

## LA METODOLOGIA JURIDICA DE SAVIGNY

*B. Mantilla Pineda*

Profesor Titular de Sociología y Filosofía  
del Derecho en la U. de A.  
Medellín, Colombia, Apartado Aéreo 2710.

## SUMARIO :

- I. Supuestos filosóficos de la Escuela histórica del Derecho.- 1.- El Jusnaturalismo.  
2.- El Idealismo alemán.- 3.- La Escuela histórica del derecho y el Idealismo alemán.
- II. Principios y conceptos fundamentales de la Escuela histórica del derecho.
- III. La metodología jurídica de Savigny.

No deja de ser una osadía o atrevimiento de mi parte abordar el tema presente sin los instrumentos bibliográficos que desearía tener a mi alcance para la investigación y consulta de todos los tópicos y cuestiones que suscita el complejo y dilatado pensamiento jurídico de Savigny. La bibliografía de Savigny que poseo, conozco y puedo manejar es incompleta. Se reduce a dos de sus obras fundamentales, a saber: *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* y el *Sistema actual de derecho romano*. La bibliografía sobre Savigny es también muy incompleta. Se reduce a exposiciones de conjunto y a referencias parciales que se encuentran dispersas acá y allá en diversas obras que indicaré en su debido tiempo y lugar. En este trance, empero, espero que la calidad de las obras consultadas compense la cantidad de las mismas.

Además del instrumental bibliográfico conspira en mi contra el factor tiempo, porque el pensamiento jurídico de Savigny sólo puede ser captado y dominado en detalle y en su totalidad después de repetidas y continuas exploraciones a través de una larga experiencia. Necesariamente mi exposición tiene que ser la de un aficionado entusiasta de la cultura jurídica y no la de un especialista dedicado con paciencia benedictina a la investigación exhaustiva y profunda de su tema. Al menos esto es lo que pienso al comparar mi proyecto con las exposiciones maduras y de fondo de G. Wesenberg, Erik Wolf y Karl Larenz.<sup>1</sup>

El objetivo principal que persigo a través del desarrollo de este ensayo es el de señalar y destacar la permanencia y vigencia de la contribución de Savigny a las ciencias jurídicas tan menesterosas en el siglo XIX y aún en el nuestro de rigor metódico.

### I. SUPUESTOS FILOSOFICOS DE LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO.

El origen, desarrollo y culminación de la Escuela histórica del derecho encajan casi por completo en la fase final de ese fecundo y

maravilloso movimiento cultural de la historia de Alemania que se llama *Idealismo* y que de acuerdo con el concepto de algunos historiadores de la filosofía se inició con Leibniz (1646-1716) y terminó con Hegel (1770-1831). El idealismo alemán es a la vez efecto y causa de una serie de fenómenos sociales, políticos, religiosos, artísticos, científicos y filosóficos. En él se cruzan e imbrincan órdenes sociales, modos de vida, estilos artísticos, formas de pensamiento y concepciones del mundo de diversa índole, en un proceso pleno de tensiones, posiciones antagónicas, conflictos y amalgamas ordinariamente paradójales y dialécticas.

Las relaciones y correlaciones entre el Idealismo y una serie de otros fenómenos sociales y culturales, no sólo se presentan dentro del ámbito de Alemania sino también dentro del escenario más amplio de la Europa occidental, donde encontraremos a Inglaterra y Francia en plena efervescencia e innovación y en estado y situación de mayor desarrollo económico y político. En contraste con el panorama de desolación que ofrecía Alemania al término de la guerra de treinta años, Inglaterra surgía como la abanderada de la primera revolución industrial y del comercio internacional. Y en contraste también con las condiciones sociales y políticas semi-feudales de Alemania, Francia daba un vuelco a su forma de gobierno monárquica, mediante un acto revolucionario de repercusión universal, en el gobierno republicano, aunque el ensayo le sumiera en la dictadura. En el criticismo de Kant mismo confluían el empirismo inglés y el racionalismo continental, como si fuesen tesis y antítesis grávidas y tensas de superación. Al mismo tiempo que se considera, según el atinado juicio de Treinschke, a la Revolución francesa como el último acto del protestantismo, el idealismo alemán no es otra cosa que la tematización filosófica de la Revolución francesa. La Revolución a su vez incubará la Contrarrevolución, así como la Reforma produjo la Contrarreforma. Ambas son actitudes y posiciones del hombre frente al tiempo, confeccionando con mil hilos la tela de la Historia. Y el Derecho es obviamente uno de esos hilos, sea cual fuere la manera como se le conciba.

En concepto de Karl Larenz, tratadista de derecho civil y metodología jurídica, el pensamiento sistemático en la ciencia del derecho de Alemania en el siglo XIX era una herencia de la teoría del derecho natural y a la vez tenía sus fundamentos en la filosofía del idealismo.<sup>2</sup> Ahora que se habla de investigación interdisciplinaria se hace más urgente la cooperación recíproca entre todas las disciplinas que se ocupan del derecho, ya sea desde el ángulo de la ciencia o el

de la filosofía. Si es cierto que, por una parte, las ciencias jurídicas han alcanzado plena autonomía respecto de disciplinas especulativas tales como la teología y la ética, no lo es menos que, por otra parte, el derecho, como categoría esencial de la convivencia humana, nunca dejará de ser objeto de consideración filosófica. Me parece muy oportuno recordar aquí el libro de Huntington Cairns titulado *Legal philosophy from Plato to Hegel* que comienza con el capítulo *Philosophy as Jurisprudence* y termina con el capítulo *Jurisprudence as Philosophy*.<sup>3</sup> Como poquísimos libros de su género, el libro de Cairns demuestra de manera convincente la relación estrecha e indisoluble que existe entre la filosofía y derecho.

A continuación trataré de demostrar cómo la *Ciencia del derecho* fundada por Savigny se relaciona por un lado con la teoría del derecho natural que le precedió y por otro con la filosofía del idealismo en cuya atmósfera nació y prosperó.

## 1. EL JUSNATURALISMO.

La teoría del derecho natural, lo mismo que las ciencias de la naturaleza, proceden de la gran renovación espiritual que se produjo en Europa durante el siglo XVII,<sup>4</sup> siglo al cual ha llamado con acierto A. N. Whitehead *el siglo del genio*.<sup>5</sup> Ambas manifestaciones se fundamentaron entonces sobre nuevas bases y se encauzaron conscientemente por vías distintas. La teoría del derecho natural que nació con Hugo Grocio ya no se puede confundir con las modalidades antecedentes sean escolásticas o clásicas. En forma sutil pero tajante (su autor) la independizó de la teología y le señaló su propio método de investigación. Samuel Pufendorf acogió esta tendencia jusnaturalista, mezclándola con la versión que le diera Thomas Hobbes. Christian Tomasio, discípulo de Pufendorf, separó el derecho de la moral, asignando al primero *lo justo* y a la segunda *lo honesto*. A la vez se inició con Leibniz la forma de derecho natural que, sistematizada por su discípulo Christian Wolff, habría de desempeñar un papel científico y pedagógico muy importante hasta el advenimiento de la escuela histórica del derecho y del positivismo jurídico.

Pablo Koschaker considera que la teoría del derecho natural presenta en Alemania notas peculiares. Transcribo a continuación su concepto. "Para Grocio y Pufendorf, el Derecho natural es la base fundamental del pensamiento jurídico, el asiento sobre que descansa el ordenamiento actual de la vida común y la vida misma moral y cultural del hombre. Por eso mismo Pufendorf intenta ofrecer el de-

recho natural como un sistema homogéneo y cerrado de verdades de razón. Del conocimiento de verdades filosóficas se deriva un sistema de reglas, concerniente también al derecho privado. La construcción naturalística de este Derecho, constituye una peculiaridad de la concepción alemana. Pufendorf fue el primer titular de la cátedra de Derecho natural creada en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Heidelberg en 1660. Tomasio continúa la misma línea doctrinal de Pufendorf en tanto separa el Derecho natural de la filosofía y lo construye como disciplina jurídica. En la misma dirección trabaja Christian Wolff, quizás el más representativo de los profesores alemanes de Derecho natural del siglo XVIII, con su obra en nueve volúmenes titulada *Jus naturale* (1740-1749). Se puede afirmar con E. Wolf, que para Grocio el derecho natural no era una especie de código que tuviese preceptos o decisiones aplicables a los distintos casos. Chr. Wolff le atribuye, en cambio, este carácter, especialmente en lo que se refiere al Derecho privado. Toma este autor la casuística propia del Derecho romano, que conoce muy bien y la prefiere al derecho alemán y a la solución romana, añade la solución basada en el derecho natural. De este modo logró crear un libro que ofrecía innegable utilidad para los prácticos. La solución o decisión jusnaturalista es resultado de una rigurosa deducción lógico-matemática —de aquí *mos geometricus*— que parte de reglas generales y entraña la aplicación de amplios principios a casos concretos. El discípulo de Wolf, Nettelbladt (1719-1791) incrementó este método. De este modo el Derecho natural se instala en el ámbito del Derecho privado como un conjunto de principios jurídicos que integran una construcción lógica de gran rigor y que, inducidos de principios menos generales, comprensivos de una multitud de casos, vienen a formar como una pirámide cuya cúspide representa los principios y normas de más amplio alcance y generalidad”.<sup>6</sup>

Para cualquier lector atento y con cultura jurídica salta a la vista la analogía entre el sistema wolfiano de *Derecho privado* y la teoría pura del derecho. Kelsen ha llevado a todo el ordenamiento jurídico lo que Christian Wolff por razones históricas y políticas tenía que restringir y limitar al Derecho privado. Los extremos se tocan. Tanto la teoría del derecho natural como la teoría pura siguen el método sistemático axiomático en sus respectivos campos. Fueron motivos científicos los que movieron a Kelsen a buscar un punto de apoyo último que le sirviera de hipótesis fundamental a todo su sistema jurídico. Joseph L. Kunz, discípulo y amigo fidelísimo de Kelsen, encuentra también analogía entre la norma fundamental de la teoría pura del derecho y el principio del derecho de gentes de

Hugo Grocio: *pacta sunt servanda*.<sup>7</sup> En este último orden de ideas no es de extrañar que Alfred Verdross, desertor del primitivo Círculo de Viena y ahora eminente tratadista de Derecho Internacional Público, encuentre compatible la norma fundamental de Kelsen con el derecho natural.<sup>8</sup> Tampoco es de extrañar que Alf Ross, no obstante su admiración a Kelsen, lo considere jusnaturalista camuflado.

Hans Welzel ha caracterizado el siglo XVIII como el siglo del derecho natural. “La simiente lanzada por los hombres del siglo XVII trajo a sus nietos una rica cosecha”: el Derecho natural se convirtió en la potencia conformadora de la vida social. Alcanzó el triunfo en las declaraciones de los derechos del hombre en América y en Francia, penetró las codificaciones austriaca, prusiana y francesa, y dominó la conciencia jurídica y social de la época”.<sup>9</sup> Súbitamente y sin que se le hiciera mucha oposición el Derecho natural se derrumbó, pero perviven hasta el presente sus problemas materiales. “Sigue en pie, dice Welzel, el problema del Derecho natural de encontrar los principios materiales del recto obrar social”.<sup>10</sup>

El derecho natural aún en el presente hace sentir su influencia precisamente en la dogmática jurídica civilista. Tulio Ascarelli, prologando la edición castellana del *Tratado de Derecho Civil* de Andrea von Tuhr, ha escrito lo siguiente: “Quizás date del jusnaturalismo la tendencia de la elaboración de la parte general del derecho, y entre los primeros a este propósito, tal vez habría que indicar, junto con Grocio, el nombre de Hobbes con sus *Elements of law*... La parte general siempre fue objeto de consideración doctrinaria. Sus comienzos aparecen ya fijados substancialmente en el carácter general de algunos títulos del *Digesto* y en los comentarios a que dieron lugar éstos, empezando por la *Glosa*; su primer desarrollo aparece ya en algunas obras de glosadores, comentaristas y canonistas y, en este sentido, podría incluirse también las antiguas colecciones de aforismos; su afirmación y elaboración resulta nítidamente en la escuela de derecho natural a la cual, tal vez, débese la construcción de la mayoría de los conceptos actuales; y su perfeccionamiento lo encontramos desde el *Sistema* de Savigny —que, en realidad, es una verdadera sistematización de la parte general— hasta llegar a las obras posteriores de la pandectística, que ha vinculado su nombre esencialmente a la elaboración dogmática”.<sup>11</sup>

## 2. EL IDEALISMO ALEMAN.

El término *idealismo alemán* no tiene un sentido preciso.<sup>12</sup> Históricamente se ha ampliado demasiado su duración, llevándole más

atrás de Leibniz inclusive. Doctrinariamente también se ha ampliado demasiado su contenido, incluyendo todas las manifestaciones culturales como el arte, la religión, la ciencia y la filosofía. Estrictamente, con el término *idealismo alemán* se designa el período de la filosofía que, partiendo de Kant, toma un desarrollo dialéctico y profundamente metafísico a través de Fichte —idealismo subjetivo—, de Schelling —idealismo objetivo— y de Hegel —idealismo absoluto—. Sin desconocer ni negar el sentido estricto del término idealismo alemán, para el caso de la filosofía del derecho nos damos la licencia de incluir a Leibniz.

Por la amplitud y profundidad de sus conocimientos, Leibniz era un sabio. Por su aspiración a alcanzar los fundamentos ontológicos y metodológicos de las ciencias, Ortega y Gasset lo ha llamado el filósofo de los principios.<sup>13</sup> Y por su intento de dar un esquema unificado del principio ontológico de la dialéctica, se le considera ahora como el primer pensador moderno.<sup>14</sup> En el universo intelectual anchuroso de Leibniz, se inordina también necesariamente el derecho y la ciencia del derecho.

Para Leibniz derecho y ley no son lo mismo. El derecho es un deber ser racional; la ley es la norma de conducta formulada y sostenida por un acto de autoridad. Entre el derecho y la ley media la distancia que existe entre lo eidético y lo fáctico. Por eso la ciencia del derecho es una ciencia racional y demostrativa; no se ocupa de *verités de faits* sino de *verités de raison*. “La doctrina del derecho, dice Leibniz, pertenece a las ciencias que dependen de definiciones, no de experiencias; de pruebas racionales, no de pruebas sensibles, en las que se trata —por decirlo así— de cuestiones de *validéz*, no de cuestiones de hecho (*qui sunt —ut ita dicam— juris, non facti*)”.<sup>15</sup> La ciencia del derecho “es una ciencia exclusivamente racional como la metafísica, la aritmética, la geometría y la mecánica”.<sup>16</sup>

El lugar que Kant ocupa en la teoría del conocimiento es comparable con el que ocupa Copérnico en la Astronomía. Kant era consciente de esta situación y se refirió expresamente a su salto copernicano. Si antes de Kant todo el problema del conocimiento giró en torno del objeto, con él y después de él el análisis del conocimiento tomó como centro al sujeto. Una revolución parecida tuvo lugar en la ética, cuando la ética de bienes cedió su puesto a la ética formal y cuando prevaleció la autonomía moral sobre la ética heterónoma. Kant opuso a todas las éticas empíricas y materiales su

ética formal y autónoma. No fue menor la revolución en el campo del arte, porque con la *Crítica del juicio* Kant sentó los fundamentos de las concepciones estéticas modernas.

Kant dividió en dos partes la historia de la filosofía y ejerció por medio de su pensamiento un innegable influjo en la ciencia, en la moral, en el arte, en la religión y en la teoría del Estado. Y por su filosofía, se convirtió por derecho propio en el padre del idealismo alemán, tan rico y fecundo en consecuencias históricas y culturales. La originalidad de Kant, empero, no alcanzó en el campo del derecho a producir innovaciones de la misma magnitud que en la filosofía, excepto en sus efectos más notorios como la crítica del fundamento empírico del derecho natural tanto en la tendencia derivada de Hugo Grocio como en la de Tomás Hobbes. Como es bien sabido de todos, Kant no aplicó al conocimiento del derecho su teoría crítica, tan rica en principios, conceptos y terminología. La aplicación irrestricta de su teoría sólo tendría lugar un siglo más tarde por parte de Rudolf Stammler, a quien se considera más kantiano que Kant.

La teoría del derecho de Kant contenida en la primera parte de su *Metafísica de las costumbres* no constituye un aporte nuevo a la ciencia dogmática del derecho ni mucho menos a la filosofía del derecho. Bien mirada, toda su teoría del derecho no es más que una síntesis de los conocimientos jurídicos comunes al siglo XVIII y caracterizados por el jusnaturalismo. Sin embargo por su intención y propósito brilla todavía su ensayo sobre *La paz perpetua*, que le ha vuelto autor clásico entre los *irenistas*. Fichte cayó en cuenta de su vocación para la filosofía súbitamente, leyendo a Kant, a los veintiocho años de edad y cuando su vida parecía naufragar en el anonimato. Fichte era un hiperactivo y su filosofía no sería sino trasunto de su personalidad, porque como él mismo escribió en la *Primera introducción a la teoría de la ciencia*, la filosofía que se elige depende del hombre que se es”. Los motivos de la filosofía de Fichte son kantianos; pero mientras Kant había hecho la *crítica de la razón*, él construiría el *sistema de la razón*. Fichte emprendería la tarea de llevar a cabo la investigación de la razón hasta sus últimas consecuencias.

No es fácil expresar en una fórmula única el idealismo de Fichte. El Yo para Descartes era una substancia —*res cogitans*; para Kant, una cosa en sí —*Ding an sich*—, pero cosa al fin. El Yo para Fichte no es propiamente substancia sino Acción —*Tathandlung*; no un ser estático sino un *actuar*. Es conciencia de sí. Es ser para sí. Se apre-

hende a sí mismo por la intuición intelectual. El Yo nace exclusivamente de la intuición intelectual.<sup>17</sup> Tan pronto como el *yo* es sólo para sí mismo, surge para él necesariamente un ser fuera de él.<sup>18</sup> Este ser fuera de él recibe el nombre de *No-yo*, por oposición al Yo. El Yo conoce y a la vez actúa. O en otras palabras *conoce actuando*. El conocer mismo es una acción transitiva. Por eso el Yo es un Yo teórico y práctico al mismo tiempo. El acto de conocer es un *ponerse o afirmarse* el *yo* frente al *no-yo*. Etimológicamente en latín y alemán, objeto —*objektum*, *Gegenstand*—significa lo que se opone al sujeto, lo que se encuentra en frente de.

El *yo* fichteano es acción; acción desinteresada cuando conoce; acción interesada cuando manipula cosas; acción de convivencia cuando se proyecta sobre los demás *yos* en el orden moral, jurídico, político y social. El idealismo subjetivo de Fichte no conduce a la exultación del *yo* ni al solipsismo sino por el contrario a la relación recíproca entre los *yos*, porque el hombre sólo es humano en la convivencia con los demás hombres. El concepto de relación jurídica es para Fichte tan importante en la ciencia del derecho como el concepto de número en las matemáticas. Y así como el derecho civil se basa en la relación entre hombres libres, así también el derecho constitucional tiene su fundamento en la libertad. A su vez todo el derecho internacional público no debe fundarse sino en el reconocimiento de los demás Estados y en su respeto mutuo. *Los Fundamentos del derecho natural según los principios de la teoría de la ciencia* de Fichte merecen hoy en día mayor atención de los juristas y filósofos por su valor permanente. Fichte vivió su tiempo intensamente y lo analizó con pasmosa luminosidad.

Fichte es el puente entre Kant y Hegel, desde cierto punto de vista. Dialécticamente empero conviene considerar su antítesis, su contemporáneo Schelling, de quien también se puede afirmar que la filosofía que se elige depende del hombre que es. Schelling era un temperamento intuitivo y precoz. Se caracteriza por su sensibilidad artística, religiosa y mística. En consecuencia, su filosofía lleva el sello de su personalidad. Su punto de partida fue la *teoría de la ciencia*, pero no para continuarla ni superarla, sino más bien para desarrollar la parte subestimada por Fichte. Mientras éste subrayó el *ser para sí*, el Yo, Schelling puso todo el énfasis posible en la intuición y explicación ontológica de lo *Absoluto*, es decir, de la pura identidad del ser y el pensamiento.

¿Qué es lo *Absoluto*? La respuesta a esta sola pregunta debe constituir el idealismo. La causa de todo lo existente no es la subs-

tancia infinita de Spinoza sino la actualidad del *yo absoluto*. Lo *Absoluto* es pura actividad y productividad. Ningún concepto puede abarcarlo en su unidad. Sólo nos es dado en la intuición intelectual. Las determinaciones más concretas de lo Absoluto dejan entrever su raíz voluntarista e irracional. En Schelling se acentúa una vez más el ingrediente romántico del idealismo alemán. “La naturaleza, dice H. Heimsoeth, es una revelación peculiar y primitiva de lo Absoluto; en sus fenómenos sensibles está objetivamente presente lo ideal suprasensible”.<sup>19</sup> *La natura naturans* es el principio activo y creador; y la *natura naturata* es el producto. Ambos aspectos tratan de expresar la unidad de la Naturaleza. La otra revelación de lo Absoluto es la Historia. “Naturaleza o Historia son para Schelling, respectivamente, la manifestación real e ideal de lo Absoluto, y una es a otra lo que la actividad teórica es a la actividad práctica del espíritu”.<sup>20</sup> La Naturaleza es el reino de la necesidad y la Historia el de la libertad. “El tránsito de la necesidad a la libertad es lento y gradual: su unión y conciliación se cumplen particularmente en el orden jurídico, el cual, a la vez que es un producto de la libertad, constituye un sistema de conducta que tiene por carácter la necesidad, por condición la coacción y por finalidad el interés común. Ni las artes, ni las ciencias; ni la moralidad, para las cuales falta un criterio seguro de valoración, constituyen la razón de la historia y del progreso humano; pero sí la organización jurídica, la cual culmina en la idea del Estado, *das objektive Organismus der Freiheit*”.<sup>21</sup>

Hegel es la síntesis de Fichte y Schelling, esto es, del idealismo subjetivo y objetivo. Justamente en el ensayo *La diferencia entre los sistemas de Fichte y de Schelling* (1801), Hegel tomó posición frente a estas dos filosofías antagónicas y contrapuestas. Además Hegel es la síntesis de toda la filosofía tanto antigua como moderna, porque se esforzó por fundar dialécticamente en *La ciencia de la lógica* la ontología de Aristóteles y la gnoseología de Kant. En este sentido, es el cúlmén de veinticinco siglos de filosofar, empezando con Tales de Mileto. Estrictamente en Hegel culminó la filosofía entendida como cosmovisión ontológica, como el más grande esfuerzo del espíritu por conocerse a sí mismo. La renovación de la filosofía hegeliana a la vuelta de un siglo de la muerte de su autor, pretende poner de manifiesto lo que hay de vivo y muerto en la filosofía de Hegel.<sup>22</sup> Muerta está —mejor dicho nació muerta— su filosofía de la naturaleza o sea su dialéctica de la idea fuera de sí; pero vivas y muy vivas, están su *Fenomenología del espíritu*, su *Filosofía del derecho* y su *Ciencia de la lógica*, es decir, todo lo concerniente al desenvolvimiento dialéctico del espíritu subjetivo, objetivo y absoluto y a la

identidad del ser y el pensamiento. Y es tan importante el proceso del espíritu para la ciencia, que ahora se lo investiga con métodos más seguros y productivos y se está arribando a resultados positivos en la *sociología estructural*. No cabe duda de que hay un estrecho paralelismo entre la filosofía del espíritu de Hegel y la obra maestra de Sorokin: *Sociedad, cultura y personalidad*.

El derecho para Hegel es un momento abstracto racional necesario en el desarrollo dialéctico del espíritu objetivo. Su antítesis es la Moral. Pero en virtud del método dialéctico triádico se supera en la síntesis la contradicción de la tesis y la antítesis, recogiendo lo que hay de verdad en cada uno de los momentos anteriores. Así pasa Hegel del derecho civil abstracto y formal y marcadamente individualista, a través de la interioridad de la moral, al derecho material y concreto y esencialmente ético, propio de la familia, de las corporaciones y del Estado. El Estado a su vez es la síntesis de la familia y de la sociedad civil. El Estado es el bien concreto, porque es la substancia ética consciente de sí misma. El Estado igualmente sigue un proceso dialéctico a través de la *Historia Universal*, que Hegel la concibe como el proceso dialéctico de la libertad. Y en las relaciones entre los Estados, el derecho internacional común queda reducido a la pura eticidad.

*Derecho y ley* para Hegel no son lo mismo. El derecho sigue un proceso dialéctico de racionalidad inmanente. La ley es lo meramente fáctico y empírico; es lo puesto por el Legislador. En consecuencia, la filosofía del derecho y la *Jurisprudencia* —ciencia del derecho— tampoco son lo mismo. Difieren profundamente tanto por su objeto como por su método. La *Rechtanschauung* de Hegel permanece aún ligada a una especie de jusnaturalismo. Hegel es la madurez de Europa por su Derecho en el sentido de haber logrado captar, como dialéctica de la historia, todo el proceso de encuadramiento constitucional de los Estados y de sistematización legislativa que tuvo lugar entre los siglos XVIII y XIX.

El balance del idealismo alemán arroja un saldo en favor de las *ciencias del espíritu*, porque así como las ciencias naturales se constituyeron y desarrollaron en los siglos XVII y XVIII en torno de la Naturaleza, así también las ciencias del espíritu se aproximaron a su consolidación en el período que va de Kant a Hegel y si no se constituyeron definitivamente, por lo menos enriquecieron e iluminaron la problemática del hombre y la cultura, girando en torno de la Historia, gracias a las grandes intuiciones del idealismo. De ahí que resulte estéril la investigación de la Escuela histórica del dere-

cho fuera del contexto de las consideraciones que preceden. Ambas tendencias a su vez —idealismo e historicismo jurídico— es necesario referirlas a la común raíz irracional del romanticismo.

El romanticismo es sentimiento, entusiasmo, impulso. Es un ritmo y estilo de vida que brota espontáneamente de las profundidades del ser. “No tiene, dice N. Hartmann, ni dogma ni principio, ni objetivo ni tarea, nada que pueda darse en un pensamiento definido o en un sistema de conceptos. El romanticismo puro y en cuanto tal, es todo menos filosofía: más próximo de él se encuentra la poesía... ¿Y qué pasa con la filosofía? En el círculo de los románticos cada cual era a su modo filósofo. Cada cual dio a sus intuiciones un sello más o menos conceptual... De otra manera ocurre en los filósofos propiamente dichos... El romanticismo está indisolublemente vinculado a la filosofía de Fichte y de la juventud de Schelling... La forma específica de la vida anímica constituye aquí lo esencial: y esta forma es entendida aquí como riqueza inagotable de formas. Ante todo este interés tiende a su propia vida anímica personal; son conscientes de cultivar en ella el soporte de un nuevo contenido de ideas. Pero mediatamente también se lo extiende a toda peculiaridad ajena, inclusive a la de la propia lejanía histórica. Y así se hace comprensible cómo por el concepto de esta concentración del yo pudo despertarse el sentido histórico, el sentimiento delicado para la idiosincrasia ajena, para las formas y estructuras de lo espiritual en general. Lo que Leibniz, Herder y Kant sólo concibieron oscuramente, a saber: la idea de una historia de la humanidad como historia del espíritu, estos artistas y propulsores de lo espiritual lo arrojaron a plena luz de la conciencia. Y así se les presentó la tarea, que por cierto no cumplieron, pero que fueron los primeros que la intuyeron con claridad y trataron de resolverla: la tarea de la historia, de la cultura y de la literatura. Sin el poderoso impulso de su propedéutica histórica la filosofía de Hegel hubiese sido imposible”.<sup>23</sup>

### 3. LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO Y EL IDEALISMO ALEMÁN.

Gustavo Hugo, Federico Carlos von Savigny y Jorge Federico Puchta, son los adalides de la *Escuela histórica del derecho*. Tienen en común su formación dentro del jusnaturalismo y su distanciamiento posterior del mismo. Hacia 1790 dominaban en la enseñanza del derecho los métodos y doctrinas jusnaturalistas de Christian Wolff y la crítica de Kant al empirismo y eudemonismo. La repul-

sa y rechazo del jusnaturalismo se produjeron espontáneamente. Tienen en común también el haber circunscrito su actividad científica al campo del derecho civil, puesto que ésta era entonces la rama del derecho tradicionalmente más cultivada. El derecho civil era el paradigma de la ciencia del derecho. Apenas con César Beccaria el derecho penal recibía su impulso definitivo; el derecho constitucional se hallaba en su etapa de ensayo y formación; y el derecho administrativo aún no existía como tal, porque para su existencia se requieren ciertas circunstancias políticas como la plena vigencia del Estado de derecho; y el derecho internacional, no obstante su etapa de florecimiento a partir de Hugo Grocio, estaba demasiado comprometido con el derecho natural. Cada uno de los tres juristas arriba citados ha contribuido a su manera y en distinto grado a la creación y estructuración del historicismo jurídico.

### 3. LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO Y EL IDEALISMO ALEMAN.

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 del método crítico. Y el mismo Hugo declaró que su *filosofía del derecho positivo* no sirve para hacer conocer el derecho positivo de éste o aquél 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 destacado en la historia de las doctrinas jurídicas. Su pensamiento jurídico ha sido 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 rápida exploración de las obras de Savigny nos permite constatar el conocimiento amplio y sin prejuicios que Savigny 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. "Según éste, dice Savigny, 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>

Huntington Cairns considera que la fórmula kantiana según la cual la libertad de cada uno está limitada por la libertad de los demás, no obstante las objeciones que se le han hecho, ha ejercido una inmensa influencia en el pensamiento jurídico del siglo XIX y que Savigni la ha trasladado a su teoría de la ley, la misma que ha prevalecido por varias generaciones.<sup>30</sup> La traducción de la fórmula kantiana salta a la vista en el párrafo siguiente de Savigny: "El hombre se encuentra rodeado del mundo exterior; y el elemento más importante en este mundo circundante es el contacto con aquellos que le son iguales por su naturaleza y destino. Ahora, bien, para que sea posible que seres libres coexistan, fomentándose mutuamente en su desenvolvimiento sin entorpecerse, es menester el reconocimiento de una frontera invisible, dentro de la cual la existencia

y la eficacia de cada individuo logre un campo de acción seguro y libre. La regla por la cual se determina aquella frontera y a través de ella este espacio libre es el derecho".<sup>31</sup>

Fichte, antes que Savigny, había visto en la fórmula kantiana el principio fundamental de la ciencia del derecho y a la relación misma había designado con el nombre de *relación de legalidad*.

La relación de Savigny con Schelling ha sido muy estudiada y a la vez muy controvertida. Comúnmente se cree que la noción de *Volksgeist* tomo Savigny de la filosofía de Schelling. Una investigación más a fondo, empero, nos remite a una fuente común. "No cabe duda, dice Gioele Solari, al parecer, que Savigny vió y oyó a Schelling en el verano de 1799 en Jena, que lo conoció personalmente por entonces o, al poco tiempo, en abril de 1800... Consideradas en sí mismas, las relaciones de Savigny con Schelling tienen un carácter puramente exterior y accidental. No tiene por qué causar asombro el hecho de que Savigny en viaje de estudio haya ido a Jena a oír y conocer a Schelling, que era el filósofo del día y tenía fama de innovar respecto a los sistemas de filosofía tradicional; pero, por esto solamente, no cabe pensar en una relación de filiación intelectual".<sup>32</sup> Solari, por la ausencia de pruebas intrínsecas de la influencia directa de Schelling sobre Savigny, sostiene la tesis de que tanto el filósofo como el jurista derivaron sus puntos en común del romanticismo, cuya atmósfera respiraron por igual. "Estamos firmemente convencidos, dice Solari, de que Savigny, al preparar el programa de su escuela, estaba en el orden de ideas de la corriente romántica, y sólo mediante ésta, o sea por vía indirecta y harto limitada, cabe hablar de una influencia de Schelling. La escuela histórica representa el espíritu romántico en el campo de los estudios jurídicos, y la concepción romántica de las cosas, por más que tengan estrechas relaciones con la filosofía de Schelling, es de todos modos independiente de ésta y expresa el nuevo estado de los ánimos y de las mentes en contraste no sólo teórico, sino práctico, no sólo negativo, sino positivo, con el racionalismo jurídico y con el universalismo abstracto del siglo XVIII".<sup>33</sup>

## II. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA HISTORICA 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".<sup>34</sup> En el 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 jusnaturalistas".<sup>35</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>36</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 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>37</sup>

Hugo es el precursor de la Escuela histórica del derecho. Aún conservando la mentalidad y las tendencias del Iluminismo, elaboró 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 ni 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 que existen entre el ensayo de Savigny publicado en 1802 y sus escritos posteriores. En oposición al primado de la costumbre respecto de la ley del período 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.

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>38</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 jusnaturalistas 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 jusnaturalistas, quienes, constreñidos a adaptar la concepción romana de la posesión a las nuevas necesidades, habían llegado a una concepción que sólo conservaba de la antigua la forma y la terminología, no el contenido y el significado esenciales".<sup>39</sup>

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 verdad, cuando Savigny publicó esta obra no pretendía crear una concepción original opuesta a la teoría racionalista imperante. Se proponía 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 de derecho privado".<sup>40</sup> La novedad de la *Posesión* radicaba en el método, en virtud del cual el origen, la evolución y la noción misma de la posesión se veían a la luz de un nuevo prisma.

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. "En 1810, dice Solari, 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 particularmente por la *philosophische Behandlung des Rechts*. Con feliz intuición Humboldt entrevió el carácter peculiar de la obra de Savigny, antes aun de que este carácter hallara ocasión de afirmarse públicamente. Humboldt no se limitó a señalar en 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>41</sup>

Los principios y conceptos fundamentales de la Escuela histórica sobre el origen, la evolución y la esencia del derecho, se encuentran expresados explícita y reiteradamente en las obras siguientes de Savigny: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, en el Prólogo de la *Revista para la ciencia histórica del derecho* y en la parte general del *Sistema del derecho romano actual*.

*De la vocación...* (1814) es el libro polémico escrito casi a vuela pluma bajo el entusiasmo del momento y la inspiración de su mente que lanzaba ideas a borbotones. Es la reacción científica inmediata causada por el libro de Anton Friedrich Justus Thibaut *Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania*. El Prólogo de la *Revista...* es el manifiesto de la Escuela histórica del derecho, que señala las pautas del desarrollo y realización de un programa en el futuro. Y la parte general del *Sistema...* es la incorporación definitiva del mismo tema en el historicismo jurídico como doctrina.

El Pueblo es el sujeto personal activo de la producción del derecho. El derecho vive primero en la conciencia colectiva —en el *Volksgeist*— en forma de convicciones jurídicas comunes. Los usos

y costumbres son las manifestaciones originales y primigenias del derecho. El Pueblo es también el sujeto que impulsa el desarrollo y las transformaciones del derecho. La ley es la forma reflexiva y consciente de la manifestación del derecho. En consecuencia, la ley es más elaborada que la costumbre y por lo mismo tiene sus órganos determinados de creación. Para hacer más comprensible el origen y la evolución del derecho, Savigny establece expresamente la analogía del derecho con la lengua.

El Pueblo no es el conglomerado físico de individuos, sino la comunidad espiritual; el comercio real y vivo de todos los miembros de la comunidad. El Pueblo, sin embargo, no existe en ninguna parte y en ningún tiempo en forma abstracta. Su manifestación unitaria y concreta es el Estado. Como el derecho en general, el Estado nace de la necesidad imperiosa de organizarse ínsita en la vida social. “La producción del Estado, afirma Savigny, es una clase de producción del derecho, inclusive la suprema forma de toda producción del derecho. . . En el Estado recibe el Pueblo su verdadera personalidad o sea la capacidad de actuar”.<sup>42</sup>

Así como derecho en general y Estado se integran mutuamente, así también la costumbre y la ley se complementan entre sí. La Ley, para Savigny, es el derecho positivo encarnado en el lenguaje y provisto de poder absoluto y su establecimiento pertenece a los órganos del poder supremo del Estado. La influencia de la Legislación se revela en dos aspectos: primero, como auxilio complementario del derecho positivo; segundo, como apoyo de su continuo progreso. A propósito de esta doble influencia, Savigny expresa lo siguiente: “Pese a toda seguridad de los fundamentos del derecho positivo muchos detalles pueden haberse quedado indeterminados; y sobre todo entre pueblos cuyo talento e interés tiende más hacia otras direcciones que la producción del derecho. Además existen muchas disposiciones que, según su naturaleza contienen un cierto campo de acción para el arbitrio, como por ejemplo, todas aquellas que contienen como supuesto un determinado plazo. En todos estos casos se requiere un complemento del derecho del Pueblo; y, si bien este complemento como indicamos más arriba puede ser dado por costumbre, puede ser realizado mejor, más rápida y más seguramente por la legislación. La influencia de la legislación sobre el progreso del Derecho es más importante que la ejercida sobre la genuina producción del derecho”.<sup>43</sup>

En ningún momento la Escuela histórica del derecho ha perdido de vista el papel de la legislación en la formación y transfor-

mación del derecho en general. La famosa polémica entre Savigny y Thibaut no se refería a la legislación en sí misma, sino simplemente a la oportunidad y conveniencia de la adopción de un *Código civil* para Alemania. En la *Conclusión* de su gran alegato, Savigny sienta esta consideración respecto de su ilustre contendor: “En cuanto al fin, estamos de acuerdo: queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y han de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos”.<sup>44</sup> El fin era el mismo; los medios, distintos. El medio de Thibaut era el *Código civil*; el de Savigny, la *ciencia del derecho*.

La producción del derecho por el Pueblo y el Estado, permite a Savigny dividir la totalidad del Derecho en dos esferas: *Derecho del Estado* y *Derecho Privado*, con sus tareas exclusivas. Mientras aquél se ocupa de la evolución y esencia del Estado; éste se ocupa de las relaciones jurídicas propias del hombre tomado como individuo. Entre ambas esferas, empero, existen semejanzas y diferencias. “La familia, por ejemplo, dice Savigny, tiene en su estructura duradera así como en la relación de gobierno y obediencia una semejanza inconfundible con el Estado; y, por otro lado, también mucho se asemejan los municipios que no obstante constituyen verdaderos elementos del Estado, a las relaciones de los individuos. Sin embargo, subsiste entre ambas materias una oposición muy determinada, ya que en el Derecho Público aparece la totalidad como fin y el individuo como subordinado, mientras que en el Derecho Privado es fin en sí cada hombre individual, refiriéndose cada relación jurídica como mero medio a su existencia o a sus estados particulares”.<sup>45</sup>

### III. LA METODOLOGIA JURIDICA DE SAVIGNY.

La filosofía y la ciencia a partir del Renacimiento, cuando todavía no se encontraban bien determinadas sus fronteras, se caracterizan por la importancia que asignaron a la tarea metódica en sus respectivas actividades. La orientación empirista en ambas disciplinas del conocimiento creó el paradigma del *Novum organo*, en el cual se patentizó por un lado la impugnación de la lógica aristotélica-escolástica y por otro el intento o ensayo de construcción del método experimental. Y la orientación racionalista se propuso con el *Discurso del método* demoler lo ruinoso por una parte y por otra erigir un nuevo edificio del conocimiento sobre bases sólidas e inmovibles. Tanto el empirismo baconiano como el racionalismo cartesiano buscaban paradójicamente un punto de apoyo —externo en un caso e in-

terno en el otro— para reconstruir totalmente la filosofía y la ciencia. El criticismo kantiano, que superó las posiciones contrapuestas del empirismo y el racionalismo, se presentó como una revolución gno-seológica. Hegel, el más profundo conocedor de la filosofía kantiana, echó por la borda todas las consideraciones metodológicas alegando que eran superfluas, porque para aprender a nadar lo mejor era lanzarse al agua.

La metodología es una parte de la lógica. Es una lógica especial. Tradicionalmente se la considera una guía técnica de la investigación en el campo de las matemáticas, de las ciencias naturales y de las ciencias del espíritu. El empirismo baconiano estimuló la metodología inclusive en el campo jurídico. Gustavo Hugo y Savigny estudiaron a Bacon y lo invocaron en favor de la renovación científica que se propusieron llevar a cabo en la ciencia del derecho.

Las opiniones sobre la utilidad de la metodología andan divididas. Hugo Spírito se ha pronunciado recientemente en contra de la metodología. Pero algunos tratadistas de lógica, como es obvio suponer, continúan ocupándose de la misma y recomendando su aplicación en el campo de la investigación científica. En este espinoso asunto es mejor adoptar una posición moderada. No hay que hacerse demasiadas ilusiones acerca de las virtudes de la metodología, pero tampoco hay que obstinarse en rechazarla de plano. No cabe duda de que para la aplicación de la metodología a la investigación científica juegan un gran papel las aptitudes individuales.

No son muchas las vías que conducen al conocimiento científico del derecho. Ya se han ensayado en el pasado algunas de ellas y se están ensayando otras en el presente. Tampoco son muchos los descubridores de nuevas vías dotados de genio verdaderamente. Alguien ha mencionado solamente tres grandes descubridores de métodos jurídicos desde el siglo XIX hasta la fecha, a saber: Savigny, R. von Ihering y Hans Kelsen. En cuanto a tendencias metódicas se refiere, la situación es mucho más precaria en toda la historia de la ciencia del derecho. Gustavo Radbruch, con su habitual penetración de sabio jurista, dice que “quien abarque con la mirada, en una ojeada de conjunto, las mudanzas de la ciencia del Derecho, se dará cuenta en seguida de que, detrás de formas y nombres sin cesar cambiantes, se revela a cada paso, a través de todas esas vicisitudes, una contraposición que es siempre la misma: la contraposición entre el formalismo y el finalismo. . . La primera busca el sentido que se acople a la fórmula dada; la segunda, por el contrario, busca la

fórmula en que encaje el sentido impuesto por la vida”.<sup>46</sup> Según Elías Díaz, lo corriente en la actualidad es el pluralismo metodológico, aunque, bien es verdad “que en los nombres y en las obras más importantes de cada una de esas tendencias —la formalista y la finalista— aparecen, no raramente, elementos de otro *modelo* e, incluso, intentos mutuos de conexión: Savigny, Ihering, Laband, Roscoe Pound, Kelsen, difícilmente podrían ser acusados de un monismo simplista en uno u otro de los mencionados sentidos”.<sup>47</sup>

El mérito imperecedero de Savigny es haber puesto las bases de la ciencia jurídica moderna y el haber iluminado con su pensamiento más de dos generaciones de juristas alemanes y extranjeros. R. Stammler ha expresado mejor que nadie este honroso papel de Savigny en el concepto siguiente: “Todo aquél que en la actualidad intente presentarse ante nuestro mundo jurídico para exponer algunas consideraciones de carácter general sobre el derecho, debe saber de antemano que dirige la palabra a una colectividad estrechamente unida; pues aquellos de quienes puede esperar que le presten atención, tienen todos sus raíces en el mismo suelo, los enlaza el vínculo de una concepción común. Han ido juntos a la Escuela histórica; la ciencia del derecho, desde el punto de vista del historicismo, fue la leche que a todos nos nutrió”.<sup>48</sup>

En la investigación del derecho, Savigny optó por el método empírico. En consecuencia tomó como punto de partida *hechos*. El prototipo de los hechos jurídicos que se le presentan es la *relación jurídica*. “Concebimos, dice Savigny, cada relación jurídica individual como una relación entre una persona y otra persona determinada por una regla jurídica”.<sup>49</sup> Las normas o reglas de derecho son abstracciones de hechos jurídicos. Las instituciones jurídicas, pongamos por caso el *matrimonio*, son complejos de relaciones jurídicas. A su vez las instituciones jurídicas se inordinan en complejos superiores más vastos, esto es, en los sistemas jurídicos. La concepción jurídica de Savigny es organicista. Cada hecho jurídico es una unidad orgánica. “Todo el sistema, escribe Ferrer Arellano, puede considerarse fundamentado en este concepto básico de la relación. Las normas de derecho no son inconexas, sino agrupadas en función de “principios superiores”, constituyendo “instituciones”; cada una de las cuales enlaza a su vez con las demás. También poseen ellas, por consiguiente, “una naturaleza orgánica” que se manifiesta en “la conexión viva de sus elementos”.<sup>50</sup> Y el propio Savigny decía: “Por inmensa que sea la distancia entre una relación jurídica aislada y el entero sistema de derecho positivo de una nación, sólo hay diferencia, sin em-

bargo, en las proporciones; su esencia no divergen, como esencialmente idéntico es asimismo el proceso intelectual que nos lleva al conocimiento de una y de otro".<sup>51</sup>

Justamente la noción de *sistema* en el sentido de *organismo*, de ser vivo, es una categoría metodológica de Savigny en común con Hegel y Schelling, cuyas raíces se hunden en el romanticismo.<sup>52</sup> La ciencia del derecho tiene como objeto un *sistema de derecho* determinado en el tiempo y el espacio. Bajo el supuesto de su carácter orgánico, el derecho no debe o mejor no tiene que ser estudiado con el método axiomático de las matemáticas ni con los principios y conceptos mecanicistas de la física, sino única y exclusivamente con un método histórico en su primera fase y con un método sistemático en su segunda fase. A Savigny y a la Escuela histórica deben las ciencias del espíritu este doble enfoque: histórico y sistemático, es decir, de la evolución y del estado actual del objeto, porque para conocer lo que es una institución, primero es necesario estudiar su pasado. Savigny ha aplicado rigurosamente este doble enfoque al derecho en su obra ahora clásica: *Sistema del derecho romano actual*. Siguiendo este modelo y dentro de la orientación de la Escuela histórica, ha escrito Rodolfo Sohm su famoso texto: *Instituciones de derecho privado romano*.<sup>53</sup>

En la Dogmática del derecho privado sigue Savigny la división orgánica de las relaciones jurídicas. En este sector restringido del derecho en general, entiende Savigny por relación jurídica "el campo del dominio independiente de la voluntad individual".<sup>54</sup> Por eso investiga primero los objetos sobre los cuales la voluntad puede obrar o extender su dominio y luego deduce las diferentes clases de las posibles relaciones jurídicas. El derecho privado comprende las instituciones de derecho de familia —matrimonio, patria potestad, parentesco y tutela— y las instituciones de derecho patrimonial —propiedad, obligaciones, derecho de familia aplicado y derecho de sucesión.

Pieza maestra de la metodología jurídica de Savigny es la *interpretación de las leyes*. Savigny la interpoló en el *Sistema de derecho romano actual*. Dejando de lado el problema de la interpretación en general y el de la interpretación auténtica, Savigny se circunscribió a la interpretación doctrinal, considerando primero la interpretación de las leyes particulares y luego el hontanar en su totalidad. Por interpretación entiende la reconstrucción del pensamiento ínsito en la ley. Distingue cuatro elementos de la interpretación: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

El elemento gramatical tiene por objeto la palabra, que constituye el medio por el cual el legislador comunica su pensamiento. Consiste en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador. El elemento lógico se refiere a la estructura del pensamiento, o sea a la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes. El elemento histórico tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley. Y por último, el elemento sistemático se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad.<sup>55</sup>

El hontanar general de las fuentes jurídicas estudiado por Savigny se componía en Alemania de las leyes justinianas, del derecho canónico, de las leyes del Imperio y del derecho consuetudinario científicamente confeccionado o el uso de los Tribunales. El procedimiento ordinario para la interpretación consiste en la formación de un sistema jurídico edificado sobre la totalidad de las fuentes. Esta formación es esencialmente semejante a la construcción de relaciones e instituciones jurídicas particulares; sólo que la construcción en el caso presente reviste proporciones mayores. Y los medios auxiliares para el tratamiento de los estados defectuosos consisten: primero, en eliminar la *contradicción*, si falta unidad; y segundo, en colmar una *laguna*, si falta la perfección.<sup>56</sup> Mediante la unidad y la plenitud hermética, el hontanar tiene el destino de hacer posible el dominio completo del derecho.

El tema de la interpretación de la ley conserva actualidad en la ciencia del derecho. Se puede decir que permanece fresco, lozano y fecundo. Fue la tarea capital que se impuso la *Escuela de la exégesis*, contemporánea de la Escuela histórica y prevaleciente, como ésta en Alemania, durante todo el siglo XIX en Francia. Y fue también, para superar la posición exegética, tratado magistralmente por F. Gény en su obra: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Es ahora mismo tema de discusión en el libro de Karl Engisch: *Introducción al pensamiento jurídico*. Y el insigne Emilio Betti le ha dedicado un tratado completo lleno de profundas verdades titulado *interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Y por supuesto, ocupa un lugar en los manuales de introducción a la ciencia del derecho. Naturalmente, en este tema se va ahora mucho más allá del punto donde le dejó Savigny, quien ignoró la problemática de la valoración jurídica en la interpretación judicial de las normas. Y finalmente conviene recordar aquí la contribución a este mismo

tema de Carlos Cossio, el autor de la teoría egológica del derecho, en varias de sus obras plenas de impulsos renovadores.

Una serie de juristas contemporáneos de primer orden, cuyos nombres sería demasiado prolijo enumerar, concuerda con Hans Kelsen en el reconocimiento de Savigny como el más destacado representante de la Escuela histórica y con el título que otros le han otorgado de "el más grande jurista del siglo XIX".

#### BIBLIOGRAFIA:

1. G. Wesenberg: Juristische Methodenlehre, 1951.
2. Erik Wolf: Grosse Rechtsdenker, 1939, 4. Aufl. 1963 (zu Savigny, Jhering und Windscheid).
3. Karl Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage. Springer-verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1975.
4. Karl Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 20. Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Springer-verlag Berlin, Heidelberg, New York, 1975.
5. Huntington Cairns: Legal Philosophy from Plato to Hegel, The John Hopkins Press, Baltimore, 1949.
6. Wilhelm Dilthey: De Leibniz a Goethe, ps. 12 y 13, F. C. E., México, 1945.
7. Alfred N. Whitehead: Science in the modern World, The Macmillan Company, New York, 1946.
8. Pablo Koschaker: Europa y el derecho romano, ps. 355-357, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
9. Albert Brimo: Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, p. 89, Editions A. Pedone, Paris, 1967.
10. Alfred Verdross: Filosofía del derecho del mundo occidental, p. 400, Centro de Estudios Políticos, UNA, México, 1962.
11. Hans Welsel: Derecho natural y justicia material, p. 207, Aguilar, Madrid, 1957.
12. Idem, p. 214.
13. Andrea von Tuhr: Derecho civil, vol. I, ps. X y XI, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.
14. Heinz Heimsoeth: La metafísica moderna, p. 138, Revista de Occidente, Madrid, 1949.
15. José Ortega y Gasset: La idea de principio en Leibniz, p. 14, Revista de Occidente Emecé Editores, Buenos Aires, 1958.
16. Hans Heinz Holz: Leibniz, p. 36, Tecnos, Madrid, 1970.
17. Gottfried Wilhelm Leibniz: Tres ensayos, p. 5, UNAM, México, 1960.
18. Idem, p. 10.
19. J. T. Fichte: Segunda introducción a la teoría de la ciencia, p. 82, Revista de Occidente, Madrid, 1934.
20. Idem, p. 69.
21. Heinz Heimsoeth: La metafísica moderna, p. 171, Revista de Occidente, Madrid, 1949.
22. Gioele Solari: Filosofía del derecho privado, p. 142, vol. 2, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950.
23. Idem, p. 143.
24. B. Croce: Lo vivo y lo muerto de la filosofía de Hegel, Ediciones Imán, Buenos Aires, 1943.
25. N. Hartmann: La filosofía del idealismo alemán, ps. 248, 251, 262 y 263, vol. I., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1960.
26. Citado por Gioele Solari en op. cit., p. 91, vol. 2.
27. Gioele Solari, op. cit., ps. 20 y 21.

26. Untersuchung ueber die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie under Moral oder ueber die Evidenz in methaphysischen Wissenschaften, citado por Gioele Solari, op. cit., p. 21, vol. 2.
27. Gioele Solari, op. cit., ps. 21 y 22.
28. Idem, p. 25-26.
29. F. K. von Savigny: De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho, ps. 26-27 y 49, EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1978.
30. Huntington Cairns: Legal philosophy from Plato to Hegel, p. 401, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1949.
31. F. K. von Savigny: Sistema actual de derecho romano, ps. 189-190, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.
32. Gioele Solari: Op. cit., ps. 147 y 150.
33. Idem, p. 155.
34. Pablo Koschaker: Europa y el derecho romano, p. 353, Editorail Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
35. Gioele Solari: Op. cit., p. 33, vol. 2.
36. Idem, p. 30.
37. Idem, ps. 30 y 31.
38. Idem, p. 72.
39. Idem, p. 73.
40. Idem, p. 97.
41. Idem ps. 111 y 112.
42. F. K. von Savigny: Sistema de derecho romano actual, p. 41, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.
43. Idem, ps. 55 y 56.
44. F. K. von Savigny: De la vocación... , p. 147.
45. F. K. von Savigny: Sistema... , ps. 41-2.
46. Gustavo Radbruch: Introducción a la filosofía del derecho, p. 96, F. C. E., México, 1951.
47. Elías Díaz: Sociología y filosofía del derecho, p. 129, Taurus, Madrid, 1977.
48. Citado por A. Hernández Gil: Metodología de la ciencia del derecho, p. 91, Madrid, 1971.
49. F. K. von Savigny: Sistema... , p. 183.
50. Joaquín Ferrer Arellano: Filosofía de las relaciones jurídicas, p. 161, Estudio General de Navarra, 1963.
51. F. K. von Savigny: Sistema... , p. 39, vol. I, Madrid.
52. Karl Larenz: Op. cit., ps. 20-21.
53. Rodolfo Sohm: Instituciones de derecho privado romano, Gráfica Panamericana, 2ª edición, México, 1951.
54. F. K. von Savigny: Sistema... , p. 184.
55. Idem, ps. 82 y 83.
56. Idem, ps. 124 y 125.