

LOS ORÍGENES DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO ALEMANA Y SUS AVATARES

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo*

En el título de esta comunicación la escuela histórica enunciada viene calificada por el genitivo “del derecho” y por el adjetivo “alemana”. El genitivo “del derecho” es necesario para distinguirla de la escuela histórica propiamente dicha la de los grandes historiadores filólogos Leopold Ranke y J.G. Droysen, que alcanzó una perspectiva crítica con Wilhelm Dilthey (1833-1915)¹. El adjetivo “alemana”, distingue la escuela histórica del derecho alemana de las perspectivas históricas de juristas ingleses como Edward Coke (1552-1634), Sir William Blackstone (1723-1780) y Edgard Burke (1729-1797)²; las francesas anteriores al *Code Civil*, la de sus redactores y después de él³, y las de los territorios hispánicos de derecho especial y foral⁴ y en especial, la escuela catalana⁵.

1. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO ALEMANA EN SU FORMULACIÓN GENUÍNA Y EN SUS DERIVACIONES

La doctrina de la escuela histórica del derecho la hemos venido a calificar como una teoría historicista del derecho, contrapuesta a la teoría racionalista sostenida por la Ilustración en Francia.

* Sesión del día 14 de octubre de 2008.

¹ Cfr. Paul Ricoeur, *Du texte à l'action*, Paris Ed. du Seuil 1986, vol II, I, 1, 2, pp. 78 y ss. Y Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, vol I, 6, 2, b y 3, en castellano, Sígueme, Salamanca 1992, pp. 253 y ss.

² Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol I, *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 127, Madrid Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 737.

³ Cfr. *ibid.*, 128-129, pp. 740-756.

⁴ Cfr. *ibid.*, 130 a 131, pp. 756-775.

⁵ Cfr. *ibid.*, 132, pp. 775-792.

Buscando la génesis de la escuela histórica del derecho alemana no encontramos una raíz única, sino varias, y alimentadas de sustancias muy diversas.

Ha dicho Cassirer⁶ que ciertas ideas básicas de la metafísica de Leibniz constituyeron «un germen nuevo y fecundo para la conquista intelectual del mundo histórico».

El concepto de sustancia en Leibniz tiende a mostrar —explica— «lo permanente en el cambio», a la vez que supone la relación entre unidad y multiplicidad, entre duración y cambio.

Parte del supuesto de que lo múltiple y lo uno, lo cambiante y lo permanente, no pueden explicarse sino como pura *relación de reciprocidad*. El conocimiento auténtico debe comprender y mostrar su trabazón y su recíproca determinación. Sólo en el cambio constante se muestra la unidad de la ley y sólo en él encuentra su única expresión posible. En lugar de la concepción estática tenemos la dinámica; la sustancia es *fuorza*, y manifiesta su propio ser en una serie de actividades; su naturaleza es *fecunda*, desplegando de sí misma siempre nuevas variedades. Todo preformado y predeterminado en ella.

Esa visión de lo múltiple e histórico de Leibniz no era inmanente, sino que era trascendida por el orden de las ideas divinas, mientras que la escuela histórica se encerraría en una concepción inmanentista de la historia. Pero sí influyó en el pensamiento de Herder, de quien, dice el mismo Cassirer⁷: «Su “metafísica” de la historia puede enlazarse con Leibniz»; pues «recurre a sus conceptos fundamentales, aunque, por otra parte, su visión viva de la historia le impide cualquier explicación demasiado esquemática de esos conceptos, ya que no busca el mero perfil histórico sino que trata de ver cada forma singular como tal, y de apropiársela íntimamente».

Por otra parte, puede decirse que en la atmósfera cultural en la que germinó la escuela histórica coexistían el naciente romanticismo alemán con la corriente de renovación cultural que llevaría a cabo el clasicismo de Weimar.

La lucha contra la Ilustración ya envejecida —explica Wieacker⁸— no fue sólo obra del romanticismo sino de la renovación cultural alemana que inician Lessing, Herder, Goethe y la tendencia de la poesía alemana contemporánea de éste,

⁶ Ernst. Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, V, 4^a; cfr. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1943, pp. 255 y ss.

⁷ *Ibid.*, pp. 257 y ss.

⁸ Wieacker, *Historia del derecho romano en la Edad moderna*, 19, III, 2 y 3, cfr. en castellano, Madrid, Aguilar 1957, pp. 332 y ss.

Sturm und Drang, y fue llevada totalmente a cabo por el indicado clasicismo de Weimar. que determinó el gran auge de la poesía y de la música desde Glück a Mozart, del teatro con Schiller, de la arquitectura desde Langhaus hasta Gilly y Kenze, y, con menor fuerza, de las artes plásticas, de la filosofía de la historia, de la cultura y del lenguaje con Wilhelm von Humbolt. Clasicismo que, según dice Wieacker, ya «antes de la aparición del Romanticismo» dominó «como la más elevada potencia modeladora de los ideales educativos de la antigua burguesía alemana hasta los umbrales de la revolución nacional y política industrial del siglo XIX. Esta repercusión de un movimiento tan exclusivo sobre la nación explica también su influencia determinante sobre la ciencia del derecho y la actuación personal de Savigny».

Este movimiento clasicista arrastraría al estudio del derecho romano a la vez que al de la filología clásica, sigue explicando Wieacker, quien dice: «Cuando Hugo, en Goetinga; Weiss, el maestro de Savigny, en Marburgo, y Hopner volvieron a admitir metódicamente la romanística, hasta entonces vacilante entre exégesis, dogmática e investigaciones de la Antigüedad, se introdujo con el espíritu del segundo humanismo la restauración de la ciencia del derecho privado alemán».

A su vez, como dice el mismo Wieacker⁹, «la fundación de la escuela histórica coincide con la época del florecimiento del más temprano Romanticismo, y ambas tendencias se influyen recíprocamente de modo continuo por vinculaciones personales e intercambios de ideas».

El romanticismo más antiguo, el de Jena, entre 1792 y 1800 aproximadamente, con Schlegel y Novalis, partiendo de la crítica de la Ilustración por el prerromanticismo inglés y por Herder, desveló la actuación de lo colectivo espontáneo en la historia, en la cultura y en su evolución, a la vez que Schelling preparó la metafísica de la historia. Desde este hallazgo de lo espontáneo, el romanticismo joven de Heildelberg «hacia 1800, enardecido por el dominio napoleónico, descubrió al pueblo alemán como organismo histórico», concibiendo la nación «aún más decisivamente que en tiempos de Herder y del joven Goethe, en su pasado cultural y en su historia política», y enlazó la historia y la cultura con el propio pueblo. Bajo la reorganización de la política prusiana, a partir de 1807, al aliarse la idea cultural de la nación con la política (Von Stejn, Arnst, Fichte, Kleist), también surgió una historiografía nacional.

Probablemente —sigue Wieacker¹⁰— existieron relaciones personales del Savigny joven con ese círculo «del que, por otra parte, se mantuvo siempre perso-

⁹ *Ibid.*. 19. IV, 1 y 2. pp. 337 y ss.

¹⁰ *Ibid.*. 17. II, pp. 280 y ss.

nalmente apartado», en especial por su parentesco de afinidad con Brentano y Arnin, por su trato con el joven Schelling y por las fieles relaciones escolares con Jacob Grimm desde los tiempos de Marburgo, mucho antes de la participación de éste en el romanticismo. «El descubrimiento de lo histórico por el antiguo romanticismo y la metafísica de la historia de Schelling indujeron a Savigny a enarbolar la bandera de una ciencia histórica del derecho en su programa renovador»; su tendencia contra la codificación nacional «está en estrecha relación con el romanticismo político de la Epoca de la Restauración», y, en fin, «el éxito del concepto del espíritu del pueblo no es concebible sin el temprano Romanticismo».

En esa atmósfera, formada por clasicismo y romanticismo, germinaron varias semillas de cuya mezcolanza brotaría la escuela histórica del derecho. En Alemania, unas resultarían de los frutos tardíos de la escuela del derecho natural y de gentes, otras de las nuevas orientaciones históricas y, en fin, otras de las más recientes direcciones filosóficas.

El puente desde la escuela del derecho natural y de gentes hasta una concepción histórica del derecho lo había comenzado a tender Christian Thomasius respecto del orden social, conforme el luteranismo antiguo y pietista (no olvidemos que el pietismo alemán floreció precisamente en la Universidad de Halle, en la que enseñó Christian Thomasius), que «parece haberle llevado a aquella separación radical entre moralidad y derecho que redujo todo el derecho a una ordenación coactiva externa, limitó la ética a las potencias afectivas de la interioridad, con lo que privó a la gran manifestación del antiguo derecho racionalista de asentarse sobre una ética social autónoma y objetiva». Como Locke, «por intermedio de la escolástica luterana, se remonta al nominalismo de la baja escolástica, esencialmente “inglés”. De iguales fuentes proviene su antilógico voluntarismo: frente al unánime *homo animal rationale* de toda la tradición no extremadamente voluntarista del derecho natural (el de la escuela del derecho natural y de gentes) hasta Pufendorf, establece Thomasius su *voluntas semper movet intellectum* y, frente al realismo de aquélla, el realismo psicológico».

Al convertir las normas del derecho natural en «modos empíricos, averiguados o comprobados por la experiencia de comportarse psicológicamente los individuos», se convierte la historia del derecho en «ojo de la ciencia del derecho». Así daba un cambio de dirección, «de la validez lógica (desde el punto de vista de la teoría del conocimiento idealista) de los principios matemáticos, a la empírica de causalidad del siglo XVIII con Laplace». Con este fundamento, sería «el primero que logró imponer a la política legislativa del absolutismo ilustrado la vigencia de un derecho natural entendido como “histórico” y “relativo”».

Ese puente, iniciado por Thomasius, lo terminó Gustav Hugo, en 1809, con su *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positivem Rechts*, o sea,

de un derecho natural entendido como filosofía del derecho positivo, al decir — seguimos repitiéndolo de Wieacker¹¹— que «sería un absurdo querer encerrar el derecho en leyes; ya que su forma genuina es más bien el derecho consuetudinario que se hace a sí mismo» adecuado a lo «que posteriormente se ha designado como naturaleza de las cosas». En esta consideración, donde se nota el influjo de historiadores y filólogos de Goetinga, el derecho natural que pone en el título de su referida obra es concebido, solamente, «como instrumento para la comprensión y sistematización del derecho positivo, concebido como el verdadero derecho en cuanto expresión de la realidad, histórica».

Este resto de iusnaturalismo se advierte en Hugo por su tendencia a concebir sistemática y conceptualmente el derecho, siguiendo el conceptualismo, naciente en Christian Wolff, que sus seguidores Nettelbladt y Putter condujeron al positivismo, como advierte Fassó¹², al sustituir la filosofía jurídica por la ciencia del derecho, haciendo preceder el estudio del derecho positivo por una «parte general». Este inicial conceptualismo recibiría la influencia de Kant, patente en Hanselmus Feuerbach, Thibaut, Heese y Zacariae, quienes por la vía racionalista, siguieron el intento de sistematizar el derecho positivo en una construcción lógica. Esa misma tarea la asumirían después, en su labor pandectística, hombres tan significativos en la escuela histórica como Savigny y Puchta, al formular los conceptos básicos de relación jurídica —entendida como relación interpersonal, en la cual la regla que garantiza los debidos límites de la libertad de cada parte se llama derecho— y de derecho subjetivo, considerado como el vértice superior del sistema¹³.

En cuanto a las nuevas orientaciones históricas en la segunda mitad del siglo XVIII alemán, su influencia provenía principalmente de Justus Mosser y de Johan Godtfried Herder.

Partió Mosser de la experiencia y la tradición vividas en el principado de Osmabrück, en las que descubría —según explica González Vicén¹⁴— unas realidades singulares y concretas de naturaleza y orígenes comunes, no constituidas por hombres abstractos sino por hombres muy concretos que tienen una función social, determinada por unidades colectivas que constituyen el objeto de la historia y que, a lo largo de ésta, crean instituciones entrelazadas entre sí, arraigadas en un entramado de ideas y necesidades que él denomina *Lokalvernunft*, o «razón local», en oposición a la razón abstracta de la filosofía. Rechazaba la forma de pensamiento

¹¹ *ibíd.*, 20, 1, b, p. 345 y s.

¹² Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, vol 3, ed. Madrid, Pirámide 1962. 10, 2, pp. 153 y ss.

¹³ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, vol II, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces-Fundación Cultural del Notariado, 1996, 145, p. 863.

¹⁴ Felipe González Vicén, *La escuela histórica del derecho*, I, 2, en *De Kant a Marx*, Valencia, Fernando Torres (ed.), 1984, p. 107 y ss.

desintegradora de la realidad, en busca de principios y reglas intemporales para imponerlas a la realidad, y, por el contrario, basó su concepción histórica en la noción de experiencia directa y en la creación de la dinámica del movimiento histórico de las formas en cada comunidad.

A su vez, Herder, a juicio de Cassirer¹⁵, además de dar el decisivo paso de proceder por la «intuición de lo histórico» con toda pureza y perfección, halló los recursos intelectuales necesarios para encontrar los conceptos fundamentales que permitieran entender la historia, aunque huyendo de cualquier aplicación demasiado esquemática de estos conceptos, puesto que trataba «de ver cada forma singular como tal, y de apropiársela íntimamente». Así, como explica González Vicén¹⁶, opuso al «mundo cerrado del “espíritu” y del racionalismo, el mundo inmediato de la experiencia vital», y afirmó que el derecho debe ser válido para el pueblo al que únicamente ha de ser destinado como un traje a medida, y posee una necesidad y una justificación propia para cada realidad histórica.

Enfocando la concepción histórica de Herder en una perspectiva jurídica, Wieacker¹⁷ concluye que «tampoco el derecho puede ya ser entendido como creación solamente del Estado», sino que tiene un «callado» brotar, «en la espontaneidad colectiva del pueblo», como después diría el romanticismo, tal como brotan la «épica popular» y la «canción popular».

Por lo que se refiere a la filosofía, la escuela histórica del derecho hallaría su raíz en un discípulo de Fichte, Schelling, quien quería saber por qué la voluntad siente inclinación a limitarse a sí misma con un obstáculo material. Gilson¹⁸ explica que la respuesta de Schelling fue que la voluntad «es un artista cuyas ideas deben encarnarse en la realidad material. El mundo es una obra artística y la filosofía del arte, o estética, es la piedra fundamental de la filosofía».

De ese modo, encarnó la «voluntad» nacional en el *Volsk-geist*, o «espíritu del pueblo», palabra forjada antes en la gran corriente historicista del siglo XVIII, dice González Vicén¹⁹, quien advierte que, sin embargo, ya Hegel había empleado primero esta palabra en un escrito juvenil publicado en 1793, aunque en un sentido muy distinto del que la escuela histórica del derecho le daría después. En esta escuela no fue consagrada esta palabra sino por Puchta en su *Derecho consuetudinario* (1828-1837), siendo adoptada en 1840 por Savigny, en su *Sistema*.

¹⁵ E. Cassirer, *op. cit.* V, 2, pp. 257 y ss.

¹⁶ F. González Vicén, *loc. últ. cit.*, 2, p. 109.

¹⁷ Wieacker, *op. últ. cit.*, 19, III, I, p. 322.

¹⁸ E. Gilson, *La unidad de la experiencia filosófica*, Madrid, Rialp 1960, cap. IX, p. 283

¹⁹ Cfr. González Vicén, *op. últ. cit.*, 4, pp. 124 y ss., quien dice que especialmente Herder utilizó, en ese sentido, múltiples expresiones como “genio”, “carácter”, “naturaleza”, e incluso “espíritu” del pueblo, (*Geist des Volkes*).

2. NACIMIENTO, AVATARES Y DESAPARICIÓN DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO EN ALEMANIA

Probablemente, la invasión de Alemania por las tropas de Napoleón, propugnador de la codificación racionalista conforme las ideas de la Ilustración, fue la ocasión para que el espíritu patriótico provocara la aparición de la escuela histórica del derecho, y para que en ella confluyeran direcciones tan distintas como el clasicismo de Weimar y el romanticismo joven de Heidelberg, con el que surgida la historiología nacional, fruto de la idea cultural de la nación.

Según nota Gierke²⁰: «En un principio parecía que, con la fundación de la escuela histórica, la enemiga entre la jurisprudencia romanista y la germanista, desarrollada a partir de la resurrección del estudio del derecho patrio, iba a desaparecer bajo una cooperación armónica», pues los primeros manifiestos «no dan la voz de combate, por el contrario, respiran una concordancia». Eso era debido, sin duda, a haber «nacido en el entusiasmo nacional en la guerra por la independencia», y, como dijo el mismo Savigny en el prólogo a la segunda edición de *Von Beruf*, todos sentían «contra estos vecinos (los franceses) la irritación tan natural en aquella época». Y, sigue diciendo Gierke: «Al establecer Savigny el estudio del derecho romano, el del derecho germánico y el de las modificaciones posteriores de uno y otro como las tres cuestiones capitales de la jurisprudencia alemana, otorgó en ella al derecho germánico un puesto igualmente principal».

La comunidad entre ambas ramas era patente en 1815, al fundar Savigny, Eichorn y Gorchen la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Revista para la ciencia del derecho desde el punto de vista histórico)*. En ella, con los trabajos de los fundadores, aparecieron otros muy interesantes de Hugo Dirksen, Grimm, Hasse y otros muchos. Precisamente el programa de los germanistas fue expuesto por Eichorn, uno de sus más autorizados dirigentes en la primera época.

La escuela histórica alemana del derecho partía de unas concepciones del pueblo, del derecho y de la historia completamente diferentes de las basadas en el contrato social, ideado por Hobbes, que asumiría la Ilustración y que tendría con Rousseau su versión más revolucionaria.

«Pueblo» no es para la escuela histórica —escribe González Vicén²¹— «como lo es para la doctrina política ilustrada, una suma de individuos aislados capaces

²⁰ Otto Gierke, *La escuela histórica del derecho y los germanistas*, discurso leído el 3 de agosto de 1903 en la Universidad Rey Federico Guillermo III de Berlín, conmemorando su fundación; *cfr.* en castellano *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*, recogidos y traducidos por Rafael Atard, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1908, pp. 118 y ss.

²¹ González Vicén, *op. ult. cit.*, 4, pp. 122 y ss.

en potencia de constituirse en sociedad por medio de un contrato, sino que es algo anterior y superior a los individuos tomados en sí: “un organismo de especie superior”, una “unidad natural”, un “todo natural”, una individualidad, no meramente casual, sino esencial y necesaria, fundamentada por todo su pasado (conforme recoge de expresiones de Savigny), que «no está constituida tan sólo por los individuos que la componen en cada momento, sino que hay que pensarla como algo que “recorre generaciones que se suceden, uniendo, por tanto, el presente con el pasado y el futuro”, y, «sobre todo, como un “todo orgánico con fuerzas y actividades espirituales específicas”, es decir, como una “comunidad de espíritu” (conceptos que transcribía: el penúltimo de Puchta y los otros dos de Savigny) que pone la “naturaleza a la altura de la historia”, digamos de la “realidad histórica”, con una fuerza implícita en su individualidad e historicidad que le hace producir sus propias formas culturales: lenguaje, usos, literatura, arte, derecho, que no son fenómenos aislados».

El derecho escribiría en 1814 Savigny²², así como el lenguaje, los hábitos y la constitución de un pueblo «no tienen una existencia separada, son tan sólo fuerzas y actividades singulares de un pueblo, inseparablemente unidas a su naturaleza». Se enlazan en el todo: «la convicción común del pueblo, el propio sentimiento de la necesidad inherente, que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario».

Y, según añade párrafos después²³, «esta conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo, aspecto en el que también puede compararse con el lenguaje». Ni para uno ni para otro «hay ningún momento de pausa absoluta; el derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución de todas las demás tendencias del pueblo», «regido por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano, el derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y, finalmente, muere al perder el pueblo su peculiaridad».

En fin, la historia —dice Savigny²⁴— «no es solamente una colección de ejemplos políticos y morales, sino unos caminos para el conocimiento de nuestro propio Estado». Él la observa partiendo de que «no se da ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien, aquello que puede ser considerado como individual ha de mirarse, por otra parte, como miembro de un todo superior. Así, es necesario considerar a cada individuo, a la vez, como miembro de una familia, de un pueblo y de un Estado; y cada periodo de la historia de un

²² Savigny, *De la vocación de nuestra época para la modificación y ciencia del derecho*. 2, cfr. en castellano recogido en Thibaut y Savigny, *La Codificación*, Madrid, Aguilar 1970, p. 54.

²³ *Ibid.*, p. 56.

²⁴ *Ibid.*, *Sobre el fin de la Revista de la escuela histórica*, cfr. en *La escuela histórica del derecho*, cit., pp. 14 y ss.

pueblo como la continuación y desarrollo de las edades pasadas». De tal modo, «cada tiempo no crea de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con el pasado». Tiene, por eso, «que reconocer en sí algo dado ya, lo cual es, a un tiempo, necesario y libre; necesario, en cuanto que no depende del arbitrio especial del presente; libre, puesto que no es tampoco impuesto por una voluntad ajena (como el mandato del señor a sus esclavos), sino que nace de la esencia suprema del pueblo, como un todo que deviene y evoluciona continuamente...».

Como expuse en la segunda de mis metodologías²⁵ siguiendo a Alfred Dufour²⁶, la escuela histórica tuvo «un extraño destino»: «Nacida —dice este decano de la Facultad de Derecho de Ginebra— de la crítica de los sistemas del racionalismo jurídico del *Aufklärung*, ¿acaso no ha dado nacimiento a los *sistemas* de la *Begriffsjurisprudenz*? Por lo demás, centrada en la crítica de las primeras grandes codificaciones y la exaltación del *derecho consuetudinario nacional*, ¿no se halla también en ella el origen de un nuevo *renacimiento del derecho romano* y de un nuevo apogeo de la *ciencia jurídica*? En fin, los principales representantes, brillantes apologistas, en 1814-1815, del *desarrollo orgánico del derecho* y del papel de las fuerzas oscuras y silenciosas de la *conciencia popular*, ¿no se han convertido entre 1840 y 1848, uno, Savigny, en ministro de justicia del gobierno prusiano, y otros, como Grimm y Bessler, en los ardientes abogados de una *codificación* del derecho germánico en el marco de los congresos de germanistas alemanes?». Este «extraño destino» y «las contradicciones» de esa escuela las busca el propio Dufour en los mismos conceptos clave de la escuela, en los que predomina, en unos, lo *irracional* —*totalidad orgánica, historicidad y particularismo nacional*— y, en los otros tres, lo *racional* —*sistema, deducción y genealogía de los conceptos*—, con un dualismo que *ayuda* a explicar las contradicciones de la escuela.

Muy duramente, años antes, Wieacker²⁷ había dicho que las «contradicciones» de la escuela histórica «rayan en traiciones a sí misma» e «indican una gran avidez científica de poder, que parece valerse instintivamente de la corriente romántica y orgánica de la época para imponerse a ella».

Hemos visto, párrafos antes, que Savigny había señalado por funciones de esa escuela las de estudiar el derecho romano, el germánico y las modificaciones posteriores de uno y otro. Por otra parte, si, como el lenguaje, el derecho brota en la vida del pueblo, su fuente primera y principal ha de ser la costumbre. Ade-

²⁵ *Metodología de la determinación del derecho. II. Parte sistemática*, 237. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Fundación Cultural del Notariado 1996, pp. 818 y ss.

²⁶ A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF 1991. II. *L'Ecole historique du droit*, cap. II, II, II, pp. 180 y ss.

²⁷ Wieacker. *op. cit.* 20, 1. p. 354.

más, conforme había dicho ya en la *Vocación*²⁸, entendía que «todo derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo el derecho es originado por las costumbres y por las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia (en el sentido de ciencia del derecho), y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio del legislador».

Por lo tanto, consideraba que, por necesidad histórica, había de darse un paso desde la actividad consuetudinaria del pueblo hasta la ciencia del derecho. Este paso lo consideraba inevitable porque según dice, páginas antes²⁹, el derecho «está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las tendencias del pueblo»; y ocurre que, al avanzar la cultura, «se diferencian cada vez más todas las actividades del pueblo, y lo que antes se hacía en común recae ahora en estamentos singulares». Uno de estos estamentos separados, dice, es el de los juristas. Por ello, el derecho «toma una dirección científica; y, así como antes vivía en la conciencia de todo el pueblo, recae ahora en la conciencia de los juristas, que a partir de ese momento representan al pueblo en esta función. La existencia del derecho es desde entonces 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».

«Por tanto —sigue diciendo en el siguiente párrafo—, en épocas distintas de un mismo pueblo, el derecho será derecho natural (en un sentido distinto del que le da nuestro iusnaturalismo) o derecho erudito, según que predomine uno u otro elemento, ya que parece imposible trazar una divisoria tajante entre los mismos».

Aquí Savigny auguraba la paulatina desaparición de la costumbre, sustituida, cada vez más, por el derecho científico. No se percataba de que los prudentes, y no los teóricos, son siempre quienes guían al pueblo en sus relaciones jurídicas y contribuyen a que progresen. Y olvidaba la razón por la cual el derecho romano, como él mismo escribía páginas después³⁰, «se ha formado casi totalmente de dentro hacia fuera, como derecho consuetudinario, y la historia más puntual del mismo enseña lo escasa que fue la influencia ejercida en cualquier aspecto por las leyes propiamente dichas mientras el derecho conservó su vitalidad». Pues bien, en aquella época el pueblo era guiado por jurisprudentes en sus funciones prácticas del *cavere*, el *agere* y el *respondere*.

El jurista científico es sin duda necesario para dotar de nociones básicas teóricas y técnicas, a los prácticos; pero éstos —abogados, notarios, jueces— son

²⁸ Savigny, *De la vocación*, 2, p. 58.

²⁹ *Ibid.*, pp. 55 y ss.

³⁰ *Ibid.*, 3, p. 73.

los que orientan la conciencia jurídica del pueblo y le indican los medios de que dispone para realizar sus fines. Sin esta pieza intermedia esencial, la vida jurídica del pueblo no puede desenvolverse de un modo natural; pues los juristas científicos —que sólo con su comunicación con los prácticos pueden conocer a fondo el sentido de las necesidades y conveniencias jurídicas reales— sienten una tendencia casi irreprimible a transformar sus conocimientos jurídicos en leyes y en códigos que encorsetan la espontaneidad del pueblo, y truncan la necesaria continuidad de su paulatino desarrollo jurídico.

Sin embargo, sí que veía certeramente como había dicho en la introducción de su *Von Beruf*³¹, que desde mediados del siglo XVIII se hacía 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 instituciones, en suma, por todo lo que la historia produce de provechoso y fecundo. En su lugar había surgido una confianza ilimitada en la época actual, a la que se creía destinaba nada menos que a la manifestación efectiva de una perfección absoluta».

Así —prosigue— «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, puesto que 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 esa abstención, serían igualmente utilizables por todos los pueblos y todos los tiempos».

Después de analizar, en *Nuestra vocación por la legislación*³², «los tres nuevos códigos» —es decir, el francés, el austriaco y el prusiano³³—, expone lo que, según él creía, debería hacerse donde no hubieren códigos³⁴. A su juicio, la labor por desarrollar debía seguir³⁵ «el riguroso método histórico de la ciencia del derecho», consistente en «perseguir cada material dado hasta la raíz, para descubrir así su principio orgánico, con lo cual lo que tenga todavía de vivo tiene que separarse de lo que ya está muerto y sólo pertenece a la historia». En esa parte de la tarea de esa ciencia, entendía que, con un «esmerado empeño», debía encaminarse «a limpiar paulatinamente la situación actual del derecho de lo que se ha originado por mera ignorancia y apatía de las épocas literariamente pobres, sin ninguna necesidad práctica verdadera».

³¹ *Ibid.*, 1, pp. 51 y ss.

³² *Ibid.*, 6, pp. 80-86.

³³ *Ibid.*, 7, pp. 86-131.

³⁴ *Ibid.*, 8, pp. 131-149.

³⁵ *Ibid.*, pp. 136 y ss.

Ciertamente, reconocía³⁶ que la comunidad de la ciencia con el derecho «no debe tener lugar simplemente entre juristas de vocación docta, entre profesores y escritores del derecho, sino también entre los jurisconsultos prácticos», efectuándose un «acercamiento de la teoría a la práctica» y «una comunicación conveniente de las facultades de derecho con los tribunales de justicia».

Ahora bien, es de notar, por una parte, que la práctica jurídica no se reduce a la de los tribunales de justicia; y, por otra parte, que la labor de los prácticos es fundamentalmente la de guiar el desenvolvimiento del derecho en la vida jurídica cotidiana. Ésta no es función directa de los juristas doctos, a quienes sólo los prácticos pueden informarles de ella.

Volviendo al triple material que Savigny asignaba como objeto para el estudio de la ciencia del derecho, y relacionándolo con la labor depuradora por él exigida, parece evidente que no podía resultar fácil compaginar el derecho romano y el derecho germánico fuera de la práctica viva y continuada en una tradición común. Para los científicos del derecho, buceando en la historia, resultaba muy difícil armonizarlos. Sólo les cabía intentar *ex novo* una elaboración conjunta. Ésta se asemejaría mucho a un proyecto de compilación que, efectuada de nueva planta, resultaría más bien una codificación, aunque en ella se tratase de ser lo más respetuoso posible con la historia. Pero lo cierto es que cada rama trabajaba por su cuenta y en su propia dirección, y ajenas ambas a la tradición del derecho común y a la práctica actual del derecho. A una y otra, en su contraposición, me he referido en *Metodología de las leyes*³⁷, así como en el primer volumen de *Metodología de la determinación del derecho* he examinado su diversidad de método³⁸.

Creo que aquí conviene recordar que la rama romanista es la más antigua y activa de la escuela histórica del derecho. Wieacker³⁹ explica que, junto al renacimiento de las ciencias de la Antigüedad, cuando en Goetinga, Hugo; en Marburgo, Weiss, maestro de Savigny, y Hopner volvieron a admitir metódicamente la romanística, hasta entonces vacilante entre exégesis dogmática e investigaciones anticuarias «se introdujo con el espíritu del segundo humanismo la restauración de la ciencia del derecho privado alemán». El primer magno documento nacido en ese círculo fue *El derecho de posesión*, de Savigny, y con el nombramiento de éste para Berlín, en 1811, llegó su triunfo.

También advierte que las grandes y capitales obras de la escuela no son, como ya había visto en 1816 A. Feuerbach, propiamente modos de escribir la his-

³⁶ *Ibid.*, pp. 143 y ss.

³⁷ *Metodología de las leyes*, 57-59, Madrid, EDERSA, 1991, pp. 133-138.

³⁸ «Parte sistemática», 237, pp. 821 y ss.

³⁹ Wieacker, *op. ult. cit.*, 19, III, 3, pp. 336 y ss.

toria, sino investigaciones y exposiciones dogmáticas sobre teoría del derecho o de filología de la antigüedad o de historia literaria, centrados «en el *ethos* del método y en el logro de la verdad científica». Para nada contemplaban la vida práctica del derecho ni prestaban la más mínima atención al derecho germánico.

La verdad de la primera imputación la muestra Savigny al hablar de la recepción del derecho romano¹⁰ y decir que «los primeros glosadores tenían la ventaja de verse obligados a beber en las mismas fuentes que constituían su objeto; en cambio, Bartolo tenía por objeto las obras de los glosadores, los cuales quedaban ahora situados entre los juristas actuales y las fuentes, y éste es un motivo principal por el que la escuela de Bartolo es tan inferior a la de los glosadores. El mismo retroceso tendrá lugar en todas partes donde no se sigue el precepto fundamental de percibir cada materia hasta su raíz».

Esta obsesión de Savigny por resucitar el derecho romano, la califica Gierke¹¹ de «antihistórica por completo», y advierte que se «turbó desde un principio su juicio sobre los jurisconsultos de la Edad Media. Frente a los glosadores, los postglosadores le parecen simples decadentes a causa de su alejamiento de los textos. No se hace cargo de que sólo los postglosadores, con su adaptación del derecho romano a la vida de su tiempo, han sido los padres del derecho moderno, ni sabe apreciar la extraordinaria valía de Bartolo. No comprende que el trabajo de reconstrucción y explicación de las fuentes, con todos sus errores y arbitrariedades, fue el precio vivificador que capacitó al derecho romano para conquistar de nuevo una parte en el imperio del mundo. Sólo vuelven a parecerle dignas de aplauso las producciones científicas y filológicas de la escuela francesa de los elegantes» (la del *mos gallicus*).

De ese modo, la escuela histórica del derecho se encerró en un purismo de historiadores y filólogos eruditos que, como dijo Bachofen¹², «conceden más importancia a las palabras de un clásico antiguo que a cuanto la realidad requiere, y que tienen por lo más relevante el descubrimiento de un nuevo fragmento antes desconocido, o de una variante, o de una interpolación en un texto, o, en suma, de constataciones insignificantes en el campo de la historia».

Sigue diciendo Gierke que a Savigny: «Le falta, igualmente, el sentido de la evolución de la teoría y la práctica del derecho alemán a partir de la recepción del derecho romano. Todo el *usus modernus*, cuya formación paulatina, primero, y, finalmente, su cultivo consciente, eran el fruto de la originalidad del derecho

¹⁰Savigny, *De la vocación*, 9. p. 153.

¹¹Gierke, *loc. cit.*, p. 124.

¹²Johan Jakob Bachofen, *El derecho natural y el derecho histórico*, cfr. en castellano, Madrid, Inep, 1955, pp. 61 y ss.

alemán naciente, le parecen un enigma embrollado. No presintió la importancia del derecho común sajón en la continuidad del pensamiento jurídico alemán, que había de conducir, en definitiva, al derecho común alemán» [...]. «Savigny se hubiera sonreído seguramente si alguien le hubiera hablado de la eficacia del *Espejo de Sajonia*».

Como resume Koschaker⁴³: «Savigny no tuvo relación alguna con la práctica del derecho común, no conoció, no citó decisiones, ni tuvo relación personal con los prácticos. En su juventud frecuentó preferentemente círculos literarios».

Por otra parte, la colabcción inicial entre la rama romanista y la germanista se trocó, como nota Gierke⁴⁴, en «alejamiento progresivo, y concluyó en enemistad manifiesta» y, conforme añade⁴⁵, «le faltó el sentido real del gran proceso histórico que se viene cumpliendo desde la Edad Media en la lucha, la fusión y el progreso de ambos mundos jurídicos».

«El derecho patrio —sigue Gierke⁴⁶— se puso a un lado como una especie de suplefaltas, y no se atribuyó valor práctico a su investigación científica sino en relación con algunas cuestiones secundarias del derecho común y las especialidades de los derechos particulares» (en la nota 56 reproduce este inciso de la carta de Savigny a Bessler, de 13-X-1843: «Los germanistas podrían hacer mucho en pro de nuestra legislación municipal»); «se pregonaba que el derecho es una obra del espíritu del pueblo y se mantenían aquellas promesas que ofrecieron un derecho nacional y popular como fruto del historicismo. Pero cada día se afirmaba más la convicción de que el espíritu nacional germánico carecía de originalidad creadora, y su temperamento especial se revelaba con toda exactitud en la apropiación de lo extranjero». Por eso, «podían los juristas apropiarse del derecho romano, purificado de todas sus deformidades, y de este derecho reclamaban para sí la corona de la popularidad».

De ahí vino el contraataque de los germanistas. Éstos vieron «el serio peligro que se cernía sobre el derecho alemán, y no hicieron —sigue diciendo Gierke— más que cumplir con su deber al levantar las armas en defensa del bien precioso confiado a su custodia».

El principio de su fuerza era el pensamiento nacional. Comprendieron, desde luego, que su combate a favor del derecho alemán no era más que una de las manifestaciones de la lucha de la nación por la reconquista total de su personalidad».

⁴³Paúl Koschaker, *Europa y el derecho romano*, XIV, A, *cfr.* en castellano, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv. 1955, pp. 367 y ss.

⁴⁴Gierke, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁵*Ibid.*, p. 123.

⁴⁶*Ibid.*, pp. 128 y ss.

En 1841 preguntaba Bachofen⁴⁷. «¿Cuántos no se enlutan por la jurisprudencia germánica destruida antes de que llegara a pleno desenvolvimiento? ¿Cuántos no culpan al derecho romano de haber asesinado al derecho nacional germánico?» Es decir, también clamaban por algo pretérito, e incluso reconocían que ese algo no había llegado a cristalizar. Tampoco el espíritu jurídico del pueblo aparecía reconocido en este movimiento nacionalista asimismo de intelectuales.

También en cuanto al método se disciernen advierte, Dufour⁴⁸, dos orientaciones fundamentales: la *sistemática deductiva*, ya preanunciada por Savigny en su juventud, en su *Metodología* del curso 1802-1803, que por máximo exponente tendría a Puchta, y la *empírico-inductiva*, adoptada por los germanistas según los principios enunciados por Grimm y Besseler.

Las inconsecuencias de la escuela histórica terminaron por llevar a los germanistas Grimm y Besseler a solicitar la *codificación* del derecho germánico, y a que los pandectistas cultos dejaran el método *sistemático-histórico del organísimo historicista* de Savigny, adoptaran el lógico-conceptualista con Puchta y, por fin, llegasen a un *positivismo-conceptualista-legislativo* con Windscheid⁴⁹.

Era un final inevitable de la rama romanista por haberse encerrado en la búsqueda de un derecho romano depurado, haber abandonado el derecho vivido en la práctica y, especialmente, por haber descuidado las costumbres vividas.

Gierke⁵⁰ explica lo primero, advirtiendo que, sin embargo, algunos romanistas no cayeron en los extravíos de la escuela histórica, y antes que ningún otro Kierulf, quien, en 1830, «emitió sin rodeos la opinión concluyente de que el derecho vivo en Alemania no era el romano, sino un derecho sustantivo nacido de raíces romanas y germánicas, que debía estudiarse en sí mismo; y Georg von Wachtter estudió, por primera vez, con toda profundidad científica la formación del derecho alemán moderno en algunas regiones y la expuso (de 1842 a 1851) de un modo figurativo».

Por otra parte, constituyó una paradoja, observada por el notario catalán Tell y Lafont⁵¹, que esa escuela, en lugar de recibir el derecho romano «como un legado de la tradición jurídica de las escuelas» y de «adaptarlo a las modernas necesidades», soñaba con «un derecho arqueológicamente depurado con el restableci-

⁴⁷ Bachofen, *loc. cit.*, p. 78.

⁴⁸ Alfred Dufour, *op. ult. cit.*, II, pp. 193 y ss.

⁴⁹ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, Madrid, 2000, nn. 94, p. 558 y ss. y 96, pp. 564 y ss.

⁵⁰ Gierke, *op. cit.*, p. 145.

⁵¹ Guillermo-Augusto Tell y Lafont, *Un siglo de escuela histórico*, R.J.C. 1914, pp. 20 y ss.

miento de las mismas fuentes, para lo que les abrían las puertas los descubrimientos de la arqueología moderna». Por eso mismo, prescindían de las modificaciones que «habían penetrado en las costumbres, que muchas veces venían a llenar verdaderos huecos que habían dejado las fuentes».

Y respecto del tercer descuido, otro notario catalán y recolector de costumbres, Victorino Santamaría⁵², hizo notar que a la escuela de Savigny le faltó que, al lado de la escuela y como desarrollo de la misma, se hubiera fundado y establecido «un cuerpo de estudiosos con el fin de hacer lo que Don Joaquín Costa, trabajar en compilaciones de derecho consuetudinario y agrupar a su alrededor a los que sienten vocación por esta clase de estudios».

⁵²Victorino Santamaría, *Un siglo de escuela histórica*, R.J.C., 1914, p. 199.