

## E. K. VON SAVIGNY Y LAS FUENTES DEL DERECHO EUROPEO Y LATINOAMERICANO EN EL SIGLO XIX

### SAVIGNY AND THE SOURCES OF THE EUROPEAN AND LATIN-AMERICAN LAW IN THE 19TH CENTURY

Carlos Eduardo Salinas Alvarado<sup>1</sup>

Recepción: 23/10/2017; Evaluación: 29/10/2017; Aceptación: 02/11/2017

#### Resumen

El presente artículo pone de presente la pugna entre la codificación y la jurisprudencia en Alemania y Francia durante el siglo XIX, pertinente en el trasplante del código civil en Colombia y la lucha que aún se ve en las altas cortes desde que la Corte Constitucional le ha dado fuerza vinculante a la jurisprudencia.

**Palabras Claves:** Savigny, Escuela histórica del derecho, volkgeist, jurisprudencia, código, fuentes del derecho.

#### Abstract

The present article puts of present the struggle between the codification and the jurisprudence in Germany and France during the 19th century, pertinent in the transplant of the civil code in Colombia and the fight that still is seen in the discharges polite since the Constitutional Court has given him binding force to the jurisprudence.

**Key Words:** Savigny, historical School of Law, volkgeist, jurisprudence, code, sources of Law.

#### Introducción

*“Hay que pensar a todo hombre, a la vez como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado, y a cada época de un pueblo como la continuación y desarrollo de todos los tiempos pasados... Ninguna época, produce su mundo por sí y a su arbitrio, sino que lo hace siempre en comunidad indisoluble con todo el pasado”*<sup>2</sup>

Mucho se discute sobre las fuentes en Derecho, si debe prevalecer la ley o la jurisprudencia, los teóricos escriben ríos de tinta –no quiero decir con esto que ello sea inoficioso- sobre el formalismo y el antiformalismo, a muchos doctrinantes antiguos y contemporáneos, se les califica o descalifica con adjetivos como “formalista” o “exégeta”. Había escuchado que Portalis era un legicentrista recalcitrante, esta fue la razón por la que quise averiguar sobre este jurista, sumado por mi gusto por la historia, y teniendo en cuenta que Savigny, supuesto anticodificador alemán, es conocido por ser el fundador de la famosa “Escuela Historicista”. Teniendo en cuenta lo anterior, centraré el presente escrito en Savigny, y mencionaré a algunos de sus seguidores y sus detractores.

Savigny con su Escuela histórica del derecho y la jurisprudencia conceptual (Be-

1 Abogado por la Universidad Nacional de Colombia, becario de la misma Universidad; especialista en Derecho Administrativo y Penal, Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar- sede Ecuador y doctorando en la Universidad de Salamanca como becario e investigador del proyecto Fellow de Erasmus Mundus- Unión Europea; ha sido docente de la Universidad Militar Nueva Granada, de los Andes (Colombia), Cooperativa y del Magdalena. abogadocarlossalinas@gmail.com.

2 Savigny, Friedrich Karl. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho. Traducción de Adolfo G. Posada.

griffsjurisprudenz) no es el único tachado de formalista, también grandes figuras del derecho francés<sup>3</sup> e incluso del derecho norteamericano como Christopher Columbus Langdell es llamado un “ortodoxo” clásico<sup>4</sup>; incluso se afirma que el método de la jurisprudencia de conceptos, orgullo del sistema educativo americano es una reelaboración de las prácticas pedagógicas de los romanistas alemanes, que el poderoso aparato lógico de Holmes y Hohfeld es un reflejo de Savigny, Ihering y Puchta.<sup>5</sup>

Creo que es posible identificar un modelo o paradigma clásico en relación con la función judicial, que es el que, como después intentaré mostrar en el presente es-

crita, tiene mucho que ver con el modelo asumido por el Código Civil Colombiano, tomado del Código Civil de Bello adoptado en Chile en 1855, cuya “inspiración” en el Napoleónico es ostensible. Me parece evidente que, de acuerdo con el paradigma tradicional, la caracterización del juez está estrechamente relacionada con una determinada comprensión del legislador y del Ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. Estamos frente a un legislador del que se predica racionalidad, con una capacidad omnisciente en relación con la identificación de los intereses en juego y las necesidades a las que hay que responder a la hora de dictar la ley, y al mismo tiempo con unas cualidades técnicas y políticas que aseguran que la decisión normativa que toma es la mejor y más ajustada. Este legislador es el teorizado por el liberalismo decimonónico y es el que habita un Parlamento comprendido como cámara de resonancia transparente y fiel de las inquietudes y de los problemas sociales. Aunque este no es el momento de detenerse en el análisis de las contradicciones de la propuesta político-jurídica del liberalismo originario, sí debemos reconocer que es este legislador en el que está pensando Portalis cuando redacta el Discurso Preliminar al Código Civil francés de 1804, al firmar: “Las leyes no son puros actos de poder: son actos de prudencia, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. No debe perderse de vista el hecho de que la leyes están hechas para los hombres, y no los hombres para las leyes...”<sup>7</sup>

Son muchas las razones, y los datos, que apoyan la afirmación de la inexistencia actual de este legislador y de este Parlamento. La caracterización de este le-

3 Sobre esta escuela véase el análisis de Diego López, así como para su articulación como método de exposición del Código Civil, López Medina, *Diego Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Legis- Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004. Pp. 147-158 y 160-169.

4 Considero que la posición de Langdell contiene los elementos básicos comunes a las diferentes posturas formalistas. Thomas C. Grey “Langdell's Orthodoxy”, *University of Pittsburgh Law Review*, N° 45, Issue 1 (Fall 1983), pp. 1-54.

5 Al respecto, el Profesor Mauricio Rengifo afirma: “*traspasó las fronteras del imperio alemán y se instauró en las universidades inglesas y americanas (sólo que en la universidad americana la base de la abstracción no eran las fuentes romanas sino la jurisprudencia inglesa hábilmente compilada por C. Langdell, decano de Harvard y fundador de la teoría clásica de los contratos). Había nacido el método del caso, combinación de la mayéutica socrática y la crítica alemana. El estudio de cientos de casos hábilmente sistematizados por los profesores muy pronto dotó a los alumnos de habilidades lógicas y argumentativas insospechadas. La formación profesional de los abogados que hasta entonces se encontraba reducida a la imitación de practicantes prestigiosos, pasó entonces a las aulas universitarias. ¿Quién habría imaginado que el máximo orgullo del sistema educativo americano es apenas una reelaboración de las prácticas pedagógicas de los romanistas? ¿No es acaso el poderoso aparato lógico de Holmes, Hohfeld, un reflejo de Savigny, Puchta o Ihering?*” Cfr. Mauricio Rengifo Gardeazábal, Prólogo a *Práctica de Derecho Romano: Personas y Bienes*.

6 Vid. Prieto Sanchis, Luis, “*Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional*”, en Prieto Sanchis, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, en especial pp. 5-17.

7 Portalis, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, Madrid, Civitas, p. 32.

gisador, Portalis nos lo presenta con unas cualidades cuasi sobrehumanas y desinteresadas que lo distancian de manera evidente respecto del legislador con el que hoy nos encontramos. Además la capacidad del Parlamento para constituir un fiel reflejo del contexto social se encuentra en la actualidad dificultada por la configuración compleja y diversa de las sociedades contemporáneas. En todo caso, es evidente que el modelo al que nos estamos refiriendo está a su vez asociado con una determinada idea del Ordenamiento, como no podía ser de otra manera. Ese excelso legislador va a producir un conjunto de normas claras, evidentes y sencillas en su interpretación, bien ordenado internamente, y por tanto carente de lagunas y contradicciones. Junto a la constatación de la inexistencia actual de este tipo de Ordenamiento, cabría preguntarse si en realidad este modelo ha tenido en alguna ocasión una auténtica plasmación práctica.

Es bien sabido que en Colombia se ha dado un mestizaje iusteórico en el cual se ha llegado incluso a fusionar teorías opuestas como la Escuela de la exégesis francesa por intermedio de autores como Demolombe y Baudry-Lacantinerie, recepcionada traída a nuestro medio por Luis Claro-Solar y Fernando Vélez, con la *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudencia de conceptos) trasladada por conducto de Zachariae, Aubry y Rau, recepcionada en nuestra región por E. Champeau, Antonio José Uribe y Eduardo Rodríguez Piñeres; en nuestro medio las dos escuelas no pelean en torno a la codificación, sino que ofrecen sinérgicamente, elementos para la interpretación del código.<sup>8</sup>

### Antecedentes: el antiguo régimen y la revolución francesa

Todo el ideario político de la Revolución está concentrado, como el árbol frondoso en la semilla, en el fundacional texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En su artículo 3° se ha inscrito la idea esencial del nuevo orden político: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.» Partiendo de que todos los hombres «nacen y permanecen libres e iguales» (art. 1° de la Declaración), sólo de ellos mismos puede surgir un poder que les afecte. Sólo la comunidad puede disponer sobre sí misma. Es el principio básico sobre el poder que la Revolución aporta, que toma, evidentemente, de las tesis pactistas, en especial de sus formulaciones de Locke y Rousseau. Es el soporte de la rebelión del tercer Estado, de su autodenominación como Asamblea Nacional y Asamblea Constituyente, de la proclamación de sus grandes decisiones fundacionales.

### La desconfianza en los Jueces: causa de la Codificación

Una de las primeras peticiones formuladas en 1789 por los Estados Generales fue la abolición de los privilegios y la expedición de una única ley para todos los franceses, sin distingos de origen social: la igualdad, uno de los pilares fundantes de la Revolución Francesa, que se convirtió en un régimen del terror con Robespierre y se consolidó con Napoleón. Discípulo de Montesquieu, Jean-Etienne-Marie Portalis<sup>9</sup> fue el animador principal de la comisión de cuatro miembros a la que Bonaparte le

8 LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana. Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004; pp. 118-125.

9 Abogado bajo el Antiguo Régimen, exiliado en Alemania durante la época del Terror (ocio forzado que aprovechó para escribir una obra de título evocador: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*).

encargó redactar un proyecto de texto que habría de convertirse en el Código Civil de 1804. Combatiendo en dos frentes, en la izquierda contra los ideólogos aferrados al derecho intermediario de la Revolución, en la derecha contra los conservadores que no pensaban sino en la restauración, Portalis llevará su empresa a término no cesando en sus discursos e intervenciones, de desarrollar un pensamiento revelador de un muy profundo dominio de las relaciones que el derecho mantiene con el tiempo.<sup>10</sup>

El modelo se caracteriza, entre otras cosas, por una exaltación de la ley y por una neta separación entre la función del legislador, de un lado, y la del juez, de otro. Así, en el Discurso de Portalis, observamos un explícito reconocimiento de las virtudes de la ley:

“Unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir; son la fuente de las costumbres, *el palladium* de la propiedad y la garantía de toda paz pública y particular: si bien no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuera la justicia misma”<sup>11</sup>.

Junto a eso, el oficio de la ley es el de “fijar, con amplitud de miras, las máximas generales del derecho... (mientras que) corresponde al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación”<sup>12</sup>. Lo anterior “Sobre el fundamento de que los jueces deben obedecer a las leyes y que les está prohibido interpretarlas, los tribunales, en estos últimos años, reenviaban a los justiciables, mediante recursos de urgencia, al poder legislativo, siempre que carecían de ley o la

ley existente les parecía oscura. El tribunal Supremo ha reprimido constantemente ese abuso como una denegación de justicia<sup>13</sup>.

Es interesante recordar también que Portalis distingue dos tipos de interpretación: la interpretación por vía de doctrina y la interpretación por vía de autoridad<sup>14</sup>. La primera es la que corresponde al juez, y consiste “en captar el verdadero sentido de las leyes, en aplicarlas con discernimiento y en suplirlas en los casos que no han regulado. Sin esta clase de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir con el oficio de juez?”. La segunda, “consiste en resolver las preguntas y las dudas, por vía de reglamentos o disposiciones generales. Este modo de interpretación es el único que le está prohibido al juez”. De lo cual se derivan dos observaciones. Por una parte, el hecho de que los jueces tengan que suplir la ley en aquellos casos no regulados, no se considera auténtica creación del Derecho. Por otra, aquella interpretación que implica creación del Derecho, es decir a través de normas generales, le está vedada la juez. En esos casos, el juez debe recurrir a la costumbre y en último lugar a la equidad, lo cual no supone ofrecer una posibilidad a la creatividad del juez, ya que éste se encuentra condicionado por la ley natural: “Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, hay que profundizar en sus disposiciones.<sup>15</sup> Si se carece de ley, hay que consultar la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, en silencio, contradicción u oscuridad de las leyes positivas”<sup>16</sup>.

Estamos en definitiva frente a un modelo que refleja la desconfianza hacia el juez,

10 OST, François. *El Tiempo Del Derecho*. Traducción de María Guadalupe Benítez p. 225

11 PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, cit, p. 31.

12 PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, cit., p. 36.

13 PORTALIS, Jean Etienne, *Discurso*, p. 42. En Concordancia con esto, los artículos 8 y 48 de la ley 153 de 1887.

14 *Ibidem.*, p. 42.

15 Así lo recoge el artículo 27 del Código Civil Colombiano.

16 Portalis, Jean Etienne Marie, "*Discurso Preliminar al Código Civil Francés*", cit., p. 43.

que es entendido como “juez funcionario”<sup>17</sup>. Y que tiene un referente normativo cuando en la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791 se señala que “No hay en Francia autoridad superior a la de la ley”.

García de Enterría ha sintetizado claramente este planteamiento: “La idea originaria, para embridar la antigua libertad del juez y someterle a su función estricta de particularización de la Ley es, pues, que no existe Derecho al margen de la Ley, que en la Ley y nada más que en ella debe buscarse y encontrarse la solución para resolver cualquier problema jurídico que pueda plantearse” “...todo el Derecho debe encajarse en Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos”<sup>18</sup>, proscribiendo la reaparición de los *arrêts de règlement* que incluía en el fallo la generalización de la doctrina de éste para casos futuros análogos<sup>19</sup>.

Por todo lo antes expuesto, es evidente la desconfianza frente a los jueces en la tradición jurídica francesa, constituyendo terreno abonado para la codificación<sup>20</sup>.

### Savigny: en contra de la Codificación por la codificación

El historicismo jurídico fue la teoría adoptada por Karl Friedrich Von Savigny, “el más grande jurista que haya producido Europa”<sup>21</sup>, el erudito alemán más influyente de la época. Su forma de historicismo

intentó reemplazar una teoría universalista del derecho natural como base para un discurso racional intencional en el Derecho, un paradigma que dominó el debate jurídico en la ilustración del siglo XVIII. Influida por el romanticismo alemán, la escuela histórica del derecho se plantea como una reacción tanto contra el racionalismo universalista de la escuela del derecho natural del siglo XVIII como contra el legalismo positivista del movimiento de la codificación, el cual, siguiendo el ejemplo francés, pretende reducir el derecho a la ley. En oposición a esas tesis, Savigny y sus discípulos se proponen afirmar el fundamento popular y orgánico del derecho, arraigado en la tradición nacional, así como en el plano de las fuentes del derecho, la prevalencia de la costumbre y de la doctrina respecto de la ley. Arraigado en lo más profundo de la conciencia popular, cuyo origen es inmemorial, el derecho experimenta un desarrollo que no es mecánico e instrumental, sino orgánico y consuetudinario: camina al mismo paso que la nación...<sup>22</sup>

De acuerdo con la teoría de Savigny, el Derecho existe en la conciencia de la gente tanto como el lenguaje y, así como la existencia del lenguaje no depende de la actividad del lingüista, tampoco el Derecho depende de la actividad del codificador. Se infiere por tanto, que el intento de codificar el derecho privado a partir de cero es un error fundamental. Sostenía que el Derecho, así como el lenguaje, está profundamente arraigado en tradiciones locales. Hay un vínculo orgánico entre el Derecho y la esencia de una Nación. Pero para él y sus seguidores el “culto” al derecho romano tenía que suplantar una concepción universalista racional del Derecho: el derecho romano tenía que convertirse en la alternativa al derecho de la razón.

17 García Pascual, Cristina, Legitimidad democrática y Poder judicial, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1997, pp. 67 y ss.

18 García de Enterría, Eduardo., “La democracia y el lugar de la ley”, cit., p. 87.

19 García de Enterría, Eduardo. *La Lengua de los Derechos. La formación del derecho público Europeo tras la Revolución Francesa*, pp. 146 y 193.

20 Para mayores detalles, véase a LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. 2ª Edición pp. 8 y 9.

21 Sir John Macdonell, citado por Hermann Kantorowicz, “Savigny and the Historical School of Law” 53 L. Q. Rev. 1937 vol. 53, p. 326.

22 Ost, François. *El Tiempo del Derecho*. Traducción de María Guadalupe Benítez PP. 66 y 67.

*De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, en 1814, en opinión de Ihering, Savigny -en contra de lo manifestado por Anton Thibaut-, se muestra contrario a la codificación del Derecho alemán, consideraba que todavía no era el momento adecuado, aún no existía la madurez jurídica necesaria para emprender esa tarea, como tampoco existía el lenguaje jurídico correspondiente.

Thibaut tenía la ilusión de que la codificación podía satisfacer estas múltiples exigencias, que reflejaban corrientes de pensamiento diversas y opuestas. Racionalismo y nacionalismo eran términos incompatibles en tanto la relación entre el derecho ideal y positivo era entendida, como Thibaut lo comprendía, en términos kantianos. La codificación, realizada con los criterios del racionalismo y del universalismo revolucionario, no de conciliaba con la vigorosa afirmación de la individualidad nacional, con el empirismo y con el relativismo romántico. Es cierto que, a pesar de la exigencia del método y de la investigación histórica proclamada por Thibaut, a pesar de la defensa hecha por él del derecho germano y la áspere crítica del derecho romano, a pesar de su abierta profesión de fe nacionalista, Thibaut concebía la codificación alemana con los criterios del racionalismo jurídico que había hecho del derecho romano una especie de *ratio scripta* y que era íntimamente hostil al nacionalismo jurídico particularmente alemán<sup>23</sup>.

### La escuela histórica del derecho y el idealismo alemán

Gustavo Hugo (1764-1844) es cronológicamente el iniciador de la Escuela histórica del derecho. Así lo reconoce inclusive su máximo adalid F. C. von Savigny. Las

relaciones de Hugo con Kant han sido estudiadas exhaustivamente por Landsberg.<sup>24</sup> Hugo fue un admirador y convencido partidario de Kant. Gioele Solari dice que Hugo, con feliz intuición captó el significado gnoseológico del kantismo y buscó en él el fundamento y la justificación del método histórico en los estudios jurídicos.<sup>25</sup> Con base en un escrito de Kant un tanto olvidado,<sup>26</sup> afirma Hugo que la ciencia del derecho es una ciencia de experiencia que debe observar las reglas siguientes: 1ª, que no se debe partir de definiciones; 2ª, que se deben reunir especialmente los juicios inmediatos en torno del objeto.<sup>27</sup>

En 1798 publicó Hugo su obra principal: *Manual de derecho natural como una filosofía del derecho positivo*, en el cual aplicó estrictamente el método crítico que establece una clara y tajante distinción entre *la forma y materia del conocimiento*. ¿Cuál es el sentido verdadero del título y contenido de este libro de Hugo? Fries opinó con acierto que Hugo fue más consecuente que Kant en la aplicación de método crítico. Y el mismo Hugo declaró que su *filosofía del derecho positivo* no sirve para hacer conocer el derecho positivo de este o aquel pueblo, sino solamente para hacer conocer lo que es positivo (*was nur irgend positives Recht*), por consiguiente, jurídico en general, haciendo abstracción de las formas particulares de tiempo y lugar.<sup>28</sup>

Federico Carlos von Savigny (1779-1861) es el fundador de la Escuela histórica del derecho. Como tal ocupa un puesto destacada en la historia de las doctrinas jurídicas. Su pensamiento jurídico ha sido

23 SOLARI, Gioele. Filosofía del Derecho Privado Tomo II La Idea Social, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 284 y 285.

24 Solari, Gioele. Filosofía del Derecho Privado Tomo II Editorial Depalma, Bs. Aires, 1950 pp. 20 y 21.

25 Ibidem.

26 Untersuchug ueber die Deutlichkeit der Grundsätze der naturlichen Theologie under Moral oder ueber die Evidenz in methaphysischen Wissenschaften, citado por Gioele Solari, op. cit., p. 21

27 Gioele Solari, op. Cit., pp. 21 y 22.

28 Gioele Solari, op. Cit., pp. 25-26

estudiado desde todos los ángulos posibles, inclusive, por supuesto, el filosófico. Savigny sufrió en su juventud la fascinación de Kant, a quien estudió, pero sin penetrar en el íntimo significado de la filosofía crítica. No fue kantiano ni hegeliano ni supeditó su pensamiento a ninguno de los grandes sistemas de filosofía de su tiempo. Consciente y deliberadamente prefirió permanecer al margen de los debates filosóficos de su época.

Una exploración de las obras de Savigny nos permite constatar el conocimiento amplio y sin prejuicios que tenía de diversas filosofías y principalmente del idealismo alemán. Siempre que juzgó útil y conveniente usó la filosofía en provecho de su pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, a propósito de la oportunidad de la codificación del derecho y de las fuentes que un código debe tener en cuenta se apoya en Bacon, el padre del empirismo inglés:

*“A este propósito importa mucho lo que advertía con gran razón y sabiduría Bacon. Según éste, una obra como es la de un Código, no se debe emprender sino bajo la acción de una necesidad extrema, siendo preciso tener siempre en cuenta las fuentes del derecho que estuvieren vigentes. Estimaba que todo debe aprovecharse mediante aceptación verbal, conservada con esmero e incesantemente consultada. Pero una obra semejante no se deberá emprender más que en aquellos tiempos en los cuales en punto a instituciones y a saber jurídico se esté sobre los precedentes pues sería triste que por ignorancia de los tiempos posteriores se mutilase la obra de la antigüedad”.*<sup>29</sup>

29 F. K. Von Savigny: *De La Vocación De Nuestro Siglo Para La Legislación y La Ciencia Del Derecho*, pp. 54 y 55.

## Principios y conceptos fundamentales de la escuela histórica del derecho

La Escuela histórica del derecho es la negación del derecho natural, parcialmente al menos. Pablo Koschaker dice que son “posiciones antípodas, pero que como verdaderos antípodas se tocan por los pies”. En desarrollo de su actividad científica, Gustavo Hugo se propuso tres objetivos: 1º, la crítica del derecho natural; 2º, la renovación del derecho privado; y 3º, la historia del derecho. Respecto del primer objetivo comenta Solari que “Hugo contribuyó a cavar la fosa a la doctrina del derecho natural; nadie más y mejor que él supo llevar al absurdo y desacreditar hasta el ridículo las ficciones y los métodos de los jusnaturalistas”.<sup>30</sup>

A Hugo se atribuye la creación y perfeccionamiento del método histórico para la investigación del derecho privado. Así lo reconoció expresamente Savigny. Al método cartesiano o racional usado por el derecho natural, opuso Hugo el método histórico. Era completamente consciente de su reforma metodológica. Gioele Solari encuentra un admirable paralelo entre la pretensión de Hugo en el campo del derecho con la reforma iniciada dos siglos atrás por Bacon y Galileo en las ciencias naturales.<sup>31</sup> El método histórico es un método empírico, es decir, fundado en la experiencia, y en el caso de Hugo, fundado en la experiencia jurídica por oposición al derecho natural ahistórico, racional, abstracto y universal, concebía Hugo el derecho positivo esencialmente mutable, relativo, irracional y delimitado en el tiempo y el espacio. Derecho positivo y derecho histórico son sinónimos; “después de tanto abuso de generalidades abstractas, de conceptos metafísicos, de obras en las cuales lo menos importante era

30 Solari, Gioele. *Filosofía del Derecho Privado Tomo II La Idea Social*, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1950 p. 33.

31 Solari, Gioele. *Filosofía del Derecho Privado Tomo II La Idea Social*, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1950 p. 30 y 31.

de que lo escrito fuera verdad, retornaba con honra, referido a las ciencias jurídicas, el dicho de Galileo según el cual el verdadero conocimiento de las cosas consiste en la determinación precisa de todos los particulares”.<sup>32</sup>

Hugo es el precursor de la escuela histórica del derecho. Aun conservando la mentalidad y las tendencias del iluminismo, elaboro el *historicismo como método*. Preparó el camino a Savigny, a quien correspondió la creación del *historicismo como doctrina*.

Para ser consecuentes con los presupuestos filosóficos ya enunciados, tenemos que admitir la hipótesis de que la concepción del derecho – *Rechtsanschauung*– de Savigny es la expresión de su cosmovisión –*weltsanschauung*–. Ambas empero como actitudes y respuestas personales que no son congénitas no nacen hechas sino que se desarrollan dentro de ciertas circunstancias sociales y culturales. Así, por ejemplo, la doctrina histórica ¿es el resultado de la evolución intelectual de Savigny? y no un hallazgo casual o un descubrimiento repentino intuitivo y súbito. El ambiente científico para el desarrollo de esta doctrina era muy propicio y favorable. Karl Larenz, quien inicia su *Metodología de la ciencia del derecho* con el estudio de la metodología de Savigny, ha hecho notar las diferencias entre el ensayo de Savigny publicado en 1802 y sus escritos ulteriores. En oposición al primado de la costumbre respecto de la ley del periodo posterior, Savigny puso el derecho positivo y las leyes en pie de igualdad en su escrito de juventud. Desde un principio, sin embargo, hablaba de método histórico y sistemático con clara conciencia del significado de cada uno<sup>33</sup>.

Gioele Solari señala tres momentos decisivos en la evolución científica de Savigny. A propósito escribe lo siguiente: “la personalidad de Savigny, para quien se esfuerza en comprenderla en toda su grandeza, se presenta diversa en las tres sucesivas fases de formación, a las que corresponden respectivamente el ensayo sobre la *Posesión* (1803), la *Vocación* (1814) y el *Sistema* (1840). Los muchos y autorizados escritores que hicieron objeto de estudio la prodigiosa actividad de Savigny, cuando no se limitaron a estudiarla bajo un solo aspecto, no tuvieron debidamente en cuenta la gradual formación y transformación de su pensamiento. La obra de Savigny no parte de principios racionales inmutables: ella misma es una formación histórica y psicológica que no puede reducirse a unidad lógica”.<sup>34</sup> La *posesión* de Savigny en términos de hoy es un estudio monográfico sobre una vieja cuestión que preocupó a través de los siglos a los juristas romanos, a los canonistas, a los glosadores, a los iusnaturalistas y, por supuesto, a los legisladores: “La institución de la posesión, dice Solari, pareció perturbar en todos los tiempos la armonía de cualquier meditado y lógico sistema de derecho privado. Cuando Savigny se consagró a tratarla, todo en la posesión era incierto y discutible, la noción jurídica, el origen histórico y el fundamento filosófico. Habían contribuido a oscurecer esa noción los glosadores y los iusnaturalistas, quienes, constrañidos a adaptar la concepción romana de la posesión a las nuevas necesidades, habían llegado a una concepción que solo conservaba de la antigua la forma y la terminología, no el contenido y el significado esenciales”.<sup>35</sup>

32 Galileo, *Opere* (edic. nac. Barberá, 1890-1909), IV, 494 citado por SOLARI, Gioele. *Filosofía del Derecho Privado Tomo II La Idea Social*, pp. 30 y 31, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1950

33 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2001, p. 316

34 SOLARI, Gioele. *Filosofía del Derecho Privado Tomo II La Idea Social*, Depalma, Bs. Aires, 1950 pp. 71 y 72.

35 SOLARI, Gioele. *Filosofía del Derecho Privado Tomo II*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950 p. 73.

En la *posesión* se encontraba Savigny más de lo que se cree bajo la influencia kantiana, sobre todo en lo que concierne a la determinación genérica y específica del *animus* en la posesión. En verdad, cuando Savigny publicó esta obra no pretendía crear una concepción original opuesta a la teoría racionalista imperante. Más bien, como Gustavo Hugo, “a contraponer un nuevo método fundado en el estudio directo de las fuentes, al método *a priori*, dominante en los estudios del derecho privado”. Y fue estudiando directamente las fuentes romanas, donde la posesión le apareció como una relación de hecho extrajurídica, contrariamente a la opinión de los filósofos que la habían transformado en un derecho análogo a la propiedad. Con Kant concuerda Savigny en la definición específica del *animus*. Para ambos, en efecto, el acto subjetivo de voluntad en que consiste genéricamente el *animus*, debe estar dirigido a tener la cosa como propia, por lo que el *animus possidendi* de las fuentes se resuelve también para Savigny en el *animus domini*, sin confundirlo con el *animus* del propietario.<sup>36</sup>

Desde la publicación de la *Posesión* hasta la publicación de la *Vocación* transcurrieron once años. Ni Alemania ni Savigny durante este lapso permanecieron inactivos. Alemania había experimentado sucesivamente la ocupación y la liberación. Savigny había adquirido madurez intelectual y prestigio. Y se acercaba a su momento estelar por caminos que el mismo ignoraba; dice Solari: “En 1810, el barón Guillermo de Humboldt, que como ministro de instrucción pública cooperó con el rey Federico Guillermo III en la fundación de la Universidad de Berlín y en el renacimiento del espíritu nacional deprimido por las derrotas napoleónicas, para justificar ante el rey el llamado de la nueva universidad a Savigny, declaró que este autor se distinguía particular-

mente por la *philosophische Behandlung des Rechts*. Con feliz intuición Humboldt entrevió el carácter particular de la obra de Savigny, antes aun de que ese carácter hallara ocasión de afirmarse públicamente. Humboldt no se limitó a señalar a Savigny el representante autorizado de la dirección histórica en los estudios jurídicos, sino que señaló en él a la mente capaz de extraer de la historia reconstruida las condiciones para una consideración filosófica del derecho”.<sup>37</sup>

### El Volkgeist (espíritu del pueblo) en Savigny

El uso generalizado de palabras como *Volkgeist* (espíritu del pueblo), *Volk* (pueblo), *Völkerschaft* (pueblo, nación), o *Volkstum* (nacionalidad) en la literatura y filosofía alemanas del siglo XVIII puede ser explicada por factores tales como el rechazo al término “*nation*”, y su origen latino, así como a que se asocia con la población de un *Estado* en países como Francia, España y Gran Bretaña, que para la época llevaban varios siglos de unificación, no así ocurría con Alemania, que sólo hasta 1871 viene a constituir un estado unitario, por lo que Alemania tendrá que inventarse a sí misma como *Kulturnation*: a falta de vínculos políticos, habrá que fundar la identidad nacional sobre las afinidades culturales. El modelo histórico escogido como referencia ideal es la Hélade: así como en la antigua Grecia la fragmentación política no impidió la floración del genio nacional (que se manifestó en la lengua, en las artes, en el pensamiento), así los prerrománticos y románticos alemanes intentarán proyectar hacia el terreno cultural los anhelos identitarios que no pueden encontrar satisfacción en el político; siendo la helenofilia una constante en la obra de autores como Schiller o Hölderlin. De forma parecida a Israel cuya única argamasa es la Torah, ante la inexistencia

36 SOLARI, Gioele, op. Cit., pp. 97 y 98.

37 Solari, Gioele, op. Cit., pp. 111 y 112.

de una Alemania política, los románticos germanos optarán por fabular una *Gelehrtenrepublik*, una “Alemania intelectual”, cultural, literaria, y en ese imaginario, se identifica a Alemania con la antigua Grecia y a Francia con Roma.<sup>38</sup>

Savigny no fue el acuñador de la idea de *espíritu del pueblo*, sino que más bien hizo suyo el concepto de nación que estaba en boga en la atmósfera intelectual de la época, adaptándolo a su propia especulación acerca del origen y la naturaleza del Derecho. Reviste interés, en este sentido, la observación de Kantorowicz, según la cual Savigny no realizó aportaciones sustantivas al desarrollo de lo que podríamos llamar “teoría del *Volksgeist*”; sino que su pensamiento había sido indudablemente influenciado por la filosofía política de grandes predecesores del siglo XVIII como Burke, Hume e incluso Voltaire, pero ninguno había sido tan claro como Montesquieu, quien enseñó en 1748 que el Derecho no podía ser arbitrariamente creado sino que dependía de factores naturales y sociales, enumerando catorce, siendo uno de ellos el ‘*L’esprit de la nation*’<sup>39</sup>.

Kantorowicz atribuye un relieve especial a la posible influencia de Montesquieu: en la *Vocación...*, Savigny cita en dos ocasiones a éste último, ambas en sentido favorable; en realidad, la deuda doctrinal de Savigny respecto al francés -continúa Kantorowicz-, es mucho mayor de lo que dejan traslucir esas dos menciones aisladas, pues fue Montesquieu quien lanzó el concepto de *esprit de la nation* y quien ense-

ñó primero que el Derecho de un país no puede ser creado caprichosamente por el legislador, sino que está terminantemente condicionado por una serie de factores naturales y sociales, siendo uno de ellos precisamente el carácter o espíritu nacional<sup>40</sup>: “Corresponde al legislador acomodarse al espíritu de la nación [*c’est au législateur de suivre l’esprit de la nation*], siempre que no sea contrario a los principios del Gobierno, pues nada hacemos mejor que aquello que hacemos libremente y dejándonos llevar por nuestro carácter natural”<sup>41</sup>. Ahora bien, en el planteamiento de Montesquieu el “espíritu de la nación” aparece simplemente como *uno más* dentro de una multiplicidad de factores condicionantes (precisamente, Montesquieu intenta descifrar la sutil interdependencia de esa compleja constelación de factores); Savigny, en cambio, absolutizó ese elemento y presentará a la “conciencia común del pueblo” como la *única* causa del Derecho (según Kantorowicz, porque hablar del “genio de la nación” resultaba más misterioso y romántico que analizar otros factores más triviales como el clima, el sistema económico o la densidad de población, elementos a los que, sin embargo, el autor de *El espíritu de las leyes* había atribuido un influjo fundamental). Por otra parte, en tanto que Montesquieu habría postulado una interacción *recíproca* entre el *Volksgeist* y el Derecho (de tal forma que, aunque el genio nacional represente un condicionamiento importante para el legislador, también una legislación hábil podría conseguir influir en el carácter nacional: la relación causa-efecto es, en este caso, sinálgmática), reconociendo así cierto grado de autonomía al legislador, Savigny habría simplificado ese esquema en un sentido

38 Así lo cree Francisco J. Contreras en *La idea de Espíritu del Pueblo en F.C.V. Savigny*, quien cita a GIESEN, B., *Die Intellektuellen und die Nation. Eine deutsche Achsenzeit*; WEIDEMANN, C., “Römische Staatsnation und griechische Kultur-nation”; a KOHN, H., *Historia del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid, 1984.

39 Kantorowicz, Hermann, “Savigny and the Historical School of Law” en 53 L. Q. Rev. 1937 vol. 53, p. 335

40 KANTOROWICZ, Hermann, “Savigny and the Historical School of Law” 53 L. Q. Rev. 1937 vol. 53, p. 335.

41 MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, XIX, cap. 5, trad. de M. Blázquez, Tecnos, Madrid, 1987, p.205

unidireccional (el Derecho es modelado por el *Volksgeist*, pero el *Volksgeist* no es modelado por el Derecho), negando la autonomía del legislador.<sup>42</sup> y en el mismo sentido Harold J. Berman<sup>43</sup>, quien añade que tuvo una gran influencia de Montesquieu y Burke, sin citarlos<sup>44</sup> pero su originalidad radicaría en haber acentuado en un sentido hiperromántico las concepciones de Montesquieu, Burke o Herder.<sup>45</sup>

Así las cosas, para Savigny, el Derecho no debería ser creado racionalmente, porque como la lengua, las costumbres o el arte, es un fenómeno histórico, producto espontáneo del espíritu del pueblo. El Derecho surge de una fuerza interior y no del arbitrio de un legislador. El conocimiento de la historia del Derecho de cada pueblo es tradición indispensable para la construcción de una ciencia sistemática del Derecho. La primera fuente del Derecho es la costumbre, en segundo lugar que encuentra la ley en cuanto expresión del Derecho creado por el pueblo y ni como Derecho.

### Doctrina de Savigny relativa a la codificación

El racionalismo jurídico había encontrado en la codificación la forma correspon-

diente al orden de ideas que él representaba. El ideal de un derecho de razón verdadero o supuesto, de una sistematización lógica de la materia jurídica, parecía ya alcanzado con los códigos. El movimiento por la codificación tal como se vino realizando y desarrollando en el siglo XVIII no tiene paragón en la historia. Pues si en otros tiempos se advirtió la necesidad de recoger, coordinar, sistematizar el derecho positivo vigente (cuyos ejemplos clásicos nos los ofrecen la codificación justinianea y canónica), solamente en el siglo XVIII esta necesidad fue determinada, además que por razones prácticas y políticas, también sobre todo por razones teóricas, por exigencias lógicas y doctrinales. La tradición jurídica, sobre todo romana, no fue entonces en la práctica desconocida, sino sometida a las nuevas exigencias formales, modificada hasta el punto de ser verdaderamente la expresión de la nueva conciencia jurídica madurada en dos siglos de especulación. y si por una parte, esta conciencia era aspiración a un derecho cierto, uniforme, unitario, emanación de la razón iluminada del legislador, por el otro lado era tendencia a resolver el derecho privado en un sistema de relaciones lógicas, abstractas, interindividuales. Los códigos prusiano, francés, y austriaco fueron la realización gradual y progresiva de la nueva aspiración de los tiempos. También en Alemania un movimiento análogo, una tendencia análoga en favor de la codificación entendida con criterios del siglo XVIII, había no sólo penetrado sino también alcanzado difusión amplia. Prescindiendo de las razones prácticas que la imponían, de las razones políticas que la aconsejaban como medio para consolidar la unidad nacional ya alcanzada, del ejemplo de los códigos prusiano y francés había toda una tradición de pensamiento desde Leibniz a Wolff, y a Kant, en favor de la unificación del derecho privado en Alemania<sup>46</sup>. Y Thi-

42 Así lo afirma Francisco J. CONTRERAS en *La idea de Espíritu del Pueblo en F.C.V. Savigny*

43 HAROLD J. BERMAN EN: *THE ORIGINS OF THE HISTORICAL JURISPRUDENCE: COKE, SELDEN, HALE*. VOL. 103 Yale Law Journal Mayo de 1994; Págs. 1734-1737.

44 Me permito transcribir un fragmento de *THE ORIGINS OF THE HISTORICAL JURISPRUDENCE...*: "The founder of the so-called historical school, Friedrich Carl von Savigny, did not cite Burke in his scholarly writings but was undoubtedly influenced by Burke's political philosophy, which was well known and greatly appreciated in Germany at the time. Like Burke, Savigny considered law an integral part of the common consciousness of the nation, organically connected with "the mind of the people" (*Volksgeist*). Cfr. HAROLD J. *THE ORIGINS OF THE HISTORICAL JURISPRUDENCE: COKE, SELDEN, HALE*. VOL. 103 Yale Law Journal Mayo de 1994; P. 1737.

45 Francisco J. Contreras en *La idea de Espíritu del Pueblo en F.C.V. Savigny*

46 Cfr. Schwartz, *Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland*

baut, que se hizo intérprete de esta tradición y de estas aspiraciones en un momento particularmente favorable de la vida nacional alemana, recogió en torno a su proyecto de un código único el consenso universal<sup>47</sup>.

Debería considerarse, pues, inoportuna, inexplicable, la oposición de Savigny si no hubiera sido provocada por razones teóricas que reflejan la naturaleza misma del derecho. Los argumentos de Savigny para demostrar que las condiciones especiales de los estudios jurídicos en Alemania no permitían en esa época intentar con éxito la codificación del derecho privado, por más que están aislados de la doctrina histórica expuesta en la *Vocación*, pierden valor frente a la cuestión de principio implícita en la codificación. Tales argumentos no prueban nada contra esta última, mientras que pueden ser decisivos contra la codificación hecha en ciertas condiciones de tiempo y de lugar.

Aún hoy se discute si la aversión de Savigny a la codificación era absoluta o relativa. Es opinión dominante de que sólo relativamente a su época Savigny era adverso a la codificación.<sup>48</sup> Esta opinión parece confirmarse en el título mismo del ensayo de Savigny, en las expresiones que aparecen a menudo de *unser Beruf, unsere Zeit, wir, jetzt*, etc., en las condiciones hechas por Savigny mismo en la *Vocación* y en el *Sistema* al principio de la codificación, sobre todo en el reconocimiento explícito de la codificación particular (*Einzelgesetzgebung*).<sup>49</sup> Pero no puede ne-

garse que los estudios históricos han preparado las condiciones favorables para la codificación del derecho privado alemán.<sup>50</sup> Otros en cambio, sostuvieron la incompatibilidad absoluta y no sólo relativa de la codificación con la doctrina histórica expuesta en la *Vocación*.<sup>51</sup> Las concesiones hechas por Savigny al principio de la codificación tiene carácter subsidiario y son sugeridas, a lo más, por razones extrínsecas de índole práctica y política. El equívoco podría surgir tanto más fácilmente, en cuanto que Savigny trató en un breve escrito la cuestión de la codificación desde múltiples puntos de vista, y no siempre distinguió las razones de principio de las consideraciones de oportunidad que a veces podían aconsejarla.<sup>52</sup> Por lo demás, sabemos que estas últimas, más que aquellas, determinaron el fracaso temporal de la tesis de Thibaut<sup>53</sup>.

Stern ha demostrado ampliamente que el pensamiento de Savigny, no expuesto claramente en la *Vocación*, fue entendido también por autorizados contemporáneos, como Schrader, W. Grimm, Gönner, en el sentido de una condena incondicionada de la codificación. En los escritos polémicos que siguieron a la publicación de la *Vocación*, Savigny reafirma su pensamiento absolutamente contrario a la codificación, sobre todo en la recensión de Schrader y en

50 Cfr. Schwartz, Op. Cit. págs. 85 y sigs.

51 De esta opinión son SCHWARTZ, Op. Cit. pág. 69; GIERKE, Die hist. Rechtsschule und die Germanisten, Berlín 1903, págs. 41, 19, con los autores aquí citados; LANDSBERG, Desde 1890 en el All. Deut. Biographie, voz Savigny, y más ampliamente en la Geschichte der deut. Rechtswiss., III, 2 (1910), pág. 202; STERN, op. Cit. Págs. 19 y 20.

52 Esto explica las frecuentes alusiones a las condiciones de los estudios y de la práctica jurídica de la época en que escribía, como también la conveniencia de códigos particulares. Cfr. *Beruf*, edic. cit. Págs. 79 a 81.

53 Lo reconoce el mismo Savigny: "Im Ernst wird Niemand behaupten, dass ohne jene Stimmen ein allgemeines Gesetzbuch wahrscheinlich", en "Appendice", edit. Cit. Del *Beruf*, pág. 105.

(en "Archiv. F. Burg. RechF. Burg. Recht", vol. I, 1889, págs. 38-57).

47 Solari, supra, § 6; STERN, Thibaut und Savigny, Berlín, 1914, para la difusión de la idea de la codificación en Alemania según los criterios del siglo XVIII (págs. 8-13).

48 De esta misma opinión son, entre los más autorizados, Bergbohm (Jurisprudenz, etc., I, pág. 527, nota 54), Manigk (*Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlín, 1914, pág. 44, nota 71).

49 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., edic. 1892, págs. 79 y sigs.; *Sistema*, etc., I, págs. 39 y sigs.

la respuesta a Gönner<sup>54</sup>.

Entre otras opuestas opiniones, nos inclinamos por la unidad del pensamiento de Savigny y creemos que era coherente con los principios históricos, ya sea al condenar la codificación, sea al reconocer en determinados casos y bajo ciertas condiciones su oportunidad y necesidad. Savigny se pronunció indudablemente por la conducta absoluta y no sólo relativa (como sostiene Bergbohm) de la codificación entendida como sistematización filosófica del derecho privado, realizada con criterios y con método del racionalismo jurídico, o sea de la codificación como sólo podía efectuarse en la época en que escribía la *Vocación* y en la forma en que la proponía Thibaut. En el escrito de este último a favor del código único había implícita una contradicción insaneable, que era el reflejo de los tiempos y del estado general de los ánimos y de las mentes con respecto a los problemas concernientes a la vida moral y política. En Thibaut, la conciencia del siglo XVIII, con sus aspiraciones por un derecho ideal y uniforme, por la unidad legislativa, se unía al sentimiento no menos vivo de la realidad histórica, por una parte, y de la unidad política y nacional del pueblo alemán, por la otra.

Thibaut tenía la ilusión de que la codificación podía satisfacer estas múltiples exigencias, que reflejaban corrientes de pensamiento diversas y opuestas. Racionalismo y nacionalismo eran términos incompatibles en tanto la relación entre el derecho ideal y positivo era entendida, como Thibaut lo comprendía, en términos kantianos. La codificación, realizada con los criterios del racionalismo y del universalismo revolucionario, no de conciliaba con la vigorosa afirmación de la individualidad nacional, con el empirismo y con el relativismo romántico. Es cierto que, a pesar de la exigencia del método y de la investigación histó-

rica proclamada por Thibaut, a pesar de la defensa hecha por él del derecho germano y la áspera crítica del derecho romano, a pesar de su abierta profesión de fe nacionalista, Thibaut concebía la codificación alemana con los criterios del racionalismo jurídico que había hecho del derecho romano una especie de *ratio scripta* y que era íntimamente hostil al nacionalismo jurídico particularmente alemán.

Savigny no pasó por alto la contradicción en que se debatía Thibaut y la imposibilidad de satisfacer las nuevas exigencias de la conciencia nacional y jurídica alemana con los principios y los métodos del racionalismo jurídico. La unidad del derecho, su nacionalidad, estaba mejor garantizada por las nuevas corrientes románticas que por las abstracciones jurídicas y el cosmopolitismo revolucionario. De aquí la posición tomada por Savigny, de oposición absoluta e irreductible a la propuesta de codificación formulada por Thibaut. Y en esta oposición se mantuvo constantemente<sup>55</sup>.

Nosotros no vemos, sin embargo, cómo, por esta posición de Savigny frente al movimiento por la codificación, tal como se había venido realizando y perfeccionando en los tres códigos de la época, se puede extraer la consecuencia de que él era contrario a la codificación bajo cualquier forma. Es un hecho que la crítica dirigida por Savigny en la *Vocación*, apunta constantemente no contra la codificación en general, sino contra los proyectos de codificación que inundaban a Alemania en esa época y que eran "*in Verbindung mit einer allgemeinen Ansicht von der Entstehung alles positiven Rechts*", según el cual cada hecho

55 Cfr. De Savigny el Prólogo a la 2ª edic. de la *Vocación*, de 1828. Stern (op. cit., pág. 235, nota 1) recuerda que en la Biblioteca del Ministerio de Justicia prusiano, se halló copia del *Beruf* (3ª edic., 1840), en cuya primera página está escrita de puño y letra de Savigny esta sentencia (tomada de las *Instituta Laconica de Plutarco*): "Nosotros somos aún vigorosos; si tu quieres, prueba."

54 Cfr. Stern, op. Cit., págs. 21 y 22.

deriva normalmente” aus Gesetzen, d. h. ausdrücklichen Vorschriften der höchsten Staatsgewalt<sup>56</sup>. Por lo tanto, no es la codificación en cuanto tal que critica SAVIGNY, sino la codificación en cuanto era expresión de una dirección filosófica determinada. En otra parte, encontramos en la *Vocación* las condiciones bajo las cuales se hace posible la codificación<sup>57</sup>. Y si la crítica a los códigos existentes y a las propuestas de un código único constituyen la parte más importante de la *Vocación*, esto se comprende dado el objeto y el carácter polémico del ensayo.

Fuente principal de equívoco y disensiones en torno a este punto esencial de la doctrina histórica, fue el haber descuidado fijar la verdadera posición de Savigny con respecto a la legislación y, en consecuencia, con respecto a la codificación de la que es la expresión formal más alta y perfecta. Sólo por razones de contraste la actitud de Savigny acerca de la legislación pudo a veces aparecer negativa y hasta hostil. Y sin embargo, no sólo en el sistema, sino en muchos pasajes de la *Vocación* se proclama claramente la importancia, la dignidad y la necesidad de la legislación. Es que no podría ser de otra manera<sup>58</sup>. Entender la legislación a la luz de la doctrina histórica fue el propósito constante de Savigny. Pero, para menospreciar su valor y autoridad habían contribuido en grado mucho mayor los partidarios de la escuela racionalista, que la identificaron con el derecho de razón derivando el contenido de éste de esquemas lógicos carentes de significado real. Para Savigny, la legislación es una fase necesaria de la vida del derecho; es el mismo derecho popular en forma abstracta, normativa. Colmando lagunas, resolviendo dudas, integrando y a veces sus-

tituyendo la formación espontánea del derecho, armonizando y unificando las diversas instituciones jurídicas, la legislación es un factor primordial, esencial del progreso jurídico. Ella fija temporariamente el derecho, pero no lo inmoviliza: acompaña su desarrollo y lo hace posible y durable. No escaparon a Savigny todas las imperfecciones del derecho consuetudinario, y éste está muy lejos de tener en su sistema el significado y la preponderancia que fue adquiriendo en PUCHTA<sup>59</sup>. La costumbre es una fase necesaria, pero primitiva, del derecho; mediante la legislación se determina y se hace susceptible de desarrollo. Sólo en cuanto la legislación se aparta del alma popular y no traduce sus elementos de vida perennes, se convierte en superflua o dañina.

La legislación así entendida no excluye, sino prepara la codificación como la más alta forma en que pueda traducirse la materia jurídica. Savigny estuvo contra la codificación entendida como sistematización filosófica de la realidad jurídica, cuyo contenido deriva de un supuesto derecho de razón sin referencia alguna al derecho existente. Éste era el ideal del siglo XVIII, contradicho por la doctrina histórica del derecho, por la nueva conciencia filosófica y que nunca fue prácticamente realizado. Precisamente Savigny observa que la codificación en tal sentido no fue querida ni siquiera por los autores de los códigos, que se limitaron a lo más a traducir en normas el derecho vigente, con las modificaciones y los mejoramientos impuestos por razones políticas<sup>60</sup>. La fuerza de la tradición y las exigencias de la práctica triunfaron sobre las tendencias teóricas. Reducido el código al reordenamiento y a la declaración del

56 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., Einl., pág. 4.

57 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., págs. 10, 12 y sigs., 27, 79 y sigs., 94 y sigs.

58 Cfr. Savigny, *Sistema*, etc., § 13 *Beruf*, etc., cap. III, págs. 9 y sigs.; cap. VIII, págs. 80 y sigs.

59 En el *Beruf*, etc. no se habla del derecho consuetudinario, cuya teoría le dio Puchta en 1828 desarrollando y exagerando las referencias genéricas contenidas en el *Beruf*.

60 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., pág. 17

derecho vigente formulada y sancionada por el Estado, se esfumaban con sus razones las ventajas esperadas por sus fautores. Y a Savigny le fue fácil demostrarlo<sup>61</sup>.

En 1815 Pfeiffer proponía un sistema de codificación conducido con criterios y con métodos que no eran los del racionalismo jurídico<sup>62</sup>. En su concepto, el código debía consagrar principios generales derivados no ya en forma deductiva de postulados racionales, sino inductivamente del derecho vigente. Tampoco este sistema de codificación, aparte las dificultades de realización, halló el favor de Savigny, por más que no era incompatible con los métodos y los principios de la escuela histórica. Generalizar el derecho existente no era aún unificarlo, y la codificación, según Savigny, tiene razón de ser y valor en cuanto es un producto orgánico y unitario<sup>63</sup>. Debe entenderse en estrecha relación con la naturaleza y el desarrollo del derecho. En el pensamiento de Savigny el derecho surge y se desarrolla orgánicamente, obedeciendo a una razón objetiva, antes inadvertida, pero que en el tiempo se manifiesta y se consolida. La unidad, la uniformidad, la certeza que otros esperan de la codificación se halla implícita en el derecho mismo, en su devenir histórico. La codificación es revelación de la íntima y profunda unidad y objetividad del derecho, es la misma vida histórica del

derecho expresada en términos lógicos, en forma abstracta y general, es la unidad formal que se desarrolla de la unidad real del derecho, es la síntesis relativa y provisional de una larga serie de procesos de generalización y de abstracción, no ya un dogma, una forma hipostática en la que se constriñe la realidad jurídica.

Que este ideal de codificación estaba siempre presente en Savigny en su oposición y en su crítica a los sistemas de codificación entonces realizados o propuestos, puede demostrarse con argumentos positivos además de negativos. Los principios que el código consagra no deben, según Savigny, derivar su valor, su fuerza, de la autoridad legislativa, sino de la experiencia histórica (*Vocación*, pág. 14). Y el código no puede considerarse completo, en tanto que tales principios no sean históricamente fijados (Id.); fijarlos, o sea codificarlos sólo es posible en épocas de pleno desarrollo jurídico (pág. 16) por otra parte, la uniformidad que recomienda el código no quiere ser eliminación de derecho particular, sino orgánica comprensión de esto en el todo (pág. 25). Y tampoco tal unidad orgánica es expresada siempre y necesariamente en la codificación, mientras el hecho y la conciencia de ella las encontramos nosotros en las obras de los jurisconsultos romanos de la edad clásica (págs. 21 y 96).

La codificación, si no quiere ser deducción, a priori de principios de razón, si no quiere ser la obra arbitraria del legislador o a reducirse a una simple enumeración de casos o de normas más o menos generales, exige para su realización y para sus finalidades el concurso de condiciones especiales. Quien hace de Savigny un adversario de la codificación en general, demuestra que olvida que la parte principal de la *Vocación* gira en torno a la cuestión de las condiciones y los medios en los que es posible la codificación perfecta, esto es, tal como para responder a las exigencias de la doc-

61 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., págs. 12 y sigs.

62 La obra de Pfeiffer se titula: *Ideen zur einen neuen Civilgesetzgebung für Deutschen Staaten*, Göttingen 1815. Savigny, en *Stimmen*, hace una relación del mismo seguida de la crítica (en apéndice al *Beruf*, edic. cit., etc., págs. 108 y sigs.

63 En el *Beruf*, etc., pág. 96, Savigny, se expresa de la siguiente manera respecto al código en general: “es nach seiner Natur weder eine einzelne Bestimmung, noch ein Aggregat solcher einzelnen Bestimmung ist, sondern ein organisches Ganze”; y más abajo afirma que el Código no debe ser solamente “ein System des bestehenden Rechts” sino “eine viel größere Arbeit”, en forma que por él se alcance “ein höherer Grad organischer Einheit” y que no sea “Zusammensetzung unlebendig und darum völlig verwerflich”.

trina histórica. Con una distinción que no se hace en el texto, pero que está implícita, de las condiciones planteadas, algunas objetivas, otras subjetivas. Las primeras son inherentes a la naturaleza del derecho y al grado de desarrollo alcanzado. No todas las épocas son adecuadas para la obra de la codificación: no son las épocas primitivas por la imperfección del lenguaje y el defecto de reflexión; tampoco las edades de decadencia en las cuales la vida del derecho se oscurece y detiene. Sólo en las edades en que la vida de un pueblo está plenamente desarrollada, también el derecho se revela como organismo perfecto y puede ser fijado en sus caracteres esenciales y constantes<sup>64</sup>.

A estas condiciones exteriores deben acompañarse condiciones especiales de capacidad en aquellos que preparan la codificación; Savigny insiste sobre todo en la necesidad e importancia de la ciencia del derecho privado. Pudo parecer para muchos un adversario irreductible de la codificación por sus explícitas invocaciones de una ciencia del derecho, de cuya constitución esperaba ventajas mucho más considerables que de las que se podía esperar de la codificación. Con los sostenedores de ésta, Savigny declara estar de acuerdo en la comprobación de los males, en los objetivos a alcanzar, pero reafirma su profunda divergencia en la investigación de las causas, en la proposición de los medios<sup>65</sup>. Causa de la decadencia de los estudios jurídicos no son la fuente del derecho, sino el defecto de educación científica, que hacía particularmente inadaptados a los juristas de su época para la obra de la gran codificación. Por lo tanto, ésta no constituye para Savigny ni un remedio, ni un medio por el cual se pueda realizar la certeza, la uniformidad, la unidad del derecho y satisfacer las exigencias nuevas de la incipiente conciencia nacional. A tales fines, a tales exigencias,

provee mejor y más seguramente “eine organisch fortschreitende Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein sein kann. Es a la ciencia, pues, donde hay que dirigir los esfuerzos, como que de ella dependen las condiciones formales y materiales de existencia de la codificación. Fundándola, Savigny salvaba verdaderamente la suerte futura de la codificación.

### Von Kirchmann: el contradictor de Savigny

No sólo entre los germanistas despertó oposición la pretensión de la jurisprudencia humanística del dominio de la vida jurídica. Expresión no tanto de una posición espiritual peculiar, sino más bien síntoma de la creciente resistencia de una práctica realista contra la arrogancia de una especulación científica e indicio del inminente positivismo legal (jurídico-político) es la conocida frase del fiscal von Kirchmann en su discurso “*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*”<sup>66</sup> en 1848 al decir: “Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas de obras científicas de Derecho en papel mojado”<sup>67</sup>. Esta breve conclusión de una presunta sana razón sólo se hace posible y se convierte en una admonición seriamente amenazadora, cuando el pensamiento jurídico pierde su autoridad. En ella se hizo patente la situación equívoca de la ciencia pandectística en el moderno Estado constitucional, que de momento sólo estaba oculta porque gobierno y partidos en las grandes codificaciones de entonces todavía confiaban en la autoridad de los especialistas científicos. El año de 1848, en que las aspiraciones idealistas y románticas de la Escuela histórica se evidenciaron como agotadas, en

66 (Sobre la carencia de valor de la jurisprudencia), disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/werthlosigkeitDerJurisprudenz.pdf>

67 J. H. Kirchmann. *La jurisprudencia no es ciencia*, (trad. A. Truyol y Serra, Madrid), CEC, 1983, citado por Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, 2ª ed., Madrid, Edit. Trotta, 1995, pp. 33 y 44.

64 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., pág. 16

65 Cfr. Savigny, *Beruf*, etc., Conclusión.

el que la romanística y la germanística se habían enemistado, y en el que el movimiento por la unidad alemana comenzaba a exigir una codificación nacional que debería sustituir a la teoría científica, indicaba el término de la Escuela histórica.<sup>68</sup>

### A modo de conclusión

Los Códigos pueden ser utilizados como la implementación jurídica de un sistema de exclusión, como está pasando en Canadá la Provincia de Québec, donde los francófonos se imponen culturalmente a la minoría anglófona<sup>69</sup>; y como lo interpreta Morales de Setién Ravina, siguiendo a Pier Giuseppe Monateri:

“La tarea que se propone Monateri es, pues, romper primero el mito de la cientificidad del derecho romano mediante una estrategia dual, cuestionar la neutralidad del análisis histórico (científico) que permitió hablar de una ciencia determinada del derecho romano y no de otra u otras posibles, y a continuación mostrarnos cómo el derecho romano era profundamente asistemático e irracional... Doscientos años de historia y cambio social parecerían en este sentido, no haber producido grandes mutaciones entre los proyectos políticos de los juristas del siglo XIX, y los del siglo XX especialmente acerca de las consecuencias excluyentes y homogeneizadoras en sus respectivos proyectos. Habría según Monateri, una equivalencia entre romanistas-civilistas del siglo XIX y globalizadores-civilistas del siglo XXI...”<sup>70</sup>

68 Wieacker, Franz. HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO DE LA EDAD MODERNA. TRADUCIDA POR FRANCISCO FERNÁNDEZ JARDÓN. Madrid, Edit. AGUILAR, 1957. Pp. 366 y 367.

69 Pierre Legrand, “Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists” en 31 UC Davis Law Review 799 (1997-1998)

70 El Saber y su relación con el Poder: el Derecho

Habría que preguntar “¿Es debido a que la sociedad quebequesa, más que otras, es sensible a su soberanía por lo que ha probado ser capaz de “hacer nación” en torno a un código que traduce su elección de valores esenciales? Así podría pensarse. Pero no nos equivoquemos: las opciones que de esa manera se han elegido no se analizan como el apego crispado a opciones intangibles. Por el contrario, los redactores del código recurren a una interpretación osada y evolutiva: “ni el texto, ni, por lo demás, ley alguna, rempazan el uso de la razón para interpretar los textos y trazarles nuevos derroteros”<sup>71</sup>.

Y ahí encontramos la verdadera inspiración de Portalis: la confianza que el legislador deposita en los otros poderes encargados de darle vida a los textos, la confianza que se otorga al futuro para que desarrolle las promesas del presente. Quizás ahí reside, definitivamente, la lección del tonel de las Danaides, como también, por lo demás, el de la roca de Sísifo, a saber: la pretensión siempre defraudada, de detener el tiempo, de capturarlo íntegramente en el instante, y la certidumbre inmovible, en sentido inverso, de su concurso eficaz para quienes hayan sabido integrarlo en su empresa... “los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo”.<sup>72</sup>

El Derecho es obra de cultura, y como tal no tiene su razón de ser en los individuos

como práctica discursiva; Prólogo de Carlos Morales de Setién Ravina a *LA INVENCIÓN DEL DERECHO PRIVADO*. MONATERI P.G. Y SAMUEL GEOFFREY, pp. 41 y 42

71 *Le Code Civil de Québec. Commentaires du ministre de la Justice, Les Publications du Québec*, 1993, t. I. p. VII. Esta tradición de una interpretación abierta de los códigos fue la que también desarrollaron los realistas norteamericanos, y en especial K. Llewellyn, autor del *Uniform Commercial Code* (Cf. F. Michaut, *Les Réalistes américains et la codification*, en prensa; nota al pie 235 de OST, François. El Tiempo Del Derecho. p. 231.

72 Ost, François. El Tiempo Del Derecho. Traducción de María Guadalupe Benítez pp. 231 y 232.

singulares que puedan expresar sus realizaciones, sino en la vida histórica del pueblo, que es la que les otorga auténtico sentido. Por ello, la actividad creadora del pueblo, expresada como una fuerza implícita de su individualidad e historicidad, se manifiesta en el *Volkgeist*, el cual refleja la fuerza creadora del pueblo como una totalidad orgánicamente constituida. El Derecho está conectado orgánicamente con la naturaleza y el carácter del pueblo; es forma cultural que pertenece a la realidad histórica del pueblo, es forma cultural que pertenece a la realidad histórica del pueblo; surge de la más íntima esencia de la nación y de su historia. Decía expresivamente Savigny en el *Sistema* que el Derecho no es como un traje hecho caprichosamente y que puede cambiarse también a capricho sustituyéndolo por otro; es un producto cambiante sometido al mismo movimiento y desarrollo que toda otra manifestación del pueblo. Son tres las fuentes que expresan el espíritu del pueblo: el Derecho consuetudinario, como Derecho nacido directamente de la conciencia del pueblo, el cual se corporeiza en la costumbre, la tradición y los usos; el Derecho legal, teniendo en cuenta que para Savigny la Ley no es tanto una fuente de producción originaria del Derecho, como una forma de expresión del Derecho generado en el “espíritu del pueblo”<sup>73</sup>. La ley es así expresión de la conciencia del pueblo, en la cual encuentra su verdadera legitimidad. Téngase en cuenta que, “en su origen, todo Derecho positivo es popular, y que al lado de este Derecho popular, y frecuentemente con su asentimiento, viene la legislación a colocarse como complemento y garantía”<sup>74</sup>. El Derecho de los juristas o el Derecho científico

es la tercera de las fuentes del Derecho. Savigny asigna un papel activo al jurista captando el sentido y exponiendo el Derecho existente. Ellos son los verdaderos artífices del Derecho sistemático. Esa visión de las fuentes del Derecho da apertura a las grandes concepciones pluralistas de las fuentes del Derecho. Para él, lo esencial del método sistemático se halla en el conocimiento y exposición de la conexión interna o de la afinidad por virtud de la cual las reglas y los conceptos jurídicos se encuentran relacionados en una gran unidad (la Vocación). En 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 y de forma conformadora, sobre aquel material, haciendo que también en la ciencia como tal fluya incesantemente una especie de producción jurídica (Sistema). De este modo, las categorías de la ciencia jurídica se han de corresponder con la “necesidad interna del Derecho dado”, esto es, en referencia constante a una determinada realidad jurídica histórica.

### Bibliografía

- Ansuátegui Roig, Javier, Creación judicial del Derecho: Crítica de un paradigma. Seminario “Dogmática jurídica, Derecho comparado, Práctica”, organizado por el Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.
- Bentham, Jeremy (Principle of Legislations, Cap. XIII)
- Berman, Harold J. “The Origins of the Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”. VOL. 103 Yale Law Journal. pp. 1651-1738, Mayo de 1994.
- Fernández-Crehuert López, Federico “La Perspectiva en la Obra y Vida de Friedrich Carl Von Savigny. Editorial Comares. Granada 2008.
- García de Enterría, Eduardo. La Lengua de los Derechos. La formación del dere-

73 Stern, Jacques. Thibaut y Savigny. La Codificación: Una controversia programática basada en sus obras. Traducción de José Díaz García. Aguilar, Madrid, 1970, P. 58.

74 Savigny, Sistema del Derecho romano actual. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Edt. Comares. P. 23.

- cho público Europeo tras la Revolución Francesa. Editorial Alianza, 1994.
- Grey, Thomas C. Langdell's Orthodoxy en: *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 45, Issue 1 (Fall 1983), pp. 1-54. DOI [http://heinonline.org/HOL/Print?handle=hein.journals/upitt45&div=8&collection=journals&set\\_as\\_cursor=1&men\\_tab=srchresults&terms=LANGDELL'S|THODOXY|SAVIGNY&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Print?handle=hein.journals/upitt45&div=8&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults&terms=LANGDELL'S|THODOXY|SAVIGNY&type=matchall)
- Kantorowicz, Hermann, "Savigny and the Historical School of Law" *Law Quarterly Rev.* Vol. 53 (1937)
- Legrand, Pierre "Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists" 31 *UC David Law Review* N° 799 (1997-1998)
- López Medina, Diego. El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial. 2ª Edición, Legis, 2006.
- , Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana. Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.
- Monateri P.G. y Geoffrey, Samuel, La invención del Derecho Privado. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.
- Morelli, Mariano G., "Historia, Lengua y cultura en el pensamiento de Savigny". DOI <http://www.centrodefilosofia.org/revcen/RevCent288.pdf>
- Ost, François. El Tiempo del Derecho. Traducción de María Guadalupe Benítez Toriello. SIGLO XXI EDITORES, MÉXICO 2005.
- Portalis, Jean Etienne Marie. Discurso Preliminar al Código Civil Francés. Traducción de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson; Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- Savigny, Frederich, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho. Traducción de Adolfo G. Posada; Editorial Heliasta, Bs. Aires, (1969)
- , Sistema del Derecho romano actual. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Editorial Comares. Granada 2005.
- Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, La Ciencia del Derecho. Edt. Losada Bs. As. 1949
- Shael, Herman, "The Uses and Abuses of Roman Law Texts". *The American Journal of Comparative Law* N° 671 (1981)
- Solari, Gioele. Filosofía del Derecho Privado Tomo II La Idea Social, Editorial Depalma, Buenos Aires 1950.
- Stern, Jacques. Thibaut y Savigny. La Codificación: Una controversia programática basada en sus obras. Traducción de José Díaz García. Aguilar, Madrid, 1970.
- Vélez García, Jorge. Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado. 2ª Edición; Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Wieacker, Franz. Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna. Traducida por Francisco Fernández Jardón. Madrid, Edit. Aguilar, 1957.
- Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, 2ª ed., Madrid, Edit. Trotta, 1995.