

SAVIGNY: EL LEGALISMO APLAZADO *

ANDRES OLLERO **

¿QUE ES PARA NOSOTROS SAVIGNY?

Cincuenta años después de su muerte, la contribución de Savigny a la ciencia jurídica fue sometida a uno de los más duros juicios. El acerado polemismo de Kantorowicz va a esforzarse por expulsarlo del recuerdo de los juristas alemanes ¹. Sin duda no consiguió su propósito, pero sí logró, paradójicamente, que su crítica del cincuentenario sea un hito obligado al replantearnos hoy qué ha sido para nosotros Savigny.

No resultaría difícil esbozar un balance remitiéndose a las obligadas, aunque breves, alusiones que Savigny encuentra en toda historia del pensamiento, o del "método" jurídico. El resumen sería el siguiente: Savigny destaca la entraña "histórica" de la realidad jurídica, oponiéndose radicalmente a la óptica racionalista del iusnaturalismo dominante en el pensamiento jurídico anterior; Savigny entiende el derecho como una realidad "viva", rechazando las posturas legalistas que animan los proyectos codificadores de la época; Savigny aspira a dar paso a una

* En el momento en que los juristas de todo el mundo se aprestan a conmemorar el segundo centenario del nacimiento de Savigny, la Universidad española registra el setenta cumpleaños del Prof. Felipe González Vicén, Catedrático de Filosofía del Derecho de La Laguna y destacado estudioso de la inflexión de la teoría jurídica que Savigny protagonizara. A él va dedicado con afecto este trabajo.

** Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada, España.

¹ H. Kantorowicz, *Was ist uns Savigny? en Rechtshistorische Schriften* Karlsruhe 1970, págs. 397-417. También *Die Epochen der Rechtswissenschaft* ibidem, págs. 11 y ss.

auténtica "ciencia" jurídica que acabe con un paralelismo estéril de especulación abstracta y casuismo prácticón.

Si aceptamos este punto de partida y lo cotejamos con los rasgos decisivos de la vida jurídica actual, la conmemoración cobraría rasgos de funeral. Hoy domina un positivismo legalista para el que lo "histórico" (entendido como recuerdo de lo muerto) sólo sirve de preámbulo erudito; se suscribe todavía (aunque la inconsciencia pueda jugar como atenuante) una dogmática jurídica que se considera "científica" en la medida en que se cree apolítica, y que sigue aferrada por inercia a los procedimientos de la llamada jurisprudencia de conceptos; el derecho "vivo" escapa a una teoría que es a la vez normativista y legalista: que entiende el derecho como proposición normativa y que encierra a ésta en los límites del texto legal, más allá del cual no hay rigor científico ni legitimidad política; tal teoría acaba resultando llamativamente "especulativa" y empuja a buscar en la sociología, por su prestigio de saber cercano a los hechos, la indispensable "alternativa".

Lo "histórico", lo "vivo" y la "ciencia" teórico-práctica brillan por su ausencia. Todo invita a pensar que Savigny fue un profeta sin fortuna y que su ambición de conformar la mentalidad de los juristas contemporáneos quedó en buenos deseos. Pero Kantorowicz continúa siendo útil en su papel de abogado del diablo y nos invita a descubrir a Savigny como auténtica fuente de este estilo profesional aparentemente tan alejado de sus puntos de partida.

Para intentar superar el dilema nos acercaremos sobre todo a su planteamiento de la interpretación del derecho, dada nuestra convicción de que la manera de entender este aspecto central de la "vida" jurídica se convierte en piedra de toque decisiva sobre el alcance de toda "teoría" del derecho ². Mucho más en este caso, ya que la historia, la realidad viva y el saber jurídico cercano a la praxis encuentran en la interpretación su campo de juego natural.

LA HISTORIA COMO BANDERA

La tarea de Savigny va a desarrollarse en un momento histórico que asiste al encuentro de una triple influencia, dispar en procedencia e

² Así lo propusimos en nuestro estudio *Una filosofía jurídica posible*, "Anales Cátedra F. Suárez" 1975 (15), págs. 247-278 y lo hemos intentado en *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino* "Anuario Estudios Sociales

intención, pero confluyente en su efecto: la quiebra del racionalismo. Kant va a someter a crítica las posibilidades metafísicas de la razón, privando con ello de fundamento al iusnaturalismo que monopolizaba la reflexión jurídica; Montesquieu enlaza con el historicismo, que se ofrece como alternativa metodológica, y se convierte en precursor de los planteamientos "sociológicos" destinados a convertirse en horizonte científico de la jurisprudencia de nuestros días; Rousseau, a su manera apasionada y anárquica, va a proponer claramente la primacía de la praxis sobre la reflexión, lo que a la larga acabará influyendo en un saber jurídico entendido "aplicativamente" por los que presentan a la praxis siempre a la zaga de la teoría. Esta triple influencia, por difusa e inmadura que se halle en el ambiente, jugará decisivamente en el autor que una generación después va a proponerse, con apenas veinte años, erigirse en reformador de la ciencia jurídica, en el Kant de la jurisprudencia³. El racionalismo jurídico que animaba al iusnaturalismo liberal está aparentemente condenado a muerte.

El *formalismo* kantiano será una de las alternativas de repuesto. Se ha roto el viejo sueño iusnaturalista de obtener metafísicamente por vía teórica los contenidos que el derecho habría de proyectar prácticamente sobre la vida social. La razón práctica tendrá que buscar ahora un punto de apoyo propio, que la teoría consciente de sus límites se niega a prestar, y lo encontrará, a falta de contenidos universalmente válidos, en lo formal. Pero el *historicismo* que Montesquieu representa abre una óptica bien diversa. El derecho se ofrece como parte de la realidad social viva, fruto de unas circunstancias concretas y transmisor, a través de ellas, de las leyes permanentes del existir humano. Savigny, pregonero de lo histórico, y quizá a su pesar diseñador de una ciencia jurídica formalista, va a experimentar personalmente la tensión entre esta doble propuesta. En su pretensión de fundar una auténtica ciencia jurídica acabará por convertirse en microcosmos de su dispar desarrollo futuro. Mientras toda la línea "iusliberista"⁴ puede encontrar en sus escritos programáticos su propia raíz, Kantorowicz seguirá denuncián-

y Jurídicos" 1974 (3), págs. 289-303 y *Hobbes y la interpretación del derecho* "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto" 1977 (LIV-1), págs. 45-67.

³ E. Wolf, *Friedrich Carl von Savigny en Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen 1951 (3^a), pág. 473.

⁴ Sobre el alcance del "iusliberismo" nos remitimos al excelente estudio de L. Lombardi-Vallauri *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pág. 218.

dolo como padre de la dogmática formalista. En cualquier caso, con él ha nacido la ciencia jurídica contemporánea ⁵.

Su tarea arranca de los tanteos iniciales de Gustav Hugo, a caballo entre la historiografía pragmática de Goettingen y un kantismo poco riguroso. "Yo no he estado entre sus oyentes" —nos confiesa— "pero sus escritos han influido sobre mí, instruyendo y estimulando el propio pensar e investigar, como ningún otro" ⁶.

El respaldo filosófico con que dará consistencia a esta inmadurez inicial es dudoso, y ello repercutirá decisivamente en la solidez futura de su construcción. Schelling, Kant, ¿Hegel?, laten en muchos de sus planteamientos, pero será fundamentalmente el aire romántico de la época lo que les dé fuerza y les reste profundidad. Puede descartarse que Savigny, que atribuía a lo histórico la aportación del ingrediente "filosófico" de la ciencia jurídica, posea una filosofía propia ⁷.

Si historia y filosofía se han hecho para él sinónimos es gracias a su "organicismo" romántico. Hereda, a través de Hugo, la distinción entre historia "externa" e "interna" de Leibniz, para quedarse con la segunda ⁸. Esa historia "interna" del derecho no será ya una parte del saber jurídico, como en sus antecesores, sino que se erige en la ciencia jurídica por antonomasia, encerrando en sí toda una filosofía

⁵ R. Gibert lo considera uno de los forjadores del mundo contemporáneo —*Federico Carlos de Savigny, fundador de la Escuela histórica del derecho* (1779-1861), Granada 1963, pág. 89. La ciencia jurídica europea comienza con la polémica de Savigny contra la codificación, afirma E. Gómez Arboleya *El racionalismo jurídico y los códigos europeos en Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, 1962, pág. 446.

⁶ F. C. Savigny, *Der zehnte Mai 1788* (publicado en 1838, con motivo del cincuentenario del doctorado de Hugo) en *Vermischte Schriften*, Darmstadt, 1968, t. IV, pág. 207. O. v. Gierke apunta que Savigny oyó las lecciones de Hugo en una sola ocasión —*La escuela histórica y los germanistas en La escuela histórica* (colección de escritos relativos a su origen y desarrollo realizada por Atard), Madrid, 1908, pág. 157.

⁷ Más bien una filosofía lo posee, señala afiladamente H. Kantorowicz *Volksgeist und historische Rechtsschule* en *Rechtshistorische Schriften* (nota 1), pág. 450. Es, sobre todo, un romántico, sentencia H. Conrad *Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: F. C. von Savigny und J. Grimm* "Zeitschrift Savigny Stiftung" (GA) 1974 (LXV), pág. 270.

⁸ G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966, pág. 108.

jurídica. La historia "externa", como mera acumulación de materiales, pierde interés porque se aspira a descubrir en el pasado la raíz del presente, descubriendo en éste su "insoluble comunidad con todo el pasado". La historia no será ya "una colección de ejemplos políticos y morales, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado" ⁹. Para ello es preciso "perseguir cada material dado hasta su raíz, para descubrir así su principio *orgánico*, con lo cual lo que tenga todavía de vivo tiene que separarse de lo que está ya muerto" ¹⁰.

La ciencia histórica del derecho pretende apropiarse la trabazón *orgánica* que se da en la realidad viva de la sociedad, en la que los fenómenos jurídicos se generan en estrecha dependencia con el resto de la cultura de un pueblo. Arte, lenguaje, derecho... no nacen arbitrariamente, a impulso de voluntades aisladas, sino que se van engendrando en el seno común de la existencia histórica, que no es un caos de fenómenos sino un *organismo* vivo.

La proclama resulta diáfana. Marginadas las abstracciones racionalistas, se abre una forma nueva de entender el derecho. Lo importante no serán los principios eternos sino los contenidos históricos; la vieja querencia del saber jurídico hacia la matemática y la lógica se ve desplazada por el empuje de la historia; las leyes intemporales darán paso a la interpretación cotidiana del derecho vivo. Pero do-cientos años después los resultados son más elocuentes que los propósitos.

En 1815 había surgido la "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", denunciando el viejo iusnaturalismo y proponiendo un nuevo modo de entender el derecho y la labor de los juristas. En 1841 Bachofen pronuncia en la Universidad de Basilea una lección, que "representa una especie de nuevo manifiesto de la Escuela histórica a mediados de la centuria" ¹¹. Pero en 1882, cuando está llegando a su

⁹ F. C. Savigny, *Sobre el fin de la revista de la Escuela histórica en La escuela histórica* (nota 6), págs. 13-14.

¹⁰ El subrayado es nuestro. F. C. Savigny *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, en *La codificación* (edición de textos de Savigny y Thibaut que recogen su polémica al respecto). Madrid, 1970, pág. 136. Sobre ello, H. Coing *Savigny et Collingwood ou Histoire et interprétation du droit* "Archiv Philosophie du Droit", 1959 (4), pág. 2.

¹¹ F. González Vicén en la introducción a *El derecho natural y el derecho histórico* de J. J. Bachofen, Madrid, 1955, pág. 15.

fin, Gierke, en su discurso rectoral de Breslau, expresa ya el desconcierto de los germanistas ante un movimiento que, apelando a la historia y a la defensa de las realidades nacionales, acaba por sacrificar en aras del culto al derecho romano las raíces jurídicas germánicas. Su diagnóstico, que trasluce serias dudas sobre el éxito de la propuesta, nos ayuda a identificar con nitidez cuáles eran sus principales enemigos: por una parte, un positivismo estricto —“cuya última consecuencia es la eliminación de la idea del derecho”—, que empuja a una solución legalista: “todo lo que cabe mandar con forma de ley puede transformarse en derecho vivo”; por otra parte, los residuos iusnaturalistas, que desconocen la positividad del derecho: “si la concepción histórica debe combatir allí un falso realismo, debe hacerlo aquí con un falso idealismo”¹². ¿Tenía el historicismo de Savigny raíces suficientes para conjurar esta doble amenaza?

Los estudiosos de la terminología savignyana coinciden en dictaminar que el romanticismo acaba por llenar el vacío filosófico de la Escuela. Los elementos clave de su manifiesto no resisten un análisis exhaustivo y acaban resultando sospechosos de ambigüedad retórica. El concepto de “pueblo”, por ejemplo, uno de los slogans más felices del grupo, es de enigmático contenido. No remite a una realidad empírico-sociológica, sino que trasluce una filosofía de la historia criptometafísica. Como consecuencia, el derecho “histórico” no aparece enmarcado en una realidad determinada, y su fundamentación resulta muy problemática una vez que la legitimación iusnaturalista ha sido expresamente rechazada. El derecho termina por no estar “en” la historia, sino que aparece conectado (orgánicamente) “con” ella en un curioso “historicismo ahistórico”¹³.

La endeblez filosófica de este historicismo jurídico dejará una vía abierta al influjo formalista, aunque fluyendo también por cauces poco rigurosos. Si bien arraiga la tendencia kantiana al sistema, no lo hará con una asimilación suficiente de su base doctrinal, con lo que la gravitación de la sistemática iusnaturalista de Wolff se hace inevitable. La crítica de Kant a la metafísica de Wolff, decisiva a nivel filosófico, se

¹² O. v. Gierke, *Naturrecht und deutsches Recht en Begriff und Wesen des Rechts* (ed. por W. Maihofer), Darmstadt, 1973, págs. 250 y 251.

¹³ E. W. Bockenforde, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts en Collegium philosophicum* (Festschrift Ritter), Basel-Stuttgart 1965, págs. 14-16.

difumina en esta imprecisa herencia jurídica. Nada tendrá de extraño que hoy pueda dictaminarse con todo fundamento que “la espina dorsal de la pandectística es iusnaturalista” 14.

A nivel metodológico, el predominio del sistema en el derecho natural racionalista va a perpetuarse, logrando un cauce en cierta medida subterráneo bajo este influjo del formalismo de raíz kantiana. El historicismo está siendo socavado. Pero el iusnaturalismo no estará sólo presente en el estilo arquitectónico de la elaboración teórica, sino que impregnará a la vez los contenidos de esta nueva “ciencia” que presume de haberlo superado. La Escuela histórica sigue partiendo de “una verdadera ontología del orden jurídico-social” y cuando en el *Sistema*— el “espíritu del pueblo” remita a una realidad que lo trasciende (“lo que opera en cada pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad”), quedará al descubierto “el sustrato de una verdadera concepción filosófico-jurídica de sentido iusnaturalista” 15. Uno de los enemigos de la Escuela parece haberla herido, desmintiendo prácticamente su proclamada defunción. Desde un área jurídica bien diversa ha podido afirmarse: “ningún sistema de derecho natural fue jamás tan absoluto como ese derecho natural fundado sobre premisas históricas” 16.

El carácter híbrido de la filosofía de la Escuela histórica va empujándola a una situación equívoca. Difícilmente pueden los exponentes de la cultura jurídica “iusliberista” reconocerse en estos antepasados, pero tampoco los representantes “ortodoxos” del formalismo jurídico se muestran más satisfechos de la experiencia. Para los neokantianos, que, aunque parcialmente, sí han asimilado la crítica de Kant, está claro

14 F. Wieacker, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna* (traducción castellana de F. Fernández Jardón), Madrid, 1957, pág. 343.

15 M. Hurtado Bautista, *Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny* “Anales Universidad Murcia”, 1958-59 (XVII-1), págs. 56 y 66. La cita de Savigny que intercalamos es del *System des heutigen roemischen Rechts* I, 21 (Citamos esta obra por la reimpresión de la edición berlinesa de 1840, publicada en Darmstadt en 1973 —8 volúmenes e índices— indicando volumen y página. Cuando se transcribe versión castellana es la, bastante libre, de Mesía y Poley, Madrid 1878 —en este caso, pág. 33).

16 R. Pound, *El espíritu del “common law”*, Barcelona, s. f., pág. 158.

que la Escuela histórica encierra "una determinada filosofía jurídica" ¹⁷, pero se ha quedado a medio camino.

Sobre estas bases movedizas, destinadas inevitablemente a traicionar sus propósitos iniciales, tendrá Savigny que construir un saber jurídico que merezca el rango de "ciencia". Ha heredado la obsesión por la ciencia que caracteriza a todas las propuestas innovadoras de la metodología jurídica desde la Modernidad. Bacon o Hobbes, Pufendorf o Leibniz, van a encontrar en él un continuador, en muchos más aspectos de los que sería razonable imaginar.

UN JURISTA OBSESIONADO POR LA CIENCIA

La preocupación de Savigny por lograr un tratamiento científico del derecho irá, por un complejo itinerario, mucho más allá que en sus predecesores. Estos partían, con una fundamentación filosófica más o menos rigurosa, de una determinada concepción de la realidad jurídica, y proponían la metodología adecuada para lograr su manejo racional. En Savigny la ciencia jurídica desbordará este ámbito metodológico instrumental para identificarse con la realidad jurídica misma, convirtiéndose en centro de la elaboración teórica. La vieja obsesión del "iusliberismo" de llegar a diseñar una "teoría de la praxis" está presente en sus proclamas iniciales.

La realidad jurídica es radicalmente "histórica"; sólo la historia será capaz de dar rango científico a su manejo; y con ello no hace sino revelar nuevos contenidos históricos: es decir, explicitar nueva realidad jurídica. La ciencia "histórica" del derecho acabará cobrando rango de fuente jurídica.

El punto de partida es claro: "debe investigarse en la variedad de los hechos que la historia ofrece la suprema unidad, el principio de vida que ha de explicar los fenómenos particulares y espiritualizar, por tanto, el dato material". Para ello hay que referir lo vario a la unidad, hay que dar paso a una actividad científica que, como cualquier otra,

¹⁷ "Un procedimiento de una consideración filosófico-jurídica hasta la mitad del camino, no puede servir para nada" sentencia R. Stammler *Sobre el método de la teoría histórica del derecho* I y VI, en *La Escuela histórica* (nota 6), págs. 212 y 304. No cabe, por tanto, exagerar la influencia de Kant sobre Savigny, como hace, siguiendo excesivamente a Kiefner, W. Fikentscher *Methoden des Rechts*, Tübingen 1976, t. III, págs. 29-39.

elabore el sistema de lo real ¹⁸. Pero ya en el punto de partida surgen las sombras sobre la viabilidad del empeño. En línea con Kant, ciencia y sistema se hacen inseparables y con ello se cierne el peligro de que el sistema científico se proyecte demiúrgicamente sobre la realidad para hacerla a su imagen y semejanza. La obsesión por la "ciencia" podrá en Savigny más que la desconfianza hacia el sistema, característica de la línea "iusliberista" con la que lógicamente debía haber enlazado.

En cualquier caso, el propósito de ruptura con el iusnaturalismo racionalista es decidido. La ciencia del derecho ha de ser ciencia del derecho positivo, real e históricamente existente, y no geometría de principios eternos e inmutables. Sea cual sea el final de la aventura, no falta la conciencia clara de adónde no se quiere volver. Gierke supo apreciar el valor de este punto de arranque: "no ofreció al mundo un nuevo sistema especulativo, sino que le reveló una verdad"; "ha creado dentro de ciertos límites un suelo firme sobre el que no sólo puede la ciencia del derecho positivo fundamentar su nueva construcción, sino que ninguna futura filosofía del derecho puede impunemente abandonarlo. Se puede ir más allá de él, pero no volver atrás" ¹⁹.

La primacía de lo histórico, la visión del derecho como una dimensión viva del existir de los pueblos, el rechazo del planteamiento racionalista que lo reduce a un conjunto de principios intemporales, la oposición a su configuración como mero instrumento de la voluntad estatal y del arbitrio político ²⁰, serán los caracteres fundamentales de su labor, que propugna el nacimiento de una ciencia "histórica" del derecho y prepara una "Escuela" capaz de propalarla. Su devoción romanista le hace soñar con una vitalización de la experiencia jurídica que lleve a resucitar un auténtico "derecho de juristas". Sin embargo, la obsesión por la ciencia amenaza con empujar a un nuevo distancia-

¹⁸ F. C. Savigny, *Recensión del libro de N. Th. Gonner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo* en *La Escuela histórica* (nota 6), pág. 52.

¹⁹ O. v. Gierke, *Naturrecht un deutsches Recht* (nota 12), pág. 247. La figura de Gierke, a la que habremos de volver inevitablemente, ha sido de las más detenidamente estudiadas por F. González Vicén: *La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke* "Anuario Filosofía del Derecho" 1971-72 (XVI) pág. 1-76.

²⁰ Cfr. E. W. Bockenforde, *Die historische Rechtsschule...* (nota 13), pág. 13.

miento de teoría y práctica, a un desequilibrio en favor de lo académico que acabe por consagrar un "derecho de profesores" 21.

Las propuestas iniciales no justifican estos temores. La opción metodológica por la historia lleva consigo la propuesta de un nuevo concepto de "positividad". La crítica del iusnaturalismo no supondrá la rendición ante una concepción voluntarista del derecho. Savigny estaría de acuerdo con Hobbes en que sólo cabe considerar como derecho al derecho "puesto", pero no en el carácter de tal "posición". Desde una perspectiva simplista, frecuentemente suscrita, podría reducirse todo a un cambio en la jerarquía de las fuentes del derecho: de la hegemonía de la ley se habría pasado a la hegemonía de la costumbre. El problema es más hondo, y precisamente por ello tal cambio no llegará a la larga a producirse. Aunque parezca que Savigny ha optado por la costumbre por encima de la ley, de hecho ha optado por la ciencia jurídica (¿cómo fuente del derecho!) y no podrá evitar que acabe jugando al servicio de la ley. La aceptación del sistema a nivel metodológico acabará acompañada de la aceptación del legalismo a nivel teórico.

Pero no adelantemos acontecimientos. ¿Cómo se "pone" el derecho? "El derecho vive, lo mismo que el lenguaje, en la conciencia del pueblo", "en conexión orgánica" con su modo de ser y su carácter 22. Allí aparece "puesto", dotado ya del "elemento político" que le confiere existencia implícita. Sólo es necesario explicitarlo mediante una formulación que la añada "el elemento técnico". Esta va a ser precisamente la función de la ciencia jurídica, en la medida en que los juristas se coloquen a la altura exigida por la cultura de su tiempo. "El derecho se perfecciona en lo sucesivo juntamente con el lenguaje, toma una dirección científica, y, así como antes vivía en la conciencia de todo el pueblo, recae ahora en la conciencia de los juristas, los cuales

21 P. Koschaker certifica este nuevo paralelismo con el derecho natural racionalista *Europa y el derecho romano* (traducción castellana de J. Santa Cruz), Madrid, 1955, págs. 367 y 369.

22 F. C. Savigny, *Vocación...* 2 (nota 10), págs. 54 y 56. Años después en su *System...* I, 14 (nota 15), pág. 29, insistirá: "en todas partes donde aparezca en la conciencia una relación jurídica, desde hace tiempo existía para la misma una regla que, por ende, no hace falta, ni siquiera sería posible, inventar. En atención a esta cualidad del derecho general, en virtud de la cual siempre tiene ya existencia real y dada en cualquier estado en el que puede ser buscado, lo denominamos derecho positivo".

representan a partir de entonces al pueblo en esta función” 23. ¿Serán realmente capaces los juristas, formados por la nueva “ciencia”, de ser fieles a esta representatividad?

Las consecuencias del nuevo concepto de positividad son del máximo interés. Los juristas no hacen sino repetir, con mayor pulcritud y rigor técnico, la operación que día a día se produce en toda manifestación de vida jurídica. El juez o el ciudadano explicitan el derecho, hacen “ciencia” jurídica a su pesar, de ahí la necesidad del apoyo del jurista. Las reglas jurídicas presentes oscuramente en el espíritu del pueblo han de rescatarse con la mayor fidelidad. “Esta recepción de la norma en nosotros puede dar lugar a las aplicaciones más diversas: en el hombre científico a la elaboración de la ciencia en múltiples formas; en el juez a sentencias y su ejecución; en el particular al establecimiento de sus relaciones vitales en determinada forma” 24. Lo decisivo de este nuevo planteamiento es que el derecho aparece como vida. No es terapia represiva, sino salud; no es restricción de posibilidades individuales en aras de la seguridad, sino una manifestación más de la capacidad creadora del individuo, de su existencia conferidora de sentido al mundo que le rodea. Un nuevo aire rompe con la imagen estatalista, represiva y falta de humanidad del derecho. Este no es ya un freno impuesto al hombre sino una actividad humana más, una de las manifestaciones de su tarea espiritualizadora de un contorno. Todas estas variantes de la “positivación” humana del derecho son “actividad espiritual” y su forma más excelsa es la “actuación científica” 25. Si el derecho es una dimensión de la vida humana, la ciencia jurídica será la quintaesencia del derecho como vida.

La identificación práctica entre la ciencia del derecho y la misma realidad jurídica va a producirse. Sólo a través de su labor “técnica” se hace consciente —y específicamente vinculante— el material jurídico difusamente depositado por la impronta del “espíritu del pueblo” 26 en

23 F. C. Savigny, *Vocación...* 2 (nota 10), pág. 57.

24 F. C. Savigny, *System...* I, 206 (nota 15), pág. 145.

25 *Ibidem*.

26 Sobre la aparición de tan popularizado término en la obra de Savigny: D. Strauch *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Bonn, 1960, que distingue tres períodos fundamentales en su labor; la *Vocación...* marca el paso al segundo, polémico y combativo, mientras que el *System...* abre la ma-

la vida social. Así se reconciliarán al fin teoría y práctica y, huyendo de toda especulación abstracta, se generarán "verdaderos prácticos" y no "teóricos que se han quedado a mitad de camino" ²⁷. La ciencia del derecho, aun presentando su labor como extracción de un material preexistente y no como creación autónoma del mismo, va a ser la homologadora de sus contenidos, convirtiéndose en la práctica en la auténtica "fuente" del derecho. Cuando las referencias románticas al espíritu y a la conciencia popular se evaporen y se precise una legitimación política de esta labor, la ciencia jurídica pretenderá conservar tal función, si no creadora sí decididamente reproductora del derecho, y sólo podrá lograrlo amparándose en la ley, poniéndose finalmente al servicio de ese legalismo jurídico que la propuesta de Savigny pretendía desterrar.

El primer paso de esta fuga hacia delante de signo legalista se produce cuando la costumbre se ve engullida por la ciencia jurídica en su papel de fuente del derecho. Se la considera sólo "síntoma del derecho, pero no su causa de nacimiento" ²⁸, mientras que los juristas, formados por la nueva ciencia, se convierten en "sujeto para el derecho consuetudinario vivo" ²⁹. La costumbre jurídica, síntoma gráfico del nacimiento del derecho, es detectada por el jurista científico desde el marco de su propio sistema. Si la ciencia jurídica se paraliza, o no se encuentra a la altura de esta misión, la fuente del derecho habría quedado cegada, para ser suplantada por la arbitrariedad desconocedora de la historia y poco respetuosa con el carácter nacional.

Con ello ha entrado en juego la veta política del planteamiento de Savigny, de herencia fecunda, aunque disfrazada precisamente de

durez final. Sólo entonces aparecerá el término "Volksgeist", aunque intencionalmente estaba ya presente con otras denominaciones. Vid también H. Kantorowicz *Volksgeist...* (nota 7) y S. Brie *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule* "Archiv Rechts und Wirtschaftsphilosophie" (1908 - 1909, 1911), págs. 1-10 y 179-202.

²⁷ F. C. Savigny, *Opiniones en favor y en contra de los códigos nuevos en La codificación* (nota 10), pág. 241.

²⁸ F. C. Savigny, *System...* I, 35 (nota 15), pág. 41. Esta asunción del derecho consuetudinario por la ciencia jurídica está ya presente en Hugo —cfr. G. Marini, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, pág. 43.

²⁹ F. C. Savigny, *Vocación...* 8 (nota 10), pág. 148.

“apoliticismo”. Filtrar científicamente la costumbre, anticipándose al intento de la ley por monopolizar la iniciativa en la creación del derecho, tendría como resultado una benéfica neutralidad que serviría de dique a una “política” entendida como veleidad arbitraria. Bajo la apelación romántica a lo nacional late la resistencia de Savigny a las ideas liberales de la revolución francesa. Con esta atribución del carácter “politicizador” a los intentos codificadores que se apoyan en tal ideología, Savigny acaba atribuyendo al Antiguo Régimen los honores de la neutralidad científica, con no menor candidez que los actuales defensores de la “neutralidad” de la ciencia jurídica.

Pero lo que nos interesaba resaltar es cómo el nuevo concepto de “positividad” aportado por Savigny lleva a un peculiar, e irrepetido, “positivismo” jurídico. No se trata ya del positivismo “científico”, que proyecta sobre el ámbito jurídico la teoría positivista de la ciencia, ni tampoco del positivismo legalista, que identifica derecho positivo y ley ³⁰. La teoría positivista de la ciencia, incompatible con todo historicismo, habría exigido un Savigny efectivamente kantiano para ser asimilada; el legalismo es expresamente rechazado. En cualquier caso, en este curioso “positivismo científico-jurídico”, que identifica derecho positivo y ciencia del derecho, hay más de defensa de la ciencia jurídica que de rechazo de la ley, y ello prepara ya la posibilidad de una utilización futura de esta misma ciencia al servicio del legalismo.

EL LEGALISMO APLAZADO

El rechazo del positivismo legalista resultaba especialmente nítido en la segunda época de Savigny, que nos lo presenta preocupado por demoler el planteamiento tradicional del saber jurídico, que se empeñaba en mantener que “todo derecho positivo nace de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo” y que “la ciencia del derecho tiene por objeto exclusivo el contenido de las leyes” ³¹. El legalismo difuso de su inmadura Metodología de Marburgo queda decididamente superado; la identificación entre derecho y “arbitrio del legis-

³⁰ Cfr. F. Wieacker, *Historia del derecho privado...* (nota 14), pág. 379.

³¹ F. C. Savigny, *Vocación...* 1 (nota 10), pág. 53.

lador" se convierte incluso en carácter distintivo de la llamada "Escuela no histórica" ³² que pretende erradicar.

Sin embargo, cuando se cierre esta polémica etapa de su labor, la actitud ante la ley va a hacerse progresivamente más favorable, al ir reflexionando más detenidamente sobre el papel que el Estado juega en la vida jurídica. Es importante que el derecho positivo cuente con "una existencia exteriormente cognoscible, por cuya virtud se descarte toda opinión individual y se facilite el combate eficaz de la injusticia". Al encomendarse tal función a la ley no hay inconveniente en reconocer que "el derecho positivo, encarnado en el lenguaje y provisto de poder absoluto, se denomina *ley*" y que "su establecimiento pertenece a los derechos más nobles del poder supremo en el Estado" ³³. A partir de ahí mencionará siempre a la ley junto a la ciencia jurídica entre los órganos de producción del derecho ³⁴. De ciencia *contra* ley ha pasado a ciencia *junto* a ley. La presión del legalismo acabará más tarde cerrando el ciclo, haciéndole legar paradójicamente una ciencia *de* la ley.

La falta de profundidad del planteamiento de Savigny resalta especialmente en su tratamiento de esta relación Estado-ley-derecho, que parece encerrar en la mera disputa metodológica racionalismo-historicismo, olvidando el enraizamiento del Estado ³⁵, como modelo centralista al servicio de la seguridad, y el avance de la noción de soberanía popular como clave de la legitimidad política. Savigny menosprecia las razones extrametodológicas que empujaban a una hegemonía de la ley: la ley como expresión de principios racionales, respaldada no sólo por el iusnaturalismo racionalista sino también por el utilitarismo de Bentham que aspira a desplazarlo en el ámbito anglosajón; la ley como símbolo de la legitimidad política, apoyada en las teorías contractualistas maduras ya en Locke; la ley como instrumento ineludible del desarrollo ético individual, cuya teorización kantiana no desconocía. La presión de estos elementos acabaría desarbolando su alegato historicista.

³² F. C. Savigny, *Vocación...* 2 (nota 10), pág. 58, y *Sobre el fin de la revista de la Escuela histórica* (nota 9), pág. 16.

³³ F. C. Savigny, *System...* I, 38-39 (nota 15), pág. 43.

³⁴ Por ejemplo, *System...* I, 17-18 y 50 (nota 15), págs. 31 y 50.

³⁵ Esto hace a su hiperromántica teoría válida quizá para la Australia interior, pero no para Europa, sentencia caústicamente H. Kantorowicz, *Was ist uns Savigny?* (nota 1), pág. 414.

En sus escritos de madurez el Estado, velado antes tras las vagas nubes de la conciencia popular, pasa a ocupar su lugar gracias a un planteamiento de cierto regusto kantiano: "el Estado es el cuerpo de la comunidad espiritual del pueblo"; "también la producción del Estado es una clase de producción de derecho, inclusive la primera forma de toda producción de derecho"; "su primera y más urgente misión en imponer el reinado de la idea del derecho en el mundo visible" ³⁶.

Sólo dentro de este proceso de recuperación de elementos decisivos de la vida jurídica cabe entender su actitud ante el problema de la codificación. Su acerada polémica no parece profundizar en el trasfondo sociológico y político del tema. Sólo le preocupa su incompatibilidad con la labor creadora de la ciencia jurídica, con la posibilidad del surgimiento de una "nueva vida orgánica" como consecuencia de la "producción jurídica" que la ciencia llevará a cabo. Los juristas no se limitarán a sistematizar el material normativo, sino que la misteriosa armonía preestablecida entre su sistemática y la interna conexión "orgánica" de la realidad les atribuye una función reproductora, y en ello radicará precisamente "el gran peligro de la redacción de un código completo: inevitablemente petrifica el resultado temporal del enfoque formal sustrayéndolo de la purificación natural y de su dignificación por medio del desarrollo científico progresivo" ³⁷.

Como ya vimos, esta ceguera del científico ante la relevancia política de "sus" problemas acababa jugando un papel político. Y ello es aún más claro en este caso, porque la codificación encerraba las claves fundamentales de una época —era un fenómeno radicalmente "histórico" ³⁸— y combatirlo exigía inevitablemente oponerse a ellas.

Bajo el fenómeno codificador latía la erección de la seguridad en valor distintivo del mundo jurídico. El derecho ha dejado de entenderse como una tarea humana de búsqueda prudencial de la solución

³⁶ F. C. Savigny, *System...* I, 22 y 25 (nota 15), págs. 34 y 36.

Sobre el papel del Estado en su planteamiento. D. Strauch, *Savigny...* (nota 26), pág. 140.

³⁷ F. C. Savigny, *System...* I, 46-48 (nota 15), pág. 48.

³⁸ "Savigny renegó rudamente del espíritu histórico con su juicio acerca de los grandes códigos", certifica O. v. Gierke, que se unirá a los germanistas en defensa de la codificación, para contrarrestar el predominio romanístico en el ámbito académico, *La Escuela histórica...* (nota 6), pág. 126 y nota 111.

ajustada a los conflictos sociales, para convertirse en instancia "aseguradora" de contenidos ajenos: bien sean las verdades eternas reguladoras de la vida social (iusnaturalismo racionalista), o unos criterios de utilidad aun no suficientemente asimilados por la opinión pública (Bentham), o la pura y simple voluntad del soberano (Hobbes)... Es a esta visión instrumentalizada del derecho y a su clave política donde debería haber apuntado Savigny, para no acabar proponiendo una presunta revolución metodológica, destinada inevitablemente a sufrir una instrumentalización.

Thibaut, el polémico adversario de Savigny, sí parece consciente de los valores en juego. "El derecho romano no adquirirá nunca plena *claridad y certeza*" y esto pone en peligro la *seguridad* del ciudadano. Cualquier intento de desarrollar un contenido específicamente jurídico, a través de una continua labor de argumentación de soluciones al hilo del fluir histórico, sería perjudicial para la vida social y sólo beneficiaría ilegítimos intereses profesionales. "El ciudadano siempre podrá argumentar que él no ha sido creado para uso de los juristas, como tampoco lo ha sido para que los profesores de cirugía hagan ensayos anatómicos en su cuerpo vivo" ³⁹.

Savigny, por el contrario, diseñará un modelo que se ha hecho tópico en un abundante número de juristas. Rechaza por "politizadora" una inflexión ideológica coyuntural: este es el sentido de su vinculación de codificación y "despotismo" ⁴⁰, pero a la vez no es capaz de cuestionar las bases radicalmente "políticas" sobre las que su propia labor se apoya, abismándose en una imposible "neutralidad". Como esas bases eran las que empujaban coherentemente al legalismo, está a su pesar conservando los cimientos de su futura expansión. Para lograr enraizar una nueva dimensión del derecho —histórica, viva y práctica— tendría que haber apuntado derechamente a plantear nuevas bases. El problema de la codificación, con ser grave, podría haberse marginado, mientras que lo interesante hubiera sido centrarse en los mecanismos y actitudes capaces de dar paso a una vivificación histórica de su aplicación social. Una teoría "iusliberista" de la interpretación del derecho hubiese sido la respuesta coherente, como pondrán de relieve sus adver-

³⁹ A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania* en *La codificación* (nota 10), págs. 14 y 18. Los subrayados son míos.

⁴⁰ F. C. Savigny, *Recensión...* (nota 18), pág. 44.

sarios germanistas, pero ello habría exigido optar por la justicia por encima de la seguridad a ultranza y decidirse a abandonar su correlato metodológico: la racionalidad moderna.

La obsesión por la ciencia le lleva a una actitud bien diversa. Bacon, al que alude expresamente en más de una ocasión, parece hablar por su boca. Su conocida metáfora, que condena a hormigas y arañas para erigir a las abejas en símbolo del nuevo saber ⁴¹, resulta inconscientemente parafraseada por Savigny, al proponer la reconciliación entre historia y sistema. El derecho, entendido como pura práctica rutinaria, encierra un empirismo ciego que recuerda al de las hormigas baco-nianas; pero el iusnaturalismo racionalista, en su afán de dar paso a una elaboración del material jurídico, había incurrido en una actitud abstracta y ahistórica comparable a una sarta de telarañas; la fecunda y transformadora labor de las abejas estribaría en el planteamiento de una "ciencia" "histórica" del derecho: "a los juristas les es indispensable un doble sentido: el histórico, para captar con agudeza lo peculiar de cada época y de cada forma jurídica, y el sistemático, para ver a cada concepto y a cada precepto en una conexión y una interacción vivas con el todo, es decir, con la única conexión que es verdadera y natural" ⁴².

Gracias a esto aspira a integrar teoría y práctica del derecho, mientras que "la civilización moderna ha separado estas dos direcciones" y ello "podría degenerar en aislamiento funesto"; "la teoría corre el gran peligro de convertirse en vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio meramente mecánico" ⁴³. Al margen de la sintomática actualidad del presagio, sistema e historia, teoría y práctica se erigen, ya en los albores de la ciencia jurídica contemporánea, en eones determinantes de su posterior desarrollo. ¿Se logrará tan difícil armonía?

La receta de tan delicado equilibrio es la clave del experimento. Ejemplos históricos no faltaban. La fascinación por la experiencia ro-

⁴¹ F. Bacon, *Novum Organum*, aforismo XCV del libro 1º (hay versión castellana de R. Frondizi, Buenos Aires, 1961 (2ª)).

⁴² F. C. Savigny, *Vocación...* 6 (nota 10), pág. 83. En la segunda edición aludirá en concreto "a la desafortunada aplicación de la filosofía wolfiana a la ciencia del derecho" (pág. 228).

⁴³ F. C. Savigny, *System...* I, XX (nota 15), pág. 6.

mana va a cumplir su papel. Se trata de un nuevo paralelismo con Bacon, porque, si el complejo de inferioridad ante los cultivadores de la ciencia natural había sido una constante de las propuestas metodológicas de los juristas de la Modernidad, a ello es preciso unir, con no menor reiteración, la romántica nostalgia por los juristas romanos. Estos se verán obligados a participar en los más variados desfiles, legitimando a su pesar propuestas de "ciencia jurídica" para ellos inimaginables. El romanista Savigny no dejará de apelar al César: los romanos no separaron teoría y práctica; su experiencia se ofrece como auténtico "modelo para el método jurídico", precisamente por su "posesión de los *principios* rectores, en los cuales descansa toda la *seguridad* y la eficacia de la labor del jurista" ⁴⁴. La receta empieza a resultar desequilibrada: la ciencia histórica pretende ser ciencia de principios y parece más preocupada de la seguridad que del logro de una justicia (ajustamiento) de las circunstancias históricas.

Cuando de las apelaciones a la historia pasa al diseño efectivo de la nueva metodología, el panorama es poco novedoso. Bajo las togas de los romanos es fácil identificar a figuras ins'gnes del iusnaturalismo racionalista. "Se ha indicado anteriormente que en nuestra ciencia todo el éxito descansa en la posesión de los principios rectores; pues bien: esta posesión es justamente la base de la talla de los juristas romanos". El desfile ha comenzado; centremos nuestra atención en las fisonomías. "Los *conceptos* y *preceptos* de su ciencia no son para ellos un producto de su arbitrio, son *entes* reales, cuya existencia y cuya *genealogía* han llegado a conocer a través de un trato íntimo prolongado. Por ello, todo su procedimiento tiene una *seguridad* como no se encuentra en otra parte, fuera de las *matemáticas*, pudiendo decirse sin exageración que *calculan* con sus conceptos" ⁴⁵. Asombro entre los romanos... La ciencia jurídica aparece como un conjunto de conceptos y preceptos, y no como una tarea teórico-práctica, prudencial, de búsqueda de la realización de un contenido valorativo. Puesto que se rechaza la arbitrariedad, privan los conceptos sobre los preceptos (se trata de conceptos

⁴⁴ F. C. Savigny, *Vocación...* 5 (nota 10), pág. 76 y también 7, pág. 96.

⁴⁵ Los subrayados son nuestros. F. C. Savigny, *Vocación...* 4 (nota 10), pág. 69. Sin duda, en el trasfondo personal de su obra, estas alusiones pueden tener una relevancia meramente analógica —cfr. A. Kaufmann, *Friedrich Carl von Savigny en Die Grossen der Weltgeschichte*, Zürich, 1976, t. VII, pág. 410 y nota 35—, pero desaparecido tal contexto se esfumará todo sentido metafórico.

con relevancia imperativa); ciencia jurídica equivaldrá a genealogía de conceptos y Puchta se convertirá en modelo de juristas "históricos" después de tan curiosa propuesta; en aras de la seguridad la historia se ha hecho matemática: el jurista calcula con conceptos. Decididamente, dentro del aire fantasmal del cortejo ⁴⁶, el romano de la primera fila recuerda asombrosamente a Leibniz.

El juego ha comenzado. Si el legalismo ha sido radicalmente descartado (léase, provisionalmente aplazado) es gracias a que "en la riqueza de la realidad viva, todas las relaciones del derecho forman un solo cuerpo orgánico". Volatilizado más tarde el organicismo, la ciencia jurídica se habrá convertido en jurisprudencia conceptual: "estamos obligados a descomponer este cuerpo y a examinar sucesivamente sus diversas partes" ⁴⁷. Con ello se está diseñando el instrumental óptimo para el positivismo legalista.

La unidad de intenciones entre ciencia histórica y legalismo codificador es reconocida por el propio Savigny: "en el fin estamos de acuerdo: queremos una base de un *derecho seguro*, seguro contra la ingerencia de la arbitrariedad y los designios injustos; queremos la misma comunidad de la *nación* y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto. Para este fin ellos piden un código", "yo considero que el medio apropiado está en una ciencia del derecho orgánica progresiva" ⁴⁸.

Por paradójico que resulte, el código acabará siendo rechazado por su escasa utilidad para una perspectiva legalista. Le faltaría "una especie de complemento orgánico, mediante el cual partiendo de un punto dado (en este caso de un principio del código) se derive otro no dado con seguridad científica"; "este procedimiento presupone en el mismo código una unidad orgánica" que no posee; "no nos queda más que

⁴⁶ "La aporía es insalvable. Suspendidos entre el empleo paradigmático y la memoria anticuaria, los jurisprudencistas antiguos parecen condenados eternamente a vivir como fantasmas" —M. Bretone, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny en Materiali per una storia della cultura giuridica* (ed. por G. Tarello), 1976 (VI), pág. 208.

⁴⁷ F. C. Savigny, *System...* I, XXXVII (nota 15), pág. 14.

⁴⁸ F. C. Savigny, *Vocación...* 12 (nota 10), págs. 168-169. El subrayado es nuestro. E. Wolf señala cómo Savigny se opone a las ideas liberales y suscribe paradójicamente su programa político-jurídico, *Savigny...* (nota 3), pág. 503.

buscarle desde fuera un complemento”⁴⁹. Las dos pretensiones básicas del legalismo quedan desmentidas —el código no es pleno y además le falta la capacidad de autointegrar sus lagunas— y precisamente por esto lo condenará Savigny. Cuando se pierda la fe en la correspondencia “orgánica” entre ciencia y realidad, y se considere que el único material jurídico son las disposiciones legales, su ciencia jurídica suministrará la metodología para esta autointegración del ordenamiento positivo⁵⁰. Nuevas denuncias “iusliberistas” desenmascararán la traición a lo histórico de este proceso ficticio. Savigny seguirá contando con herencias dispares...

El trasfondo filosófico, endeble, pero vivido, de su sistema hace sentirse a Savigny pisando tierra firme. El mundo de su ciencia jurídica no le parece el cielo de los conceptos, que el segundo Ihering criticara, sino la realidad histórica en su conexión orgánica. Seguro de sí, considera inviable la propuesta de Leibniz para reelaborar el derecho romano, “porque siempre hay que tener presente la clara y viva conciencia del todo, para poder aprender realmente del caso individual”⁵¹. El problema es que también Leibniz tenía “su” conciencia del todo. Al ignorarlo, Savigny no percibe un paralelismo bien pronto evidente.

El “elemento espiritual de la práctica jurídica” radicará en la “construcción orgánica de la relación jurídica en cada caso dado”, y no es fruto de alquimia cerebral, sino que “la construcción” se halla en la realidad de donde la ciencia la recoge. Similar trabazón real atribuye a su afirmación de que “cada relación jurídica se halla debajo de una institución jurídica correspondiente que es su tipo y que la domina de idéntica manera en que la sentencia particular es dominada por la

⁴⁹ F. C. Savigny, *Vocación...* 7 (nota 10), pág. 103.

⁵⁰ El método “orgánico” implicaba un proceso que en verdad sólo podría ser lógico-deductivo, ya que sus determinaciones generales no contenían nada “orgánico”. En el fondo hay ya una jurisprudencia de conceptos: W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* Frankfurt 1958, pág. 68. La creencia de Puchta en una estructura racional del orden jurídico enlaza con la de Wolff en la racionalidad de la realidad. F. González Vicén, *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo* “Anuario Filosofía Derecho”, 1961 (VIII), pág. 65.

⁵¹ F. C. Savigny, *Vocación...* 8 (nota 10), pág. 144.

regla jurídica” 52. La arquitectura institución-relación y regla-sentencia es paralela. Bien pronto acabarán por fundirse y la institución quedará reducida a conjunto de reglas: a una regla más general que las integra en el todo del ordenamiento.

Lo que ayuda a Savigny a mantener el espejismo “organicista” es su convencida profesión de una jerarquía de valores tradicional. Este subconsciente, lleno de residuos iusnaturalistas y de una vaga eticidad kantiana, armoniza el contorno. En el derecho, junto al “elemento individual privativo de cada pueblo” se da un “elemento general basado sobre la común naturaleza humana” 53. Sobre este subconsciente se apoyaba el legalismo codificador, y ello condenaba a Savigny a la inconsecuencia. Es lógico que se opusiera a una concepción para la cual “el derecho debe dar origen a la más elevada certeza jurídica y, con ella, a la más elevada seguridad de una aplicación uniforme” 54. El hilo que Leibniz aspiraba a tender en el laberinto de la interpretación, o el cálculo jurídico de probabilidades teorizado por Bentham, parecían rechazados. Pero falta la conclusión coherente: que el derecho nunca podrá ser, por más que se intente, mera aplicación mecánica y lógica de la ley, y que la historicidad se vengaría de las pretensiones codificadoras, erosionando en la práctica sus normas hasta hacerlas irreconocibles.

Esto habría hecho un “iusliberista”; rechazar el legalismo y su fruto más característico: el código. Savigny, legalista a su pesar, sólo se opondrá al código porque no existe *aún* una ciencia jurídica que garantice su perfección, pero ésta le parece perfectamente alcanzable y deseable. Con ello reproduce el proceso que había llevado del iusnaturalismo racionalista a la codificación: la confianza en la propia teoría jurídica, el convencimiento de haber captado de una vez por todas las claves de la realidad jurídica y de contar con los mecanismos adecuados para su reproducción, estimula el esfuerzo codificador. También Savigny, sorprendentemente, concede que el desarrollo de su ciencia

52 F. C. Savigny, *System...* I, 8 y 9 (nota 15), págs. 26 y 27. Sobre el alcance de este planteamiento, W. Wilhelm, *Savignys Überpositive Systematik en Philosophie und Rechtswissenschaft* (ed. por Blühdorn y Ritter), Frankfurt 1969, sobre todo, págs. 126 y ss.

53 F. C. Savigny, *System...* I, 52 (nota 15), pág. 51. También I, 386, pág. 256.

54 F. C. Savigny, *Vocación...* 3 (nota 10), pág. 63. También 6, pág. 80.

posibilitará la superación de una codificación precipitada, con lo que, más que oponerse a ella, solicita su aplazamiento.

En el fondo de esta paradoja sigue actuando su talante político conservador. Habrá código, pero no impuesto por una vía abierta a las nuevas ideas (el que fuera o no "legalista" resulta a última hora accidental), sino fruto de un reformismo madurado en el templo académico, como los teólogos defienden los designios de la divinidad⁵⁵. La desconfianza del jurista ante la "política" sirve de arma a la imposición acrítica de una política poco segura de sí misma. Decididamente: Savigny sigue vivo doscientos años después...

La dogmática jurídica convertida en código científico acabaría siendo tan ahistórica como el código legalizado. Cuando Savigny sueña despierto con los frutos de su nueva ciencia, parece estar describiendo el iusnaturalismo que pretendía combatir. Le obsesiona la plenitud del futuro código: "puesto que el código está destinado a ser la única fuente del derecho, debe contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse"; el sistema para lograrlo "puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría"; "cada parte de nuestro derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores. Inducir éstos y, partiendo de ellos, descubrir la coherencia interna y la afinidad que presentan todos los conceptos y preceptos jurídicos es uno de los cometidos más difíciles de nuestra ciencia y el que propiamente da un carácter científico a nuestro trabajo. Por ello si el código nace en una época que no domina este arte, son inevitables los males siguientes: la administración de la justicia se hará aparentemente según el código, pero de hecho se hará según otra cosa ajena al código, la cual será por tanto la verdadera fuente del derecho"⁵⁶. El diagnóstico es certero, pero lo que no es sino consecuencia de la historicidad radical del derecho se presenta como fruto de inmadurez científica. Leibniz ha encontrado en Savigny un inesperado continuador. La ciencia jurídica de la Escuela "histórica" aspira, como él, a superar las consecuencias de la "historicidad" del derecho (!).

⁵⁵ El mismo Savigny apela al paralelismo con los libros sagrados, tópico, por otra parte, en la historia de la metodología jurídica, *Vocación...* 8 (nota 10), pág. 140.

⁵⁶ F. C. Savigny, *Vocación...* 3 (nota 10), págs. 64-65.

Olvidada la polémica de la codificación, tan desafortunadamente planteada, el estatalismo legalista contará con la ciencia jurídica como aliada. Ahora sí que el código podrá ser efectivamente pleno, una vez que la ciencia del derecho se ha convertido en fabricante de los "técnicos" que hagan funcionar tan poco automática maquinaria. Al final de la experiencia, polémicas aparte, sólo habrá una fuente del derecho: la ley.

En 1903, en su discurso de Berlín, Gierke cuenta ya con perspectiva suficiente para elevar a conclusiones definitivas sus recelos de décadas anteriores. Si bien "ha pasado ya a ser carne y sangre nuestra la idea de que el derecho es un producto histórico de la vida común humana", se trata de un hilo suelto que intentará desarrollar la tradición "iusliberista"; por el contrario, todos los "elementos, antihistóricos y antinacionales a la vez, de la teoría de Savigny llegaron a ser los preponderantes. Los discípulos, como de ordinario sucede, fueron más lejos que el maestro. El más grande de todos ellos, Jorge Federico Puchta", "fue quien atacó de modo más rudo toda rebelión herética contra el dogma" ⁵⁷. No sólo subsistirá la sistemática iusnaturalista, sino que la jurisprudencia de conceptos adoptará precisamente lo más caduco y perecedero de ella: el deductivismo formal, al servicio de un positivismo legalista ⁵⁸.

LA INTERPRETACION COMO PIEDRA DE TOQUE

¿Pueden las luces de la *razón* desentrañar de una vez por todas las ambigüedades de la historia?, ¿cabe diseñar un marco de *seguridad* que garantice exhaustivamente el ejercicio efectivo de la libertad individual?, ¿puede la *ley* por sí sola lograr un ajustamiento definitivo de las relaciones sociales?

El positivismo legalista al responder afirmativamente a esta triple interrogante da plena satisfacción a las ilusiones de la cultura jurídica moderna. Ha optado por la *razón* frente a la *historia*, por la *seguridad* por encima de la *justicia*, por la *ley* a costa del *derecho*. Como consecuencia de todo ello, el juez se transforma en una figura incó-

⁵⁷ O. v. Gierke, *La escuela histórica...* (nota 6), págs. 114 y 127. Vid. al respecto F. González Vicén, *Gierke...* (nota 19), pág. 69.

⁵⁸ F. González Vicén en la introducción a la edición de Bachofen citada (nota 11), págs. 33 y 34.

moda, ya que recuerda inevitablemente que la utopía no se ha consumado. La pervivencia de su función implica la necesidad de admitir, aún, un residuo de intuición en un mundo que sueña con una racionalización total; supone una llamada al sentimiento de un ambiente sediento de certezas; obliga a confiar esperanzadamente en la eticidad de un individuo a una sociedad que aspira a fundar su armonía sobre el sólido apoyo de la ciencia y no sobre el campo aleatorio de la virtud.

La ciencia jurídica moderna, para ser fiel a sí misma, tenía que erradicar elementos tan precientíficos como la prudencia judicial. La batalla resulta, sin embargo, inesperadamente incómoda y áspera, porque, por debajo de las propuestas metodológicas, se enfrentan libertad y seguridad, igualitarismo y equidad, razón e historia. Sin esta lucha la evolución de la ciencia jurídica contemporánea resultaría ininteligible. A su luz cabe replantear con más nitidez la aportación de Savigny.

Como hemos visto, el polémico manifiesto de la Escuela histórica parecía proyectar sobre el mundo jurídico los elementos que protagonizaban la quiebra del racionalismo moderno: primacía de lo histórico sobre la generalidad abstracta, de la vida práctica sobre la razón. En pocos campos podía encontrar más arraigo que en el de la interpretación del derecho la teoría jurídica a edificar sobre esta base. La interpretación, que había sido el escollo fundamental de los intentos racionalizadores, podía convertirse ahora en el quicio de una nueva forma de entender el derecho. Aunque la vida jurídica continental había sido fundamentalmente legalista, la codificación aún no se había consumado. La ciencia jurídica contemporánea podía haber nacido sobre nuevas bases; y éste parecía ser el intento de Savigny.

Ya hemos tenido ocasión, sin embargo, de aportar indicios de su tendencia a la paradoja: una proclama historicista que aspira a "superar" las consecuencias de la historicidad del derecho; una crítica radical del derecho natural racionalista que acaba asumiendo su metodología y sus contenidos éticos; un rechazo de la codificación que se revela como propuesta de aplazamiento; una ciencia "orgánica" del derecho, destinada a sustituir al positivismo legalista, para acabar sirviéndole de "forma mentis" y de complemento expansivo. Una continua paradoja con una inequívoca moraleja: no cabe rechazar el legalismo sin plantear una alternativa a los supuestos en que se apoya: estatalismo, normativismo, voluntarismo... ¿Superará Savigny en su teoría de la interpretación del derecho esta inevitable tendencia a la contradicción?

La relevancia del tema para un replanteamiento del saber jurídico

es una constante de sus escritos. En las reflexiones metodológicas de Marburgo presenta ya la historia de la ciencia jurídica como historia del problema de la interpretación del derecho. Considera que ni los glosadores, ni los comentadores, ni los humanistas del Renacimiento, ni los juristas holandeses de la Modernidad, ni la escuela "alemana" llegaron a plantearla adecuadamente: como reconquista del significado histórico del derecho y descubrimiento de sus conexiones sistemáticas ⁵⁹.

Más tarde, cuando se sienta empujado a la polémica para consolidar su intento, incluirá en la lista de agravios contra el positivismo legalista su intento de conferir "una seguridad mecánica a la administración de justicia, lograda a base de que "el juez, relevado en todo de su propio discernimiento, se limitaría simplemente a la aplicación literal de los textos" ⁶⁰.

La teoría de la interpretación del derecho del positivismo legalista parece ineludiblemente destinada a saltar en pedazos. En su dura diatriba contra la codificación va pormenorizando su tratamiento en los distintos proyectos: su prohibición por Federico II, que aspiraba a sustituirla por el reenvío al legislativo; el juego de los principios generales y de la analogía en la primera versión del código prusiano; su permisión final de todo tipo de interpretación... Aun esta última actitud, que reconoce "al magistrado un carácter más científico y menos mecánico" se diferencia desventajosamente de la experiencia romana ⁶¹, al reiterar su carácter excepcional.

⁵⁹ Cfr. al respecto G. Marini, *Savigny...* (nota 8), sobre todo págs. 74 y ss.

Sobre el alcance de estos tanteos iniciales de Savigny, también H. Kantorowicz, *Savignys Marburger Methodenlehre* en *Rechtshistorische Schriften* (nota 1), págs. 465-471.

⁶⁰ F. C. Savigny, *Vocación...* 1 (nota 10), pág. 52. El mismo O. v. Gierke, crítico implacable de la labor de la Escuela, la presenta acosada a la vez por "la doctrina del derecho natural" y por "el positivismo escueto, para el cual el derecho está en el texto legal vigente, y la administración de justicia es un asunto de técnica mecánica", *La Escuela histórica...* (nota 6), pág. 150.

⁶¹ "Entre los romanos todo se basaba en que el jurista, en virtud de su viva posesión del sistema jurídico, está en situación de encontrar el derecho para cada caso dado"; por el contrario, "la mayoría de las disposiciones del código prusiano no alcanzan la altura de los principios rectores generales ni la evidencia de lo individual, sino que quedan fluctuantes a mitad de camino de ambos extremos, en tanto que los romanos poseían ambas cosas en su conexión natural". F. C. Savigny, *Vocación...* 7 (nota 10), págs. 113-115. Sobre la im-

La interpretación no puede, pues, prohibirse ni entenderse como excepcional. Su función es la de captar la conexión natural de los principios generales y las circunstancias individuales, fundiendo ser y deber ser. El alejamiento del positivismo legalista parece notorio. Se rechaza un planteamiento según el cual "el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente un texto dado, que no le está permitido interpretar". Esto implica asumir el carácter creador de su labor y afrontar las consecuencias teórico-jurídicas y políticas de esta actitud. Sin embargo, la alternativa propuesta, aun admitiendo que el juez tiene que "encontrar para cada caso litigioso el derecho", no asume las implicaciones éticas y políticas de este protagonismo, sino que aspira a evitarlas "como consecuencia de la seguridad de un riguroso método científico", que aún no existe, pero al que "es posible, por lo menos, una aproximación" ⁶². Reaparece la paradoja. La interpretación exhaustivamente racionalizada con la que soñaba Leibniz se confiesa como el horizonte, forzosamente aplazado, de la nueva utopía científico-jurídica. La razón sigue siendo llamada a superar a la historia, el cálculo racional a la prudencia ético-política.

Por último, cuando Savigny al elaborar su *Sistema* ya ha llegado a la madurez, las páginas dedicadas a la interpretación del derecho serán de una particular lucidez; su veta innovadora, tantas veces soterrada, se muestra con especial vigor. El derecho no se "pone" —como pretendía el positivismo legalista— mediante la creación esporádica de una ley, sino que la regla jurídica "pasa a la vida" al ser captada, o por el jurista que elabora su ciencia, o por el juez que dicta sentencia, o por los particulares que establecen determinadas relaciones; en cualquiera de estos casos se da, con más o menos conciencia y perfección, una actividad "espiritual" y "científica". La consecuencia es inmediata; y justifica una detenida transcripción: "la interpretación no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley"; "aquella cualidad de la ley constituye una imperfección y

posibilidad de evitar la interpretación insiste en *System...* I, 305 y 314 (nota 15), págs. 206 y 213.

⁶² F. C. Savigny, *Vocación...* 8 (nota 10), pág. 145.

es preciso partir de la consideración del estado normal para poder encauzar con seguridad el estado patológico”⁶³.

Por fin, la interpretación ha dejado de entenderse como la corrección de un defecto, o el tratamiento de una enojosa enfermedad, para presentarse como síntoma de salud jurídica, como exponente de que, a través de la ley apergaminada, fluye el torrente vivo del derecho en contacto estrecho con las circunstancias existenciales del caso concreto. “Al hacer de un estado defectuoso y casual de las leyes la condición de la existencia de la interpretación, adopta esta última la naturaleza casual de un mero remedio de un mal, de lo cual se sigue que la misma llegará a ser superflua en la medida en que las leyes lleguen a ser más perfectas”. El diagnóstico es impecable, y no lo es menos el pronóstico sobre las consecuencias teórico-jurídicas de tal actitud: “desaparece por aquella configuración del concepto precisamente la aplicación más noble y sutil de la interpretación, que tiende a desplegar toda la riqueza del contenido y de las relaciones de una ley no defectuosa”⁶⁴. Ha llegado el momento de explicar positivamente la interpretación; para hacerlo, sería necesario proponer una nueva visión del derecho, replanteando el concepto de “positividad” propia del legalismo. Savigny parece sentar las bases para ello; ¿llegará en este caso a superar su inevitable querencia hacia la paradoja?

La propuesta de Savigny demostrará su debilidad, al no remitir a una filosofía jurídica con consistencia suficiente para sustentar una auténtica alternativa. Tal endeblez resulta disculpable, dado que la filosofía del derecho se mantiene hoy a la espera de una propuesta que llene este hueco. Toda la línea “iusliberista” —heredera del manifiesto de Savigny y mortal enemiga de sus resultados prácticos— sería llevada a cabo por juristas más atentos a modelos metodológicos u opciones político-jurídicas que a la profundización en una teoría jurídica no legalista.

⁶³ F. C. Savigny, *System...* I, 207-208 (nota 15), pág. 145. (Conviene recordar en este caso el carácter particularmente libre de la versión castellana que transcribimos).

⁶⁴ F. C. Savigny, *System...* I, 318 y 319 (nota 15), págs. 214 y 215.

Para Savigny, todo encontraba solución gracias a un doble elemento: por una parte, la existencia de esa conexión "orgánica" entre hecho y valor, realidad y norma, llamada a sustituir a la conexión ser-deber ser del iusnaturalismo; por otra, la actividad "científica", entendida como labor simultánea de captación y reproducción de dichas conexiones. La débil base filosófica aportada hará que su propuesta acabe apoyándose en los materiales filosóficos realmente consistentes de la época; aquellos, paradójicamente, contra los que quería luchar: racionalismo, formalismo, conceptualismo... Si su ciencia "orgánica" terminará siendo "jurisprudencia de conceptos", el planteamiento de la interpretación jurídica será obligadamente deudor de esta situación. Savigny señala con decisión hacia dónde hay que ir, pero no indica por dónde, e incluso obstaculiza posibles vías de salida.

La interpretación queda, para él, enmarcada entre dos tareas diversas: una demasiado corta —la simple "aclaración"— y otra excesiva —el "desenvolvimiento" del derecho, lleno de connotaciones teleológicas y político-jurídicas. Pero ya en estos primeros pasos de su planteamiento se observa la subrepticia entrada del legalismo en escena ⁶⁵. La polémica contra la codificación queda ya lejos y la debilidad radical de su teoría del derecho lleva a Savigny en su *Sistema* a situar a la ley como objeto casi exclusivo de esa tarea interpretativa con la que se identificaba la vida misma del derecho. *Este legalismo de emergencia* ha comenzado ya a cerrar las puertas a una posible alternativa.

Resulta, no obstante, interesante notar cómo propone para la interpretación —cuya tarea consistiría en "obtener" de la ley "tantos conocimientos jurídicos reales como sea posible" —"la palabra 'Auslegung' ('explicatio')", como "especialmente idónea para expresar este fin del procedimiento, al indicar que se saque a la luz lo que hay encerrado en la palabra haciéndolo evidente", mientras considera que "la palabra 'Erklaerung', en cambio, indica más bien que se disipa el estado (casual) de la oscuridad y que se convierte en claridad", por lo cual "expresa" "menos la naturaleza general del asunto" ⁶⁶.

⁶⁵ "Se resiente, sin embargo, la teoría de Savigny en este punto de un defecto que en él es significativo. La interpretación se refiere tanto al derecho consuetudinario como al científico, como a la legislación. Consciente de ello, circunscribe no obstante su estudio a la interpretación de las leyes..." A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, (2^a), t. I., pág. 109.

⁶⁶ F. C. Savigny, *System...* I, 216 (nota 15), pág. 151.

Interpretar no es aclarar. No es poco lo que queda dicho; pero sigue faltando la vía que permita abrirse a la profundización de una labor interpretativa entendida como "comprensión" de un "sentido", intencionalmente aludido en el texto e intencionalmente presente en los hechos mismos, en cuanto humanamente captados. Savigny, que entiende la interpretación como "reconstrucción del pensamiento insito en la ley", merodea esta posibilidad e incluso anota que "otros autores utilizan, con no menos acierto, la voz 'sentido' " (en vez de 'pensamiento'); pero, a la vez, anima a "evitar la palabra 'intención' por ser ambigua, puesto que puede referirse también a la meta que trasciende del contenido de la ley" ⁶⁷.

La posibilidad de que el intérprete replantee en el marco del caso concreto la opción teleológica y valorativa que presidió la propuesta legal "continuando" o desarrollando la labor de creación de derecho, queda excluida. Cerrada esta vía teleológica, el "sentido" no llevaría consigo una comprensión valorativa, predelimitada en el texto legal, pero necesitada de una actualización concretizadora ante el caso concreto, contemplando (¡y valorando!) ahora hechos reales y no tipos generales supuestos; el "sentido", por el contrario, se encerraría de una vez por todas en la ley, aunque rebose ocasionalmente de ella por misteriosas fermentaciones "orgánicas".

Reaparece así el juego "político" de la equiparación ciencia-apoliticismos. Le parece preciso afirmar, en aras de la seguridad, que la ley es punto final: que no hay después de ella nueva valoración de hechos (¡creación de derecho!). Sería preciso romper las fronteras de la racionalidad científico-natural y los moldes del saber técnico (y el conservadurismo político al que sirven) para, fundiendo teoría y práctica, entender el razonar como acción, el saber como praxis, y dejar de situar los fines fuera del horizonte interpretativo, para descubrirlos como el auténtico motor de todo conocimiento. Pero todo ello parece peligroso. Se opta por "defender" la ley, aun a costa de dejar sin control la inevitable ebullición (¿"orgánica"?: axiológica y teleológica) que late en su seno

⁶⁷ F. C. Savigny, *System...* I, 213 (nota 15), pág. 149. Su empeño por diferenciar "interpretación" (Auslegung) y "desenvolvimiento" (Fortbildung) del derecho se pone reiteradamente de manifiesto en el epígrafe 50 de este primer volumen, 322 y ss. (págs. 216 y ss.). Partiendo de aquí, F. Haft, al buscar los responsables de la actual metodología, sienta a Savigny el primero en el banquillo de los acusados. *Juristische Rethorik*, Freiburg/München, 1978, pág. 86.

arruinando una seguridad fingida y suscitando imperiosas llamadas de justicia: de "ajustamiento" de las relaciones sociales.

Plantear esta alternativa teórica de la realidad jurídica no supone atentar contra el principio de legalidad, ni proponer que la ley "deba ser" algo distinto; supone enfrentarse sin ficciones a lo que la ley de hecho "es", a lo que puede y no puede dar, a los elementos que suplen sus limitaciones desmintiendo su pretendida autosuficiencia; anima, en resumen, a proponer que el derecho, para ser realmente humano, "debe ser" algo más que ley o, mejor aún, a reconocer que si el derecho se nos muestra en alguna ocasión como humano es en la medida en que "ha sido" efectivamente más que ley.

La lucha es desigual, porque luchar contra el legalismo supone contrarrestar el estatalismo político, relativizar el normativismo teórico-jurídico y rechazar el formalismo de la dogmática jurídica. Pero se trata de una lucha inaplazable para redescubrir el derecho como fenómeno humano (con su riqueza y su trágica limitación); para rescatar al individuo de su esclavizadora pasividad ante el Estado; para liberar a lo jurídico de sus connotaciones represivas y reinsertarlo en el núcleo mismo de la existencia humana social; para asumir y someter a crítica las "impurezas" de la tarea dogmática, tan beneficiosas si comprometen reflexivamente al jurista y tan irracionales si éste prefiere ignorarlas por "fidelidad" a la ley. Todo ello hace inevitable una profundización en el derecho, como fenómeno existencial por el que el hombre realiza una dación (¿descubrimiento?) de "sentido" a su convivencia social, que posibilita la potenciación efectiva de su existir como ser presente en un mundo de hombres.

Pero volvamos a las páginas del *Sistema*. Cuando Savigny repasa los *criterios* que han de inspirar la interpretación de la ley, se hace más fácil ejemplificar las consecuencias de su planteamiento. Su primera preocupación será precisar la peculiaridad de la interpretación jurídica en relación con otros intentos de "reconstrucción de pensamientos". La peculiar dimensión pragmática del texto legal, su incidencia en la vida humana, confiere a su interpretación una relevancia bien diversa de la de una interpretación poética o musical. Además de los criterios *gramaticales*, que tienen en cuenta los factores lingüísticos, o de los criterios *lógicos* de estructuración del pensamiento, será preciso contar con otros que permitan captar elementos decisivos del derecho como fenómeno humano vivo. Para Savigny ello será posible apelando a su doble obsesión: "historia" y "ciencia".

La interpretación jurídica —en ello estribaría su peculiaridad— ha de ser “histórica” y “científica” y su diseño será una de las tareas centrales de la “ciencia histórica” del derecho. El elemento *histórico* de la interpretación ha de reflejar la situación de la relación jurídica en el momento de promulgarse la ley. La interpretación cobra, por último, carácter “científico” gracias al juego del elemento sistemático, que descubre “la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”. Gracias al juego combinado de estos cuatro elementos “se agota la comprensión del contenido de la ley”, ya que no se trata de elegir entre opciones alternativas ni de diseñar “cuatro clases de interpretación”⁶⁸. El planteamiento queda cerrado; ¿será capaz de racionalizar el nacimiento jurídico que aflora en toda interpretación de la ley? La respuesta de Savigny hemos de valorarla desde un doble plano: el de la teoría del conocimiento que bajo él late y el de las consecuencias prácticas en que desemboca.

INTERPRETACION Y TEORIA DEL CONOCIMIENTO

Dos notas nos llaman la atención desde un punto de visto teórico-cognoscitivo: la separación tajante entre conocimiento y decisión (teoría y praxis, a la que corresponde ontológicamente una ambigua relación de ser y deber ser, y la triple identificación racionalidad-ciencia-sistema.

La interpretación mantiene en Savigny, pese al influjo historicista, un carácter fundamentalmente cognoscitivo; interpretar es “conocer” algo que el texto nos transmite. Si en el texto se incluyen elementos de diverso signo: decisiones, intereses, valoraciones... será en un estado hermético y acabado que no exige (¡que prohíbe!) su continuación. El “lenguaje” y la “lógica” se moverán en este nivel, como instrumentos asépticos de transmisión que no implican aportación propia. Gramática y lógica juegan como disciplinas auxiliares que colaboran al traslado fiel de un contenido al que no afectan.

Si nos detuviéramos aquí, no habríamos avanzado mucho respecto a un planteamiento positivista y legalista de la interpretación: sólo la oscuridad, gramatical o lógica, del texto justificaría la interpretación; pero ya vimos que Savigny rechaza esta acepción “patológica” del fenómeno interpretativo. Por eso, para él, lo “histórico” no jugará como

⁶⁸ F. C. Savigny, *System...* I, 215 (nota 15), pág. 150. Una interesante valoración sobre el alcance de tales criterios, desde la perspectiva de la reciente hermenéutica. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgebung*, Berlín, 1967, págs. 81-84.

elemento supletorio ni como criterio alternativo que alumbre otras opciones, sino que será ingrediente obligado de toda interpretación. Pero ¿qué supone replantear la situación histórica de la relación jurídica en el momento de la creación de la ley?

Savigny parece tratar simplemente de enriquecer el "conocimiento" de la ley, enmarcándolo en su contexto social propio, para poder captar con más fidelidad lo que el texto "dice". Con ello la historia ha dejado de fluir para convertirse en un salto comparativo entre dos momentos cerrados en sí mismos ⁶⁹. Para poder llenar el vacío entre ellos se recurre a la ciencia, a la conexión "sistemática" entre las diversas instituciones. Sólo con las anteojeras de la armonía preestablecida entre vida social y ciencia sistemática puede Savigny ignorar que ha abandonado la historia para adentrarse en la "jurisprudencia de conceptos". Sus "discípulos" fueron más coherentes que él; tanto más cuanto más lo traicionaron.

Cuando nos negamos a admitir que racionalidad se identifique drásticamente con "ciencia"; cuando propugnamos la posibilidad de un ámbito de racionalidad acientífico (o transcientífico), si por ciencia se entiende elaboración sistemática de datos fácticos; cuando insistimos en la mutua implicación existencial de teoría y praxis (conocimiento y decisión), ser y deber-ser, el planteamiento de Savigny se desmorona. El lenguaje se llena de pregnancia existencial y se resiste a transmitir un contenido neto, para "impurificarlo" con implicaciones y sugerencias; deja de ser instrumento aséptico para hacerse fenómeno histórico; deja de trasladar un mensaje para engendrar lateralmente vida propia. La lógica desborda todo encaje formal para "materializarse"; deja de proyectar sobre el texto los cánones de un mundo ajeno para hacer brotar en él las llamadas imperiosas de la lógica de los hechos, los intereses, las valoraciones... Interpretar *históricamente* el texto no es ya arroparlo eruditamente con datos complementarios que le lleven a "decir" algo más; es, por el contrario, comprender que el texto comenzó a responder a una pregunta, delimitada de una manera frecuentemente abstracta y general, y enmarcada, en todo caso, en un determinado horizonte interrogativo; que el texto contempló un problema sentido por una sociedad y apuntó una vía de respuesta. Si la historia vive flúida-

⁶⁹ Nos parece, por ello, precipitada la atribución por parte de M. Bretone de una función "aplicativa" (en sentido gadameriano) a la hermenéutica histórica de Savigny. *Savigny...* (nota 46), pág. 197.

mente —en vez de resultar embalsamada para su “utilización” futura— se hace inevitable: 1. reconstruir la pregunta en un nuevo horizonte; 2. continuar la respuesta, concretizando un doble hueco: la distancia temporal y la sustitución del supuesto general tipificado por el hecho real y determinado. Toda esta labor sólo puede considerarse como “científica” si se desvincula a la ciencia de sus empalizadas metodológicas y de sus afanes sistemáticos, para sumergirla en el mundo existencial teórico-práctico de la “sabiduría”. Si ello no resulta rentable, más vale romper definitivamente la caprichosa identificación de racionalidad y ciencia y recuperar el contenido racional de la prudencia clásica, con sus referencias éticas y sus responsabilidades políticas.

Savigny resulta, a su pesar, deudor de una teoría del conocimiento positivista y ahistórica, y sigue suscribiendo, quizá inconscientemente, el abismo normas-hechos (ser-deber ser) característico de los legalistas ilustrados. El oscuro eco de Bentham se hace presente cuando le oímos que “toda relación de derecho se compone de dos elementos, uno general y otro particular: uno es la regla de derecho, el otro es el hecho que da lugar a la aplicación de la regla. El juez puede y debe conocer la regla (*ius novit curia*); pero puede y debe ignorar el hecho en tanto que no haya sido expuesto y probado por una de las partes”⁷⁰. Muy al contrario; es preciso repetir que la norma sólo comienza a “existir” cuando se la hace entrar en contacto con hechos realmente existentes y no tipificadamente supuesto; el hecho se resiste a ser premisa menor y aspira a ser oído en la premisa mayor, proponiendo su propio proyecto de norma, sus exigencias de valoración, con lo cual, lejos de servir de ocasión a la “aplicación” de la norma obliga a “comprenderla”, reconstruyéndola, interpretándola en el horizonte del caso; el juez debe evitar que el supuesto de hecho legal le desfigure su contemplación del hecho concreto y debe ser consciente de que sólo cuando asume los hechos puede “conocer” acabadamente una norma, que hasta entonces encerraba un simple proyecto jurídico.

INTERPRETACION Y POLITICA JURIDICA

Si del ámbito de la teoría del conocimiento pasamos al de las consecuencias prácticas, nos será fácil ahondar en la dimensión prag-

⁷⁰ F. C. Savigny, *System...* I, 187 (nota 15), pág. 133.

mática de una disputa, que hasta el momento habíamos seguido a nivel metodológico. Savigny va a hacerlo al enfrentarse a la interpretación de las leyes “defectuosas” y de las que contienen “expresiones erróneas”. Tanto en uno como en otro caso el distanciamiento respecto a la teoría de la interpretación a que se aspiraba resultará evidente.

La misma expresión “leyes defectuosas” evoca aquella acepción “patológica” de la interpretación que él pretendía superar. Plantear que la interpretación ha de subsanar “defectos” supone olvidar que sólo después de sometido a interpretación puede el texto legal parecer “defectuoso”. Por otra parte, todo “defecto” implica un modelo o arquetipo insuficientemente realizado, un texto legal “perfecto” con el que no coincidiría. Es aquí donde el peculiar “iusnaturalismo conceptualista” de Savigny dejará de ser críptico para jugar con toda su crudeza. Se olvida el “ir y venir de la mirada” en que consiste la labor interpretativa: acercar progresivamente el supuesto de hecho general tipificado y el hecho particular real y concreto; hacer confluír ponderadamente la consecuencia práctica que se derivaría del texto legal y la norma que el propio caso, desde su exigencia particular y concreta de solución, propone. Realmente son dos normas —la encerrada en el texto legal y la sugerida por el caso— y dos consecuencias —la prevista legalmente y la exigida por la “precomprensión” inmediata del problema— las que hay que cotejar, en un juego circular de aproximación que evite llegar a un paralelismo conflictivo: o la solución desajustada del caso, en aras de la “summa lex”, o el rompimiento frontal con la ley, en aras del “derecho libre”.

Savigny ha abandonado claramente el ámbito en que este planteamiento sería aún viable. Por eso, no tiene nada de extraño que, dentro ya totalmente de un contexto “patológico”, se pregunte sobre los posibles “remedios” de las leyes “defectuosas”. Analizará fundamentalmente tres: “el contexto intrínseco de la legislación”, “el lazo de la ley con su fundamento” y “el valor intrínseco del contenido resultante de la interpretación”⁷¹

1. El primer “remedio” no es sino la interpretación que consideraba “normal”, aunque utilizada ahora con fines terapéuticos. “Es aplicable en todas partes sin la menor duda” y es el medio a utilizar para “disipar la incertidumbre”, “en primer lugar y en cuanto sea posible”; los

⁷¹ F. C. Savigny, *System...* I, 223 (nota 15), pág. 155.

demás tendrán un carácter supletorio, por lo que su juego se admitirá sólo con resignación o recelo ⁷². Este "contexto de la legislación" no es el meramente gramatical o lógico, sino que implica la presencia de los elementos "históricos" o "sistemáticos" en los que él cifraba el enriquecimiento "orgánico" de su "científica" interpretación del derecho. Es esa arquitectura "orgánica" (bien pronto convertida en mera estructura conceptual), y no las exigencias del caso, la que veladamente propone un texto perfecto y modélico desde el que criticar al texto legal y remediar sus "defectos". Cuando la ciencia deja de ser "orgánica" para convertirse en meramente conceptual, se rompe el diálogo interpretativo entre texto y caso y se establece un soliloquio entre la ley y la elaboración dogmática de sí misma, llevada a cabo por un jurista alejado de la realidad.

2. No es raro que tal "remedio" pueda resultar insuficiente; que el chirriar del desajuste del caso concreto sea tan llamativo que denuncie como inadmisibles la solución dogmática-conceptual del "defecto" legal. Es preciso recurrir a otro medio, menos científico (¿menos racional?), más político, aceptable a sus ojos sólo como mal menor, por lo que "requiere ya más cautela" ⁷³: el "fundamento legal".

Aparece en escena el tópico clásico de la *ratio legis* como medio interpretativo, y, con él, toda una teoría de la norma llena de respuestas no explicitadas. Porque aludir al "fundamento" de la ley supone dar por sabido cuál sea: si el "pensamiento" del legislador, o su "voluntad", o el "problema" que pretende resolver, o los "intereses" en juego, o las "valoraciones" con las que se los jerarquiza... Apelar a la "ratio" de la ley es decidir que la ley es "razón" más que voluntad, que la interpretación es conocimiento y no valoración, que los intereses presentes en el problema no forman parte de la norma, sino que, ajenos a ella, esperan que se les "aplique" para convertirse entonces en "jurídicos". Toda una teoría de la norma camuflada en una pasajera alusión de emergencia.

Savigny pretende solucionar con este recurso los defectos legales y rectificar las "expresiones erróneas". Habría que repetir a propósito

⁷² "Donde este remedio sea suficiente, está excluido cualquier otro como menos seguro y a la vez como superfluo", *System...* I, 225 y 228 (nota 15), págs. 156 y 158.

⁷³ F. C. Savigny, *System...* I, 225 (nota 15), pág. 156.

de estos "errores" lo que ya se apuntó sobre los "defectos". Sólo la verdad permite dictaminar un error. ¿Qué verdad?, ¿la del problema?: no; la de una ciencia "orgánica", la de una dogmática conceptual ⁷⁴. Pero, aparte de ello, pretender que el recurso al fundamento legal es una operación cognoscitiva y clarificadora, libre de valoraciones, es a todas luces excesivo. La "ciencia" y la "política jurídica" demuestran en estos casos lo artificial de su frontera. Entramos de lleno en el tema de la capacidad de "expansión" del ordenamiento jurídico, que pretende dar cuenta del dinamismo del derecho sin traicionar a la ley. Savigny, empeñado en mantener la frontera entre la "interpretación" del derecho y su "elaboración" o "desenvolvimiento" ⁷⁵, se verá obligado a recurrir a sutiles distinciones.

Habría dos tipos de fundamento legal: el especial de la norma en cuestión y el general, fruto del "contexto" de la institución o de todo el sistema jurídico. El primero nos mantendría en el borde del proceso interpretativo; el segundo nos empujaría de lleno a una elaboración creativa de nuevas normas. Savigny reconoce sinceramente la dificultad de establecer tan flúida frontera, aunque resulta claro que, para él, en el primer caso no habríamos abandonado el campo de la interpretación (si bien en su versión "extensiva") y en el segundo entraríamos en el ámbito de la analogía, al que habremos de referirnos más tarde.

3. El segundo "remedio" ha planteado ya en toda su crudeza la imposibilidad de un tratamiento "científico" —exhaustivamente racional, apolítico, estrictamente legal— de la interpretación. Cuando incluso él resulte insuficiente, no queda sino recurrir al "valor intrínseco del resultado". Ahora sí que la interpretación se muestra como valoración; la ponderación de las consecuencias que el legislador anticipó se tiene que repetir en contacto con el caso. Entramos en consideraciones "teleológicas" y en jerarquizaciones de "intereses". Savigny lo hace con auténtica repugnancia, porque no considera este proceder como el habitual y típico del juego interpretativo, ni siquiera como una alternativa

⁷⁴ Cfr. G. Tarello, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica* en *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pág. 417.

⁷⁵ F. C. Savigny, *System...* I, 230 y ss. (nota 15), págs. 160 y ss. Este rechazo de la "Rechtsfortbildung" será el más duramente criticado por el "iusliberismo". Savigny le da un aire patológico, que lo presenta como remedio de lagunas ocasionales y no como desarrollo normal del derecho, dada su "historicidad". W. Fikentscher, *Methoden...* (nota 17), págs. 58 y 68.

más a confrontar con las anteriores, sino como prueba de las perniciosas consecuencias de la falta de "cientificidad" del mundo jurídico de su época. Si su propuesta de una nueva ciencia ("histórica" y "orgánica") del derecho se hace inaplazable es, entre otras cosas, para evitar estas tristes situaciones. Porque éste "es entre los medios auxiliares el más peligroso (sic), puesto que con él atraviesa el intérprete con suma facilidad los límites de su misión y se traslada al campo del legislador". Adiós racionalidad, ¡adiós seguridad!: el juez crea derecho, y se hace obligatorio rasgarse las vestiduras. A la espera de una ciencia jurídica que haga innecesario recurrir a él, este procedimiento "puede sólo ser admitido dentro de los límites más estrechos" ⁷⁶.

La ambivalencia de la doctrina de Savigny se pone una vez más de relieve. Por una parte, al plantear la posible insuficiencia del recurso al "contexto" y al "fundamento" legales, demuestra que admite implícitamente las exigencias jurídicas del caso, la gravitación de un "problema" que rechaza como inadecuados determinados resultados interpretativos. Le parece trágico, pero no por ello menos legítimo, que el intérprete se vea en ocasiones obligado, no a precisar un pensamiento ni a adaptar a él un término desafortunado y corto de expresión, sino simple y llanamente a "corregirlo" ⁷⁷. Un legalista a ultranza se habría limitado a dictaminar la existencia de una laguna "ideológica": de un rechazo caprichoso de la voluntad del legislador. Como ya vimos, Savigny se nos muestra como un "legalista aplazado", cuando sueña que su ciencia jurídica permitirá evitar estos casos y racionalizar exhaustivamente todo el proceso interpretativo. ¿Cómo? Con el recurso a un proceder distinto al de la interpretación propiamente dicha, del que sólo se podría disponer cuando se contase con tal aparato científico: la analogía.

4. La interpretación, dado el cometido meramente cognoscitivo que le atribuye, sólo podrá precisar el contenido de la norma vigente, pero será incapaz de rellenar sus limitaciones si no quiere abandonar el campo de la "ciencia" para adentrarse en la arbitrariedad de lo político-jurídico. Cuando las "fuentes jurídicas no resultasen suficientes

⁷⁶ F. C. Savigny, *System...* I, 225 (nota 15), pág. 156.

⁷⁷ F. C. Savigny, *System...* I, 240 (nota 15), págs. 160 y ss., sobre todo in fine.

para resolver un problema jurídico" la cuestión no sería ya interpretativa. Se hace imprescindible "llenar esta *laguna*, puesto que la exigencia de la *plenitud hermética*" del sistema "tiene a su favor un derecho tan incondicionado como la de la unidad". "La duda consiste en saber dónde buscar el complemento" ⁷⁸. Por supuesto, dada su ausencia de valor "científico", rechaza la vieja solución iusnaturalista, que parecía apelar a un sistema jurídico paralelo y subsidiario; a lo que no renunciará es a esa "plenitud" que el iusnaturalismo aspiraba a garantizar y el positivismo pretende continuar. No se llega a reconocer que plenitud y sistema son incompatibles; sólo desbordando a éste es aquélla posible.

El sistema podrá crear un cauce racionalizador, que armonice los proyectos valorativos de las distintas normas y condiciones el tenor de los futuros, pero nunca podrá rebasar el nivel de proyecto propio de los textos "legales". La vida "jurídica", por el contrario, no es sistemática sino problemática, "plena" de una historicidad que se resiste a ser encerrada en sistema alguno y que obliga en toda interpretación a cubrir dos "lagunas" ineludibles: la del transcurso histórico y la de la concretización del supuesto de hecho. La analogía no puede ser un proceso subsidiario, que se mueva en el extrarradio del juego interpretativo, sino que toda interpretación al verse siempre forzada a solventar lagunas se hace analógica ⁷⁹ para lograr una plenificación existencial.

La "historicidad" frustrada de Savigny le impide asumir tal consecuencia. Para él, la analogía es "esencialmente diferente de la interpretación extensiva, arriba expuesta, con la cual los autores con mucha frecuencia la confunden. En efecto, esta última no tiene el destino de llenar una laguna del derecho sino el de rectificar el término inadecuadamente escogido de una ley con ayuda de su verdadero pensamiento. En cuanto al procedimiento analógico, al contrario, suponemos la ausencia completa del pensamiento real en una ley cualquiera; e intentamos remediar este defecto por medio de la unidad orgánica del derecho" ⁸⁰.

La interpretación extensiva, como toda interpretación, ha de enfrentarse a las dos "lagunas" antedichas, y sólo en contacto con el pro-

⁷⁸ F. C. Savigny, *System...* I, 290 (nota 15), pág. 196.

⁷⁹ En este contexto es una rica fuente de sugerencias *Analogie und Natur der Sache* de A. Kaufmann, Karlsruhe, 1965. Hay versión castellana: Santiago de Chile, 1976.

⁸⁰ F. C. Savigny, *System...* I, 292-293. (nota 15), pág. 198.

blema puede detectar la "inadecuación" de un término u obtener el "verdadero pensamiento" que presida su forzada "extensión". Y ese contacto con el problema, tiene una entraña profundamente analógica porque rechaza toda univocidad y toda identificación. Igualmente, cuando "suponemos una ausencia de pensamiento", el proceder analógico ya ha comenzado en la interpretación que nos lleva a tal resultado, por lo que la analogía no empieza "después" sino que "continúa", sin que quepa marcar solución de continuidad entre la interpretación (analógica) que dictaminó tal ausencia y la analogía (interpretativa) que aspira a superarla.

No se resuelve el problema cuando se achaca simplemente a Savigny no haber distinguido entre "analogia legis" y "analogia iuris" ⁸¹, intentando así demarcar un doble ámbito concéntrico: el de la analogía "legal", que aun sería interpretación, y el de la analogía "jurídica", que la desbordaría. Savigny se limita a señalar "dos grados" dentro de un mismo proceder analógico, según la laguna se produzca por el surgimiento de una "relación jurídica nueva, y hasta entonces desconocida", "para la cual, por consiguiente, no existe una institución jurídica como modelo en el derecho positivo en su forma actual", o porque "dentro de una institución jurídica ya conocida, surge de nuevo un problema jurídico particular" ⁸². En todo caso, no parece llegar a captar que cualquier recurso a la capacidad "expansiva" del sistema jurídico, o cualquier propuesta de "autointegración", obliga a abandonar los presupuestos teórico-cognoscitivos y político-jurídicos del positivismo legalista.

La analogía que toda interpretación encierra se establece entre dos parejas de términos. de las cuales sólo una es "legal" (el texto y su supuesto de hecho) mientras que la otra se enraiza en el caso concreto (las circunstancias reales y la "norma" que su "pre-comprensión" plantea como exigible). El término que media haciendo brotar la correspondencia "jurídica" entre ambas se apoya en la subjetividad judicial, limitada, pero humana; relativa, pero vinculable éticamente y responsable políticamente. Proponerse encontrar los medios que refuercen su

⁸¹ Como hace N. Bobbio en *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pág. 66.

⁸² F. C. Savigny, *System...* I, 291 (nota 15), pág. 197.

humanidad, su eticidad y su responsabilidad política —que la inclinen a una auténtica “prudencia”— parece más constructivo que ignorarla, enmascarándola tras una “ciencia” presuntamente defensora de la ley.

“GERMENES FECUNDOS DE VERDAD”

Los problemas de interpretación del derecho han mostrado una vez más su capacidad para someter a prueba las consecuencias prácticas de las diversas teorías jurídicas. La propuesta de Savigny aparece, bajo este prisma, como una alternativa frustrada, al resaltar la endeblez filosófica del empeño y su esclavitud inconsciente respecto a las formas dogmático - jurídicas incompatibles con los planteamientos de su manifiesto. Esta frustración va a marcar el rumbo de la teoría jurídica posterior, que intentará suplir su triple insuficiencia:

- la falta de una consciente teoría del conocimiento (y de la ciencia) y la asunción de sus consecuencias prácticas.
- la debilidad filosófica del historicismo romántico.
- el agotamiento de la teoría interpretativa del positivismo legalista.

En el tercer aspecto es donde con más rapidez surgirá la reacción. Ihering ⁸³, que había llevado al extremo la sofisticación conceptualista de los discípulos de Savigny, es el primero en experimentar el hastío del “paraíso de los conceptos” y el primero en exigir una jurisprudencia atenta a esos “resultados” cuya consideración Savigny había rechazado como “peligrosa”. Con esta actitud confluye luego un intento de replanteamiento del historicismo, bastante inmaduro también filosóficamente, que apelará con más aire de slogan práctico que de rigor, a la sociología. Tubinga se convertirá en el punto de entrecruce de este impreciso campo de jurisprudencia “de intereses” y/o “sociológica”. Se trata de una reacción a nivel práctico, encabezada por juristas, que no llega a cobrar la suficiente consistencia filosófica, pese a la incidencia final de la axiología culturalista.

Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, la teoría jurídica irá experimentando, por una parte, la “fuga hacia adelante” de la teoría de la ciencia positivista, en su afán de aquilatar cada vez

⁸³ Entre la amplísima bibliografía sobre su obra cfr. *Ihering y la lucha por el derecho* (ed. por A. Squella) “Revista de Ciencias Sociales”, N°s 10-11, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976-1977.

más exhaustivamente los márgenes de “demarcación” de lo racional. La asfixia que ello termina produciendo en el ámbito jurídico va a exigir un relajamiento, que explicará el eco llamativo alcanzado en los años cincuenta por la “tópica”, y que alimentará con más profundidad la lenta elaboración de una teoría jurídica de base argumentativa, que defiende la racionalidad de lo relativo y huye de todo dogmatismo. Si Viehweg y Perelman simbolizan estos dos fenómenos, en la década siguiente —de la mano de Gadamer— los planteamientos hermenéuticos existenciales contribuirán a dar mayor consistencia teórica a todo este empeño ⁸⁴. Se pone así de relieve la necesidad de una filosofía “jurídica” no “legalista” sobre la que apoyarlo, que tendría como correlato político-jurídico una actitud reformista, llena de vocación crítica y ajena a toda utopía dogmatizada.

Quedaba suelto el hilo “historicista”. El marxismo recogería su antorcha, tras el declive romántico del hegelismo tardío. Su legado jurídico resulta, como es sabido, paradójico. Por una parte, Marx, como todos los teorizadores de utopías sociales, incluirá al derecho en la lista negra de la revolución; más tarde, las exigencias revolucionarias obligarán a los marxistas a recuperar el Estado y su aparato jurídico. Para entonces de “historia” no quedará ni rastro; el positivismo legalista brindará el terreno adecuado para el manejo de un derecho voluntarista, provisionalmente indultado como medio de freno a la reacción. Habrá que esperar al “revival” jurídico del euromarxismo para que las virtualidades teórico-prácticas de su filosofía de la historia ensamblen con el proceso apuntado, cobrando una vigencia científico-jurídica que dejaría perplejo a su iniciador.

Lo más curioso es que, al intentar fundamentar esta teoría “crítica” del derecho, la alusión a los contactos del Marx juvenil con Savigny se hace obligada. Una vez más Savigny sigue jugando, a su pesar, el papel de microcosmos de la ciencia jurídica contemporánea. Si Hegel había censurado a Hugo por defender las razones del derecho por encima de los derechos de la razón ⁸⁵, Marx no le irá a la zaga en su crítica; de-

⁸⁴ Sobre el sentido de esta inflexión F. Wieacker, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenoessischen deutschen Rechtswissenschaft* en *Festschrift für Pan. J. Zepos*, Athen, 1973, t. I, págs. 391-415; A. Kaufmann *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik* “Juristenzeitung”, 1975, (11-12), págs. 337-341 (ahora en castellano: “Anales Cátedra Francisco Suárez”, 1977 (177), págs. 351-362).

⁸⁵ Al respecto G. Marini, *Hugo...* (nota 28), pág. 172.

trás quedaban las lecciones oídas de boca del propio Savigny en Berlín en 1836 ⁸⁶: “la opinión vulgar considera a la escuela histórica como reacción contra el frívolo espíritu del siglo XVIII. La difusión de esta opinión está en relación inversa a su verdad. Más bien el siglo XVIII ha engendrado sólo un producto, cuyo carácter esencial es la frivolidad, y este único producto frívolo es la escuela histórica” ⁸⁷. De nuevo, pues, la acusación de “positivismo”, pero ahora con una nueva connotación: como ausencia de crítica y consiguiente complicidad en el mantenimiento de una situación inhumana. Cuando hoy se intenta desde el marxismo dar paso a una ciencia jurídica alternativa no se deja de historiar al episodio ⁸⁸.

El marxismo añade a la identificación positivista ciencia-racionalidad un nuevo elemento, destinado a transformar radicalmente su alcance: la identificación de ciencia e historia. El mensaje de la realidad es un contenido histórico; nos relata la historia de las relaciones del hombre —con el mundo material en el que se inserta y con los otros hombres— y nos exige la anticipación práctica de su horizonte futuro. Sólo apoyándose en esta visión histórica, edificada sobre una filosofía nada endeble, cabe obrar “racionalmente” (éticamente, por legitimidad política...). La historia será la “ciencia” suprema y la fuente de una política “científica” que impone una obediencia inexorable.

El juego jurídico de este naciente “neomarxismo” será triple ⁸⁹:

—En lo que tiene de propuesta política alimentará las inquietudes críticas de juristas prácticos hastiados de legalismo, que encuentran así

⁸⁶ Cfr. sobre el alcance de esta relación H. Jaeger, *Savigny et Marx* “Archives Philosophie du Droit”, 1967, (XII), pág. 65 y ss.

⁸⁷ K. Marx, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, 1970, t. I, pág. 78.

⁸⁸ Así W. Paul, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Frankfurt, 1974, págs. 43 y ss. Desde perspectivas más “ortodoxas”, J. Kuczynski revisa la sentencia de Marx, proponiendo indultar al “joven” Savigny - *Savigny Glauzvolle Jugend eines reaktionären gelehrten von eingetragenen wetkuf* en *Studien zu einer geschichte der Gesellschaftswissenschaften* Berlín (Este) 1977, pág. 146. H. Klenner no admite matices cronológicos en el veredicto. *Amrgungen su "Savigny"* *ibidem*, pág. 160.

⁸⁹ Cfr. al respecto W. Paul, *Die marxistische Rechtstheorie. Wissenschaft oder Philosophie des Rechts?* en *Rechtstheorie* (ed. por G. Jahr y W. Maihofer), Frankfurt 1971, págs. 187-188.

un respaldo ético a su desazón metodológica. Ihering resuena en muchas de estas novedosas propuestas ⁹⁰, planteadas en ocasiones con más militancia que rigor científico por quienes no parecen haber oído hablar de él.

—En la medida en que se supera este nivel, el marxismo ofrece una *teoría de la ciencia* que concede relevancia central a la realidad social, a la concepción de la sociedad como un “todo”. La imprecisa jurisprudencia “sociológica” recibe con ello el apoyo de una “ciencia social” que muchos presentan como la alternativa definitiva a un positivismo decadente.

—Por último, partiendo de su *teoría del conocimiento*, puede denunciar a la legalidad como “ideológica” y proponer la búsqueda de una “juridicidad” apoyada en la crítica del ordenamiento vigente. Lo paradójico de esta dimensión es que, dada su concepción de una historia “verdadera” y vinculante, va a funcionar como alternativa dogmática y llena de resabios “iusnaturalistas” ⁹¹ respecto al relativismo reformista de las teorías argumentativas o de la hermenéutica existencial. Este tercer aspecto parece resucitar el sino de frustración del historicismo de Savigny. El marxismo, que negó el derecho para recuperarlo después en su versión positivista extrema, parece representar hoy simplemente un nuevo “legalismo aplazado”, que exigirá también su propia codificación eternizadora, cuando los campos en que hoy se experimenta gocen definitivamente la postrevolución.

⁹⁰ El enlace Ihering-Marx ha sido puesto repetidamente de relieve. Así H. Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho* (versión castellana de su *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*), Madrid, 1971, pág. 200, o E. A. Kramer en su acerada crítica a R. Wiethoelter —titulada evocadoramente *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* “Zeitschrift für Rechtspolitik”, 1970, págs. 82 y ss. Por contra, la ausencia de referencias a Ihering en muchas de las contribuciones a la naciente apelación a un “uso alternativo del derecho” resulta sorprendente.

⁹¹ En la medida en que encierra la propuesta de una realidad “jurídica” objetiva discrepante de la burguesa. Es significativo que R. Guastini no dude en diagnosticar como “iusnaturalistas” los escritos jurídicos del Marx joven —*il lessico giuridico del Marx liberale (gennaio 1842-primavera 1843)*, en *Materiali...* (nota 46), 1972, (II), pág. 246— y en concreto su alegato contra la escuela histórica. De muy distinto signo será el “iusnaturalismo” filosóficamente consciente de Bloch. Cfr. recientemente, F. oGonzález Vicén *Ernest Bloch y el Derecho natural “Sistema”*, 1978 (27), págs. 45-55.

Sólo una filosofía jurídica que ahonde en la "historicidad" del derecho, como fenómeno humano que desborda la fría legalidad, podría dar lugar a una alternativa fructífera. Desenmascarando la ceremonia de la confusión de esa presunta "aplicación científica de la ley" abriría un auténtico campo de racionalización, limitado pero real, de la "interpretación del derecho". Y precisamente en esa invitación a acercarse a la "historicidad" del derecho consistió el manifiesto de Savigny, aunque recordarlo a estas alturas mueva a la sonrisa. Las palabras finales del prólogo a un *Sistema* resultan, pese a todo, proféticas: "tengo la conciencia de haber depositado en mi libro gérmenes fecundos de verdad, que harán otros fructificar un día; y poco importa que la riqueza de ese desenvolvimiento oscurezca y haga olvidar tan humilde principio" ⁹².

⁹² F. C. Savigny, *System...* I, L (nota 15), pág. 19.

SAVIGNY Y LA CIENCIA DEL DERECHO

II

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

FACULTAD
DE CIENCIAS JURIDICAS
ECONOMICAS
Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE CHILE



VALPARAISO
PRIMER SEMESTRE 1979
Nº 14