

---

WOLFGANG FIKENTSCHER  
(Munich)

**La concepción de la historia y del sistema  
en Savigny**

La Ciencia del Derecho tiene que agradecer a Savigny algo decisivo. Se trata no sólo de un gran número de puntos de vista doctrinales, aclaraciones y nuevos desarrollos. También la fusión de la orientación histórica y de la rigurosa elaboración sistemática del Derecho, en su recíproco entrecruzamiento, son elementos de una Ciencia del Derecho, de los cuales no se puede prescindir a partir de Savigny. Un examen crítico de la concepción de la historia y del sistema del gran jurista exige, por tanto, una ojeada a su vida (1).

I. POSIBLES INFLUENCIAS DE LA VIDA DE SAVIGNY

Friedrich Carl von Savigny, descendiente de una noble familia de calvinistas de la Lorena, nació el 21 de febrero de 1779 en Frankfurt del Meno. Su padre, adscrito a la religión luterana, era un alto fun-

(1) Las páginas siguientes son una versión reelaborada y completada con la más moderna literatura de los capítulos dedicados a Savigny en mi libro *Methoden des Rechts*, tomo III, Tübingen, 1976, pág. 46 ss. No tuve acceso al libro de Marini sobre Savigny aparecido en 1978.

cionario de la ciudad imperial (2). Debido a una muerte prematura, perdió a la edad de once años a su padre y a sus hermanos. Friedrich Carl creció en casa de Konstantin von Neuraths, que era asesor en el Tribunal imperial de Wetzlar e introdujo a Savigny muy pronto en los conceptos fundamentales de la ciencia del Derecho. “Las considerables propiedades que heredó hicieron independiente al joven Savigny, que pudo sin estrecheces formar y desarrollar su espíritu libremente. Nobleza de espíritu, riqueza y variedad de aptitudes, honorables tradiciones caracterizaron el curso de su vida” (3).

Savigny tenía una salud delicada, pero consiguió superar su debilidad con autodomínio y una inteligente distribución de sus fuerzas. Erik Wolf insinúa que Savigny, a causa de la temprana pérdida de su familia, tuvo a lo largo de su vida un “piadoso respeto” hacia “el espíritu del pasado y de los antepasados” (4). Estas dos cosas han determinado de forma decisiva el método de trabajo jurídico de Savigny, a saber, un sentimiento predispuesto a la medida a causa de su débil salud y un deseo de ser digno del pasado, porque jamás había experimentado el pasado, pero se había desarrollado precisamente a partir de él.

A los dieciséis años comienza Savigny sus estudios en Marburg, especialmente Historia y Ciencia del Derecho. Las inquietudes científicas fueron transmitidas al estudiante Savigny por Philipp Friedrich Weis, quien profesaba la jurisprudencia elegante de corte holandés y orientaba a sus alumnos hacia una interpretación histórica de las fuentes del Derecho, al uso de la *comprensión histórica* vigente en el siglo XVI (5).

Savigny contrajo matrimonio en el año 1803 con Gunda Brentano, hermana de Clemens y Bettina Brentano. Pero el sentimiento romántico de la vida que imperaba en este círculo, no influyó de forma tan determinante en Savigny como la visión “naturalista” de Herder y Goethe (6). “De él (Herder) tomó Savigny muchas concepciones abstractas; sobre todo, la idea de individualidad en el

(2) Para los datos concretos de la vida de Savigny, véase en especial ERIK WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1939, 4.ª edic. 1963, págs. 469 ss.

(3) ERIK WOLF, *lug. cit.*, 470.

(4) ERIK WOLF, 471.

(5) ERIK WOLF, 473.

(6) ERIK WOLF, 469, 475, 476.

sentido de la totalidad de la vida, que Herder había conformado como idea fundamental de la Historia y con ello también del mundo jurídico. La individualidad histórica aparece en él como una vida global que se desarrolla por sí misma, unida al devenir orgánico de la Naturaleza” (7).

La posición filosófica de Savigny aparece todavía poco clara. Mientras que Kiefner y Wilhelm le atribuyen una estrecha dependencia de Kant, y gran parte de lo que Savigny y su amigo Ranke escribieron sobre el método teórico-cognoscitivo de la “intuición” parece influencia de Hegel; por el contrario, Erik Wolf observa que Savigny se había separado conscientemente de Kant y que Hegel le era igualmente extraño (8). Sin embargo, Wolf piensa que Savigny extrajo lo esencial de su sistema filosófico de Jacobi, el amigo de Goethe, cuya norma fundamental hizo totalmente suya Savigny: “En el entendimiento se forma lo general inmediatamente después de lo particular, el concepto inmediatamente después de la percepción” (9). Por otra parte, observa también Wolf que Savigny estuvo en gran parte de acuerdo con el Idealismo filosófico, en la medida en que utilizó al menos el concepto kantiano de libertad. Posiblemente la “intuición” fuera, como reacción a las críticas de Kant, el espíritu general de la época, al cual Savigny no se cerró; y lo mismo que Hegel y Ranke en sus campos, Savigny intentó ser también, a partir de la fructífera antítesis de Kant y Schiller por un lado, Herder y Goethe por otro, un “Reformador de la Ciencia del Derecho”, “un Kant de la Jurisprudencia”, un fundador de una teoría “metafísica” del Derecho (10).

En el año 1800 se doctoró Savigny con una tesis de Derecho Penal (“De concursu delictorum formali”). Desde el punto de vista metódico, tiene especial importancia la Lección del Método, que dictó en Marburg en 1802/3 junto con Lecciones de Derecho Penal (11). En el

(7) ERIK WOLF, 475, quien también observa que Savigny tomó la organología de Herder junto con restrictivos ideales del Humanismo cristiano-protestante y del nuevo clasicismo que la limitaban.

(8) ERIK WOLF, 477.

(9) JACOBI, *Von den göttlichen Dingen und ihrer Offenbarung*, 1811, 179 ss., según ERIK WOLF, 477, nota 10.

(10) Como complemento a las observaciones de ERIK WOLF, 476; las comillas están en el original.

(11) Fue editada por Wesenberg en el año 1951 según los apuntes de uno de sus primeros alumnos, Jakob Grimm; con razón atribuye Larenz a esta obra temprana un gran valor científico, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg-New York, 1960, 4.ª edic. 1979, pág. 11.

año 1803 apareció el libro, que le haría famoso, "Über das Recht des Besitzes". Década tras década se ha visto la significación de esta obra, especialmente en cuanto separó radicalmente las modernas fuentes del Derecho de las antiguas, y examinó los textos en base a los cambios históricos de su concepción (12). Ahora bien, esta elogiada conquista, a saber, la separación de las fuentes antiguas y modernas, era una antigua pretensión de Pütter, de la que todavía tendremos que hablar con más detalle en el III infra; la segunda conquista, el examen de los textos en base a los cambios históricos de su concepción, era uno de los temas capitales de la jurisprudencia elegante del siglo xvi. La influencia indudablemente grande del "Besitz" de Savigny en sus contemporáneos, incluso la fundación de la Escuela histórica del Derecho, que se remonta de hecho a la aparición de este libro, tiene por tanto su fundamento en circunstancias secundarias, como era que casi nadie pensaba ya en Pütter y los elegantes. Lo convincente del libro de Savigny fue quizá el modo de tratar el tema. A pesar de que la separación de fuentes antiguas y modernas era una exigencia, sin embargo hasta entonces nadie había intentado cumplirla en un tema particular, o como diría el Savigny posterior, en una "Institución" como en este caso el derecho de propiedad. Al mismo tiempo, la obra logradamente expuesta, usando el método crítico-elegante, tendió el puente desde la Historia con sus cambios hasta el presente y sus exigencias para el Derecho vigente. De este modo llegó a considerársela "durante más de medio siglo como el modelo y el obligado prototipo para la elaboración propiamente científica de una cuestión jurídica" (13). No se exagera cuando en la teoría de la propiedad debida a la pluma de Savigny se ve el fundamento de aquello que, desde entonces y hasta hoy en el ámbito jurídico centro europeo, se entiende por "Ciencia jurídica", término por lo demás que, según la afirmación de Koschaker, es un hallazgo de la Escuela histórica alemana (14).

En 1814, con la obra "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Savigny intervino en la gran polémica político-jurídica de si Alemania después de las guerras napoleónicas debía otorgarse un Derecho civil unificado, que se correspondería con el

(12) ERIK WOLF, 485.

(13) Idem, ídem.

(14) Idem, 486.

Code civil de los franceses (15). Savigny rechazó un BGB para su época. Le dominaba la idea de que el Derecho real no es idéntico al “conjunto de la realidad jurídico-empírica” (16). Para Savigny, un Código civil formaba parte de la empirie jurídica, de modo que el Código, a causa de la separación axiomáticamente tomada de Kant, entre Derecho real y empirie, tenía que estar en contradicción con la Ciencia, cuya función era precisamente la investigación del “Derecho real”. Savigny piensa que “la Ciencia histórica tenía que descubrir e indagar el Derecho real. Aquí veía él la tarea jurídica fundamental de su época y de sí mismo.

En 1808 aceptó Savigny una Cátedra en la Universidad bávara de Landshut. Wilhelm von Humboldt le invitó en el año 1810 a participar en la fundación de la Universidad de Berlín y a ocupar allí una cátedra. Hasta su muerte, el 25 de octubre de 1861, vivió apegado a Berlín. Los trabajos más importantes de la larga época berlinesa pueden mencionarse brevemente del siguiente modo. Cabe enumerar primero la “fundación planificada” (Erik Wolf) de la “Escuela histórica”, que comprendía a un grupo de profesores, juristas, historiadores y lingüistas animados por los mismos sentimientos, que se habían prescrito el principio metódico de conseguir afirmaciones “globales” para el presente investigando la Historia antigua y moderna. Se trataba de un círculo de profesores que tenía similitudes con las Academias italianas y francesas de los siglos xv y xvi, y con otros círculos análogos, por ejemplo los monarcómanos, o el círculo de Guillermo de Orange, que tuvo su centro organizativo en la fundación de la Universidad de Leyden en 1575. No han sido suficientemente valorados los efectos histórico-culturales derivados de tales círculos, a los que se pueden añadir muchos más. Por lo demás, es común a todos ellos que siempre tienen un determinado concepto de la Historia que los define.

(15) Heidelberg, 1814, 3.<sup>a</sup> edic. 1840; la obra *Vom Beruf unserer Zeit* fue traducida al inglés en 1831 por Hayward con el título *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*; véase también JACQUES STERN, *Thibaut und Savigny*, Berlín, 1914; HANS HATTENHAUER (Edit.), *Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften*, München, 1973 (con una introducción del editor); sobre esto, HANS-PETER BENÖHR, *Politik und Rechtstheorie: Die Kontroverse Thibaut-Savigny vor 160 Jahren*, JuS, 1974, 681.

(16) *Vom Beruf unserer Zeit*, 10; cit. de ERIK WOLF, 487. La frase es una prueba clásica de la separación entre Historia y fin, así como sistema y costumbre, sostenida por Savigny. El que ponga en duda la herencia kantiana de Savigny tiene que enfrentarse con este pasaje del «Beruf».

La concepción de la Historia de la Escuela histórica consistía en convertir a la misma en instrumento de la interpretación del presente (véase infra II). Savigny desarrolló el Programa de la Escuela histórica del Derecho, que se consideraba como parte del proyecto histórico global, en su artículo de introducción a la “*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*” fundada en 1815. También en 1815 comenzó la publicación de su gran obra “*Die Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*”. El año 1840, después de largos estudios previos, supuso para Savigny el comienzo de la aparición de su obra más significativa a los ojos de hoy, “*System des heutigen Römischen Rechts*”, en ocho tomos. Los primeros cinco volúmenes aparecieron en rápida sucesión en los años siguientes hasta 1842.

Una enfermedad nerviosa, de la que se había curado en 1835, le obligó en 1842 a abandonar su cátedra después de setenta y cuatro semestres de actividad docente. Una vez mejorado su estado de salud, fue designado, como miembro del Consejo de Estado, experto para la legislación prusiana, y al ser nombrado por Federico Guillermo IV Ministro para la Legislación, actuó como práctico. Erik Wolf describe el trabajo de Savigny en este puesto como contrario a su temperamento, basándose en diversas discrepancias que le llevaron con frecuencia a oponerse a proyectos de Ley. En 1847 fue nombrado Savigny Presidente del Consejo de Estado, y del “*Gesamtministerium*”. Un año más tarde fue destituido por el rey, porque todos los Ministros dimitieron con ocasión de la Revolución de 1848 (17).

“Ya al día siguiente de la destitución” (Erick Wolf) volvió a trabajar en su “*System*” y concluyó la obra un año más tarde. En él se encuentra el importantísimo tomo VIII sobre el Derecho Privado internacional, que planteó esta rama jurídica sobre nuevas bases que se han mantenido en lo esencial hasta hoy, y que todavía es citado en el extranjero —al menos en los países de lengua inglesa— como fuente autorizada de Derecho Privado internacional.

(17) De este tiempo se cuenta la siguiente anécdota de Savigny: Savigny se encontró al abandonar el Ministerio con un grupo de trabajadores que se manifestaban. Habló con uno de los portavoces, intentando explicarle con palabras bien fundadas que todo el tumulto estaba injustificado, pues el Gobierno habría concedido de todos modos a los trabajadores más de lo que hubieran pedido. A lo que respondió el manifestante: «¡Ah, viejo, tú no lo entiendes! Hace sólo sesenta años entusiasmaba el Sturm und Drang (17 a) ¡y se invocaba la “intuición inmediata”! ¿Dónde ha quedado ésta?».

(17 a) *Nota del traductor.*—Movimiento literario alemán entre los años 1767-1785, contrario al nacionalismo de la Ilustración, que se caracteriza por un exceso de los sentimientos y el afán de libertad. Toma su nombre de la obra teatral *Der Wirwarr* de M. Klingler, denominada Sturm und Drang por sus contemporáneos.

El "System" es una Parte General del Derecho. De la proyectada Parte especial aparecieron todavía en los años 1851/53 partes del Derecho de Obligaciones.

Científicamente yo no produjo nada más. En su país y en el extranjero fue recompensado hasta su muerte en 1861 con honores y distinciones. Una vida globalmente concebida, inteligentemente trazada (en el sentido de Heinrich Kleist), que se había mostrado radiante en muchos sentidos, encontró un final tranquilo y lleno de dignidad (18).

## II. LA HISTORICIDAD DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DEL MÉTODO DE SAVIGNY

### 1. *La oposición de Historia y Sistema*

Larenz pone de manifiesto en su introducción al método de Savigny que éste, desde un principio, subrayó la contraposición entre la consideración histórica y la consideración sistemática en el Derecho, y que postuló e intentó la aplicación de ambos métodos para combinar los dos tratamientos en su interpretación del Derecho (19). Sobre esto hay que tener en cuenta dos cosas: el sentido que el término "histórico" y el término "sistemático" tienen en la síntesis de Savigny no es un sentido general e inespecífico. Tanto en la redacción de su obra temprana, la Teoría del Método de 1803, como también en el primer tomo de su "System", aparecido en 1840, Savigny tenía su propio concepto de historicidad (20). Un estudio más detallado mostrará que Savigny atribuía a lo histórico incluso un significado distinto en las dos obras. Lo mismo rige para la concepción del sistema (21). Savigny trabajó en su Lección del Método de 1803 con una concepción lógica del sistema debida a la filosofía kantiana, a pesar de que él, como hombre maduro, quizás estuviera más o menos fuertemente marcado por la concepción hegeliana de totalidad de

(18) ERIK WOLF, 534 ss., hace un resumen de las obras completas de Savigny.

(19) LARENZ, 11 ss.

(20) Véase primero por todos WIEACKER, en BLÜHDORN-RITTER, *Philosophie und Rechtswissenschaft, Zum Problem ihrer Beziehung in 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main, 1969, pág. 144 (Diskussionsbeitrag); también, WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, lug. cit., 123; KIEFNER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, lug. cit., 3.

(21) Sobre la estrecha conexión entre concepto de la Historia y concepto del Sistema, en detalle, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, t. IV, Tübingen, 1977, cap. 30, III-IV.

esa época. En este sentido es necesario decir algo sobre las observaciones anteriormente referidas acerca de la “intuición”.

Los argumentos de Larenz pueden dar además la impresión de que Savigny fue el primero en descubrir, contraponer e intentar llevar a una síntesis fructífera la distinción entre el tratamiento filosófico (sistemático) del Derecho y la comprensión histórica del mismo. Sin poder profundizar aquí más sobre este problema, hay que indicar, en relación con la observación hecha más arriba sobre el efecto de la monografía del “Besitz” en los contemporáneos de Savigny, que al menos ya Pütter, incluido generalmente en el viejo Derecho natural, había insistido en la separación del método de trabajo histórico y sistemático en el Derecho e incluso había perfeccionado esta separación en algunos extremos, en comparación con Savigny.

«Pütter repudió siempre con la mayor energía el método dominante consistente en confundir en un *usus iuris* Romano-Germánico partes romanas y germánicas. Por ello, exige ante todo que sea expuesto el Derecho romano puro, dividido por lo demás en antiguo y justiniano, con una introducción que se fije más en la Historia política y jurídico-estatal de Roma que en la comprensión de la Historia jurídico-privada. Pero en cuanto se propongan las consecuencias jurídicas derivadas de la exposición, aparecerá clara la total nulidad del sistema y fracasará todo intento de justificación. Se tratará por ello más bien de buscar libremente un sistema, en el cual el conjunto de los principios jurídicos romanos quede ordenado del modo más claro y correcto...» (22).

De esta exigencia, expuesta en 1757 por Pütter en su “Proyecto de una Enciclopedia y una Metodología jurídica”, se desprende por tanto no sólo la clara separación del tratamiento histórico y sistemático del Derecho, sino también la perspectiva histórica, que distingue el derecho clásico romano del uso moderno (23). La separación como tal de los tratamientos histórico y sistemático era ya conocida a partir de los círculos de profesores postreformadores de Basilea, París, Leyden desde la mitad del siglo xvi, en el momento por tanto en que el sacerdocio religioso de los laicos se desarrolló política y científicamente. Con la perspectiva histórica y sistemática así iniciada, el ilustrado siglo xvi se volvió —éste era su deseo— contra la Aristo-

(22) LANDSBERG, III.1, 337.

(23) ERIK WOLF, 473, habla del influjo indirecto de Pütter sobre Savigny a través de Gustav Hugo, pero quizá también a través del venerable maestro de Savigny, Philip Friedrich Weis; posiblemente desde Pütter se habla del «*heutigen Römischen Recht*», al que Savigny dedicó su gran Sistema.

télica y la Escolástica. En realidad, la reflexión histórica, con frecuencia no contrastada, de los juristas elegantes terminó en ocasiones en una antigualla seca, como lo fue la cultivada sobre todo por Heineccius (24). Aliado con Pütter, Gustav Hugo se vuelve contra la “incurable superficialidad” del influyente Tratado de Historia del Derecho de Heineccius (25), en el que parece que fue significativo el influjo del inglés Edward Gibbon. Hugo, maestro y copolemista de Savigny, editó en traducción alemana un fragmento del “Resumen histórico del Derecho Romano de Eduard Gibbon” (26).

Se remonta a Hugo el “ideal de una obra sobre el espíritu del Derecho Romano” (27). Si Pütter sólo pudo proporcionar sugerencias y programas y Hugo, con una muy clara visión del problema, sólo alcanzó sin embargo “una aproximación a aquel ideal” (Landsberg), Savigny tuvo éxito en la empresa al limitarse inteligentemente a determinados puntos del Sistema, como la propiedad, a determinados niveles de abstracción del mismo, como la Parte General, y gracias a su típico eclecticismo histórico, del que hablaremos más adelante. No faltaba la idea antes de Savigny, sino su ejecución, que fracasó por una “sobreevaluación de las fuerzas” (Landsberg) (28).

No puede por tanto decirse que haya sido Savigny el primero con su Programa del método histórico y sistemático, como tampoco Ihering.

(24) HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanorum iuris prudentiam illustrantium Syntagma*, 1719 (20.ª ed., Frankfurt/Main, 1841).

(25) LANDSBERG, en: v. STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.ª parte, 2.º medio tomo, München-Berlín, 1910, 7.

(26) Así, el cap. 44, LANDSBERG, *lug. cit.*, 7; a causa de la continua apertura a los problemas por razones democrático-políticas, se había mantenido en Inglaterra permanentemente la concepción de la Historia postreformadora debida a Francia y los Países Bajos a través de la Dutch Colony, mientras que en el Continente bajo el influjo de unas posibilidades políticas y religiosas más recortadas la secularización trajo como consecuencia una «deshistorización».

(27) LANDSBERG, *lug. cit.*, 7; véase el título de la obra principal de Ihering.

(28) LANDSBERG, *lug. cit.*, 8 (sobre Hugo): «se exige la separación del Derecho romano y no romano; luego dentro del Derecho romano separación del antiguo y el hoy aplicable; finalmente una ordenación histórica, periódica del primero, una sistemática ordenación del último en contradicción con el método legal dominante. Sólo algunos antecesores de Hugo habían emprendido esta tarea con la intención de rematarla en un corto espacio de tiempo, al modo de un trabajo de principiante, con un Tratado hecho con rapidez; a esta sobreevaluación de sus fuerzas...; en LANDSBERG, *lug. cit.*, 8, también indicaciones de otros nombres de esta época entre Pütter y Hugo: Habernickel, Hofacker, Reitemeier, Möser, Biener.

ring, que empieza también con esta contraposición su primer artículo escrito en alemán, una polémica con Savigny y Hegel (29).

## 2. *El concepto de lo histórico en la Lección sobre el Método de Savigny de 1803*

Wieacker sostiene la idea de que Savigny, en la Teoría del Método de Marburgo, entiende el concepto de lo histórico en el mismo sentido que Schelling en sus catorce Lecciones académicas, cuyas ideas principales escuchó posiblemente Savigny de boca de Schelling. Por el contrario, Blühdorn pone de manifiesto que en 1803 Savigny, con el término “histórico” piensa lo que Hugo, de acuerdo con Pütter, denomina método “histórico-anticuario” (30). El concepto de la Historia de Schelling venía determinado por su concepción de la Ciencia como una “exigencia, derivada de la idea de las cosas mismas, de tratar todas las Ciencias dentro del espíritu de lo general y de un saber absoluto” (31), dentro del cual la historia serviría para la indagación de la materia dada de la ciencia. De lo que se deducía para Savigny que la Historia tenía que servir para proporcionar el objeto jurídico, que en palabras de Wieacker venía dado por “la tradición científica de los textos y de la Ciencia” (32).

Se puede caracterizar esta primitiva concepción de la historicidad en Savigny como una inclusión del desarrollo histórico en el conocimiento del presente, sobre la base de la remisión de lo histórico a lo “ejemplar” en el sentido de Kant, pero también sobre la base de la intuición de la totalidad de la Filosofía de la identidad propia de su tiempo, sobre todo de Schelling, Jacobi y Hegel. A diferencia del Savigny posterior, apenas juegan un papel consideraciones de cómo el

(29) Así, últimamente con amplias informaciones, HANS-ULRICH STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlín, 1978, especialmente 36 ss., 222 ss. Sobre Ihering véase ANÓNIMO (IHERING), *Literarische Zeitung* (Berlín), 1842, Nr. 29, por lo demás también con un nuevo acento, dependería de «adónde» se dirige el desarrollo jurídico; Leopold von Ranke demuestra que la antítesis de Historia y Sistema es también un lugar común del clasicismo y romanticismo, «Politisches Gespräch», véase supra notas 11, 12 y 19.

(30) WIEACKER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 144 (Diskussionsbeitrag); idem también BLÜHDORN (Diskussionsbeitrag). Existen profundos estudios sobre el influjo de Schelling en Savigny. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957, 296 ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts*, Studien zum 60. Geburtstag von Joachim Ritter, Basel-Stuttgart, 1965, 15 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte des Neuzeit*, 357, nota 33, y 370, nota 76, con más literatura.

(31) Cita de WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, lug. cit., 370, nota 76.

(32) WIEACKER, 370.

Derecho tiene que aparecer en el futuro. El joven Savigny, al igual que Schelling, está “de espaldas al futuro”, mientras que la Historia y el presente representan una totalidad espiritual a contemplar. Lo específico aquí es que las diferencias históricas son entendidas en sí críticamente, y no se saltaron sin crítica cientos y miles de años, como sucedió con frecuencia en el siglo xvi. Por el contrario, la teoría de la historia de la filosofía de la identidad era consciente del devenir, en el sentido de que ella veía el camino del pasado al futuro hasta hoy y lo apreció críticamente. Es verdad que la conciencia de la diferencia histórica no estorbó a un eclecticismo acrítico en la elección de lo que se necesitaría de la Historia para la interpretación del presente. En el desarrollo de su propia concepción histórica, se denominará por ello más abajo el concepto de la Historia de Savigny en la Teoría del Método de 1803 como “sectorial-referido al desarrollo” (“aspektivisch-entwicklungsbezogener”), es decir, el objeto del interés histórico en el joven Savigny era el Derecho positivo, no conceptos previos como las instituciones jurídicas y otros elementos del Sistema de los que después se ocuparía más (33).

### 3. *La concepción de la historia de Savigny en el “System des heutigen Römischen Rechts”*

Esta concepción de la Historia de Savigny poco interesada en el futuro, y por lo tanto sectorial y no perspectivista, se mantuvo en principio hasta en su “System”. Sin embargo, cambia el objeto del interés principal. Coing ha puesto de manifiesto que en el Savigny posterior el Derecho no es entendido tanto como lo dado, lo positivo, sino que en el “System” Savigny asocia su concepción de la historicidad con la teoría del espíritu del pueblo, de manera que para él lo histórico era simplemente el devenir de ese espíritu del pueblo y de las instituciones jurídicas que de él se desprenden. Habrá que comprenderlo en base a las fuentes. No es por tanto el Derecho positivo dado, aunque éste pudiera ser lo que más destaque, sino los criterios generales previos al Derecho. los que según la concepción del Savigny maduro se desarrollan históricamente.

(33) Sobre lo último, por todos, COING, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, lug. cit., 138; véase también, del mismo, *Kant und die Rechtswissenschaft*, 1955 (Frankfurter Universitätsreden), 12.

Pero más importante todavía que este cambio de objeto de estudio es, sin embargo, que en su prólogo al "System" Savigny diga que "es de la mayor importancia que se reconozca la conexión viva que une el presente con el pasado, sin cuyo conocimiento captaremos únicamente la manifestación externa de la situación jurídica presente, pero no comprenderemos su esencia interna". Prescindiendo del manifiesto desplazamiento de la relación histórica aquí presente, llama la atención el que, al igual que en la Teoría del Método de 1803, el desarrollo termina en el presente.

¿Estaba Savigny todavía en 1848 "de espaldas al futuro"? Esta cuestión, hasta ahora poco debatida, parece que tiene que ser respondida en principio afirmativamente. No se trata de repetir aquí en detalle los reproches al historicismo jurídico, dirigidos "al más reciente pasado", por estudiar las transformaciones sufridas por el Derecho en su camino del pasado hacia el futuro a través del presente, ocultando en realidad con esa historicidad aparente una activa creación del Derecho (34).

Es conocida la aversión de Savigny por la actividad práctica de creación del Derecho. Su aversión kantiana por los "fines" se presenta aquí diáfana y la mantuvo Savigny durante casi cincuenta años, desde la Teoría del Método de Marburgo hasta el final del "System" y del Derecho de Obligaciones. Para él, el sentido de la ciencia del derecho era, por el contrario, el de interpretar y explicar históricamente las relaciones del derecho vigente para perfeccionar el Derecho, en la línea del optimismo general de su tiempo. La posición agnóstica de fondo que ya define a Kant, rige también para Savigny. Pero una posición agnóstica respecto de un futuro mejor y una comprensión del futuro en el sentido de una Historia que pasa (tíma as a straight line) se excluyen mutuamente. El que cree que el mundo se mueve hacia un estado de perfección, bien por sí mismo o bien porque el hombre puede y debe contribuir a ello, tendrá respecto al futuro y por tanto también respecto al desarrollo del derecho, una posición esencialmente más indiferente que el que, como Herodoto, Ramus o Ihering, entiende el Derecho como algo que se desarrolla continuamente en el tiempo. En el fondo fue quizás esta

(34) Por todos, véase recientemente BRUNO HEUSINGER, *Vom Reichskammergericht, seinen Nachwirkungen und seinem Verhältnis zu den heutigen Zentralgerichten*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 109, Karlsruhe, 1972, 28 ss.; véase además ERIK WOLF, quien en su caracterización de Savigny profundiza con detalle en este reproche, WOLF, 467 ss., 486 ss.

posición agnóstica la que impidió a la Ciencia del Derecho de Savigny una posición de futuro sólida. La “intuición”, que en el último término procede quizá de la Kabbala judía y que también allí se encuentra próxima al agnosticismo, no es sin más aplicable al futuro. El futuro no se deja “intuir” (35).

Y, sin embargo, no está Savigny totalmente “de espaldas al futuro”. La exposición de las fuentes jurídicas romanas de la analogía y de la interpretación obliga a Savigny, incluso en su mismo “System”, a profundizar en el perfeccionamiento del Derecho. Aquí la realización contradice el principio científico teórico (36). En un primer momento el principio discurre en el sentido de la teoría fundamental: “si nos parecen insuficientes las fuentes del Derecho para la decisión de una cuestión jurídica, entonces tenemos que cubrir esa *laguna*, puesto que tanto la exigencia de plenitud como la de unidad tienen una primacía absoluta (§ 42)” (290). Por tanto, el objeto de su interés no es el Derecho en el tiempo, o un Derecho que se desarrolla históricamente y camina hacia el futuro, sino un derecho *actual*, posiblemente con *lagunas*, y que hay que indagar históricamente. En relación con la refutación anterior, rechaza Savigny primero la teoría del Derecho natural, según la cual al lado de todo Derecho positivo debe existir un Derecho “subsidiario”, es decir, un Derecho natural que puede ser usado para rellenar las lagunas. Más acertada sería una “segunda opinión” según la cual “nuestro Derecho positivo se completa por sí mismo”, “en tanto que aceptamos que en ese derecho hay una fuerza orgánica constructiva” (290).

Este procedimiento de la analogía se presenta en dos niveles: “Primero, cuando aparece una relación jurídica nueva y desconocida hasta ahora, para la que el Derecho positivo formado hasta ese momento no contiene una institución jurídica, que sirva de modelo. En este caso se formará una nueva institución jurídica prototipo, según la Ley de la semejanza interna con las ya conocidas” (291). Savigny admite por tanto la formación automática de nuevas instituciones jurídicas, de las que se pueden deducir nuevas relaciones jurídicas. No da ejemplos. El segundo nivel de la analogía, que es “mucho más frecuente”, se presenta “cuando en una institución jurídica ya conocida se plantea una cuestión jurídica nueva. Esta se resolverá

(35) Son pruebas de esta toma de postura de Savigny su obra *Vom Beruf unserer Zeit*, el prólogo al *System* y casi cada manifestación de Savigny sobre la relación de Historia y Derecho.

(36) Para lo que sigue, véase *System*, I, 209 ss., 296 ss.; subrayado del autor.

según la semejanza interna de las normas jurídicas que pertenecen a esta institución, para lo cual será muy importante la comprensión correcta de los fundamentos de las leyes particulares (§ 34) (291). También aquí se muestra, por tanto, la tendencia a afirmar que, en principio, el Derecho actual, con sus instituciones jurídicas, está ya completo. Savigny piensa, pues, que esta “búsqueda analógica del Derecho” en dos niveles puede estimular la evolución del Derecho, por ejemplo a través de la legislación, pero también (“tal como nosotros la consideramos aquí”) como una especie de interpretación pura, “en la que se somete a la decisión judicial la nueva relación jurídica o la nueva cuestión jurídica” (292).

Debiera pensarse que, de esta forma, Savigny ha reconocido la evolución del Derecho. Examinado sin embargo más de cerca, se deduce que, a pesar de que admite instituciones jurídicas que se forman ex novo o que se desarrollan a *partir de otras*, a través de la legislación o a través de la jurisprudencia, que puede tomar cuerpo en el Derecho consuetudinario, la teoría de Savigny de las instituciones jurídicas con fundamento histórico y por ello todavía vigentes, como también en cierto modo de los elementos que en esencia forman el Derecho, sólo contienen mecánicamente una pequeña indicación del futuro. No se detecta más entusiasmo por el Derecho que se desarrolla históricamente. Y si se lee un poco más, se advierte por qué Savigny tuvo que admitir instituciones jurídicas que se desarrollan por sí mismas: se lo prescribieron las fuentes romanas (37).

En este punto Savigny sobrepasa en la exposición práctica del Derecho el marco teórico trazado en un principio. No sería por ello correcto considerar a Savigny como un teórico de la evolución del Derecho. Esta es la razón de la gravedad de la crítica contra la Escuela histórica del Derecho, y en este punto radica también la deci-

(37) 294 ss.: «Los romanos tienen ideas muy acertadas sobre la supletoriedad del Derecho gracias a la analogía, sólo que en la aplicación de la misma no distinguen siempre entre evolución del Derecho e interpretación pura...». Después sigue una innumerable exposición de fuentes jurídicas romanas sobre interpretación y evolución del Derecho. Savigny estuvo con frecuencia alejado de las construcciones jurídicas de su tiempo. Según HANS KIEFNER, *Personae vice fungitur?, Juristische Person und «industrielle Corporation» im System Savignys*, Festschrift Harry Westermann, Karlsruhe, 1974, 263 ss., 270, Savigny considera la Sociedad Anónima como una sociedad, no como una persona jurídica; en contra, WERNER FLÜME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, Festschrift Franz Wieacker, Göttingen, 1978, 340 ss., 358, nota 128. Las fuentes están quizá a favor de Kiefner porque la tesis de la copropiedad de Savigny no atribuye todavía a la «esencia» de la Sociedad Anónima la «propiedad» de un «sujeto tomado artificialmente»; sobre ello, FLÜME, *lug. cit.*, 344. Sobre el tema en contra de Savigny, véase por último MANFRED MORITZ, *Sind die juristischen Personen Fiktionen?*, Festschrift Karl Olivecrona, Stockholm, 1964, 442 ss.

siva diferencia fundamental con respecto a Ihering. Queda en pie la cuestión de por qué el Derecho Romano clásico y postclásico pudo desarrollar determinados principios para la evolución del Derecho. Siguiendo las reflexiones expuestas en otro lugar sobre la significación de la Tragedia y la Eleuteria en el Derecho, es comprensible sin más la capacidad del Derecho Romano para concebirse (también) como Derecho en el tiempo, como Derecho en el desarrollo hacia el futuro (38). Pero evidentemente no era ésta la concepción de Savigny.

El resultado, por tanto, es que Savigny, a pesar de las referencias a los principios jurídicos romanos de la evolución del Derecho, se mantuvo fiel en el fondo a su concepción de la historicidad del Derecho como explicación del presente —y nada más— (39). El elemento agnóstico —“el agnosticismo jurídico” de Savigny, como puede denominársele— se expresa claramente en la exposición de Wilhelm de la sistemática suprapositivista de Savigny, aunque sólo lo cita de forma indirecta (40).

#### 4. *El historicismo ecléctico de Savigny en la exposición del “System”*

Wieacker ha tenido el valor de decir que Savigny no ha hecho “exactamente lo que se proponía”: explicar el Derecho vigente a partir del desarrollo histórico (41). Wieacker considera esto con razón “una flaqueza” (42). El “Recht des Besitzes” no es de ninguna manera una escrupulosa vuelta a los orígenes del dogma en la profunda di-

(38) Véase, sobre esto, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, t. I, Tübingen, 1975, cap. 1, IV.6; cap. 2, III.1, IV.2; cap. 3, II.6, III.

(39) Sin distinguir, LARENZ, 11 ss; WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 123 y 146; erróneamente, Kriele, cuando piensa que Savigny trataba de «poder mostrar científicamente una evolución del Derecho actual, como consecuencia de la Historia de la evolución del Derecho hasta nuestros días», *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 144 (Diskussionsbeitrag); el significado de «evolución» e «Historia del desarrollo» en Savigny es específico y se distingue fundamentalmente de todo lo que después de Ihering se ha entendido bajo Historia del Derecho, historicidad en el Derecho, Historia de la ciencia jurídica y similares. Mal apuntado por ello también, es decir, juzgado desde un punto de vista moderno, KRIELE en otro lugar en *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 139 (Diskussionsbeitrag).

(40) WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 123 ss., 128, 136; también, WILHELM (Diskussionsbeitrag), lug. cit., 145. Los argumentos de Wilhelm en el lugar últimamente citado son por lo demás una buena prueba de que el recortamiento del concepto de la Historia en Savigny se convierte en seguida en un recortamiento del concepto de Sistema, lo cual prueba la tesis sostenida más arriba en el segundo capítulo de la igualdad de ambos instrumentos metódicos, a saber, tratamiento histórico y sistemático.

(41) WIEACKER (Diskussionsbeitrag), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 147.

(42) Lug. cit.

mención de la conexión histórica, sino una selección admirablemente rigurosa del modelo dogmático. Según un principio dogmático, que no pertenece en absoluto a la tradición, selecciona de entre el conjunto de ésta y así organiza científicamente las fuentes. Savigny no procede de otro modo en el “System des heutigen Römischen Rechts”: basta con observar lo restrictiva y sistemáticamente que están escogidos de forma intencionada los testimonios de las fuentes” (43).

La cuestión no radicaba en que en su época el material histórico no fuera todavía lo suficientemente completo. Savigny supo moderarse y siempre que intentó establecer una conexión de fondo entre Historia y Sistema, se dejó llevar del Sistema a la Historia y no de la Historia al Sistema. Ihering se basa por el contrario exactamente en este punto —a largo plazo seguramente con éxito—, al intentar indagar las ideas fundamentales del Derecho vigente en un estudio de las fuentes preciso y lo más completo posible. Puesto que él siguió el camino inverso a Savigny, a saber, interpretar el Derecho sistemático a partir de la Historia, Ihering logró aciertos trascendentales para el futuro, como la “culpa in contrahendo”, el traspaso (de la propiedad) mediante la cesión del derecho de restitución (hoy § 931 BGB) y otros “descubrimientos” análogos. Los mayores méritos de Savigny en el Derecho material, como el principio de abstracción en la cesión de derechos, la interpretación del contrato de donación, la interpretación de la representación de la persona jurídica, la teoría de la “domiciliación” de una relación jurídica en Derecho Privado internacional y otros, son de naturaleza dogmático-sistemática y no es posible sin más deducirlos históricamente. En este sentido, Ihering es más “histórico” que Savigny, cosa que, por lo demás, no quiere reconocer todavía la interpretación dominante de Ihering, que le considera un “a-histórico” (44).

(43) WIEACKER, *lug. cit.*, 147.

(44) Véase sobre esto FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, t. III, Tübingen, 1976, cap. 23, V. Véase también la reserva sobre el método de trabajo de Savigny en KIEFNER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 16; como ha sido puesto de manifiesto más arriba, el fundamento reside en que Savigny, que seguía a Kant (para el que del Ser no puede deducirse un Deber Ser), al tener que buscar otro fundamento para los juicios de valor en el Derecho, se sirvió para ello de la Historia; pero empleó la Historia sólo en tanto en cuanto la necesitó para tener un juicio de valor fundado para resolver una cuestión jurídica. Entonces se rompe en Savigny la referencia histórica. La Historia ha realizado su misión, ha cumplido con su deber y «puede irse». Sólo en el Savigny tardío, con la «renaturalización» del Derecho gracias a la teoría del espíritu del pueblo, se relajará algo —como una consecuencia— el eclecticismo; véase sobre esto KIEFNER, *lug. cit.*, 14.

Frente al “antiguo esquema de la división en tratamiento histórico y filosófico” de una materia científica (45), Savigny representa por tanto una comprensión recortada, sobre todo en el ámbito de la Historia, y que venía determinada por su posición agnóstica. Para él, la Historia no constituye un continuo *fluir* en el pasado sin una finalidad espiritual específica, sino la “perfecta comprensión científica del Derecho actual” (46). Puede decirse también, como Ritter, que Savigny no vio en el principio filosófico de lo general nada histórico (47). Precisamente esto impulsó a Ihering a contradecirle, al sostener que, mediante la generalización de los materiales que van evolucionando históricamente, debiera tenderse el puente para la evolución jurídica hacia el futuro (48).

La relación de Savigny con la Historia no es por tanto vinculante. Sobre esto se apoya lo que aquí se ha denominado “eclecticismo” en el tratamiento histórico dado por Savigny a una cuestión jurídica.

Sin embargo, también el concepto del Sistema está limitado por la concepción histórica de Savigny, pero no vamos a tratar nuevamente de esta cuestión en los términos de la argumentación ya dada.

### III. LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO EN SAVIGNY

#### I. *Los logros sistemáticos*

“Un sistema de Derecho Civil, desarrollado a partir de las normas principales de la autonomía privada, tal es de hecho la creación original de Savigny, sin cuyo *caput* y *fundamentum* el Derecho civil del siglo XIX es impensable” (49). El Sistema de Savigny está por tanto construido sobre un concepto fundamental de la Filosofía kantiana (50). Kiefner ha dedicado profundas consideraciones a los conceptos fundamentales kantianos como axiomas del Sistema de Savigny

(45) KAMBARTEL, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 137 (Diskussionsbeitrag).

(46) WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 137 (Diskussionsbeitrag).

(47) JOACHIM RITTER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, *lug. cit.* (Diskussionsbeitrag).

(48) Véase sobre esto FIKENTSCHER, *lug. cit.*, cap. 23, III.5; V.

(49) KIEFNER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 4.

(50) Sobre esto, JULIUS BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, 10; cita de KIEFNER, *lug. cit.*, 5. También, LARENZ, especialmente 110 ss.

ny (51). El concepto medular es por ello la personalidad moral, cuya esencia integra la libertad y que —jurídicamente entendida— se convierte en portadora de la autonomía privada. Puesto que el fundamento del Sistema se halla en la autonomía privada, en consecuencia éste se desarrollará a partir del concepto del derecho subjetivo (52). Por ello, Savigny empieza investigando “la naturaleza general de las fuentes jurídicas” y desarrolla dos categorías que “aparecen como los conceptos sistemáticos centrales de su exposición posterior” (53). Savigny llama a ambos conceptos fundamentales la “relación jurídica” y la “institución jurídica” (54).

Savigny deduce ambos conceptos fundamentales —relación jurídica e institución jurídica— de la autonomía privada (kantiana) como sigue: el derecho subjetivo corresponde ante todo, axiomáticamente, a una persona como poder, es decir, “como un ámbito, en el que manda su voluntad”, y “manda con el consentimiento de la persona”. Es en esencia el concepto kantiano del libre albedrío, que se define a través de la libertad externa de la persona. Pero el derecho de una persona, o mejor dicho, sus derechos subjetivos no existen únicamente para sí en el mundo, sino que por el contrario depende de la relación con otras personas. Tales relaciones de derechos subjetivos entre personas son las relaciones jurídicas, de modo que una relación jurídica representa por tanto “la vida en común de varias personas regulada de determinada manera” (55).

Del mismo modo que Kant deduce del derecho de libertad de la persona el concepto del Derecho como la suma de las condiciones bajo las cuales los hombres pueden convivir ejercitando su libre albedrío lo más libremente posible y sin dañar los derechos de los demás, en Savigny se deduce de estas relaciones jurídicas el conjunto de las “re-

(51) KIEFNER, *lug. cit.*, 3 ss.

(52) *Idem*, 10, 11, 12.

(53) WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 123, 126 ss. También las siguientes citas literales están tomadas de allí.

(54) *System*, de SAVIGNY, I, §§ 4, 5; véase también COING, *Rechtsverhältnis und Rechtsinstitution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny*, en: *Eranion für G. S. Maridakis*, III (1964), 19 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 397 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, 11 ss.; WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, 47 ss.; véanse sobre ello también los importantes pasajes de Savigny que corresponden a la teoría de la interpretación y la analogía, en los que se tratan las «fuentes del Derecho como un conjunto», *System*, I, § 45.

(55) *System* I. 18, 33; II, 1.

glas generales”, a las que pertenecen especialmente la Ley y la costumbre (56).

Sin embargo, en Savigny se aprecia frente a Kant un desplazamiento del acento, concretamente hacia lo objetivo. Mientras que en Kant el Derecho general se deduce consecuentemente de los “libre albedríos” subjetivos de las personas, en Savigny se invierte en parte la relación de derecho subjetivo y derecho objetivo sin una exacta definición del punto de inflexión. Savigny piensa así: “La decisión sobre el derecho particular sólo es posible poniendo en relación los hechos concretos con una regla general, por la que se rigen los derechos particulares. Llamamos a esas reglas el Derecho por antonomasia o el Derecho general: muchos las denominan Derecho en sentido objetivo. Aparece de forma manifiesta especialmente en la Ley, la cual es una declaración del más alto poder del Estado sobre lo que es la norma de Derecho” (57). Parece, pues, que los derechos subjetivos provienen del Derecho objetivo; es decir, son “juzgados” por él. Y de improviso relaciona en el argumento esta conexión con el poder político del Estado, sin que haya dicho de dónde procede éste (58).

No está claro por tanto si el derecho subjetivo se deriva del objetivo o al revés, como parecía al principio, y tampoco se dice de dónde deben tomarse los valores rectores con los que el Derecho objetivo “juzga” los derechos subjetivos y regula las discrepancias. Por eso la cuestión tiene que permanecer abierta en Savigny, pues él junto con Kant rechaza del ámbito del Derecho la cuestión del valor y, frente a Kant, la incluye de nuevo en un estudio histórico —reducido—. Por ello, como ya ha sido puesto de manifiesto, Savigny sólo es capaz de solucionar las nuevas cuestiones jurídicas que surgen mediante la referencia al pasado. El fundamento de la inseguridad de Savigny, sobre si —con Kant— el Derecho objetivo se construye a partir del

(56) En su obra temprana sobre la teoría del método de 1803, Savigny pone todavía una al lado de otra la Ley y la costumbre con el mismo valor; en su *System* sitúa Savigny totalmente el peso en la costumbre y atribuye a la Ley un papel subsidiario como fuente del Derecho.

(57) SAVIGNY, *System*, I, § 5, pág. 9.

(58) Posiblemente Savigny rechazó críticamente el contrato de sumisión social de forma parecida a Leopold von Ranke, quien en *Politisches Gespräch* —que seguramente discutió con su amigo Savigny— piensa sobre el pactum unionis et subjectionis: «Perdóname, es un campo que toco a disgusto. Se halla más allá de nuestra observación», *Politisches Gespräch*, 33; luego sigue una comparación de las teorías procedentes de los siglos XVI y XVII sobre el fundamento del poder político con las lejanas nebulosas astronómicas, «un mundo de estrellas, del que uno quisiera creer que ella (esta teoría) está comprendida en su formación», *Politisches Gespräch*, 33.

subjetivo o el Derecho objetivo garantiza y “juzga” los derechos subjetivos, se basa por tanto en la decisiva y fundamental cuestión de la valoración política, que en Savigny permanece abierta. Pero si mantiene esta cuestión abierta, tampoco puede el Sistema ser concluyente en sí mismo, lo cual es una prueba más de la recíproca relación del concepto de la Historia, el concepto del Sistema, la posición respecto a la evolución del Derecho y el problema de la democracia.

Pero la “regla general” según Savigny no existe sólo para sí misma, sino que tiene “su fundamento más profundo en la comprensión de la institución jurídica”, que al igual que “la relación jurídica”, es de “naturaleza orgánica” (59). Bajo el término institución jurídica Savigny comprende instituciones tales como el contrato, el matrimonio, la representación y otras figuras fundamentales del Derecho objetivo. “Cada relación jurídica se halla bajo la correspondiente institución jurídica, como su tipo” (60). Todo el Derecho está integrado por tanto por la gran “conexión” de las instituciones jurídicas y de las relaciones jurídicas que se derivan de ellas. “A pesar de la inconmensurable distancia entre una limitada relación jurídica particular y el Sistema de Derecho positivo de una Nación, la diferencia se halla sin embargo sólo en las dimensiones, pues en esencia no son distintos, y también el procedimiento intelectual que lleva al conocimiento de uno u otro es esencialmente el mismo” (61).

De este modo, pues, Savigny construye todo el Sistema jurídico a partir de las personas, de sus derechos subjetivos, de las relaciones jurídicas nacidas de los vínculos jurídicos subjetivos, de las reglas del Derecho general, objetivo, que “juzgan” estas relaciones jurídicas, y de las instituciones jurídicas “intuidas” que se hallan tras estas reglas generales del Derecho objetivo, y todas las instituciones reunidas forman “el Sistema del Derecho positivo de una Nación”.

Todo ello en conjunto forma una unidad orgánica. Entre los componentes singulares sólo hay “dimensiones”, que en esencia no son distintas, sólo a lo sumo en la “distancia”, como también es el mismo proceso teórico de conocimiento, que Savigny llamó el “procedimien-

(59) *System*, I, lug. cit.

(60) Lug. cit.

(61) *System*, 1, 10 ss.

to intelectual para el conocimiento”: la “intuición”, tanto por lo que se refiere al Sistema jurídico como a sus partes singulares.

Gracias a este tratamiento uniforme, la “intuición”, Savigny puede decir en consecuencia que él sitúa la esencia del método sistemático en el conocimiento y exposición de la conexión interna o la afinidad, con lo que los conceptos jurídicos y las normas jurídicas particulares quedan integrados en una gran unidad (62). *Hasta aquí* es correcta la afirmación de Savigny, de que el Sistema es “el resultado del estudio de las fuentes”. Podría también decirse con sus propias palabras: de la intuición de las fuentes (63). A este resultado “intuido” del estudio de las fuentes hay que adaptar el “contenido de la legislación”, es decir, las normas particulares (64). Y este procedimiento intelectual llamado “intuición” inaugura también la unificación de los tratamientos histórico y filosófico: “La exposición de un sistema meramente histórico lleva de una unidad a una idea en la que se fundamenta. Y esto es la Filosofía” (65).

Con ello se ponen en relación todos los conceptos esenciales que Savigny usa para la interpretación del Derecho como un todo y como suma de sus partes integrantes (66).

## 2. *El giro iusnaturalista*

Wilhelm advierte que para Savigny el significado del Derecho no se agota evidentemente en las categorías de la relación jurídica y de la institución jurídica como manifestaciones del Derecho objetivo y del subjetivo. “En la relación jurídica el Derecho aparece inmediatamente vinculado con la realidad en el sentido de una relación de la vida (real) regulada jurídicamente...” (67). De aquí extrae Wilhelm la

(62) *System*, I, Vorrede XXXVI; véase WILHELM, *lug. cit.*, 126.

(63) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, 36; WILHELM, 125.

(64) *Lug. cit.*

(65) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, 48; WILHELM, 125.

(66) Véanse como complemento las aportaciones a la discusión de COING y WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 145; en contra ve Coing el concepto del sistema como «ejecución del contrato social, como una razonable aclaración del punto de vista de los ciudadanos», idea quizá demasiado moderna y utilitaria, COING, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 61.

(67) WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 127, donde cita a Savigny: «Por ello se distinguen en cada relación jurídica dos partes: primero, una materia, es decir, una relación en sí; y segundo, la calificación jurídica de esa relación. Podemos denominar la primera parte como el elemento material de las relaciones jurídicas o el mero hecho en sí mismo; la segunda, como su elemento

consecuencia de que Savigny también entiende la relación jurídica al menos como una relación concreta, real, de persona a persona, como una “típica relación de la vida”, que al mismo tiempo se convierte en una típica relación jurídica (68).

Ahora bien, Wilhelm echa en falta este “elemento material” en la exposición de Savigny de la institución jurídica. Lo prueba con citas sobre la “naturaleza abstracta de las instituciones jurídicas” (69). Wilhelm intenta resolver la contradicción entre las relaciones jurídicas definidas en parte material y en parte formalmente y las instituciones jurídicas expuestas sólo de modo formal y abstracto, cuando piensa que Savigny define siempre la institución jurídica (¡sic!) desde otra perspectiva: “Primero desde la perspectiva de su teoría del origen del Derecho, según la cual el origen de la norma jurídica es la institución previamente existente en la conciencia popular; de otra parte, desde el punto de vista de la función dogmático-jurídica, a la que la institución sirve de instrumento técnico tanto para la comprensión abstracta de un hecho jurídico como para la formación científica del Sistema” (70).

Quizá sorprenda que Wilhelm constate la “doble naturaleza” no en la relación jurídica, sino en la institución jurídica; sin embargo, esto es consecuente, puesto que según Savigny cada relación jurídica se halla bajo “su correspondiente institución jurídica”. Si la institución jurídica posee realmente un doble carácter como emanación material de la conciencia popular y como componente formal del Derecho objetivo, queda así igualmente claro el “elemento vital” de una relación jurídica.

Sin embargo, es dudoso que esta contradicción se encuentre realmente en Savigny de forma tan tajante. Es cierto que la gran proximidad de la relación jurídica a la vida real ha obligado a Savigny

formal; es decir, como aquel por el cual el vínculo de hecho es elevado a forma jurídica»; SAVIGNY, *System*, I, 333; sobre esto, WILHELM, *lug. cit.*, 127, y E. R. BIERLING, *Zur Kritik zur juristischen Grundbegriffe*, Neudruck Aalen, 1965, t. II, § 185, págs. 134 ss.; también, WALTER BURCKHARD, *Methode und System des Rechts*, 1936, 105, nota 4.

(68) WILHELM, 127 s.; sobre esto también los ejemplos de SAVIGNY, *System*, I, 333 s.

(69) WILHELM, 128.

(70) WILHELM, 129, con pruebas, especialmente, en E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem des Geschichtlichkeit des Rechts*, Collegium philosophicum, Joachim Ritter zum 60. Geburtstag, 1965, 19 s.

a atribuir en su formulación más contenido material a la relación jurídica que a la institución jurídica. Por otra parte, sin embargo, se encuentran también pasajes que atribuyen a la institución jurídica un correspondiente contenido material (71). Incluso el pasaje, en el que desarrolla el concepto de institución jurídica, habla de su “naturaleza orgánica” y de la “conexión viva de sus componentes”, lo cual permite concluir que Savigny atribuye la misma “esencia” y ninguna otra “dimensión” a la institución jurídica que a la relación jurídica. El mismo lo afirma también expresamente una página después (72).

La naturaleza —también material— de la relación jurídica y de la institución jurídica —esto último afirmado aquí contra Wilhelm— es para Savigny el puente necesario para conseguir en suma valoraciones materiales a la hora de la solución de las cuestiones jurídicas. Por lo demás, vuelve a introducir así un elemento iusnaturalista, que se había perdido al partir de Kant y su separación de Ser y Deber Ser y del consecuente alejamiento del Derecho natural respecto del Derecho. Savigny descubre, mediante un rodeo, esta reintroducción del elemento iusnaturalista en la institución jurídica. Sin embargo, esta reincorporación es para él indispensable, y de significación fundamental para la comprensión de su método (73).

(71) Por ejemplo, *System*, I, 9; también, I, 291 iVm. 292, en que habla de la intuición conjunta «de la naturaleza práctica de las relaciones jurídicas, y sus prototipos» (está pensando en las instituciones jurídicas).

(72) *System*, I, 10.

(73) Sobre esto, véase también KIEFNER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 9, el cual pone de manifiesto que el Derecho en Savigny sería sólo algo que se dirige al comportamiento externo, obligado; Savigny, que no era un filósofo, no se ocupó especialmente de la moral en general, ni en concreto de la separación entre ética y Derecho elaboradas por Kant. El Derecho para Savigny consiste en proteger la libertad exterior del hombre, entendida como la libertad «en su manifestación, es decir, la capacidad de elegir entre varias resoluciones imaginables», *System*, III, 102; KIEFNER, *lug. cit.*, 9; en la misma línea se encuentra Savigny cuando piensa que la Jurisprudencia en sí puede estudiarse tanto sin Derecho natural como con él, *Juristische Methodenlehre*, 38, 50; WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 125; sobre esto, LARENZ, *Methodenlehre*, 12. Por ello el Derecho natural es para Savigny una ciencia de valores que se deducen por sí mismos, una ciencia para sí misma, que no tiene nada que ver con el Derecho como tal. No puede entenderse que la observación de su obra temprana en el sentido de estudiar la Jurisprudencia «junto con el Derecho natural» pronostique la reintroducción de aspectos iusnaturalistas debidos a la teoría del espíritu del pueblo, que Savigny defiende en su *System* ¡cuarenta años después!

## IV. CUESTIONES PARTICULARES DEL MÉTODO EN SAVIGNY

1. *Interpretación y analogía*

De acuerdo con las premisas ya expuestas sobre el concepto de la Historia y el significado del Sistema en Savigny, se deduce en concreto la Teoría del Método de Savigny. En sus primeros escritos y en el "System", admite Savigny la interpretación gramatical, la lógica, la histórica y la sistemática.

Según el estado de los conocimientos actuales, habrá que remontarse a Savigny para encontrar el origen de esta cuádruple clasificación. Desde entonces emprendió una especie de "marcha triunfal" por el mundo. Apenas se encuentra una teoría del método en la que falte, y cualquier discusión empieza en ella. La actual teoría de la interpretación tiene que apoyarse en la cuádruple clasificación de Savigny.

En sus primeros escritos, Savigny rechaza la interpretación según el fin, según la ratio legis, como entonces se decía. En el Sistema no se manifiesta como tal, pero se deduce por el contexto a través del recurso a la "unidad interna" y "las ideas fundamentales" del Derecho y sus instituciones jurídicas. Pero Savigny no desarrolla, como es comprensible, una interpretación propia de la Ley positiva según los fines por ella perseguidos, trátase de los fines subjetivos del legislador o de los fines objetivos que el Derecho persigue. El Derecho crece por sí mismo y la teoría de las fuentes del Derecho de sus primeras obras, que situaba al mismo nivel la Ley y a la costumbre, se restringe en el "System" en un primado del derecho consuetudinario" (74).

Su obra temprana no contiene declaraciones sobre el perfeccionamiento del Derecho, ni siquiera dentro del Sistema de Derecho positivo (75). En el "System" el acento se encuentra exclusivamente en un Derecho que se completa por la analogía, no en un Derecho que se desarrolla en el tiempo. Siguiendo la tradición del Derecho Romano y en parte en contra del propósito metodológico inicial, las lagunas se completan mediante el desarrollo de cuestiones jurídicas parti-

(74) Sobre esto, véase en particular LARENZ, 12, 13 s. Una crítica a la falta de una interpretación teleológica, en concreto, en BRUNO SCHMIDLIN, *Das Problem des Gesetzeszwecks in der Auslegungslehre Savignys*, Festschrift für Dordett, Wien, 1976, 79 ss. (con un resumen de la teoría de la interpretación de Savigny).

(75) LARENZ, 17, citando el *System*, I, 238.

culares dentro de una institución jurídica o raras veces creando instituciones jurídicas (76).

## 2. *El procedimiento jurídico de conclusión*

Savigny define la Teoría del conocimiento en el Derecho como “el procedimiento intelectual que conduce al conocimiento de la una o de la otra (la relación jurídica y la institución jurídica)” (77). Para Savigny este “procedimiento intelectual” es la intuición global de la institución jurídica, y no el razonamiento abstracto, como Larenz con razón pone de manifiesto (78).

Luego usa también con carácter inmediato esta “intuición global de la institución jurídica” como fundamento para suplir las lagunas a través de la analogía (79). A este propósito advierte Larenz que muy probablemente haya sido este método intuitivo organológico lo que, en contraposición al razonamiento abstracto, se ha opuesto a una recepción general de la Teoría del Método de Savigny. Savigny no habría resuelto la relación entre intuición y abstracción conceptual, y esto habría perjudicado decisivamente el éxito de su Teoría del Método (80).

Pues bien, la intuición fue la moda en la teoría del conocimiento de su tiempo. Savigny introduce axiomáticamente la intuición como medio de conocimiento teórico de Historia y Sistema. En el fondo Hegel hace lo mismo (81). Savigny necesita esta intervención directa de un razonamiento no abstracto en la relación jurídica y la institución jurídica porque, como ya se ha demostrado, ambas son para él magnitudes estimables materialmente, que él necesita para conseguir afirmaciones suficientemente fundamentales en la solución de los problemas jurídicos, una vez que los “fines en el Derecho” han caído víctimas de su kantismo. En esencia, es por tanto la “intuición” la que en lugar de un razonamiento abstracto proporciona valoraciones, que debido al punto de partida kantiano de Savigny fueron desechadas de la dogmática jurídica. Dicho de otro modo, la ratio legis entra de nuevo con la ayuda de la intuición por la puerta trasera del conocimiento teórico.

(76) *System*, I, 290 ss.

(77) *System*, I, 10 s.

(78) LARENZ, 15 s., 18 s.

(79) *System*, I, 291.

(80) LARENZ, 15 s., 18 s.

(81) Sobre esto, véase FIKENTSCHER, *lug. cit.*, cap. 28, II, 1.2.

## V. LAS DOS CONTRADICCIONES EN EL MÉTODO JURÍDICO DE SAVIGNY Y EL SIGNIFICADO DE LA INTUICIÓN

### 1. *El incumplimiento de la pretensión histórica*

Savigny no ha hecho lo que se proponía: exponer el Derecho en su relación con la Historia (82). Donde Savigny habla de proceso jurídico, está pensando en suplir las lagunas del Derecho vigente, está lejos de un desarrollo del Derecho en el tiempo (83). Puede aceptarse la premisa pero no la conclusión final de Wilhelm, cuando piensa que se podría denominar a la sistemática de Savigny la teoría del Derecho posible y real, que la sistemática de Savigny reduce el Derecho real a la forma histórica de lo posible, lo imaginable, y con ello indica el camino para el perfeccionamiento del Derecho a través del Sistema. La idea de perfeccionar el Derecho con el sistema se presenta quizá por primera vez madura en Puchta, aunque también como en Savigny sólo en relación con la teoría de las lagunas, y será Ihering quien por primera vez la separe del concepto de las lagunas y la aplique a un Derecho que se perfecciona en el tiempo.

### 2. *El incumplimiento del postulado de la no sumisión del Derecho a los valores*

Forma parte de la tradición kantiana la posibilidad de exponer también el Derecho sin el Derecho natural (84), de mantener alejada del Derecho la cuestión de los fines empíricos (85), y con ello el pretendido carácter científico del Derecho y el reconocimiento del Derecho como una ciencia jurídica. Para Savigny el Derecho es una ciencia positiva —una vez excluidas todas las normas iusnaturalistas— que tiene por objeto las leyes existentes y las relaciones e instituciones jurídicas que les sirven de base (86).

Pero esta no sumisión a los valores no se mantiene, como nunca puede mantenerla un jurista inclinado al Derecho práctico y valorable. En la relación jurídica Savigny introduce “el enlace inmediato con

(82) WIEACKER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 147.

(83) WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 136.

(84) ASÍ, SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, 1803 (véase arriba nota 73).

(85) Sobre ello, KIEFNER, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 3 ss.

(86) Véase WILHELM, *lug. cit.*, 125, suplida aquí con una referencia a la relación jurídica y a la institución jurídica.

la realidad en forma de una relación de la vida (real) regulada jurídicamente” (87). El Derecho positivo se distingue del puramente positivo, siendo Derecho puramente positivo aquel que no se reduce a relaciones e instituciones jurídicas, y la relación jurídica junto con la institución jurídica son de “naturaleza orgánica”, tienen una existencia “material” (88).

Estrechamente relacionada con el ya aludido recortamiento del concepto de la Historia, está también la idea, proyectada teóricamente por Savigny, de un Derecho dedicado sólo a la idea moral de la personalidad, libre de finalidades morales, empíricas, idea que sin embargo no es observada en su ejecución, sino que es subordinada al “juicio” de una magnitud previamente definida que es el Derecho objetivo. El recurso a la Historia era necesario, porque el Derecho natural como “física” fue suprimido teóricamente y así las cuestiones de valor nunca más pudieron ser decididas fundadamente. El incumplimiento de la exigencia histórica (supra 1) obligó a Savigny a introducir de nuevo valoraciones iusnaturalistas sobre el espíritu del pueblo, las instituciones jurídicas y las relaciones jurídicas. Pero con ello tuvo que relegar a un segundo plano la “personalidad moral” frente al Derecho objetivo.

### 3. *El significado de la “intuición”*

El recurso provisional ontológico arriba descrito tiene su correspondencia de orden teórico-cognoscitivo en la “intuición”, un “procedimiento intelectual” no organizado abstractamente, que debe proporcionar el contenido de las declaraciones históricas y de los conocimientos sistemáticos. Una Historia que proceda abstractamente, como lo intentó el Historicismo tardío, tendría que llevar a una exposición de las correlaciones en la evolución del Derecho más crítica de lo que Savigny nos brindó. La debilidad sistemática de posibilitar sólo parcialmente juicios de valor gracias a un procedimiento histórico-ecléctico, o dicho de otro modo, un Derecho natural con contenidos históricos elegido sin un criterio abstracto, sólo podía corresponderse con el procedimiento de la intuición. Pues la intuición, como procedimiento no abstracto, dispensa al estudioso del control a posteriori en base

(87) WILHELM, *lug. cit.*, 127.

(88) WILHELM, *lug. cit.*, 127; SAVIGNY, *System*, I, 11.

al sistema, de si los juicios emitidos están relacionados fundada y congruentemente con otros juicios dentro del sistema.

Al recortamiento histórico corresponde por tanto exactamente uno sistemático, y ambos son ocultados regularmente por el procedimiento teórico-cognoscitivo de la intuición, que Savigny toma de la Filosofía del Idealismo alemán.

Con el procedimiento de la intuición, sin embargo, las afirmaciones se hacen en principio incontrolables. Tal como ha indicado Goethe sobre todo, con la intuición inmediata se “experimenta” más, en caso de duda sustancialmente más, de lo que se puede “experimentar” con el razonamiento kantiano. El precio que se paga por ello es falta de control, incongruencia y por tanto la necesidad de dictar normas autoritariamente. Las afirmaciones hechas en base a intuiciones sólo pueden creerse o no. La “naturaleza orgánica” de la relación jurídica, por ejemplo, que para Savigny juega aproximadamente el mismo papel que para Ihering el concepto del “cuerpo” jurídico (89), no puede dar criterios para decidir en supuestos conflictivos. El que una relación jurídica, por ejemplo un contrato, deba mantenerse en principio, incluso cuando según los principios de la nulidad del fundamento contractual sobrevenga la resolución del contrato, no se puede averiguar “orgánicamente”. Lo mismo rige para la separación matrimonial, el abuso del poder de representación y otras muchas cuestiones jurídicas. Para Savigny, por tanto, la teoría cognoscitiva de la intuición tenía el gran valor de suplir de nuevo los recortamientos de su concepto de la Historia y del Sistema. El precio fue, sin embargo, una falta de fundamentación y prueba, tanto que —y aquí hay que darle la razón a Larenz— la teoría del método de Savigny tenía desde un principio recortadas las alas, que aquél había imaginado muy amplias (90).

Con esto está estrechamente relacionado el significado político del método jurídico de Savigny. Puede también resumirse brevemente la crítica a Savigny como sigue: en lo histórico le falta a Savigny el acceso al futuro, en lo sistemático el acceso a un juicio de valor abstractamente asegurado (si no fundado). Lo uno condiciona lo otro.

(89) Sobre Savigny, véase WILHELM, *lug. cit.*, 127.

(90) La advertencia de Larenz se refiere sólo a la relación entre intuición y deducción abstracta. Pero la afirmación de Larenz no puede sin más extenderse a los fundamentos del método de Savigny, a la comprensión de la Historia y al concepto del Sistema.

Ambos tienen su fundamento, por lo que se refiere al objeto de conocimiento filosófico en la posición agnóstica de Savigny, por lo que se refiere a la teoría del conocimiento en la intuición. El que puede experimentar cosas con la intuición, no es un socrático y no puede ser un demócrata, mientras convierta lo experimentado en un valor dominante que vincula a los demás. Pues la democracia vive de la distancia socrática respecto al objeto conocido. Savigny hubiera podido decir: el que conoce, puede tener derecho. Un demócrata no lo puede decir. Con la afirmación de que se pueden conocer los valores jurídicos gracias a la intuición, se cierra el paso al juicio de valor conseguido por abstracción y con ello a la superación crítica del futuro. Debido a la incapacidad de pensar críticamente el futuro, la posición agnóstica se convierte de nuevo en una obligación. En fin, todo depende nuevamente de si uno piensa que puede decidir entre el Bien y el Mal, o tiene dudas sobre ello.

El Idealismo creyó poder establecer según un vínculo externo lo que es bueno o malo para el hombre. Por ello el Idealismo, si quiere ser honesto, ha de ser en la ética necesariamente "formal". Esto significa que el Idealismo tiene que ser despojado de juicios de valor materiales. Pues lo que cuenta ya no es la persona autónoma, sino el compromiso en el espacio y el tiempo. Esta es la grandeza y la miseria del Romanticismo.

#### 4. *La crítica de Savigny a la Codificación*

Seguramente Savigny transfirió una parte de su rechazo de la Revolución francesa al Code Civil. Pero éste no pudo ser el único motivo de su rechazo de principio a la idea codificadora, manifestada en su obra "Vom Beruf...", y más tarde en su negativa, como Ministro de Prusia para la Legislación, a recomendar una recopilación completa del Derecho general de Prusia (91).

Savigny veía en una Codificación, según la teoría del método de Marburgo, algo "histórico" en el sentido de "ejemplos" convenientes, y a la vez algo asistemático. Ni el concepto de la Historia con el rasgo de la no vinculatoriedad que lleva consigo, ni el concepto del

(91) ERIK WOLF, 523; fundamental respecto al conjunto del problema: WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953.

Sistema de Savigny, pudieron ser favorables a la idea de una Codificación. Aquí se basaría finalmente su rechazo al Código como tal.

Lo positivo en este rechazo es la exigencia de Savigny de someter el Derecho a un nuevo tratamiento científico con el fin de reformarlo (92). En este sentido es ilustrativa una frase de Savigny sobre la situación en Inglaterra: Coing ha indicado que Savigny, en el suplemento a la 2.<sup>a</sup> edición de su obra "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", establece un paralelo con Inglaterra, diciendo que en Inglaterra el Derecho vive en el ámbito de una sociedad libre; en Alemania sólo podría desarrollarse algo semejante dando a los jueces una formación científica (93).

Es correcta la advertencia de Savigny de que en Inglaterra están íntimamente relacionadas la formación científica de los jueces y la falta de un Código. También es obvia la afirmación de que en Inglaterra el Derecho "vive". Pero la "sociedad" libre, que según la concepción de Savigny hace posible esta vida, no se caracterizaba por proceder en el plano teórico del conocimiento según el método de la "intuición", sino en la distancia socrática respecto al objeto conocido, y por deducción buscaba y reconocía el progreso permanente del Derecho en condiciones democráticas (94). Si Savigny hubiera sido consecuente, hubiera tenido que añadir, con motivo de su observación sobre Inglaterra que las relaciones políticas tendrían que desarrollarse más, en la forma de una democracia dialogante, de modo que también en Alemania el Derecho pudiera "vivir" en el tiempo, lo cual según el pensamiento de Savigny exige un tratamiento científico y hubiera hecho la Codificación en principio innecesaria. Como es evidente, el problema no se halla por tanto en la deficiencia científica, sino en las circunstancias políticas (95).

(92) WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 140 (Diskussionsbeitrag).

(93) COING (Diskussionsbeitrag), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 141.

(94) La indicación de Savigny se parece a la conocida observación de Goethe de que no sería posible escribir novelas sobre temas alemanes, puesto que a diferencia de Inglaterra faltaría una sociedad (libre), que posibilitara la novela (social) como forma literaria.

(95) Sobre esto, véanse también las críticas sobre Savigny y su «espíritu del pueblo» en ROBERT E. RODES JR., *A Prospectus for a Symbolist Jurisprudence*, 2, *Natural Law Forum* (1957), 88, quien observa que no se deducen criterios discutibles sobre el Bien y el Mal de los conceptos fundamentales de Savigny, por ejemplo el espíritu del pueblo.

### 5. *La crítica de Ihering*

Rudolph von Ihering fue el que descubrió los fallos ya expuestos del método de Savigny, apreciando sin embargo los grandes logros que supuso para la ciencia jurídica alemana, e intentó abrir nuevas vías metódicas. Ihering partió de la idea de que la Historia del Derecho no tiene que terminarse en el presente, sino que tiene que continuar en el futuro (96). Este concepto "perspectivista" de la Historia, a diferencia de Savigny, afectó en último término a todas las demás críticas metódicas y a sus posteriores desarrollos. Contrariamente a Savigny, no aplicó Ihering los argumentos histórico-jurídicos para fundamentar afirmaciones sistemáticas, sino que por el contrario, a partir del material histórico desarrolló, en cierto modo inductivamente, el sistema vigente. Para Ihering, el Sistema se convirtió, pues, en portador de la evolución del Derecho hacia el futuro, teniendo en principio el factor tiempo, tanto en el pasado como en el futuro, la misma función en relación con el Sistema (97).

Con esta integración de la comprensión histórica y del concepto de Sistema se produjo necesariamente la reincorporación de fines empíricos en el pensamiento jurídico abstracto. Puesto que Kant y Savigny, con su rechazo de la empirie, habían alejado la Historia respecto del Derecho, sólo ambas a la vez pudieron emprender el camino de vuelta al Derecho. Ihering se dedicó con particular intensidad a esta tarea en la segunda mitad de su vida. Para Ihering, la "naturalidad" del Derecho se compone de dos partes: la construcción sistemática del Derecho y el enriquecimiento filosófico del Sistema con valores tomados del razonamiento teleológico. Así se explica la expresión "método natural-histórico".

## VI. SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO, SEGÚN EL PARECER ACTUAL

Erik Wolf se ha mostrado en profundo desacuerdo con la crítica a Savigny y ha calificado de preponderantemente positivo el influjo de Savigny en la evolución posterior del Derecho hasta hoy (98).

(96) ANÓNIMO (IHERING), *Literarische Zeitung* (Berlín), 1842, Nr. 29 y 30.

(97) Véase sobre esto en particular FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, t. III, Tübingen, 1976, cap. 23, con más material.

(98) ERIK WOLF, *lug. cit.*, 532.

“Él (Savigny) ha elevado la Jurisprudencia de su tiempo, tanto la unilateral racionalista como la alicorta positivista, a un nuevo estadio científico filológico-crítico. Queda en pie además su contribución de haber unido el Derecho y la Ciencia jurídica como un conjunto con la corriente espiritual entonces dominante del Historicismo, y de haber intervenido por ello en la evolución posterior de la vida espiritual alemana. La cultura abarca desde entonces también al Derecho” (99). Hay que estarle agradecido. Con relación a la observación sobre la cultura, permítaseme añadir “en Alemania”.

Sobre la independencia del Derecho como ciencia cultural, se ha expresado Wieacker enérgicamente:

«Los años de desarrollo de Ihering coinciden con el primer esplendor de la ciencia positiva del Derecho civil, que procedía de la Escuela histórica. La función y la situación de esta Escuela estaban en período de cambio. Ya se habían interrumpido las grandes tradiciones, que en un principio habían vinculado la Escuela con el movimiento alemán desde Herder hasta Schelling. Ya en la obra clasicista de Savigny no son éstas de ningún modo preponderantes; Kant ha suministrado los materiales para su «System». Finalmente, Puchta —dotado de un temperamento jurídico más fuerte— había eliminado todo aquello que todavía estaba en contra de una Cátedra de Jurisprudencia como disciplina autónoma. A partir del Derecho consuetudinario de Puchta, los últimos recuerdos de la Escuela histórica estaban ya libres de su conexión con la dialéctica histórica de Hegel y se habían usado para construcciones arbitrarias. Puesto que la triada construida por Puchta: Pueblo-jurisconsulto-profesor de Derecho será entendida a lo sumo como el último eslabón de la dialéctica histórica de Hegel. Para Puchta, el estudioso del Derecho se había convertido en el representante exclusivo del espíritu del pueblo, teniendo la capacidad de crear Derecho» (100).

No han faltado ciertamente las reservas, que se asociaban a una autonomía del Derecho como ciencia social —inicialmente construida como libre de valoraciones—. La crítica posterior se ha ocupado ampliamente de lo apolítico que afloraba en la “intuición incontrolable desde una perspectiva crítico-cognoscitiva y ontológicamente en conceptos que creaban valores como “espíritu del pueblo” (101). Sin embargo, será necesario considerar más esta crítica, y, si se quiere mantener, ponerla en relación con todo el Idealismo. Hacer valoraciones y juicios de valor políticamente incontrolables es extraordinariamente per-

(99) Idem, idem.

(100) WIEACKER, R. v. *Ihering, eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*, Leipzig, 1942, 17.

(101) Véase, por ejemplo, RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968, 337; véase también STEN GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960, 15 ss.

turbador en Derecho, pero todavía más en otras relaciones socio-científicas y socio-prácticas. Si hoy uno se pregunta, por ejemplo, cómo fue posible que una teoría filosófica y económico-nacional como el marxismo fuera capaz de levantar un cuerpo de doctrina cerrado que hoy, ciento treinta años después de Marx, es manipulado por las más poderosas potencias de la Tierra en forma de una dictadura proyectada desde un principio, entonces resulta —al menos visto históricamente—, que para el pensamiento típico del Idealismo alemán, se puede organizar la vida sin una distancia dialogante respecto al objeto conocido y con valores decretados políticamente. Con seguridad, el Idealismo alemán estaba muy alejado de tales consecuencias políticas. Sin embargo, es indiscutible que los abusos están contenidos dentro del sistema de pensamiento proyectado por el Idealismo alemán.

Savigny, para concluir, es lo que queda una vez que se pone de relieve la democracia —que es lo esencial— desde el principio de sobresuma (*ξυ*) socrático-político (*ηδολις*) humanista-ramístico (Pierre Ramée)-histórico; lo que quedaría si se reduce los Países Bajos antes de 1785 a la República o la Inglaterra de hoy al parlamentarismo. Savigny concentró su conciencia histórica en un escepticismo contra el monismo del Barroco secular-ilustrado, pero a continuación no desarrolló su conciencia histórica con vistas a un diálogo político, al dualismo, por ejemplo de la tradición inglesa, a pesar de que establecía paralelos con Inglaterra. Savigny es un ilustrado alemán, y por ello en el fondo no es un ilustrado. Savigny es un producto de la revolución emanada de la crítica calvinista a Lutero y al mismo Calvino, pero con las limitaciones de la Revolución francesa. Unas gotas de Hooker, unas gotas de Locke, un puñado de Jefferson y Savigny se hubiera convertido en un Edward Coke alemán. Savigny comprende muy bien la significación histórica de los antiaristotélicos del siglo xvi, pero estaba muy lejos del mundo inglés, a pesar de que lo conocía, y de los Países Bajos todavía más (102). El Historicismo de Savigny, sin preguntarse a distancia por la verdad, su Historia intuida, tenía que llevar al error su sistema científico. Savigny no acuñó una “metafísica histórica” (103) al modo de un estudioso del Derecho, a quien él representaba y representa en la ciencia jurídica alemana, sino que acuñó el abandono idealista de un con-

(102) Véanse en contra las observaciones de Ihering a los desórdenes religiosos de los siglos xvi y xvii en los Países Bajos. ANÓNIMO (IHERING), *Literarische Zeitung* (Berlín), 1842, Spalte 689.

(103) GAGNÉ, lug. cit., 40.

cepto reformista-ilustrado de la Historia, caracterizado por la acentuación unilateral del carácter del Derecho como un deber ser bajo la negación o el postergamiento de las vinculaciones empíricas del Derecho a los valores.

Hermann Kantorowicz califica de "aberración" este vaciamiento del contenido del Derecho a través de una unilateral regresión a la Historia y piensa:

«Con el Historicismo de Savigny se ha impuesto a la ciencia jurídica... una especulación parcial que ve en el objeto de una Ciencia simplemente o preferentemente un objeto de tratamiento histórico» (104).

El intento de convertir en norma moral el puro deber ser, centrado en la persona como dotada de la mayor dignidad, condujo al formalismo y no aseguró a la persona la dignidad inicialmente pensada.

El extremo opuesto, es decir, el acento unilateral en el Ser como factor dominante del Derecho, no debía hacerse esperar más tiempo. Sin embargo, el desnudo positivismo jurídico, basado en meros hechos, no ha logrado nunca una significación tan amplia como su opuesto lógico, el Idealismo.

(104) H. U. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?*, Berlín, 1912, 12 s., citando a REINHOLD SCHMIDT, *Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*, 1848.