

APROXIMACIÓN A LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO *

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO **

1. PLANTEAMIENTO: EL DESCUBRIMIENTO DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

Es notorio, al menos debiera serlo para los juristas españoles, que el art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil prescribe que la interpretación de las normas habrá de tener presente sus «antecedentes históricos» y «la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas». Si descartamos que ese texto sea una mera cláusula programática falta de fuerza vinculante y le reconocemos plena eficacia normativa, será necesario aplicar lo previsto en el citado artículo 3.1 a la interpretación de su propio contenido. Esa operación conduce a plantear la incidencia de la decantación de las polémicas doctrinales de la Ciencia jurídica de los últimos dos siglos en la opción legislativa en favor de una interpretación histórica de las normas.

El énfasis por la dimensión histórica del Derecho va a caracterizar alguno de los movimientos más significativos de la teoría jurídica en los inicios del siglo XIX. La temática de la contribución de la

* Las traducciones de las obras citadas por ediciones originales se deben al autor, las de los textos de Declaraciones de derechos humanos se han tomado de la obra de Benito de CASTRO CID, *El reconocimiento de los derechos humanos*, con Presentación a cargo de José DELGADO PINTO, Tecnos, Madrid, 1982.

** Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

Escuela Histórica al descubrimiento de la historicidad del Derecho, sigue constituyendo un punto clave para la inteligencia del discurrir de las ideas jurídicas y filosóficas en el pasado siglo. El interés de la cuestión, lejos de ser meramente retrospectivo, incide de lleno en una serie de problemas que presentan estrecha vinculación con las inquietudes teóricas y prácticas de la Ciencia jurídica de nuestro tiempo. A la vez, sus repercusiones socio-políticas son tan amplias que, sin duda, afectan también al planteamiento general de algunos debates actuales sobre el significado práctico de la historiografía jurídica.

2. EL PARADIGMA CIENTÍFICO-JURÍDICO DE LA ILUSTRACIÓN

El siglo XVIII había forjado un paradigma de cientificidad jurídica elaborado de espaldas a la Historia. Su modelo inspirador se había tomado de las ciencias físico-matemáticas, que en esa época gozaban ya de un desarrollo y prestigio notables a imagen de ellas los juristas deseaban construir una ciencia jurídica reguladora de la conducta humana basada en leyes tan universales, permanentes y necesarias como las leyes que rigen el mundo de la naturaleza física.

La ciencia jurídica de ese periodo respondía a tres postulados básicos:

1) Que existen leyes necesarias permanentes y universales que rigen la conducta humana, por expresar las regularidades esenciales e inmutables de la convivencia social. Del mismo modo que las leyes de la naturaleza expresan las reglas necesarias permanentes y universales por las que se rige el mundo físico.

2) Que la razón humana se halla en condiciones de descubrir esas leyes naturales que deben regir el mundo social, siempre que dicha razón sea capaz de vencer la ignorancia el prejuicio o los errores que habían podido enturbiar la evidencia de esos principios básicos de legislación jurídica.

3) Que el acto a través del cual la razón de los seres humanos enuncia esos principios necesarios, universales y eternos de la legislación es puramente declarativo. No se trata de crear las leyes

naturales de la conducta humana, sino sólo de expresarlas y exponerlas. De igual modo que Isaac Newton no creó la gravedad, sino que descubrió o desveló sus leyes, y al igual que los teoremas y ecuaciones matemáticos han existido desde siempre con independencia del momento de su enunciación, piensan los juristas ilustrados que al formular las leyes naturales de la conducta están expresando los principios básicos y necesarios de una legislación eterna.

Existen dos Preámbulos de textos jurídico-políticos fundamentales en el panorama de ese periodo en los que esos postulados hallan inequívoca expresión. Así, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 definirá a los Derechos humanos inalienables como «verdades», «evidentes por sí mismas». Asimismo, la célebre Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano promulgada por la Asamblea revolucionaria francesa en 1789 reputará a «la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del hombre» como «causas únicas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos». Para evitarlo la Asamblea decidió «exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. De este modo las reclamaciones jurídicas y políticas de los ciudadanos podrán fundarse «en principios simples e incontestables». El propio término de «declaraciones», empleado para rotular estos textos, lejos de ser casual revela la intencionalidad de sus redactores: se trata de expresar, no de crear, los postulados básicos del orden jurídico y político.

El siglo XVIII se inicia, en el plano doctrinal, con los estudios metódico-jurídicos de Gottfried Wilhelm Leibniz tendentes a la elaboración de una «*Jurisprudentia more geometrico demonstrata*» y se culmina con los esfuerzos de Christian Wolff por proyectar al Derecho el método matemático, a partir de una elaboración lógica y sistemática de los normas jurídicas que preludian la codificación.

Christian Wolff y sus numerosos imitadores, entre quienes destaca Daniel Nettelbladt, fueron exponentes arquetípicos del modelo racionalista/ilustrado de cientificidad jurídica. Profesor en Halle de Derecho Natural y Matemáticas, y fiel discípulo de Leibniz, había defendido Wolff la necesidad de un método único para ambos sectores del saber. Su máxima aspiración en el plano metódico fue la de transportar al ámbito de las relaciones humanas normadas por el

Derecho Natural, la precisión del orden matemático universal. Fiel a estos postulados, su construcción jurídica se tradujo en un sistema de principios armónicamente vinculados, deducibles unos de otros, desde los principios supremos hasta descender a los pormenores más irrelevantes del vivir social. Esta tendencia que halló expresión en los ocho volúmenes de su *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, publicado entre 1740 y 1748, se generalizó entre la mayor parte de juristas alemanes de la segunda mitad del XVIII. Los procedimientos abstractos de deducciones y silogismos *more geométrico*, así como la búsqueda constante de principios generalísimos y de definiciones que aspiran a una exactitud matemática, se hallan, en mayor o menor medida, en la base de casi todas las manifestaciones doctrinales del período.

Luego, con el avanzar del siglo y con el estímulo del pensamiento kantiano, que progresivamente va penetrando las construcciones de los iusnaturalistas, se asiste a una renovación metódica que aspira a conjugar la inspiración wolffiana con los postulados de la filosofía de Kant. Sin embargo, en estas tentativas de renovación iusnaturalista no se abandona, en la práctica, el criterio de la deducción a partir de principios generales hasta arribar a los particulares, tal como se venía operando según la enseñanza de Wolff. La inspiración kantiana se revela en la mera referencia a un principio superior de carácter formal que, por otra parte, no hace sino traducir su pretendido formalismo en un principio material, como pueden serlo el de la perfección individual o el del respeto a la libertad y felicidad ajenas, al modo de la tradición iusnaturalista de Thomasio y Wolff.

Sólo con el declinar del siglo XVIII aparecen obras en las que se advierte una recepción abierta y personal de la filosofía kantiana; en ellas pueden ya apreciarse ecos del criticismo del maestro de Königsberg. La enseñanza kantiana permitirá al penalista Paul Johann Anselm Feuerbach un replanteamiento de los postulados iusnaturalistas, que se refleja en su concepción del Derecho como producto de la pura razón práctica: «das Produkt der reinen praktischen Vernunft» (*Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796).

En la misma dirección se inserta el pensamiento de Anton Friedrich Justus Thibaut, propugnador de la codificación en abierta

polémica con Savigny, y quien insistía en la racionalidad del Derecho fundada en el corazón y la razón del hombre, a la vez que superando la indiferencia por la Historia del Iusnaturalismo iluminista, propugnaba el mutuo condicionamiento existente entre la razón y la Historia, al indicar que sin Filosofía no puede existir una Historia plena, y sin Historia no es posible un conocimiento seguro de la Filosofía: «Ohne Philosophie —eran sus palabras— giebt es keine vollendete Geschichte; ohne Geschichte keine sichere Anwendung der Philosophie» ¹.

Para Feuerbach y Thibaut la investigación filosófica, mantenida en su legítima autonomía, realiza el papel de criterio de valoración y medida de los conocimientos derivados de la Historia. Pero lo que en ellos es apertura a lo histórico y lo concreto, pasa a ser en Gustav Hugo y Karl Friedrich von Savigny el elemento determinante de toda una nueva consideración de la realidad jurídica, concebida ahora *sub specie Historiae*.

No se crea que el arribo a ese nuevo planteamiento se opera tan sólo por motivos teóricos, como reacción a las construcciones doctrinales del Iusnaturalismo iluminista, sino que se dirige también, de modo especial, contra los frutos prácticos de aquella legislación corolario de los principios y dictámenes de la «recta razón». En efecto, mientras la doctrina racionalista se mantuvo en el plano de la teoría, pudo ser ingenua o errónea, pero siempre se hallaba expuesta a la refutación por otra teoría más sólida. Ahora bien, cuando esas premisas teóricas cristalizaron en una legislación con pretensiones de establecer, de una vez por todas, el Derecho justo, se convirtieron en frenos del desarrollo jurídico, que debe hallarse siempre abierto a las nuevas exigencias de cada circunstancia histórica. Tan pronto como la razón dictó el Derecho Natural a sus pueblos —ha indicado Franz Wieacker— se hizo imposible la autocorrección doctrinal tendente a un nuevo espíritu y una nueva realidad, la razón se tornó así en absurdo verídico y azote benéfico. De esta forma, el triunfo del Iusnaturalismo racionalista en el plano político y legislativo condujo a la creencia de que ya se había alcanzado la completa realización

¹ THIBAUT, A. F. J., «Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze», en su *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Mauke, Jena, 2ª ed., 1817, p. 174.

del Derecho Natural, de lo que forzosamente se tenía que concluir que carecía de sentido, en adelante, la función histórica iusnaturalista. Con el monopolio estatal de la racionalidad jurídica presente y futura se vaciaba de contenido toda pretensión crítica o innovadora basada en el Derecho Natural ².

3. HISTORICISMO JURÍDICO Y ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Frente a este modo de socavar la conciencia y la praxis jurídica que amenazaba también con paralizar todo progreso de la reflexión sobre el Derecho, se dirigió la reacción historicista. Este movimiento, que no se circunscribe a los dominios del Derecho, viene caracterizado por una fundamentación de todas las disciplinas sociales en la realidad histórica, antes que en puros esquemas o criterios racionales. Esta actitud metódica sirvió para señalar, en la primera fase de su desarrollo, una especial dirección de pensamiento cuyos caracteres esenciales eran, en opinión de Gioele Solari: «el criterio histórico elevado a criterio de verdad, la realidad histórica considerada como la única y verdadera realidad, como el objeto propio de las ciencias morales, y el proceso de formación histórica de las instituciones jurídicas invocado como justificación de las mismas» ³. Es conveniente distinguir estos dos niveles, metódico y filosófico, del Historicismo porque el hacerlo permite dar una explicación al problema de los orígenes y ámbito doctrinal de la Escuela Histórica del Derecho.

En muchas ocasiones se confunden los términos de Historicismo jurídico y Escuela Histórica, sin que existan motivos que avalen tal identificación. El progresivo afirmarse del método histórico en la jurisprudencia, que tuvo en Vico y Montesquieu a dos importantes precursores, cristaliza de forma bien definida en las construcciones de Gustav Hugo. Este arribó a su concepción historicista del Derecho a través de la enseñanza empírico-histórica de sus maes-

² WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. cast. de F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Aguilar, Madrid, 1957, p. 326.

³ SOLARI, G., *Filosofía del Derecho Privado, II, La idea social*, trad. cast. de O. Caletti, Depalma, Buenos Aires, p. 12.

tros de Gottinga Johann Stephan Pütter y Ludwig Timotheus Spittler y de su personal interpretación del pensamiento kantiano. Por ello, sería erróneo considerarlo, como en ocasiones se ha hecho, el fundador de la Escuela Histórica; en todo caso, su doctrina representaría el «Antiguo Testamento» de la Escuela, según la conocida calificación de Karl Marx ⁴. Fue Savigny quien con su escrito programático *Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* fundaba junto con Karl Friedrich Eichhorn la Revista que había de representar el sentir doctrinal de la Escuela y su punto de partida.

Es cierto que Hugo y Savigny comparten determinadas actitudes críticas frente a los postulados del Iusnaturalismo iluminista, pero mientras Hugo funda su investigación en el método histórico con independencia de que tal método sea o no aceptado por una escuela que se defina como «histórica», Savigny se presenta encabezando a los exponentes de lo que pretende ser un nuevo movimiento doctrinal. Por decirlo con palabras de Solari: «El historicismo, como nuevo método de estudio en el Derecho privado, se inicia con Hugo, y como nueva doctrina general del Derecho, con Savigny» ⁵. Así, años más tarde hubo quienes, pese a considerar a la Escuela Histórica como algo periclitado, no dudaron en continuar predicando la necesidad de aplicar el método histórico para el estudio del Derecho.

Hecha esta aclaración, no hay inconveniente para que, siguiendo con la actitud doctrinal más difundida, se englobe dentro del rótulo genérico de la Escuela Histórica del Derecho a Gustav Hugo. Si no perteneció a ella influyó decisivamente en su génesis, hasta el punto que muchos de los motivos centrales de aquella encuentran su origen inmediato en su pensamiento. Estas circunstancias aconsejan, desde el punto de vista expositivo, incluir a Gustav Hugo entre los «fundadores y caudillos» —por emplear la terminología de Wieacker— de la Escuela Histórica cuando se procede a un estudio de conjunto de su significación doctrinal ⁶.

⁴ MARX, K., *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule* (1842), en K. MARX-F. ENGELS WERKE (MEW), Dietz, Berlin, 1956, vol. 1, pp. 80-81.

⁵ SOLARI, G., *op. cit.*, p. 15.

⁶ WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 344.

4. LA ACTITUD DE LA ESCUELA HISTÓRICA RESPECTO A LA CIENCIA DEL DERECHO

En el clima descrito, la nueva consciencia de la historicidad del Derecho supone un radical cambio de perspectiva que se manifiesta en todas las instancias de la teoría y de la práctica jurídica. Se abre así paso, progresivamente, una revalorización de lo individual y lo concreto; de lo histórico, frente al gusto por la sistematización abstracta, eterna y universalista que había predominado en las instancias jurídicas del Iluminismo. En particular, se van disolviendo los instrumentos conceptuales del XVIII en un proceso lento y gradual que va socavando los cimientos de aquel, en apariencia, sólido edificio que forman las construcciones de la cultura jurídica del Iusnaturalismo ilustrado. Ha indicado sobre el particular Paul Hazard que en las últimas fases de este periodo se produce uno de los fenómenos que hacen de la Historia de las ideas un cambio constante. Se advierte la progresiva disolución de una doctrina, no por intervención de enemigos externos, sino desde su propia interioridad, así aparecen oscuridades en la teoría que parecía más clara, contradicciones en el sistema que parecía más lógico ⁷.

De ahora en adelante, la tarea del jurista no revestirá ya los caracteres de una búsqueda incondicionada de la norma más justa bajo los auspicios de la pura razón, sino que se dirigirá a la sistematización y explicación de un material empírico: el Derecho positivo, a través de la variedad de sus determinaciones históricas. Esta nueva comprensión de la realidad que se inicia en las postrimerías del siglo XVIII puede considerarse como una tendencia general de la cultura alemana. Las influencias del pensamiento francés e inglés, especialmente a través de la penetración de las obras de Montesquieu y Burke, impulsó a los espíritus más inquietos hacia el estudio de la Historia. Importancia decisiva en esta dirección tuvieron también las *Patriotische Phantasien* (1764) y la *Osnabrückische Geschichte* (1768) de Justus Möser, quien con su revalorización de las viejas tradiciones corporativas, sentaba las bases de un nuevo entendimiento y una nueva valoración del pasado histórico.

⁷ HAZARD, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. cast., de J. MARÍAS, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1946, p. 271.

5. ASPECTOS DE LA CRÍTICA DE LA ESCUELA HISTÓRICA A LA CONCEPCIÓN JURÍDICA ILUSTRADA.

En el contexto hasta aquí delineado, la crítica del Historicismo jurídico a los dogmas del Derecho Natural racionalista se presenta bajo la apariencia de una ruptura total. Dicha ruptura se manifiesta en diversos sectores que conviene distinguir.

5.1. *HACIA UNA NUEVA ONTOLOGÍA JURÍDICA*

En el plano ontológico el Iusnaturalismo ilustrado había concebido el Derecho como una realidad sustantiva, universal y estática, producto del discernir de una razón sedicente libre e incondicionada. Esta idea del Derecho, expresión de su pretendido significado intrínseco, se circunscribe, en principio, al Derecho Natural, pero luego se predica también del Derecho positivo, por la necesidad lógica de reconducir toda versión posible de juridicidad a un único sistema y un único fundamento. Persuadidos de la homogeneidad fundamental existente entre el Derecho Natural racional y sus determinaciones positivas, los iusnaturalistas iluministas terminan afirmando la naturalidad y racionalidad del Derecho positivo. En contradicción con sus propias premisas no dudaron, a la postre, en afirmar la armonía de las determinaciones jurídicas concretas de la positividad con los principios del Derecho Natural, llevando a cabo una auténtica mixtificación entre las exigencias de la pura racionalidad y los datos empíricos del Derecho histórico, sobre la que se precipitó la crítica de David Hume e Immanuel Kant.

Frente a estas premisas el Historicismo jurídico concibe al Derecho como un hacerse constante, como una sucesión de procesos en continuo movimiento, en estricta dependencia mutua, y fruto de la sucesión de unos elementos que no pueden ser creados, ni explicados por medio de la razón abstracta.

El Derecho no va a ser para Gustav Hugo el producto artificioso de la razón, sino un aspecto de la vida histórica, sometido, por tanto, al devenir de ésta. Con Hugo el Derecho positivo recupera la autonomía que había perdido en las últimas construcciones del Iluminismo jurídico, y se presenta como un hecho empíricamente verificable, delimitado en el tiempo y en el espacio. La Historia, y no la razón, es la fuen-

te de todo Derecho, hasta el punto de que los elementos irracionales son inherentes a la naturaleza misma del Derecho positivo, que justifica cualquier institución que se realice de facto en la Historia. De este modo, la tortura, la esclavitud y la poligamia se consideran históricamente formas jurídico-positivas, no obstante su abierta irracionalidad.

Para Hugo las leyes no son expresión de ningún valor jurídico: *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*, rezaba el título de uno de sus trabajos publicado en la Revista «Civilistisches Magazin» en 1812. Por ello, a su juicio, el Derecho Natural debe ser sustituido por una Filosofía del Derecho positivo, y a este propósito responde su *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* de 1798, en el que la reflexión filosófica no parte del deber ser del Derecho, sino del conocimiento racional y conceptual de lo que puede ser jurídico: «die Vernunftserkenntnis aus Begriffen von dem, was Rechtens sein kann»⁸; en otras palabras, de una elaboración de conceptos generales extraídos de la experiencia del Derecho positivo del Estado.

La penetración de las exigencias históricas en el plano de la ontología jurídica se plasma con rasgos definitivos en el pensamiento de Savigny. Se ha puesto de relieve, con razón, cómo mientras en Hugo la Historia se explica todavía mediante principios a priori racionales; para Savigny el proceso histórico posee en sí sus propias leyes que lo determinan y explican. Para Hugo sigue siendo el individuo el autor del Derecho; para Savigny éste será producto de la conciencia colectiva⁹.

Ya en una obra de juventud la *Juristische Methodenlehre*, afirmaba, de forma rotunda, Savigny el carácter eminentemente histórico de la Ciencia de la legislación: «die Gesetzgebungswissenschaft ist historisch», y que el estudio histórico de la Ciencia jurídica es indispensable, al ser toda legislación el precipitado histórico de las legislaciones que la han precedido¹⁰.

⁸ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, (1798), se cita por la 3ª ed., Mylius, Berlin, 1809, p. 1.

⁹ SOLARI, G., *op. cit.*, pp. 36 ss.

¹⁰ SAVIGNY, F.C. von, *Juristische Methodenlehre*, (1802-1803), se cita por la ed. a cargo de G. Wesenberg, Koehler, Stuttgart, 1951, p. 14, (existe trad. cast. de J. Santa-Pinter, *Metodología jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979).

En su *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* concretaba el alcance de la nueva *Weltanschauung* historicista al afirmar que no existe ninguna pausa en el desenvolvimiento del Derecho. El Derecho se halla implicado en el mismo movimiento y la misma evolución que todas las restantes tendencias del pueblo, evolución que se halla regida por una ley de necesidad interna. El Derecho —concluía Savigny— crece con el pueblo, se perfecciona con él, y, finalmente, muere cuando el pueblo pierde su peculiaridad ¹¹.

Savigny criticó también otro de los dogmas más caros al Iusnaturalismo de la Ilustración, el del universalismo de la naturaleza humana, idéntica a sí misma a través de los tiempos y lugares, así como el del universalismo de los grupos sociales, integrados en una aspiración radical de cosmopolitismo. En el plano político ya había sentenciado Joseph de Maistre: «La Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el *hombre*. Ahora bien; *el hombre* no existe en el mundo. Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu, *que se puede ser persa* : en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco» ¹².

Este motivo se repite como un *ritornello* en casi todas las construcciones historicistas. Afirmando la individualidad, idea arraigada profundamente en el espíritu romántico, los partidarios del Historicismismo jurídico señalan cómo en cada nación que posea su propia Historia, se verá cómo el Derecho reviste un carácter determinado y peculiar, lo mismo que el lenguaje, las costumbres y la constitución política del pueblo que lo produce. Estos fenómenos, a juicio de Savigny, no tienen una existencia separada, sino que se hallan inescindiblemente unidos a la naturaleza de un pueblo. Lo que los enlaza con el todo es la convicción común del pueblo, el sentimiento de su necesidad que excluye toda idea de un origen casual y arbitrario: «Was sie zu einen Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Ueberzeu-

¹¹ SAVIGNY, F.C. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1814) se cita por el vol. *Thibaut und Savigny*, ed. a cargo de J. Stern, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1959, p. 78.

¹² DE MAISTRE, J., *Condideraciones sobre Francia*, trad. cast. de C. GUTIÉRREZ DE GAMBRA, con Estudio preliminar de R. GAMBRA, Rialp, Madrid, 1955, p. 142.

gung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschliesst»¹³, eran sus palabras textuales.

Johann Jakob Bachofen, discípulo en Goetinga de Hugo y en Berlín de Savigny, fue quien extrajo las últimas consecuencias de esta crítica a la ontología jurídica del Iusnaturalismo ilustrado. «Un Derecho Natural —escribía— ... que se mueva fuera de la existencia de un pueblo, que se encuentre fuera de la Historia, que no tenga ningún contacto, ninguna relación con situaciones históricas, es algo para nosotros impensable ... un sedicente Derecho Natural, que pretenda duración eterna, perfección absoluta y dominio ilimitado, es para nosotros la especulación vacía de una cabeza ociosa, un fantasma que se desvanece entre las manos del que pretende apresarle»¹⁴.

5.2. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

La destrucción en el plano ontológico de la racionalidad, universalidad e inmutabilidad del Derecho, tenía que repercutir, necesariamente, en el método propugnado para su conocimiento. La nueva concepción de la realidad jurídica precisaba un aparato gnoseológico adecuado a sus postulados.

El Iusnaturalismo racionalista había cristalizado en un sistema abstracto y deductivo que indujo a los juristas a ver el Derecho como una unidad cerrada y completa, indiferente a los estímulos de la Historia. En la base de todos sus procedimientos metódicos se hallaba la creencia, firmemente sentida, de que la realidad del Derecho podía ser aprehendida exhaustivamente por medio de categorías lógicoformales.

En el terreno del método la aportación de Hugo puede considerarse fundamental para la nueva consideración empírico-histórica

¹³ SAVIGNY, F.C. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., p. 76.

¹⁴ BACHOFEN, J., *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, ed. cast., de F. GONZÁLEZ VICEN, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 51.

de la realidad jurídica, porque la visión del Derecho como Historia comportaba de forma necesaria el abandono de las teorías abstractas y racionalistas. Influida en gran medida por Montesquieu, Hume y Kant, así como por el jurista Pütter, niega la existencia de principios jurídicos *a priori*, independientes de la realidad histórica en la que todo Derecho halla su génesis y desenvolvimiento.

Especial interés reviste el estudio de la influencia de Immanuel Kant en la actitud metódica de Hugo. Dicha influencia se origina, como el propio Hugo reconocerá más tarde, con la lectura de una obra poco conocida de Kant, perteneciente a su etapa precrítica, se trata de la *Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral oder über die Evidenz in metaphysischen Wissenschaften* de 1763. En este trabajo el maestro de Königsberg contestando a la cuestión suscitada por la Königlische Akademie der Wissenschaften de Berlín, sobre si las verdades metafísicas y los primeros principios de la Teología natural y de la Moral, son susceptibles de demostración al igual que las verdades geométricas, proclamaba el método empírico en todas las ciencias no temáticas y por tanto también para la Ciencia del Derecho.

Hugo asume el legado kantiano en un doble sentido: de una parte, le sirve para rechazar la pretensión de proyectar los métodos matemáticos a las disciplinas no matemáticas, como había hecho el Iusnaturalismo racionalista; de otra, y a medida que va penetrando en el ulterior desarrollo de la Filosofía de Kant, deduce la necesidad de considerar los principios del Derecho Natural kantiano como formas cuyo contenido debe ser extraído de la experiencia histórica, sin la cual la forma del pensamiento carece de materia a la que aplicarse. Según la interpretación de la Filosofía kantiana mantenida por Hugo el jurista debe observar y analizar el Derecho vigente en todos sus principios y elementos; sólo a partir de esa actitud será posible llegar a los conceptos generales; conceptos que, a juicio de Hugo, son tan peligrosos como inútiles: no enseñan más de lo que ya se sabía antes de su construcción ¹⁵.

¹⁵ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, cit., p. 51.

El valor y significado de la postura no escapó a la atención de los filósofos. Así, Jakob Fries en su trabajo sobre *Reinhold, Fichte und Schelling* de 1803 llegó a juzgar la obra de Hugo más consecuentemente kantiana que la del propio Kant («kantisches als von Kant selbst»). En opinión de Fries, Hugo coincide con Kant en que la máxima fundamental del Derecho Natural es la de concebir toda Filosofía del Derecho como la forma de una legislación general y el principio crítico de cualquier legislación positiva. Ese formalismo excluye la posibilidad de deducir del imperativo categórico, en el que en última instancia reposa, determinaciones materiales; inconsecuencia en la que había incurrido Kant con su deducción de los axiomas de la libertad personal y de la igualdad jurídica, o su principio de la legislación penal, la ley del talión. Fries veía la mayor coherencia de la construcción de Hugo respecto a la de Kant, en el haber puesto de relieve la necesidad de las relaciones entre la forma racional y los datos de la experiencia sensible. Porque la reflexión crítica de los principios de toda legislación positiva, precisaba el análisis de cómo esos principios se realizan en la experiencia histórica positiva ¹⁶.

Importancia decisiva tuvo, en el plano metódico, la crítica del Iusnaturalismo dieciochesco que se desprende de la obra de Savigny. En su ya citada *Juristische Methodenlehre* señalaba, con claridad, cómo todo saber sobre cualquier realidad dada objetivamente es un saber histórico, por tanto, el entero carácter de la Ciencia de la legislación es histórico: «Alles Wissen von einem objektiv Gegebenen nennt man historisches Wissen, folglich muss der ganze Charakter der Gesetzgebungswissenschaft historisch sein» ¹⁷.

Entendido el Derecho como una realidad histórica surge la necesidad de abordarlo históricamente, con lo que, a la postre, el estudio del Derecho se convierte en estudio de la Historia del Derecho. El método de investigación del Derecho empleado con anterioridad le parece a Savigny inútil, al cristalizar en la trasmisión de unos juristas a otros de una masa muerta que en nada contribuye al progreso de la Ciencia jurídica. Al margen de la Historia y de la experiencia es

¹⁶ FRIES, J., *Reinhold, Fichte und Schelling*, Reinicke, Leipzig, 1803, pp. 319 ss.

¹⁷ SAVIGNY, F.C. von, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 14.

imposible, según se desprende de sus premisas, arribar a un correcto entendimiento del Derecho ¹⁸.

El enfoque metódico iusnaturalista de la realidad jurídica aparece ante sus ojos como algo ocioso y carente de sentido. La opinión generalizada según la cual el estudio del Derecho Natural debería preceder al del positivo como conocimiento preliminar, se le antoja equivocada, pues entiende que supone una degradación para una ciencia filosófica el considerarla como mero conocimiento preliminar de una ciencia histórica. Pero incluso como conocimiento previo, opina que la Filosofía no es necesaria al jurista. En tiempos en que ninguna Filosofía era estudiada, concluye Savigny, o cuando era estudiada de tal forma que luego no se consideraría filosófica, la jurisprudencia pudo gozar de una situación floreciente ¹⁹.

Bachofen se encargará de extraer, como tantas veces, las últimas consecuencias de la argumentación de Savigny, al señalar dos posturas metódicas fundamentales en el estudio de las ciencias. La primera se considera a sí misma como fuente única de todo conocimiento, y apela en todas sus creaciones a la propia razón como juez supremo y única autoridad; sus defensores crean un sistema propio que ellos sacan a la luz y desarrollan. La segunda, con menor arrogancia, no adora ningún ídolo de su propia invención, ni convierte a su razón en divinidad, sino que se sirve de ella para el conocimiento de lo que ha creado la razón de toda la humanidad y el esfuerzo unitario de todos los siglos. Estas dos posturas se manifiestan, a juicio de Bachofen, con singular intensidad en el ámbito de la Ciencia del Derecho. «En ella encontramos, de un lado, aquellos ideales que, como fantasías de grandes mentalidades, dejan siempre en pos de sí una estela brillante de errores que llenan de asombro al espíritu. Frente a estos ideales que flotan sobre el escenario de la realidad, vemos situaciones constituidas históricamente, tal como las despliega ante nuestros ojos el drama del acontecer universal. En torno a aquellos ideales se agrupan los defensores de un sedicente Derecho Natural. En pro del mantenimiento de las situaciones jurídicas constituidas históricamente se alzan, en cambio, los juristas positivos, los empíricos del Derecho» ²⁰.

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 47 ss.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 50.

²⁰ BACHOFEN, J., cit., pp. 38-39.

5.3. LA HISTORICIDAD DE LOS VALORES JURÍDICOS

La crítica historicista al Derecho Natural de la Ilustración no se detiene en el plano ontológico y metódico, sino que, necesariamente, incide también en el plano ético.

El Iusnaturalismo iluminista representaba no tan sólo una concepción racionalista del Derecho, sino también de la Moral, fundada en la creencia de que existen valores éticos absolutos válidos para todos los tiempos y lugares que se presentan con rasgos de evidencia para el intelecto humano. Esto conducía a una visión subjetivista del Derecho Natural, en la que éste venía entendiéndose como Derecho subjetivo innato; el Iusnaturalismo de aquel período se presentaba más como teoría de los Derechos naturales que como teoría de la Ley natural.

En el plano jurídico la actitud racionalista se había traducido en una supeditación de la costumbre a la ley, entendida como expresión racional del valor de la justicia, frente a la desconfianza suscitada por las tradiciones y usos, en los que el Iluminismo había visto meras prácticas supersticiosas repetidas mecánicamente por la fuerza de la inercia. Es bien significativa al respecto la actitud de Maximilien Robespierre que se refleja en su *Discours sur les principes de la morale politique* de 1794: «Nous voulons substituer ... les principes aux usages ... l'empire de la raison á la tyrannie de la mode».

La réplica del Historicismo en este punto es bien conocida, y representa, aquí también, una inversión total de los planteamientos racionalistas. La costumbre es revalorizada en perjuicio de la ley como expresión jurídica del *Volksgeist*, surgida tras un largo proceso de maduración al abrigo de las tradiciones de la sociedad. La costumbre, en la concepción doctrinal de la Escuela Histórica, no es sólo el modo de expresión de una realidad jurídica, sino que constituye un dato inmediato de la conciencia colectiva del Derecho, cuya fuerza no procede de ninguna autoridad sino que es expresión genuina del *Volksgeist*.

Si en el plano jurídico la crítica a los postulados iluministas se había concretado en esa rehabilitación de la costumbre, en el moral la actitud historicista conducirá a una negación de la existencia de principios éticos intemporales, accesibles a la razón y fuente de toda

legislación positiva. En oposición abierta a este planteamiento Savigny aludirá al sentido histórico como única protección contra la idea ilusoria, que se repite en algunos hombres, pueblos y épocas, y que consiste en considerar como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros. Así, en otro tiempo, se construyó un Derecho Natural derivado de las instituciones con la eliminación de algunas peculiaridades, y se le consideró como el producto inmediato de la razón. Mientras no se tenga consciencia de la conexión de cada uno con su Historia, se corre el peligro de ver las propias ideas bajo una falsa luz de generalidad y naturalidad. Sólo el sentido histórico puede protegernos contra esto, aunque resulte difícil dirigirlo contra nosotros mismos: «Dagegen schützt nur des geschichtliche Sinn, welchen gegen uns selbst zu kehren gerade die schmerste Unwendung ist»²¹.

La negación de los valores universales va unida a una concepción pesimista y determinista de la Historia, la cual no es, ya, como lo fue para el Iluminismo, el libre desenvolvimiento del espíritu humano en su camino de transformación del mundo hacia el progreso, sino que aparece como un drama fatal determinado por fuerzas irracionales superiores a la voluntad humana.

La actitud pesimista frente a la Historia se había reflejado con claridad en el pensamiento del prerromántico inglés Edmund Burke quien en sus *Reflections on the Revolution in France* de 1790, escribía: «La Historia, en efecto, está compuesta, en su mayor parte, del relato de las desgracias atraídas sobre el mundo por el orgullo, la ambición, la avaricia, la venganza, las pasiones, las sediciones, la hipocresía, el celo desordenado y el conjunto de los apetitos desatados que sacuden la sociedad ... »²².

La Historia aparece, a la vez, como se ha dicho, envuelta en una atmósfera de fatalismo en la que el individuo cree poseer libertad, cuando de hecho se encuentra inexorablemente abocado a fines pre-

²¹ SAVIGNY, F.C. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., p. 139.

²² BURKE, E., *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, (1790) se cita por la ed. cast. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 336-337.

determinados. Es inútil rebelarse contra el fatum de las leyes del devenir histórico.

Hugo no participó de esta concepción de la Historia porque, como se ha intentado poner de relieve, su actitud historicista es más metódica que doctrinal. Sin embargo, en Savigny la vemos reflejada con toda nitidez cuando afirma con respecto al Derecho y a los restantes caracteres peculiares del pueblo como el lenguaje, la costumbre y la constitución política, que son fenómenos que no poseen existencia consciente y voluntaria, sino formas necesarias que se transmiten inconscientemente de generación en generación.

La Historia se convierte así en un valor supremo, en la última fuente de valoración de las instituciones sociales, las cuales encuentran en ella un criterio inmanente, su propia existencia y mantenimiento, como exclusivo título de justificación. Se trata del concepto de prescripción histórica (*prescription*) empleado en tantas ocasiones por Burke para significar la sanción jurídico-política del tiempo hacia aquellas instituciones que por el hecho de su pervivencia se hacen dignas de respeto. Idea que a floraba en Bachofen cuando mantenía que en la Historia se encuentra un fundamento mucho más sólido de las instituciones humanas, «que la que puede dar la inteligencia individual, aun la más perfecta, a los sistemas que ella misma se fabrica»²³.

6. PERVIVENCIA DE ELEMENTOS IUSNATURALISTAS EN EL PENSAMIENTO DE LA ESCUELA HISTÓRICA

Con lo expuesto hasta aquí sería fácil concluir que la Escuela Histórica supuso una crítica implacable del Derecho Natural, que llegó a ser calificado por Hugo, en expresión que luego haría fortuna, Derecho muerto (*Todschlagsrecht*)²⁴. Sin embargo, esta impresión no sería del todo acertada, es más, se hallaría en abierta oposición con numerosas interpretaciones que han visto en la Escuela Histórica una forma de Derecho Natural o una pervivencia del

²³ BACHOFEN, J., *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, cit., p. 48.

²⁴ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, cit., p. 21.

pensamiento iusnaturalista. Esta era la crítica que Karl Bergbohm, desde una perspectiva iuspositivista radical, dirigía a Savigny y Puchta, quienes, a su entender, habrían reivindicado el Derecho Natural después de haber pretendido eliminarlo del orden jurídico ²⁵.

La Escuela Histórica ha podido así ser calificada por Heinrich Mitteis de *Pseudomorphosys des Naturrechts* ²⁶, por Franz Wieacker de *Kriptonaturrechts* ²⁷, y por Alf Ross de *Natural Law in disguise* ²⁸. Lo cierto es que se ha observado cómo «cuanto más dilatada aparece a una consideración externa la contraposición entre la Escuela Histórica y la teoría iusnaturalista, tanto más reducida se halla en su interioridad; y cuanto más detenida tal consideración, tanto más amplia se patentiza la oposición entre la Escuela Histórica y el positivismo» ²⁹.

Conviene ahora pormenorizar el alcance de esta aproximación sumaria a esa aparente contradicción doctrinal de la Escuela. Para ello es preciso advertir, desde el principio, que los ataques de la Escuela Histórica no se dirigían contra el Iusnaturalismo en la totalidad de su tradición doctrinal, sino que tenían como objetivo inmediato el Derecho Natural producto de la especulación iluminista. Los principales exponentes del Historicismo jurídico, por su formación e inquietudes, tienen muy pocas veces en cuenta otras versiones históricas de la doctrina iusnaturalista. Tan sólo a través de sus estudios del Derecho romano advierten la existencia de concepciones del Derecho Natural distintas de la que en su tiempo prevalece, pero, en todo caso, su conocimiento de la tradición iusnaturalista es fragmentaria, y en lo que respecta a su filón aristotélico-tomista prácticamente nulo. Esto no es obstáculo para que en su pensamiento no

²⁵ BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cito de la rep. anastática sobre la ed. de Leipzig de 1892, de Detlev Auvermann, Glashtten im Taunus, 1973, pp.481 ss.y 521 ss.

²⁶ MITTEIS, H., *Über das Naturrecht*, Deutsche Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1948. p. 27.

²⁷ WIEACKER, F., «Friedrich Carl von Savigny», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, 1955 vol. 72, pp. 22 ss.

²⁸ ROSS, A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, pp. 274-275.

²⁹ HURTADO BAUTISTA, M., «Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny», en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1958-59, D.55.

existan puntos que permitan predicar de la Escuela Histórica una cierta forma de iusnaturalismo, o, mejor, una sensibilidad hacia la problemática iusnaturalista.

a) En el plano **ontológico** la crítica al Derecho Natural como Derecho racional condujo a los representantes del Historicismo jurídico a una comprensión del Derecho en sus caracteres individuales, empíricos y pragmáticos. La Escuela desarrolló, al avanzar por esta dirección, una tendencia que ya se podía advertir en algunas construcciones del Iusnaturalismo alemán tardío como ha puesto de relieve Hans Thieme³⁰. La Escuela Histórica sustituye, de este modo, la noción de *Naturrecht* por la de *Natur der Sache* o *Natur der Dinge*. Este recurso a la idea de naturaleza de la cosa supone el tránsito del método abstracto al inductivo, o, si se quiere, un viraje desde la deducción a la empirie. Ernst Landsberg llegó a considerarla el término de mediación entre las doctrinas abstractas del racionalismo jurídico del XVIII y las nuevas elaboraciones del XIX. «Die Natur der Sache —escribía a finales del pasado siglo— ist das Mittelglied, welches von dem abstrakten Vernunftrecht des achtzehnten Jahrhunderts zu den Konstruktionen unseres Jahrhunderts hinüberführt»³¹.

El Derecho Natural ya no es visto como un ordenamiento universal e inmutable de las relaciones sociales, sino como un conjunto de reglas particulares, extraídas de la observación de cada realidad histórica. A partir de estas premisas define Savigny la «naturaleza de la cosa» como el ámbito de libertad, mediante instituciones jurídicas, con todo lo que deriva de la naturaleza y destino de esas instituciones para las consecuencias prácticas: «Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute, mit allem, was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Konsequenz hervorgeht»³². La naturaleza de la cosa aparece así para Savigny como una fórmula para determinar la «naturaleza» de todas las instituciones que se ofrecen en cualquier sistema jurídico, en base a su propia estructura

³⁰ THIEME, H., *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 2ª ed., 1954, pp. 43 ss.

³¹ LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Oldenbourg, München und Leipzig, 1898, vol. I, Text, 452

³² SAVIGNY, F.C. v., *System des heutigen römischen Rechts* (1840), se cita por la ed. facsímil de Scientia, Aalen, 1981, vol. I, p. 41.

empírica y práctica, y en cuanto constituyen el entorno de la vida humana hallándose dirigidas a garantizar su libertad.

b) En el plano **metódico** tampoco la ruptura con el Derecho Natural puede considerarse total. Desde el punto de vista del método de la Ciencia jurídica, la Escuela Histórica, bajo su, en apariencia, irreductible contraposición a toda la actitud metódica del Iusnaturalismo iluminista, heredaba y aun desarrollaba algunos de sus procedimientos formales. En última instancia, se advierte cómo las construcciones de la Escuela Histórica desembocan en algo que con tanta determinación habían pretendido combatir: la edificación de sistemas de conceptos abstractos.

La idea de sistema se halla presente en el pensamiento de Hugo hasta el punto de que Fritz von Hippel pudo referirse, con razón, a un *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan* ³³. En Savigny el sistema viene definido en su *System des heutigen römischen Rechts* como la íntima conexión que conduce a todas las instituciones y reglas jurídicas a una unidad fundamental ³⁴. Con Puchta la noción de sistema se sitúa en el centro de la actividad jurídica. En su *Cursus der Institutionen* afirmará Puchta que es tarea de la ciencia el estudiar las proposiciones jurídicas en su conexión sistemática, condicionándose recíprocamente y derivando una de otra, para buscar la genealogía de cada una de ellas hasta su principio y descender luego desde los principios a sus ramificaciones ³⁵.

La influencia metódica iusnaturalista siguió vigente en los procedimientos de la Ciencia jurídica, recibiendo, paradójicamente, un renovado impulso en las obras de los exponentes de la Escuela Histórica.

c) Por último, en el plano **deontológico** sería incurrir en parcialidad el soslayar el esfuerzo de los principales representantes del

³³ HIPPEL, F. von, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1931.

³⁴ SAVIGNY, F.C. v. , *System des heutigen römischen Rechts*, cit., vol. I, p. 214.

³⁵ PUCHTA, G.F., *Cursus der Institutionen*, (1841), se cita por la 9ª ed., Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1881, vol. I, p. 21 y vol. II, pp. 271 ss.

Historicismo jurídico para situar en la cúspide del sistema unos determinados valores, que para estos juristas se concretan en los principios de la ética cristiana.

Así Gustav Hugo llegó a postular la necesaria apelación al sentimiento natural y la conciencia moral como supremos criterios de la bondad y valor de los principios jurídicos³⁶. Savigny, por su parte, reconocía junto al fin particular que cada pueblo debe perseguir en la Historia, un fin universal que, en su pensamiento, venía entendido como el destino ético de la naturaleza del hombre tal como es prescrito por la moral cristiana³⁷.

Tampoco Puchta y Stahl fueron ajenos a estas inquietudes. El primero al señalar que la libertad humana que constituye la esencia del Derecho, y de la que éste surge, no puede entenderse sino en relación con la libertad infinita y la omnipotencia de Dios. A juicio de Puchta el Derecho se manifiesta en la conciencia humana en parte por la vía sobrenatural de la revelación, y en parte por la vía natural de un sentimiento e impulso innato³⁸. A su vez, Friedrich Julius Stahl intentó conciliar los dogmas historicistas con un rígido espiritualismo religioso de corte luterano. El Derecho es entendido por Stahl, fiel a esas premisas, como relación entre el orden ético de la subjetividad que se realiza en el individuo, y el orden ético objetivo que se realiza en el pueblo, unificados ambos en el orden eterno establecido por Dios³⁹.

7. LO VIVO Y LO MUERTO EN LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Se han expuesto hasta aquí, en la abierta tensión de sus polaridades, las contradicciones que agitan el pensamiento del Historicismo

³⁶ HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, cit., pp. 141 ss.

³⁷ SAVIGNY, F.C. v., *System des heutigen römischen Rechts*, cit., vol. I, p.52 ss.

³⁸ PUCHTA, G.F., *Cursus der Institutionen*, cit., vol I, pp. 16 ss.

³⁹ STAHL, F. J., *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Mohr, Heidelberg, 3ª ed., 1854, vol.II, pp. 191 ss.

jurídico sobre el Derecho Natural y algunas de las tesis nucleares que compendian su concepción de la Ciencia jurídica. Tales polaridades y contradicciones han engendrado una auténtica biblioteca de polémicas en las que abundan lo mismo las loas encendidas que las descalificaciones radicales de la Escuela Histórica del Derecho. Es ahora necesario llevar a cabo un justiprecio de conjunto sobre la significación de la actitud de aquellos autores, sin descuidar la referencia de algunas posiciones críticas relevantes. Los tres criterios que sirvieron para la exposición del alcance de la crítica y pervivencia de la teoría iusnaturalista en la Escuela Histórica, nos servirán ahora de punto de referencia para esbozar un balance crítico.

a) En la esfera **ontológica** se ha llegado a considerar a la Escuela Histórica, y en concreto a su máximo exponente Savigny, como el mayor monumento de la Ciencia jurídica contemporánea. Según esa opinión, la sombra tutelar de Savigny se proyecta en toda la Teoría del Derecho que le ha proseguido, hasta el punto que las concepciones actuales sobre las fuentes del derecho, la sistematicidad del orden jurídico o la interpretación, así como los conceptos de persona jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, obligaciones y contratos..., serían inimaginables tal como hoy los concebimos de no mediar la impronta doctrinal de Savigny⁴⁰.

Pero estos juicios laudatorios se ven contrapuntados por valoraciones abiertamente hostiles al legado teórico-jurídico de la Escuela Histórica. Desde estas premisas se responsabiliza al Historicismo jurídico de haber contaminado el estudio teórico del derecho con una serie de categorías tan ideales, arbitrarias y abstractas como aquellas de la Ilustración que sedicentemente los historicistas pretendían combatir. Así se recuerda, por ejemplo, que la noción de *Volkgeist*, la fuente originaria y básica del Derecho según las tesis de la Escuela Histórica, carece de toda referencia sociológica al conjunto de individuos concretos, de personas de carne y hueso que conforman el pueblo. Lejos de suponer una fundamentación democrática de las normas jurídicas, el *Volkgeist* no es más que la hipóstasis del conjunto de creencias e intereses de los juristas eruditos del

⁴⁰ Cfr.: COING, H., «Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1978-1979, vol. 18-19, pp. 83 ss.; Wieacker, F., *Friedrich Carl von Savigny*, cit., pp. 1 ss.

Derecho ⁴¹. El *Volksgeist* es a lo sumo un recurso poético-literario carente de toda referencia empírica ⁴². Si Goethe había proclamado que «el espíritu de la época, es el espíritu de las grandes personalidades de una época» para los de la Escuela Histórica «el espíritu del pueblo será el espíritu de los grandes juristas de cada pueblo».

Esos presupuestos inciden de lleno en la teoría de las fuentes. En Savigny y los demás exponentes de la Escuela Histórica la costumbre aparece como expresión del *Volksgeist*, pero ese «espíritu popular» no posee una base empírica, sino que es una hipótesis encaminada a legitimar en base a la tradición el orden jurídico existente. Desde esa tesis conservadora, la invocación de la costumbre no responde a un propósito democrático: fundamentar la creación del Derecho en la soberanía popular. La costumbre, para Savigny, no es una manifestación experiencial del Derecho vivo, en cuanto producido y/o practicado por sus propios destinatarios, y de la irrenunciable potestad normativa popular, sino el cauce jurídico para legitimar la pervivencia de privilegios políticos tradicionales.

Todo ello cuestiona las pretensiones de la Escuela Histórica tendentes a construir una Ciencia del Derecho apolítica. Resulta manifiestamente paradójico que Savigny, que dedicó toda su vida a hacer «política del Derecho» (toda su polémica sobre la codificación representa un empeño por poner las concepciones jurídicas al servicio de la obtención de fines políticos, sin que puedan olvidarse tampoco los importantes cargos que le correspondió desempeñar en el Estado prusiano, en el que fue —máxima paradoja para un decidido espíritu antilegislativo— Ministro de Legislación) fuera un decidido propugrador de la separación tajante entre Derecho y Política. Esa actitud fue directamente responsable de «ocultar a la mirada de los juristas, durante todo un siglo, el contenido político de las normas jurídicas y

⁴¹ STRAUCH, D., *Recht, Gesetz und Staat bei F.C. von Savigny*, Bouvier, Bonn, 1960, pp. 127 ss. Sobre el concepto de «pueblo» en SAVIGNY, son de gran interés las observaciones críticas de F. J. Contreras Peláez, en su trabajo en curso de publicación, cuyo original debo a la deferencia del Autor, *Los orígenes del historicismo en la filosofía general y en la teoría del Derecho: Herder, Savigny*.

⁴² WOLF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Mohr, Tübingen, 4ª ed., 1963, p. 492.

con ello hacer de los juristas una clase profesional aparentemente apolítica»⁴³.

En función de esa actitud se ha llegado, desde posiciones marxistas, a considerar a Savigny como un ideólogo del Derecho más que como un teórico o científico. Además se le censura el haber sido ideólogo de causas jurídica y políticamente innobles. Sus construcciones doctrinarias se contemplan, desde esa perspectiva, como meros alegatos ideológicos justificatorios de los intereses de los *Junkers*, los grandes propietarios terratenientes, deseosos de preservar sus privilegios consuetudinarios frente al Derecho codificado expresión de la voluntad general y garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Savigny sería, en definitiva, el gran legitimador de la unión inescindible entre el Altar y el Trono, en la línea del más absoluto reaccionarismo político⁴⁴.

Es probable que este tipo de descalificaciones tajantes pague tributo al exceso. No obstante, incluso desde valoraciones modélicas por su ecuanimidad y su riqueza de matices, como la debida a Erik Wolf, no falta el reconocimiento de que en las posiciones de Savigny, junto a elaboraciones de incuestionable mérito técnico y científico subyacen determinados motivos políticos. En concreto alude a un espíritu de «afinidad estamental» que le llevaría, consciente o inconscientemente, a temer por la abolición de los viejos privilegios, que la codificación inevitablemente podría implicar⁴⁵.

La Escuela Histórica propició, a la postre, un modelo de Teoría del Derecho, cuya científicidad se cifraba en su desvinculación de

⁴³ HATTENHAUER, H., *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán*, trad. cast. de M. IZQUIERDO, Edersa, Madrid, 1981, p. 130.

⁴⁴ KLENNER, H., «Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1978-1979, vol. 18-19, p. 146. vid. sobre la crítica a Savigny desde una perspectiva marxista: JAEGER, H., «Savigny et Marx», en *Archives de Philosophie du Droit*, 1967, pp. 65 ss.; Paul, W., «Marx versus Savigny», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1978-1979, vol. 18-19, pp. 243 ss.

⁴⁵ WOLF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, cit., p. 505; vid. también Böckenförde, E.W., *Die Historische Schule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, en su vol. *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1976, pp. 18 ss.

cualquier tipo de presupuestos económicos, sociales, políticos o éticos. Es responsable por tanto, de una tendencia hacia el «aislacionismo» del Derecho, que tendrá su máxima expresión en la Teoría «pura» del Derecho de Kelsen. De nuevo la paradoja hace responsable a la Escuela Histórica del Derecho de una ciencia del Derecho históricamente «descontextualizada».

b) En el plano **metodológico** es mérito incuestionable de la Escuela Histórica el haber reivindicado enfáticamente la dimensión histórica del Derecho y, consiguientemente, la necesidad de interpretarlo en función de sus presupuestos temporales. Desde su monografía juvenil dedicada a la Metodología jurídica, Savigny tuvo el acierto de formular los métodos básicos de la interpretación jurídica. Si bien, en esa primera exposición alude a tres posturas metódicas: la filológica o gramatical; la histórica y la sistemático-filosófica ⁴⁶. Luego, en su gran obra sistemática de madurez, esta última será desglosada en dos métodos: el lógico y el sistemático ⁴⁷. Tuvo además el acierto de no considerar esos métodos como compartimentos estancos, o como instancias excluyentes, sino como instrumentos hermenéuticos complementarios. No se trataba de cuatro métodos de los que se debiera optar por uno, sino de cuatro posturas metódicas que debían operar conjuntamente en la interpretación de cada norma.

A partir de entonces ese paradigma de interpretación jurídica halló eco en una serie ininterrumpida de elaboraciones doctrinales y textos normativos. Nuestro art. 3.1 del vigente Código Civil prueba esa continuidad del modelo hermenéutico auspiciado por Savigny. No obstante, y una vez más se debe subrayar la paradoja de que fuera los «germanistas» y no los «historicistas» quienes realizaran auténticas investigaciones históricas del Derecho consuetudinario germano. Por contra, la principal aportación de Savigny y Puchta al desarrollo de la Metodología jurídica se halla representada por su decisivo impulso de la actitud formalista, centrada en la elaboración conceptual («genealogía de conceptos») lógico-sistemática de unas normas que no eran germanas, sino extranjeras (el Derecho Romano) y que no eran históricas, sino vigentes en la Alemania de enton-

⁴⁶ SAVIGNY, F.C. von, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 17.

⁴⁷ SAVIGNY, F.C. v., *System des heutigen römischen Rechts*, cit., vol. I, pp. 212 ss.

ces. De esa actitud metódica surgieron la «pandectística», la Dogmática jurídica y la Jurisprudencia de conceptos, direcciones todas ellas de claro sesgo formalista, positivista y anti-histórico.

c) En lo que respecta al plano **deontológico** o **axiológico** la Escuela Histórica supuso una quiebra de la posibilidad de un orden de valores jurídicos operativos, concreción de la justicia y pauta inspiradora y crítica del Derecho. En concreto se reprochó a la Escuela Histórica su radical actitud determinista. François Géný en su célebre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, censuraba, con razón, a la Escuela Histórica y, en especial, a Savigny el haber olvidado «de parti pris et sous l'empire d'une sorte de déterminisme exclusif, la part incontestable de l'activité consciente et réfléchie de l'homme dans la formation du droit»⁴⁸. La Escuela Histórica soslaya, en efecto, la reflexión racional tendente a la crítica y a la reforma prospectiva del Derecho existente. La Escuela Histórica se revelaba así incapaz, en su valoración del Derecho, de preguntarse si el Derecho existente debe ser Derecho; pregunta que no se satisface ni queda contestada por el dato empírico de la mera existencia o antigüedad del Derecho.

Con razón Marx reprocha a la Escuela Histórica esa actitud determinista, que implica una legitimación absoluta de lo existente: «Una Escuela que legitima la ignominia de hoy con la ignominia de ayer, una Escuela que condena como rebelde el grito del siervo contra el látigo, si éste es un látigo antiguo, hereditario, histórico... tal Escuela, la Escuela Histórica del Derecho habría inventado la historia alemana, si ella misma no fuera una invención de la historia alemana»⁴⁹.

La axiología iusnaturalista establece entre sus postulados, la necesidad de que la reflexión jurídica no quede relegada al estudio del Derecho existente, sino que exige que tal consideración se complete con la referencia a lo que «debe ser». Es evidente, por tanto, que la Escuela Histórica del Derecho, al excluir la crítica de las instituciones existentes y cerrar el paso a cualquier innovación jurídica,

⁴⁸ GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris, 2ª ed. 1954, vol. I, p. 229.

⁴⁹ MARX, K., *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung* (1844), en MEW, vol. 1, p. 380.

no pudo satisfacer nunca las exigencias que comporta la aceptación de la postura axiológica iusnaturalista.

Es cierto que la Escuela Histórica no deja de hacer referencia, como se ha tenido ocasión de indicar *supra*, a un determinado fundamento axiológico del Derecho, que estos autores identifican con la ética cristina. Pero se trata de una invocación retórica carente de cualquier relevancia práctica como instancia crítica de las normas e instituciones; se trata sólo de una invocación dirigida a legitimar el orden jurídico-político existente. Esta falta de consistencia de la vinculación del Derecho al orden axiológico en la Escuela Histórica fue también evidenciada por Joseph Charmont en su libro sobre *La renaissance du droit naturel* al señalar cómo la fundamentación del Derecho en la moral cristiana proclamada por Savigny obedece más a la expresión de un sentimiento íntimo que a la consecuencia de su doctrina. «En réalité —afirma Charmont— cette doctrine ne donne aucune solution á la question de la détermination du fondement du droit» ⁵⁰.

Esa actitud complaciente de la Escuela Histórica respecto al orden institucional establecido provocó la irritación de los sectores culturales más progresistas de la época. Así, junto a las duras críticas de Marx, se pueden añadir los célebres y no menos duros versos de Heinrich Heine quien en su obra *Deutschland* (Alemania) de 1844, exhorta a precaverse de los gendarmes, de la policía y de la entera Escuela Histórica:

«... hüt dich vor Gendarmen und Polizei,
vor de ganzen historischen Schule »

Una valoración actual y de conjunto de la Escuela Histórica no podría sustentar descalificaciones que reputaran a sus autores «gendarmes del pensamiento jurídico». Pero tampoco sería correcto considerar que el mandato hermeneútico-histórico que dimana del art. 3.1 de nuestro vigente Código Civil puede ser plenamente satisfecho desde los presupuestos doctrinales de la Escuela Histórica. En las reflexiones que antecede he intentado poner de relieve las distintas

⁵⁰ CHARMONT, J., *La renaissance du droit naturel*, Duchemin, París, 2ª ed. 1927, pp. 82/83.

tesis y enfoques *de y sobre* la Escuela Histórica; sus aportaciones y sus límites. Al concluir ahora este análisis no me parece ocioso recordar que la Historia de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho registra numerosos episodios paradójicos, en los que la voluntad de autores y escuelas se ha visto contrariada por un conjunto de avatares e interpretaciones posteriores de signo inverso. Algo de ello se puede predicar respecto al legado de la Escuela Histórica, (la paradoja que parece haber sido el sino de la vida y obra de Savigny no podía dejar de extenderse a sus proyecciones) que pretendió elaborar una doctrina jurídica plena de sentido histórico, sin que sus presupuestos teóricos, metodológicos y axiológicos se hayan mostrado adecuados para el logro de ese objetivo. En cambio, la más viva herencia de la Escuela Histórica se ha revelado como aquello que no ocupó un lugar preferente en sus polémicas y que, en cierto modo, es la cara opuesta de la Historia: el sistema; es decir, su contribución al desarrollo del formalismo jurídico y a la consiguiente elaboración conceptual y lógica de las normas.