

DERECHO, HISTORIA, LENGUA Y CULTURA EN EL PENSAMIENTO DE SAVIGNY

MARIANO G. MORELLI ¹

1. Introducción

En las últimas décadas han crecido los estudios sobre los aspectos lingüísticos del derecho. Sin embargo, generalmente la preocupación se orienta a analizar las normas y los discursos jurídicos a través de las categorías analíticas propias de las ciencias lingüísticas desde una perspectiva a-histórica. Por supuesto, tales abordajes, incorporando al análisis jurídico elementos de semiótica, semántica y sintaxis, resulta de muchísima utilidad para el operador del derecho. Sin embargo, la perspectiva resulta incompleta. Al menos en parte, el derecho nace en el marco de una cultura y como tal implica elementos locales e históricos, irreductibles a categorías perdurables y universales. Por eso es posible considerar al derecho, en parte al menos, como un producto de esa cultura que los pueblos van gestando a lo largo de la historia y que responde a determinada cosmovisión básica, determinado ethos cultural, al igual que su lengua. Cada pueblo desarrolla así su propia lengua, producto de fuerzas naturales, elementos azarosos, influencias humanas difusas y decisiones de sujetos concretos. Y de la misma manera, reconoce un derecho.

Para reflexionar sobre este componente histórico del derecho y sus analogías con el desarrollo de la lengua, nada mejor que partir del pensamiento de un jurista que ha considerado al derecho como la misma expresión del espíritu de un pueblo que se expresa en la costumbre. Se trata de la obra de Federico Carlos von Savigny. Aclaremos, sin embargo, que haremos referencia particularmente a las elaboraciones del autor en el campo de la filosofía jurídica, sin detenernos en otra disciplina de la que es uno de los más grandes maestros, el derecho privado y especialmente el derecho internacional privado.

El tema es oportuno si tomamos en cuenta que hace menos de un año, en el 2004, se realizó en Rosario el Congreso Internacional de la Lengua Española, además de celebrarse los 200 años del Código Civil Francés y 190 años de un escrito clásico de Savigny con el que se opuso a que Alemania siguiese el camino de la codificación emprendido por Francia y otras naciones de Europa.

2. Datos biográficos

En 1814, 7 años antes de la muerte del Emperador Napoleón Bonaparte, un jurista

¹ Docente de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad.

prusiano apellidado Savigny publicaría un trabajo que luego se convertiría en un clásico. Su tesis era sencilla, aunque muy desafiante. En tiempos en los que aún estaba fresco el recuerdo de Napoleón avanzando por Europa llevando consigo su Código y con él las ideas económico-jurídicas de la revolución francesa y del racionalismo de la Ilustración, Savigny sostuvo que el derecho, así como el arte o la lengua, aparece y se desarrolla de una manera gradual y espontánea, sin que ninguna revolución, pensador o legislador sea capaz de alterar sustancialmente su curso y sin que ninguna fuerza diferente del espíritu del pueblo pudiese darle contenido.

Federico Carlos von Savigny nació en Frankfurt el 21 de febrero de 1779 y murió en Berlín el 25 de octubre de 1861. Vivió en un orfanato hasta los 13 años, y a los 16 ingresó a la Universidad de Marburgo, donde recibió la influencia del Profesor Philipp Friedrich Weiss (1766-1808), especialista en jurisprudencia medieval. Siguiendo la moda de la época, Savigny realizó luego estudios en diversas Universidades, como las de Jena, Leipzig y Hall, retornando a Marburgo y doctorándose en el año 1800. En 1803 publicó su *Tratado sobre la posesión* y, fruto de su curso de invierno, la *Metodología Jurídica*. Enseñó como profesor privado derecho criminal y pandectas en Marburgo hasta 1808, en que ocupó la cátedra de Derecho Romano en Landshut. En 1810 fue designado profesor de Derecho Romano en la Universidad de Berlín, de la que fue también rector². Fue Magistrado Judicial, tutor del príncipe heredero de la corona³ e incluso Ministro del Interior de Prusia. De religión protestante, contrajo matrimonio con Kunigunde Brentano, católica, cuñada del poeta Clemens Brentano. En 1814 publicó su alegato contra la codificación titulado *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho*, en 1815 fundó la *Revista para la ciencia del derecho desde el punto de vista histórico*. Entre 1815 y 1831 publicó los seis volúmenes de su *Historia del Derecho Romano en la Edad Media*. En 1845 comienza a escribir su *Sistema de Derecho Romano Actual*, cuyos 8 tomos fueron publicados entre 1840 y 1849. En 1850 publicó una colección de varios de sus escritos, y en 1853 su última obra, *Derecho de las obligaciones*, apéndice del *Sistema*. Su hijo, Carlos Federico Savigny, también estudió derecho, fue magistrado, diplomático, funcionario, y se convirtió al fin de sus días en líder de los parlamentarios católicos en el Parlamento del Imperio Alemán⁴.

Coherentes con el pensamiento de Savigny, nos proponemos exponer sus ideas situadas en su contexto histórico. Ello exigirá un tratamiento sintético sobre el origen histórico del derecho alemán y su situación en la época de Savigny, las ideas jurídicas vigentes en Alemania, el movimiento cultural romántico y la situación particular en la que se encontraba

2 “The Columbia Electronic Encyclopedia”, 6ª. ed., 2003, Columbia University Press, voz SAVIGNY, refiere a que fue el primero rector. Otras fuentes en cambio lo indican como el tercer rector de la Universidad.

3 Encyclopedia Britannica, 11th Edition, 1910, voz SAVIGNY

4 LÖFFLER, Klemens, “The Catholic Encyclopedia”, Volumen XVI, 2003, edición electrónica, voz Karl Friedrich SAVIGNY

el país en su tiempo.

3. La formación del derecho alemán

En los tiempos de la expansión del Imperio Romano, los territorios del este de Europa eran ocupados por diversas tribus germánicas, a las que Roma nunca consiguió someter totalmente, por lo que perduraron en ellos los principios y reglas jurídicas propios de los pueblos de la región: Teutones, Sajones, Anglos, Bávares, Burgundios, Longobardos, Turingios y luego, en la parte occidental, los francos. A fines de la Edad Antigua, comenzaron a avanzar sobre occidente presionadas por la presión de los Hunos desde Asia y dando origen a lo que se conoce como las invasiones bárbaras. Estas tribus emigraban llevando con ellas su propio derecho, que entró en diálogo con el romano dando lugar al llamado “derecho romano bárbaro”. Frente al derecho romano individualista y universalista, defensor de la propiedad privada, el contrato y la potestad individual, el germánico era comunitario, local y más primitivo. Caído el Imperio romano de occidente en el año 476, Europa se desmembra, hasta que un rey “bárbaro”, Carlomagno, es coronado emperador en la navidad del año 800. Si bien Carlomagno unificó en un Imperio a los pueblos germánicos, no les impuso a todos el derecho de los francos ni ningún otro derecho común, sino que permitió a cada tribu conservar el propio, en el que se destacaba la costumbre como principal fuente del derecho. Los diversos pueblos, sin embargo, procedieron a reunir en “códigos”, o más bien recopilaciones, sus costumbres. Más tarde, en el año 973, el lugar del rey de los francos sería ocupado por el rey germánico Otón I, dando origen al Sacro Imperio Romano Germánico.

Con el tiempo fue conformándose en el Imperio un derecho que reconocía una pluralidad de fuentes. Por un lado, el derecho germánico, originario. A él se agregaban las elaboraciones del derecho canónico, dada la confesionalidad cristiana del imperio. Sumose a ello el derecho feudal, producto de la nueva realidad geopolítica. Pero a estas fuentes de ordenamientos debemos agregar otra que tendría con el tiempo una gran importancia y daría lugar a muchísimas controversias: el derecho romano. Roma no había conseguido someter completamente a la Germania y consiguientemente su derecho no había penetrado en ella de manera plena y directa. Sin embargo, durante la Edad Media, el derecho romano había sido recibido, paulatinamente, por dos vías. Por un lado, los Emperadores Germánicos vieron en el derecho compilado por Justiniano en un período absolutista un instrumento para justificar y consolidar su poder, por lo que lo acogieron en muchas de sus disposiciones. Pero la penetración más importante del derecho romano en el Imperio Germánico vino por otra vía, la de la educación. Los estudiantes de derecho de toda Europa concurrían a la Universidad de Bolonia a recibir la mejor formación jurídica de la época. Y cuando retornaban, llevaban consigo las ideas del Corpus Juris de Justiniano tal como les había sido enseñada por los glosadores y los comentaristas. El derecho romano, no siempre fiel a

sus fuentes y transformado por los usos forenses, pasó a ser considerado el derecho común en el Imperio Germánico, aplicable allí donde el derecho local no tuviera una regulación específica. Es decir que el sistema jurídico alemán estaba integrado, al mismo tiempo, por soluciones inspiradas en el derecho germánico, el derecho feudal, el derecho canónico y el derecho romano, reconociéndose además diversas fuentes, no siempre compatibles, en cada uno de ellos. De más está destacar la tensión que existía entre tales fuentes que daban soluciones contradictorias a las mismas cuestiones. Por ejemplo, mientras el derecho romano afirmaba la propiedad privada amplia e indivisible, el derecho germano la reconocía sujeta a obligaciones y restricciones de vecindad admitiendo además la propiedad colectiva de las ciudades y las familias, el derecho feudal sustituía la propiedad por concesiones en usufructo, y el derecho canónico se preocupaba de proteger al poseedor sin derecho. En materia de familia, el derecho romano postulaba amplias potestades del pater familiae, mientras el germánico colocaba la familia por encima de su jefe cuyas facultades estaban limitadas por el interés de ésta. El derecho feudal acentuaba los derechos paternos y la primogenitura, y el derecho canónico afirmaba la unidad e indisolubilidad del matrimonio, el buen trato a la mujer y a los hijos. En materia sucesoria el derecho romano tardío le asignó principalmente naturaleza patrimonial haciendo prevalecer el testamento sobre la legítima, pero el derecho germánico concebía la sucesión como una institución con fines morales y familiares y rechazó la sucesión testamentaria. Era así que la misma cuestión podía recibir una u otra solución según la fuente de derecho que se escogiese para inspirarla.

La tensión entre las fuentes estalló de una manera dramática con el famoso caso del molinero Arnold el mismo año que nacía Savigny, 1779⁵. Johann Arnold era un molinero que tenía un vecino aristócrata. Este último había construido un vivero aguas arriba, estancando el curso de agua que hacía funcionar el molino. Arnold recurrió a los tribunales ante este atropello a las relaciones de vecindad. El Tribunal de Cámara Real resolvió la cuestión según el más puro criterio de derecho romano: las facultades del propietario incluyen dar a su cosa el uso que desee sin que pueda ser molestado en el ejercicio de esta facultad, y por ello el aristócrata está en su derecho de hacer cualquier construcción dentro de los límites de su finca. La solución evidentemente, chocaba palmariamente con los principios comunitarios de las costumbres germánicas. Profundamente alterado, el rey resolvió casar la sentencia, dándole la razón a Arnold, y resolvió además destituir y apresar a los jueces que habían rechazado su demanda, condenándolos de manera personal a indemnizar los daños y perjuicios. Al año siguiente Federico II encarga la reforma de la legislación y el dictado de una Ley Territorial común para Prusia, que reemplace al derecho romano, y que entró en vigor en 1794. Esta ley no constituyó en su proyecto un auténtico Código, pues impedía al juez fallar integrando sus lagunas, cosa que se admitió en el texto definitivo. Su estructura y

5 MOLITOR-SCHLOSSER, "Perfiles de la nueva historia del derecho privado", editorial Bosch, Barcelona, 1980, pag. 64

sus soluciones divergen de las que recogería luego la codificación francesa y sus imitadores. En una primera parte la Ley regula los derechos individuales, pero en la segunda parte rige a la persona como parte de una familia (parentesco, sucesión intestada...), como parte de una clase social (agricultores, comerciantes, nobles, burgueses, militares, funcionarios públicos), como parte de corporaciones, como parte de la Iglesia y como parte del estado (incluyendo disposiciones sobre derecho financiero y penal). Es un orden no individualista y que además reúne el derecho público y el privado como dos partes no separables de la persona.

En cambio, en otra parte del Imperio, Austria, se promulgó en 1811 un auténtico Código Civil, inspirado en las ideas de Kant. Este Código conciso, abstracto y general, se apartaba de los vínculos con la historia local, fundándose en criterios universales y necesarios deducidos por la razón, a los que había acudir ante el caso de silencio de la ley, y que prevalecerían sobre los derechos locales.

Vemos entonces la complejidad del sistema jurídico vigente en el Imperio en tiempos de Savigny: superpuestas existían disposiciones del derecho germánico, romano, feudal y canónico, y además, codificaciones muy diversas en su forma y en su fondo en Prusia y en Austria.

4. Las ideas jurídicas en Alemania en tiempos de Savigny

Nos toca ahora detenernos en la consideración del pensamiento jurídico vigente en el Imperio. Dos grandes escuelas jurídicas predominaron en sus territorios durante la Edad Moderna.

Por un lado, la de los **romanistas**. Habían estudiado en Bolonia el derecho romano y estaban admirados del desarrollo científico que había conseguido, especialmente en su compilación justiniana. Lo consideraban la razón misma puesta por escrito (**ratio scripta**). Los romanos habían tenido la virtud de positivizar las mismas exigencias del derecho natural racional y universal. Con ello, se superaba el problema de la relación entre el derecho natural y el positivo: en el romano estaban ambos reunidos, sólo quedaba explicarlo, interpretarlo, sistematizarlo.

Por otro lado, estaba la escuela de los **iusnaturalistas** racionalistas, quienes concebían la existencia de normas de derecho que la razón humana podía extraer de la naturaleza misma dando lugar a un ordenamiento completo, universal y necesario, capaz de regular la vida jurídica de los hombres sin importar donde o cuándo se desarrollara su existencia. Algunos concebían al derecho como las mismas leyes naturales consagradas por la voluntad del estado (Grocio, Pufendorf y Thomasius), otros como el producto de la razón (Leibniz y Wolf).

Ambas escuelas tenían en común la creencia de haber encontrado un derecho racional, universal e intemporal, capaz de regir con utilidad a los pueblos y que como tal debía ser recogido por las leyes.

Sin embargo, el siglo XVIII iba a dar lugar a un movimiento cultural que transformaría profundamente el modo de concebir el mundo y el derecho: el romanticismo. El movimiento romántico tuvo uno de sus epicentros en Alemania, y exaltó lo emocional sobre lo racional, lo local e individual sobre lo universal, lo histórico por sobre lo intemporal. Esta corriente revitalizó los estudios históricos, los intentos por rescatar las bases de las tradiciones medievales y germánicas, las pretensiones de construir una cultura nacional auténtica. Se opuso al racionalismo, y acentuó los sentimientos, las creencias religiosas, las expresiones artísticas y las diversas manifestaciones de la cultura de cada nación y pueblo. Es así que Savigny fue contemporáneo de una serie impresionante de grandes pensadores, filósofos, juristas y escritores alemanes, entre los que contamos a Hegel (con quien polemizó), Fichte (1762-1814), Goethe (1749-1832), Heinrich (1748-1810), Herder (1744-1803), Hölderlin (1770-1843), Jacobi (1743-1819), Schelling (1775-1854), Schiller (1759-1805), Schleiermacher (1768-1834), Schlegel (1772-1829). Todos ellos comparten las características fundamentales de la orientación romántica, predominante en la Alemania de la época.

En este contexto, Savigny será muy influenciado por la obra del profesor Gustav Hugo (1764-1844), precursor de la escuela histórica, para algunos su primer exponente, a quien Savigny cita elogiosamente en varias oportunidades. En su obra *¿Son la leyes las únicas fuentes de reglas jurídicas?* sostiene que el derecho se ha formado en escenarios diferentes al de la autoridad legislativa como la costumbre y el derecho pretoriano. El derecho nace de la sociedad no por imposición de una voluntad sino de manera parecida a lo que sucede con la lengua, creándose lentamente, paulatinamente, de acuerdo con los propios problemas, las propias necesidades y los propios usos del pueblo. El derecho se hace a sí mismo con la mano moldeadora del pueblo. Savigny también elogia la obra de Montesquieu, quien también había identificado la influencia de los factores geográficos y sociales en la ley, por su apertura al estudio histórico de la legislación, aunque anota cierta pobreza de fuentes históricas auténticas.

Es interesante señalar que las ideas románticas que llevaron a un rescate de la historia tuvieron también manifestaciones en otras áreas. Por ejemplo, se desarrolló lo que más tarde se conocería como la Escuela Histórica Alemana de Economía, que rechazaba posibles sistemas económicos universales, indicando que el comportamiento económico y consiguientemente las leyes de la economía son contingentes de acuerdo con sus contextos históricos, sociales e institucionales por lo cual el método económico debía ser necesariamente interdisciplinario, integrando perspectivas de análisis históricas y sociológicas además de las estrictamente económicas⁶. Atacaban las ideas de los economistas clásicos ingleses por pretendidamente

6 Pueden considerarse, en mayor o menor grado, partícipes de la Escuela a Wilhelm G.F. Roscher, 1817-1894, Bruno Hildebrand, 1812-1878, Karl Knies, 1821-1898, Gustav von Schmoller, 1838-1917, Georg Friedrich Knapp, 1842-1926, Ludwig Joseph (Lujó) Brentano, 1844-1931, Ernst Engel, 1821-96, Karl Bücher, 1847-1930, Adolph H.G. Wagner, 1835-1917, Werner Sombart, 1863-1941, Arthur Spiethoff, 1873-1957, Max Weber, 1864-1920, Alfred Weber, 1868-1958, Karl Polanyi, 1886-1964.

universales y cosmopolitas.

5. La historia próxima

Ahora bien, si nos remitimos a la historia más próxima a su obra, no podemos soslayar que tocó a Savigny asistir a sucesos que conmovieron profundamente a Alemania. Vivió su período de formación bajo la amenaza de Napoleón, que en 1806 había tomado Berlín, amenaza que, unida al ejemplo del pueblo francés y al triunfo prusiano final, sirvió de motor para las ideas románticas. En 1814, con la derrota de Napoleón por las potencias, asistió a la Restauración del Antiguo Régimen. Federico Guillermo III de Prusia, junto con otros monarcas se reunieron en el Congreso de Viena (1814-1815), que reemplazó el Sacro Imperio Romano Germánico de más de 240 estados por la Confederación Germánica de 39 Estados representados en la Dieta de Frankfurt.

El triunfo sobre Napoleón exaltó el espíritu alemán. Mientras algunos proponían para el mejoramiento de Alemania la adopción del Código Civil francés que había regido bajo el dominio de Napoleón en parte del territorio imperial, otros calificaban de traición a esta tesis y en cambio proponían retornar a un derecho puramente nacional rescatando las antiguas costumbres germánicas, o confeccionando un código propio elaborado sobre tales tradiciones, sobre el derecho romano o sobre los dictados de la razón. Thibaut, por ejemplo, planteaba la necesidad de un código alemán como manifestación de la grandeza nacional frente al enemigo francés.

Savigny participará de esta polémica que dará a su obra su particular configuración.

6. El pensamiento jurídico de Federico von Savigny

Si quisiéramos sintetizar las ideas de Savigny en un solo párrafo, diríamos que consideraba que el derecho de un pueblo es, como su arte y su lengua, producto de su espíritu y consiguientemente no podía ser impuesto desde el exterior. Por tal razón se opuso a la idea de brindar una codificación al derecho alemán de su tiempo pues consideraba esta idea como una arbitraria interferencia en el desarrollo natural de la conciencia nacional que no tenía vocación ni estaba preparada para producir tal codificación. Ahora bien, esta insistencia en la historicidad del derecho como expresión del espíritu del pueblo es siempre acompañada por la afirmación de la necesidad de dar al derecho un carácter científico presentándolo como un sistema orgánico donde sus partes están interconectadas y adquieren sentido en relación con el todo. Elemento **histórico** y **sistemático** son las dos ideas fuerza de su concepción jurídica.

Sobre la primera, la idea **histórica**, ilustra muy bien la presentación que escribió Savigny en 1815 para el primer número de la *Revista para la ciencia del derecho desde el punto de*

vista histórico, la que sería en adelante el principal órgano difusor de la escuela. Intenta en ella una justificación del por qué elegir una revista, y no un libro, para presentar las ideas de la escuela; cosa poco común en la época, y más aún si tomamos en cuenta que la revista, por su estilo y sus temáticas, no apuntaba a un auditorio de juristas. Manifiesta allí su pretensión de que la reflexión sobre las cuestiones jurídicas no se limite a un conjunto de juristas selectos, sino que pueda abarcar a un público más amplio. Además, expresa que las ideas transmitidas en la revista pueden transformarse, con el tiempo, en planteos más completos que podrán traducirse en libros.

Comienza el autor su presentación indicando que podían identificarse en su época dos maneras fundamentales de cultivar la ciencia del derecho. *“Una de estas dos escuelas ha sido bastante caracterizada con el nombre de histórica; para la otra, en cambio, es difícil encontrar un nombre positivo, pues no siendo una sino en su oposición a la primera, aparece, fuera de esto, con las más diversas y contradictorias formas, y ora se anuncia como filosofía o derecho natural, ora como la sana razón común. A falta, por tanto, de otra expresión, la llamaremos no histórica”*⁷. Sensible a las perspectivas filosóficas, anota sin embargo que resulta imposible comprender la antítesis entre estas corrientes si no se las aborda desde una perspectiva más general, que abarca todas las cuestiones humanas, y en particular todo lo que hace a la constitución de los estados. El problema general radica en preguntarse *“¿qué relación existe entre el pasado y el presente, entre el ser y el devenir?”*.

Al respecto, indica Savigny que para una posición, que llama *“egoísmo histórico”*, cada edad produce libre y arbitrariamente su vida y sus instituciones, con éxito o sin él, en la medida de su inteligencia y fuerza. Esta concepción aísla al individuo del estado, y al presente del pasado. Si bien puede abordar el estudio del pasado, lo hace sólo para aprender los resultados obtenidos por la propia conducta, como una colección de hechos y ejemplos. Frente a ello postula el autor que *“no se da ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien, aquello que puede ser considerado como individual, ha de mirarse, por otra parte, como miembro de un todo superior. Así, es necesario considerar a cada individuo, al mismo tiempo que como tal, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado; cada periodo de la historia de un pueblo como la continuación y desarrollo de las edades pasadas... No crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado”*⁸. La historia deja de ser una mera colección de ejemplos, para convertirse en el único camino para el conocimiento de un pueblo y sus productos culturales.

Esta antítesis entre la posición que aísla al individuo de la comunidad y al presente del pasado, y la otra que solo comprende al individuo como integrado en una comunidad y al

7 SAVIGNY, Federico, Presentación de la “Revista para la ciencia del derecho desde el punto de vista histórico”, 1815, número 1, pág. 1.

8 SAVIGNY, Federico, “Presentación” cit., pág. 2.

presente como continuidad de un pasado, tiene sus repercusiones en el campo de la ciencia jurídica. Mientras *“la escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia”* y *“cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna”*, la *“escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico”*⁹. En el caso de Alemania, considera Savigny que resulta importante profundizar en el cultivo de la historia del derecho romano y del derecho germánico.

Pero no se trata de apegarse al pasado con una ciega y excesiva estimación que mutile las fuerzas del presente. *“Se ha afirmado recientemente que el derecho romano es el principal y más importante que se ha descubierto, y que el mérito de los modernos consiste más bien en la elección entre las opiniones y teorías reunidas ya, y a lo sumo en haberlas apoyado con nuevas razones, que, sin embargo, están las más de las veces inspiradas en las de los antiguos (Jahrbueb: Heilderberg, 1815 -Anales de Heidelberg-, cuaderno 2º, pp. 110 y 157). Si así fuese, la ocupación en un oficio mecánico, donde nunca faltará ciertamente ocasión para propias y nuevas creaciones, nos parecería mucho más digna de un hombre de talento que nuestra ciencia... la relación de una era literaria con el pasado, se parece a la que debe unir a un hombre de buena voluntad con sus contemporáneos: reconoce con gusto el mérito ajeno y tiene espíritu abierto y entusiasta admiración para toda obra grande, pero con un seguro y tranquilo sentimiento de la propia vocación”*¹⁰.

Discípulo de Savigny fue Jorge Puchta (1797-1846). Éste se ocupó de profundizar la idea de la personificación del *volksgeist*, en algo diferente a la suma de las conciencias de las personas que componen el pueblo. De esta forma el espíritu del pueblo toma cuerpo y se convierte en algo concreto, apreciable y estudiable como un todo objetivizado. Savigny dirá al respecto que *“el pueblo como un ser individual, sujeto natural y persistente del derecho positivo, no debe restringirse a la reunión de los individuos existentes en una misma época; débese, por el contrario, considerar al pueblo como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que entrelaza el presente con el pasado y el porvenir... Esto explica por qué el derecho no depende de la existencia de los individuos, porqué las reglas se mantienen y se verifican las transformaciones en aquél”*¹¹.

9 Idem., pág. 2.

10 Idem., pág. 3.

11 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Tomo I, & 8. Utilizamos traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, editorial Góngora, Madrid, 1962.

En este contexto se comprende que la ciencia jurídica no debe pretender presentar soluciones jurídicas de validez universal e intemporal, sino que *“el objetivo de la ciencia jurídica es presentar históricamente las funciones legislativas de un Estado”*¹² En la *Metodología Jurídica* insiste en la necesidad de realizar, antes de la elaboración sistemática o científica, una elaboración histórica de la jurisprudencia, pues *“mucho no se puede comprender sin cierto conocimiento histórico previo... pues toda legislación es poco más o menos el resultado de la historia anterior de la legislación. Justiniano nunca tuvo la intención de hacer un código propio, sino de formar una mera compilación del rico material existente”*¹³. La historia del derecho permitirá sobre todo la investigación de las fuentes sobre las cuales construir la ciencia jurídica. *“Aunque en todo método hay además de lo individual algo de la época, así también en la jurisprudencia mucho se debe a la época, y viceversa”*¹⁴.

Sin embargo, su reacción contra el racionalismo no excluyó la admisión del abordaje sistemático del Derecho, sobre cuya necesidad insistió en su obra juvenil *Metodología Jurídica*¹⁵. Allí escribe que *“Cada uno tiene un método, mas en pocos ha llegado a ser una conciencia y un sistema. Pero el método es llevado a un sistema por el hecho de que pensamos que una ciencia es acabada conforme a las leyes propias a su naturaleza o conforme a un ideal de ésta. Sólo su contemplación nos conducirá a un método correcto”*¹⁶. La ciencia legislativa es por un lado una ciencia histórica, entendiendo por saber histórico *“el saber de algo objetivamente dado”*¹⁷, pero al mismo tiempo es ciencia filosófica en cuanto se construye sistemáticamente. Y ambas perspectivas, histórica y filosófica, deben unirse siendo totalmente históricas y filosóficas a la vez, lo que se logra al *“concebir el sistema como en progreso constante y relacionarlo todo con él (historia interior del derecho), y no sólo elaborar cuestiones aisladas del derecho”*¹⁸. Por eso su última y más importante obra será, justamente, un **Sistema de derecho romano actual**. Para elaborar científicamente la jurisprudencia, arribando al sistema, propone Savigny una serie de pasos. Primero, el desarrollo de los conceptos contenidos en cada principio particular del derecho, dando definiciones y haciendo las clasificaciones necesarias. Luego es necesario ordenar los principios del derecho y presentarlos en su vinculación interna.

En relación con las fuentes del derecho, tema esencial en el pensamiento de Savigny, podemos identificar una evolución. En su juvenil *Metodología Jurídica*, privilegió a la ley como fuente del derecho, limitando la tarea judicial a la reconstrucción del pensamiento

12 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 1. Utilizamos traducción de J.J. Santa Pinter, ediciones Depalma, Bs. As., 1979, pág. 1.

13 Idem., pág. 30.

14 Idem., pág. 1.

15 Sus propuestas metodológicas son analizadas con cierta profundidad y crítica por Larenz, Karl, “Metodología de la ciencia del derecho”, editorial Ariel, Barcelona, 1980, pág. 32 y ss.

16 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 4.

17 Idem., pág. 7.

18 Idem., pág. 11.

expresado en la misma ley buscando lo que podía hallar en sus palabras según su sentido lógico, gramatical y el que se infiere de la conexión sistemática de esas normas existentes en el tiempo¹⁹. La ley era vista como una necesidad del estado colocando algo objetivo entre los individuos que limite el dominio de la arbitrariedad entre ellos, de este modo *“no es la arbitrariedad del juez, la que decide sino la ley misma; el juez reconoce tan sólo las normas y las aplica al caso particular”*²⁰. De allí que *“la ley tiene que ser objetiva, esto es, expresarse directamente; por ello todas las premisas de la interpretación deben hallarse en la ley misma o en conocimientos generales (por ejemplo, conocimientos del lenguaje de la época). La interpretación se hace fácil si el intérprete se coloca en el punto de vista de la ley, y, mas tan sólo si en ese punto de vista es conocida mediante la ley misma. Se dice generalmente que en la interpretación todo depende de la intención del legislador, pero esto es verdad a medias, porque depende de la intención del legislador en cuanto ésta aparece en la ley”*²¹.

En su etapa de madurez, en cambio, asume posiciones más flexibles sobre la interpretación legal, llegando a reconocer la interpretación extensiva o restrictiva de las normas que antes había rechazado, pues sostuvo que la ley era resultado del pasado de la nación, disposición que con el tiempo debía ser examinada, rejuvenecida y mantenida como consecuencia de una necesidad interna de la regulación social. De allí que no podía concebirse a la ley como la única fuente originaria del Derecho, sino que era del espíritu del pueblo de quien emergían las normas de Derecho, y de donde debía captarse, formular las instituciones jurídicas y regular las relaciones sociales que ante sí se presentaban. El Derecho Consuetudinario aparece así como fuente formal, que puede incluso derogar la ley.

Tales ideas fueron expuestas primero en sus obras coyunturales vinculadas a la codificación del derecho civil en Alemania, y luego de manera más orgánica en su *Sistema de Derecho Romano Actual*. En esta obra consigue lo que había proyectado como necesario para Alemania: exponer el derecho común, vigente en su patria, bajo la forma de un sistema, que permita comprender la interconexión entre sus instituciones. En el título de la obra están sintetizadas, en gran medida, sus ideas. Expone un sistema, es decir, una estructura orgánica de los principios jurídicos. Un sistema basado en el derecho romano, que era el receptado por Alemania desde hacia varios siglos. Pero no con la intención del historiador de exponer un derecho caduco, antiguo, sino con el propósito práctico de presentar tal derecho tal como en el momento de su exposición estaba vigente en la tradición viva del derecho alemán, dejando de lado disposiciones o instituciones romanas que se hayan perdido en la historia. *“Esta doctrina, en su aplicación particular al derecho romano, no le reconoce, como a menudo se piensa, una autoridad sin límites; sino que estudia el conjunto del derecho moderno,*

19 Idem., pág. 1.

20 Idem., pág. 7. Desorienta un poco cuando agrega que “estas normas son establecidas por la ciencia del derecho” en lugar de decir por el legislador...

21 Idem., pág. 14.

a fin de descubrir y de fijar todo lo que tiene un origen romano cierto, para evitar que, inconscientemente, seamos por él dominados; después, descomponen el elemento romano, y si alguna de sus partes, muertas en realidad, no conservan más que la apariencia de la vida, la elimina, abriendo así un campo más libre al desarrollo y a la acción saludable del elemento existente"²².

En las primeras páginas del *Sistema de derecho romano actual* Savigny se ocupa de las fuentes del derecho, poniendo de manifiesto sus principales ideas iusfilosóficas. *"Denominamos fuentes del derecho a las causas de nacimiento del derecho general"*²³ y al respecto precisa que *"si preguntamos por el sujeto en el que y para el que el derecho positivo tiene su existencia, lo encontramos en el Pueblo. El Derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo, y por ello habremos llamarlo Derecho del Pueblo... Se trata del espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa y que produce el derecho positivo. El mismo es, por ende, para la conciencia de cada individuo no casual sino necesariamente un solo derecho"*. Ello no significa, de todos modos, una uniformidad jurídica absoluta, ya que *"en el seno mismo de las naciones, cuya unidad es menos dudosa, se encuentran algunas veces ciertas subdivisiones... que sin estar desligadas de la nación, tienen sin embargo una existencia individual y distinta. Dentro del círculo de estas subdivisiones pueden formarse derechos particulares, que se colocan al lado del derecho común de la nación, y sirven para modificarlo y completarlo"*²⁴. En su devenir, este Derecho del Pueblo se manifiesta primariamente en la costumbre, pero cuando la cultura se hace más heterogénea y preponderante, *"llega a ser más difícil la producción del derecho que descansaba en la comunidad de la conciencia. Es más: desaparecería finalmente por completo, si en su lugar y por la influencia de las mismas nuevas etapas no se desarrollaran nuevos órganos: la legislación y la ciencia jurídica"*²⁵.

La costumbre es manifestación del derecho del pueblo, no es este mismo derecho. *"Si se contemplan los verdaderos fundamentos de todo derecho positivo, el núcleo inmutable del mismo, se llega al resultado de que la anterior doctrina invierte la verdadera relación de causa y efecto. El fundamento tiene su existencia y realidad en la conciencia del Pueblo. ¿Mediante qué medios podemos conocer esta existencia invisible? La conocemos en cuanto se evidencia en actos exteriores, en cuanto se patentiza en usanzas, hábitos, costumbres. La uniformidad de una conducta continuada y duradera nos revela como su raíz común, opuesta al mero azar, la convicción del Pueblo. La costumbre es, por tanto, el síntoma del derecho positivo, pero no su causa de nacimiento"*²⁶. Pero además de ser su síntoma, la costumbre es causa productora concomitante del derecho del pueblo, dándole una mayor

22 SAVIGNY, Federico, "Sistema de Derecho Romano Actual", Introducción, Tomo I, pág. 44.

23 Idem., Tomo I, & 6.

24 Idem., Tomo I, & 8.

25 Idem., Tomo I, & 6.

26 Idem., Tomo I, & 12.

consistencia. En este sentido alude a la acción productora concomitante de las formas simbólicas de los negocios jurídicos y las sentencias de los tribunales populares. Ahora bien, solo quienes contemplan el derecho desde fuera deben recurrir a la costumbre como forma de manifestación, *“puesto que para los miembros no es necesario desprender el derecho de los diferentes casos de la práctica, siendo su conocimiento inmediato y descansando sobre la intuición”*²⁷. En otro lugar amplía esta idea. Así como la lengua es extraña al extranjero y requiere de él un conocimiento mediato mientras que ello no ocurre para quien pertenece al círculo de la comunidad, lo mismo ocurre con el derecho. Pero aún, *“en la comunidad misma donde nace el derecho consuetudinario debemos distinguir dos clases de personas: las unas iniciadas, las otras extrañas al conocimiento común del derecho, y todas sometidas al imperio de la costumbre”*²⁸.

Savigny concibe a la ley como el derecho positivo encarnado en el lenguaje y provisto de valor absoluto²⁹. Su contenido está ya determinado por la anterior deducción del poder legislativo, es el derecho del pueblo ya existente o, lo que es lo mismo, la ley es el órgano del Derecho del Pueblo, y esto con indiferencia de la forma de gobierno adoptada. Sin embargo, la ley no posee un papel inferior a la costumbre, sino que tiene una influencia importante como auxilio complementario del derecho positivo; y también como apoyo de su continuo progreso. En situaciones históricas que no son favorables a la producción del derecho por la conciencia común del pueblo, interviene el legislador a fin de evitar la incertidumbre de los períodos de transición o procediendo a una modificación necesaria corroborándola con la fuerza del derecho escrito, resistente y en todas partes visible.³⁰

Ahora bien, como manifestaciones comunes del derecho del pueblo, una ley puede ser sustituida por una costumbre posterior.

Este derecho del pueblo, primariamente expresado en la costumbre y acompañado por la legislación, encuentra en una parte especial del pueblo, los peritos del derecho, una continuación y desenvolvimiento particular, dando origen al derecho científico. *“Los juristas despliegan, por tanto, una doble actividad; una actividad material por concentrarse en ellos principalmente la producción jurídica del pueblo, la que practican continuamente como representantes de la totalidad; y una actividad formal, puramente científica por llevar a la conciencia y exponer científicamente el derecho”*³¹. El peligro de la redacción de un código completo radica en que petrifica el resultado temporal de este enfoque formal sustrayéndolo de la purificación natural y de su dignificación por medio del desarrollo científico progresivo³².

Savigny sintetiza estas ideas afirmando que primitivamente todo derecho positivo –

27 Idem., Tomo I, & 12.

28 Idem., Tomo I, & 30.

29 Idem., Tomo I, & 13.

30 Idem., Tomo I, & 13.

31 Idem., Tomo I, & 14.

32 Idem., Tomo I, & 14.

consuetudinario- es derecho del pueblo, colocándose la legislación en función complementaria y de asistencia; pero cuando por el desarrollo progresivo del pueblo, a la legislación se añade la ciencia jurídica, el derecho del pueblo se halla provisto de dos órganos: la ley y la ciencia; aunque en tiempos tardíos la fuerza productora del derecho disminuye en la totalidad del pueblo³³.

6. Savigny y la polémica sobre el dictado de un Código Civil alemán

Tocó a Savigny intervenir en la polémica sobre el dictado de un código civil único para toda Alemania. Frente a él, algunos autores como Thibaut proponían la redacción de un Código Civil alemán, inspirado en el derecho nacional alemán con influjo de ideas del jusnaturalismo racionalista pero que intentaba recoger también el componente histórico del derecho excluyendo la influencia que había tenido en Alemania el derecho romano, que Thibaut estimaba ajeno al sentir alemán. Consideraba que tal codificación daría seguridad al derecho, simplificaría su enseñanza en las Universidades y su aplicación en los tribunales, y consolidaría la unidad del pueblo alemán frente a la diversidad de sus costumbres locales. Permitiría dar un sentido más útil a los estudios históricos que enredarse en minucias complicadas y dar cabida también al estudio histórico del derecho comparado. Por eso reclamaba un *“código simple correspondiente a nuestro sentir nacional, redactado en el enérgico lenguaje patrio”*³⁴. *Otros proponían en cambio modelos más asimilados al Código Francés de 1804.*

Savigny rechaza la idea de la codificación, por razones coyunturales y por razones de fondo. Las razones coyunturales tienen que ver con su inoportunidad. Consideraba que la ciencia jurídica alemana no había sido elaborada en grado suficiente como para proceder a una codificación, no tenía vocación ni estaba a la altura de semejante empresa. El derecho es el espíritu del pueblo, y el espíritu del pueblo alemán no estaba maduro para darse un Código que no fuera una mera, dañina e infructuosa imposición artificial. Retrata en varias páginas lo que ocurrió en Francia, donde se dictó un Código merced a un trabajo apresurado que lo hizo lleno de imprecisiones, y además empobreció la ciencia jurídica limitándola a comentarios del texto. Propuso por eso que en lugar de ocupar esfuerzos en confeccionar y sancionar un Código las energías debían enfocarse hacia la construcción del sistema científico del derecho romano vigente en Alemania, cosa que no se había hecho aún, y que más adelante podía sentar bases que hagan oportuna alguna codificación. En cuanto a razones más de fondo contra la codificación, anota en otros pasajes el peligro de que signifique una petrificación del

33 Idem., Tomo I, & 15.

34 THIBAUT, Anton, “Sobre la necesidad de un derecho civil común para Alemania”, publicado completo y traducido en La Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al estudio del proyecto de 1936, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1940, pág. 41.

derecho y un obstáculo a su permanente desarrollo y evolución. Sintetizando sus desarrollos, el mismo Savigny escribió que *“no estamos para nada preparados para hacer un código semejante, la vida científica del derecho sufriría una decadencia y semejante código para su aplicación debería rodearse de una impenetrable secuela de usos judiciales o doctrina judicial, llámesela como se quiera, que al final será la que verdaderamente predominará”*³⁵.

7. Valoración de la obra de Savigny

La figura de Savigny ocupa un lugar importante en la mayoría de las obras de derecho. En particular, destacan como aportes permanentes sus elaboraciones en torno a la interpretación y los cuatro elementos de la misma, histórico, gramatical, lógico y sistemático. Sus ideas sobre la ficción para explicar la persona jurídica. La estructura de su obra sirvió de base a la división pentárquica del derecho civil: derecho de personas, familia, sucesiones, cosas y obligaciones. En Derecho Internacional Privado, sus desarrollos de la extraterritorialidad del derecho lo muestran como uno de los fundadores de la rama. En el marco de los derechos reales, sus teorías sobre la posesión son materia de permanente cita y referencia.

En cambio, sus ideas sobre la historicidad del derecho han resultado más bien polémicas. Algunos autores de filosofía del derecho ni siquiera lo citan entre los principales exponentes de la disciplina, pero son los menos. La mayoría de las obras sistemáticas de filosofía del derecho hacen referencia a sus aportes.

Vamos a referirnos especialmente a las ideas iusfilosóficas de Savigny que más se han recogido y las que más se han cuestionado, aprovechando en cada caso para hacer nuestras anotaciones sobre la cuestión.

Es común encontrar una valoración positiva del rescate que realiza Savigny del componente histórico del derecho y su atención al dato empírico, olvidados por el normativismo racionalista. Creemos nosotros que también deben destacarse el sentido nacional y la contextualización cultural del fenómeno jurídico. En cambio, se ha cuestionado su obra por la ausencia de valoraciones en términos de justicia y la identificación de la explicación histórica con la justificación jurídica, por la falta de comprensión del papel de los individuos y de las elites en la conformación del derecho, por el fatalismo de sus ideas sobre la historia del derecho en la que la libertad y decisión humana pareciera no tener lugar, el recurso a nociones bastante oscuras y confusas, el desconocimiento de principios jurídicos capaces de trascender el hecho histórico del derecho positivo, y por cierta inconsecuencia entre su método y sus propias propuestas jurídicas. Nosotros agregaríamos también cierta

35 SAVIGNY, Federico, “Opiniones a favor y en contra de los códigos nuevos”, publicado completo y traducido en La Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al estudio del proyecto de 1936, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1940, pág. 73, y SAVIGNY, Federico, “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho”, ed. Heliasta, Bs. As.

indeterminación acerca del carácter descriptivo y/o prescriptivo de muchos de sus juicios. De todos modos, vale la pena indicar que si nos atenemos a Savigny y no a otros exponentes de la escuela histórica, estas críticas deben ser bien matizadas dado que, probablemente por su condición de jurista práctico que ha ejercido la profesión de magistrado, sus ideas resultan generalmente muy moderadas y equilibradas. Abordemos con mayor profundidad tales aportes y cuestionamientos.

a) El componente histórico del derecho

En tiempos de Savigny el derecho era pensado como el producto a-histórico de la razón humana. Savigny recordó que tiene importantes componentes históricos, que se desenvuelve en la historia fuera de la cual no puede ser explicado y comprendido adecuadamente. Todo estudio a-histórico del derecho resulta así incapaz de brindar un conocimiento adecuado de éste y toda propuesta jurídica que pretenda desvincularse de la historia será siempre imperfecta.

Heidegger, en sus *Conferencias sobre la Universidad Alemana*, reconoció a Savigny como uno de los artífices del apogeo de tales instituciones educativas durante el siglo XIX, ya que “*el pensamiento histórico logró entrar en las ciencias del derecho y en las ciencias del estado por Niebuhr y, sobretudo, por Savigny. Por eso, ésta [última] se vio obligada a convertirse en un pensamiento radical y vivo de cuestiones acerca del espíritu de un pueblo, la educación de las leyes y el estado. Savigny demostró que el derecho no surge sólo, ni preponderantemente del pensamiento normativo formal de la legislación [Gesetzgebung], sino tal como el lenguaje [lo hace] con el espíritu comunitario de los pueblos, con sus creencias y costumbres*”³⁶.

Desde el iusnaturalismo tomista se ha reconocido la importancia de la escuela histórica en cuanto: “1) *Contrarrestó los excesos del iusnaturalismo racionalista. 2) Fomentó los estudios sobre la historia del derecho. 3) Impulsó el método histórico en el estudio del derecho*”³⁷.

b) El sentido nacional y popular del derecho y su contexto cultural

Además de lo anterior, destaca Savigny el derecho positivo es producto de hombres que viven en una nación y que comparten determinada cultura, de la que aquél es una de las principales manifestaciones. De este modo, no será inocua la imposición a un pueblo un

36 HEIDEGGER, Martin, “La Universidad Alemana. Dos conferencias para los cursos de extranjeros en la Universidad de Friburgo”, 15 y 16 de Agosto de 1934, traducción de Breno Onetto M., Playa Ancha, Febrero 2001, www.philosophia.cl

37 TALE, Camilo, “Apuntes de Historia de la Filosofía del Derecho”, mimeo, Córdoba, 1985, pág. 204.

derecho positivo que no congenie con su historia y no sea asimilable por sus peculiaridades nacionales y culturales. Ahora bien, este sentido nacional y cultural del derecho no significa un postulado xenofóbico o etnocéntrico. Acentuó lo nacional, pero no de modo excluyente negando toda ingerencia positiva de elementos extraños que van siendo asimilados por el espíritu del pueblo (como el derecho romano en Alemania). *“Acaso creerán muchos, que continuar tomando el derecho romano como medio de perfeccionar nuestra jurisprudencia, es prescindir del espíritu del siglo y de la nación; que siguiendo semejante camino no podemos hacer más que imitar imperfectamente, o más bien reproducir, la obra de los romanos y que sería más noble empresa proclamarse independientes y reservar nuestros esfuerzos para una obra original... Sin embargo, un orgullo mal entendido, o el interés de nuestra comodidad, no deben hacernos desatender un socorro, que no podía suplir toda la energía de nuestros esfuerzos”*³⁸.

Se ha señalado también el acierto de Savigny al sostener que el derecho responde o debe responder, en alguna medida, a las convicciones y aspiraciones de la comunidad. Bodenheimer³⁹ indica que *“ninguna autoridad puede, a la larga, imponer reglas contrarias a la necesidad social de la época y el lugar”* y además que *“para funcionar con éxito, la administración de las normas de conducta exige un cierto grado de cooperación y apoyo por parte de la comunidad a la que se imponen las normas”*⁴⁰. Acierta también al tomar en cuenta que no puede negarse influencia jurídica de los factores nacionales y raciales. Las cualidades de los juristas romanos eran producto de su característica nacional. Por eso parten del caso concreto, pero desde él se elevan al caso general (a diferencia de los anglosajones, que dejan muy en la penumbra la regla general); y tenían aprecio por la tradición pero sin aversión al cambio, y por lo concreto pero sin rechazar lo formal. En los franceses, en cambio, hay mayor disposición sistemática y simétrica. Tales diferencias se ven en el derecho, en los jardines, en la administración del gobierno en los diversos países.

También en relación con la gestación gradual del derecho se ha destacado el mensaje de Savigny en cuanto a la necesidad de evitar el apresuramiento legislativo⁴¹.

c) La atención al dato empírico

Carlos Cossio se refiere en varias oportunidades de manera positiva hacia Savigny⁴², rescatando su pretensión de conocer al derecho como verdad empírica, tal cual es⁴³, y de

38 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Prólogo, Tomo I, pág. 50.

39 BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

40 Idem., pág. 110.

41 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, 2ª. Ed., editorial Bosch, Barcelona, 1961, pág. 109.

42 COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del derecho”, 2ª. ed., editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1964.

43 Idem., pág. 20.

darle un estatuto científico⁴⁴, aunque lamenta que éste haya perdido la ruta al abandonar el realismo merced a su gnoseología historicista⁴⁵. Escribió que “*el mérito más destacable de Savigny consiste en señalar que el jurista debe ir a la experiencia jurídica temporoespacial, si quiere conocer el derecho*”. Por nuestra parte, creemos que la remisión al dato empírico se ve empañada en Savigny por dos factores: la falta de fundamento metodológico que permita trascender lo meramente circunstancial para arribar a elementos permanentes en el fenómeno jurídico, y la remisión a ideas nada empíricas como la de un subjetivado “espíritu del pueblo” que más que el realismo nos recuerda la tesis idealista hegeliana de la idea que se manifiesta en la naturaleza y en la historia.

Veamos ahora las críticas de las que puede ser y ha sido objeto la obra de Savigny:

a) Carácter descriptivo o prescriptivo de las afirmaciones

Una primera cosa que se hecha de menos en Savigny es la falta de definición acerca de la medida en que sus tesis sobre el origen del derecho y su carácter histórico y nacional como expresión del espíritu del pueblo tiene carácter descriptivo o solamente prescriptivo. El derecho siempre es producto del espíritu del pueblo de acuerdo con su manifestación nacional e histórica, o en cambio, el derecho debe producirse por o de conformidad con el espíritu del pueblo que va a ser regido por éste. Savigny no trae definiciones sobre este punto. A veces explica los temas como describiendo lo que ocurre. Otras veces, en cambio, hace propuestas y alega a favor de que la producción del derecho se condiga con el espíritu del pueblo. Sus comparaciones entre el derecho y la lengua hacen pensar que sus tesis son descriptivas. Ahora bien, si por sí mismo el derecho es producto del espíritu del pueblo, entonces resultaría imposible que un estado tuviese un derecho que contravenga su espíritu, que es justamente lo que temía que ocurriese si Alemania dictaba un código civil uniforme. Como explicación descriptiva del origen del derecho, creemos que la posición de Savigny es incompleta y no puede generalizarse. Como explicación prescriptiva, creemos que debe rescatarse la necesidad de que exista cierta adecuación entre el derecho positivo y la sociedad que va regir.

b) Ausencia de valoración del derecho en términos de justicia

Es cierto que Savigny no negó propiamente que fuese posible valorar en términos de justicia el derecho positivo, ni negó que existiesen principios jurídicos que se encuentran más allá de un derecho histórico concreto y que permiten cuestionarlo. Tampoco enseñó que con la explicación histórica estuviese ya finalizado todo el análisis jurídico. Pero sí es cierto que

44 Idem., pág. 628.

45 Idem., pág. 133.

en su obra las valoraciones axiológicas o dikelógicas del derecho están totalmente ausentes, y que si bien en sus últimos trabajos admitió una finalidad trascendente en el derecho –que identificó con los principios del cristianismo–, tal finalidad no es utilizada para juzgar el derecho positivo, ni se le reconoce ningún carácter jurídico ni ninguna influencia para la tarea jurídica, sea la interpretación, la elaboración, o la aplicación del derecho. También es cierto que admitió que en los derechos históricos hay elementos específicos de cada pueblo y elementos comunes a todos los pueblos, pero estos elementos comunes son enunciados como parte del mismo derecho positivo y no como criterios que permitan cuestionarlo.

En síntesis, aunque Savigny no enseñó expresamente que la explicación histórica, se identifique con el análisis del mismo en términos de valor, es decir, que basta al jurista el comprender un derecho concreto teniendo en cuenta la historia y los factores que le dieron origen, tal identificación resulta consecuencia natural del método elegido tal cual fue aplicado por el mismo autor, que en ningún momento hace análisis de justicia sino solo explicaciones históricas. En terminología de Goldschmidt, diríamos que su planteo es bidimensional, socionormológico, pero está casi totalmente ausente la perspectiva dikelógica. Por eso podríamos enrolar a Savigny entre los iuspositivistas o negadores de la existencia de un auténtico derecho suprapositivo o natural.

La ausencia en su obra de valoraciones de justicia la hace para algunos un tanto desconcertante en algunos puntos. Así, polemizando sobre el dictado de un Código civil uniforme para Alemania, pone como ejemplo de disposiciones que se querrían imponer por imperio de la razón pero que rechaza como contrarias al espíritu del pueblo alemán la igualdad de derechos entre cristianos y judíos, la introducción del casamiento civil en lugar del eclesiástico, y la admisión del divorcio por pedido de los cónyuges. Savigny rechaza como contrarias al espíritu del pueblo tales pretensiones. En los primeros dos casos, omite todo análisis de justicia. Solo al rechazar la tercera solución hace una valoración pero de utilidad política, que no está vinculada con el “espíritu del pueblo”. Así, rechaza la igualación jurídica de alemanes y extranjeros, judíos y alemanes, porque *“la destrucción de toda distinción sería totalmente antinatural. Es verdad que los judíos son y quedarán para nosotros, de acuerdo a nuestra íntima esencia, extraños, y si quisiéramos ignorarlos llegaríamos a la más desgraciada confusión de conceptos políticos. No hay duda que la equiparación civil y política, por más que surgiese de una inspiración humanitaria, nunca pasaría de ser pura beneficencia, pues sólo podrá servir para mantener tal como es la infeliz existencia nacional de los judíos y, con toda probabilidad, la empeoraría”*⁴⁶. En cambio, la admisión del matrimonio civil es cuestionada por *“el efecto que produciría en el país alemán donde nunca hubiese estado en vigor el Code y cuyos habitantes no hubiesen conocido otro casamiento sino el eclesiástico”*. Y una admisión amplia del divorcio se rechaza, por cuanto *“la experiencia en esta materia ha demostrado –pues de experiencia se trata– que donde*

46 SAVIGNY, Federico, “Opiniones a favor y en contra de los códigos nuevos” cit., pág. 76.

rige el divorcio libre, muchos matrimonios se contraen con suma ligereza, teniendo en vista aquélla circunstancia”.

La marginación de los elementos dikelógicos se advierte también cuando al tratar de la integración del derecho, Savigny admite la autointegración mediante los principios existentes admitiendo el recurso al derecho natural pero concebido como “*un resultado general de la legislación positiva global*”⁴⁷.

Sin embargo, el mismo autor reconoce que a veces existen criterios superiores para valorar el derecho de un pueblo. Sus asertos al respecto quedaron en segundo plano durante su polémica contra el racionalismo jurídico⁴⁸, pero refiere a ellos en sus obras más maduras, radicándolos en los principios del cristianismo. De todos modos, como dijimos, no se reconocen a estos criterios carácter jurídico o influencia alguna en la actividad del derecho.

Entre estas pistas dikelógicas que incluyó Savigny en sus obras más maduras, enseñó que “*la misión general de todo derecho puede ser reducido sencillamente al destino moral de la naturaleza humana conforme la misma se expresa en la concepción cristiana de la vida... El cristianismo no existe sólo como regla de nuestras acciones; de hecho ha modificado la Humanidad y se encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aún de las que parecen serle más extrañas y hostiles. Reconocer este fin al derecho no es transportarlo a una esfera más vasta y despojarlo de su independencia; el derecho es un elemento especial de aquella misión general y domina dentro de su territorio con plena soberanía: unirlo de esta suerte a la universalidad de las cosas, es únicamente darle una verdad más alta*”⁴⁹. Además, reconoce elementos generales o comunes en el derecho de los diversos pueblos al explicar que “*esta opinión que reconoce al Pueblo individual como productor y soporte del Derecho positivo o real, puede parecer a algunos demasiado limitada, puesto que se inclina a atribuir la producción del derecho al espíritu común de la humanidad y no al espíritu de cada pueblo individual. No obstante, ambas opiniones no parecen contradictorias a una investigación más precisa. Lo que opera en cada Pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad que se evidencia en el primero de modo individual. Pero la producción del derecho es una acción común; y ella sólo es realizable para aquellos respecto de los cuales una comunidad del pensamiento y del obrar no sólo es posible, sino también efectiva. En atención a tal comunidad sólo existe dentro de las fronteras de un Pueblo individual, también sólo dentro de ellas puede producirse el derecho real, si bien en la producción del mismo se puede advertir la expresión de un instinto general humano de cultura y no la arbitrariedad particular de determinados pueblos, de la que no se puede encontrar en los demás el más*

47 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 44.

48 Al justificar el por qué del nombre de escuela histórica aclara que “al dirigir la atención hacia esta faz de la ciencia, no es que desconozcamos ni despreciemos ninguna otra; solamente hemos creído que por haber sido descuidado principalmente el elemento histórico, pedía ser desde luego rehabilitado y restablecido en sus derechos” (SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Prólogo, Tomo I, pág. 43).

49 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Tomo I, & 15.

mínimos rastro. El Derecho como producto del espíritu del pueblo puede ser privativo de un pueblo determinado o puede existir de manera uniforme en varios”⁵⁰. Y aclara en relación con el derecho popular que “*encontramos en él un doble elemento: un elemento individual privativo de cada pueblo; y un elemento general basado sobre lo común de la naturaleza humana. Ambos elementos hallan su reconocimiento científico y su satisfacción en la historia del derecho y en la filosofía jurídica... Unos concibieron el contenido del derecho como causal e indiferente y se contentaron con la apercepción del hecho como tal. Los otros establecieron un derecho normal que flota por encima de todos los derechos positivos y que todos los pueblos en sí harían bien en adoptar en lugar de su derecho positivo. Esta última unilateralidad sustrae al derecho toda su vida, mientras que la primera le niega toda dignidad superior. Evitamos ambas equivocaciones al estatuir una misión general cuya solución particular constituye tarea histórica de cada uno de los pueblos*”⁵¹

Pero el lugar que da a este elemento general del derecho es muy limitado. Al respecto, precisa que “*Con cierta frecuencia se separan ambos elementos (particular y general) colocándose en una determinada oposición, se combate y se limitan mutuamente para disolverse más tarde tal vez en una unidad superior. Con tal restricción es dicho elemento incompleto y limitado... El elemento general nos aparece bajo diversos aspectos, y sobre todo allí donde obra la naturaleza moral del derecho. Así que la dignidad moral y la libertad, comunes a todos los hombres; el desarrollo de esta libertad por las instituciones del derecho; todas las consecuencias prácticas que de estas instituciones se derivan; lo que los autores modernos llaman la naturaleza de las cosas (aequitas o naturalis ratio) son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas del elemento general. El elemento jurídico general aparece de modo más mediato y mezclado: 1) como observación de fines morales fuera del campo jurídico (boni mores)... 2) como observación del interés del estado... 3) como atenciones paternales del bienestar del particular*”⁵².

Alf Ross enroló, con imprecisión, a las tesis de Savigny como formas del iusnaturalismo. “*Fue una forma oculta de derecho natural. El historicismo no es solamente historia. Su idea fundamental es que la historia es también el criterio del bien. El objetivo o tendencia inmanente de la realidad, es también el valor supremo. El principio absoluto que se manifiesta en la historia es también el bien absoluto... La conciencia ético-jurídica popular no se limita a ser la fuente de la que de hecho surge el derecho; también es la fuente de la corrección o validez de éste. La escuela histórica, pues, representa no solo una filosofía jurídica fatalista, sino también una filosofía jusnaturalista... El espíritu del pueblo es lo absoluto y el profesor de derecho su profeta*”⁵³.

50 Idem., Tomo I, & 8.

51 Idem., Tomo I, & 15.

52 Idem., Tomo I, & 16.

53 ROSS, Alf, “Sobre el Derecho y la Justicia”, EUDEBA, Bs. As., 1963, pág. 335.

Dejando de lado el hecho de que para Ross el jusnaturalismo sería algo negativo, no cabe enrollar sin más a Savigny como jusnaturalista, dado que: a) Savigny no precisa si la necesaria adecuación del derecho positivo con el espíritu del pueblo es un hecho o algo debido (recordar lo dicho sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de sus afirmaciones), y si fuera esto último, sería un derecho natural mínimo con una única regla: que el derecho positivo debe adecuarse al espíritu del pueblo; b) Si bien Savigny menciona, aislada y escasamente, ciertos elementos “generales” vinculadas a la “naturaleza” en el derecho de cada pueblo, el nudo de su análisis consiste en relacionarlo con el espíritu del pueblo, que no es algo dado sino colocado, de algún modo, por los hombres. En última instancia, la tesis más trabajada por el autor concibe que el derecho positivo legal –gestado por el legislador- debe adecuarse al derecho positivo social, popular o consuetudinario –gestado por el espíritu del pueblo-. No salimos de un derecho positivo ni nos remitimos a principios jurídicos que no sean producto de la determinación humana.

La situación es más clara en Puchta, otro de los fundadores de la escuela histórica, cuando escribió que “una vez dada la ley, su validez no puede depender del examen de su conformidad con la voluntad del pueblo... Lo que se establece por medio de una ley constitucionalmente dictada vale como Derecho, como voluntad común, no por razón de su contenido, sino en virtud de esta forma de expresión”⁵⁴. Aunque Savigny no enseñó expresamente tal cosa, tampoco dijo nada que pudiese hacer pensar lo contrario. La relativa identificación del derecho con el hecho, ensayando incluso justificaciones “históricas” de la esclavitud existían ya en Hugo⁵⁵, maestro de Savigny, aunque éste tampoco repite tales enseñanzas.

En sentido similar a Ross, Luis Legaz y Lacambra⁵⁶ ha escrito que “Savigny, el honrado protestante que era fundador de la escuela histórica, creía casi al modo católico-escolástico en una ‘ley natural’, en la ley moral que se desprende de la consideración del hombre desde el punto de vista cristiano, ley que constituye el fin general del derecho” descartando que pueda ser considerado positivista. Como dijimos, Savigny sólo de manera aislada refiere a este fin trascendente en el derecho y no le da relevancia para el análisis y operación jurídicos.

Uno de los que primero anotó este desalojo de las valoraciones dikelógicas en la concepción jurídica de la Escuela Histórica fue Hegel, quien dedica consideraciones críticas a la escuela y específicamente a Hugo en el número 3 de su Filosofía del Derecho⁵⁷. Destaca Hegel la importancia del abordaje histórico pero considera que entenderlo como el encargado de justificar el derecho sin hacer ninguna valoración de justicia es colocar lo relativo en lugar de lo absoluto. El esclarecimiento y la justificación histórica se confunden con una

54 PUCHTA, Georg, “Curso de las Instituciones”, tomo I, & 10, pág. 29.

55 Cfr. FASSO, Guido, “Historia de la Filosofía del Derecho”, editorial Pirámide, Madrid, 1983, tomo III, pág. 62.

56 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 102.

57 HEGEL, Georg, “Filosofía del Derecho”, nro. 286. Utilizamos versión de editorial Claridad, Bs. As., 1987.

justificación eficaz por sí y en sí. “Esta distinción, que es muy importante, y que en verdad hay que mantener firmemente, es, a la vez, muy evidente: una prescripción jurídica puede manifestarse, por sus circunstancias y desde las instituciones jurídicas, como plenamente fundada y consecuente y, sin embargo, ser en sí y para sí, injusta e irracional”⁵⁸. La ley romana de las XII tablas puede ser explicada de acuerdo con su contexto histórico, pero esto no debe impedir el identificar en ella elementos injustos e inhumanos que no la hacen aceptable. Por otro lado, sin nombrarlo, critica a Savigny al considerar que “negar a una nación culta y a su clase jurídica la capacidad de hacer un código –puesto que no puede tratarse de hacer un sistema de leyes nuevas por el contenido, sino de reconocer en su universalidad determinada el contenido legal existente, como fácilmente puede comprenderse, apenas se reflexione un poco, con agregados para la aplicación en lo particular-, sería una de las más grandes afrentas que pueda serle hecha a una nación a la clase jurídica”⁵⁹. Uno de los discípulos de Hegel, Gans, escribió una extensa crítica de la obra de aquél. Paradójicamente, el hijo mayor de Hegel, Karl, se dedicó al estudio de la historia medieval a fin de refutar las tesis de Savigny mientras su hijo menor, Immanuel, tomó a Savigny como maestro y se transformó en un antihegeliano.

En sentido análogo a la de Hegel gira la crítica de Rudolf Stammler⁶⁰. Influenciado por Kant, su iusnaturalismo y la influencia de la lógica formal, Stammler critica duramente a la escuela histórica. Señala que remitiendo el derecho a una consagración del “espíritu del pueblo”, por un lado, se marginan las exigencias de la práctica en materia de legislación por los análisis meramente históricos o de convicciones y además deja cerrado el análisis y la crítica del derecho a partir de la idea de justicia, pues bastaría comprobar si se refleja o no la voluntad del espíritu popular. Cuestiona tanto el método como el resultado de la escuela histórica. El método, porque no concibe como de hechos concretos individuales (históricos) pudiesen surgir reglas de alcance general y absoluto para enjuiciar un determinado derecho positivo. Si la historia sólo presenta sucesos individuales y concretos, ¿cómo puede surgir de ellos una norma realmente general? El resultado, no admitiendo que una sucesión de infracciones pudiese constituirse en la fuente del derecho. Es decir que si el derecho tiene como fuente los hechos históricos, y en la historia hay actos justos pero también delitos, resulta que estos delitos, resulta que los delitos serían fuente de derecho.

Inteligentemente advierte Victor Cathrein la inconsistencia de las tesis de Savigny al negar principios jurídicos superiores a los surgidos de la conciencia popular expresados en la costumbre⁶¹. “¿Por qué tiene la minoría el deber de someterse a la opinión de la voluntad de la mayoría?... Cada uno puede, a lo más, obligarse a sí mismo y sólo por el tiempo que

58 Idem., pág. 42.

59 Idem., pág. 185.

60 STAMMLER, Rudolf, “Teorías del derecho y el Estado”, traducción de Chantal López y Omar Corté, Cuarta edición cibernética, enero del 2003, www.antorcha.net.

61 CATHREIN, Víctor, “Filosofía del Derecho”, editorial Reus, Madrid, 1950, pág. 138.

quiera; no puede obligar a los demás. Y lo que se dice de cada uno se dice de todos. Por medio de la pura convicción general y por el uso no puede nacer obligación alguna para todos". Dicho con otras palabras, el principio que establece que es obligatorio lo que surge del espíritu del pueblo debe derivar su obligatoriedad de una fuente superior al espíritu del pueblo pues de otro modo resultaría un círculo vicioso: el derecho surge del espíritu del pueblo porque así lo establece... ¿el mismo espíritu del pueblo?.

Bodenheimer señala que Savigny desconoce que el factor nacional es insuficiente para explicar el derecho: no permite comprender, por ejemplo, por qué resucitó el derecho romano mil años después de su caída, ni porqué fue transplantado el derecho civil alemán a países como Turquía o Japón. *"El espíritu del pueblo de Savigny tiene indudablemente parte en la evolución de un sistema jurídico, pero si se trata de un gran sistema, tendrá cualidades que se elevarán por encima de las limitaciones de los rasgos nacionales y le darán un espíritu y valor práctico verdaderamente universales"*⁶². Si bien Savigny reconoce estos elementos generales en el derecho positivo, no les da cabida en su metodología de análisis jurídico.

c) Marginación de otros factores que explican el origen del derecho positivo

El acento de Savigny en cuanto al espíritu del pueblo expresado históricamente como la fuente del derecho positivo merece ser cuestionada por reduccionista. No siempre se explica con ello el origen del derecho positivo, y deja en la penumbra otros factores como la labor voluntaria, libre y conciente de algunos seres humanos concretos cuyas decisiones han llevado a la gestación de un derecho positivo que sin ellos no hubiese existido. En el fondo, margina el fenómeno del poder que permite a algunos conseguir que otros obren de acuerdo con los deseos de aquéllos.

Por tal razón, la base de la teoría de Savigny, de que el derecho es una elaboración consuetudinaria del pueblo, ha sido cuestionada por quienes entienden que en muchas oportunidades el derecho es producto de algunos individuos o de las elites⁶³. Ilustran con el Código Civil francés que fue mérito de juristas concretos como Tronchet, Portalis y Maleville –y del poder de Napoleón, agregaríamos-, quienes inspirados en el derecho romano brindaron soluciones nuevas y sistemáticas alejadas del intrincado ordenamiento consuetudinario germánico, sin que este "individualismo" en su gestación afectara su eficacia ni la razonabilidad de sus soluciones. Brindan también ejemplos de otros países, en los cuáles las normas pueden atribuirse a la labor y a las ideas de algunos brillantes juristas. En sentido similar, Bodenheimer critica la tesis de Savigny de que en las sociedades primitivas las normas se desarrollan desde la costumbre, de conformidad con la conciencia jurídica popular, y sólo en la más compleja civilización se transfiera la creación del derecho a un grupo de técnicos.

62 BODENHEIMER, Edgar, "Teoría del Derecho", cit., pág. 277.

63 SABATER, Anibal, "Napoleon, Elites And The Genesis Of Law", en www.napoleonseries.org, febrero 2002.

La cuestiona porque presupone una estructura democrática en las sociedades primitivas cuando las investigaciones revelan la existencia de organizaciones más bien patriarcales, en las que también era común la existencia de una casta aristocrática que declaraba lo justo⁶⁴.

En *La lucha por el derecho*, Rudolf von Ihering (1818-1892) se apartó de las ideas de Savigny sosteniendo que el derecho no es fruto del “espíritu” del pueblo sino de su acción, de su lucha, de su trabajo y sacrificio. Los derechos solo existen cuando se los hace valer. Muchos incluyen a Ihering como exponente de la escuela histórica, aunque sus acentos son diferentes. Si bien sostuvo que “*no debe considerarse un orden jurídico positivo como una enunciación deductiva de una idea o de un plan, sino como consecuencia de las necesidades de la vida social... Ninguna Ley ni ningún código pueden ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas del pueblo y de la época en que se dictó... El derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas jurídicas generales, sino el que vive de un modo real por la gente, y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones...*”, enseñó también que “*todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor, ha sido indispensable imponerlos por la lucha a quien no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, suponen que están el pueblo y el individuo dispuestos a defenderlo... El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos sino el de todo el pueblo...*”⁶⁵ y por eso la escuela histórica se equivocaba al afirmar que el Derecho no es otra cosa sino un producto de fuerzas involuntarias, inconscientes, puramente históricas. En su opinión, el Derecho es, en gran parte, una acción del poder estatal, dirigida intencionalmente a un cierto fin.

Pero quien acentuó más la crítica en este sentido fue Roscoe Pound, en un capítulo titulado *La interpretación que considera el derecho como resultado de la obra de los grandes juristas*⁶⁶, señalando que “*ninguna de las interpretaciones del siglo XIX quiere saber nada de un elemento de actividad creadora que desarrollan los hombres como abogados, jueces, tratadistas o legisladores. No dicen nada sobre los esfuerzos jurídicos realizados para armonizar o reconciliar pretensiones contradictorias por medio de la razón creadora o de un proceso inventivo de ensayo y error. Imaginan que el fenómeno del desenvolvimiento jurídico sólo consiste en acontecimientos, como si los hombres no intervinieran para nada en su realización. Resulta, en cambio, que los acontecimientos que forman la historia del Derecho son, en realidad, actos debidos de una manera muy definida a algunos o a un solo hombre. El edicto del pretor no fue un hecho que se realizara por sí solo. Alguien se dirigía al pretor para que le concediera una acción con el resultado, en caso de persuadirle, de*

64 BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”, cit., pág. 294.

65 IHERING, Rudolf, “La lucha por el derecho”, cit., pág. 300.

66 POUND, Roscoe, “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, ediciones Ariel, Barcelona, 1950, pág. 155 y ss.

que se añadía un párrafo al edicto... Los juristas de la escuela histórica no pensaban en el hombre que actuaba. A lo sumo pensaban en toda una raza y en el hombre como un ejemplar particular de la misma, como si se tratara de un muestrario de hombres con un espíritu en serie... Los actores reales son, para ellos, mera fórmula”⁶⁷.

Alf Ross⁶⁸, en sentido similar, cuestiona a Savigny indicando que sus ideas conducen a un fatalismo histórico, en el que no tiene lugar la libertad ya que todo se produce como consecuencia de un “destino” producto de la evolución del espíritu del pueblo y no de las decisiones individuales. No del todo análoga es la afirmación de Del Vecchio cuando escribió que *“el estudio del derecho positivo, justamente propugnado por la Escuela histórica, no debe excluir la especulación ideal sobre la Justicia. Según la doctrina de esta escuela debemos adoptar una postura casi pasiva frente a todo producto histórico; pero esta adoración del hecho consumado contradice la exigencia crítica de nuestra conciencia y es la negación de todo progreso jurídico”⁶⁹.*

Es cierto que ante la alternativa de dar relevancia a la libertad o los condicionamientos históricos culturales, el acento en Savigny está del lado de este último y que, aunque no niega el papel de la libertad de los individuos como gestores de la sociedad y del derecho, tampoco le da un lugar importante en su análisis jurídico. Aunque plantea expresamente la necesidad del progreso jurídico, obtenido principalmente a través del desarrollo de la ciencia del derecho bajo la forma de un sistema, adecuando los principios e institutos jurídicos a las nuevas necesidades, por lo que al menos sus conclusiones, no siempre coherentes con sus principios, no resultan fatalistas.

Vedross advierte también como la concepción de la escuela histórica sobre las fuentes olvida *“el momento creador en la elaboración del derecho y pasa por alto que cada acto legislativo es portador de una cabeza de Jano: la ley debe, sin duda, elaborarse con base en el pasado, pero debe a la vez dirigir su mirada hacia el porvenir, si quiere influir sobre la conducta humana y orientarla en cierta dirección”⁷⁰.*

d) Imprecisión de las nociones

Muchas ideas de Savigny han sido cuestionadas por su imprecisión. Se ha dicho incluso que *“todo lo nebuloso y fantástico lo domina”⁷¹*. Si comenzamos con su noción principal, el “espíritu del pueblo”, Savigny no explica bien cómo se forma, está constituido, o se desarrolla, y por ello ha sido considerada difusa, mítica. ¿Cómo llevar esta noción a sociedades complejas

67 Idem.

68 ROSS, Alf, “Sobre el Derecho y la Justicia”, editorial EUDEBA, Bs. As., 1963, pág. 236.

69 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, editorial Bosch, Barcelona, 1974, pág. 123.

70 VEDROSS, Alfred, “La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental”, editorial Universidad Nacional de México, 1962, pág. 240

71 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 123.

y plurales donde conviven decenas de convicciones jurídicas y políticas diferentes? A ello se agrega “*la falta de un concepto claro de lo que sea el derecho, pues todas sus afirmaciones en este punto giran en torno a la siguiente tautología: es ‘derecho’ el contenido de la conciencia ‘jurídica’ popular*”⁷².

Stammler⁷³ señaló que la comunidad jurídica no es un cuerpo sino una comunidad de fines, y que el postulado de un “alma popular” como ser existente y permanente es un concepto mítico y contradictorio, construido artificialmente sobre la base de las características uniformes que pueden constatarse en individuos del mismo grupo nacional; afirmaciones míticas que son consecuencia del postulado general del romanticismo, que radicaría en la creencia en los “espíritus”. Bondeheimer señala también que el iusnaturalismo racionalista y la escuela histórica tienen en común su carácter “metafísico” y no empírico⁷⁴. Alf Ross⁷⁵ por su parte se ocupa de precisar que las ideas de Savigny no pueden concebirse como un aporte empírico sociológico-jurídico de la subordinación del derecho a la comunidad, pues su tesis no constata que existen características socio-psicológicas observables que influyen en la creación del derecho como correlaciones causales también observables, sino que en la escuela histórica lo “orgánico” que vincula al derecho con el espíritu popular nada tiene que ver con la causalidad de la naturaleza, sino que designa fuerzas oscuras, una esencia espiritual, que anima a todas las cosas vivas y tienden hacia una meta (romanticismo). La necesidad que traba al legislador no es la fuerza de las leyes de la naturaleza sino una necesidad fatal o destino asociada a la dinámica soberana del espíritu del pueblo. De allí que solo parcialmente puede rescatarse en Savigny el “realismo”, como hace Cossio, pues no faltan en él nociones y teorizaciones poco empíricas.

De todos modos vale la pena señalar que una cosa es ser realista y otra cosa ser empirista. Si una persona únicamente admite como realidad aquello que es inmediatamente observable con los sentidos, no siendo algo real ni la causalidad, ni la sustancia, ni los valores, entonces, lógicamente, como enseñó Hume, se negará a Savigny la condición de “realista”. Pero existen otros “realistas” que siguiendo a Aristóteles, padre del realismo, reconocemos que el conocimiento comienza con los sentidos pero que la inteligencia puede penetrar en el interior de las cosas y elevarse a nociones que no son perceptibles directamente por los sentidos y sin que por ello dejen de ser reales. Para estos realistas el hecho de afirmar la existencia de objetos o relaciones entre los objetos que no son sensoriales no es sinónimo de oscuridad o de creer en nociones inventadas o construidas artificialmente. En síntesis, decir que Savigny habla de cosas que no se pueden captar por los sentidos no dice nada contra Savigny, pues tales nociones pueden ser reales pese a no ser empíricas.

72 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 543.

73 STAMMLER, Rudolf, “Teorías del derecho y el Estado”, cit.

74 BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”, cit., pág. 294.

75 ROSS, Alf, “Sobre el Derecho y la Justicia”, cit., pág. 284.

e) Inconsecuencia de Savigny con su propio método

Una de las observaciones que cabe hacer a Savigny es el haber sido inconsecuente con su propio método. Algunos han referido a que no condecía con su mensaje el rescatar y estudiar, como lo hizo, el derecho romano⁷⁶, y menos aún un derecho romano puro obtenido previo un análisis crítico riguroso de las fuentes justinianas, que como tal era ajeno al espíritu nacional alemán. Tal crítica, sin embargo, no es del todo justa, pues Savigny no proponía una vuelta al pasado sino un rescate del derecho romano que luego de tantos siglos de penetración en Alemania ya podía considerarse parte del espíritu jurídico nacional, y solo en la medida que perduraba en su tiempo. Sin embargo, en algunos puntos Savigny aparece demasiado atado a las ideas romanas, más afines a las del *Code* francés, que a las germánicas. Por ejemplo, describe la propiedad como “la dominación ilimitada y exclusiva de una persona sobre una cosa”⁷⁷. Más acierto encontramos en Roscoe Pound cuando critica cierta universalidad que Savigny pretender dar a sus tesis sustentadas solamente en el derecho romano: “*Savigny era un romanista y su fe en la idea romana descubierta por medio de la historia hizo que su ciencia jurídica fuera tan universal como la de los partidarios del derecho natural... El cuadro simplista del orden jurídico que nos pintó la escuela histórica, con su idea única que todo lo resolvía, ha de ceder*”⁷⁸. Por eso escribió Del Vecchio que “*el derecho romano se convirtió para la Escuela histórica en un sustitutivo del Derecho Natural por ella combatido*”⁷⁹.

En este sentido, podemos encontrar una inconsecuencia en las bases mismas de su teoría. Pues si miramos un poco la historia veremos que su descripción de la gestación del derecho, a partir del espíritu popular expresado en la costumbre, pasando a la complementación legal, luego a la construcción científica y finalmente a la codificación, encontraremos descrito el proceso que ha seguido en su desarrollo el derecho del pueblo romano con primacía de la costumbre durante la etapa monárquica del derecho quirritario, con algunas leyes y sobre todo la extraordinaria labor de los juristas en la etapa republicana del derecho clásico, y con el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano en la última etapa imperial del derecho romano helénico. Savigny enseñaba que los paradigmas de análisis jurídico debían circunscribirse a sus contextos históricos, y resulta que él mismo pretendió dar carácter universal y general como explicación de las fuentes del derecho a lo que ocurrió con un derecho histórico, particular, como el romano. Asumiendo el método histórico que estudia los institutos jurídicos en sus contextos, ¿con qué derecho se puede transferir la experiencia jurídica del pueblo romano para explicar cómo se forma el derecho en todo tiempo y en todo lugar?

76 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 123.

77 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, vol I, pág. 367.

78 POUND, Roscoe, “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, cit., pág. 28.

79 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 124.

Análogamente, se ha señalado que Savigny describe únicamente lo que ocurre con la formación del derecho en las sociedades primitivas, en la fase originaria, pero impone estas observaciones al estadio de sociedades avanzadas, en las que la ley se convierte en fuente autónoma y se afirma como innovadora. El error de Savigny radicaría en haber dogmatizado y universalizado la fase inferior de la evolución jurídica de una comunidad⁸⁰.

Con carácter más general, aunque desde una perspectiva afín a la ideología socialista, Solari dedica varios párrafos a lo que considera incoherencias de la escuela histórica, que tenía en sus manos todos los elementos para construir una concepción social del derecho privado, pero “*dejando de lado la forma, con o sin códigos, el derecho privado en sus líneas generales, en sus principios fundamentales, se revela en Alemania y en otras partes con el mismo espíritu, las mismas finalidades, en perfecta correspondencia con las exigencias de la burguesía capitalista, cuyas prodigiosas conquistas preparó y aseguró*”⁸¹. Cosa que no debería llamar la atención, cuando la construcción de Savigny toma como base no el comunitario derecho germánico sino el individualista, aunque mitigado, derecho romano.

f) Conservadurismo

Se ha imputado a Savigny el adoptar un conservadurismo cerrado al progreso. “*No debemos ignorar que este tratadista, antes que todo era noble, razón por la cual tenía esas posturas que podemos calificar, con Bodenheimer, como conservadoras*”⁸².

Precisemos que rescató el pasado, pero no el pasado muerto, sino el pasado vivo en el presente. Por eso rechaza que sea mejor estudiar a los antiguos en lugar de los modernos⁸³: “*renunciar por presunción o por pereza a las ventajas de nuestra posición o contentarnos con dirigir una mirada superficial a la obra de nuestros antecesores, abandonando al acaso la parte de influencia que deben ejercer sobre nuestro desenvolvimiento, sería repudiar esta rica herencia, destruir la comunidad de las convicciones científicas y romper la continuidad vida del progreso, sin la cual la comunidad de convicciones degeneraría en verdadero estancamiento*”⁸⁴.

Desde perspectivas críticas neomarxistas se ha cuestionado a Savigny el coincidir con el postulado codificador de suprimir la pluralidad de la experiencia jurídica medieval por un derecho seguro, que en última instancia da más lugar al poder y a la conducción social⁸⁵.

80 Idem., pág. 123.

81 SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, editorial Depalma, Bs. As., 1950, tomo II, pág. 369.

82 IRIARTE, Carlos Mauricio, “Teorías sobre el origen del derecho”, 1997, edición electrónica, www.chez.com.

83 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 1.

84 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Prólogo, Tomo I, pág. 41.

85 CARRIÓN-WAM, Roque, “Codificación, Pluralidad Cultural y Pragmática del Conflicto”, comunicación a la Giornate Internazionali di Studi “Tra Interpretazione e comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”. Universidad de Messina, Italia, 18 al 20 de Mayo de 2001.

Es cierto que estaba entre sus objetivos dotar de alguna unidad al derecho alemán, aunque no a través del Código sino mediante la construcción científica de un sistema jurídico. Pero también es cierto que la pluralidad jurídica se había transformado, en su tiempo, en un verdadero caos jurídico, con lo que no parece justo el cuestionamiento.

De todos modos, sobre el conservadurismo, vale la pena indicar que la cuestión de fondo no radica en determinar cuánto una tesis es o no conservadora, sino qué cosas pretende conservar y cuáles modificar.

Podemos decir entonces que, más allá de su valioso rescate del elemento histórico en el derecho, las respuestas dadas por Savigny a los temas centrales de la filosofía jurídica son parciales e insatisfactorias. Probablemente, el desconocimiento que se ve en los escritos de Savigny de autores clásicos como el mismo Aristóteles lo privó del acceso a jusnaturalismos realistas no racionalistas, que hubiesen evitado sus acentuaciones radicales y desequilibradas que con razón han sido cuestionadas por pensadores de las más variadas tendencias. Vivió en un tiempo en el que la obra de la escolástica medieval había sido olvidada por completo, sustituida por un jusnaturalismo racionalista en el fondo tenía poco en común con aquélla. *“De ahí, precisamente, el honrado e ingenuo entusiasmo que en algunos de ellos provocaba el descubrimiento del carácter ‘flexible’ del derecho natural escolástico, por ejemplo en Suárez, tan opuesto a la rigidez propia de la construcción racionalista”*⁸⁶. Tomemos en cuenta que Ihering llegó a escribir poco tiempo después, refiriéndose a Tomás de Aquino, que éste *“ya había reconocido con perfecta exactitud los aspectos prácticos realistas y sociales de la moralidad, así como los históricos. No puedo apartar de mí el reproche de mi ignorancia, contenido en dicha demostración... ¡Qué de extravíos pudo evitar aceptándolas sinceramente! Por mi parte, yo no habría escrito nada de mi libro si las hubiese conocido, porque las ideas fundamentales que en él he tenido que tratar se encuentran ya expresadas con una perfecta claridad y en fórmulas muy expresivas en este potente pensador”*⁸⁷.

8. Derecho y lengua en la obra de Savigny

En la escuela histórica son comunes las analogías entre el derecho y la lengua de un pueblo, ambas como expresión de su espíritu, de desarrollo espontáneo, gradual, histórico, que no puede imponerse desde fuera. Pero no desarrollan ni se extienden sobre las relaciones que podrían establecerse entre ambos fenómenos, el jurídico y el lingüístico.

Savigny llega incluso a proponer a la **historia de la literatura** como el camino para acceder al método jurídico. *“¿Cómo podemos, pues, alcanzar el ideal de una ciencia? Un medio auxiliar general es la historia de la literatura, pues de ella surge el estudio literario, y con ello un método general y un juicio sobre el individuo particular. Si consideramos,*

86 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 314.

87 IHERING, Rudolf, “El fin en el derecho”, cit., pág. 212.

por ejemplo, la carrera científica de un jurista, conoceremos su método, y, por tanto, probablemente un método posible. Si lo comparamos con la ciencia, podremos juzgar también el método de él. La historia de la literatura nos lleva, pues, siempre a un método y su juzgamiento"⁸⁸. Para ello postula Savigny una metodología del estudio literario de la jurisprudencia, estudio que supone una lectura crítica y una lectura histórica de tal literatura. Lectura crítica implica desentrañar cuál es la misión del texto analizado y qué hizo el autor para resolver el problema que tenía ante sí. La lectura histórica busca insertar la obra en su contexto. *"Aquí podemos pensar en todo escrito en forma doble, o sea, en una serie sincrónica en la cual cada obra figura como una parte del todo, y cronológica, es decir, en relación con toda la época a la cual pertenece la obra, pues cada escritor se halla limitado también por el período anterior. Si se considera a cada autor en esta doble relación, se leerá históricamente. Sólo teniendo un panorama general de todo el campo de la literatura se puede estudiar a un autor determinado, y sólo así será posible una lectura crítica"*⁸⁹.

También rescata un vínculo entre lengua y derecho por la propuesta del **recurso a la etimología** para entender las instituciones jurídicas, dando más importancia a la palabra que a su expresión en conceptos. *"Para lograr en la legislación fidelidad en la genealogía de los conceptos, la etimología es un medio auxiliar muy importante (por ejemplo, en praescriptio, exceptio en lugar de prescripción). En muchos casos la etimología ha adquirido mala fama porque dividió a todas las definiciones en nominales y reales, desentendiéndose de las primeras por carecer de importancia. Pero esta división es algo bárbara, ya que supone una vinculación arbitraria de los signos con la cosa designada, que no existía en caso alguno en la culta legislación romana, y sólo pudo tener lugar en la época bárbara. Se considera generalmente menos importante la explicación del concepto en palabras, esto es, la definición. Aunque no es de despreciar, la otra explicación es lejos más importante"*⁹⁰.

Considera también Savigny que el **uso de la misma lengua** es una de las manifestaciones de la comunidad espiritual en la que se hallan los hombres y que le permite hablar de un espíritu del pueblo⁹¹.

Por último, la lengua aparece cuando el autor reconoce como primer elemento de la interpretación al **gramatical**, en el cual la interpretación se diferencia mucho de la práctica de la filología⁹².

9. Conclusión

Aunque su influencia real no debe exagerarse, la obra de Savigny contribuyó a dilatar

88 SAVIGNY, Federico, "Metodología Jurídica", pág. 1.

89 Idem., pág. 59.

90 Idem., pág. 39.

91 SAVIGNY, Federico, "Sistema de Derecho Romano Actual", Tomo I, & 7.

92 Idem., Tomo I, & 33.

en el tiempo el dictado de un Código Civil para Alemania. El que se sancionó en 1896 y rige desde el 1900, si bien es burgués y se sustenta sobre la propiedad privada y la libertad de contratación, recepta algunos elementos del carácter germánico, como el principio de la equivalencia económica, que llevó a poner límites a los contratos -como la locación- a fin de asegurar reciprocidad en las prestaciones; o el principio de la apariencia, que garantiza la buena fe y protege la confianza dando primacía a la situación públicamente ostensible aunque no coincida con la auténtica voluntad de los sujetos. Si bien la recepción del derecho romano es importante en particular en los dos primeros títulos, los mismos se amalgaman con criterios del derecho germánico, como la importancia de la publicidad, y en particular de la publicidad registral para la transferencia de bienes inmuebles.

La escuela histórica conoció una derivación al formalismo, “*hipertrofia de la dogmática, hinchazón constructiva completamente vuelta de espaldas a la realidad y la historia*”⁹³, que se nombró como jurisprudencia de conceptos y que desarrollaron algunos alumnos de la escuela histórica como, entre otros, el primer Ihering y también Windscheid. En alguna medida, el interés sistemático que también rescataba Savigny predominó allí sobre el histórico, que quedó marginado. Pero probablemente Savigny no resulte responsable de este acento unilateral en uno de los elementos de su propuesta metodológica.

Su obra nos deja algunas preguntas muy interesantes, preguntas por la universalidad o particularidad del derecho, por la historicidad y la perdurabilidad de las exigencias jurídicas, la conducción y la espontaneidad en la gestión del derecho, por el papel del pueblo y las elites, y de la ley y la costumbre en su formación, por las diferencias y relaciones entre la comprensión histórica y la justificación jurídica. Sus respuestas no siempre son satisfactorias. El problema principal aparece cuando las tesis y las escuelas dejan de ser históricas para transformarse en historicistas, es decir, cuando no se limitan a señalar la importancia de la contextualización y comprensión histórica de las ideas y las instituciones jurídicas, sino que ella desplaza la pregunta más importante por la verdad de las ideas y por la justicia de las instituciones, sean cuales fueran las causas históricas que le han servido de contexto y han influido en su gestación.

Quedará si, quizás a pesar de su misma metodología, el valor perdurable (sic) de la figura de Savigny como el iusfilósofo que jerarquizó la historia frente a los análisis jurídicos apriorísticos del racionalismo.

93 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 107.