriormente. La concepción dogmática, es tributaria del espíritu ilustrado en lo que éste tiene de designio de planificación universal, pero se le opone en su afirmación del Derecho que *es*, frente al que *debe ser* según la Razón. En su nacimiento, la Dogmática es la respuesta de la mentalidad conservadora de la Restauración en Francia, de la Europa posterior a las guerras napoleónicas o del nacionalismo alemán que busca afirmar su personalidad propia frente a la expansión de las ideas Iluministas en su versión democrático-revolucionaria. El nacimiento de la conciencia histórica y de la mentalidad romántica, en pleno Siglo de las Luces, sirve de fermento a ideas que, abrigadas por el esfuerzo ingente de la construcción dogmática, continúan operando aún hasta nuestros días, una vez desaparecidos los supuestos históricos, políticos y culturales que les sirvieron de origen y ocasión.

La afirmación de que el Derecho es, ante todo, Historia, abre el camino hacia la positivación radical del concepto. El nuevo universo intelectual queda vigorosamente definido por Hegel en su *Filosofía del Derecho*: «Comprender lo que es, es el cometido de la Filosofía, porque lo que es es la razón; y justamente porque la Filosofía es la intelección de lo racional, justamente es, por ello, también, la aprehensión de lo actual y real, no la formulación de un más allá, situado Dios sabe dónde». La Historia es la exposición del proceso divino y absoluto del espíritu, en sus formas supremas; la exposición de la serie de fases a través de las cuales el espíritu alcanza su verdad, la conciencia de sí mismo, «las formas de estas fases son los *espíritus de los pueblos históricos*, las determinaciones de su vida moral, de su constitución, de su arte, de su religión y de su ciencia. Realizar estas fases es la infinita aspiración del espíritu universal, su irresistible impulso, pues esta articulación, así como su realización es su concepto» ... «Los principios de los espíritus de los pueblos, en una serie necesaria de fases, son los momentos del espíritu universal único que, mediante ellos, se eleva en la historia (y así se integra) a una *totalidad* que se comprende a sí misma» (7). En estas palabras de Hegel quedan esbozados los lazos íntimos que unen al historicismo y su concepto del *Volksgeist*, entendido como totalidad que se consuma a través del proceso histórico. En la Historia —escribirá Ranke en un conocido

(7) *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Ed. Gaos, Madrid, 1974, pág. 76. El subrayado es nuestro.

texto de 1820— vive, habita, puede reconocerse a Dios. Cada hecho es testimonio de El, cada momento predica su nombre». El Derecho, como manifestación del espíritu popular, es Historia. Como dato del presente es, ante todo la revelación del Todo, la presencia de lo Absoluto.

Hacia comienzos del siglo XIX, el legado de la Ilustración a la nueva conciencia histórica es doble: en primer lugar, la idea de que la Historia es el escenario de la objetivación de toda posible realidad espiritual. Lengua, religión, historia, cultura son, por ello, manifestaciones siempre *concretas* del Espíritu en su devenir, que se manifiestan y cobran sentido sólo por referencia a dicho contexto; en segundo lugar, la idea consecuyente de que «la reflexión del espíritu sobre sus propias objetivaciones no puede, por ello, adoptar la forma del «discurso abstracto» trazada por el racionalismo, sino que tiene que partir de la concreción de su objeto, y ser por eso también, pensamiento concreto, «aprehensión de lo real» (8). Frente al apriorismo del iusnaturalismo racionalista, la nueva conciencia histórica considera al derecho como una manifestación concretamente condicionada por la historia, como *dato* verificable siempre en la existencia temporal. Como manifestación de la Totalidad en movimiento, el Derecho es diverso y variable; no reconoce soporte alguno más allá del devenir. Son las fuerzas de la historia, el espíritu de los pueblos, los que forjan en su seno las estructuras siempre positivas del Derecho. No hay más derecho que el positivo, y sólo puede aspirar a constituirse como tal la concreta manifestación de voluntad del Estado. La ciencia del Derecho es, por consiguiente, reflexión sobre dicha voluntad, como intento de comprensión de la misma, dentro y a partir de la Historia.

Lo dicho permite percibir con claridad el nexo que vincula a la Ilustración con el historicismo prerromántico o romántico. Lejos de existir períodos sucesivos, es posible afirmar más bien la presencia de dos aspectos correlativos de una misma época, de un mismo espacio cultural e intelectual que evoluciona hacia una cada vez mayor acentuación del papel de lo histórico en la vida humana. No siempre ha sido posible apreciar esta línea de continuidad. Pero es precisamente en el campo de los estudios jurídicos donde la misma se revela con mayor nitidez, sobre todo a la luz de una consideración dotada de sentido histórico. La consideración de este período bajo la óptica de los intereses o las perspectivas del presente suele contribuir a esa visión deformada de la realidad. «Son las preocupaciones dominantes en el presente las que sugieren al historiador las opciones de su investigación» —observa agudamente Gusdorf, agre-

(8) GONZÁLEZ VICEN, F.: *La filosofía...*, cit., pág. 35.

gando—: «Entre las configuraciones posibles del siglo XVIII, la historia elegirá aquéllas que le parecen en armonía con su propia visión del porvenir de la Humanidad. Cada iglesia se interesa por los santos a que obedece. Toda historiografía es retrospectiva; parece ir desde el pasado hacia el presente, pero, en realidad, se escribe desde el presente hacia el pasado».

De allí que la visión crítica del Positivismo deba necesariamente comenzar por una conciencia de sus orígenes intelectuales. Una opinión difundida y apoyada por voces de acreditada solvencia sostiene —y no sin argumentos de peso a su favor— que en la obra de F. von Savigny nace la ciencia del Derecho moderna, tal como hoy la conocemos y cultivamos. Formulada, en términos tan radicales, la tesis es difícil de aceptar. La Escuela Histórica y su figura máxima no son sino el momento de una primera síntesis sistematizadora de una evolución secular de las ideas, en las que cada uno de los elementos que porta consigo la nueva concepción se encuentra ya —prefigurado y a veces acabadamente desarrollado— en los momentos fundamentales de la historia de la ciencia jurídica moderna, desde el instante en que la misma nace, según la acertada indicación de Wieacker, con la creación de un *Studium* jurídico en Lombardía y en Francia, y la difusión de ese sistema por Europa, paralelamente al proceso de recepción del Derecho romano y a la irrupción de la ciencia moderna en el que-hacer de los juristas (9).

Aún así, es evidente que la Escuela Histórica marca un punto de maduración casi definitiva en dicho proceso evolutivo. Su *concepción del Derecho* como dato histórico se afirma paralelamente a la sistematización del *método* de la ciencia jurídica, según los supuestos de la especulación iusnaturalista inmediatamente anterior, y, por otra parte, con ciertos componentes de índole *política* que, por sobre las variaciones ulteriores, acompañan a la ciencia del Derecho hasta el día de hoy. Estas razones justifican, pues, sobradamente nuestro empeño de análisis de la concepción de la ciencia del derecho presente en la Escuela Histórica, y muy particularmente, en la obra de Savigny. El tránsito del iusnaturalismo racionalista al positivismo jurídico —operado a través del historicismo, nacido, no lo olvidemos, en pleno Siglo de las Luces—, es el instante decisivo en la constitución de la ciencia del Derecho. Dicho instante sintetiza no sólo la evolución de las ideas jurídicas precedentes, sino también sus virtualidades, debilidades y aún las frustraciones de la posteridad. La

(9) WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, Madrid, 1957, pág. 7.

Escuela Histórica —indicaba en 1888 Stammler— es el suelo común, el punto donde coinciden la totalidad de las perspectivas actuales de la ciencia del Derecho (10). La crítica de la Dogmática comienza, pues, con la conciencia de tales supuestos de origen.

I

SAVIGNY Y LA CIENCIA JURÍDICA DE SU TIEMPO

La aparición del historicismo fue —como señala Meinecke en su obra fundamental sobre el tema—, una de las revoluciones espirituales más grandes acaecidas en el pensar de los pueblos de Occidente (11). Por sobre su ambigüedad, la expresión «historicismo ha servido para invocar realidades muy diversas, y procesos cuyas conexiones distan mucho de presentar la diafanidad con que aparecían hace unos cien años, cuando comienza a generalizarse la utilización del vocablo por parte de la historiografía europea relativa al período final del siglo XVIII. Tampoco falta, por cierto, una cierta carga peyorativa que se ha ido perdiendo con el avance de los estudios, sobre todo en este siglo. Para Meinecke, la médula del historicismo radica en la sustitución de una consideración generalizante de las fuerzas humanas en la historia, por otra consideración crecientemente individualizadora. El campo jurídico es especialmente ilustrativo a este respecto, por cuanto es allí donde con mayor fuerza llegó a afirmarse el espíritu de generalización abstracta contra el que reacciona el historicismo. El Derecho natural, entendido a la manera del racionalismo de la tradición protestante, sintetiza de manera acabada ese propósito de comprensión total de la naturaleza humana que, partiendo de una concepción apriorística y dogmática de la naturaleza humana, procura la explicitación de un sistema ético y jurídico basado en la deducción y en la proscripción metódica de todo ingrediente histórico-material.

Ahora bien, el reclamo de individualidad propio del historicismo, ¿implica de por sí una recusación automática del Derecho natural? La respuesta no es fácil. Desde una perspectiva histórica —tal vez la única verdaderamente fecunda para la cuestión que nos ocupa— nos inclinaríamos por la negativa. En el pensamiento centro-europeo de fines del siglo XVIII

(10) STAMMLER, R.: *Sobre el método de la Teoría Histórica del Derecho*, en *La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio*. Trad. de R. Atard. Madrid, 1908, págs. 212-213.

(11) MEINECKE, F.: *La génesis del historicismo*, México, 1943, pág. 11.

es claro que nociones claves para el historicismo naciente —tales como positividad, sistema o totalidad— tienen su raíz en el espacio intelectual del iusnaturalismo racionalista, y buena prueba de ello es, como veremos, la propuesta metodológica del «primer Savigny» (12). El «descubrimiento de la Historia» atribuido al Historicismo no puede sin embargo ser entendido como recusación del Derecho natural. Se trata más bien de una nueva forma de interpretación del valor «político» de la historia, en la que frente al potencial «revolucionario» contenido en el constructivismo iusnaturalista, la concepción naciente esgrime la posibilidad «conservadora» de una valoración de los datos singulares aportados por la tradición histórica de los pueblos, como punto de apoyo seguro e indiscutible para una reconstrucción del orden social resquebrajado por la Revolución. Y mucho más en el fondo, la negación del Derecho natural, no aparece en la nueva conciencia histórica como el fruto de comprobaciones experimentales, sino como expresión de una crítica de orden filosófico a toda pretensión de fundamentación del deber ser ético o jurídico en una posible racionalidad de lo trascendente. Con ello, los supuestos teológicos de la Reforma y el criticismo kantiano llegan a imponerse de forma definitiva en la teoría de la ciencia jurídica.

La ubicación de Savigny dentro de la compleja situación intelectual de su tiempo es aún tema de vivas discusiones. Sorprende y confunde, sobre todo, la coexistencia dentro de su pensamiento de un clasicismo sobrio y sistemático, junto con la pujanza de su actitud romántica hacia la historia y la política. La tesis de la filiación romántica, predominante hasta épocas muy recientes (13) no puede ya aceptarse sin severas matizaciones.

Ante todo, debe tenerse en cuenta el fenómeno señalado precedentemente: los temas esenciales del historicismo jurídico se encuentran ya en las diversas manifestaciones del pensamiento alemán inmediatamente anterior al romanticismo en sentido estricto. La valorización de lo histórico y del espíritu de los pueblos es un legado de la última Ilustración, y el nacimiento de la conciencia nacional germana, con su reclamo de la his-

(12) Para un mayor desarrollo, cfr. HURTADO BAUTISTA, M.: *Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny*, en «Anales de la Universidad de Murcia», 1958-1959, XVII; PÉREZ LUÑO, A.-E.: *Escuela Histórica y Derecho natural*, en «Verbo», núm. 128-129, 1974, págs. 991-1012.

(13) En España han sostenido recientemente esta posición HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, I, Madrid, 1971, págs. 89 y sigs.; URDANOZ, T.: *Historia de la Filosofía*, IV, Madrid, 1975, pág. 282, y ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado de Filosofía del Derecho*, II, Sevilla, 1977, págs. 29 y 563.

toria patria como fuente definitiva de las instituciones, es una inquietud adelantada ya por los movimientos estéticos, literarios y filosóficos de la misma época. Debe señalarse asimismo, la diferencia existente entre el Historicismo en un sentido amplio y la Escuela Histórica en particular. Si el primero reconoce antecedentes bastante anteriores a la segunda, entre los que se suele destacar el aporte de Vico o Montesquieu; la Escuela Histórica tiene su origen preciso en los escritos programáticos de Savigny de 1814 y 1815 o, a lo más, en la obra precursora de Hugo. En lo que al propio Savigny se refiere, incluso cabe advertir su entronque con la filosofía de la historia y del espíritu nacional que brota de la renovación cultural alemana —Lessing, Herder, Goethe, «Sturm und Drang»— que se consuma en el clasicismo de Weimar. A este círculo cultural pertenecen —como lo ha señalado Wieacker— su concepto de la naturaleza y de la cultura. Savigny —continúa este autor— «pertenece a los pensadores idealizantes de la época y no a los individualistas. Este clasicismo exageró la irrupción del preclasicismo y del «Sturm und Drang», que había destruido el ingenuo normativismo de la Ilustración por medio de su arcaizante sentimiento de las formas y su tendencia pedagógica hacia una configuración intemporalmente valedera del hombre, es decir por medio de un nuevo *Humanismo*» (14). Este clasicismo, presente en las más diversas expresiones de la cultura de la época, desde Gluck hasta Mozart, desde Goethe hasta Schiller, y sobre todo en la obra de G. Humboldt, actualiza los ideales de la antigüedad, en el marco de un neohumanismo renovador. El caso del Derecho romano, revela, en el campo jurídico, el acento afirmativo de este clasicismo, que en Savigny irá acompañado de un rechazo de las tesis revolucionarias e ilustradas. El Derecho común recupera su actualidad y su sitio de privilegio en el interés científico (15).

La Escuela Histórica no es, pues, el fruto directo del romanticismo en

(14) WIEACKER, F.: *Op. cit.*, pág. 333.

(15) Para WIEACKER, ésta nueva humanidad clásica vuelve a encontrar su lejano modelo, desde el descubrimiento de Winckelmann, en la imagen humana de la antigüedad clásica que ha iluminado a toda imagen europea de la personalidad desde la Edad Moderna. Un nuevo humanismo será el medio de expresión de esta renovación espiritual, dentro de la cual se inserta el redescubrimiento del Derecho Romano y su prestigio científico. Es precisamente el momento fundacional de las modernas ciencias políticas, en la Göttinga de Pütter. Dentro de este contexto, la rama más antigua y activa de la Escuela Histórica significará un retorno tardío a la jurisprudencia humanística en suelo alemán, de allí que sus obras principales no sean, en rigor, investigaciones propiamente históricas, sino reconstrucciones dogmáticas, basadas en el *ethos* del método y el logro de la verdad científica. *Op. cit.*, págs. 534-536.

el campo jurídico. Esta asimilación, muchas veces intentada, reposa en el hecho del indiscutible contacto existente en la época entre representantes eminentes de ambos movimientos. La relación personal de Savigny con Creuzer o con los hermanos Grimm es uno de los casos más ilustrativos en este sentido. En sus importantes estudios sobre este tema, Wieacker propone distinguir dos «romanticismos», consecutivos en el tiempo aunque muy diversos en su contenido. Un primer romanticismo —romanticismo «antiguo» o de Jena— se manifiesta entre 1792 y 1800 aproximadamente y son figuras predominantes del mismo Schlegel y Novalis. Su tema fundamental es tal vez el descubrimiento de la importancia de lo espontáneo y colectivo en la historia y, en general, la concepción historicista del mundo y del devenir. Un segundo romanticismo —romanticismo «joven» o de Heidelberg— aparece hacia 1800 y se centra sobre todo en la afirmación nacionalista alemana, valorizando el pasado del medioevo frente a las propuestas del Iluminismo revolucionario (16).

Entre 1789 y 1800, el romanticismo alemán cobrará su signo político definitivo, con el desplazamiento de su espíritu revolucionario inicial —presente sobre todo en la admiración encendida de Fichte, Schelling, Hegel o Hölderlin por la Revolución Francesa. La invasión napoleónica y el aplastamiento de Prusia ocasionarán un cambio total en esta actitud inicial, del cual es una excepción notable Hegel, y que llevará hacia posiciones de conservadoras y hasta cierto punto «tradicionalistas» en el orden intelectual y religioso, con reflejos decididamente contrarrevolucionarios en la postura frente a los problemas políticos del momento (17).

(16) WIEACKER, F.: Op. cit., págs. 337-339. Para A. DUFOUR, la Escuela Histórica no aparece como un ámbito de pensamiento monolítico, sino más bien como la conjunción entre un *neo-humanismo jurídico romanista y europeo*, en la línea de la Escuela histórica francesa del siglo XVI y de un *romanticismo jurídico germanista y nacional-democrático* en el sentido del despertar de la conciencia nacional y cultural alemana frente a la hegemonía napoleónica. Sobre esta síntesis operarían como influencias directas el movimiento de estudios históricos de la Escuela de Gotinga —sobre todo con Pütter y Möser—, la orientación empirista de Thomasius y sus discípulos, el humanismo jurídico de la *Elegante Jurisprudenz* y, en general, las diversas corrientes románticas. Cfr. su *Droit et Langage dans l'École Historique du Droit*, en «Arch. de Philosophie du Droit» (APD), 1974, XIX, página 155.

(17) Para un cuadro general del romanticismo europeo en lo que a nuestro tema interesa, cfr. RIGOBELLO, A.: *Dal Romanticismo al positivismo*, Milán, 1974; LAINI, G.: *Il romanticismo europeo*. Florencia, 1959; BENZ, E.: *Les sources mystiques de la philosophie romantique allemande*, París, 1968; PEYRE, H.: *Qué es verdaderamente el Romanticismo*, Madrid, 1972; especialmente importante es la obra de ABRAMS, M. H.: *El espejo y la lámpara. Teoría romántica y tradición crí-*

La afinidad de Savigny con algunas de las figuras más representativas del círculo romántico de Heidelberg no podía menos que sugerir temas esenciales, presentes sobre todo en sus escritos programáticos. La reivindicación del carácter creador de lo tradicional, la valorización del carácter nacional, de las instituciones y tradiciones populares y la consideración del Derecho como creación espontánea del espíritu del Pueblo son algunos de los elementos que sintetizan este cuadro de influencias, realizadas por el matiz universal y cosmopolita propio del clasicismo weimariano. La correspondencia del joven Savigny abunda en testimonios acerca esta síntesis de espíritu y pensamiento, precozmente madura, que se continuará como una línea permanente a lo largo de toda su obra posterior.

En el contexto de este espíritu de la época, Savigny no pudo ser ajeno tampoco a las tendencias intelectuales dominantes. Un ejemplo de esto es la importancia atribuida en sus primeros trabajos a la cuestión metodológica (18). Esta preocupación es común a figuras como Boeckh en el campo de los estudios filológicos, Droysen en la historia y Bopp, Jakob Grimm o Humboldt en el estudio del lenguaje, coincidentes todos en la importancia del factor histórico en la gestación y configuración de los diversos productos culturales. La cultura es para ellos manifestación concreta de una racionalidad inherente al devenir histórico, y de ahí su invocación de unos modelos de humanidad y de cultura ideal prefigurados en la tradición clásica. Tanto en el campo de la historia, como en el de la lingüística o el derecho, las preocupaciones científicas se expanden por la doble vía de lo *histórico* y lo *sistemático*. Sometida, en cuanto hecho, al devenir de lo histórico, la cultura —y el derecho en particular— aspira a la síntesis armoniosa y trascendente del sistema. El esfuerzo metodológico llevado a cabo en el campo de la hermenéutica general por una figura anterior como Schleiermacher es una de las influencias más importantes y decisivas en esta actitud científica (19).

tica, Barcelona, 1975; JOACHIMI, M.: *Die Weltanschauung der deutschen Romantik*, Jena, 1907; KLUCKHON, P.: *Die deutsche Romantik*, Bielefeld, 1924. Una acertada esquematización del clima cultural alemán de la época ha sido lograda por MARINI, G.: *Savigny e il metodo nella scienza giuridica*, Milán, 1966, págs. 3-44, y *Jakob Grimm. Gli storici*, Nápoles, 1972. Cfr. asimismo el valioso comentario a esta última obra en DUFOUR, A.: *Une philosophie romantique du Droit et de l'Histoire*, en APD, 1974, XIX, págs. 425 y sigs.

(18) *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, Ed. G. Wesenberg, Stuttgart, 1951. Edición tardía, de fundamental importancia para una revisión de la biografía anterior sobre este período que venimos considerando. Cfr. su estudio en MARINI, G.: *Savigny... cit.*

(19) La importancia de Schleiermacher como sistematizador de la hermenéutica

La teoría del *Volksgeist* es otro de los puntos reveladores de esta sensibilidad de Savigny hacia las preocupaciones de sus contemporáneos. En su pensamiento, la idea responde menos a influencias filosóficas de la metafísica de Hegel o Schelling que a la presencia de los elementos culturales y literarios heredados del «Sturm und Drang», de Herder o de los primeros tiempos de Goethe. Su noción de la fuerza cósmico-genética que subyace a las creaciones culturales cobra así un sentido interpretativo, operativo, a veces retórico. En este sentido, destaca el sentido muy diferente que cobrará el tema en la sistematización de Puchta, donde el *Volksgeist* desempeña el papel de una categoría lógica fundamental.

II

EL PROBLEMA DEL MÉTODO EN EL «PRIMER SAVIGNY» (1802)

La reflexión acerca del método está presente en Savigny desde sus primeras obras. Entre 1802 y 1803, explica en Marburgo los fundamentos del método jurídico, desarrollando seguramente conclusiones generales obtenidas en el curso de los trabajos que culminaron en sus *Das Recht des Besitzes* (1803). Es esta la etapa que denominamos del «primer Savigny», orientada por preocupaciones sistemáticas en las que es manifiesta una influencia kantiana destinada luego a irse encubriendo bajo la cobertura del historicismo (20).

La obra dedicada a la posesión es un modelo de tratamiento sistemático, en el que la construcción científica parte de una rigurosa delimitación y depuración de las fuentes romanas y se afirma a través de la confrontación crítica con otras elaboraciones doctrinales. A diferencia de la tradición del iusnaturalismo racionalista, en Savigny prima lo inductivo sobre lo deductivo, aunque la actitud constructivista sea en definitiva similar. El *animus possidendi* opera como concepto básico dotado de una trascendencia explicativa universal. Lo que enriquece notablemente a la tarea sistematizante de raíz iusnaturalista hasta el punto de configurar una nueva etapa en el pensamiento metodológico es precisamente el concurso de la investigación histórica y filológica. Ya en este encuentro con el Savigny juvenil asistimos a la muerte y transfiguración del Derecho na-

teológica protestante y fundador de una teoría hermenéutica general ha sido destacada recientemente por el excelente PLACHY, A.: *La teoría della Interpretazione*, Milán, 1974, cap. II.

(20) En contra, MARINI, *op. cit.*, págs. 41 y sigs.

tural racionalista. Quebrada su ética material y su intento de normativización apriorística total, pervive sin embargo su espíritu sistemático y su método constructivista. De un nuevo modo, la conciencia histórica es a la vez sistemática, y se esboza aquí claramente el nexo que llevará a la unión del constructivismo racionalista con el positivismo nacido de la inmanentización e historificación absoluta del objeto. La *Juristische Methodenlehre*, expuesta por Savigny en Marburgo y recogida de los apuntes de los hermanos Grimm implica la sistematización del «primer Savigny». Allí puede apreciarse ya la distinción fundamental en el método de investigación jurídica entre «parte filológica», «parte histórica» y parte sistemática» (21). Junto al abandono explícito de la perspectiva iusnaturalista, se afirma ya la importancia del sistema conceptual como diseño fundamental de la tarea del jurista. Este «primer Savigny» está aún lejos del historicismo casi radical de sus escritos programáticos, y profesa un legalismo estatalista radical: el derecho es para el joven Savigny el conjunto de reglas que derivan de la función legislativa del Estado (22). La legislación es la regla de la razón positivizada por el Estado de Razón. La concepción iluminista del Estado continúa operando, como se ve, en esta primera sistematización metodológica. Por ser racional, la ley no admite lagunas o problemas desasistidos de su atención. Hay ya una presencia incipiente de la idea de la continuidad y organicidad de la realidad histórica, en función de la cual se hace posible la afirmación del empeño sistemático en el plano técnico y científico, y la repulsa a la revolución entendida como quiebra de una continuidad espontánea que explica y justifica al Estado y a su expresión voluntaria en el plano de la legislación. Giuliano Marini ha notado con acierto que para el Savigny de la *Juristische Methodenlehre* Estado y Derecho no son manifestaciones paralelas del espíritu popular —como aparecerán en sus obras posteriores. En este primer sistema de pensamiento, el Estado es la causa del Derecho, y queda luego fuera del área la acción de la ciencia del Derecho: Su *forma mentis* es esencialmente *privatística*.

Las lecciones de Marburgo contienen ya, como hemos dicho, la afirmación de la historicidad del dato jurídico y su consecuente reflejo en la propia estructura de la ciencia. En esto es también clara la recusación del pensamiento iusnaturalista. La ley, aunque creación del legislador, no queda, sin embargo, determinada por su arbitrio absoluto, por cuanto las

(21) *Juristische Methodenlehre*, cit., págs. 18-31, y MARINI, G.: *Op. cit.*, página 50.

(22) MARINI, G.: *Op. cit.*, págs. 69-72.

condiciones históricas confluyen en el acto legislativo. El conocimiento y la ciencia del Derecho son, pues, conocimiento y ciencia de la historia. Con todo, sigue siendo posible una consideración filosófica del Derecho, por cuanto el propósito científico elude por igual los extremos de la historiografía tradicional —destinada, a juicio de Savigny, a la fría y mecánica recopilación de datos del pasado sin ulteriores avances interpretativos— y del apriorismo iusnaturalista. Esta acentuación simultánea de lo histórico y de lo sistemático prefiguran ya la distinción entre «elemento político» y «elemento técnico» que aparece plenamente articulada en *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) o, más claramente, la dicotomía establecida entre «lo vario simultáneo» y «lo vario sucesivo», presente en su escrito polémico contra Gönner de 1815.

En cuanto al tema del Derecho natural, el «primer Savigny» nos muestra una sutil pero importante evolución interna. En un principio parecería revelar su adhesión a la idea de una necesaria integración del Derecho natural con el Derecho positivo, reconociendo por tanto la necesidad de un estudio científico del primero (23). Sin embargo, en sus indagaciones posteriores parece ir avanzando en una tarea de aislamiento paulatino del Derecho natural, y con ello decrece por tanto la consideración de su importancia sistemática y científica. Las lecciones de Marburgo son, de todas formas, bastante claras en su negación del valor operativo de esta noción, aunque sin llegar a una negación esencial de la realidad en sí del Derecho natural. Para Savigny el Derecho positivo aparece como una esfera autónoma y autosuficiente, definida y arraigada en la historia. De allí, tal vez, la relevancia otorgada al método sistemático. La elaboración histórica de los conceptos es, en última instancia, una actividad de encuadramiento sistemático, y de este sistematismo histórico de nuevo cuño —opuesto en muchos sentidos al sistematismo racional típico de la tradición iusnaturalista moderna— es muestra acabada el escrito sobre la posesión. Historicidad y sistematicidad se suponen y complementan mutuamente, ya que la historia es fuente de todo posible conocimiento en el terreno de la cultura y del Derecho, en tanto que el sistema es, a su vez, condición de posibilidad de la ciencia y de su finalidad específica: el logro de la «unidad ideal» en la que se resume el devenir y se profundiza todo posible significado de la experiencia histórica.

(23) *Carta a von Neuwirth*, cit. por MARINI, G.: *Op. cit.*, pág. 118.

III

POLÍTICA Y TÉCNICA EN LOS ESCRITOS PROGRAMÁTICOS (1814-1815)

Contemporáneamente a la aparición de su primera gran obra histórica —*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*— Savigny da a la luz los dos textos fundacionales de la Escuela Histórica, iniciando así una segunda etapa de su pensamiento que quedará clausurada en su madurez con la publicación, a partir de 1840, de su *Sistema del Derecho romano actual*. Rasgo principal de este segundo momento de la evolución del padre de la Dogmática es la afirmación decidida de los elementos historicistas, apuntalada por elementos filosófico-políticos y por una conciencia de la misión trascendental de la ciencia y la técnica en la vida del Derecho.

Sobre la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho es —como bien ha señalado Wieacker, a la vez que una de las más hermosas aportaciones al tesoro literario del idioma alemán, una de las obras de política nacionalista más importantes de la literatura jurídica germana (24). El alegato contra Thibaut está presidido por una clara intención política de fondo. Para Savigny la propuesta de una codificación general para Alemania debe ser juzgada en relación a una doble conexión histórica. Por un lado con la idea del progreso invocada por el Iluminismo. «En esa época —escribe— se hizo sentir en toda Europa un afán completamente ciego por la organización. Se había perdido el sentimiento y el amor por la grandeza y la peculiaridad de otras épocas, así como por la evolución natural de los pueblos y de las constituciones, en suma, por todo lo que la historia produce de provechoso y fecundo, y en su lugar había aparecido una confianza ilimitada en la época actual, a la que se creía destinada nada menos que a la manifestación efectiva de una perfección absoluta» ... «También se hizo sentir en el Derecho civil. Se exigieron nuevos Códigos que, en virtud de su integridad, debían conferir una seguridad mecánica a la administración de justicia, porque el Juez, relevado en todo de su propio discernimiento, se limitaría simplemente a la aplicación literal de los textos; al mismo tiempo, los nuevos códigos deberían abstenerse de toda peculiaridad histórica y, en virtud de su propia abstracción, ser igualmente utilizables por todos los pueblos y todos los tiempos» (25). La descripción, por momentos irónica,

(24) WIEACKER, F.: *Op. cit.*, pág. 351.

(25) *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, en THIBAUT-SAVIGNY: *La Codificación*, Madrid, 1970, págs. 51-52.

de Savigny destaca frente a este primer elemento de la planificación iluminista, un segundo dato histórico: el legalismo. «Según el mismo, en circunstancias normales, todo Derecho positivo nace de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo. La ciencia del Derecho tiene por objeto exclusivo el contenido de las leyes. Según esto la misma legislación, así como la ciencia del Derecho, tiene un contenido completamente contingente y cambiante, y es muy posible que el Derecho de mañana no se parezca en nada al de hoy» ... «Este punto de vista es mucho más antiguo que el expuesto anteriormente, y ambos han chocado en muchos puntos, pero con frecuencia se han avenido. Como elemento mediador ha servido a menudo el convencimiento de que hay un Derecho natural o racional práctico, una legislación ideal válida para todos los tiempos y para todos los casos, que no tenemos más que descubrir, a fin de completar para siempre el Derecho positivo» (26).

Las palabras transcritas precedentemente bastan para mostrarnos algunos componentes esenciales del «segundo Savigny». Es clara, en primer lugar, su posición contraria a la Ilustración, obediente, como veremos a continuación, a una concepción global de la vida jurídica y política contrarrevolucionaria y contraria al racionalismo. Es igualmente evidente su rechazo del legalismo profesado en las lecciones de metodología de Marburgo. El Derecho es, en esencia, *Derecho positivo*, pero en ningún caso eso quiere decir que éste sea a su vez *Derecho estatal*. Consecuentemente, si la naturaleza del Derecho positivo trasciende los marcos de la mera actividad legislativa, el quehacer científico correspondiente tiene cometidos bien diversos de la pura exégesis de los preceptos legales. Finalmente, vemos reafirmado con trazos vigorosos su concepción anti-naturalista (27).

(26) *De la vocación...*, cit., pág. 53.

(27) En el *Prólogo* a la Segunda Edición precisará que su referencia contraria al Derecho natural atañe especialmente a la sistematización de Wolff y sus discípulos. *De la vocación...*, cit., pág. 228. En otro pasaje de la obra expresa: «El sentido histórico es también la única protección contra una especie de ilusión que siempre se repite en hombres singulares, así como en pueblos enteros y épocas enteras, y que consiste en considerar como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros. Así se hizo en otro tiempo, un Derecho natural derivado de las instituciones, omitiendo algunas peculiaridades destacadas, y se le consideró como el veredicto inmediato de la razón; ahora no hay nadie que no sienta compasión por este procedimiento, pero todavía vemos a diario a personas que consideran como racionales puros sus conceptos jurídicos y sus opiniones jurídicas, simplemente porque no conocen su procedencia. Mientras no tengamos conciencia de nuestra conexión individual con el gran todo del mundo y su historia, tenemos nece-

La Codificación es, para Savigny, la concreción de esa síntesis entre planificación Iluminista y omnipotencia legislativa posibilitada por el Derecho natural moderno (28). Junto a estos elementos de orden intelectual, advierte la presencia de la fuerza revolucionaria. «En el *Code* —escribe— han tenido mayor influencia los elementos políticos de la legislación que los elementos técnicos, debido a lo cual ha modificado más el Derecho existente que los Códigos alemanes» ... «La revolución había aniquilado, al mismo tiempo que la antigua constitución, una gran parte del Derecho civil, llevada en ambos casos más por un impulso ciego contra lo existente y por la expectativa extravagante e insensata de un futuro incierto que por la ilusión de alcanzar una situación determinada considerada digna de ello» ... «Pero para Alemania, que no había sido alcanzada por la desbandada de esta Revolución, el *Code* (que en Francia había significado retroceder una parte del camino) era más bien un paso hacia la situación revolucionaria y, por tanto, más nocivo y funesto que para la misma Francia» (29). Frente al racionalismo, Savigny esgrimirá el valor de la tradición como fuente de todo contenido; frente a la legislación revolucionaria —simbolizada sobre todo en el cesarismo bonapartista—, acude a la concepción organicista del Derecho como momento concreto del espíritu popular; frente al empeño revolucionario fundado en el Iluminismo en su fase democrática y en las ideas del estado de naturaleza y del progreso indefinido, afirmará una concepción contrarrevolucionaria y conservadora en la que la individualidad concreta del pueblo alemán surge como realidad sustantiva frente a la idea abstracta de la Humanidad. Su programa científico es, ante todo un programa de reconstrucción política, formulado en el contexto espiritual de la Europa posterior a la hegemonía francesa. Este sello fuertemente político ha sido subrayado recientemente por Gerhard Schneider en un estudio fundamental sobre el tema, destinado a demostrar que precisamente en la teoría de la ciencia expuesta por Savigny y la Escuela Histórica quedan sentadas las bases del positivismo, en el marco de motivaciones fuertemente políticas del signo a que acabamos de referirnos (30).

sariamente que ver nuestras ideas bajo una falsa luz de generalidad y naturalidad. Contra esto sólo nos protege el sentido histórico, cuya aplicación más difícil es dirigirlo precisamente contra nosotros mismos», *op. cit.*, pág. 134.

(28) *Op. cit.*, págs. 61 y 83.

(29) *Op. cit.*, págs. 87-89.

(30) SCHNEIDER, G.: *Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus*, en «Archiv für Rechts und Sozialphilosophie» (ARSP), 1972, LVIII/2, páginas 267 y sigs. Asimismo, WILHELM, W.: *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milán, 1974, págs. 37 y sigs.

Frente a este condicionamiento ideológico y político de la codificación Savigny va a proponer las bases de la Escuela Histórica del Derecho. Su punto de partida está en su concepción de las fuentes del Derecho positivo.

Lo mismo que el lenguaje, las costumbres o las constituciones, el Derecho es un producto natural de las convicciones profundas de un pueblo, expresadas de manera espontánea a través de la historia. Es el transcurso del tiempo el que va forjando las estructuras jurídicas, lo cual permite predicar una conexión «orgánica» (31) entre el Derecho y el modo de ser y el carácter del pueblo. «Su sede propia es la conciencia común del pueblo, y es con el avance de la cultura como se van diferenciando las funciones del Derecho en la Sociedad. Tal la explicación de ese singular tipo de especialización que da nacimiento a la ciencia del Derecho. «El Derecho —afirma Savigny— se perfecciona en lo sucesivo juntamente con el lenguaje, toma una dirección científica y, así como antes vivía en la conciencia de todo el pueblo, recae ahora en la conciencia de los juristas, los cuales representan a partir de entonces al pueblo en esta función. La existencia del Derecho es a partir de ahí más artificiosa y complicada, puesto que vive una doble vida, una como fragmento de la vida total del pueblo, del que no deja de formar parte, y otra como ciencia especial en manos de los juristas» (32).

A partir de esta visión de la génesis del Derecho, establece Savigny su distinción capital entre elemento *político* —conexión en que el mismo se encuentra con respecto a la vida general del pueblo— y elemento *técnico* —vida científica separada del pueblo (33). Sobre esta base, avanzará posteriormente en el campo metodológico hasta establecer otra dicotomía de igual trascendencia para la Dogmática. En su polémica con Göner queda perfilado el programa metodológico con toda claridad. «Según el método que estimo justo —explica— debe investigarse en la variedad de los hechos que la historia ofrece» —positivismo científico— «la suprema unidad, el principio de vida que ha de explicar los fenómenos particulares y espiritualizar, por tanto, el dato material» —constructivismo—. «Lo *vario existente* —continúa—, tiene sin embargo, una doble naturaleza, a saber: es en parte simultáneo y en parte sucesivo, y de aquí nace necesariamente una doble actividad científica. El referir lo *vario simultáneo* a la unidad que en él reside, es lo que constituye el procedimiento *sistemático*, cuya expresión no debe reservarse, como lo ha-

(31) SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 56.

(32) SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 57.

(33) SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 57.

cen muchos, para aquella forma de definición que tiene en vista solamente consideraciones formales y lógicas. El trabajo sobre lo *vario sucesivo* constituye, por el contrario, el procedimiento propiamente *histórico*... «Se propone, partiendo de lo existente, perseguido a través de todas sus variaciones, hasta encontrar su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo» ...« El supuesto general de este procedimiento es que cada pueblo tiene en su vida toda, y en especial también en su Derecho civil, una *individualidad* no meramente accidental, sino *esencial* y *necesaria*, fundada en todo su pasado, y que, por tanto, la invención de un Derecho común para todos los pueblos sería tan inútil como una lengua universal que hubiese de reemplazar las lenguas vivas existentes» (34).

La formulación no puede ser más elocuente y completa. Sin confundirse con las disciplinas históricas tradicionales, la ciencia jurídica pasa a ser ciencia acerca de lo histórico. Análisis histórico y análisis sistemático se complementan integrando un principio científico superior. La ciencia del Derecho es, al mismo tiempo y en esencia, historia y sistema. Tal es el mensaje fundamental de los «escritos programáticos». A la vez que intenta una síntesis de ambas dimensiones esenciales a la labor del jurista —y adelanta en tal sentido la posibilidad de una solución satisfactoria al problema no resuelto de la tensión teoría-praxis en el pensamiento moderno (35), deja sentada, a pesar de ello, las bases del proceso evolutivo

(34) SAVIGNY, *Recensión al libro de N. Th. Gönner sobre «Legislación y Jurisprudencia en nuestro tiempo*, en *La Escuela Histórica...*, cit., págs. 52-53.

(35) En Savigny, la preocupación por el tema es permanente. En *De la vocación...*, expresa: «El Derecho no tiene existencia por sí, su ser es más bien la vida del ser humano mismo, contemplada desde un lado especial. Ahora bien: si la ciencia del Derecho se desliga de este su objeto, entonces la actividad científica podrá continuar su camino unilateral, sin ir acompañada siquiera de una correspondiente visión de las relaciones jurídicas; la ciencia podría alcanzar entonces un alto grado de perfeccionamiento formal y carecer, sin embargo, de toda realidad propia. Pero precisamente en este aspecto resulta superior el método de los juristas romanos. Si tienen que juzgar de un litigio, parten de la visión más viva del mismo, presentando así ante nuestros ojos cómo surge y se modifica, paso a paso, toda la relación, como si este caso fuera el punto de partida de toda la ciencia, la cual ha de ser deducida del mismo. Así, pues, la teoría y la práctica no están para ellos propiamente separadas, ya que su teoría es perfeccionada para su aplicación más inmediata y su práctica es constantemente ennoblecida por el tratamiento científico» (pág. 70). Para Savigny, la nota más destacada del espíritu romano fue su fino espíritu político, atento siempre a las necesidades de la vida comunitaria. La distinción entre teoría y praxis está fundada a su juicio en la naturaleza misma del Derecho. En su *Sistema* advierte: «El desenvolvimiento de la

que llevará a este «formalismo histórico-jurídico» de 1814-1815 hasta la «Dogmática formalista», en la obra de Puchta, Ihering y Gerber. Con todo, este «segundo Savigny» advierte ya contra las posibilidades de un Derecho vaciado de contenido humano y contra su correspondiente versión científica: «la ciencia podría alcanzar entonces un alto grado de perfeccionamiento formal y carecer sin embargo de toda realidad propia» (36). Esa «ciencia del Derecho sin derecho en que desembocaría finalmente la Dogmática, a través de la teoría general de Derecho en el siglo xx. El propio itinerario intelectual de Savigny indica el signo de esta frustración final de la ciencia histórica del Derecho: sus investigaciones acerca del Derecho romano en la Edad Media o sus ensayos diversos en el campo románico, apenas si pueden ser considerados como aplicaciones de su propuesta metodológica, a pesar de ser trabajos contemporáneos, en el tiempo y en la preocupación del autor. Mucha mayor consecuencia guarda el legalismo —problematizado por sus relaciones con la historia— de la *Juristische Methodenlehre* respecto al estudio sobre la Posesión, que los «escritos programáticos» respecto a sus correlatos en el campo de la historiografía y la Dogmática. Conspiraba, tal vez, en contra del empeño la «vocación del tiempo por la sistemática» que sugiere atinadamente Wilhelm (37). O tal vez la presencia siempre determinante del espíritu sistemático del Derecho natural racionalista como parece sugerir por su parte Elías de Tejada (38). Negado éste en su función aunque no en su esencia —baste para ello leer las páginas de la *Vocación* dedicadas al Derecho romano como razón universal escrita—, la sistemáti-

civilización moderna ha separado estas dos direcciones y asignado la una o la otra a ciertas clases de sociedad: así, todos los que se ocupan del Derecho, salvo algunas excepciones, hacen de la teoría o de la práctica su vocación especial, si no es su vocación exclusiva... la división es buena si no se pierde de vista la unidad primitiva, si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el práctico la inteligencia de la teoría. Allí donde esta armonía se destruye, allí donde la separación de la teoría y la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el gran riesgo de convertirse en vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico», *Sistema del Derecho romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Góngora, sin fecha, I, pág. 46. La trascendencia de la cuestión para el futuro de la ciencia del Derecho queda también subrayada al decir: «Siendo la separación cada día más pronunciada entre la teoría y la práctica el mal que principalmente trabaja al Derecho actual, sólo puede encontrarse el remedio en el restablecimiento de su unidad propia» (I, pág. 48).

(36) *De la vocación...*, cit., pág. 70. Cfr. ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado...*, cit., II, pág. 563.

(37) WILHELM, W.: *Op. cit.*, pág. 46

(38) ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado...*, cit., II, pág. 569.

ca histórica» pugna por constituirse en «sistemática filosófica». Oculto ya el Derecho natural nace la Dogmática formalista. Veamos para ello la etapa final del planteamiento de Savigny.

IV

CIENCIA Y SISTEMA EN EL «ÚLTIMO SAVIGNY» (1840)

En 1840, tras cinco años de preparación, ve la luz el primer volumen del *Sistema de Derecho romano actual*. Han pasado veinticinco años desde los textos fundacionales de la Escuela Histórica, y Savigny da a luz su obra sistemática fundamental, abriendo una nueva etapa de su pensamiento. De una manera general, podemos caracterizar a este tercer momento intelectual como de retorno a las fuentes y preocupaciones del «primer Savigny». Las tesis historicistas se ven reafirmadas en su valor operativo —y en tal sentido la investigación histórica cumple un papel de relevancia—, pero la vocación fundamental de la obra es sistemática. El *Prólogo* es, precisamente, una exhortación al abandono de la lucha de escuelas. «Los motivos que han hecho emplear la frase "escuela histórica" no subsisten hasta hoy —escribe—, y el objeto que llevaban parece haberse extinguido» (39). Es el momento de «juzgar con imparcialidad los trabajos de nuestros contemporáneos» y asumir «el fin común de indagar desapasionadamente la verdad». La llamada de atención sobre la importancia de los estudios históricos que significó la Escuela Histórica ha surtido sus efectos, y es la hora de la síntesis superadora.

Se trata de restaurar la unidad perdida entre la teoría y la práctica, designio presente desde sus comienzos en el pensamiento historicista alemán: «El desenvolvimiento de la civilización moderna ha separado estas dos direcciones» ... «La división es buena, si no se pierde de vista la unidad primitiva, si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el práctico la inteligencia de la teoría. Allí donde la armonía se destruye, allí donde la separación de la teoría y de la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el gran riesgo de convertirse en vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico» (40). El Estudio del Derecho romano es para Savigny el camino más adecuado en esta operación restauradora de la ciencia jurídica. La experiencia del Código prusiano es, por ejemplo, indicativa de la influencia

(39) *Sistema...*, cit., I, pág. 44.

(40) *Sistema...*, cit., I, pág. 46.

nociva de la Codificación, y de la separación y aislamiento de la teoría y la praxis, con sus consecuencias de estancamiento para el saber jurídico.

El estudio del Derecho romano es por ello crítico y sistemático-constructivo a un mismo tiempo. La forma del Tratado adoptada por Savigny para sus investigaciones requiere precisamente el penetrar y poner en claro el lazo íntimo, las afinidades existentes entre todas las nociones jurídicas y su unidad constitutiva. A través de la unidad sistemática de las nociones jurídica, no sólo cobran sentido las normas e instituciones, sino que queda condicionada la propia estructura del método a utilizar y el orden en las materias de estudio. «En la riqueza de la realidad viva —subraya Savigny—, todas las relaciones de Derecho forman un solo cuerpo orgánico» (41). El sistema obtenido a través de la investigación científica guarda entonces un «orden artístico» (42) en el que se transparenta la coherencia de las proposiciones.

Más sistemática y constructiva que propiamente histórica, la nueva ciencia se edifica sobre «lo vario simultáneo», y el título *Sistema del Derecho romano actual* cobra entonces todo su sentido.

A la luz de lo dicho, se explica que el estudio acerca del «sistema» del Derecho vigente vaya precedido de una investigación sobre la «naturaleza del Derecho en general», entendida en el sentido de delimitación de las bases lógicas y metodológicas de la construcción científica. La primera acepción del vocablo «Derecho» es para Savigny —en la línea de la tradición inaugurada por el iusnaturalismo racionalista— la del Derecho *subjetivo* —poder o facultad del individuo—. Tal es el punto de partida para su teoría de la *relación jurídica* y para su teoría de las *instituciones* o *institutos* jurídicos. En Savigny, el instituto opera como *tipo* destinado a dar cuenta de la realidad. «Todas las instituciones o institutos jurídicos forman un vasto sistema y sólo la armonía de este sistema —que reproduce su naturaleza orgánica— puede darnos su completa inteligencia» (43). El procedimiento por el cual la inteligencia llega al conocimiento de la relación jurídica y de esa especie de «macro-relación» que es en definitiva el sistema, resulta, en sustancia, el mismo. Son los institutos y no las reglas las que configuran la fuente material del trabajo del jurista. Acontece así una suerte de retroalimentación del sistema científico, por cuanto el instituto no es, a su vez, otra cosa que un resultado

(41) *Sistema...*, cit., I, pág. 54.

(42) *Sistema...*, cit., I, pág. 55.

(43) *Sistema...*, cit., I, pág. 67.

de las operaciones abstractivas de la ciencia. En la base de esta teoría de las fuentes resurge nuevamente, como componente material, la teoría del espíritu popular, mucho más elaborada que en los escritos programáticos, pero no por ello menos oscura y contradictoria en sus aspectos esenciales.

En la teoría de las instituciones jurídicas, la conexión orgánica alcanza a las relaciones, las máximas y las reglas, a través de unidades sistemáticas de complejidad creciente. En su estructura, la institución prefigura al sistema, como síntesis entre lo «simultáneo» y lo «sucesivo», la coherencia lógica y el devenir histórico. Como tipo ideal, la institución se sobrepone a la relación y la proyecta hacia el sistema.

Reiterando su motivo metodológico constante, la estructura de la ciencia queda para Savigny condicionada por la estructura de su objeto propio. La naturaleza prevalentemente lógico-formal del mismo está pues en la base de su teoría de los institutos, y será así difícil eludir la caída en el formalismo conceptualista de su teoría de la ciencia.

El cometido de la ciencia jurídica es, en Savigny, el de penetrar en la unidad íntima del sistema orgánico-natural de los institutos. Para ello procederá al modo científico-natural, mediante descomposiciones y composiciones sucesivas; análisis y síntesis; hipótesis y verificación. De manera incipiente quedan esbozados así los derroteros futuros del método jurídico, sobre todo del «método científico-natural del «primer Ihering». Es la condición *positiva* del Derecho —como estructura y como Historia— la que funda una ciencia también positiva y constructiva, destinada a poner a la luz la unidad orgánica inmanente al fenómeno jurídico.

La función de la ciencia jurídica es doble: por una parte, creadora y directa, en tanto que el jurista desenvuelve el Derecho como representante de la conciencia colectiva; por otra parte, puramente científica, en cuanto recompone y traduce al Derecho en formas lógicas. Esta última actividad, sistematizante y logicizante, desenvuelve y completa la unidad orgánico-natural del Derecho, «reobra sobre el mismo, le proporciona un procedimiento orgánico y la ciencia llega a ser un nuevo elemento constitutivo del Derecho» (44). Es el «Derecho científico» que desenvuelve y genera a su vez Derecho.

Tal es, para Savigny, el camino de una ciencia del Derecho que, superadas las contradicciones originarias, tiende a unificarse en una senda de progreso (45).

(44) *Sistema...*, cit., I, pág. 89.

(45) *Sistema...*, cit., I, pág. 91.

La tradición iusnaturalista, fundamento oculto del constructivismo moderno, recupera aquí la función que se le negara a lo largo de las distintas etapas evolutivas del sistema savignyano. «El fin general del Derecho —escribe el Savigny de la madurez—, se desprende de la ley moral del hombre, bajo el punto de vista cristiano. El cristianismo no existe solamente como regla de nuestras acciones, sino que ha modificado la humanidad y se encuentra en el fondo de nuestras ideas, aun en aquellas que parecen serle más extrañas y hostiles» (46). El destino último del hombre, apreciado desde la perspectiva de la ley moral, gana así un sitio de causa final, más allá, sin embargo, del sistema considerado en sí mismo. *La naturaleza de las cosas* es su manifestación inmediata y sustituye, como concepto operativo, a la noción de Derecho natural. Ello supone el paso del método abstracto al método inductivo (47). A esta pervivencia del Derecho natural moderno en el plano de la ontología jurídica savignyana debe agregarse su presencia aún más decisiva en el plano metodológico, donde la construcción lógica formal y el concepto de sistema otorgan fisonomía esencial a la ciencia jurídica.

El Savigny del *Sistema* enlaza así con el de la *Juristische Methodenlehre*. Sobre la base de lo que *es*, la ciencia construye el sistema. La filosofía —siempre posible, no sólo no negada sino a veces supuesta como una presencia silenciosa— será, a partir del historicismo, *reflexión sobre la ciencia*. Con el *Sistema del Derecho romano actual* se abre así el período aún no concluido de vigencia de la Dogmática, a la vez que se patentiza la frustración íntima del empeño técnico y metodológico de la Escuela Histórica. La ciencia jurídica no será en adelante ni histórica ni política, sino constructiva y sistemática. Lo «vario existente» es la condición de posibilidad de toda posible experiencia jurídica, y el saber que le corresponde resulta, por tanto, saber acerca de lo verificable como normatividad positiva, y no sobre lo que *debe ser* como normatividad suprapositiva. En el espacio cultural, político y científico del historicismo nace, pues, el positivismo. El deber ser absoluto del voluntarismo iusnaturalista —afirmado como cosmovisión a partir de la teología luterana— es desplazado por su versión secularizada: el deber ser relativo del voluntarismo estatalista. La Dogmática, saber relativo a este nuevo universo de nociones, no es entonces una de las posibles alternativas de la ciencia jurídica del positivismo, sino su forma esencialmente constitutiva y, a juzgar por esta profundización histórica, su culminación ineludible.

Enrique ZULETA PUCEIRO.

(46) *Sistema...*, cit., I, pág. 93.

(47) Como ha señalado acertadamente PÉREZ LUÑO, A.-E.: *Op. cit.*, pág. 1006.

