

Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigni

DR. MARIANO HURTADO BAUTISTA

EL PUNTO DE PARTIDA

Al tratar de fijar el inicio de la línea relativamente continua de la moderna filosofía del derecho, parece inevitable señalar la reveladora sustitución de denominaciones. La *iuris naturalis scientia*, la remota tradición del iusnaturalismo, vigente en el antecedente inmediato del derecho natural racionalista, va siendo reemplazada en el campo de la teoría jurídica por la rúbrica de *philosophia iuris*, de «filosofía del derecho».

A partir de Gustavo Hugo (*Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechtes*, 1797), la fórmula obtiene aceptación definitiva y la sanción del propio Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft*, 1821). Sin embargo, ha sido advertido cómo existía «una situación histórica definida a la cual se vinculaba Hegel con la formulación del título de su tratado» (1). En 1796, Fichte había publicado su *Grundlage des Naturrechts*, seguida del *System der Sittenlehre*, mientras Shelling escribía en 1795 la *Neuen Deduktion des Naturrechts*, aparecida al siguiente año. En esta situación histórico-espiritual, en el clima del idealismo alemán, el aire de Weimar y Jena, que vibraba sobre un mundo ampliamente recibido en imágenes estéticas y en fórmulas intelectuales ambiciosamente comprensivas y trabadas; en la tesitura del pensamiento alemán hacia 1800, las expresiones «derecho natural» y «filosofía del derecho» parecen ofrecer todavía un sentido de equivalencia. No parece que pueda darse otra filosofía jurídica que la teoría iusnaturalista misma. Sin embargo, por diversos motivos, la equivalencia no podía ya mantenerse: la autonomía científica de la



moderna filosofía del derecho venía dada en la escisión progresiva entre ambas dominaciones. Más exactamente: en la crisis que se localiza plenamente en la trayectoria, en el proceso del iusnaturalismo, y no fuera de él; es decir, no desde las coordenadas de otra línea de ruptura, de una fuerza nueva en el pensamiento jurídico y social que con aquélla contrastara desde fuera del campo teórico del iusnaturalismo, como un factor inédito, originario, imposible de complicar en la crisis de la teoría del derecho natural precedente. Es decir, como si de la crisis misma no arrancara su potencial y su sentido la nueva línea-fuerza. Esta manera de explicar los hechos no es nunca la adecuada, pero ahora aparece aún más claro el genuino planteamiento de la crisis. De una parte, lo original de la posición filosófico-jurídica de Hegel se asienta precisamente en una crítica a las doctrinas anteriores del derecho natural que exige articularlas como «momentos», conservando su individualidad en el nuevo ángulo de visión más comprensivo (2). Sólo de este modo, cuando Hegel caracteriza la filosofía jurídica como «ciencia del derecho natural», lo hace entendiendo que la suya no representa una actitud esencial entre las que hoy llamaríamos formas del pensamiento iusnaturalista. Es así como, al oponerse a esas formas precedentes, negándoles todo significado desde el punto de vista de la esencia de la ciencia; Hegel emprende paralelamente la investigación crítica de tales teorías. El sistema de la absoluta eticidad exige que en él se mantengan como momentos las caracterizaciones esenciales que alcanzó la teoría del derecho natural. La filosofía jurídica, antes de lograr su perfección (3), ha de conocer necesariamente las dos formas fundamentales en que hasta entonces había hallado expresión, como formas imperfectas e inauténticas de la consideración científica del derecho: el «empirismo» y el «formalismo».

Por otra parte, es también Hegel quien afirma que el estado del derecho y de la teoría jurídica en cada época constituye una imagen del estado del mundo en general. Es éste el motivo conductor central en la mentalidad del momento, que inspira a Savigny la fundamentación de la «ciencia histórica del derecho», aun sin adueñarse de la profundidad filosófica, de la raigambre «especulativa» que sustenta la historicidad del conocimiento jurídico, y sin justificar ni establecer críticamente los supuestos de su programa científico (4).

La segunda línea de fisura en que se manifiesta la crisis del idealismo histórico, está representada por la Escuela histórica del derecho. Es en esta segunda trayectoria donde pretendemos analizar una serie de supuestos que ayuden a fijar con cierta precisión el punto de partida de la moderna filosofía jurídica.

Como señala F. Battaglia, «el cambio de nombre es debido a la crisis que representa en la cultura jurídica la escuela histórica del Derecho, que,

rechazando el motivo de la escuela anterior, preocupada exclusivamente en desarrollar nociones abstractas y deducir ideales no menos abstractos, comenzó a promover el estudio de las manifestaciones y a revelar el sentido preciso de la experiencia jurídica en el campo de la realidad inmediata, olvidado anteriormente o tal vez abandonado. Es el rechazo del Derecho natural, como paradigma inmóvil sin realización histórica, lo que ha movido al cambio en la denominación de la disciplina.

El distinto nombre implica una transformación radical en los métodos, la sustitución del racionalismo por el historicismo, y que el intelectualismo ha dejado el campo a la realidad empírica».

Ahora bien, la significación de la Escuela histórica del derecho ha podido interpretarse asimismo desde fuera del ámbito de la crisis, en cuanto ésta desarrolla íntegramente su proceso esencial circunscrito en el campo de la teoría del derecho natural, es decir, como crisis que sustancialmente se nutre de los supuestos teóricos del iusnaturalismo. Para una interpretación de ruptura, la Escuela histórica significa el inicio de una línea del pensamiento jurídico que culmina y madura con el positivismo. Se trataría de una línea cuyo origen está determinado por la clausura del iusnaturalismo y por la subsiguiente aparición, en una esfera yuxtapuesta, si acaso tangente, de los presupuestos del positivismo jurídico. Lo que la Escuela histórica presenta de transitorio, de paréntesis reducido en la trayectoria total del pensamiento jurídico occidental, únicamente hallaría su continuidad y la plenitud de su significado para la historia de las ideas filosófico-jurídicas con el positivismo. Es indudable que la investigación de la Escuela histórica condiciona el desarrollo del positivismo, en especial al centrar la atención en el área de la experiencia jurídica inmediata, esto es, positiva, y al permitir así la «ontologización del derecho positivo»: su constitución en objeto exclusivo de la ciencia jurídica, puesto que «sólo el derecho positivo tiene entidad ontológica jurídica» (6). Pero la condición de la nueva ciencia jurídica representada por la Escuela histórica sólo puede entenderse como resultado inmediato de la crisis en el seno mismo del pensamiento iusnaturalista. Así, ha podido observarse de qué modo cuanto más dilatada aparece a una consideración externa la contraposición entre la Escuela histórica y la teoría iusnaturalista, tanto más reducida se la halla en su interioridad; y cuanto más detenida tal consideración, tanto más amplia se patentiza la oposición entre la Escuela histórica del derecho y el positivismo (7). La escuela histórica es el tránsito, no sólo temporal o histórico, sino también sistemático, del iusnaturalismo al positivismo.

Ello significa la continuidad de los principios sustanciales del iusnaturalismo en tanto se mantiene vigente su función como supuestos radicales de la nueva teoría jurídica; es decir, en tanto se consuma

el proceco de la crisis del historicismo idealista. Es Savigny, así como sus reelaboradores y negadores, quienes operan una rigurosa «metátesis»: un verter los viejos materiales en los esquemas de la nueva consideración científica del Derecho. El fenómeno es más claro y patente en el dominio del derecho privado (3) y, de modo especial, en el campo científico de la historia del derecho. Menos explícito para el derecho público —sobre todo en la teoría dogmática del derecho penal—, a través de la continuidad de fondo que la crisis potencia, quedaban fijados en todo caso los presupuestos epistemológicos y gnoseológicos que dialécticamente alcanzarían la máxima explicitación bajo el positivismo jurídico. Quizás el espejismo metódico ha consistido en generalizar estas consecuencias típicas en el derecho público, atendiendo presicamento a su rango jurídico-público, y en haber desplazado con ello hacia la plenitud del positivismo el momento, con todo lo que representa de encrucijada, de decisiva inflexión, en que la teoría jurídica impone una orientación característica a la moderna filosofía del derecho.

Momento típico de crisis, un auténtico subsuelo metafísico, el planteamiento implícito de una verdadera ontología del orden jurídico-social, lo aproxima más al iusnaturalismo que al positivismo. La significación de crisis del momento sólo se agota en la polaridad del proceso histórico-científico que tanto separa como une las dos vertientes del pensamiento jurídico que en él confluyen (9). En él estaba dada, en efecto, la atención teórica a los elementos estructurales del orden jurídico en su individualidad, incluso su consideración como datos operables dentro de un proceso técnico-funcional, abstracción hecha de su articulación metafísica; aunque, en realidad, sólo una raíz metafísica más o menos latente dirigía la atención teórica hacia la experiencia inmediata y funcional del derecho; sólo una raíz metafísica subyacente potencia ahora el carácter positivo de esos datos. Unicamente los supuestos tácitos de la ontología jurídica determinan la propia ontologización del derecho positivo. Se trata, en definitiva, del momento en que culmina para la tradición filosófico-jurídica occidental la tensión implicada en toda idea iusnaturalista, la tensión que extrema Hans Welzel al afirmar: «en la idea de un Derecho «natural», la regulación humana —en suma, técnica y formalizada— de la conducta y el orden natural— como instancia teleológica universal, cósmica— aparecen radicalmente separados (10).

Que los supuestos originales de la moderna filosofía del derecho se sitúen con mayor frecuencia dentro del positivismo, se debe, además, al hecho de que su planteamiento por la Escuela histórica exige comprenderlos en el contexto dogmático que la Escuela como tal supone (11), y es en ese contexto donde ha de tropezarse inevitablemente con las dificultades que corresponden a los rasgos más definidores del estilo y la

personalidad intelectual de Friedrich Carl von Savigny, cuya biografía encierra totalmente la trayectoria de la Escuela. Ante todo, la insuficiente fundamentación filosófica de sus doctrinas, pues en él no hay el gran pensador, la mente dotada para la alta especulación, el filósofo en sentido plenario. El acento último de su doctrina radica, en cambio, en un carácter acusado y autónomo. Es la suya, como la de la Escuela, una «filosofía», tan sólo en el sentido de que su programa implica el programa de una filosofía, pero cuyo desarrollo falta en Savigny, desprovisto como se muestra de una auténtica vena filosófica (12). De ahí las tensiones insolubles, los verdaderos enigmas que en la obra de Savigny subsisten, y no sólo en el establecimiento de las bases especulativas últimas de su pensamiento, sino en la interpretación y la valoración de conjunto de sus más directos precedentes histórico-espirituales, sobre todo el significado del historicismo de la Ilustración y de las raíces de un pensamiento «more geométrico» estructurado, al que Savigny confía, con el talante de un hallazgo propio, la función de prestar un sentido pleno al nuevo derecho y a la nueva ciencia jurídica. Si la crítica de su contemporáneo N. Th von Gönner concluye que «desdichadamente Hr. v. S. carece en absoluto de un concepto de jurisprudencia» (13), lo cierto es, como advierte Walther Schönfeld, que «el oscuro presentimiento de un gran giro crónico en la historia de la ciencia jurídica, no significa en ningún caso un claro concepto de la misma (14).

Iusnaturalismo y orden ontológico-jurídico

La crisis del iusnaturalismo del *mos geometricus* iba a permitir, ante todo, la apertura del nuevo pensamiento jurídico a las incitaciones concretas del tema del *orden* en cuanto tema de una ontología jurídica. Se comenzaba a cumplir así el anhelo que en 1785 expresa el prof. de Tübinga, M. J. Friedrich Flatt (*Ideen zur Revision des Naturrechts oder Prolegomena eines künftigen Zwangsrechts. Vermischte Versuche*, a. c., pp. 1 y ss.) de que se instaure «en lugar del derecho natural al uso una ciencia que represente aproximadamente, para el derecho civil y para el derecho de las sociedades especiales existentes en el Estado, lo que la ontología es para la metafísica, o lo que la cosmología o la pneumatología son respecto a la física y la psicología».

En este sentido han querido evocarse las sugerencias del orden plural y gradual del derecho natural en la comunidad política bajo la fórmula de Carl Schmitt de «pensamiento concreto del orden». Si bien es verdad que el «clasicismo» —como tampoco el criticismo— no había aportado un nuevo contenido sustancial al derecho natural, era precisamente la idea clasicista de un «derecho natural de la comunidad», de un iusnaturalis-

mo «objetivo», transpersonalista, la que debía de nuevo ocupar el lugar del «derecho natural racional de la sociedad», de un iusnaturalismo fundado en el individuo tal como su naturaleza y su razón lo determina en sentido rigurosamente numérico e igualitario. Como suma de las propiedades más generales de cada hombre, el iusnaturalismo del siglo XVIII no había logrado conservar nada de propio y específico, nada de *históric-concreto* (15). El idealismo filosófico y las corrientes estético-literarias, poéticas, de signo clasicista iban a operar la vuelta a un derecho natural comunitario: eran los presupuestos mismos que debían determinar el giro de la nueva cultura jurídica, la incorporación del sentido histórico. Esto es, el sentido de un orden plural, complejo, de la realidad jurídico-social asentado sobre un principio de unidad «orgánica» del que emanan los procesos evolutivos de la cultura.

Ahora bien, la reivindicación de un pensamiento concreto del orden jurídico-natural significa decisivamente la necesidad de que el orden *concreto*, comprenda no solamente el derecho natural, sino también primariamente— con prioridad al menos técnica y metódica, no ontológica—, el derecho positivo. Se trata de la misma dimensión jurídico-positiva que en el pensamiento iusnaturalista de Aristóteles correspondía al «derecho político», a la investigación del orden constitucional de la comunidad. Aparte la función formalizadora de un *elemento técnico*, las normas del ordenamiento positivo se fundan en su totalidad en un *elemento político* consistente en la «dependencia respecto de la vida social del pueblo» (16), y radicado por tanto en la necesidad, la objetividad del orden entendido en su unidad trascendente, como principio orgánico del que surgen por emanación cualesquiera miembros particulares del orden jurídico de la comunidad. Sin embargo, tal instancia originaria y unitaria del orden había de envolver para la nueva ciencia del derecho el antecedente del derecho natural como momento diferenciado en el decurso de la historia de la cultura jurídica. Más aún: se trataba, con relación al precedente inmediato del iusnaturalismo racionalista, de una dimensión dentro del orden jurídico-social dada en una peculiar posición de paralelismo, de desdoblamiento, respecto de los elementos o instituciones del ordenamiento positivo. De esta forma, Christian Wolf señalaba la existencia paralela a todo instituto del derecho positivo del correlativo instituto de derecho natural, que constituye el fundamento subyacente de aquél. Y con igual sentido, el discípulo de Wolf y maestro de Savigny, Johann Stefan Pütter sostenía la necesidad de complementar la «explicación histórico-jurídica» mediante la justificación del «método del derecho natural»; se esforzaba en no renunciar al complemento que los supuestos de hecho exigidos por la razón representan para los contenidos objetivo-materiales del derecho históricamente dados (17).

Si la tensión entre ambos puntos de vista aparecía potenciada con la crisis del iusnaturalismo del *mos geometricus*, hasta el punto de conducir a un verdadero dualismo, a un «desdoblamiento» teórico del dato jurídico, tal hecho no hacía sino apurar la inseguridad metódica del propio iusnaturalismo racionalista. Es uno de los rasgos más característicos en la inseguridad, en la base vacilante del iusnaturalismo tácito que subyace a la teoría de Savigny. Se trata del antiguo dualismo metódico entre racionalismo y empirismo, apenas mediado en el método *resolutivo* y *compositivo* de Galileo o en el análisis y la síntesis cartesiana, que penetraba la construcción iusnaturalista de Pufendorf, fundamentando en ella los «axiomata» de los principios racionales y las «observaciones» correspondientes a los principios de experiencia (*Elementarum iurisprudentiae universalis libri duo*, La Haya, 1660, 2, I, 1).

Ahora, sin embargo, la aportación del criticismo obliga a hacerse conciencia de la distinción entre el apriori y el aposteriori, y, sobre todo, el «giro copernicano» prenunciado por Kant sitúa a la «personalidad» en un puesto de privilegio ante idealidad y realidad. La personalidad comporta con su propio carácter la certitud de sus normas últimas, así como el principio del orden de alteridad: la fidelidad a ellas y, por tanto, a sí mismo. Incluso esa estructura de fidelidad en la alteridad es la base de la corresponsabilidad ante el común destino, de aquella solidaridad que constituye «el momento más profundamente determinante en la vida de los pueblos».

Savigny, sin embargo, permanece ajeno a la distinción kantiana de lo lógico y lo ético, de teoría y práctica. La oposición consciente a Kant aparece pronto en su pensamiento, penetrando como está de la unidad entre lógica y estética, de la perfecta compenetración de arte y ciencia. La fe en la síntesis, en un conocimiento «creencial» y vital de sentido orgánico, dictan a Savigny un «moralismo estético». Se trata de su creencia en la posibilidad de un «Sistema de la moral en más elevado sentido», cuya expresión ha de alcanzar un tono más vital en cuanto representación de la configuración estética del mismo, que no como teoría científica.

Es en este ámbito donde Savigny reitera la aplicación de dos conceptos fundamentales del idealismo filosófico: espíritu y libertad. El segundo aparece incluso cargado de resonancia kantiana: la libertad es necesidad «interior», contrapuesta a necesidad causal; libertad «para» la realización y cumplimiento del verdadero carácter del hombre; no libertad «de», «frente a» la ley de causalidad o frente a la norma.

El derecho es orden concreto en cuanto se constituye, no ya como hecho natural, como dato científico-natural para el conocimiento teórico-sistemático, sino como obra de la personalidad y de su dotación de libertad, objeto así de un conocimiento que abre la estética. El derecho como

orden existencial concreto es creación de la historia, y «el siglo XVIII es la cuna del sentido histórico porque es el hogar de la estética». El derecho, tanto natural como positivo, es orden concreto de la «poiesis» histórica que ejecuta la personalidad. Cada vez más, a medida que la crisis progresa, el sentido del orden jurídico consistirá en su inordinación dentro de la totalidad, de la plenitud de vida: es realmente cierto que «el derecho no tiene una existencia por sí, sino que más bien se da en la vida del hombre, considerada en un cierto aspecto» (18). El «orden legal» por sí solo no puede jamás agotar el derecho extra-estatal que la plenitud de las concretas relaciones exige en la sociedad, y que los vínculos humanos producen. La tarea de la ciencia jurídica histórica consiste en el descubrimiento del «derecho real», en cuanto no puede confundirse con la «totalidad de la realidad empírica del derecho» (19), ni menos con los «fantasmas de los hipercríticos» de la razón.

Con todo, puede aún trazarse una línea continua desde la metodología del iusnaturalismo racionalista a la nueva orientación de la teoría histórica del derecho. En el ejemplo de Pufendorf, nada invertiría tanto los términos de la realidad, como considerarlo idealista (20): era más bien el negador de una teoría que de algún modo pretendiese esencias o formas consistentes en sí mismas o dotadas de validez racional, a las cuales se subordinara la realidad como un *posterius* lógico. Incluso su teoría del derecho natural se funda metódicamente, no en el proceso deductivo de la matemática, sino en primer término en la ciencia natural orientada a la experiencia. El principio supremo del derecho natural no consiste para Pufendorf en un axioma de inmediata evidencia, sino en una «*observatio*» que presupone la experiencia, la consideración empírica.

Ahora bien, la progresiva divergencia entre las dos actitudes teóricas ante el orden del derecho se señala dentro del decurso mismo del pensamiento de Savigny. En su obra de juventud, auténticamente genial, *Über das Recht des Besitzes*, aparecida en 1803 (21), la «destrucción» metódica, en el sentido de Heidegger, que en ella se intenta del *Usus modernus pandectarum*, significa un típico esfuerzo de «restauración» conforme a un planteamiento de pureza, más o menos contradictorio, de las fuentes del *Corpus iuris civilis*, y un signo diáfano de su tiempo. En este escrito del Savigny joven, vibran las tensiones, los enigmas que no llegarán a resolverse en el curso ulterior de su pensamiento. Sobre todo, la ausencia de una conciencia definida de lo que significa el método «geométrico» iusnaturalista para la construcción de su sistema sobre bases repristinadas. De forma más o menos inconsistente, la metodología anterior es aprovechada sin duda alguna en los amplios estudios sobre fuentes romanas que Savigny emprende en la segunda mitad de 1802 (22).

La nota más original del trabajo sobre el concepto de la posesión, vi-

gente durante medio siglo como paradigma de construcción científico-jurídica, precisamente consiste en la vinculación de las dos formas del pensamiento: la histórica y la sistemática. Es un momento en que la teoría iusnaturalista, la metodología de la que Savigny califica sin más como «escuela ahistórica», mantiene un singular nivel de vigencia junto al sentido, todavía incipiente, difuso en una absorbente tensión genial, de la ciencia histórica del derecho.

Ello significa, para un análisis más detenido, que la línea prolongada del iusnaturalismo no aparece tanto como un método coherente, cuanto como propósito o intención. Ahora, igual que antes, la meta del trabajo jurídico se fija en la delimitación de conceptos y en su articulación sistemática en el conjunto de una concepción del derecho científicamente fundamentada. Es así como la jurisprudencia continental del siglo XVIII conserva una función determinante en el libro de Savigny. La pervivencia del pensamiento iusnaturalista informa aquella consideración del dato jurídico que el positivismo terminará centrando en el análisis conceptual, en la tarea lógico-analítica de la «teoría general del derecho». Pero en la misma medida que se cumple esta función instrumental correspondiente al desarrollo de una gnoseología jurídica, el punto de vista riguroso de la ontología jurídica aparece en un segundo plano. Una estricta ontología del orden del derecho en la comunidad nacional sólo saltará al primer término cuando ciencia jurídica e histórica jurídica lleguen a identificarse.

Sucede, en efecto, como si la instauración del orden concreto del derecho no fuese ya la obra de un cerrado proceso lógico-racional, sino la función, todavía esbozada, con el difuso perfil de un planteamiento germinal, de una instancia material-concreta, cuya individualidad la convierte en sujeto histórico. Se trata de un principio orgánico, un centro genético del que proceden por emanación, según un proceso evolutivo, los elementos del orden jurídico real. Todas las leyes, incluso las de rango supremo, tienen su origen, no en las reflexiones de la razón, sino en la respectiva situación histórico natural de la comunidad nacional donde alcanzan validez. La ciencia que estudia el desarrollo del derecho encuentra sus datos en la experiencia histórica: la jurisprudencia es, así, una ciencia empírica.

Ahora bien, a la línea doctrinal empírica y pragmática desenvuelta por Pütter, Gustav Hugo, Ludwig Timotheus Frh. Spittler, Savigny conecta la idea de una descripción histórico-genética, tal como la había madurado Herder. Los hechos de la experiencia jurídica han de articularse ahora en una teoría sistemática de relaciones y de procesos cuya expresión la constituye la historia misma. Ahora, en especial, encuentra fundamentación la tesis enseñada sobre todo por Pütter y Johann Frie-

drich Keitemeier, según la cual todo círculo jurídico nacional es comprendido como cerrada unidad. El ámbito de la experiencia histórica del derecho queda, cada vez más decisivamente, subsumido en la «totalidad» histórica, entendida como el «organismo» espiritual de un pueblo.

En la obra joven de Savigny, la sugestión de tales ideas gravita sobre el problema de las «fuentes». La investigación de los conceptos jurídicos debe fundarse inmediatamente en las fuentes; no mediatamente en la teoría. Ahora bien, el planteamiento de cada pasaje de los textos con relación a los procesos históricos singulares y a la función de conjunto de la evolución orgánica que condicionan en todo caso la comprensión de las fuentes textuales concretas, conduce necesariamente a una consideración homogénea, indiferenciada, del material jurídico. De ahí que los aspectos jurídico, político, económico, sociológico de ese material aparezcan confundidos, así como las funciones de conjunto en que aquellos factores se insertan para su entendimiento histórico. En la totalidad de la realidad empírica del derecho es preciso introducir un principio sistemático: hay que determinar la «unidad superior, el principio vital desde el cual los fenómenos singulares han de ser explicados». Y tal centro del sistema científico lo haya Savigny en cierto número de «principios fundamentales conductores» del derecho, determinados *more geométrico* (23). Sólo que su planteamiento dinámico significa que la comprensión de los distintos principios sólo se agota en la función totalizante, en la condicionalidad absorbente que representa la unidad de vida espiritual del pueblo. De ahí que los distintos principios de la construcción científica propenden a relativizarse como variables de la función total en la comunidad de cultura.

En efecto, «pueblo» y «espíritu popular» son inseparables. Y, por tanto, el orden jurídico aparece radicalmente concreto en cuanto originariamente se resuelve en la existencia espiritual del pueblo. La conciencia jurídica —donde en un estadio originario inmediatamente se resuelve la conciencia individual bajo la forma de un cierto sentimiento jurídico, en perfecta adecuación con el *Volksgeist*— no es *origen* del que se ha llamado «ser-en-el-derecho», sino *consecuencia* del orden plenario y concreto de la cultura, en el cual participa el orden existencial, real o positivo, del derecho.

La conciencia jurídica, productora y portadora del orden jurídico «positivo-cultural» en la calificación que desde diferentes supuestos ha formulado H. Coing— no es sino dimensión del *Volksgeist* (24), de esa «conciencia del pueblo» o de la «común convicción del pueblo» como unidad originaria e irreductible.

Por consiguiente, la estructura de la conciencia jurídica y la de sus procesos «poiéticos»: la ciencia dogmática del derecho, la *técnica jurídica*

o la *política jurídica*, no es nunca una estructura racional-teórica. Es ésta la raíz de la dificultad para la construcción sistemática. La dogmática jurídica no puede articularse primariamente como sistema conceptual. Ante todo, la verdadera jurisprudencia no busca «reglas abstractas», sino la «concepción —como visión ateórica, pre-intelectual— de los institutos jurídicos en su relación orgánica». Pero estos datos primarios se ofrecen bajo la forma de actos simbólicos, que «representan en imágenes la esencia de las relaciones jurídicas». Sólo en un momento ulterior esta posición «natural» o «política» del material jurídico, consiente su reelaboración con carácter «técnico», esto es, científico-racional, reflexivo y formal. Esta última fase, por lo demás, aparece condicionada por la evolución sustancial del *Volksggeist*, el cual precisamente aquí revela, como en ningún otro pasaje, el subsuelo firmemente intelectual sobre el cual está asentado.

La dificultad de construir la dogmática y la técnica jurídicas conforme a una sistemática conceptual, encuentra aún eco en una serie de reacciones que matizan la posición metódica de Savigny. Se trata de reacciones contra la gnoseología precedente, localizadas en ámbitos reducidos y concretos, pero significativas en extremo. Así, la renuncia a una orientación de la investigación hacia las «cuestiones de detalle», en contra de lo que acostumbraba la «elegante jurisprudencia filológico-histórica, al constituirse como una «micrología». O, en igual sentido, el desinterés en el Savigny joven por la aplicación práctica y concreta de los conceptos jurídicos; por la investigación determinada en relación con los fines dogmáticamente dados a la consideración de la «técnica» y la «política» jurídicas». La investigación, por el contrario, debía tender a descubrir la «relación interna de una legislación, su lenguaje y su peculiaridad».

Ahora bien, el principal obstáculo contra la construcción de una dogmática jurídica conforme a los supuestos de la ciencia histórica del derecho, pareció surgir del carácter híbrido con que Savigny trata de desenvolver metódicamente los dos planos, histórico y dogmático, de la ciencia jurídica. Los supuestos no racionales, incluso ateóricos, en que estriba el desarrollo histórico del derecho, no pueden corresponder a los del sistema dogmático estructurado *more geométrico*. La más grave dificultad se encuentra al tratar de precisar el sentido consciente con que la distinción entre ambos niveles del pensamiento jurídico parece plantearse con Savigny. Y, sobre todo, cuando se intente fijar el sentido de una legalidad unitaria capaz de explicar en los dos diversos planos los fenómenos jurídicos singulares. ¿Hasta qué punto las leyes del devenir del espíritu popular y sus procesos genéticos determinan los fundamentos conceptuales de los institutos jurídicos en el sistema dogmático, donde esos conceptos se articulan *more geométrico*?

En efecto, Savigny señala abiertamente (25) que la plenitud de la nueva ciencia histórica es de la misma especie y rango que la que muestra un ejemplo tomado a la geometría. «Es decir, en todo triángulo se dan relaciones determinadas que conocemos, de cuya conexión se siguen al propio tiempo todas las restantes por modo necesario: y así, mediante dos lados y el ángulo comprendido entre ellos, obtenemos el triángulo. Pues bien, de análoga manera, cada parte del derecho tiene tales o cuales puntos, de los que se derivan los demás, y los cuales se pueden denominar principios conductores o teoremas fundamentales. Señalar éstos, y a partir de ellos descubrir la íntima relación y la afinidad que tienen con todos los principios y teoremas jurídicos; he ahí lo más difícil de nuestra ciencia, y esto es lo que da a la obra de los juristas un carácter científico» (26). No de otro modo subraya Savigny la seguridad metódica con que la jurisprudencia romana progresó a lo largo de su total trayectoria.

En general, ¿cómo la legalidad o, mejor, la condicionalidad de la evolución histórica lograría explicar el proceso racional deductivo y la trabazón sistemática dotada de una «seguridad que fuera de la matemática no puede hallarse», entre los conceptos y las construcciones de la dogmática jurídica? Responder a esta cuestión nos lleva, ahora, a un plano diferente del análisis: el del sentido histórico que cada vez se muestra más maduro, más «construido» —incluso sobre bases intelectuales implícitas— en el pensamiento de Savigny. Es decir, la progresiva apertura de una concepción jurídica fundada en la filosofía de la historia, y la progresiva elevación de la ciencia del derecho al plano de las ciencias de la cultura, o bien, salvando límites de terminología, a un plano inaccesible para la ciencia jurídica del positivismo. Sólo así el iusnaturalismo superaba, en la propia situación intelectual de Savigny, el planteamiento utilitarista que le imponía la mentalidad burguesa.

Desde los supuestos metódicos fundamentales de la ciencia jurídica como historia del derecho, resulta la conciencia de la distinción entre historia jurídica y dogmática jurídica. Incluso, se ha observado que es en la doctrina de Savigny cuando por vez primera tal distinción alcanza un planteamiento plenamente consciente. Historia y dogmática jurídicas se contraponen como términos concretos simplemente contrarios, heterotéticos, instalado cada uno en su esfera gnoseológica y epistemológica propia: y no en relación abstracta de contradictoriedad o de antítesis. Es decir, historia y dogmática no se oponen ahora como historia y sistema: la condicionalidad de la historia significa la libertad de la dogmática con respecto al tiempo, no su atemporalidad.

Los conceptos de la dogmática y del sistema que la informa aparecen condicionados por la esencial dimensión de la historicidad; no determinados, resueltos incluso, por la pseudo-dialéctica de la historia. Para

ello había sido preciso el alumbramiento de un sentido de la historia que correspondiera a un pensamiento «personal», o «cuasi-personal», al pensamiento orgánico del «espíritu del pueblo». Frente a la unidad radical del pensamiento histórico y del sistema dogmático, la dogmática abstracta como pensamiento absolutamente «impersonal» no es ya posible. He aquí la contribución esencial del sentido histórico que alumbra la estética del Iluminismo.

Se trata de la sustitución de una visión del mundo «espacial» o «espacializada» por una concepción «temporal» o «temporalizada» del mundo y de la vida. En otros términos, se trata de conferir a la categoría de temporalidad su rango superior a la de espacialidad. Un rango más alto que la sitúa en la región de lo inefable, de la expresión estética, numinosa, atórica y extracientífica (27). En la obra de Savigny, incluso desde los días de su aprendizaje teórico, son frecuentes los lugares donde se expresa un alejamiento consciente de la filosofía informada por un sentido científico (28).

De ahí que el *lenguaje* no aparezca en esta situación del pensamiento germano únicamente como órgano genérico de la cultura, de la totalidad de la vida espiritual conforme a las enseñanzas de un Gottfried Herder o de Wilhelm von Humboldt. Más profundamente, el lenguaje es órgano específico de «temporalización», a través del cual, de su función radical, abierta, al misterio, es como la tradición, la historia revela lo absoluto, lo trascendente en el seno de la individualidad orgánica de cada pueblo. De este modo, «lo que actúa en la individualidad del pueblo es tan sólo el espíritu de la humanidad, que en él se revela de forma individual» (*Sistema*, I, 20). El lenguaje «madre de la razón y la revelación», forma la esencial trilogía: *pueblo, lenguaje e historia*, en donde la historia, «la óptima y la sola filosofía», no aparece sino como uno de los términos entre sí indisolubles.

Ni el influjo de Hegel, ni las enseñanzas escuchadas a Schelling resuenan explícitamente en esta conclusión de Savigny. El *pueblo* no se constituye jamás en lo «absoluto», en el «fundamento último» del acontecer histórico. La concepción hegeliana de un *Weltgeist* no alienta aún en el pensamiento del Savigny joven. A medida que su historicismo madura, la idea de un «espíritu humano» universal juega como principio supranacional de la evolución histórica, y permite fundamentar en él el proceso orgánico universal en que participa el desarrollo evolutivo, individual, de los diversos pueblos, determinado así por la función total.

El hecho que representa la creación del orden jurídico, es un hecho circunscrito a la comunidad nacional; pero se trata de un hecho «orgánico», que fatalmente tiende a insertarse en la totalidad y que, por tanto, trasciende al «campo situacional de la experiencia científico-jurídica

confinado por el ordenamiento positivo en su peculiar estructura dogmática, del que el positivismo no podrá escapar en su proceder teórico (29). «Esta concepción, que reconoce al pueblo individual como productor y portador del derecho positivo o real, podría parecer a muchos demasiado limitada, en cuanto que se inclinan a adscribir aquella creación más bien al común espíritu humano que al *Volksgeist* individual. Pero, para una consideración más adecuada, ambas posiciones no parecen en absoluto en colisión. Lo que en el pueblo singular actúa, es sólo el común espíritu humano, que en aquél se revela en forma individual. Estrictamente, la producción del derecho es un hecho, y un hecho de la comunidad (*und eine gemeinschaftliche That*). Este resulta pensable únicamente para quienes una comunidad del pensamiento y del obrar es, no sólo posible, sino también real» (*Sistema...*, I, 20).

La incorporación consciente de la idea de *Menschengeist* marca el punto de madurez de la concepción histórica de Savigny: representa el logro perseguido más o menos conscientemente al través de un clima histórico-espiritual, la saturación en ese aire que envuelve a la filosofía del idealismo germano. El «principio genético» de la teoría jurídica histórica se dilata por fin hasta comprender en la raíz una dimensión normativa universal, esto es, el substrato de una verdadera concepción filosófico-jurídica de sentido iusnaturalista. Era, como advierte Hermann Conrad (30), el amplio retorno a las vías iusnaturalistas (*naturrechtliche Bahnen*).

Ante todo, una dimensión normativa universal penetra radicalmente la unidad, la absoluta correspondencia entre el obrar cultural humano, comunidad y realidad. A diferencia del esquema histórico del positivismo, que puede ser caracterizado como un *continuum heterogeneum*, aquí, la línea de continuidad, subyacente a las sucesivas y heterogéneas situaciones empíricas, implica una dimensión universal y valorativa, rigurosamente filosófica. La historia es la línea continua de la tradición, donde lo nuevo se da determinado por lo anterior como algo indisoluble, al par que heterogéneo respecto a toda situación antecedente. Cada época no trae consigo su propio mundo y su propia existencia, la situación peculiar de su cultura, sino que aparece en indisoluble comunidad con la totalidad del pretérito. En cada época se hace plenamente viviente un patrimonio propio, su propia peculiaridad, la cual tiene carácter necesario y al propio tiempo libre. Es la obra necesaria del proceso evolutivo, determinante de la historia, del continuo de la tradición: obra que no depende del arbitrio del presente, es decir, de las fuerzas culturales y espirituales que en él operan, no arbitrariamente, sino condicionadas por el pasado. Pero es también la obra libre frente a todo arbitrio externo, obra que sólo se produce en el ámbito interior en que orgánicamente se desa-

rolla, como evolución cerrada sobre sí misma, la unidad orgánica de cada pueblo. «De este pueblo es también un miembro la edad presente, la cual en ese todo y con él quiere y obra, de tal modo, que lo dado por aquel todo puede decirse libremente producido por este miembro. La historia, entonces, no es ya simple suma de ejemplos, sino el único camino para el conocimiento verdadero de nuestra propia situación» (31).

Es así cómo la historicidad del derecho no se agota —observa Rudolph von Ihering— en su cambio o mudanza, puesto que a este momento formal es preciso agregar otro momento material: el de la individualidad en sí misma. Es de este modo como el círculo individual de la dogmática alcanza a través de la historia su conexión consciente con una dimensión universal: el «espíritu humano». Y de ahí, finalmente, que la necesidad de los conceptos y las construcciones dogmáticas consigue su dotación de relativa libertad frente al devenir de la historia, frente a la pseudo-dialéctica de la historia.

Ahora bien, la evolución histórica no constituye una legalidad causal, sino que actúa como condicionalidad necesaria de toda nueva situación histórico-cultural en el pueblo. El *evolucionismo* de Savigny no permite ser interpretado empíricamente, esto es, en el sentido de un *sociologismo* determinista, en cualquiera de sus acepciones: materialista, mecanicista, psicologista. Tampoco en el sentido de un organismo biológico (32).

La condicionalidad de la evolución histórica determina las sucesivas «posiciones» reales, existenciales, de la «conciencia del pueblo», inseparables de la existencia espiritual del pueblo mismo. A cada nueva posición histórico-real, la estructura de esa conciencia colectiva del grupo orgánico se muestra específicamente diferente. A las distintas estructuras de la conciencia del pueblo corresponden modos diversos de participación de la conciencia individual en sus miembros. Así, se produce en determinadas fases de la evolución histórica la situación que representa un auténtico «sustitutivo» o «sucedáneo» del espíritu del pueblo. Savigny llama gráficamente la «conciencia jurídica de los juristas», correspondiente a tales momentos, un *Volksgeist-Ersatz*. El derecho emanado del mismo se convierte para esta clase de ciudadanos cualificados por su especialización, y no en sentido estamental cerrado, solamente en una «prolongación» del derecho popular («*Fortsetzung des Volksrechts*»). Se trata, en efecto, de un derecho que subentra en lugar del «derecho popular», pero determinado mediata, reflejamente por el mismo. Es, en suma, el derecho «legal», que constituye para Savigny un débil sucedáneo frente a la naturaleza originaria del derecho consuetudinario, al que corresponde la primacía, y de ahí su fuerza para derogar la «ley».

Son aquéllas las situaciones en que los procesos singulares de creación jurídica aparecen como obra de una conciencia colectiva de estructura

racional, técnica y formalizada. Cuando esta instancia «sucedánea» de la conciencia del pueblo llega a hacer aparición, la dogmática jurídica encuentra los presupuestos para una elaboración cerradamente conceptual y técnica, para proceder con la firmeza y la seguridad intelectual más afines a la ciencia matemática. Es el punto en que la sugestión del *mos geometricus* puede ser acogida con mayor libertad. Aun sin prejuizar desde la acogida, producto de la inercia del pensamiento, el carácter y el fundamento críticos, conforme a los supuestos de una auténtica epistemología jurídica, con que aquel esquema teórico antecedente es recibido.

De otra parte, tales situaciones defectivas y artificiales muestran con la máxima claridad que la evolución del *Volgsgeist* no es nunca rectilínea, según la trayectoria del progreso iluminista, sino que adolece de etapas de decadencia, de enfermedad e incluso de estancamiento o anquilosamiento de las fuerzas creadoras del derecho. La repetición, la representación con arreglo a esquemas reiterados de los estadios anteriores, la compilación enciclopédica y ecléctica, la codificación sistemática son los rasgos definidores de estas situaciones inertes. Y en ellas se desarrolla, muy significativamente, todo un sistema de garantías jurídico-formales.

A la presencia en el decurso histórico de estos contenidos de una conciencia jurídica desarraigada de su principio vital orgánico, se debe la posibilidad de que la dogmática jurídica dirija su atención y capte sus datos más allá de los límites tempo-espaciales del pueblo originario, con tal que esos datos respondan subsiguientemente a fenómenos vitales dentro del organismo popular propio. En estos casos-límite parece alcanzar su mayor potenciamiento la idea de un «espíritu humano». Sin embargo, ni es ésta la explicación consecuente con el principio orgánico de la doctrina de Savigny, ya que el «espíritu humano» universal no resulta pensable sin la integración de los miembros nacionales; ni la contingencia y defectibilidad del orden jurídico concreto corresponden en ella a la base de un realismo antropológico, desde la cual pudiera describirse el despliegue de la libertad en los procesos creadores de la historia de la cultura.

Se trata, más bien, de una «construcción» penetrada profundamente de intelectualismo. La falta de sentido histórico real que paradójicamente se imputa a los inicios de la Escuela, se desentiende en el fondo de este carácter de construcción artificial que la informa. No es otro el íntimo sentido de la polémica contra Justus Thibaut (33). La codificación en cuanto se intentase de modo sistemático y con carácter general, chocaba con los supuestos cardinales de la Escuela, aun cuando su oportunidad y justificación respondieran plenamente a la situación real histórico-política. Por otra parte, la reacción de Savigny destaca razones no sólo políticas, sino también y sobre todo, jurídicas (34). Y, en fin, el punto de par-



tida del ataque de Thibaut queda indemne de la réplica: Savigny, por el contrario, lo recoge con palabras prudentes y en términos de doctrina. El fin no podía suscitar discrepancias; solamente el medio, que para Savigny no puede ser otro que la «organización progresiva de la ciencia del derecho». Para la instauración de un derecho «seguro, no dudoso», ambos autores concuerdan en la superación de la pandectística, y en el ataque al *Corpus iuris civilis* como obra «de una nación extraña que nos es muy desigual y del período de más profunda decadencia de la misma». Ambos están de acuerdo en la necesidad de unir el derecho de la doctrina con el material procedente de la vida práctica de la nación. Y esto, conforme a las exigencias de los nuevos métodos científicos: filológico e histórico.

En este punto podemos comprender la típica inseguridad con que Savigny sugiere a lo largo de su pensamiento la idea latente del iusnaturalismo, la que en su obra representa un «cripto-iusnaturalismo», o, en términos de Heinrich Mitteis (35), una «pseudo-morfosis del derecho natural». La idea tácita que hace que iusnaturalismo e historicismo sean «antípodas que con los pies se tocan» (36). Bastará con seguir los estadios, las fases abiertas, sin fronteras ni deslinde sistemático, con que Savigny describe el contenido de las sucesivas vivencias del espíritu del pueblo. El desarrollo de la evolución histórica nos mostrará cómo en la construcción de Savigny se hallan subyacentes resonancias de las distintas direcciones seguidas por el pensamiento iusnaturalista inmediatamente anterior. Nos mostrará, además, la profunda resistencia a articular esos legados doctrinales con rigor sistemático. La evolución orgánica del *Volksgeist* no consentiría, por lo demás, en ser aprisionada dentro de un sistema de «principios de doctrina».

En fin, el patrimonio teórico del romanista, y las adherencias que la propia idea del *Volksgeist* conlleva en el contexto del pensamiento romántico, terminarán de explicar las vacilaciones, la inseguridad sistemática con que el «eterno retorno del derecho natural» se produce en la trayectoria del pensamiento de Savigny.

Sólo en los pueblos jóvenes, en un estadio primitivo, se da una perfecta ecuación entre el espíritu popular y orden jurídico concreto. La absoluta correlación adopta entonces una forma inmediata, inconsciente, previa a toda conciencia teórica. Las fuerzas creadoras del derecho desarrollan en esta fase primera su plena potencialidad. Es la resonancia del iusnaturalismo «literario-iluminista», cuya vigencia se desenvolvería paralela y en antítesis a la del iusnaturalismo «burgués-iluminista», definido por su consustancialidad con el *mos geometrices*. El primero es el que más intenso y dilatado eco hallará en el ámbito de la concepción román-

tica del mundo. El concepto de «naturaleza» responde aquí a la tesis tópica de los «grandes y buenos tiempos»: se trata de la naturaleza incorrupta anterior a la civilización y al orden político (37). Una idea mítica de «naturaleza» que había de reemplazar tanto una concepción filosófica como teológica: en la versión alemana, una curiosa mezcla del pensamiento de Rousseau y el de Goethe, unidos a las concepciones del nuevo clasicismo y a los ideales humanitaristas cristiano-protestantes. En la doctrina de Savigny, estos dos últimos componentes jugaban en especial un papel de limitación, capaz de salvar la idea de *Volksgeist* del misticismo exageradamente romántico a que sus gérmenes teóricos la empujaban.

En realidad, el sentimiento de la naturaleza originaria y de las fuerzas primigenias de la historia, quedó pronto subsumido en el sentimiento de la «vida», de lo «vital». Se trata de dos funciones igualmente anti-intelectuales. Pero la segunda adquiere carácter más bien formal, menos pleno de carga mítica, y actúa, así, a modo de vehículo de la historicidad, de la tradición, por donde se transmite el sentido legitimador y normativo del orden jurídico «natural». La degradación y la angostura de esta función verdaderamente instrumental aparece, además, mediatizada por la ironía del pensamiento romántico.

El aparente «primitivismo» de la construcción de Savigny hallaba en todas las precedentes limitaciones insinuación bastante para reducirse a límites estrechos, para superarse incluso. Efectivamente, el punto de madurez en la producción del orden jurídico concreto se alcanza en una «época intermedia»: «Queda en verdad una época media, en la cual varios de los elementos sociales y el derecho sobre todo, por necesidad natural, intrínseca, alcanzan su organización» (38). En este momento, la evolución de la conciencia jurídica del pueblo se manifiesta en la existencia de un «elemento político» del derecho: «la dependencia en que —éste— está respecto de la vida social del pueblo» (39). Es, pues, en un estadio *político*, posterior al estricto primitivismo del «estado natural», donde el punto de madurez en el proceso de creación orgánica del derecho queda localizado.

Desde los días de su aprendizaje joven, llenos de preocupación por las cuestiones metódicas, Savigny había recogido, especialmente de la obra de Fichte, la convicción de «cuán necesaria sea para una elaboración filosófica de la jurisprudencia la vinculación con la política» (40). El orden concreto del derecho, el orden ontológico de la justicia, es, en el sentido aristotélico, orden político, constitucional.

Sólo más tarde, en el estadio desfalleciente del espíritu del pueblo, el orden jurídico llega a adquirir existencia autónoma —dentro de límites relativos—, y la común conciencia jurídica encuentra su expresión en un «elemento técnico», que «designa su vida separada y científica» (41).

En este proceso histórico, el derecho romano, que Gustavo Hugo había llamado «nuestro derecho natural» (*unser Naturrecht*), ha de convertirse para Savigny en un «derecho natural sancionado» (42). Para ello era preciso concebirlo como *emanación* del *Volksgeist* alemán, y justificar, por tanto, su recepción en cuanto «necesidad histórica» (*historische Notwendigkeit*). De esta forma, SAVIGNY trata de incorporar al proceso de la conciencia jurídica nacional, no sólo su patrimonio de romanista, sino también una nueva dirección de la teoría del derecho natural seguida en sus días. «Se encuentran (sobre todo en las Facultades) dos clases de cultivadores del derecho natural, la de los juristas y la de los filósofos. La concepción fundamental es en ambos unitaria, pero diverso su desarrollo. El iusnaturalismo de los juristas concibe sólo en forma abstracta las verdades jurídicas romanas, y cree así encontrarlas mediante la filosofía. Los filósofos siguen otro camino. El derecho natural ha de ser, por tanto, considerado como fuente subsidiaria de los principios positivos. Sobre esta concepción descansa todo el derecho natural: el de los juristas presta mayor atención al texto histórico: el de los filósofos es más vacío y enteco» (43).

Para salvar a un tiempo lo unilateral del iusnaturalismo del mos *geometricus* y el que Franz Wieacker ha llamado *Kryptonaturrecht* de la ciencia de las *pandectas* (44), Savigny encontraba la instancia del «espíritu humano». Gracias a la conciencia jurídica universal, un elemento no autóctono como el derecho romano podía actuar integrándose en la unidad de vida histórica de un pueblo individual. Que en Savigny el romanista lograra o no vencer al romántico mediante aquel expediente artificioso, penetrado de intelectualismo, he aquí una de las tragedias en la vida del fundador de la Escuela histórica (45).

No obstante, la instancia de una conciencia jurídica universal correspondiente al *Menschengeist*, permite decisivamente el esbozo de todo un sistema iusnaturalista; al menos, el establecimiento con plena coherencia de sus presupuestos cardinales implícitos. Las determinaciones y los caracteres somunes en el orden jurídico de los diversos pueblos: la fundamental unidad en los procesos individuales de creación jurídica, responden ahora al supuesto de la emanación desde el espíritu común, universal.

En él están contenidas las dos determinaciones éticas fundamentales de la naturaleza humana: la *dignidad* y la *libertad*, en coincidencia literal con Pufendorf (46). En este sentido, el espíritu humano representa lo que, con curioso paralelismo de esquema, denominaría hoy Helmut Coing la «idea ética del derecho» (47). El «espíritu humano» consiste en el «reconocimiento de la dignidad y libertad ética del hombre igual en todas partes» (*Sistema*, I, 15; cit., pp. 90 y ss.). Ahora bien, la ulterior

determinación de esa libertad, su inflexión a través de los institutos jurídicos singulares, «con todo lo que resulta de la naturaleza y determinación de estos institutos en relación con las consecuencias prácticas», con los fines de la aplicación práctica del derecho, he ahí el principio de la «naturaleza de la cosa» (*was die Neueren Natur der Sache nennen*) (48).

De este modo Savigny encuentra las determinaciones más concretas de un sistema iusnaturalista: es decir, el sistema de normas fundadas en la naturaleza de la cosa como estructura objetivo-material de los contenidos singulares del sistema jurídico. Normas cuya validez radica en las «fuerzas entelequiales» que encierran las cosas, en su respectiva peculiaridad objetivamente dada.

Ahora bien, se trata de estructuras determinadas en su peculiar concreción, no sólo como emanación de la conciencia popular en su evolución orgánica, sino también determinadas por el juego de fines y consecuencias prácticas inmediatas, esto es, por factores dogmáticamente dados en un orden jurídico positivo. Es así como la funcionalidad de una *técnica* y una *política* jurídicas termina por conectarse en la construcción de Savigny con las líneas fundamentales de una filosofía de la historia y la cultura.

Finalmente, se había alcanzado en ese punto el intento de Gustavo Hugo. Ahora sí era posible fundamentar sobre bases teóricas coherentes una teoría comparada de los distintos sistemas jurídicos nacionales, hallando los principios fundamentales comunes y permanentes, así como las singulares estructuras jurídicas dotadas de común validez. Es decir, desde la consideración ontológica del orden jurídico concreto es ya factible alcanzar una «teoría general del derecho». Sin embargo, su fundamentación no es en Savigny, a diferencia de la doctrina de Hugo, la inducción y la comparación de los datos obtenidos en la experiencia histórica, o sea, partiendo de la validez *positiva y relativa* de tales institutos y estructuras jurídicas singulares en el ordenamiento positivo nacional. Es éste el expediente de la *generalización*, que aplicará la jurisprudencia positivista. Para Savigny la posibilidad metódica de la comparación radica en la instancia universal del *Menschengeist*, es decir, en una instancia filosófica y iusnaturalista (49).

Desde la ontología del orden jurídico concreto hasta una «teoría general o fundamental del derecho», que revele las estructuras comunes y esenciales de los institutos jurídico-positivos singulares: he ahí la espina dorsal de toda filosofía del derecho, la raíz misma de su unidad temática. Aun sobre las bases artificiales e intelectuales del «espíritu del pueblo» y de su unidad orgánica de vida, todavía el organicismo y el historicismo románticos permiten ser penetrados por la línea continua del pensamiento iusnaturalista.

El propósito de Gustavo Hugo, quien precisamente acuña la denominación de *filosofía del derecho*, encaminado a fundamentar una «teoría general del derecho» como ciencia histórico-comparada de base empírico-lógica, es decir, la que llama «historia universal del derecho» (*Universalrechtsgeschichte*), y que debía constituir el fundamento de la «ciencia de la legislación», ha encontrado réplica en la doctrina de Savigny. A partir de aquel intento, la filosofía jurídica ha hecho su camino, especialmente bajo el positivismo, vinculada en un amplia aérea doctrinal al cometido y al destino de la *teoría general del derecho*. El tema lógico-analítico de la experiencia jurídica general, fluctuando entre la filosofía y la ciencia particular del derecho, ha sido el tema dominante, cuando no absorbente. Revelaba la consecuencia directa de absolutizar el derecho positivo como entidad lógica, sobre todo en las diversas posiciones del normativismo. Ponía al descubierto la ausencia de un último fundamento ontológico jurídico, sobre el cual la propia lógica y la gnoseología jurídicas ocuparían su adecuado lugar sistemático.

Si, no obstante, la posibilidad de una «teoría general del derecho» se cumple en Savigny mediante la fundamentación supra-positiva del concepto de «espíritu humano», ello se debe a la pervivencia más o menos tácita del pensamiento iusnaturalista. Es cierto que esta dimensión universal de su construcción aparece relativizada en virtud de los propios presupuestos del historicismo organicista. Y que la función última del *Menschengeist* sólo se hace consciente a través de una *sustitución* de la originaria conciencia nacional del pueblo y del derecho que de sí emana. Con todo, se mantiene subyacente la tensión que define la crisis: una tensión hacia el polo iusnaturalista, que no resultaría imposible perseguir en lo íntimo del proceso mismo del positivismo.

NOTAS

- (1) HERMANN GLOCKNER, *Hegel, II Band, Entwicklung und Schicksal der hegelschen Philosophie*, 2.ª edición, Stuttgart, 1958, p. 304.
- (2) *Ibid.*, p. 303. «Una consideración verdaderamente filosófica del derecho natural sólo puede llevarse a cabo con el espíritu de la absoluta oticidad (esto es, de la verdadera filosofía práctica), así como esta misma sólo se cumple con el espíritu de la filosofía en general. Es totalmente imposible mantener la ciencia jurídica «independiente de la Idea», y hacer de ella una pura ciencia particular, es decir, un «conjunto de conocimientos empíricos». Si ello sucede, es debido a la falta de comprensión de que incluso una «esfera definida» del conocimiento puede ser construida filosóficamente en sus elementos especiales. «Un ejemplo brillante, envidiado por las otras ciencias» lo ofrece desde antes en este aspecto la geometría. Un ejemplo igualmente válido «para todas las ciencias, incluso para la ciencia jurídica». La ciencia del derecho natural debe, además, explicar las relaciones entre la filosofía jurídica fundada en la absoluta oticidad y la llamada ciencia jurídica positiva, la cual se mantiene alejada de la filosofía y, al propio tiempo, afirma tener un fundamento absoluto y una verdadera realidad. Esta «pretensión», para Hegel, no puede ser tolerada.
- (3) *Ibid.* La filosofía jurídica no puede prescindir de la consideración «empírica» de las relaciones, negativas y positivas, que desempeñan en el derecho, en cuanto relaciones «ideales», un papel sustancial. Lo que únicamente ha de evitar el empirismo científico es la consideración fijista, absolutizada, de tales relaciones. Pero también la consideración del derecho natural *formal* resulta de importancia filosófica permanente, puesto que aquí lo absoluto es «determinado puro de contenido y establecido para sí».
- (4) Cfr. WALTER SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart y Colonia, 1951, pp. 492-493.
- (5) FELICE BATTAGLIA, *Curso de filosofía del derecho*, trad. esp. de la III. ed. italiana, Madrid, 1951, vol. I, p. 37.
- (6) LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, p. 21.
- (7) W. SCHÖNFELD, *op. cit.*, pp. 511 y 512: «Innaturalismo y positivismo tanto aparecen unidos como separados mediante la Escuela histórica del derecho, que representa al propio tiempo la «tierra de nadie» entre los frentes de los dos negadores en lucha; hasta que, paso a paso y casi inadvertidamente, llega a ser suprimida y a resolverse en sí misma con el positivismo, pues tampoco su energía y poder se desarrollan con mayor amplitud».
- (8) *Ibid.*, p. 492.

- (9) *Ibid.*, p. 512.
- (10) HANS WEIZEL, *Derecho natural y justicia material (Preliminares para una filosofía del derecho)*, trad. esp., Madrid, 1957, p. 3.
- (11) Cfr. W. SCHÖNFELD, op. cit. p. 431.
- (12) *Ibid.*, p. 493.
- (13) *Ibid.*, p. 437.
- (14) *Ibidem.*
- (15) ERK WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, III. ed., Tubinga, 1951, p. 465.
- (16) FR. C. von SAVIGNY *Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. esp. de Adolfo G. de Posada, Buenos Aires, Ed. Atalaya, 1946, p. 47.
- (17) *Neuer Versuch einer juristischen Enzyklopädie und Methodologie*, prfo. 120. Cit. por E. Wolf, op. cit., p. 483, nota 29. Que tales exigencias racionales procediesen en realidad de la dogmática romanista, es un hecho que se había procurado encubrir en lo posible, sobre todo en Christian Wolf.
- (18) *De la vocación...*, cit., pp. 63-64.
- (19) *Id.*, p. 49: la cual, sin embargo, «guarda ciertos rasgos fundamentales», donde reside la posibilidad de su consideración científica.
- (20) Cfr. HANS WEIZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlín, 1958, p. 16.
- (21) Citamos la traducción francesa de Henry Staedter de la VII edición alemana de Ad. FR. RUDOFF, *Traité de la possession en droit romain*, París, A. Durand, 1866. vid., en especial, p. 6, «les définitions de la possession, quelque divergentes qu'elles soient d'ailleurs sous le rapport de la forme ou du fond, renferment cependant toutes une idée générale qui leur sert de base, et qui doit être le point de départ de toutes les investigations sur cette matière».
- (22) Cfr. E. WOLF, op. cit., p. 481.
- (23) *De la vocación...*, cit., p. 56.
- (24) La fórmula de *Volksgeist* había sido caracterizada por PUCHTA desde 1828, en su libro sobre el derecho consuetudinario (*Das Gewohnheitsrecht*, 2 vols. Erlangen, 1827-1837). La multiplicidad de expresiones equivalentes en SAVIGNY responde a su resistencia, ex ipsa re fundada, de fijar un término sistemático. En efecto, el «espíritu del pueblo» constituye el principio vital que orgánicamente se expresa en un proceso histórico evolutivo concebido por el autor como sucesión de vivencias, no susceptibles, por tanto, de definición conceptual y sistemática. El prestigio del *lenguaje* en la cultura de la época hace que los hallazgos de terminología se consideren nostrosos y se reiteren en pensadores diversos.
- (25) *De la vocación...*, cit., p. 56.
- (26) *Ibidem.*
- (27) Si las imágenes simbólicas de la jurisprudencia corresponden a una visión *espacial* de la realidad, sobre ella, el historicismo y su concepción estetizante reclaman el órgano de la «palabra». La palabra en cuanto *logos*; antes que signo comunicable, expresión real o positiva de la conciencia histórica. Es la euforia que inspira a WILHELM PINDER la observación de que las creencias del alemán son antes «temporales» que «espaciales», en oposición especialmente al italiano: «Mehr zeit- als raumgläubig darf der Deutsche heissen, im Gegensatz besonders zum Italiener».
- (28) Cfr. E. WOLF, op. cit., p. 473. Es la repulsa de la filosofía en el sentido tradicional de «sabiduría del mundo», tal como la profesaban los catedráticos de Universidad, y que debía distinguirse netamente de la actitud de un espíritu que con toda seriedad se hace cuestión de sí propio. A SAVIGNY se le llega a reprochar su frialdad ante la filosofía como

«ciencia de lo propiamente eterno». No obstante, estas precisiones no pueden confundir respecto a la pureza especulativa en la actitud científica del SAVIGNY joven: el *ethos* de conocimiento puro que lo anima («*Ethos der reinen Erkenntnis*). Para la situación limitada de la ciencia contemporánea, en general, vid.: HOUSTON STEWART CHAMBERLAIN, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, VII ed., Munich, 1906, I Hälfte, pp. 871-872.

- (29) En el sentido que KARL BERGBOHM (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892) define la adquisición de *forma jurídica*: «was nur auf die Weise geschehen konnte, dass ihr eine kompetente rechtsbildende Macht durch einen geeigneten, äusserlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betreffenden Norm bildet, die Rechtsqualität verlieh» (p. 549).
- (30) HERMANN CONRAD, *Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: F. C. v. Savigny und J. Grimm* (Savz, GA LXV, 1947, pp. 261-263); cit. por E. Wolf, op. cit., p. 532.
- (31) Cfr. KARL MUNS, *Geschichte des abendländischen Geistes. Grundzüge einer Kultursynthese*, II Band, *Die Entfaltung des Weltbildes und die Antiphonie der Werte*, Berlin, 1954, p. 318.
- (32) Se ha señalado cómo SAVIGNY evita el uso de la expresión *Volksseele*, para escapar a toda resonancia psicologista, en el sentido, por ejemplo, de una «psicología de masas».
- (33) En junio de 1814 aparece la obra de ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT: *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*: «Con nuestras doctas discusiones hasta hoy, en realidad nos hemos adentrado cada vez más profundamente en la filología y la historia; pero respecto al sentido vigoroso para lo justo e injusto, para las necesidades del pueblo, para la venerable sencillez y rigor de las leyes, hemos permanecido siempre sordos en este trabajoso empeño» (p. 48).
- (34) Vide: W. SCHÖNFELD, op. cit., p. 435.
- (35) *Über das Naturrecht*, Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin, 1948, p. 27.
- (36) Cfr. PAUL KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1947, p. 248 2.^a edic. 1953, p. 249). El autor señala cómo la teoría del derecho natural se abre a la realidad histórica del derecho mediante la consideración del derecho comparado, y habla en este sentido de un «derecho natural territorial, nacionalmente vinculado».
- (37) ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe, 1955, 2. These: *Natur als «Ursprünglichkeit»*; als *Rechtsmythologie*, pp. 14-18; en esp., p. 16. 8. These: *Recht als «Geschichtlichkeit»*, a) *Naturrecht als Ordnung der Vergangenheit*, pp. 101-103. De ahí el sentido reaccionario de la doctrina de SAVIGNY: «Lo que Savigny nos ofrece es reaccionario, es una suerte de contrarrevolución en el terreno espiritual, la cual quiere hacer girar hacia atrás la rueda de la historia, en cuanto a aquél le falta, junto a la lucidez crítica, el temor reverencial radicado en la fe ante lo que ha sucedido y no puede dejar de suceder: así entendida la historia no aparece solamente como la obra del hombre». Vid.: W. SCHÖNFELD, op. cit., p. 440. Antes que un sentido preterizante, de vuelta al pasado, es éste un sentido conservador del presente. Pero tampoco es el presente absoluta culminación de las etapas del pasado, como acontecía con el pensamiento histórico de la Ilustración. El presente no goza aquí del mismo absoluto prestigio: es preciso advertir la leve inflexión respecto al pensamiento, por lo demás determinante, del siglo anterior. Ahora, el presente no es término de la función histórica, sino que «funciona» indisoluble con el pasado y el futuro. Cobra así un cierto valor fungible, de etapa intercambiable en el proceso evolutivo de la historia. Vid. ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEYA, *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, en «Revista de Estudios Políticos», n. 57 (1951), pp. 15-34.
- (38) *De la vocación...*, cit., p. 59.
- (39) *Ibid.*, p. 47.

- (40) FR. K. V. SAVIGNY, *Juristische Methodlehre, Savignys marburger juristische Methodenlehre*, Herausgeb. v. Gerhard Wesenberg, nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm, Stuttgart, 1951, p. 49.
- (41) *De la vocación...*, cit., p. 47.
- (42) *Ibid.*, p. 61.
- (43) FR. K. V. SAVIGNY, *Juristische Methodlehre*, cit., pp. 48-49. Se halla aquí el germen de las dos direcciones que seguirá en el desarrollo de la Escuela histórica la base común de la dogmática romanista: la trayectoria romanista pura y la trayectoria germanista. Esta última es la línea que parte de Pütter y termina en Otto von Gierke, describiendo su trazo más continuo con Eichhorn, Falck, Reyscher y Beseler. Es la línea que permanece más fiel a un sentido iusnaturalista *material*, como un «derecho material común», complementario del derecho «formal» alemán. Pero, a medida que el pensamiento de la Escuela se desenvolvía, progresaba el entrecruzamiento* de ambas direcciones, y así sería preciso hablar de un «germanismo romanista» y de un «germanismo germanista»: el primero representado por Gerbe y Laband, y el segundo por Beseler y Gierke. Vid.: W. SCHÖNFELD, op. cit., pp. 453 y ss. Con este último, el iusnaturalismo de la crisis historicista alcanzará su más alto acento, y con él el derecho romano representa bastante más que un genérico substrato, un órgano unitario de comprensión dogmática; es decir, representa un contenido iusnaturalista material-concreto.
- (44) Cfr. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, pp. 228 y ss.
- (45) Vid., HEINRICH MITTELS, op. cit., p. 28.
- (46) Se trata de las mismas determinaciones fundamentales de la *libertas* y la *dignitas humana* que reconoce PUFENDORF: *De iure naturae et gentium*, II, I, 5 y II, I, I.
- (47) Cfr. HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950, en general, Zweiter Hauptteil: *Die Gegebenheiten im Recht: Rechtsidee-Natur der Sache-Naturrecht*, pp. 90 y ss. En esp. pp. 147 y 151: «Die Rechtsidee ist die Summe der sittlichen Gehalte (Werte), die wesensgemäss mit der Ausbildung des Rechtes verbunden sind. Im Mittelpunkt stehen Gerechtigkeit und Personwürde des Menschen». «Gegenüber der Rechtsidee- als reinem sittlichem Gehalt- soll das Naturrecht ein System von Rechtssätzen bestimmten Inhaltes sein, in denen die Rechtsidee Gestalt gewinnt und dadurch anwendbar wird». El contenido genérico de los valores éticos, que la «idea del derecho» comprende así, lo transforma el derecho natural en una serie de principios jurídicos determinados, aplicables en la vida social. Esta transformación se realiza mediante la conexión con los supuestos de hecho objetivos de la «naturaleza de la cosa». Es evidente que, también en la doctrina de Savigny, los principios de un sistema iusnaturalista como tales se ven desplazados por los supuestos híbridos de una «tópica» de la justicia material, tal como la que representa el principio de la naturaleza de la cosa. Así, no ya un orden jurídico-social de justicia natural, sino los elementos fragmentarios de ese orden se nos ofrecen.

Por lo demás, se trata del esquema típico de toda construcción de un derecho natural concreto-individual, cuyas normas aparecen determinadas en sentido objetivo-material. Es el esquema de una construcción «normo-objetiva» del derecho natural material concreto. Vid.: RAINER SPECHT, *Zur Struktur formal-material gebauter Rechtsphilosophien*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», XIV/4 (1958), pp. 475-493. El iusnaturalismo típico de Savigny se inserta en este sentido dentro del vasto proceso seguido por las teorías modernas del derecho natural. Un proceso que ha tratado de caracterizarse como el tránsito de una concepción *formal* a otra *material*. Donde la cualificación racional y formal cedería ante la determinación objetivo-material del principio de naturaleza de la cosa. El derecho natural tiende a convertirse en sistema jurídico «positivizado», asumiendo todo el desarrollo y el significado del formalismo en el derecho contemporáneo. Pero, a la vez,

abandona lo que en él había de más valioso: su carácter de *forma* y de *norma*, su función crítica respecto al derecho positivo. H. Mitteis, op. cit., p. 27.

La disolución de los conceptos de *ley*, *orden* y la instancia a una *justicia objetiva* determinada por su evidencia inmediata y «autocomprensible», sin la referencia a un subsuelo metafísico teleológico, participan de aquel ingente proceso. En su transfondo late la tensión milenaria entre *forma* y *materia*, incluso el prejuicio de la historia filosófica occidental favorable a la primacía de la *forma* en cuanto tal (Cfr. NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, III ed., Berlín, 1949, pp. 108-109: «Das geschichtliche Vorurteil zu Gunsten der Form», Coing, op. cit., p. 153, y EMIL BRUNNER, *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zürich, 1943, pp. 100 y ss.; JOHANNES MESSNER, *Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, III ed., Innsbruck, Wien, München, 1958, p. 288).

- (48) Fr. K. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts: Sistema del derecho romano actual*, trad. esp. de J. Mecla y M. Poley, II ed., Madrid, I, 15, pp. 90 y ss.; se trata de la «Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute, mit Alles was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Konsequenz hervorgeht, und was die Neueren Natur der Sache nennen». En todo caso, se trata de un derecho natural aplicado y, por tanto, dotado de una fundamentación inductivo-ontológica, cercano así al *ius gentium* romano, tal como lo caracterizará August Ludwig Reyscher.
- (49) Con la Escuela histórica del derecho, la función más eminente de la dogmática romanista al servir de fundamento a la consideración del derecho comparado, consigue su plenitud en cuanto es asumida por el derecho natural. En este sentido observa PAUL KOSCHAKER (op. cit., p. 253; vid. nota 36): «Wenn das Naturrecht gegenüber jedem positivem Recht durchgreifen sollte, so konnte man erwarten, es nicht bloss im römischen und deutschen Recht zu finden. So wurde der Blick auf andere Rechte gelenkt und das Naturrecht zur Mutter der Rechtsvergleichung». (El subrayado es nuestro). Es la ecuación que el crítico de Savigny, Nicolaus Falck, señala como «eine allgemeine Rechtslehre oder natürliche Rechtswissenschaft». (In *Kieler Blättern*, 1819, p. 15, cit. por N. SCHÖNFELD, op. cit., p. 454).