
FELIPE GONZALEZ VICEN
(Universidad de La Laguna)

La Escuela histórica del derecho

1.

Es una idea admitida generalmente, la de que, en su esencia, la Escuela histórica representa una reacción contra el dogmatismo y el pensamiento abstracto de la Ilustración. La idea, avalada por los reproches de “arrogancia insondable” y “pretensiones desmesuradas” que hace Savigny a la época precedente (1), se extiende por analogía también a las demás manifestaciones del historicismo de la época, viendo en todas ellas un enfrentamiento con la concepción de la realidad del racionalismo ilustrado.

Toda época, en efecto, ha estructurado racionalmente zonas aisladas de su horizonte vital, pero sólo la Ilustración, como culminación de la filosofía moderna, procede a una racionalización radical de la realidad y de la existencia humana en su totalidad (2). El concepto central de la época es la “razón”, una facultad innata y analítica por la que el hombre desentraña los fenómenos, descubre las leyes que los enlazan y va avanzando así hasta llegar a los primeros prin-

(1) F. C. v. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (=Beruf), Heidelberg 1814, págs. 5, 6.

(2) Sobre el sentido histórico del racionalismo moderno, cfr. G. Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein. Studien über marxistische Dialektik* (Kleine revolutionäre Bibliothek, Bd. 9), Berlin 1923, págs. 125-26.

cipios del ser (3). Se trata de una facultad autónoma en el más riguroso sentido de la palabra, es decir, no sometida a ninguna otra instancia que no sea la de sus propias leyes; porque así “como los ojos ven, los oídos oyen y las otras facultades ejercitan sus funciones sin necesidad de preceptos ajenos”, así también “el entendimiento puede razonar perfectamente, buscar la verdad y encontrarla sin tutela de ninguna clase” (4). Esta verdad tiene como carácter esencial la universalidad, de tal suerte que, como decía Voltaire, “se puede estar seguro, de que lo que no es de una necesidad absoluta para todos los hombres, todos los tiempos y en todos los lugares, no es necesario para nadie” (5). Contra esta verdad no hay contradicción válida sea cual sea su procedencia, ni siquiera si tiene su origen en la revelación divina, la cual, si bien puede confirmar los dictados de la razón, no puede, en cambio, invalidarlos: y ello, porque “somos hombres antes que cristianos” (6). Asistimos así a un proceso que se ha llamado de “aguda secularización” (7), a un anti-supranaturalismo y humanización de todos los criterios y verdades permanentes (8), por virtud del cual la dignidad humana sólo se basa en el “pensar por sí mismo”, en “encontrar en sí, en la razón, la piedra de toque de la verdad” (9). Este carácter absoluto e incontrovertible de la verdad racional la convierte en medida y criterio de la realidad y de las relaciones humanas, es decir, hace de ella una facultad crítica. “Nuestra época es, en sentido propio, la época de la crítica, a la que todo tiene que someterse”; la religión por su carácter sagrado y la legislación por su majestad quieren sustraerse a esta crítica, pero lo que hacen con ello es tan sólo despertar nueva sospecha justificada, ya que únicamente merece respeto ante la razón aquello que “ha resistido el examen libre y público” por esta misma razón (10).

(3) Sobre la estructura de la razón ilustrada, E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen 1932, págs. 5 ss.

(4) C. A. Helvétius, *Les progrès de la raison dans la recherche du vraie*, en *Oeuvres complètes*, à London 1777, t. I, pág. 338.

(5) Carta de Voltaire al Marqués de Voyer d'Argenson, de 6.XI.1770, en *Lettres choisies*, ed. R. Naves, Paris 1955, págs. 470-71.

(6) Art. “Raison” en *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*. Nouv. éd. t. XXVIII, à Genève 1778, pág. 265.

(7) Cfr. C. H. Ratschow, “Säkularismus”, en *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. V, Tübingen 1961, Sp. 1291 ss.

(8) E. Troeltsch, “Aufklärung”, en *Gesammelte Schriften*, Bd. IV, Tübingen 1925, pág. 838.

(9) Kant, *Was heisst: sich im Denken orientieren?* WW (Cassirer) Bd. IV, pág. 365 n., y su célebre artículo *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* WW Bd. IV, págs. 167 ss.

(10) Kant, *Kritik der reinen Vernunft* WW Bd. III, pág. 7 n.

Nada tiene de extraño que la nueva sensibilidad que se halla en el fondo de la Escuela histórica se entendiera a sí misma como negación de este pensamiento abstracto y como reacción contra una época que había hecho de él el punto de partida de toda reflexión. Frente al “nuevo sentido histórico que empieza a despertar por doquiera” (11), la Ilustración aparece como la época ahistórica por excelencia. Como una época, dirá Savigny, que “había perdido el sentido y el sentimiento por la grandeza y la peculiaridad de otros tiempos” (12), que había desgajado el presente de toda relación con el pasado, viendo en éste tan sólo “una suma de aleccionamientos político-morales” (13), destinados a servir de base a las decisiones del momento. Ahora bien, ¿es esto la Ilustración? O mejor dicho, ¿es esto sólo la Ilustración? Hoy sabemos que esta imagen de la Ilustración como una época exclusivamente ahistórica es una creación del romanticismo a la busca de su propia identidad (14). Como también sabemos, al menos desde Dilthey, que, al contrario de esta imagen, la Ilustración es la época que “descubre” el mundo histórico, que pone al descubierto las raíces de lo que, más tarde, iba a llamarse el historicismo (15). Y ello no de un modo esporádico, sino como un rasgo constante que recorre todo el pensamiento del siglo, desde sus mismos comienzos en las postrimerías del siglo XVII (16), a través de la *Enciclopedia*, la obra ilustrada por antonomasia (17), hasta las grandes construcciones del materialismo de la época (18).

En la tradición de esta gran corriente se halla inserto el historicismo de principios del siglo XIX, y de ella recibe, no sólo incitaciones fundamentales, sino gran parte también de su aparato conceptual. La idea corriente, sostenida por el mismo Savigny, que ve en la Escuela histórica una reacción de principio contra la mentalidad

(11) Savigny, *Beruf*, pág. 5.

(12) *Beruf*, pág. 4.

(13) Savigny, “Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft” (1815) (=Zweck), ahora en *Vermischte Schriften*, Berlín 1850, Bd. I, págs. 111-12, 109.

(14) Cassirer, *Phil. d. Aufklärung*, ya cit., págs. 263 ss.

(15) Cfr. el célebre trabajo de W. Dilthey, “Das achtzehnte Jahrhundert und die geschichtliche Welt”, en *Gesammelte Schriften*, Bd. III, esp. págs. 222 ss.

(16) Sobre ello, el excelente trabajo de W. Krauss, *Cartaud de la Villate. Ein Beitrag zur Entstehung des geschichtlichen Weltbildes in der französische Frühaufklärung*, Berlín 1960, esp. 1. Teil, págs. 31 ss.

(17) Cfr. N. N. Schargo Hoyt, *History in the Encyclopédie*, New York 1947, y sobre todo, E. Weiss, *Geschichtsschreibung und Staatsauffassung in der französische Enzyklopädie*, Wiesbaden 1956, págs. 10 ss.

(18) Sobre el pensamiento histórico en Holbach y Helvecio llamó ya la atención a finales del siglo último G. W. Plechanow, *Beiträge zur Geschichte des Materialismus* (1896), Berlín 1946, págs. 50 ss., 95 ss.

ilustrada requiere, por eso, una corrección esencial. La Escuela histórica no es, sin más, una reacción contra el pensamiento de la Ilustración, sino, en realidad, *una reacción contra una de las formas de pensamiento de esta época*. Y lo que es más importante: *una reacción que se instrumenta con categorías que había elaborado y formulado la reflexión sobre el mundo histórico de la misma Ilustración*. Lo que aquí se da no es cisura radical, sino, más bien, continuidad, hasta el punto que ha podido escribirse por pluma autorizada, que “la vivencia romántica del pasado se diferencia, es verdad, en matices del historicismo del siglo XVIII, pero no en su ausencia” (19). Si se quiere entender adecuadamente la naturaleza y la significación del gran movimiento de la Escuela histórica, es preciso, por eso, eliminar de antemano todo simplismo y no tomar al pie de la letra, sobre todo, las manifestaciones de sus representantes y teóricos. La Escuela histórica no sólo no es la refutación del pensamiento ilustrado tomado en bloque, como podría aparecer a primera vista, sino que es la heredera legítima de la época, en tanto que en ella revive —con acentos nuevos, es verdad— la antinomia fundamental que había recorrido durante cerca de cien años la filosofía de la Ilustración: la antinomia entre pensamiento racional abstracto y comprensión del mundo histórico y sus formas. De estos dos polos, la Escuela histórica sitúa uno de ellos, la comprensión del mundo histórico, en el centro mismo de su reflexión, enfrentándolo conscientemente al principio formal-abstracto tradicional en el racionalismo moderno desde Descartes. Y es aquí, en este doble sentido de continuidad y nueva reflexión, donde radica justamente la significación de la Escuela histórica. No en el descubrimiento de nuevos conceptos, muchos de los cuales, como el de pueblo, continuidad orgánica de la historia, unidad del mundo de la cultura, autonomía de las formas históricas, habían sido ya prefigurados en la época anterior, sino en la concreción y sistematización de estos conceptos, en haber construido con ellos una teoría coherente, en la que la comprensión del mundo histórico se convierte en principio metódico universal de las ciencias del espíritu.

Lo que significa la nueva actitud sistemática de la Escuela histórica se echa de ver de la mejor manera parando la atención en algunos de los grandes ensayos del pensamiento ilustrado por acercarse al mundo histórico, y muy especialmente, por poner al descubierto la

(19) R. Stadelmann, “Die Romantik und die Geschichte”, en *Romantik. Ein Zyklus Tübinger Vorlesungen*, Tübingen u. Stuttgart 1948, pág. 166.

estructura histórica del Derecho y del Estado, y en general, del mundo de las obras del hombre. Son ensayos a los que les falta el toque final, pero en los que, como acabo de decir, nos salen al paso conceptos, intuiciones y fórmulas que, en la perspectiva del tiempo, nos aparecen con toda claridad como la materia prima de la que van a servirse Savigny y su Escuela para una síntesis que va a abrir nuevos horizontes al pensamiento europeo.

2

Pensemos, en primer lugar, en Montesquieu, la gran potencia espiritual de la época (20), con quien “se abre, en sentido propio, la senda para la consideración histórica del mundo del Derecho” (21). El punto de partida de Montesquieu es el espectáculo de la variedad infinita de las leyes e instituciones humanas (22), así como su convicción de que esta multiplicidad no es fruto del acaso o del capricho, sino que en “esta diversidad infinita los hombres no han sido guiados por sus fantasías” (23). Ahora bien, si las instituciones humanas no son fruto del acaso, ¿dónde se halla la razón de su variedad y multiplicidad? Y de otro lado: si encontramos esta razón, ¿no será ella la clave de la naturaleza de las leyes e instituciones en las colectividades humanas? En la busca y fundamentación de esta razón última se centra todo el pensamiento de Montesquieu: un pensamiento que va desarrollándose según el esquema de unos principios metódicos rigurosos. El primero de ellos es que sólo puede llegarse a conclusiones válidas por el examen de lo dado tal y como se ofrece a la observación, que no hay fuente más fecunda de error, que “trasplantar a siglos pasados las ideas del siglo en que se vive” (24). Como dirá al comienzo de su obra principal: “Yo no he

(20) Carecemos todavía de un estudio de conjunto satisfactorio sobre la influencia decisiva de Montesquieu en su época. Aspectos parciales de ella, en F. T. Fletcher, *Montesquieu and English Politics (1750-1800)*, London 1939, P. M. Spurlin, *Montesquieu in America (1760-1801)*, Louisiana State Univ. Press 1940, P. Benelli Ambri, *L'opera di Montesquieu nel settecento italiano*, Milano 1960, R. Vierhaus, “Montesquieu in Deutschland. Zur Geschichte seiner Wirkung als politischer Schriftsteller im 18. Jahrhundert”, en *Collegium Philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60. Geburtstag*, Basel/Stuttgart 1966, págs. 403 ss. También puede leerse todavía con provecho la vieja tesis doctoral de H. Treischer, *Montesquieus Einfluss auf die philosophischen Grundlagen der Staatslehre Hegels*, Leipzig 1917, esp. págs. 10 ss.

(21) J. G. Droysen, *Historik. Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, hrsg. v. R. Hübner, 3. Aufl., Darmstadt 1958, pág. 257.

(22) *Défense de l'Esprit des lois*, en *Oeuvres complètes*, éd. R. Caillois, Paris 1949-51, t. II, pág. 1137. (En lo que sigue, todas las indicaciones entre paréntesis se refieren al tomo y página de esta edición de las Obras completas).

(23) *Esprit des lois*, préface (II, 229).

(24) *E.d.l.*, XXX, 14 (II, 902).

extraído mis principios de mis prejuicios, sino de la naturaleza de las cosas" (25). El segundo principio metódico es el de la reducción de la razón a su función empírica renunciando a su función crítica, tan cara a la época. No el juicio de las instituciones según criterios intemporales, sino el análisis de su individualidad es lo que pretende Montesquieu. "Veo más que juzgo, razono sobre todo y no critico nada" (26); "no escribo para censurar lo que está establecido en el país que sea, sino que cada nación encontrará aquí las razones de sus máximas" (27). Y más contundentemente: "Aquí se dice lo que es, no lo que debe ser" (28). Este análisis de las instituciones, que pone de manifiesto que si éstas se adecúan a una determinada situación humana ello depende de la estructura de esta última (29), abre los ojos a Montesquieu para el concepto fundamental de su doctrina, el concepto de "relación". "Yo no trato de las leyes, sino del espíritu de las leyes..., un espíritu que consiste en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con diferentes cosas" (30). Y como las leyes "son siempre hechas por una sociedad" (31), la principal de estas relaciones es la que las leyes mantienen con la sociedad que las alumbró. Esta intuición genial de Montesquieu adquiere toda su importancia por el hecho de que lo que tiene presente no es "la" sociedad, como en las teorías políticas iusnaturalistas, sino cada una de las sociedades que se han dado en la historia, es decir, la sociedad en su individualidad, determinada por factores físicos, humanos, económicos (32), cuya confluencia hacen de cada sociedad un dato único animado por un espíritu propio: "Varias son las cosas que gobiernan a los hombres, el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los usos sociales, de todo lo cual surge como resultado un espíritu general" (33). Las sociedades entendidas así en su individualidad constituyen el verdadero sujeto y motor de la historia. El entramado de creencias, factores externos, tradiciones, modos de vida que constituyen el ser de las sociedades como entidades históricas va creando por su propia dinámica un mundo de formas

(25) *E.d.l.*, préface (II, 229).

(26) *Mes pensées*, n.º 194 (I, 1039).

(27) *E.d.l.*, préface (II, 230).

(28) *E.d.l.*, IV, 2 n. (II, 265).

(29) Una aguda contraposición de Voltaire y Montesquieu en este punto, en B. Groethuysen, *Philosophie de la Révolution française précédée de Montesquieu*, 3e. éd., Paris 1966, págs. 133 ss.

(30) *E.d.l.*, I, 3 (II, 238).

(31) *E.d.l.*, XXIX, 13 (II, 875).

(32) *E.d.l.*, I, 3, XVIII 8, XIX, 4 (II, 238, 536, 558).

(33) *E.d.l.*, XIX, 4 (II, 558).

estrechamente enlazadas entre sí, Derecho, religión, arte, principios de gobierno, usos, todas ellas referidas a un fundamento único en movimiento (34). Y algo así como una premonición de Savigny parece recorrer las siguientes palabras: "En todas las sociedades, las cuales no son más que una unión de espíritu, se forma un carácter común. Este alma universal reviste una manera de pensar que es efecto de una cadena de causas infinita que se multiplican y combinan de siglo en siglo. Desde que se ha dado y recibido la tonalidad, es sólo ésta la que gobierna, y todo lo que los soberanos, los magistrados, los pueblos pueden hacer o imaginar, bien aparente que chocan con dicha tonalidad o que la siguen, está siempre referido a ella, y es ella la que domina hasta su destrucción total" (35).

La experiencia de la que arranca la vivencia histórica de Justus Möser, el "grandioso autóctono" de Dilthey (36) es muy distinta de la de Montesquieu; no la multiplicidad de las leyes e instituciones humanas, sino la experiencia de la vida y la tradición del principado eclesiástico de Osnabrück, un Estado minúsculo surgido de la paz de Westfalia, en el cual iba a residir hasta su muerte, y cuya realidad jurídica y política iba él mismo a conformar decisivamente a través de numerosos cargos públicos (37). Inserto en este microcosmos determinado por la tradición y la continuidad de las formas de vida, Möser va a descubrir una nueva perspectiva histórica y un nuevo entendimiento de la realidad humana y social, a cuya exposición está dedicada su obra entera; una obra poco conexas, e incluso, a veces, fragmentaria, pero que constituye uno de los grandes monumentos de la nueva conciencia histórica en el siglo XVIII (38).

(34) *Mes pensées*, n.º 645 y n.º 1103 (I, 1156-7, 1458). Esta es la idea que Hegel califica de "verdadera concepción histórica" y "auténtico punto de vista filosófico", es decir, "la consideración del Derecho positivo..., no abstracta y aisladamente, sino, al contrario, como momento dependiente de una totalidad y en conexión con todas las demás determinaciones que constituyen el carácter de una nación y de una época", *Rechtsphilosophie* § 3, WW (Jubiläumsausg.) Bd. VII, pág. 43.

(35) *De la politique* (I, 114).

(36) W. Dilthey, *Das achtzehnte Jahrhundert u. d. geschichtl. Welt*, ya cit., pág. 253.

(37) Sobre Osnabrück como Estado. L. Bäte, *Justus Möser advocatus patriae*, Frankfurt/M. u. Bonn 1961, págs. 23 ss. El mismo Möser escribió repetidamente sobre su ciudad natal: cfr., *Patriotische Phantasien* (= *Patr. Phant.*), en *Sämtliche Werke*. Neu geordnet durch B. R. Abeken, 2. Augs., Berlin 1858 (= SW), Bd. II, págs. 354 ss., y *Kleinere, den Patriotischen Phantasien verwandte Stücke* (= *Kl. Stücke*), SW Bd. V, págs. 44 ss., 116 ss.

(38) Sobre la obra de Möser, cfr. la tesis doctoral inédita de mi antiguo Profesor Adjunto, J. L. González Dörner, *Estado y Derecho en el pensamiento de Justus Möser* (Univ. de La Laguna) 1963, donde se encontrará abundante bibliografía. Una impresión parcial de esta tesis con el título "Reflexiones en torno al pensamiento político de Justus Möser", en *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, 1964-65, págs. 117 ss.

Por su propia naturaleza, la obra de Möser está dirigida contra el pensamiento analítico y abstracto de la época. Möser, que, ya en sus años de estudiante, había visto cómo “los filósofos... disputaban y demostraban a priori como si no hubiera un mundo real” (39), ataca incansablemente una forma de pensamiento que desintegra la realidad a la busca de principios y reglas intemporales, que luego trata de imponer a esta misma realidad. Al olvido de las reglas extraídas de “una experiencia cierta y comprobada” (40), se sigue así la formulación de reglas para la realidad basadas tan sólo en la “razón y la sabiduría”, “esas eternas alcahuetas de las pasiones humanas” (41), ignorando “el verdadero plan de la naturaleza, cuya riqueza se nos muestra en la multiplicidad” (42). Esta posición de principio de Möser va a determinar su concepción histórica, basada, de un lado, en la noción de la experiencia directa, y de otro, en la idea de la creación de las formas de vida de las colectividades, no por el discurso racional, sino por la dinámica del movimiento histórico. La idea fundamental aquí es la del desarrollo en el tiempo de las comunidades históricas, las cuales no son para Möser simplemente colectividades en general, sino, de acuerdo con toda la estructura del pensamiento historicista, realidades singulares y concretas de naturaleza y orígenes comunes, compuestas, no por hombres en abstracto, que es un concepto que sólo tiene sentido para los teólogos cuando hablan del reino de los cielos, sino por hombres muy concretos con una función social determinada, propietarios, arrendatarios, siervos, señores (43). Objeto de la historia son estas unidades colectivas concretas, “el origen, el desenvolvimiento y la naturaleza divina del carácter nacional en medio de todas las modificaciones”, “el influjo que han ejercido en estos cuerpos leyes y costumbres, virtudes y defectos de los gobernantes, disposiciones erróneas o acertadas, el comercio, el dinero, las ciudades, la administración, la nobleza, el idioma, las opiniones, guerras y asociaciones” (44). Estas comunidades humanas van creando a lo largo del tiempo bajo los influjos más diversos un mundo de instituciones, todas las cuales —otra constante del pensamiento historicista— se hallan entrelazadas entre sí, como fruto que son de un sustrato histórico único. “La historia de la religión, de la jurisprudencia, de la filosofía, de las artes y de las ciencias liberales es inseparable de la

(39) Cfr. Fr. Nicolai, *Leben Justus Möser's*, SW X, 11.

(40) *Kl. Stücke*, SW V, 74.

(41) *Patr. Phant.* SW, I, 379.

(42) *Patr. Phant.* SW II, 21.

(43) *Kl. Stücke*, SW V, 177 ss., 196 ss.

(44) *Osnabrückische Geschichte*, SW VI, pág. X.

historia del Estado... Toda guerra tiene su tono peculiar, y también las acciones políticas tienen su colorido, su vestimenta y su especificidad en relación con la religión y las ciencias” (45). Su referencia a la creatividad de las comunidades humanas, su enraizamiento en una constelación concreta de ideas y necesidades, lo que Möser llamará *Lokalvernunft*, “razón local” (46), en oposición a la razón abstracta de la filosofía, es lo que presta sentido absoluto a las instituciones y formas de vida de los hombres (47). No hay un criterio invariable que nos permita juzgar en sí de los fenómenos históricos, sino que éstos llevan en su misma existencia su razón de ser (48). La ceguera por este crecimiento orgánico de las instituciones y su justificación inmanente se manifiesta en la tendencia de la época a reducir la vida de las comunidades humanas a una suma de leyes jurídicas generales (49). Möser, una de las primeras voces que se alzan en contra de la idea codificadora, sostiene, en cambio, la idea del carácter autóctono del Derecho, variable en el tiempo, pero siempre vinculado a una comunidad concreta. Este es el único Derecho existente, y por tanto, también el único vinculante. No el deducido de principios racionales, pero tampoco el basado en la subjetividad, es decir, en el sentimiento de lo justo por parte de los individuos o de los jueces, el cual no sale, por definición, de la esfera de la individualidad, y no puede, por ello mismo, ser Derecho (50).

El punto culminante en toda esta dirección lo representa Johann Gottfried Herder, el “Copérnico de la historia”, como se le ha llamado por analogía con Kant, el “Copérnico de la filosofía” (51). Herder encuentra acceso al mundo histórico también desde un enfrentamiento absoluto con el racionalismo ilustrado. Un pensamiento que “pasa por alto lo individual..., y se aferra a la transparencia y exactitud de lo general” (52), cuyo protagonista es el “filósofo”, que cree “llevar toda la sabiduría en la cabeza y todo el mundo en el pecho” (53), y que, tal un funámbulo, despliega sus habilidades

(45) *Osnabrückische Geschichte*, SW VI, págs. XXI-XXIII.

(46) *Osnabrückische Geschichte*, SW VI, 86.

(47) *Patr. Phant.* SW III 255 ss., IV, 297 ss., *Kl. Stücke*, SW V, 136 ss., 147 ss., y *Kleine Schriften*, SW IX, 167 ss.

(48) *Osnabrückische Geschichte*, SW VI, 165.

(49) *Patr. Phant.* SW II, 20 ss.

(50) *Patr. Phant.* SW IV, 110 ss.

(51) Cfr. E. Cassirer, *Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neuen Zeit*, Bd. IV, Stuttgart 1957, pág. 226.

(52) Herder, *Auch eine Philosophie der Geschichte, zur Bildung der Menschheit* (= *Auch. e. Phil.*), *Sämtliche Werke*, hrgn. v. J. v. Müller u. a., Stuttgart u. Tübingen 1827 ss. (= SW) (Zur Philosophie und Geschichte, Bd. III), pág. 107.

(53) *Auch. e. Phil.*, págs. 68-69.

lejos del suelo ante las miradas de un público absorto" (54). Bajo el influjo de la crítica a la cultura de Rousseau y al conjuro de las ideas de J. G. Hamann, el gran incitador de la época, Herder opone a este mundo cerrado del "espíritu" y del raciocinio el mundo inmediato de la experiencia vital. "La luz no alimenta a los hombres" (56), ni la libertad de pensamiento es "sustitutivo de lo que más necesitamos, que es corazón, color, sangre, humanidad, vida" (56). El ideal para el hombre no es una filosofía "roma, miope, menospreciadora, segura de sí e incapaz" (57), sino una existencia "delicada, rica, plenamente objetiva, nada erudita, animada y viva como un adolescente" (58). La dinámica de esta existencia humana se le revela a Herder en la historia: "drama infinito de escenas, epopeya divina a través de los milenios, continentes y especies humanas, fábula infinitamente variada y llena de sentido" (59). En esta contraposición entre "entendimiento" y "vida" que va a imprimir su sello a las nuevas generaciones del *Sturm und Drang* (60), la "vida", la historia le aparece a Herder, en mayor medida que a los grandes representantes de la conciencia histórica en su siglo, como multiplicidad, como manifestación varia del ser mismo de la humanidad. La humanidad "constituye un proyecto tan rico de aptitudes y fuerzas..., que sólo puede expresarse en millones de formas en nuestro planeta" (61). La manifestación concreta de esta multiplicidad de formas en la historia son los pueblos y sus culturas, cada uno de los cuales constituye un universo vivo, expresión individual del ser de la humanidad. Es por eso, que a un pueblo no se le puede describir ni caracterizar de modo general, sino que en cada uno de ellos hay que tener ante la vista "todo el cuadro vivo de su forma de vida, costumbres, necesidades, peculiaridades geográficas y climatológicas" (62). La interacción de todas estas circunstancias es la que, como en Montesquieu y Möser, convierte al pueblo en entidad histórica propia, de tal suerte, como dirá Herder con palabras

(54) *Auch e. Phil.*, pág. 106.

(55) *Auch e. Phil.*, pág. 93.

(56) *Auch e. Phil.*, págs. 109-110.

(57) *Auch e. Phil.*, pág. 133.

(58) Herder, *Journal meiner Reise im Jahr 1769*, SW (Z. Phil. u. Gesch.) Bd. XXI, pág. 171.

(59) *Auch e. Phil.*, pág. 138.

(60) Sobre ello cfr. las excelentes páginas de H. A. Korff, *Geist der Goethezeit*, Bd. I, 6. Aufl., Leipzig 1962, págs. 69 ss., así como H. Nohl, *Die deutsche Bewegung. Vorlesungen und Aufsätze zur Geistesgeschichte von 1770-1830*, Göttingen 1970, págs. 95 ss.

(61) Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (= *Ideen*), SW (Z. Phil. u. Gesch.) Bd. VI, pág. 302.

(62) *Auch e. Phil.*, pág. 63.

famosas, que “cada nación tiene en sí su centro de felicidad, como toda esfera tiene en sí su centro de gravedad” (63). Los pueblos son entidades vivas —“un pueblo es... una planta de la naturaleza”, dice Herder (64)— y como tales poseen una dinámica propia. Esta dinámica se muestra, de un lado, en el desenvolvimiento interno, en que “ningún pueblo es siempre el mismo..., sino que experimenta siempre un periodo de crecimiento, de florecimiento y de decadencia” (65), y de otro lado, en la capacidad creadora de formas de vida. En toda colectividad histórica alienta algo propio que le presta individualidad y que Herder llama “genio”, “carácter” e incluso también “espíritu del pueblo” (66), un “algo maravilloso y extraño”, “inexplicable e indeleble, tan viejo como la nación, como la tierra que ésta ocupa” (67). Esta individualidad de los pueblos, su singularidad va creando en el curso del tiempo como patrimonio propio sus formas culturales: “la cultura de un pueblo es la floración de su existencia..., su misma revelación” (68). Sólo por referencia a un pueblo determinado es, por eso, comprensible de modo concreto el mundo de la cultura. Si queremos entender, por ejemplo, la literatura de un pueblo, tenemos que verla como “la flor de la peculiaridad de este pueblo, de su idioma y de su país, de sus ocupaciones y perjuicios, de sus pasiones y pretensiones, de su música y de su alma” (69). Y lo mismo puede decirse de la religión (70), del lenguaje, “en el que van impresos el entendimiento y el carácter..., el genio de un pueblo” (71), de la mitología (72), y en general, de todas las manifestaciones culturales. De aquí la contradicción implícita en la idea misma de un Derecho natural válido para todos los tiempos y pueblos. “¿Para todos los tiempos y pueblos?” se pregunta Herder; es decir, no, por tanto, “para el pueblo para el que este Derecho tendría que estar únicamente destinado y para el cual debería ser como un traje” (73).

(63) *Auch e. Phil.*, pág. 72 y también *Ideen*, 3. Th., pág. 303.

(64) *Ideen*, 2. Th., pág. 220.

(65) *Auch e. Phil.*, pág. 66. *Ideen*, 3. Th., págs. 197, 306.

(66) *Ideen*, 2. Th., págs. 197, 198, y 3. Th., p. 48. El concepto de “espíritu del pueblo”, que tanta resonancia iba a alcanzar más tarde, es expresado por Herder, en alemán, como “*Geist des Volkes*”, mientras que la Escuela histórica utilizará, a partir de Puchta, la contracción “*Volksgeist*”.

(67) *Ideen*, 3. Th., pág. 48.

(68) *Ideen*, 3. Th., pág. 196.

(69) Herder, *Ueber Ossian und die Lieder der alten Völker*, SW (Z. schönen Literatur u. Kunst) Bd. VII, pág. 15.

(70) Herder, *Fragmente zur deutschen Literatur* (= *Fragmente*) 2. Sammlung. SW (Z. schön. Lit. u. Kunst) Bd. II, págs. 28 ss.

(71) *Ideen*, 2. Th., págs. 197, 198, y *Ueber den Ursprung der Sprache*, SW (Z. Phil. u. Gesch.) Bd. II, págs. 133 ss.

(72) *Fragmente*, 2. Sammlung, págs. 17 ss., 30 ss.

(73) *Auch e. Phil.*, págs. 114-15.

A través de la dinámica de su propia existencia y de la creación incesante de sus formas de vida los pueblos van tejiendo la tela de la historia, la cual “rebrilla y llamea ante tus ojos como una maraña de escenas, pueblos y épocas” (74). Una maraña, sin embargo, que podemos desentrañar si desterramos “ideales” y “fantasmas” y nos contentamos con “ver tan sólo y por doquiera lo que es” (75). Y entonces la historia nos aparece como una unidad de sentido, no como producto del azar —“no es la fortuna la que rige el mundo”, había dicho ya Montesquieu (76)—, sino sometida a leyes inmanentes. La historia, esa “gran obra de Dios”, dice Herder, introduciendo un concepto que va a llenar toda la época siguiente, es un organismo: “la semilla llena de energía, el brote delicado y floreciente, el tronco robusto, los vástagos vigorosos y entrelazados, las ramas extendiéndose en el aire, todo reposando lo uno sobre lo otro, todo surgiendo lo uno de lo otro” (77). Y por eso no hay una perspectiva que permita un juicio sobre otras perspectivas —“¿qué es lo que constituye un fin absoluto en el escenario de la humanidad?” se preguntará Herder (78)—, sino que, como manifestación de un movimiento dotado de necesidad inmanente, cada realidad histórica posee también una necesidad y una justificación propias. “El destino revela sus intenciones a través de lo que acontece y de la manera que acontece, una consideración que nos muestra estas intenciones sólo a través de lo que es y se nos hace patente. ¿Por qué existieron en el mundo los griegos ilustrados? Simplemente porque existieron, y porque, en tales circunstancias sólo podían ser griegos ilustrados... Historia es la ciencia de lo que es, no de lo que pudiera ser según propósitos ocultos del destino” (79). Se trata de una concepción de la historia y su sentido, por virtud de la cual en el campo de las formas históricas como en el de los productos naturales, “o todo o nada es acaso, o todo o nada es arbitrario” (80).

3

En estrecha conexión con esta corriente de pensamiento, casi, pudiera decirse, como su desenlace se encuentra la Escuela histórica

(74) *Auch e. Phil.*, pág. 66.

(75) *Ideen*, 3. Th., pág. 193.

(76) *E.d.l.*, I, 1, (II, 232) y *Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence*, ch. XVIII (II, 173).

(77) *Auch e. Phil.*, págs. 130-31.

(78) *Auch e. Phil.*, pág. 93.

(79) *Ideen*, 3. Th., pág. 194.

(80) *Ideen*, 3. Th., pág. 269.

del Derecho, una de las grandes construcciones del pensamiento jurídico europeo. A nosotros nos es difícil hoy imaginarnos la impresión que, tras siglos de tradición iusnaturalista, iba a producir la obra de Savigny y su escuela. “Fue un descubrimiento, una revelación. El Derecho se liberaba de las cadenas de la voluntad y de la opinión subjetivas y aparecía a la luz de la historia. Una nueva vida animó la ciencia del Derecho, algo así como una resurrección” (81). Nadie podrá negar, decía Stahl, que la Escuela histórica del Derecho “ha provocado una transformación total y venturosa de la ciencia jurídica, como no se había conocido en ninguna época anterior” (82). Y Gierke: “Imperecedero era el núcleo de la nueva doctrina, porque se trataba de verdades que, una vez descubiertas, no vuelven ya a desaparecer. Y hoy se ha hecho ya parte de nuestro propio ser la idea de que el Derecho es un producto histórico de la vida colectiva, y su historia y sus modificaciones un proceso singular dentro del desenvolvimiento de la cultura” (83). Es una teoría, un modo de ver el Derecho que va a determinar decisivamente más de un siglo de pensamiento jurídico, hasta tal punto, que, todavía en vida de Savigny, pudo decirse que la Escuela histórica del Derecho había desaparecido como tal, “porque sólo puede hablarse de una Escuela científica, en tanto que su principio fundamental es exclusivamente suyo..., mientras que cuando este principio se ha hecho patrimonio común de toda la ciencia, la Escuela originaria deja de ser tal” (84). Más aún, la Escuela histórica va a representar pronto, junto a la filosofía de Hegel, la gran potencia de la época, y el método inaugurado por Savigny va a trasponer las fronteras del Derecho para convertirse en el principio fecundador de todas las ciencias del espíritu (85).

(81) B. Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft. Eine Universitäts-Festrede*, Greifswald 1854, pág. 17.

(82) F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, 5. Aufl., Tübingen und Leipzig 1878, Bd. I, pág. 678. Casi a la letra repite el mismo juicio J. v. Jhering, “Friedrich Karl von Savigny”, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. V (1861), págs. 354 ss.

(83) O. Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, pág. 7.

(84) J. K. Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen* (1839), 2. Aufl., Zürich 1862, pág. 27.

(85) Sobre la significación de la Escuela histórica en su época y en la constitución de las nuevas ciencias del espíritu, cfr. E. Rothacker, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Tübingen 1920, págs. 43 ss., así como “Die deutsche Historische Schule”, en *Mensch und Geschichte. Studien zur Anthropologie und Wissenschaftsgeschichte*, Bonn 1950, págs. 9 ss. y H. Thieme, “Der junge Savigny”, en *Deutsche Rechtswissenschaft*, Bd. VII (1942), págs. 53-54. Una valoración aguda y ponderada de la Escuela histórica del Derecho en F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, págs. 357 ss., así como su conferencia *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Schriftenreihe, Heft 77)* Karlsruhe 1967.

La formulación programática del pensamiento de la Escuela histórica del Derecho tiene lugar, como es sabido, con ocasión de la polémica mantenida por Savigny con el Profesor de Heidelberg A. F. J. Thibaut acerca de la necesidad de un código civil para Alemania. Bajo el influjo de idea de Montesquieu, ya en el siglo anterior se habían levantado voces contra la idea de una legislación general, y en los años inmediatamente anteriores a Savigny dos juristas famosos, J. G. Schlosser y A. W. Rehberg, habían también atacado desde distintos puntos de vista la idea codificadora. Schlosser, que escribe con ocasión del código fridericiano, no argumenta tanto contra la codificación en sí como contra la política legislativa del absolutismo ilustrado con su tendencia a la uniformidad y simplicidad de las leyes: la felicidad de un Estado radica “en la suma y diversidad de sus ingredientes”, mientras que un Estado “cuyos miembros sólo ven y sólo recorren un camino es un Estado de sabios o de esclavos” (86). De otro lado, Rehberg, que escribe casi simultáneamente con Savigny, basaba su crítica, sobre todo, en que todo código por su misma naturaleza aniquila costumbres, conceptos heredados, preceptos tácitos en que todos convienen y que responden a circunstancias concretas que se dan en la situación también concreta de los miembros de una nación (87). La polémica entre Savigny y Thibaut iba, en cambio, a superar el carácter circunstancial de todos estos alegatos, en primer lugar porque le sirve de telón de fondo la reciente ocupación napoleónica y la imposición del Code civil en territorios alemanes (88), y sobre todo, porque lo que podía haber quedado reducido a un debate sobre la política legislativa, es convertido por Savigny en un debate de principio acerca de la naturaleza del Derecho.

(86) J. G. Scholesser, *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuches insbesondere*, Frankfurt 1789, págs. 11-13, 44 ss., *passim*.

(87) A. W. Rehberg, *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover 1814, págs. 8 ss., 34 ss., y ya antes *Untersuchungen über die französische Revolution nebst kritischen Nachrichten von den merkwürdigsten Schriften, welche darüber in Frankreich erschienen sind*, Hannover u. Osnabrück 1793, págs. 18 ss., 44 ss. El reciente libro de U. Vogel *Konservative Kritik an der bürgerlichen Revolution. August Wilhelm Rehberg (Politica, Abhandlungen u. Texte z. pol. Wissenschaft, Bd. 35)*, Darmstadt u. Neuwied 1972 no aporta nada sobre la crítica de Rehberg a la codificación.

(88) Sobre ello, W. Schubert, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn der 19. Jahrhunderts (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 24)* Köln-Wien 1977, y los trabajos de E. Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft un revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, 2. Aufl., Göttingen 1978, y *Verfassungs- u. sozialpolitische Reformen und Reformprojekte in Deutschland unter dem Einfluss des napoleonischen Frankreich*, en *Historische Zeitschrift*, Bd. 228 (1979), págs. 288 ss.

El escrito de Thibaut no parte, en efecto, de un punto de vista teórico determinado ni defiende más que incidentalmente una posición doctrinal expresa, sino que se basa en razones de índole pragmática y está dirigido más que a los teóricos del Derecho a los juristas prácticos y al legislador. Como en muchos de los escritos de la época en pro de una codificación, como, por ejemplo, el de B. W. Pfeiffer (89), al que, más adelante, hará objeto Savigny de una extensa crítica (90), también Thibaut hace resaltar en primer término, como el gran argumento que abona la necesidad de un código civil para toda Alemania, la confusión y contradictoriedad del Derecho vigente en el país. "Todo nuestro Derecho positivo no es más que un fárrago inmenso de disposiciones contradictorias, opuestas y confusas, muy adecuadas para separar a los alemanes unos de otros y hacer imposible un verdadero conocimiento del Derecho a los jueces y abogados" (91). En este conglomerado de disposiciones apenas si juega algún papel el Derecho autóctono y ancestral, es decir, el Derecho germánico; de tal manera, que de cien cuestiones jurídicas que puedan plantearse, noventa, por lo menos, han de solventarse según Derechos extraños: el Derecho canónico o el Derecho romano (92). En este predominio del Derecho extraño, especialmente del Derecho romano, ve Thibaut uno de los grandes males y la causa principal de la anarquía jurídica que caracteriza la situación jurídica alemana. Porque el Derecho romano de la Recepción, por el que se trata de ordenar la vida del país, no es un cuerpo legal preciso y concluso, sino tan sólo una serie de fragmentos inconexos e incompletos, de texto inseguro y diverso según las variantes de los manuscritos, y cuyo origen se halla, además, en el período de decadencia de una nación extraña. Estos fragmentos han incitado, sin duda, a la investigación, pero a los ciudadanos de nada les sirven las teorías, sino que lo que les importa es que "el Derecho aliente vivo en las

(89) Cfr. B. W. Pfeiffer, *Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung für Deutsche Staaten*, Göttingen 1815, págs. 14 ss. Sobre Pfeiffer, J. Nolte, *Burchard Wilhelm Pfeiffer. Gedanken zur Reform des Zivilrechts. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Zivilgesetzgebung (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. I)* Göttingen-Zürich-Frankfurt 1969, especialmente, por lo que se refiere al problema de la codificación, págs. 37 ss.

(90) Cfr. Savigny, "Stimmen für und wider neue Gesetzbücher", (= *Stimmen*) en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. III (1816/17), páginas 18 ss.

(91) A. F. J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemainen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814 (= *Nothwendigkeit*), pág. 14. Sobre Thibaut, E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abtig., 2. Halbbd. (Text), München u. Berlin 1910, págs. 69 ss., y H. Kiefner, "A. F. J. Thibaut", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (RA)*, Bd. 77 (1960), págs. 304 ss.

(92) *Nothwendigkeit*, págs. 14-15.

cabezas de los jueces y abogados". Es decir, continúa Thibaut, que se da la paradoja de que los alemanes "tenemos en el Derecho romano un código cuyo texto no poseemos y cuyo contenido semeja un fuego fatuo" (93).

Esta situación legislativa, pintada intencionadamente con tan negros colores, es lo que impone la necesidad de un "código sencillo... que fundamente y afirme adecuadamente nuestra situación social de acuerdo con las necesidades del pueblo" (94). De este código, "el más hermoso don del cielo" (95), Thibaut se promete sólo beneficios. Con el código, y como consecuencia de la unidad legislativa, desaparecerá el "fatídico espectro de la colisión entre las leyes de los diversos Estados, comarcas y ciudades alemanas" (96), "nuestros jueces y abogados podrán... tener ante sí en cada caso el Derecho vivo" (97), y las Facultades de Derecho podrán abandonar las especulaciones y formar a los estudiantes sobre un texto indudable (98). Frente a estas ventajas, cuentan poco las objeciones, políticas o de otra índole, que pueden hacerse a la codificación, y a las que Thibaut pasa revista rápidamente. En primer lugar, la objeción de los que, siguiendo a Montesquieu, sostienen que las leyes han de acomodarse a las circunstancias del pueblo, del lugar y de la época, y ven, por eso, en la uniformidad de un código una violencia perturbadora y antinatural. Ahora bien, si es cierto que el Derecho puede tener en cuenta ciertas condiciones de hecho, sus raíces no se encuentran aquí, sino "en el corazón humano, en el entendimiento y en la razón" y es muy raro que llegue el caso de "tener que plegarse a las circunstancias"; más aún, muchas partes del Derecho civil constituyen "una especie de matemática jurídica en la que no puede influir ninguna circunstancia concreta" (99). La otra objeción aduce el carácter sagrado de la tradición, la necesidad de evitar, en lo posible, cambios y transformaciones; es en lo esencial la argumentación de Rehberg en su escrito contra el código de Napoleón, a la que ya Thibaut había contestado en un artículo anónimo (100).

(93) *Nothwendigkeit*, pág. 20.

(94) *Nothwendigkeit*, págs. 24-25.

(95) *Nothwendigkeit*, pág. 32.

(96) *Nothwendigkeit*, págs. 33-34.

(97) *Nothwendigkeit*, págs. 26-27.

(98) *Nothwendigkeit*, págs. 27-30.

(99) *Nothwendigkeit*, págs. 50 ss.

(100) Cfr. *Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur*, 7. Jahrg. (1814), págs. 1 ss., donde dice Thibaut: "desgraciado el pueblo que, indolente y embotado, no quiere amar ni conocer más que lo que se le ha hecho habitual por la vista y el oído" (pág. 6).

Lo que se llama tradición no es, muchas veces, más que una serie de normas y usos contrarios a la razón y utilidad, los cuales, si se mantienen en pie, es por simple "pereza jurídica", porque nadie se ha decidido a oponerse a ellos (101).

Aun cuando la exigencia de un código general para Alemania había sido expresada repetidas veces en la época (102), el folleto de Thibaut iba a tener una acogida y una difusión insólitas. Su éxito se debe, no hay duda, a sus propias cualidades, al hecho de ser, como se ha dicho, "lo más brillante, y a la vez, lo más fundado que se ha escrito nunca sobre la fatalidad del viejo Derecho común y las ventajas de una codificación alemana unitaria" (103); pero también, no hay duda tampoco, a la situación política tras la derrota de las tropas napoleónicas, que había desencadenado un ansia de unidad nacional, a la que parecía responder el proyecto de un código único para toda Alemania. Y sin embargo, la razón profunda de la resonancia que alcanzó el escrito de Thibaut hay que buscarla, sobre todo, en los supuestos filosóficos implícitos en su propuesta codificadora. El movimiento codificador se alimenta, en efecto, de corrientes ideológicas muy distintas pero congruentes dentro del absolutismo ilustrado: la pretensión de poder ilimitado de la monarquía, el ideal de la racionalización de las relaciones sociales por medio del Derecho (104), y muy especialmente, el mundo de ideas del Derecho Natural (105). La influencia del Derecho Natural en las codificaciones clásicas no se limita a la incorporación de algunas proposiciones aisladas a los nuevos cuerpos legales ni a la recepción del dogma del sistema, sino que consiste en lo esencial en la idea de que el hombre puede de por sí y guiado sólo por la razón descu-

(101) *Nothwendigkeit*, págs. 58 ss.

(102) Algunos de los escritos de esta dirección, en Savigny, *Stimmen*, págs. 1 ss., 18 ss., y en J. Stern, *Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland*, Berlin 1914, págs. 8-9 n.

(103) E. Landsberg, *Gesch. d. dt. Rechtswissenschaft*, 3. Abtlg. 2. Halbbd., ya cit., pág. 80.

(104) Sobre ello, P. Klassen, *Die Grundlagen des aufgeklärten Absolutismus (List-Studien, Heft 4)* Jena 1929, págs. 89 ss. Una tendencia que se va a manifestar paradigmáticamente en la codificación prusiana: cfr. H. Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794 (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 77)* Köln u. Opladen 1958, págs. 14 ss., y ya antes, el célebre trabajo de Dilthey, *Das Allgemeine Landrecht (Ges. Schr., Bd. XII)* págs. 131 ss., 155 ss.

(105) Lo esencial sobre el movimiento codificador en F. Wieacker, *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit*, ya cit., págs. 322 ss., así como en su trabajo "Aufstieg, Blüte u. Krisis der Kodifikationsidee" en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn 1954, págs. 34 ss., y G. Tarello, *La ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1971.

brir las normas jurídicas adecuadas para la vida de una comunidad; es la consecuencia última de la fe en la existencia de “una voz en el hombre acerca de lo justo y lo injusto, cuyos preceptos son siempre esencialmente los mismos y siempre descansan por esencia en los mismos fundamentos”, de un sistema “natural” de verdades, “desde el que puede decidirse acerca de la justicia o injusticia en todo caso posible” (106). Para esta teoría que ve en el hombre y en su razón el creador o descubridor del Derecho, la historia no es una potencia autónoma creadora de formas culturales sucesivas, sino una suma de acciones humanas aisladas, cuyas causas se indagan y cuyas consecuencias nos aleccionan (107); y los usos y costumbres, las ideas morales o religiosas de un pueblo no son manifestación en el tiempo de una fuerza histórica individual, sino datos empíricos que hay que tener en cuenta en la redacción de las leyes, “obstáculos”, en último término, que dificultan o hacen imposible la aplicación uniforme y general de aquellos “principios de la razón que deben guiar siempre en su tarea al legislador” (108). Es lo que se ha llamado “actitud histórico-negativa”, la consideración de las peculiaridades de los pueblos como un “mal necesario” que la razón especulativa se ve forzada, muy a su pesar, a tener en cuenta al trazar las leyes ideales para las comunidades humanas (109). Esta es también la posición mantenida por Thibaut a lo largo de toda su obra (110), y manifiesta en su escrito sobre la codificación, cuando concede que hay que tener en cuenta ocasionalmente, es cierto, las “circunstancias concretas”, pero que el Derecho, pese a ello, está fundado “en el entendimiento y la razón”, tal y como si se tratara de una “pura matemática” (111). Y esta es también la posición de principio de todos los juristas que, de un modo o de otro, participan en el movimiento codificador (112).

(106) Thibaut, *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze (Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts*, Bd. I) Jena 1798, págs. 134-135.

(107) Sobre esta concepción “pragmática” de la historia, cfr. W. Dilthey, *Das achtzehnte Jahrhundert u. die geschichtliche Welt*, ya cit., págs. 265-66.

(108) Un documento característico de esta concepción es el prólogo de J. Fr. Reitemeyer a su *Encyclopädie u. Geschichte der Rechte in Deutschland*, Göttingen 1785, esp. págs. XVIII s., LIII. Cfr. también J. W. v. Tevenar, *Versuch über die Rechtslehre*, Magdeburg 1777, págs. 9, 35 ss.

(109) G. Rexius, “Studien zur Staatslehre der historischen Schule”, en *Historische Zeitschrift*, Bd. 107 (1911), págs. 500-502.

(110) Cfr. *Ueber den Einfluss der Philosophie*, ya cit., págs. 148 ss., 174 ss., y *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, Altona 1797, págs. 229 ss., 347 ss.

(111) *Nothwendigkeit*, págs. 50 ss.

(112) Cfr., por ejemplo, el testimonio del inspirador principal del ALR, C. G. Svarez, *Vorträge über Recht und Staat*, hrzgn. v. H. Conrad y G. Kleinheyer (*Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Bd. X) Köln u. Opladen 1960, págs. 37 ss., 228, 464

Contra estas ideas de Thibaut, que son, en realidad, las dos caras de una misma moneda, está dirigido el escrito de Savigny. No contra la idea misma de una codificación unificadora (113) —cuyas ventajas no se le ocultaban a Savigny, aunque negara su oportunidad e incluso su posibilidad en la época (114)—, sino contra sus supuestos doctrinales, de los que el escrito de Thibaut no era más que una expresión típica. Es decir, contra la idea de que el hombre puede crear racionalmente el Derecho, y contra la concepción “pragmática” y “negativa” de la historia. La enemiga de Savigny contra estas ideas, que no es más que una versión de su actitud general contra el racionalismo jurídico (115), responde a una posición doctrinal que madura en él mucho antes de su polémica con Thibaut. Mientras que éste, según él mismo nos dice, iba a redactar su escrito en poco más de dos semanas, en medio del entusiasmo provocado por las victorias de las armas alemanas (116), la respuesta de Savigny —en contra de lo que suele afirmarse y a pesar de su estilo brillante y personal (117)— no es, ni mucho menos, una improvisación o un “escrito de circunstancias”. Por su correspondencia personal sabemos que, al menos desde 1810 (118), Savigny trabajaba en lo que había de ser su escrito programático, el cual, según carta a su editor, estaba destinado a figurar como introducción a su *Historia del Derecho Romano en la Edad Media* (1815-1831), y si se

passim; o las ideas del autor del Código civil austriaco, Franz von Zeiler, *Grundsätze der Gesetzgebung* (1806-1809), ahora en *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, hrgn. v. E. Wolf, Frankfurt a. M. 1950, esp. págs. 242 ss., 246. Sobre la polémica entre tradición y Derecho natural en el Código francés, A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français* (*Bibliothèque de Philosophie du Droit*, vol. IX) Paris 1959, págs. 216-17.

(113) Aun cuando Thibaut tratara de reducir el escrito de Savigny a un alegato anticodificador en su crítica a *Beruf*, en *Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur*, 7. Jahrg. (1814) págs. 929 ss., 936 ss. Sobre el verdadero sentido de la polémica de Savigny contra la codificación, P. Caroni, “Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des “Berufes””, en *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch.* (GA) Bd. 86, págs. 97 ss.

(114) Expresiones positivas de Savigny sobre una posible codificación, en *Beruf*, págs. 19 ss., y *Recension von N. Th. v. Gönner, Ueber Gesetzgebung, 1815* (= *Rec. Gönner*) (*Vermischte Schriften*, Bd. V) Berlin 1850, págs. 132 ss.

(115) Cfr. Savigny, *Juristische Methodenlehre* (1802/1803), hrgn. v. G. Wesenberg, Stuttgart 1951, págs. 48 ss., y G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica* (*Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa*, 13) Milano 1966, págs. 117 ss.

(116) Thibaut, “Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. XXII (1838), pág. 394.

(117) Como dice A. F. Rudolf, “Friedrich Carl v. Savigny. Erinnerungen an sein Wesen und Wirken”, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd. II (1863), pág. 35, “nunca escribió Savigny de modo más arrebatador”.

(118) Carta a Joh. Chr. Bang de 13.4.1810, en A. Stoll, *F. K. v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Bd. I, Berlin 1929, páginas 415-16. Sobre esta carta y su significado en la obra de Savigny, F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen 1959, págs. 123-24.

publica independientemente es sólo por la aparición del folleto de Thibaut (119). Y es que en lo que iba a constituir el programa de la Escuela no se contiene una doctrina nacida al calor de una polémica —lo único “ocasional” en el escrito es quizás la parte dedicada a la crítica de los códigos contemporáneos—, sino un conjunto de ideas que constituyen el núcleo de su pensamiento antes y después de su enfrentamiento con Thibaut y que van a permanecer, poco más o menos, invariables a lo largo de toda su vida (120). Estas ideas, que representan, a la vez, el marco teórico en que se mueve la Escuela histórica del Derecho fundada por él, convergen todas ellas en una intención fundamental: la inserción del Derecho en la historia, su entendimiento como una creación de las comunidades históricas revestida de necesidad interna, y la negación por principio de la idea —cara a la época, pero desconocida tanto en la Antigüedad como en la Edad Media— de que el legislador puede crear el Derecho *ex nihilo* (121).

4

El punto de partida y, a la vez, el supuesto conceptual de la teoría del Derecho de Savigny y su Escuela es la historicidad radical de la existencia humana y de las obras de la cultura. Con ello Savigny lleva a sus últimas consecuencias la gran conquista del movimiento historicista del siglo anterior: la concepción de la historia como un movimiento regido por leyes necesarias e inmanentes, al cual está referido esencialmente el hombre y sus creaciones. En una época en la que, como dirá el mismo Savigny, “el sentido histórico ha despertado por doquiera” (122), para la que, según A. W. Schlegel, “el mundo no es sistema, sino historia” (123), y cuyo principio hermenéutico es el de que “no hay más conocimiento de sí que el cono-

(119) Cfr. J. Henning, “Vom Beruf unserer Zeit und Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander; mit einem unbekanntem Briefe Savigny an Zimmer”, en *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch.* (GA), Bd. LVI (1936), pág. 394.

(120) De aquí lo artificioso de dividir la obra de Savigny en periodos separables, como lo hace D. Strauch, *Recht, Gesetz und Staat bei Fr. C. v. Savigny (Schriften zur Rechtslehre und Politik, Bd. 23)* Bonn 1960, págs. 13 ss.

(121) La expresión es de G. Wesenberg, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtssentwicklung*, Lahr 1954, pág. 135.

(122) *Beruf*, pág. 5.

(123) Cit. por A. Poetzsch, *Studien zur frühromantischen Politik und Geschichtsauffassung (Beiträge zur Kultur- und Universalgeschichte, Heft 3)* Leipzig 1907, pág. 52.

cimiento histórico" (124), la Escuela histórica construye, por primera vez, el edificio de una teoría coherente del Derecho y de las demás formas culturales basada en una ontología de la historia.

Savigny comienza, por eso, precisando claramente su propia concepción de la historia. La cuestión fundamental aquí es, dice, la de la relación entre el pasado y el presente, entre el devenir y el ser, una relación que es entendida de modo contrapuesto por dos direcciones doctrinales también contrapuestas: la dirección "ahistórica" y la dirección "histórica". Para la primera, cada época crea de por sí y libremente su existencia y su mundo, sin otra conexión con el pasado que las lecciones que éste pueda aportarle para sus decisiones (125). Para la dirección histórica, en cambio, "no hay una existencia humana totalmente singular y aislada, sino que lo que parece singular es, más bien, considerado desde otro lado, miembro de un todo superior. Todo hombre singular tiene que ser pensado, por eso, a la vez y necesariamente, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado, de cada una de las épocas de un pueblo como continuación y desarrollo de todos los tiempos pasados... Lo cual significa que ninguna época crea de por sí y arbitrariamente su mundo, sino que lo hace siempre en comunidad indisoluble con todo el pasado" (126). El pasado se moviliza así y se incorpora al mundo actual de los hombres. El pasado "no es algo transitorio, sino causa inmanente del presente, y se encuentra, en tanto que pasado, contenido en este presente" (127). O como escribe Droysen, el gran teórico de la historia, tan próximo a Savigny: "Todo punto en este presente es algo llegado a ser, y lo que fue y como llegó a serlo es algo pasado; pero su pasado vive idealmente en él" (128). La historia no es la suma de acciones humanas aisladas reducibles a causas que conocemos o podemos descubrir, sino un proceso en el tiempo que nos muestra "la conexión orgánica indisoluble de las generaciones y las épocas, entre las cuales sólo hay desenvolvimiento. sin que pueda pensarse en un término ni en un comienzo absolu-

(124) Fr. Schlegel, *Kritische Schriften* (Hanser-Klassiker) München s. f., página 102.

(125) Savigny, *Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815) (= *Zweck*) (*Vermischte Schriften*, Bd. I) Berlin 1850, págs. 108-109. Thibaut, que se sintió, con razón, aludido por las palabras de Savigny, rechazó siempre para su posición doctrinal el calificativo de "ahistórica": cfr. la crítica al artículo de Savigny acabado de citar en *Heidelbergsche Jahrbücher der Litteratur*, Jahrg. VIII (1815), págs. 657 ss., así como *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule*, ya cit. p. 394.

(126) *Zweck*, pág. 110.

(127) Stahl, *Rechtsphilosophie*, ya cit., Bd. I, pág. 577.

(128) *Historik*, ya cit., pág. 327.

tos" (129). Un mundo en movimiento, en el que, como dirá más adelante Bachofen, "en ningún punto hay un comienzo, sino, por doquiera, continuidad, en ningún punto nueva causa, sino siempre, a la vez, consecuencia" (130); en el que "todo es desarrollo sucesivo... y todo se enlaza en sucesión natural constituyendo una cadena" (131). La historia nos aparece así como una producción constante de formas, como una sucesión de épocas y culturas enlazadas entre sí como manifestaciones que son de un mismo proceso vital —una idea que procede directamente de Herder (132)—, cada una de las cuales posee un sentido individual propio, que no deriva de lo que de ella surge o a lo que ella da lugar: es la idea de Ranke, de que no hay generaciones "mediatizadoras", sino que "cada época se halla en relación directa con Dios, y su valor... descansa en su misma existencia, en su propio ser" (133). Cada una de estas manifestaciones es en su conformación individual un "presente" para los hombres de ese tiempo, pero, aunque revestido de sentido propio, este presente, ningún presente, puede ser entendido "en sí", sino como lo que es, como parte de un gran proceso superior. De aquí que Savigny contradiga enérgicamente la idea de Feuerbach, de que la historia puede enseñarnos cómo algo ha llegado a ser, pero no qué es este algo en la actualidad (134). "¿Es que es posible entender el presente de un dato orgánico de otra manera que en conexión con su pasado, es decir, de mono genético?" (135). Toda época "tiene que reconocer algo dado, que es, a la vez, necesario y libre: necesario, porque no depende de la voluntad del presente, y libre, porque no depende de la voluntad ajena..., sino que es producido por una totalidad en desenvolvimiento y en devenir constantes" (136). Es una concepción de la historia que elimina por principio la ideología del progreso con su teoría lineal y teológica del acontecer histórico,

(129) *Beruf*, págs. 112-13.

(130) *Das Mutterrecht*, en *Gesammelte Werke*, hrgn. v. K. Meuli, Basel 1943 ss. (= GW). Bd. II, pág. 16.

(131) *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht*, GW I, 9. (Hay trad. española de esta obra, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, con un estudio preliminar de F. González Vicen, Madrid 1955, 2.^a impresión 1978).

(132) Cfr. anteriormente n. (77). Sobre la influencia de Herder sobre Savigny, cfr. F. Zwißmeyer, *Die Rechtslehre Savignys. Eine rechtsphilosophische und geistesgeschichtliche Untersuchung* (*Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 37) Leipzig 1929, págs. 47 ss.

(133) *Ueber die Epochen der neueren Geschichte*, en *Geschichte und Politik. Ausgewählte Aufsätze und Meisterschriften*, hrgn. v. H. Hoffmann (KTA), Stuttgart 1942, pág. 141.

(134) P. J. A. Feuerbach, *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung* (1816), en *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg 1833, págs. 138 ss.

(135) Savigny, *Stimmen*, pág. 13.

(136) Savigny, *Zweck*, pág. 110.

como elimina también la creencia en épocas ejemplares que representan en sí la culminación de la historia. La idea de una época superior en la que se hace realidad la verdad de todos los tiempos es fruto de un “egoísmo histórico” que nos lleva a identificar nuestras nociones sobre el curso de las cosas con el curso mismo de las cosas, como si “con nosotros y nuestro pensamiento comenzara el mundo” (137). El desconocimiento de nuestra conexión esencial con la totalidad del proceso histórico nos hace ver nuestras ideas “en una falsa perspectiva de generalidad y originalidad” (138), “como si cada generación existiera sólo para sí y tuviera el derecho a empezar desde un principio” (139). El principio metódico fundamental para la Escuela histórica es, por eso, al contrario, que la historia es “el único camino para el verdadero conocimiento de nuestra propia situación” (140), y que “quien sólo quiere satisfacer las exigencias del presente sin prestar oídos al pasado, atenta contra los derechos del presente, autorizando al futuro a proceder un día con él de la misma manera” (141).

El concepto en que halla expresión la realidad de una totalidad histórica es el concepto de “pueblo”. Un concepto desarrollado ya en sus líneas generales por Möser, y sobre todo, por Herder, y que en la Escuela histórica reviste una doble faz —y de aquí su equivocidad— como concepto “natural” y como concepto “histórico”. El relato bíblico sobre la aparición en la tierra de la primera pareja, su multiplicación en nuevos familiares y la unión de éstos entre sí explica, según Puchta, el nacimiento de los pueblos como conjuntos humanos basados en los lazos de la sangre. La primera determinación del concepto del pueblo es, por eso, “el fundamento natural de la descendencia común”, la cual, a su vez, “produce no sólo una afinidad física, sino, además, una afinidad espiritual” (142). “Pueblo” no es, por eso, para la Escuela histórica, como lo es para la doctrina política ilustrada, una suma de individuos aislados capaces 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” (143), una “unidad natural” (144), un

(137) Savigny, *Zweck*, pág. 112.

(138) Savigny, *Beruf*, pág. 115.

(139) J. J. Bachofen, *Beiträge zur “Geschichte der Römer”*, GW I, 338.

(140) Savigny, *Zweck*, pág. 111.

(141) J. Grimm, *Ueber die Altertümer des deutschen Rechts* (1841), en *Kleinere Schriften*, Berlin u. Gütersloh 1864-90, Bd. VIII, pág. 547.

(142) G. W. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828-37, Bd. I, pgs. 133-34.

(143) Savigny, *Rec. Gönner*, pág. 131.

(144) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840-48, Bd. I, pág. 20.

“todo natural” (145), “una individualidad, no meramente casual, sino esencial y necesaria, fundamentada por todo su pasado” (146). Esta “unidad natural” no está constituida tan sólo por los individuos que la componen en cada momento, sino que hay que pensarla como algo que “recorre las generaciones que se suceden, uniendo, por tanto, el presente con el pasado y el futuro” (147); y hay que pensarla, sobre todo, como un “todo orgánico con fuerzas y actividades espirituales específicas” (148), es decir, como una “comunidad de espíritu” (149). Estas fuerzas y actividades dan al pueblo realidad histórica, haciendo de él, como se ha dicho, “naturaleza a la altura de la historia” (150). Porque, si bien el pueblo no posee una voluntad específica, y no puede, por eso, actuar como actúa una persona física o jurídica, sí es, sin embargo, activo “en un sentido natural”, “en virtud de su concepto”, ya que como “comunidad de espíritu” sólo desde ella y por referencia a ella puede entenderse el hacer de sus miembros (151). Es la lección que la Escuela histórica había aprendido de Schelling: “Porque si en un organismo todo se sustenta y apoya recíprocamente, la organización en tanto que totalidad tiene que preexistir a su partes, de tal manera, que no es el todo el que procede de las partes, sino que éstas están subordinadas a aquél” (152). A la noción estática de “pueblo” trazada todavía por Fichte (153), sigue así una noción esencialmente dinámica. Como “comunidad de espíritu” en desenvolvimiento permanente, el pueblo va creando a lo largo del tiempo un mundo autónomo de formas que reviste en cada momento un sentido histórico absoluto. Las formas culturales, Derecho, lenguaje, usos, religión están siempre referidas, por eso, a la realidad histórica de un pueblo, no son “fenómenos aislados, sino sólo fuerzas y actividades singulares de un mismo pueblo, todas ellas inseparablemente unidas en la naturaleza, y que sólo a nuestra consideración le aparecen como cualidades diversas”; “funciones específicas de los pueblos, por las que éstos

(145) Savigny, *System*, I, 19, Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, 134.

(146) Savigny, *Rec. Gönnner*, pág. 142.

(147) Savigny, *System*, I, 20.

(148) Puchta, *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen*, Leipzig u. Berlin 1825, pág. 12.

(149) Savigny, *System*, I, pág. 19.

(150) Cfr. A. Baeumler. “Von Winckelmann zu Bachofen”, en *Studien zur deutschen Geistesgeschichte*, Berlin 1937, pág. 136.

(151) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, pág. 138.

(152) Schelling, *Einleitung zu dem Entwurf eines Systems der Naturphilosophie* (1799) WW III, págs. 271 ss.

(153) Cfr. *Reden an die deutsche Nation* (1808) WW (Medicus) V, págs. 128 ss. Sobre la idea del pueblo en la época, cfr. *Die Idee des Volkes im Schriftum der deutschen Bewegung von Möser und Herder bis Grimm*, hrgn. v. P. Kluckhohn (*Literarhistorische Bibliothek*, Bd. 13) Berlin 1934.

adquieren individualidad" (154). Todas ellas se hallan enraizadas en el pueblo, tanto por su origen como por su desenvolvimiento orgánico, y todas se encuentran, por eso, "íntimamente enlazadas entre sí como producto de una fuerza que está por encima de los hombres" (155). Como habían de repetir insistentemente los hermanos Grimm respecto al lenguaje y a las obras literarias (156), las obras de la cultura no tienen su razón de ser en los individuos singulares que ocasionalmente pueden "crearlas", sino en la vida histórica del pueblo, que es lo que les presta individualidad y necesidad. Es esta referencia de las formas culturales al trasfondo obscuro de la existencia de los pueblos lo que presta sentido a las palabras de Bachofen: "la vida de un pueblo, sus usos, sus costumbres, toda su espiritualidad no son en absoluto una libre creación humana, sino, en el pleno sentido de la palabra, una emanación de la divinidad" (157). Sostener como lo hacía A. W. Schelegel, que las grandes creaciones artísticas no son nunca obra del pueblo como tal, sino sólo de "espíritus selectos" individuales (158), equivaldría a sostener, dice Puchta, que las acciones humanas no proceden de la voluntad, ya que, mirándolo bien, su fuente se encuentra siempre en las manos o en los pies (159).

La actividad creadora del pueblo, manifiesta como una fuerza implícita en su individualidad e historicidad, tiene expresión en lo que se llamará *Volksgeist* o "espíritu del pueblo". El concepto y la denominación misma de "espíritu del pueblo", que se han querido encontrar incluso en la Antigüedad clásica (160), tienen su origen, en el sentido en que los utiliza la Escuela histórica, en la gran corriente historicista del siglo XVIII, en la cual, especialmente en Herder, se multiplican expresiones como las de "genio", "carácter", "naturaleza" e incluso "espíritu" del pueblo. Quien, sin embargo,

(154) *Beruf*, pág. 8.

(155) Carta de J. Grimm a Savigny de 29.X.1814, en *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, hrg. v. W. Schoof, Berlin-Bielefeld 1953, pág. 172.

(156) Cfr., por ejemplo, J. Grimm, *Vorrede zu den deutschen Sagen* (1816) (*Kl. Schriften*, Bd. VIII) págs. 10 ss., *Von Uebereinstimmung der alten Sagen* (1807) (*Kl. Schr.*, Bd. IV) págs. 9 ss., *Mythos, epos und Geschichte* (1913) (*Kl. Schr.*, Bd. IV) págs. 74 ss., y W. Grimm, *Ueber die Entstehung der altdeutschen Poesie* (1808), en *Kleinere Schriften*, hrgn. v. G. Hinrichs, Berlin-Gütersloh 1881-87, Bd. I, págs. 92 ss., *Rede über Geschichte und Poesie* (*Kl. Schr.*, Bd. I) págs. 497 ss.

(157) *Politische Betrachtungen* GW I, págs. 48.

(158) Cfr. su crítica a los *Altdeutsche Wälder* de los hermanos Grimm, en *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, Jahrg. VIII (1815), esp. págs. 721 ss.

(159) *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 154-55. Y también la anticrítica de W. Grimm a Schlegel (1816), en *Kl. Schr.* II, págs. 156 ss.

habla por primera vez, no de *Geist des Volkes*, como Herder (161), sino de *Volksgeist* es probablemente Hegel (162), si bien dando a la expresión un significado distinto del que iba a prestarle la Escuela de Savigny (163). El término se encuentra también curiosamente en Thibaut, el gran contradictor de Savigny (164), aunque también en un sentido “realista” distinto del que después iba a tener en la Escuela histórica. En la Escuela histórica propiamente dicha el término *Volksgeist* aparece tardíamente y su introducción se debe a Puchta —que no lo había utilizado en sus primeros escritos— pero que va a consagrarlo en su *Derecho consuetudinario* (1828-37); y de Puchta lo adoptará, más tarde, aunque con vacilaciones, Savigny en su *Sistema del Derecho romano* (1840) (165). En los escritos programáticos de Savigny, y también en los escritos de Puchta —alternando, a veces, con el término *Volksgeist*— la fuerza creadora del pueblo se denomina con otras y muy distintas expresiones: En Savigny, como “fe del pueblo” (166), “convicción común del pueblo” (167), y sobre todo, “conciencia común del pueblo” (168), y en Puchta, como “conciencia del pueblo” (169), y más a menudo, “convicción del pueblo” (170) o “convicción común” (171). En todas

(160) Cfr., por ejemplo, el minucioso trabajo de E. v. Moeller, “Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist”, en *Mitteilungen des Instituts für oesterreichische Geschichtsforschung*, Bd. XXX (1909), páginas 6 ss.

(161) Cfr. anteriormente n. (66).

(162) En su escrito juvenil *Volksreligion und Christentum. Fragmente* (1793), ahora en *Hegels theologische Jugendschriften*, hrgn. v. H. Nohl, Tübingen 1907, pág. 21, donde habla de la participación de la religión “an der Bildung eines Volksgeistes”.

(163) Sobre la diferencia entre Hegel y la Escuela histórica en la concepción del *Volksgeist*, cfr. E. Loening, “Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule”, en *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik*, 4. Jahrg. (1910), Sp. 80 ss., H. U. Kantorowicz, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, en *Historische Zeitschrift*, Bd. 108 (1912), páginas 319 ss., y K. A. Wolf, *Kritik der Volksgesistlehre von Savigny* (Diss. Bonn), Würzburg 1937, págs. 9 ss. Anteriormente S. Brie, “Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule”, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. II (1908/1909), págs. 1 ss. 179 ss., había tratado de mostrar una influencia de Hegel sobre la Escuela histórica del Derecho en este punto. Sobre la significación del *Volksgeist* en el mundo de ideas de la Escuela histórica, E. Rothacker, *Die deutsche historische Schule*, ya cit., págs. 13 ss.

(164) En la crítica de la *Zeitschrift* de Savigny, *Heidelbergsche Jahrbücher der Litteratur*, Jahrg. VIII (1815), pág. 659.

(165) Aunque es posible que utilizara la expresión en sus cursos universitarios, según supone M. A. v. Bethmann-Hollweg, “Erinnerung an F. C. v. Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ”, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd. VI (1867), pág. 45.

(166) *Beruf*, pág. 9, *System I*, pág. 35.

(167) *Beruf*, pág. 8.

(168) *Beruf*, págs. 11, 12, *System I*, págs. 14, 16, 35, 45.

(169) *Encyclopädie*, ya cit., pág. 20.

(170) *Encyclopädie*, pág. 23, *Lehrbuch der Pandekten* (1838), II. Aufl., Leipzig

estas expresiones alienta siempre la idea de una actitud histórica compartida, de una reacción uniforme en determinadas situaciones. Pero no se trata, en el sentido que la Escuela histórica da a estas expresiones, de una actitud o de una reacción individual, ni del individuo aislado ni de una mayoría o una totalidad de individuos, sino de la actitud de los individuos en tanto que miembros de un todo que, como el pueblo, es anterior y superior a ellos y fundamenta su existencia histórica; de un todo que se desarrolla en el tiempo por encima de la cabeza de los individuos, y cuya realidad concreta se va manifestando como *Volkseist*, conciencia o convicción común en el hacer de sus miembros. “Hay ideas y convicciones que no pertenecen al individuo en tanto que tal, sino en tanto que miembro, y que, por esta razón natural, le son comunes con los demás miembros; lo cual no significa otra cosa, sino que la fuente de estas ideas no es el espíritu del individuo, sino el “espíritu del pueblo”, o lo que es lo mismo, que estas convicciones son una actividad del pueblo” (172). Las grandes manifestaciones de la vida de los pueblos pueden tener raíces muy distintas —el lenguaje tiene su origen en la fuerza y el impulso del pensamiento, la fe religiosa en la “íntima intuición de la naturaleza”, el Derecho en los usos— pero todas ellas descansan, no obstante, en un “único e idéntico fundamento” (173). Este fundamento, el *Volksgeist*, es el que presta individualidad a las creaciones culturales; y así fue la religión de la Antigüedad, en tanto que nacional, una manifestación del *Volksgeist*, y así lo han seguido siendo hasta nuestros días las convicciones morales y jurídicas de los pueblos (174). Si se quiere entender el Derecho, es preciso, por ello, considerarlo desde esta perspectiva, como producto de la actividad del pueblo. El Derecho tiene su asiento en el pueblo y “vive en la conciencia común del pueblo”, pero aun cuando esta convicción se manifiesta en la acción individual, el Derecho no es creado por los individuos, sino “por el “espíritu” del pueblo que vive y actúa en ellos, haciendo que en la conciencia de cada uno el Derecho aparezca, no como algo casual, sino necesario e idéntico” (175). Una norma jurídica lo es “por el hecho de ser reconocida como tal en la conciencia común”, y esta conciencia

1872, pág. 21, *Cursus der Institutionen* (1841-42), 7. Aufl., Leipzig 1871, Bd. I, pág. 27.

(171) *Encyclopädie*, págs. 19, 23, *Gewohnheitsrecht* I, pág. 140, *Pandekten*, pág. 19, *Institutionen*, pág. 29.

(172) Puchta, *Gewohnheitsrecht* I, págs. 138-39.

(173) J. Grimm, *Weisthümer*, Göttingen 1840-78, Bd. IV, pág. III.

(174) Puchta, *Gewohnheitsrecht* I, pág. 139.

(175) Savigny, *System*, I, pág. 14.

“que alienta como algo común y nacido con ellos en los miembros de un pueblo, convirtiéndolos espiritualmente en miembros de este pueblo, en una palabra, el “espíritu del pueblo” es la fuente... de las convicciones jurídicas que se traducen en acción en cada uno de dichos miembros” (176). La significación de las acciones individuales radica, por tanto, en que “surgen de una convicción común, del “espíritu del pueblo””, en que en ellas se exterioriza “una convicción inmediata del pueblo” (177); y como “el Derecho nace en la convicción del pueblo y por razón de la conciencia que el pueblo tiene de ella” (178), el proceso de creación del Derecho es un proceso de naturaleza histórica que tiene lugar lentamente a lo largo de las generaciones, “siempre en virtud de fuerzas internas y silenciosas, no por el arbitrio de un legislador” (179). Un proceso callado y obscuro al que alude también Puchta: “El nacimiento del Derecho desde el “espíritu del pueblo” es invisible. ¿Quién osaría trazar los caminos por los que una convicción surge, germina, crece, se desarrolla, retoña?... Lo que nos es visible es lo que ya ha salido a luz, es decir, el Derecho una vez surgido de la obscura fragua en que ha sido elaborado, una vez que se nos hace real” (180).

Frente al racionalismo jurídico en su versión iusnaturalista, combatido por Savigny en su polémica con Thibaut, se abre paso así también en la teoría del Derecho el principio metódico de la nueva conciencia histórica: “la comprensión en su necesidad interna del objeto, sea éste un lenguaje o una obra de arte” (181). El Derecho no es creado libremente por el hombre “con total independencia del pasado... y respondiendo sólo a las exigencias del momento” (182), sino que se halla en “conexión orgánica con la naturaleza y el carácter del pueblo..., crece y se desarrolla con éste, y muere finalmente cuando el pueblo pierde su propia individualidad” (183). Como dice J. Grimm, todo Derecho “crece autóctonamente en su propio suelo” (184), lo mismo que el lenguaje, la religión y los usos, con los que “se halla íntimamente unido por naturaleza” (185). El

(176) Puchta, *Institutionen*, I, págs. 21-22.

(177) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 144-45.

(178) Puchta, *Encyclopädie*, pág. 18.

(179) Savigny, *Beruf*, pág. 14.

(180) Puchta, *Institutionem*, I, págs. 26-27

(181) L. v. Ranke, *Vom Einfluss der Theorie*, en *Geschichte und Politik*, ya cit., pág. 73.

(182) Savigny, *Zweck*, pág. 113.

(183) *Beruf*, pág. 11.

(184) “Von der Poesie im Recht”, en *Zeittchrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. II, pág. 29.

(185) J. Grimm, *Geschichte der deutschen Sprache*, 2. Aufl., Leipzig 1853, Bd. I, pág. 5.

Derecho no sólo es producto, sino parte de la realidad histórica del pueblo, “miembro del cuerpo del pueblo” (186), dice Savigny; de tal manera que “no tiene existencia de por sí, sino que es, más bien, en su esencia, la vida de los hombres vista desde un lado especial” (187). Por razón de esta su naturaleza histórica, por ser predicado de la individualidad del pueblo, nada más absurdo que pensar que el contenido del Derecho “es totalmente casual y cambiante” (188). “El contenido del Derecho está dado por todo el pasado de la nación, no es producto de una voluntad, de tal suerte que puede ser así o de otro modo según el acaso, sino que surge de la más íntima esencia de la nación y de su historia” (189); “el Derecho no es como un traje hecho caprichosamente y que puede cambiarse también a capricho sustituyéndolo por otro” (190). En esta necesidad inmanente del Derecho en cada uno de sus estadios descansa la analogía entre el lenguaje y el Derecho, una analogía cuya paternidad se ha atribuido a J. Grimm (191), pero que se encuentra ya en autores del siglo anterior (192). Como el Derecho, también el lenguaje nace con “total independencia del acaso y de la libre elección por parte de los individuos singulares”, sólo en virtud de la “función propia del “espíritu del pueblo”, activo en todos los individuos” (193). Tanto el lenguaje como el Derecho tienen sus raíces en el pasado del pueblo, y tanto en el uno como en el otro alienta un impulso de renovación y evolución, al que se debe que ni lo originario pueda subsistir siempre en su forma primitiva ni lo nuevo pueda producirse desde sí mismo y por propia fuerza: “el lenguaje como el Derecho tienen historia, es decir, en ambos se da un lazo

(186) *Stimmen*, pág. 4.

(187) Savigny, *Beruf*, pág. 30.

(188) *Beruf*, págs. 6-7.

(189) Savigny, *Zweck*, pág. 113.

(190) Savigny, *Stimmen*, pág. 4. La comparación del Derecho con un traje que se encuentra ya, aunque con otro sentido, en Herder —cfr. anteriormente n. (73)— nos sale al paso en muchos autores de la época. Cfr., por ejemplo, A. H. Müller, *Die Elemente der Staatskunst* (1809), hrgn. v. J. Baxa (*Die Herdflamme*, Bd. I), Jena 1922, 1. Halbbd., pág. 5 y Stahl, *Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche*, Berlin 1863, pág. 308.

(191) Cfr. R. Hübner, *Jacob Grimm und das deutsche Recht*, Göttingen 1895, pág. 16. 45 ss.

(192) Cfr., por ejemplo, Herder, *Auch eine Phil. der Geschichte*, ya cit., págs. 67 ss. y G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts* (1792) 4. Aufl., Berlin 1819, págs. 199, y *Beiträge zur civilistischen Bücherkenntnis*, Berlin 1828-29, Bd. I, págs. 208-9, II, pág. 242. La analogía se encuentra también entre los contemporáneos de la Escuela histórica, así, por ejemplo, en H. Leo, *Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates* (1833), hrgn. v. K. Mautz, Frankfurt a. M. 1948, págs. 40, 61, y Schelling, *Einleitung in die Philosophie der Mythologie* (1842) WW 2. Abtlg. Bd. I, págs. 63-64.

(193) Savigny, *System*, I, pág. 15.

que funde pasado y presente, necesidad y libertad” (194). Y por eso, tan vano es querer inventar un lenguaje, “como pretender que el hombre pueda, valiéndose de su razón unilateral, encontrar un Derecho que se extienda tan suave y vivo como el Derecho nacido en el propio suelo” (195). Es también la tesis de Ranke: “Aquí de nada sirve el mejor raciocinio. La gramática no puede nunca crear un lenguaje, la estética ni siquiera una poesía, y la ciencia política jamás podrá producir un Estado. Vuestra patria no os la sacaréis de la cabeza” (196).

5

Como producto de la actividad del pueblo a través de la convicción común —“una verdad que tiene validez para todas las épocas, no sólo para los tiempos primitivos” (197)— el Derecho es un fenómeno esencialmente histórico, es decir, no algo invariable y dado de una vez para siempre como el “Derecho natural”, sino “sometido al mismo movimiento y desarrollo que toda otra manifestación del pueblo” (198). Es este un punto en el que coinciden todos los autores de la Escuela. Como dice Puchta: “Así como el pueblo mismo se modifica en su vida total a través del tiempo, así también el Derecho, rama de esta vida, no es algo estable, sino que se desarrolla con el pueblo, adaptándose al carácter de sus diversos estadios de desenvolvimiento y adecuándose a sus necesidades cambiantes. Esta modificación no es de tal especie que el pueblo deje de ser él mismo. Se trata del mismo pueblo al comienzo y al final de su desarrollo, el cual, sin embargo, es distinto allí y aquí; y de la misma manera, su Derecho es otro, y no obstante, sigue siendo siempre el Derecho de este pueblo” (199). Y no sólo en el postulado de la evolución de las formas de vida de los pueblos coinciden los autores de la Escuela histórica, sino también en las líneas generales de esta evolución, que es siempre un tránsito paulatino de formas primitivas dominadas por elementos sensibles y materiales a formas más complejas y articuladas. En el lenguaje esta evolución se muestra en el paso de

(194) J. Grimm, *Ueber die Alterthümer des deutschen Rechts* (1841), en *Kl. Schr.* Bd. VIII, pág. 547, Savigny, *Beruf*, pág. 11.

(195) Carta de J. Grimm a Savigny de 29.X.1814, en *Briefe der Brüder Grimm*, ya cit., pág. 172, y Savigny, *Rec. Gönner*, pág. 142.

(196) *Vom Einfluss der Theorie*, ya cit., pág. 76. Sobre el sentido metódico de la comparación con la gramática, cfr. E. Rothacker, *Savigny, Grimm, Ranke*, en *Mensch und Geschichte*, ya cit., págs. 21-22.

(197) Puchta, *Encyclopädie*, págs. 18-19.

(198) Savigny, *Beruf*, pág. 11.

(199) *Institutionen*, I, págs. 40-41.

un período de “vida casi vegetativa” a otro de mayor complicación fonética y semántica, hasta llegar a una tercera fase de máxima articulación y emancipación (200). Es el mismo esquema “piramidal” que describe Bachofen con su “progreso de la unidad a la multiplicidad, de la situación caótica a la estructuración” (201). Y es el mismo esquema de la simplicidad a la complicación formal que traza Puchta como el camino que recorre el Derecho en su desenvolvimiento histórico (202). Así como la misma naturaleza del Derecho, su “existencia invisible”, implica el concepto de fuente, es decir, de hechos externos que nos revelen esta existencia (203), las modificaciones en su estructura que experimenta el Derecho en el curso de la historia implica, a su vez, la noción de una diversidad de fuentes, es decir, de “diversas formas de manifestación de la conciencia del pueblo” (204), de “distintos órganos que den al Derecho conformación visible” (205). Estos órganos o formas es lo que la Escuela histórica denomina fuentes del Derecho, las cuales no son, por eso, entendidas como modos propios de producción del Derecho, sino como modos de exteriorización de aquella convicción del pueblo que es, en último término, la única fuente del Derecho.

Estos modos de exteriorización de la convicción del pueblo, las fuentes del Derecho, son para la Escuela histórica tres. La primera de ellas es el Derecho consuetudinario, que es la forma más directa de manifestación del Derecho. Derecho consuetudinario es aquel que se nos presenta en el “uso” o “ejercicio” de los miembros de un pueblo respecto a un problema concreto. En los miembros del pueblo alienta, “se imprime” la convicción común, que es la que hace que los individuos obren de modo uniforme. “Dado que en su fondo se halla una convicción común, el ejercicio por parte de los individuos es uniforme y se repite en los mismos casos, revistiendo el carácter de un uso, de una costumbre; razón por la cual se ha denominado Derecho consuetudinario al Derecho manifestado de esta forma” (206). Aquí hay que tener en cuenta, por eso, que la manifestación del Derecho no consiste tan sólo en la repetición de actos,

(200) J. Grimm, *Deutsche Grammatik* (1819), 3. Ausg., Göttingen 1840, 1. Th., 1. Abtlg., págs. 21 ss., y *Ueber den Ursprung der Sprache* (1851), en *Kl. Schr.* I, págs. 290 ss.

(201) *Mutterrecht* GW II, págs. 128, 413.

(202) Cfr. *Ueber die Perioden in der Rechtsgeschichte*, en *Civilistische Abhandlungen*, Leipzig-Berlin 1823, págs. 176 ss.

(203) Savigny, *System* I, pág. 35.

(204) Puchta, *Encyclopädie*, págs. 20-21.

(205) Puchta, *Institutionen*, I, pág. 27.

(206) Puchta, *Institutionen*, I, pág. 28.

la cual puede ser exclusivamente una “costumbre” en sentido estricto, es decir, algo que no sale de la esfera individual, sino sólo cuando la repetición es parte de un fenómeno colectivo, es “uso”, el cual es “un acto que... no tiene su fundamento en el individuo como tal, sino en una convicción... surgida de modo natural y que él comparte en común con otros” (207). De lo cual se sigue, que “el Derecho... en tanto que producto de una coincidencia natural..., es decir, en tanto que convicción directa del pueblo, sólo se nos manifiesta en el “uso”, mientras que las costumbres, que tienen su fundamento en el individuo en sí, no representan una concreción del Derecho” (208). La última consecuencia de todo ello es, por tanto, que, en contra de una opinión muy generalizada, la repetición de actos, sea ésta la que sea, no crea nunca el Derecho —de aquí, que tanto Savigny como J. Grimm hablaran del “mal llamado Derecho consuetudinario” (209)—, sino sólo su exteriorización, aquellos datos materiales por los cuales podemos deducir la existencia de un Derecho, el cual lógicamente es anterior a su manifestación externa y a su aplicación (210). O en otras palabras: “Derecho consuetudinario es el Derecho nacido directamente de la conciencia del pueblo, mientras que el ejercicio sólo nos lo hace visible. Costumbre, tradición, usos, consuetudo no son la fuente del Derecho consuetudinario, sino sólo la forma externa en que se corporeiza” (211).

La segunda de las fuentes del Derecho es la ley. Desde Savigny, la Escuela histórica había arremetido contra la producción legislativa del Derecho, viendo en ella la expresión por antonomasia de la idea de que el Derecho podía ser creado por el individuo o tener su origen en la organización estatal (212). Pero ahora, en tanto que fuente del Derecho en el sentido específico que la Escuela histórica da a este término, la ley no es entendida como producción originaria del Derecho, sino como forma de expresión del Derecho ya creado por la conciencia o el “espíritu del pueblo”. Vista desde este

(207) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, pág. 168.

(208) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 168-69.

(209) Savigny, *Beruf*, págs. 13-14, J. Grimm carta a Savigny de 29.X.1814, en *Briefe der Brüder Grimm*, ya cit., pág. 173.

(210) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II, págs. 7 ss.

(211) Puchta, *Pandekten*, pág. 20.

(212) Frente a esta enemiga de la Escuela histórica adquiere relieve el encomio de la ley que hace Hegel, después de haber lanzado pocas líneas antes su conocida diatriba contra Savigny: “Al determinarse y hacerse conocido el Derecho, desaparece todo lo casual de la sensación, de la opinión, la forma de la venganza, de la compasión, del egoísmo, adquiriendo sólo así el Derecho su verdadera precisión y alcanzando así su honor”. *Rechtsphilosophie* § 211, Zusatz WW VII, 289.

punto de vista, el concepto de legislación, es decir, la actividad legislativa del Estado experimenta una legitimación insospechada. Como fuente del Derecho, en el nuevo sentido de este término, la legislación tiene siempre como supuesto la existencia del Derecho como producción directa del pueblo, de tal suerte, que para que el legislador exprese Derecho, tiene que dar siempre expresión a la conciencia del pueblo, “bien sea acogiendo en la ley una convicción jurídica ya existente con certeza, o bien ayudando, según el verdadero sentido de la nación, a la fijación de una convicción en trance de constituirse” (213). La actividad legislativa reviste, por eso, un carácter “más formal que el propio de las otras fuentes jurídicas, ya que el legislador no posee una conciencia peculiar del Derecho, sino que recibe su material directamente del “espíritu del pueblo” o de los juristas, siendo su influjo sobre el Derecho más bien formal, ya que lo que hace es dar expresión al Derecho ya existente, revisitiéndolo tan sólo con la forma de la ley” (214); y es en este sentido que Savigny podía decir que “la ley es el órgano del Derecho del pueblo” (215). Porque el Derecho surgido directamente de la conciencia del pueblo puede contener dudas y ambigüedades o bien puede dejar sin determinar y entregados al arbitrio individual los supuestos de ciertas consecuencias jurídicas, como plazos o términos, y en todos estos casos la legislación “acude en ayuda de la costumbre eliminando dudas e imprecisiones, sacando a luz y manteniendo en su pureza el Derecho real, la verdadera voluntad del pueblo” (216). Pero, además, la legislación puede influir en el desarrollo y progreso del Derecho, a saber, cuando los cambios en las costumbres, ideas o necesidades exigen también un cambio en el Derecho existente; un cambio que puede tener lugar por la misma fuerza silenciosa que se halla en el origen del Derecho, pero, dado que esta fuerza actúa paulatinamente, “se abre un período de Derecho incierto, al que sólo puede poner término la formulación imperativa de la ley” (217).

La tercera de las fuentes del Derecho es la doctrina más específica, y quizás también la más controvertida de la Escuela histórica: el llamado “Derecho de los juristas” o “Derecho científico”. Desde que Savigny alude, por primera vez, a esta fuente el esquema de su cons-

(213) Puchta, *Institutionen*, I, pág. 29.

(214) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 445-46.

(215) *System*, I, pág. 39.

(216) Savigny, *Beruf*, pág. 17.

(217) Savigny, *System*, I, pág. 41, y Puchta, *Encyclopädie*, págs. 26-27.

trucción es en lo esencial el mismo en todos los autores de la Escuela. Primero, la aparición de la profesión de los juristas como consecuencia de la creciente complejidad del material jurídico y, después, la “producción” del Derecho por la elaboración científica de este material. En la infancia de los pueblos el Derecho “vive en el pueblo con la misma simplicidad que los usos y es cumplido también como éstos” (218); es un período “pobre en conceptos”, en el que el Derecho no se corporeiza en principios o proposiciones, sino en actos simbólicos que acompañan al nacimiento o la extinción de las relaciones jurídicas, revistiéndolas de significación y dignidad (219). Con la ampliación de las relaciones y necesidades sociales y con los contactos del pueblo con otros pueblos y culturas, este estadio, empero, desaparece y la primera consecuencia es una nueva complejidad de las relaciones jurídicas y una acumulación de normas hasta entonces desconocida (220). Es lo que Puchta llama el estadio de la “multiplicidad del Derecho”, en el cual el pueblo ya no puede abarcar su propio Derecho en la forma inmediata del primer período, y en el que, por tanto, se hacen necesarios otros medios para su conocimiento. Estos medios se reducen, en realidad a uno solo, que es el de “retrotraer la multiplicidad material del Derecho... a una estructura formal simple” (221), y ésta va a constituir la tarea propia de una nueva profesión, la de los juristas, “los cuales, ellos mismos parte integrante del pueblo, representan a éste en el campo del conocimiento del Derecho” (222). La labor de los juristas no es sólo receptiva, ni consiste en el registro o compilación del material jurídico dado, sino que es por esencia activa y consiste “en llevar a conciencia y exponer de modo científico el Derecho existente” (223). Se trata de una reducción específica del material jurídico, cuya noción central es la de sistema, la comprensión del Derecho como un todo unido formalmente según principios (224). “La esencia del método sistemático —diría Savigny— se halla para mí en el conocimiento y exposición de la conexión interna o de la afi-

(218) Puchta, *Ueber die Perioden in der Rechtsgechichte*, ya cit., pág. 176.

(219) Savigny, *Beruf*, págs. 9-10.

(220) Puchta, *Institutionen*, I, págs. 40-41, *Perioden i. d. Rechtsgesch.*, páginas 176-77.

(221) *Perioden i. d. Rechtsgesch.*, pág. 177.

(222) Savigny, *System*, I, pág. 45.

(223) Savigny, *System*, I, pág. 46, y ya antes *Juristische Methodenlehre*, ya cit., pág. 36, así como Puchta, *Pandekten*, págs. 28-29.

(224) Sobre el largo camino y los supuestos históricos de la idea de sistema en el pensamiento jurídico occidental, cfr. H. Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemsgedankens in der Rechtswissenschaft (Frankfurter Universitätsreden, Heft 17)* Frankfurt a. M. 1953; especialmente, sobre la noción de sistema en la ciencia del Derecho del siglo XIX, págs. 38 ss.

nidad por virtud de la cual las reglas y los conceptos jurídicos se encuentran relacionados en una gran unidad” (225). Y ya antes había escrito que, así como en las figuras geométricas hay ciertas determinaciones de las que se siguen con necesidad todas las demás, así también en el Derecho hay ciertos principios en los que todo lo demás se halla ya dado. “Percibir estos principios y entender partiendo de ellos la conexión interna y la clase de afinidad de todos los conceptos y proposiciones jurídicas, cuenta entre los cometidos más difíciles de nuestra ciencia, más aún, es el cometido que, en sentido propio, da a nuestra labor carácter científico” (226).

El paso decisivo lo va a dar aquí, sin embargo, Puchta con su concepto de la “totalidad orgánica” del Derecho. “Las distintas proposiciones jurídicas que componen el Derecho de un pueblo se hallan entre sí en una conexión orgánica derivada de su nacimiento del “espíritu del pueblo”, una fuente cuya unidad se traslada a lo producido por ella... Y así como, por la misma razón, el lenguaje de un pueblo descansa en ciertos principios y reglas implícitas en él y que la ciencia saca a luz..., lo mismo ocurre con el Derecho” (227). La labor del jurista consiste en hacer consciente científicamente esta unidad orgánica por medio de la reflexión. “El Derecho, asentado en la autoridad externa de la convicción popular directa o del poder legislativo, es retrotraído a sus principios por la actividad científica y extendido como un sistema, es decir, como un todo de proposiciones que se presuponen y se condicionan recíprocamente” (228). Esta labor es “productiva”, no sólo por la forma, en tanto que reduce a un todo conexo el agregado de normas de un Derecho, sino porque por su proceder sistemático puede modificar las normas dadas e incluso formular otras nuevas (229). Por obra de la sistematización del Derecho, la ciencia “saca a luz y eleva a conciencia proposiciones jurídicas ocultas en el espíritu del Derecho nacional y no reveladas en la convicción directa de los miembros del pueblo,

(225) Savigny, *System*, I, pág. XXXVI, y ya en su *Juristische Methodenlehre*, págs. 16, 37. Sobre la idea de sistema en Savigny, Bethmann-Hollweg, *Erinnerung an F. C. v. Savigny*, ya cit., págs. 46, 50-51, y ahora W. Wilhelm, “Savignys überpositive Systematik”, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert* (“Neunzehntes Jahrhundert”. *Forschungsunternehmen der Fritz Thyssen Stiftung. Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts*, Bd. III) Frankfurt a. M. 1969, págs. 123 ss.

(226) Savigny, *Beruf*, pág. 22.

(227) Puchta, *Institutionen*, I, pág. 32.

(228) Puchta, *Pandekten*, pág. 29, así como *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme* (1829), en *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig 1851, págs. 221 ss. Sobre el problema, J. Bohnert, *Ueber die Rechtslehre Georg Fredrich Puchtas (1798-1846)* (*Freiburg Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 41), Karlsruhe 1975, págs. 125 ss.

(229) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 446-47.

ni en sus actos ni en las manifestaciones del legislador, proposiciones que sólo se hacen visibles como fruto de una deducción científica" (230). Junto al Derecho consuetudinario y la legislación aparece así una nueva fuente que produce un Derecho que Puchta llama "Derecho de los juristas" y Savigny denomina ocasionalmente "Derecho científico" (231). También aquí queda en pie el postulado de que todo Derecho procede de la convicción del pueblo, y de que si, por tanto, la ciencia crea Derecho ésta creación es sólo una producción "derivada": "tan cierto es que también la fuente originaria de este Derecho es el pueblo..., como que el pueblo no lo crea directamente como en el Derecho consuetudinario, sino indirectamente por medio de sus representantes" (232), de tal manera, "que entre la conciencia inmediata del pueblo y el Derecho de los juristas no puede establecerse ninguna diferencia cualitativa, y que "una proposición jurídica no reviste validez por ser convicción del estamento de los juristas, sino porque esta convicción es convicción del pueblo" (233). Así como la validez del Derecho legislativo no descansa

(230) Puchta, *Institutionen*, I, pág. 33.

(231) En su crítica al libro de G. Beseler, "Volksrecht und Juristenrecht" (1843), en *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, Jahrg. 1844, Bd. I, Sp. 12-13, Puchta rechaza como inapropiada la denominación de "Derecho científico" propuesta por Savigny, *System*, I, págs. 43 ss., 49, 83 ss.

(232) *Gewohnheitsrecht*, I, pág. 166, *Encyclopädie*, págs. 27-28.

(233) Puchta, en *Jahrbücher f. wissensch. Kritik*, ya cit. Sp. 11. El problema de las relaciones entre el Derecho creado por la conciencia del pueblo, el *Volksrecht* de Savigny, y el "Derecho de los juristas", que aquí Puchta da por resuelto, va a convertirse con la publicación del libro de G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrechts*, Leipzig 1843, en el centro de una de las polémicas más resonantes en el mundo jurídico del siglo último. Beseler parte de la creación del Derecho en la conciencia del pueblo, tal como lo había sostenido Savigny, pero, precisamente por ello, elimina a los juristas y a la reflexión científica de toda participación en la producción jurídica. Los juristas alemanes, a los que Beseler hace responsables de la recepción del Derecho romano en Alemania—"un desastre nacional" (pág. 42)—no crean Derecho en el sentido estricto de la palabra, "como el minero no crea tampoco el mineral que extrae de las entrañas de la tierra" (pág. 87). El llamado Derecho de los juristas se opone, al contrario, al Derecho del pueblo y al Derecho consuetudinario (págs. 86, 87); es la suma de opiniones extraídas, las más de las veces, de un Derecho extraño, y aceptadas por inercia y por la autoridad de sus autores. Mientras que el pueblo tiene un "conocimiento directo" del Derecho basado en su contacto con las situaciones y relaciones nacionales (pág. 109), los juristas carecen de este contacto, se encierran en sus propias elucubraciones y son reos de esa "erudición total" y de ese "divorcio entre teoría y práctica" que aquejan la vida jurídica alemana (págs. 345 ss., 351 ss.). Al libro de Beseler responde con acritud Puchta en los ya citados *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, Jahrg. 1844, Bd. I, Sp. 1 ss., y pronto la polémica se extiende constituyendo el punto de arranque decisivo para la escisión de la Escuela histórica del Derecho en un ala romanista y un ala germanista. La respuesta de Beseler a Puchta, en *Volksrecht und Juristenrecht. Erster Nachtrag: G. F. Puchta*, Leipzig 1844, donde dice patéticamente (pág. 20): "¿Y si los sacerdotes administraran al pueblo un culto impuesto a la fuerza? ¿y si la violencia, la hipocresía o el fanatismo lo hubieran llevado a adorar a dioses extraños? ¿serían estos sacerdotes representantes de la fe nacional?"

en la autoridad del legislador, así tampoco la del Derecho de los juristas descansa simplemente en la autoridad de los juristas como tales, sino en la actividad científica sobre el Derecho: "Por virtud de la forma científica dada al Derecho, con la que se trata de descubrir y completar su unidad implícita, nace una nueva vida orgánica que influye, a su vez, de nuevo, conformadoramente sobre aquel material, haciendo que también de la ciencia como tal fluya incessantemente una especie de producción jurídica" (234). El Derecho que nace así "en las manos de los juristas" está revestido por su origen de validez propia, ya que, "por razón de la naturaleza racional del Derecho tiene que valer como Derecho todo lo que se sigue con necesidad interna del Derecho dado" (235). A este requisito, el de la "verdad" o fundamentación científica de toda proposición formulada por los juristas y que pretenda ser Derecho, hay que añadir otro: el de que la "verdad" no sólo sea "verdad" en sentido abstracto, sino, además, en sentido nacional, es decir, que esté referida a una realidad jurídica histórica. "No toda ocurrencia de un jurista es, por eso, Derecho" (236), sino que "una noción jurídica sólo es Derecho si está fundada científicamente, es decir, si es verdad. Y para serlo tiene que insertarse en el sistema, o lo que es lo mismo, tiene que estar fundamentada interiormente y tiene que estar de acuerdo con el espíritu del pueblo" (237).

6

La significación de la Escuela histórica del Derecho para el pensamiento jurídico puede centrarse en dos problemas o grupos de problemas, en los que su huella profunda y duradera se echa de ver hasta nuestros mismos días: la positividad como carácter esencial del Derecho, y la idea de la ciencia del Derecho como una ciencia constructiva-formal.

Con la Escuela histórica del Derecho hace crisis, en efecto, de modo radical y definitivo, la ideología secular del Derecho Natural, la creencia en un "Derecho" descubrible por la razón o impreso de modo innato en el ánimo, válido incondicionalmente para todos los

(234) Savigny, *System*, I, págs. 46-47.

(235) Puchta, *Jahrbücher f. wissensch. Kritik*, ya cit., Sp. 12, y *Encyclopädie*, págs. 27-28.

(236) *Encyclopädie*, pág. 28.

(237) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 165-66.

tiempos y todos los pueblos. La crisis del Derecho Natural, que discurre durante toda la Edad Moderna paralelamente a las grandes construcciones iusnaturalistas del racionalismo, se inicia ya cuando, como consecuencia de las guerras de religión, y en uno de los giros más trascendentales en la historia del pensamiento jurídico, avanzan al primer plano de la reflexión los valores formales del Derecho, el valor del orden y el de la certeza de las relaciones humanas (238). Pero la crisis del Derecho Natural no va a tener sólo como trasfondo la “neutralización” de la conciencia en los albores del Estado moderno, sino, muy especialmente, el descubrimiento del Derecho positivo como objeto propio de la ciencia del Derecho en el siglo XVIII, es decir, paradójicamente, en la misma época en que, con la Revolución francesa, iba a celebrar su triunfo más espectacular el Derecho Natural racionalista. Este “descubrimiento” del Derecho positivo, que tiene lugar bajo la influencia tácita o expresa de Montesquieu, y cuyo arsenal ideológico se encuentra en la concepción pragmática de la historia, reclama para el Derecho positivo la dignidad de una obra humana guiada por consideraciones de oportunidad o conveniencia y condicionada por circunstancias de hecho de naturaleza política, social y económica. En este sentido, y frente a la validez a priori del Derecho natural, basada en el discurso racional, el Derecho positivo se halla revestido de una justificación a posteriori, que si no constituye una validez para todos los tiempos y lugares, sí lo es para la situación concreta en que se da. Es la gran línea de pensamiento que se inicia a mediados de siglo con J. St. Pütter y L. Th. Spittler y culmina con su más famoso discípulo, Gustav Hugo, para quien todo Derecho y toda institución llevaban su justificación en el mismo hecho de su existencia, es decir, en las circunstancias de toda índole que les habían hecho posibles. Esta concepción pragmática del Derecho, la idea de que “las leyes tienen su fundamento en la condición concreta del Estado para el que fueron creadas” (239), de que todo Derecho es, en tanto que real, “a posteriori, empírico, distinto según el tiempo y el lugar, casual y sólo inteligible por la experiencia propia y ajena de hechos” (240), va a ser el arma decisiva en la polémica contra el Derecho Natural. La reflexión filosófica sobre el Derecho, tal y como había hallado expresión en los grandes sistemas del iusnaturalismo, comienza a

(238) Sobre todo este proceso, cfr. mi trabajo *La obediencia al Derecho*, II, 2, de próxima aparición en *Anuario de Filosofía del Derecho*.

(239) J. St. Pütter, *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst etlichen Zugaben*, Göttingen 1767, págs. 69-70.

(240) G. Hugo, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie* (1792), 6. Ausg., Berlin 1820, págs. 31, 63-64.

aparecer como algo vacío e irreal, como “un diálogo de la razón consigo misma” (241), y ya comienzan a oírse voces aisladas que tienen al Derecho Natural por algo inútil como disciplina jurídica, y para las que nada se perdería si se le hiciera desaparecer de los planes de estudio de las Universidades (242).

Es preciso tener muy presente este horizonte de la reflexión jurídica, si se quiere comprender en sus verdaderas dimensiones el problema de la antítesis entre la Escuela histórica del Derecho y la ideología del Derecho Natural. Porque, aunque ésta no sea la idea admitida, la Escuela histórica del Derecho no se entiende en principio a sí misma como una refutación del Derecho Natural; más aún, y si se prescinde de la polémica de Savigny contra los supuestos iusnaturalistas del movimiento codificador, la Escuela no se enfrenta expresamente con el Derecho Natural, sino que, como se ha dicho muy bien, lo que hace es ignorarlo (243). Lo que la Escuela histórica en verdad pretende es una fundamentación absoluta del Derecho positivo como única realidad y objeto para la ciencia jurídica; una fundamentación, eso sí, que lleva implícita la negación de la idea misma de un Derecho natural como algo vacío y contradictorio. Esta fundamentación del postulado de la positividad como carácter sustantivo de la realidad del Derecho, adquiere toda su radicalidad porque se trata de una fundamentación “histórica”. No de una revalorización o explicación pragmática de los Derechos históricos, sino del entendimiento del Derecho como parte del desarrollo histórico, como momento de un acontecer autónomo revestido de necesidad inmanente. Se ha dicho de la obra de Montesquieu, que en ella se encuentra “la carta de independencia del Derecho positivo” (244), y las mismas palabras pueden aplicarse a toda la corriente historicista del Derecho, y muy especialmente, a la Escuela histórica. La concepción del Derecho como fruto de la vida de las comunidades históricas según una ley supraindividual, lo sustrae al raciocinio y al arbitrio de la subjetividad revistiéndolo de una realidad propia, que es justamente su positividad. Y por eso, dice Savigny, al Derecho con “existencia real y dada” se le denomina Derecho positivo (245); “la materia del Derecho está dada por el

(241) [J. L. A. Seidensticker], *Juristische Fragmente*, Göttingen 1802, 1. Th., pág. 2.

(242) H. Stephani, *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen 1797, pág. 17.

(243) Stahl, *Phil. d. Rechts*, ya cit., Bd. II, 1. Abtlg., pág. 232.

(244) S. Goyard-Fabre, *La philosophie du Droit de Montesquieu*, Paris 1973, pág. 120.

(245) *System*, I, págs. 14, 20 *passim*.

pasado entero de la nación, y no de modo casual, de tal manera, que lo mismo podría ser ésta que otra cualquiera, sino como algo surgido de la esencia íntima de la nación y de su historia" (246). No hay un Derecho construido abstractamente y dotado de validez universal, sino sólo "Derechos", órdenes singulares de la convivencia, producto del devenir histórico, fruto de "fuerzas internas y silenciosas" (247). Una vez más se nos hace presente, ahora en el campo del Derecho, ese nuevo sentimiento por lo dado y concreto, que va a caracterizar a las generaciones que abren el nuevo siglo, apartándolas instintivamente de todo lo que es mera construcción racional al margen de la realidad histórica (248). "En la disolución del objeto en determinaciones abstractas siempre queda algún resto... y ese resto es precisamente lo más importante, la cosa misma" (249). Ni la deducción racional ni la corrección lógica constituyen un criterio absoluto para juzgar de lo real, como había creído el racionalismo moderno y habían predicado Wolf y los wolfianos (250), sino que es en lo real y dado, y en tanto que tal, donde alienta la verdad. Como dirá Ranke, "lo formal es lo general, lo real es lo singular y vivo; "de lo singular... puedes ascender a lo general, pero de la teoría general no hay camino que lleve a la intuición de lo singular" (251). Y es en este sentido también que la Escuela de Savigny opone al Derecho Natural, entendido como "predominio del intelecto y subyugación de la vida" (252), la vivencia histórica concreta de la formación y evolución en el tiempo de las normas e instituciones jurídicas; habiéndose podido decir, por eso, que la Escuela histórica "crucificó al Derecho Natural en la cruz de la historia" (253).

Esta concepción del Derecho de la Escuela histórica podría resumirse, si se quisiera, en unas pocas palabras: no hay otro Derecho que el que "es", y este "ser del Derecho" es su existencia histórica, su pertenencia al devenir autónomo de un mundo de formas. Pero

(246) Savigny, *Zweck*, pág. 113.

(247) Savigny, *Beruf*, pág. 14.

(248) Sobre ello, cfr. mi trabajo *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIV (1969), págs. 32 ss.

(249) Stahl, *Phil. d. Rechts*, ya cit., Bd. II, 1. Abtlg., págs. 56-57.

(250) Cfr. E. Cassirer, *Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit*, B. II, Berlin 1922, págs. 522 ss.

(251) *Politisches Gespräch*, en *Geschichte u. Politik*, ya cit., págs. 90, 94.

(252) Hegel, *Differenz des Fichteschen und Schellingschen Systems der Philosophie* (1801) WW I, pág. 114.

(253) E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt a. M. 1961, pág. 151. (Hay traducción española de Felipe González Vicen, de próxima publicación en la Ed. Aguilar de Madrid).

al hacerlo así, nos quedaríamos a mitad del camino en la caracterización de las últimas intenciones de la Escuela en tanto que teoría de la positivación del Derecho. Porque la Escuela histórica no se detiene en la afirmación de que, como diría Stahl, "Derecho y Derecho positivo son conceptos sinónimos, y no hay otro Derecho que el Derecho positivo" (254), sino que da un paso más, con el que cierra en sentido propio el proceso de positivación del Derecho: sólo hay, es verdad, Derechos históricos y singulares, pero, además, cada uno de éstos, justamente por razón de su historicidad y singularidad, llevan en sí mismos una justificación inmanente y absoluta. Es simplemente la última consecuencia de la comprensión del Derecho como fenómeno histórico por una teoría de la historia que ve en ésta un proceso con "necesidad interna", una sucesión de formas, cada una de las cuales es producida según leyes supraindividuales esenciales al mismo proceso que se encuentra en su origen. Se trata de una nueva concepción de la historia, o mejor dicho, de una nueva sensibilidad histórica, cuyas raíces se hallan en el concepto también nuevo de "naturaleza" que va a abrirse paso desde finales del siglo XVIII (255). La "naturaleza" del racionalismo moderno y de la Ilustración había sido en lo esencial la naturaleza de la ciencia físico-matemática, una sucesión de hechos reducibles a leyes fijas de estructura matemática, de la cual se había eliminado por principio la intervención de fuerzas divinas, y en general, de toda clase de factores trascendentes. A esta naturaleza expresable en leyes y accesible como tal a la razón abstracta, sucede ahora el concepto de "naturaleza" como principio de vida inagotable, como potencia creadora que va dando a luz incansablemente las formas y sustancia del mundo del espíritu. Ya lo diría Schelling: "No queremos que la naturaleza coincida casualmente con las leyes de nuestro espíritu, sino que exprese y realice por sí misma necesaria y originariamente las leyes de nuestro espíritu..., la naturaleza debe ser el espíritu visible, el espíritu, la naturaleza invisible" (256). La naturaleza deja de ser el mundo estático y concluso ordenado según leyes formales y se hace actividad creadora; y deja, sobre todo, de ser el instrumento ideológico que asegura la emancipación del hombre de un Dios personal, para convertirse en la revelación de fuerzas superiores, el ámbito de acción de una divinidad oculta y siempre presente. Es ese "algo dado, que podría calificarse de extrahistórico,

(254) *Phil. d. Rechts*, Bd. II, 1. Abtlg., pág. 221.

(255) Sobre lo que sigue, cfr. H. A. Korff, *Geist der Goethezeit*, ya cit., 1. Teil págs. 99 ss., 2 Theil, págs. 14 ss.

(256) *Ideen zu einer Philosophie der Natur* (1797) WW 1. Abtlg., Bd. II, pág. 56.

aunque de él surge la historia”, de que hablaba J. Grimm: esa “mezcla indisoluble de materia divina y humana que se halla en el fondo de la tradición o de la continuidad que fundamentan el Derecho y la epopeya” 257). Este aliento divino en la naturaleza, en el que se expresa toda la religiosidad de la época, se manifiesta en la noche perdida de los tiempos como mito y leyenda, y se manifiesta hoy como historia. La historia no es una mera sucesión de acciones humanas, sino afluencia de una fuerza superior a los hombres. Es la idea de que la historia es “el campo supremo de manifestación de la idea divina” (258), de que “ni siquiera entre lo más sacrosanto hay nada más sagrado que la historia, ese gran espejo del espíritu universal, ese poema eterno del entendimiento divino” (259). O como decía Ranke, para quien la historia era “el jeroglífico de Dios”: “En la historia habita, vive, puede reconocerse a Dios; cada acción le testimonia, cada momento predica su nombre” (260). La historia, por eso, no es reducible a categorías racionales —“el objeto de la historia no puede determinarse a priori”, decía Schelling en uno de sus primeros escritos (261)— ni su sentido puede descubrirse por el análisis, sino que el hombre se enfrenta con ella como con una potencia autónoma con un sentido inmanente propio. Esta es la razón de que la Escuela histórica rechazara radicalmente la intervención reflexiva del hombre en la configuración de las grandes formas históricas, y éste es también el sentido de las palabras de J. Grimm, de que “lo que un pueblo crea de su seno, se hace su igual, lo que puede tocar con sus manos, está profanado” (262), y también el de las palabras de Schelling, de que no hay nada que soporte menos que la historia “el roce de manos impuras” (263).

Este aliento divino en la historia es lo que explica el “recogimiento” con que la Escuela histórica contemplaba el lento proceso de constitución y desenvolvimiento de las formas históricas (364), su ver-

(257) *Poesie im Recht*, ya cit., págs. 27, 29, y carta de W. Grimm a Savigny de 16.X.1811, en *Briefe der Brüder Grimm*, ya cit., pág. 124.

(258) Bachofen, *Die Sage von Tanaquil*, ya cit., págs. 3 ss.

(259) Schelling, *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums* WW 1. Abtlg., Bd. V, pág. 309.

(260) Carta de Ranke a su hermano Heinrich de finales de marzo de 1820, en L. v. Ranke, *Das Briefwerk*, hrgn. v. W. P. Fuchs, Hamburg 1949, pág. 18.

(261) *Allgemeine Uebersicht der neuesten philosophischen Literatur* (1797-98) WW 1 Abtlg. Bd. I, pág. 467.

(262) *Poesie im Recht*, pág. 29.

(263) *Vorl. ü. d. Methode d. ak. Studiums*, ya cit., pág. 309.

(264) Sobre esta actitud, cfr. E. Rothacker, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Tübingen 1920, págs. 69 ss.

dadera unción ante el espectáculo transitorio de las obras e instituciones en devenir. Es el mismo trasfondo religioso que anima su respeto por lo dado y llegado a ser, tal como se expresa en el principio metódico de Bachofen: “considerar cada fenómeno histórico como un fenómeno independiente justificado por su existencia..., y no tratar nunca de explicarlo desde otro punto de vista que desde sí mismo” (265). O en la creencia de Ranke en la racionalidad inmanente en la historia, en que toda realidad histórica “lleva en sí misma su propia ley” (266). El postulado de la justificación inmanente y absoluta de todo Derecho no es, por eso, en la Escuela histórica más que el otro lado de su concepción del Derecho como “realidad histórica”, como un algo que, por ello mismo, hunde sus raíces en el subsuelo numinoso del acontecer histórico. Al insertar el Derecho en el universo de las formas históricas, Savigny y su Escuela, se ha dicho acertadamente, “proceden a la canonización del Derecho” (267). Savigny mismo nos lo dice: “no hay más Derecho racional que el que vive en cada pueblo y es reconocido y expresado por él” (268). Una idea que será recogida por sus discípulos. Como en los usos y en el lenguaje, que se hallan en su origen, escribe J. Grimm, también en el Derecho hay una razón innata, porque “detrás de todo derecho se encuentra una situación natural y ética, tal y como detrás de las palabras de nuestro lenguaje se encuentra una representación sensible” (269). Y la expresión acuñada por A. Müller de que “el único Derecho natural es el Derecho positivo” (270) se convierte en un tópico de la Escuela histórica. No hay otro Derecho “natural”, dirá así J. Grimm, que el Derecho nacido en el pueblo, y “este Derecho natural, divino o histórico sólo podemos conocerlo por la historia” (271). Esta racionalidad inmanente de los Derechos históricos se manifiesta también en su carácter sistemático y orgánico, que es el supuesto —el “punto vital”, dirá Savigny (272)— de toda verdadera ciencia jurídica: “el Derecho es de naturaleza racional, y ésta es la causa de que sea un sistema, un organismo de géneros y especies” (273). Pese a la diver-

(265) *Die Sage von Tanaquil*, ya cit., pág. 40.

(266) *Vom Einfluss der Theorie*, ya cit., pág. 73.

(267) A. Baeumler, “Introducción” a Bachofen, *Der Mythos von Orient und Occident*, München 1956, pág. CXXII.

(268) *Rec. Gönner*, págs. 129-30.

(269) *Ueber die Altertümer des deutschen Rechts* (1841), (*Kl. Schr.* VIII), págs. 547-48 y *Das Wort des Besitzes* (1850) (*Kl. Schr.* I), pág. 123.

(270) *Elemente der Staatskunst*, ya cit., Bd. I, pág. 53.

(271) Carta a Savigny de 29.X.1814, en *Briefe der Brüder Grimm*, ya cit., pág. 173.

(272) *Rec. Gönner*, pág. 140.

(273) Puchta, *Institutionen*, I, págs. 6, 32, 88.

sidad de los Derechos creados por los pueblos, cada uno de ellos lleva en sí su justificación, su racionalidad, y ello no porque respondan a necesidades prácticas del momento, como quería la teoría pragmática del Derecho, sino, dice Savigny, por razón de su “necesidad interna”, la cual hace que su materia sea lo que es “y no otra cualquiera” (274). Los Derechos de los pueblos, tan independientes de la voluntad de los individuos como su lenguaje o su moral, “son tan poco casuales como lo son los pueblos mismos; los Derechos de los pueblos son la sabiduría jurídica de la historia” (275). O como dirá todavía un representante de la segunda generación de la Escuela: “El Derecho de cada pueblo es, por tanto, un fenómeno nacional, peculiar, histórico..., pero no es sólo un fenómeno natural, sino, en su esencia, un fenómeno ético, y sólo podrá entender el Derecho de un pueblo, quien lo entienda en su carácter ético, como la expresión racional en sí, progresiva, histórica de un pensamiento divino” (276). Mientras que el Derecho Natural había apelado como naturaleza al concepto estático de un mundo ordenado según leyes generales, la Escuela histórica busca su raíz en el sustrato religioso que sustenta e impulsa la historia; y por eso, mientras que el Derecho natural “no tiene historia, color, olor, ni sabor”, el Derecho histórico posee “vida, cuerpo y expresión propia” (277), es “un orden divino”, y para todo aquél que “no ha perdido la noción de su origen”, “una parte de la religión” (278).

No hay ninguna parte de la doctrina de la Escuela histórica del Derecho que haya concitado una crítica más acerba y continuada que esta consagración del Derecho tal y como ha llegado a ser históricamente. “Quietismo” “pasividad”, “renuncia a la acción”, “resignación histórica” han sido, entre otros, los reproches que se han acumulado en esta crítica hasta nuestros mismos días. Ya Thibaut, en los días de su polémica con Savigny, veía en las ideas de éste una invitación a la inactividad legislativa, precisamente en momentos en los que la juventud más precisaba tener confianza en la fuerza y posibilidades de la razón (279). Y la crítica se agudizaría con

(274) *Beruf*, pág. 11, *Zweck*, pág. 113, y Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, págs. 146-47. Ranke hablará también, más adelante, de la “necesidad interna del objeto” en la historia: *Vom Einfluss der Theorie*, ya cit., pág. 73.

(275) B. Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft*, ya cit., págs. 5-6.

(276) O. Mejer, *Die Romantiker und das Recht*, Rostock und Melchin 1869, págs. 21-22.

(277) W. Grimm, *Rec. Gönner (Kl. Schr. I)*, pág. 552.

(278) Puchta, *Institutionem*, I, págs. 21-22.

(279) Cfr. *Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur*, Jahrg. VIII (1815), páginas 659 ss., así como *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule*, ya cit., págs. 408-9.

la evolución de la situación política en Alemania. Con su doctrina de la justificación inmanente de las formas históricas, y especialmente del Derecho, Savigny instrumentaba y consagraba uno de los rasgos consustanciales a la Restauración: el respeto por lo establecido, la aceptación como racional en sí de la tradición y las formas heredadas, en suma, ese *quieta non movere* que, durante cerca de medio siglo, iba a paralizar en el país toda reforma y renovación de la vida política y social (280). Nada tiene, por eso, de extraño que el sentimiento escatológico que penetra las nuevas generaciones tras la muerte de Hegel, lo mismo la izquierda hegeliana que la “Joven Alemania”, vean en la Escuela histórica el símbolo de la reacción y la expresión doctrinal de la lucha contra el progreso. Ya E. Gans, un hegeliano de la primera hora, hablaba del “odio encarnizado de Savigny contra el pensamiento y la filosofía”, de su “reverencia por lo dado como si fuera lo absoluto” (281), y desde la otra orilla, K. Marx fustigaba a la Escuela histórica por su afán de “justificar la abyección de hoy con la abyección de ayer” (282), y A. Ruge calificaba a Savigny de “uno de los más viejos enemigos de la libertad y del nuevo espíritu” (283).

Ahora bien, si se prescinde del aspecto político de esta “capitulación de la razón especulativa ante los hechos” (284), la renuncia de Savigny y su Escuela a toda ética material jurídica tiene un significado metodológico en el que hay que detenerse un momento. Porque el derrumbamiento del Derecho Natural a principios de siglo, y la desaparición con él de un sistema de valores que, de modo más o menos formal, habían informado la vida de la humanidad europea durante los siglos modernos, va a tener una repercusión distinta

(280) Sobre la ideología de la Restauración, T. Troeltsch, “Die Restaurations-epoche am Anfang des 19. Jahrhunderts”, en *Gesammelte Schriften*, Bd. IV, Tübingen 1925, págs. 587 ss., K. Mannheim, “Das konservative Denken. Soziologische Beiträge zum Wesen des politisch-historischen Denkens in Deutschland”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 57 (1927), págs. 78 ss., 84 ss., E. Kaufmann, *Ueber den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, ahora en *Gesammelte Schriften*, Bd. III, Göttingen 1960, págs. 46 ss., así como mi estudio ya cit., *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, págs. 32 ss.

(281) *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Bd. I, pág. XV.

(282) Cfr. *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung* (1843/44), en K. Marx, *Werken, Schriften, Briefe*, hrgn. v. H.-J. Lieber u. P. Furth, Bd. I, Darmstadt 1962, pág. 490, así como *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule* (1842), loc. cit. Bd. I, págs. 198 ss.

(283) Carta a M. Fleischer de 12.III.1842, en *A. Ruges Briefwechsel und Tagebuchblätter aus den Jahren 1825-1880*, hrgn. v. P. Nerrlich, Berlin 1886, Bd. I, pág. 267.

(284) Cfr. W. Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, Heidelberg 1917, pág. 218.

en el Derecho público y en el Derecho privado. Mientras que en el Derecho público la axiología del Derecho Natural es sustituida mal que bien por la idea de la legitimidad (285), en el Derecho privado se abre un vacío que va a determinar la fisonomía de la ciencia jurídica durante más de tres cuartos de siglo. Presos como todos sus contemporáneos en la tradición kantiana, los autores de la Escuela histórica, la gran debeladora del Derecho Natural, no conocían más que una ética de la subjetividad y carecían de un modelo ideal de orden social que, como ética social, hubiera podido orientar y prestar cohesión a la vida jurídica. La apelación a la “vinculación ética que alienta en las leyes e instituciones tradicionales” (286) o a “la razón objetiva inserta en las cosas” (287) no puede engañarnos acerca del hecho de que ha desaparecido la ética material jurídica y de que la reflexión ética ha quedado reducida al ámbito de la conciencia como ética de la individualidad. La ética con la que operan los juristas de la Escuela histórica es la ética subjetiva de la “autonomía de la voluntad” elaborada por el idealismo alemán, es decir, una ética de los motivos del obrar, no de la función social del obrar. El Derecho no posee cometidos éticos, sino que es la condición formal de posibilidad de esta ética de la voluntad. Con palabras de Savigny: “El Derecho sirve a la ética, pero no ejecutando sus imperativos, sino asegurando el libre desenvolvimiento de su fuerza en las voluntades individuales. La existencia del Derecho es indispensable, y no hay contradicción, por eso, en admitir en un caso concreto la posibilidad del ejercicio inmoral de un derecho verdaderamente existente” (288). Y también Puchta: “El hombre es moralmente libre en tanto que se decide por el bien..., jurídicamente libre, en cambio, en tanto que se decide, sea en el sentido que sea, ya que la base del Derecho no es la materia de la decisión, sino la posibilidad de una decisión” (289).

Esta ausencia de una ética material de las relaciones sociales va a influir de manera definitiva en la concepción y en el método de la ciencia del Derecho. La consecuencia más importante va a ser una “independencia” de la ciencia jurídica —que no es más que su aislamiento de la realidad histórico-social— como no se había conocido en toda la tradición occidental. Por primera vez, que no entre

(285) Cfr. el agudo trabajo de E. Forsthoff, “Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert”, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 96 (1936), págs. 51 ss.

(286) Stahl, *Phil. d. Rechts*, Bd. I, pág. 586.

(287) Schelling, *Eintl. i. d. Phil. d. Mythologie*, ya cit., pág. 537.

(288) *System*, I, pág. 332.

(289) *Institutionem*, I, págs. 8-9.

los juristas romanos, como Savigny pretendía, la ciencia jurídica va a tecnificarse radicalmente concentrándose en el “Derecho” exclusivamente y en el aparato conceptual destinado a su comprensión. Ya Savigny se había planteado el problema de la ciencia del Derecho desde el punto de vista de las relaciones entre la doctrina jurídica y su aplicación práctica, predicando un acercamiento entre ambas, a fin de que “la teoría no se convierta en un juego vacío” ni “la práctica degenera en un artesanazgo” (290). El problema, empero, no era de las relaciones entre teoría y práctica, sino el de las relaciones de la ciencia del Derecho en su totalidad —es decir, entendida como teoría y práctica a la vez— con la realidad histórico-social, el de su permeabilidad para el movimiento de las grandes fuerzas históricas del momento; y esto no podía lograrse sin una ética material de las relaciones humanas dentro de la dialéctica concreta de una sociedad histórica. Algo que sería incapaz de incorporarse, e incluso de plantearse la ciencia del Derecho de la Escuela histórica, por lo menos hasta Jhering. La comparación constante del Derecho con las otras formaciones históricas, especialmente con el lenguaje, pone de manifiesto hasta qué punto la Escuela concibe el Derecho como un todo concluso, en “desenvolvimiento orgánico”, es verdad, pero no según las leyes de la realidad, sino según “leyes inmanentes”. Las dos versiones del método jurídico que expone Savigny tienen las dos como presupuesto este hermetismo del Derecho. De un lado, el método histórico, por el cual, y como ya habían sostenido los hermanos Grimm respecto al lenguaje (291), se “trata de seguir lo dado a través de todas sus modificaciones... hasta sus orígenes en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo” (292), convirtiendo así la ciencia del Derecho en Historia del Derecho, con la única diferencia que pueda resultar de la “distribución de luz y sombras” entre ellas (293). Y de otro, el método sistemático, es decir, “la reducción de la multiplicidad simultánea a la unidad inmanente en ella” (294). La reflexión jurídica queda así encerrada en el espacio mágico de un dato histórico tenido por absoluto, del que, a semejanza de la gramática respecto al lenguaje, sólo puede indagar su estructura formal o las etapas de su desenvolvimiento histórico. O lo que es lo mismo: el cometido único de

(290) *System*, I, págs. XIX-XX y *Beruf*, págs. 126-27.

(291) Cfr. W. Grimm, carta a Savigny de 15.III.1809, en *Briefe der Brüder Grimm*, ya cit., pág. 67, y J. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 4. Aufl., Leipzig 1891, Bd. I, págs. VII ss.

(292) Savigny, *Rec. Gönner*, págs. 141-42.

(293) *Besprechung v. G. Hugo*, “*Lehrbuch d. Gesch. d. Röm. Rechts*” 1805, ahora en *Vermischte Schriften*, ya cit., Bd. V, págs. 2-3.

(294) Savigny, *Rec. Gönner*, págs. 140-41, y *Beruf*, pág. 22.

la ciencia del Derecho es “clarificar, rejuvenecer y mantener viva la materia jurídica... surgida con necesidad interna de la nación y su historia” (295), crear una conciencia común del Derecho propio (296).

Surge así una ciencia del Derecho que reposa sobre sí misma, ajena por definición a toda teología y a toda consideración funcional, entregada incansablemente a la labor de definición, deducción y sistematización de conceptos (297). “No miramos directamente el objeto de la actividad jurídica, sino que le volvemos la espalda y hacemos que su imagen se nos refleje en un espejo situado enfrente; lo que llamamos nuestra fuente, la materia de nuestro estudio no es el objeto mismo, sino el espejo, y lo que llevamos a cabo no es, por eso, ciencia del Derecho, sino ciencia de una ciencia del Derecho” (298). Es la ciencia del Derecho “de los juristas”, cuyo gran teorizador iba a ser Puchta: “Cometido de la ciencia del Derecho es el conocimiento de las proposiciones jurídicas... como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras, siguiendo así la genealogía de cada proposición hasta los primeros principios, y descendiendo, después, desde éstos hasta sus últimas ramificaciones” (292). Los conceptos abstraídos de las proposiciones jurídicas son hipostasiados en entidades reales, “seres vivos”, “individualidades independientes” (300), y el problema de la ciencia del Derecho no es el de “la coincidencia de estos conceptos con la realidad, sino el de la coincidencia de ellos entre sí” (301). Mientras la vieja organización social europea salta en pedazos, se resquebrajan los moldes tradicionales de convivencia y asciende al poder entre convulsiones la nueva clase dominante de la burguesía industrial, la ciencia del Derecho se ejercita en una erudición que ha podido llamarse “monástica” (302), replegada en sí misma y construyendo imperturbable nuevos sistemas, cada vez más unitarios y acabados (303), pero también cada vez más irreales, porque se apoyan sólo en sí mismos, no en la homogeneidad correspondiente de un mundo histórico-social.

(295) Savigny, *Zweck*, pág. 113.

(296) *Beruf*, págs. 133-34, 161 *passim*.

(297) Sobre esta ciencia del Derecho abstracta y formal, cfr. mi trabajo, “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VIII (1961), págs. 64 ss.

(298) B. W. Leist, *Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*, 1. Heft, Jena 1854, págs. 5-6.

(299) Puchta, *Institutionen*, I, pág. 33, *Pandekten*, pág. 29.

(300) Savigny, *Beruf*, pág. 29, Puchta, *Institutionen*, I, págs. 87-88.

(301) E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen 1918, pág. 133.

(302) La expresión es de F. Beyerle, “Der andere Zugang zum Naturrecht”, en *Deutsche Rechtswissenschaft*, Bd. IV (1939), pág. 19.

(303) Cfr. todavía Savigny, *System*, I, pág. 262.