

CAPÍTULO SEGUNDO

OTRA VEZ LA HISTORIA

I. La hegemonía francesa.	23
II. Tres vidas ilustres	24
III. La Escuela Histórica	24
IV. Gustavo Hugo	26
V. Federico Carlos de Savigny	31
VI. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho.	35
VII. Rudolf von Ihering.	42
VIII. Manuel Kant	43
IX. Reacción de la Escuela Histórica	44
X. El valor del derecho romano.	49
XI. El derecho civil en Alemania y en Francia	50
XII. La codificación austriaca	59
XIII. El espíritu histórico	59
XIV. Los elementos de la estructura jurídica	60
XV. El estudio del derecho	60
XVI. Los códigos de Alemania y Austria	61
XVII. La grandeza intelectual de Savigny	62
XVIII. Las convicciones de Savigny	63
XIX. Los cambios experimentados por la jurisprudencia . . .	65
XX. Las secciones de la historia	66
XXI. La continuidad histórica del derecho y de sus instituciones.	67

XXII. El conocimiento de su destino	68
XXIII. El método de investigación	68
XXIV. El análisis de las fuentes	70
XXV. El sistema del derecho romano actual	70
XXVI. La práctica de la razón; métodos de interpretación de las leyes	73
XXVII. La <i>ratio legis</i>	78
XXVIII. El reconocimiento a Savigny	82
XXIX. Los fundamentos de la ciencia jurídica.	83

CAPÍTULO SEGUNDO

OTRA VEZ LA HISTORIA

Naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibeatur.

(Es libertad la facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley).

D. I, 5, 4 pr. Inst. I, 3, I Flor. 8 inst.

I. LA HEGEMONÍA FRANCESA

Al volver los ojos al pasado, debemos tener presente que Prusia se había mantenido neutral, a raíz de haber concertado con Francia en 1795 la paz separada de Basilea, hasta que en 1805, al lograr el ejército francés la brillante victoria de Austerlitz, que, a la vez, obligó a Prusia a pactar el 15 de diciembre de 1805 un tratado de alianza ofensiva y defensiva, por el cual su rey daba territorio y conservaba Hannover, que ya se encontraba ocupado.³⁵

Con los pasos que dejamos señalados, había quedado establecida la hegemonía de Francia sobre toda Europa, fortaleciendo su destacada posición al establecer la llamada Confederación del Rhin, ya que el emperador daba Nápoles a su hermano mayor, José. A la vez, en Holanda se proclamaba como rey a su hermano Luis, organizando en Alemania estados vasallos, que pasaron a ser parte del sistema del imperio francés. Wurtemberg y Baviera fueron elevados a reinos. Baden se convirtió en gran ducado, y quedaron sometidos a la autoridad del emperador, quien les pidió que adaptaran su Constitución a la de Francia, que así incorporó al nuevo orden social el derecho napoleónico, a fin de establecer lazos

³⁵ Goetz, Walter, *Historia universal. Desarrollo de la humanidad en la sociedad y el Estado, en la economía y la vida espiritual. La Revolución francesa, Napoleón y la restauración (1789-1848)*, t. VII, pp. 163 y 164.

permanentes de alianza entre los múltiples príncipes alemanes que se habían convertido en soberanos. Resulta evidente que Napoleón decidió formar la mencionada Confederación del Rhin, ya que quedaría bajo su protección, y ordenó la expedición de una Constitución federal, que se firmó el 12 de julio de 1806, con la participación de los representantes de los nuevos Estados que se habían integrado, para cuya existencia se habían retirado del antiguo imperio alemán, y que, por tanto, dejaba de existir. En vía de confirmación, el emperador Francisco depuso la Corona imperial en 1806.³⁶

Los acontecimientos que hemos considerado en los párrafos precedentes tuvieron —a la vez— otro tipo y grado de repercusiones, que son aquellas a las que nos vamos a ocupar en este capítulo.

II. TRES VIDAS ILUSTRES

Norberto Gorostiaga escribe una notable introducción al relato de lo que se califica como *Tres vidas ilustres*, consagradas a la exposición de algunos aspectos biográficos de las vidas de Gustavo Hugo, Federico Carlos de Savigny y Rudolf von Ihering, como una expresión del Renacimiento del derecho alemán, en cuya introducción se relatan los antecedentes de ese fenómeno vital, con la constatación de las instituciones surgidas del pasado, de manera que por su conocimiento pueda encontrarse su origen y desarrollo, para desentrañar su verdadero sentido, como síntesis del significado de los estudios históricos que en un momento dado se realicen.

III. LA ESCUELA HISTÓRICA

En esa atmósfera aparece el movimiento doctrinal que llevan a cabo los juristas alemanes que vivieron en el siglo XIX, con una labor puesta en práctica, que se manifestaba dirigida hacia el análisis del método histórico, que exigió el estudio de las normas jurídicas surgidas de los acontecimientos sociales acaecidos en el pasado, que permanecían válidos en ese momento, y anticipaban sus vivas consecuencias hacia el futuro, que simultáneamente imponían su huella en la marcha de la historia. Sin la

³⁶ *Ibidem*, pp. 165 y 166.

consideración de los factores antes señalados, se aceptaba que resultaría estéril el estudio puramente abstracto y lógico que ejecutara el sabio en su gabinete, de manera que soslayara la visión realista de los acontecimientos que venían marcando el desarrollo de la vida social de los pueblos, la cual se encontraba recopilada en su historia. De ahí que se consideraba indispensable el estudio de la expresión de las instituciones anteriores registradas por la maestra de la vida, al grado que permitiera conocer su desarrollo y valor vigente para encontrar su verdadera función dentro de las necesidades sociales prácticas que las generaban.

En un ambiente intelectual como el que señalamos en el párrafo que antecede, surge un estudioso del derecho llamado Hugo Doneau (1527-1591), que por haber abrazado el protestantismo se vio obligado a huir de Francia en la noche de San Bartolomé. Él sostenía como convicción básica la necesidad de realizar una exposición dogmática de la normatividad del derecho romano, pero sin otorgar a su desarrollo histórico aquella orientación que entonces se sentía en la palabra de Jacobo Cujas —reconocido como gloria de Francia— que en sus enseñanzas desarrollaba un método comparativo, crítico e histórico, que poseía una trascendente proyección de vigencia que otros no le habían atribuido. En esa atmósfera intelectual también se manifestaban John Stephan Pütter y Felipe Federico Weiss, que llegó a ser maestro de Savigny.

Por otra parte, no podemos dejar de advertir que la reacción del historiismo en contra del positivismo se manifestaba en diversos países de Europa, como ocurría en Inglaterra por conducto de Edmond Burke, que escribía en su obra titulada *Reflexiones sobre la Revolución en Francia* (1790) una crítica contra los principios políticos surgidos de la Revolución francesa, en cuya orientación de ese autor ridiculizaba la pretensión revolucionaria de reconocer que de dicha intención surgían los principios ideales y abstractos sobre la constitución de un Estado, que sólo podían resultar del lento desarrollo y larga gestación histórica; coincidiendo con la tesis del francés J. De Maistre, en la que observaba que las Constituciones políticas surgieron divorciadas de la realidad histórica. De ahí que también en Alemania aparecían manifestaciones orientadas en la misma corriente contraria del positivismo y favorables al valor de la historia, entre las que se encontraban Justus Möser y Adam Müller, que invocaban al método histórico como factor fundamental en la conformación del Estado, ya que no podía concebirse mediante especulaciones abstractas que

les llevaban a concebir un derecho puro, pues poseía vida y movimiento propio, que integraba un individuo vivo y grande, que disponía de poder y movimiento. Con ese criterio se rechazaba la posible existencia de un derecho que pudiera encontrarse colocado tanto en su calidad de sustrato como por encima del derecho. Ese ideario coincidía con el de Hugo.³⁷

IV. GUSTAVO HUGO

En ese ambiente intelectual nace Gustavo Hugo —en Leorrach, ducazo de Bade, el 23 de noviembre de 1764—, cuya vida se prolonga hasta el 15 de septiembre de 1844, y a quien se le encuentra radicado en Alsacia, donde recibe la influencia —entre otros escritores— de Montesquieu y Domat, que impregnaron sus convicciones, al grado que lo impulsaron a estudiar el derecho romano como una realidad viviente, lo que le permitió fijar su valor latente imperecedero, así como conocer las razones que le habían permitido surgir en sus orígenes, y cambiar de la manera que su evolución se lo había impuesto. Con esas convicciones, su tarea como jurisconsulto no podía agotarse en una simple interpretación racional de los textos normativos para ajustarlos a los hechos hipotéticos que exigían soluciones prácticas, sino que se ocupó en conocerlo como una realidad viviente y desentrañar su origen histórico y proyección filosófica, para saber el cómo y el porqué se habían dado.³⁸

Norberto Gorostiaga advierte que Alemania no había tenido un Camilo Dumoulin, que hubiera logrado renovar el derecho de su país, y proyectar la posibilidad de su unidad jurídica, por lo que al aparecer Gustavo Hugo y confrontar la situación que establecía la notoria diferencia de un espectáculo notable en sus resultados, por el esfuerzo intelectual logrado al vivir en las Galias, ya que trasladó su residencia a ellas y puso en práctica un método que le permitiera comprender el imperativo de proveer de una

³⁷ Véase Camus, Emilio F., en la traducción directa del alemán y su prólogo sobre el pensamiento filosófico jurídico de Stammler, en la obra de Stammler, Rudolf, *El juez. El pensamiento filosófico jurídico de Stammler*, México, Editora Nacional, 1980, pp. X-XII. Véase también Del Vecchio, Giorgio, *Estudios de la filosofía del derecho*, y Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americanica, 1946, t. II, pp. 166 y 167.

³⁸ Gorostiaga, Norberto, Introducción a *Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny y Jhering. Resurgimiento del derecho alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1945, versión castellana del mismo Norberto Gorostiaga, pp. 3-5.

nueva vida a las fórmulas latentes en las normas jurídicas; consagrándose primero al estudio de sus orígenes y, luego, a examinar las modificaciones resultantes del impacto que el devenir histórico les imponía; propiciando que un examen de tal naturaleza le brindara el conocimiento de su verdadero significado. De ahí partió una tarea que tenía el propósito de lograr una laboriosa reconstrucción.³⁹

Concentrado en su labor, Gustavo Hugo dio una temprana imagen de profundidad intelectual, ya que en 1788 —a los veinticuatro años de edad— logró obtener en Halle, el título de doctor en jurisprudencia.⁴⁰ A la vez, logró dar a la publicidad en Göttingen, un novedoso e importante trabajo: *Ulpiani fragmenta*, en el que recopiló los fragmentos de Ulpiano, que a la vez estaban precedidos de dos obras previas: *Commentatio de fundamento successioneis ab-intestato ex jure romano antiquo et novo*, Göttingen, 1785, y *De bonorum possessionibus commentatio* (tesis doctoral), Halle, 1788.⁴¹ No obstante, Hugo percibía que en Alemania venía gestándose una nueva corriente intelectual, surgida en la entraña del ansia renovadora de la Edad Media y de la Reforma, que constituyó una de las expresiones gestadas en el Renacimiento, que integraban una notoria continuidad en la que el hombre se enfrenta decididamente al escepticismo y la verdad, contra la obsesión de la fe, tendiente a despejar las tinieblas de la tierra y las del cielo, con las que simultáneamente reaparecen las ideas de justicia, igualdad y libertad.⁴²

Frente a los ideales antes considerados se encontraba la fortaleza del poder político, con sus propósitos manifiestos de gobernar mediante el dominio y la obediencia, en constantes choques con el sentido liberal de la justi-

³⁹ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁴⁰ Savigny, Federico Carlos von, “Gustavo Hugo. El 10 de mayo de 1788. Contribución a la historia de la ciencia del derecho”, en *Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny, Jhering. Resurgimiento del derecho alemán*, del alemán, con introducción de Norberto Gorostiaga, Buenos Aires, Depalma, 1945, pp. 5, 6 y 76.

⁴¹ Gorostiaga, Norberto, *op. cit.*, nota 38, pp. 5 y 6. Agradecemos al profesor Gregorio Robles, que durante su estancia en Berlín haya coadyuvado para la verificación y cronología de las obras de Gustavo Hugo, quien señala que la obra sobre Hugo que más confianza le merece es la de Gerd Kleinheyer y J. Schoeder, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten* (UTB, Müller Verlag Heidelberg, 1996).

⁴² Gandia, Enrique de, estudio preliminar sobre *El espíritu del nuevo derecho alemán* en la obra de Federico Carlos de Savigny: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. del alemán por Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1977, pp. 18-20.

cia y los derechos naturales que todo hombre adquiere por el solo hecho de su nacimiento. En esa confrontación, Gustavo Hugo encuentra en sus convicciones, que existen factores y, causas reales en toda comunidad, que tienen capacidad para generar derechos. Dentro de esa convicción, las nuevas fórmulas entrañaban solamente factores de fuerza reconocidos como normales, y consecuentemente, obedecidas. En esas condiciones, el derecho se manifestaba como resultado de la fuerza y no de la convicción moral. Tal criterio fue el que Hugo empleó en el desarrollo de las enseñanzas que impartió.⁴³

Al iniciar Gustavo Hugo en 1788 sus labores docentes como catedrático de derecho en Göttingen, concentró su labor en la enseñanza, siguiendo un método que le permitía concentrar sus objetivos en los temas sobre las personas, su estado, relaciones familiares y ciudadanía, para de ahí pasar a la exposición de los bienes, su naturaleza y carácter, así como las distintas formas de su adquisición y transmisión de la propiedad, para concluir con el examen de las acciones. El diseño de tal sistema propició que su prestigio traspasara las fronteras, al grado de que los redactores del Código Civil de los franceses adaptaron el diseño de esa legislación a la elección que había adoptado Hugo.⁴⁴

No obstante el señalamiento que realizamos en el párrafo precedente, también debe considerarse la reacción del espíritu del pueblo alemán ante dos aspectos relevantes, que tuvieron impacto impresionante en el desarrollo histórico del espíritu nacionalista del pueblo alemán: uno, la Revolución francesa de 1789, y otro, las conquistas de Napoleón Bonaparte, culminadas en 1814. De ambas surgiría un sentimiento nacionalista que proclamaba el orgullo de su raza y la grandeza de la cultura de su pueblo, orientándolo a concentrarse en el valor de lo suyo y alejar lo extranjero, manifestado por el derecho de Roma y el Código Civil de Napoleón. En esa atmósfera, Hugo fue el primero en rebelarse contra el ciego estudio del derecho romano. Montesquieu le había orientado a considerar al derecho como fuerza viva y no como naturaleza muerta. Las interpretaciones y comentarios ocultaban los verdaderos hechos de la vida del pueblo, de los que emanaban las verdaderas causas, razones y propósitos de la normatividad jurídica, que nacía y moría como las

⁴³ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

costumbres.⁴⁵ A la vez, concentró su interés en localizar el origen de cada idea latente en la preceptiva normativa. Ello le permitió reconocer que en cada periodo de la vida de los pueblos el derecho positivo se manifiesta como un todo viviente, de manera que se ocupó en sus investigaciones de reconstruirlo, para atribuirle el valor que le correspondía a la historia. En todo ello era evidente que el lenguaje que se utilizaba era fuente constante de errores.⁴⁶

El analista de la vida de Gustavo Hugo advierte que lo que en verdad le permitió convertirse en un destacado estudioso del derecho fue imponer un nuevo método a los análisis históricos, que llegaría a tener alto relieve y prestigio en el mundo científico, expuesto en 1809 en su obra *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts (De los derechos naturales y positivos)* al grado de reconocerlo como el verdadero fundador de la escuela histórica por haber planteado sus bases: una, centrada en el estudio del hombre, dotado de razón y miembro del Estado; la otra, destinada a conocer los principios del derecho civil y del derecho público, investigando la manera como el derecho se forma y rechazando a la ley como su fuente única, advirtiendo que tanto el derecho romano como el inglés reconocían otros orígenes, entre ellos la costumbre y el derecho pretoriano. Complementariamente, estableció las similitudes que encontraba en el derecho, en las costumbres y en la lengua nacional de cada pueblo como manifestaciones espontáneas que surgen y se desarrollan en las comunidades, siguiendo el ritmo que viene señalando cada época, en forma independiente y ajena a las convenciones o reglas expresas que la teoría consideraba tanto preexistentes como necesarias. En consecuencia, el derecho resultaba como producto del ambiente, moldeado por las exigencias que le obligan a adaptarse. En síntesis, Hugo preconizaba que el espíritu de cada siglo imprime su propia y particular fisonomía.⁴⁷

A lo anterior debe agregarse que Hugo no limitaba a la ley como la fuente exclusiva del derecho, puesto que reconocía que si toda ley constituye una parte de la normatividad del derecho positivo, ello no significa que la absorción de tal función esté confinada en la capacidad del legislador para diseñarla, y advertía que contrariamente a esa idea, no es absoluta la fórmula que proclama *quod Principi placuit legis ha-*

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 22.

⁴⁶ Savigny von, *op. cit.*, nota 40, pp. 72-74.

⁴⁷ Gorostiaga, Norberto, *op. cit.*, nota 38, p. 8.

bet vigorem (las leyes tienen vigor en lo que complace al Príncipe), puesto que aun cuando la ley es coercible y obligatoria, la realidad enseña que la norma no siempre mantiene su vigencia ni siempre resulta observada. Como ejemplo de esa factibilidad, Hugo recordaba que en la misma zona académica de Göttingen las autoridades municipales decidieron reemplazar el nombre de ciertas calles, a las que los habitantes no prestaron atención, ya que siguieron atribuyéndoles el nombre que las identificaba anteriormente. En el diseño de su visión, Hugo reconocía que toda ley constituye una parte del orden jurídico; no obstante, ella no siempre obtiene la aprobación de los gobernados, ya que éstos siempre conservarán su independencia, de manera que les permitirá reaccionar, para modificar aquellas fórmulas que no se ajusten a sus necesidades sociales. En esas condiciones, el fenómeno de la adaptación de las normas que así se generen podrá tener un principio de aceptación que las haga más favorables a la satisfacción de sus intereses, sobre aquellas otras que surgieron de la voluntad del legislador.⁴⁸

Dentro de las observaciones manifestadas por Savigny de la fecunda vida de Hugo destaca que sus lecciones siempre se caracterizaron por la gran calidad de ser un maestro, actividad a la que infundió un profundo amor. Sus lecciones orales preparaban al alumno para encontrar su complemento inmediato en los libros.⁴⁹

Es evidente que Hugo se convirtió en un precursor de un movimiento intelectual que imprimió distintas perspectivas a las proyecciones que se habían dado al derecho. Su obra fue fecunda y se identifica bajo los siguientes títulos: *Institutionen des heutigen roemischen Rechts* (*Instituciones de derecho romano actual*), Berlín, 1789; *Edward Gibbons historische Übersicht des römischen Rechts* (*Panorámica histórica del derecho romano de E. Gibbons*), 1789; *Lehrbuch und Chrestomathie des klassischen Pandektenrechts* (*Tratado y antología de textos del derecho clásico de pandectas*), Göttingen, 1790; *Lehrbuch eines civilistischen Cur-sus*, que comprende diversos tratados: 1) *Lehrbuch der juristischen Enzy-klopädie* (*Tratado de la enciclopedia jurídica*), 1792; 2) *Lehrbuch des Naturrechts, als eine Philosophie des positiven Rechts*, (*Tratado de derecho natural como una filosofía del derecho positivo*), 1798; 3) *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* (*Tratado de historia del derecho*

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

⁴⁹ Savigny, Federico von, *op. cit.*, nota 42, pp. 74 y 75.

romano), Berlín, 1810. Otras de sus obras fueron *Lehrbuch und Chrestomatie des klassischen Pandektenrechts* (*Tratado y antología de textos del derecho clásico de pandectas*), 1790; *Lehrbuch der Digesten* (*Tratado del digesto*), Berlín, 1822 y 1828; advirtiéndose que una parte de esa última obra fue traducida al francés por Jourdain y revisada por Poncelet, París, 1821; estando formada por tres volúmenes publicados bajo el título de *Histoire du droit romain, Beyträge zur civilistische Bücherkentniss der letzten vierzig Jahren* (*Contribuciones al conocimiento de los libros de derecho civil en los últimos cuarenta años*), Berlín, 1828 a 1845. Para concluir esta relación debe agregarse que Hugo fundó y dirigió —a la vez— desde 1814 a 1857 el *Civilistisches Magazin* (*Revista Civilista*), 1791-1837, que estaba integrado por seis volúmenes, en cuya edición figuraron destacados juristas de su tiempo, entre ellos el mismo Savigny.⁵⁰

Hugo posee el mérito de haber sido el primer estudioso del derecho que reaccionó contra el culto inmoderado y ciego del derecho romano. En Francia —especialmente, como lo hemos mencionado, con el estudio de Montesquieu— aprendió a considerar el derecho como fuerza viva y no como elemento muerto. Había que ir a la historia para conocer causas, razones y destinos. Los fundamentos de su teoría los expuso en 1809. El derecho, a su juicio, podía compararse en su origen y en supervivencia a las costumbres. Las leyes nacían y morían como las costumbres. El pueblo las hacía, unas y otras. Ahí con él, el viejo siglo de oro alemán —el XVI— pareció renacer. En tal virtud, se le reconoce no sólo como el precursor, sino, en verdad, como el fundador de la Escuela Histórica y maestro de Savigny.⁵¹

V. FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY

Con el inicio de los estudios de la llamada Escuela Histórica, resultó evidente que la reacción nacionalista surgida en Alemania se hizo sentir en todos los campos del saber. En filosofía nació la concepción del orgullo alemán y de la grandeza de Alemania, que había sido aplastada por Napoleón. Una vez que aparentemente lo vencieron, desarrollaron la teoría de la fuerza nacional, que entraña su superioridad sobre otros pueblos.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 10 y 11. Se reitera nuestra gratitud al profesor Gregorio Robles por su generosa colaboración.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 5-8.

Con la prédica de la vanidad, del orgullo de raza y de su cultura, miraban con desdén lo extranjero. Ahí estaba Lutero. La acción en contra de la Iglesia de Roma repercutió igualmente en su derecho, como en contra del Código Civil de los franceses. Había que empequeñecer lo extranjero y agrandar lo alemán. Creció el nacionalismo y la exaltación de las propias formas tradicionales de la vida de su pueblo. Los estudiosos alemanes intentaban convencer a su pueblo de los méritos que poseía su raza.⁵²

Diez años antes del inicio de la Revolución francesa —21 de febrero de 1779— nace en la ciudad de Frankfort, Friedrich Carl von Savigny, que descendía de una familia que se había mantenido fiel a su vinculación germana, aun cuando el territorio lorenés de su origen había sido transferido a Francia;⁵³ ya que se sabe que su tatarabuelo —que pertenecía a un grupo familiar calvinista de Lorena—, a raíz de las luchas religiosas había sido llevado al Palatinado en 1632, donde se arraigó, y su hijo Karl Ludwig von Savigny abrazó la religión reformista en 1758; habiendo sido consejero secreto del gobierno de Frankfurt. Éste desposó a Henriette Philippine Groos, que también procedía de una familia de refugiados, que se reconocía por su espiritualidad, con rasgos de una moral superior, carácter y aplicación. De dicha unión nació Federico Carlos, que había quedado huérfano, silencioso e introvertido a la edad de once años, sin hermanos, lo que permitió al mejor amigo de su padre, un famoso abogado llamado Constantin von Neurath —que a la vez era consejero de la Cámara Imperial en Wetzlar— llegar a convertirse en otro padre para el chico, ya que personalmente supervisó la educación de su propio hijo, así como la de Federico Carlos, a quien a los quince años de edad dejó inmerso en una terrible carrera que comprendía la ciencia del derecho, el derecho natural, el derecho internacional, el romano, el germano y diversos temas similares. Sin embargo, nuestro personaje orientó sus preferencias hacia el derecho romano, en el que veía la más elevada formulación de la ciencia del derecho.⁵⁴

⁵² Gandia, Enrique de, *op. cit.*, nota 42, pp. 20 y 21.

⁵³ MacDonnel, John and Manson, Edward, *Great Jurists of the World*, with an introduction by Veeder, Van Vechten. With portraits. Rothman Reprints, Inc. South Hackensack, New Jersey. Agustus M. Kelley. Publishers, Nueva York, 1968, p. 561. Véase Laquis, Manuel A., “Savigny”, *Enciclopedia del pensamiento esencial*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 7-12.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 562. Véase también Laquis, Manuel A., “Savigny”, *Enciclopedia del pensamiento esencial*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 7.

En esa época, las materias que tenían que estudiar los alumnos eran impuestas a la inteligencia de los jóvenes mediante el sistema de preguntas y respuestas, que finalmente los inducían para confiar a su memoria un gran número de pensamientos especulativos, de manera que en realidad constituían fórmulas de un extraordinario entrenamiento. Sin embargo, se tienen noticias de que el joven Savigny se rebeló en contra de esa técnica de enseñanza, por encontrar que carecía de realismo y empañaba el terreno del pensamiento, al grado de que el resto de su existencia de trabajo fue —en un sentido— una protesta en contra de la escuela en la que estaba ausente el valor de la historia, que significativamente, y por tal razón, envolvió su primer esfuerzo intelectual.

No obstante lo señalado, las lecciones que le impartía el abogado Neurath debieron haber sido extraordinariamente efectivas para el joven estudiante —como también lo advierte Erik Wolff— ya que le fortalecieron en sus impulsos espirituales y dirigieron su total interés hacia la teoría e historia del derecho, al grado de que en la Pascua de sus diecisiete años pudo ingresar a la Universidad de Marburgo, y asistir a cursos sucesivos sobre las Pandectas, que fueron expuestos por los profesores Albrecht Erxleben y Felipe Federico Weiss. Este último —a quien se consideraba un abogado ausente de gran fama— se manifestó como un eficaz maestro de quien se convirtió en su alumno privado, a quien concedió el acceso a su propia biblioteca, logrando modificar su orientación intelectual —que entonces se encontraba en el ambiente— apoyadas por Wolff, Gustavo Hugo y Naubold, que aun cuando no aceptaba íntegramente sus puntos de vista, se dirigían a considerar que un sentido de la historia o de la evolución era elemento necesario en el estudio del derecho y, desde luego, Savigny bebió con avidez esa nueva doctrina, de manera que al pasar en octubre de 1796 a la Universidad de Göttingen, sus inclinaciones históricas fueron confirmadas por las brillantes conferencias sobre historia universal que eran impartidas por Spittler. Los registros biográficos del personaje que reseñamos señalan que para continuar sus estudios, al año siguiente regresó a Marburgo y que luego —en 1799 y 1800— viajó por toda Alemania visitando varias universidades, incluyendo Leipzig y Jena.⁵⁵

En otro lugar hemos referido que a la edad de veintiún años, el 31 de octubre de 1800, Savigny recibió el grado de doctor en la ya señalada Universidad de Marburgo e inició su carrera como profesor extraordina-

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 561-563.

rio de derecho romano, al concentrar su atención en las explicaciones de las Pandectas de Ulpiano sobre derecho sucesorio, obligaciones, metodología e historia de dicha preceptiva y, tres años después, publicó su famoso *Tratado sobre la posesión en el derecho romano*, en el que se había propuesto mostrar la discordancia de los textos con la de su interpretación tradicional, abriendo con su estilo vigoroso y preciso, nuevos rumbos en la materia, en la que después de examinar las cuarenta y cuatro obras que componían la literatura sobre la posesión —con la ayuda de la historia y de la filología— trató de restablecer el verdadero pensamiento de los juristas romanos, sentando nuevas doctrinas sobre la materia. En su pensamiento tuvo grande influencia la doctrina de Hegel, que reconocía la necesidad de encarar los estudios del derecho desde el punto de vista histórico, lo que permitía lograr un nuevo renacimiento que iba a penetrar profundamente el verdadero espíritu del derecho romano, lo que facilitaba poner de relieve la esencia de sus instituciones.⁵⁶

Los biógrafos de Savigny destacan el crecimiento intelectual que experimentó el joven romanista, al hacerse solidarios del elogioso comentario vertido por Charles Guenoux, quien en París durante 1839, tradujo del alemán al francés su extraordinaria primera gran obra sobre la *Historia del derecho romano en la Edad Media*.

La *Historia del derecho romano* de Hugo había excitado vivamente el interés de Savigny, ya que sus formas —frecuentemente enigmáticas—, antes que satisfacer su curiosidad, la despertaban. El crecimiento de tal labor editorial y su robustecimiento, en las once ediciones sucesivas, duplicaron la obra original sin hacerle desaparecer su propio carácter; pudo observarse que Savigny había profesado siempre un respetuoso reconocimiento a los trabajos de Hugo y, aun cuando no había jamás seguido su curso, puede haber sido el único jurisconsulto moderno que había tenido influencia sobre su desarrollo.⁵⁷

⁵⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001, vol. IV, p. 103 y véase Gorostiaga, Norberto, *op. cit.*, nota 38, pp. 12-15.

⁵⁷ Macdonell, John y Manson, Edward, *op. cit.*, nota 53, p. 563.

VI. DE LA VOCACIÓN DE NUESTRO SIGLO PARA LA LEGISLACIÓN Y LA CIENCIA DEL DERECHO

Al fundarse la Universidad de Berlín en 1810, posee trascendental significación el que uno de los primeros frutos de la gran campaña educacional propiciada en Alemania por el desastre de Jena, el responsable del sistema educativo en Prusia, que era Guillermo von Humboldt, ofreció a Savigny la cátedra de derecho —que evidentemente fue aceptada por motivos patrióticos y desempeñada durante treinta y dos años—, para cuyo desarrollo en cada semestre invernal, el maestro exponía conferencias sobre las Pandectas —excluyendo la parte de sucesiones—, y en el correspondiente al verano explicaba la sistemática de las Institutas. También exponía temas de Ulpiano, Gayo y del derecho germánico. En la misma localidad se convirtió en amigo íntimo del gran Niebuhr, cuya inteligencia y carácter tenía gran afinidad con la suya, concediéndole como homenaje el prefacio que escribió en su extraordinaria *Historia de Roma*. Tiene singular significación para el propósito de nuestra labor, que en 1814 Savigny también realizó un breve trabajo denominado *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, en el cual, de manera brillante, criticaba y se oponía a la propuesta de promulgar en Prusia un Código civil.⁵⁸

Los acontecimientos antes señalados se originaron en 1814 —cuando a la sazón Napoleón se encontraba exiliado en la isla de Elba— y se reunía el Congreso de Viena integrado por Austria, Inglaterra, Prusia y Rusia, en la que los países europeos buscaban su autodeterminación y el revivir su cultura nacional. En ese año, el jurisconsulto alemán, Antonio Federico Justo Thibaut —que era profesor en Heidelberg— en su obra que llevaba por título *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, pedía la redacción de un código civil que fuera similar al francés, pero que eliminara a éste. Sin embargo, no podemos soslayar que en la obra mencionada en el párrafo precedente Savigny era simplemente una voz, en la que se manifestaba la Alemania que había sido hollada por las tropas de Napoleón. Por esa razón, rechazaba vivamente la anterior propuesta, así como el interés de su colega, dando los primeros pasos para el desarrollo de una teoría que generó el surgimiento de la Escuela Histórica —que propiciaría el inicio de nuevas y diversas orientaciones socia-

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 572 y 573.

les de la filosofía del derecho— que provocó el rompimiento de la tradición jurisprudencial que se concentraba en los temas de las reglas del derecho y en sus conceptos, ya que consideraba que toda codificación constituía una obra falsa y arbitraria, en razón de ser elaborada con ideas sistemáticas que desconocen el desenvolvimiento histórico del derecho, así como que impedía a la ciencia marchar con el siglo, inmovilizando el espíritu de los jurisconsultos por la fijación de sus fórmulas, que privaba al derecho del mejoramiento sucesivo que le aportaría una interpretación más libre.⁵⁹

Para nuestro trabajo, tiene importancia destacar que con las anteriores palabras Savigny expresaba la síntesis de sus convicciones. La obra antes referida apareció también en Francia con el título que nosotros ahora reproducimos, en la que debemos precisar por su singular significación, que en la traducción realizada por Adolfo G. Posada se encuentra reemplazado en su título el vocablo *jurisprudencia*, por el de *ciencia del derecho*, debiendo tener presente que en el lenguaje jurídico de esa época se identificaba a dichos conceptos como sinónimos. De ahí que se observe que Savigny ya formulaba indistintamente las expresiones *jurisprudencia*, como *ciencia del derecho* o como *ciencia de la legislación*. Además debe advertirse que la idea resultante de la palabra *legislación* podía perfilarse en dos sentidos: tanto como ciencia y —a la vez— como conjunto de leyes. En el título de la indicada obra de Savigny, se le toma para indicar la ciencia de formar las leyes; que se compone de dos elementos: *a) el filosófico racional del derecho*, que eleva el principio fundamental que le inspira, y *b) el histórico*, que es de gran extensión, porque alcanza también a las costumbres y usos, que constituyen los medios que el pueblo pone en práctica para expresar su voluntad.⁶⁰

En la misma nota previa considerada en el párrafo precedente se considera que en la presentación de la obra referida se manifiesta un Savigny que no se había limitado a ser como lo había advertido Rudolf von Ihering

⁵⁹ *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. del alemán por Adolfo G. Posada, con estudio preliminar sobre *El espíritu del nuevo derecho alemán* por el doctor Enrique de Gandia, Buenos Aires, Heliasta, p. 9 de la nota previa de la misma editora. Véase también Oertmann, Paul, *Introducción al derecho civil*, trad. de la 3a. ed., alemana por Luis Sancho Seral, Barcelona-Buenos Aires, Labor, 1933, pp. 15 y 16.

⁶⁰ Véase nota 1 que aparece en la nota previa de dicha obra, p. 9, rubricada por Heliasta, así como la obra de Laquis, Manuel A., *op. cit.*, nota 54, p. 27.

en su crítica a su trabajo sobre la posesión: un brillante meteoro que cruzara fugaz por el espacio, para dejar solamente una breve pero luminosa estela con su paso, sino debía reconocerse en él a una estrella de luz permanente —como hoy se corrobora en nuestra labor— que continuaría clarificando los estudios jurídicos de manera permanente. La claridad de su exposición —calificada por Marcel Planiol como una cualidad muy significativa— es un índice de su verdadera devoción por el estudio del derecho.

La obra de Savigny que comentamos —que puede considerarse como una avanzada del positivismo jurídico— tuvo gran resonancia en su tiempo y, como consecuencia, resultó traducida al francés, italiano, inglés, español, ruso, etcétera; se puede agregar que el maestro había sabido equilibrar la doctrina con la práctica, ya que además de profesor fue magistrado; ambas funciones constituyeron actividades que le permitieron combinar su imperecedera labor.

En la nota biográfica en la que Rudolf von Ihering califica a Savigny como la encarnación de la historia de la jurisprudencia, destaca que en 1814 tuvo el singular efecto de la liberación del pueblo alemán del yugo exterior del dominio francés, lo cual propició que a la vez se intentara romper el yugo interior que se había manifestado por conducto del derecho romano, entre otros por Thibaut en Heidelberg, lo que fue combatido por Savigny al escribir *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, en la que se oponía a la adopción de una legislación nacional, por apreciar que la falta de madurez de la época en que vivía no permitía a su país la redacción de un Código; además, previó a sus contemporáneos contra las consecuencias de una prematura incorporación de tal codificación. Así, en su alegato y análisis crítico, el propio Savigny encuentra que diseñaba una nueva teoría sobre la naturaleza histórica del derecho, ligada a los factores determinantes de la evolución de sus tiempos, que se oponían a la visión racionalista que entonces se le reconocía, como resultado de la legislación, que sólo respondía a las conveniencias de la época, sin valorizar la significación que poseía el factor vivo de la nacionalidad, con todo lo que ella aporta. En esa visión, Ihering sintetiza que en el criterio de Savigny los derechos no pueden ser creados, sino que se forman y surgen tal como lo hace el lenguaje y las costumbres, de lo más profundo de la vida y del pensamiento del pueblo, sin la intervención de la razón ni del conocimiento, de lo que resulta que

no es la legislación sino el derecho consuetudinario la fuente originaria del derecho y que en él, la idea de la nacionalidad no sólo es simplemente justificada, sino que no puede ser separada del fenómeno histórico del derecho.⁶¹

Por su parte, Warnkoenig —al comentar la misma obra de Savigny— observaba que el aspecto notable que existía en ella era el empleo de una nueva fórmula, para entender cómo surge el derecho y sus leyes, y que la jurisprudencia que fuera su resultado tuviera el aval de los estudiosos del derecho, de manera que no fuera indispensable suprimir en un pueblo aquellas normas que habían surgido de sus tradiciones y costumbres —con expresiones características del espíritu de su propia época— para reemplazarlas por una legislación a la que se calificara como nueva, que resultaría creada de un solo golpe. En razón de esa concepción, expresó su angustia para aceptar que su patria no se encontraba preparada para darse una legislación civil que fuera propia de su dignidad nacional.⁶²

En la fecunda atmósfera intelectual que consideramos en los párrafos precedentes, surge el movimiento doctrinal que llevan a cabo los juristas alemanes que vivieron en el siglo XIX, con una, que se manifestaba dirigida hacia el análisis del método histórico, como reemplazo del imperio del derecho natural, que había predominado hasta las postimerías del siglo XVIII. En esa tentativa, se exigía el estudio de las normas jurídicas surgidas de los acontecimientos sociales acaecidos en el pasado, que permanecían válidos en el presente, y que anticipaban sus vivas consecuencias hacia el futuro, imponiendo —a la vez— su huella en la marcha de la historia. Sin la consideración de esos factores, aceptaban que resultaría estéril el estudio puramente abstracto y lógico que ejecutara el sabio en su gabinete, pues le haría soslayar la visión realista de los acontecimientos que marcaban la marcha de la vida social de los pueblos, la cual se encontraba recopilada en su historia. De ahí que consideraran como indispensable el estudio de la expresión de las instituciones que resultaran anteriores registradas por la maestra de la vida, de manera que permitiendo conocer su desarrollo y valor vigente, se encontrara su verdadera función, dentro de las necesidades sociales prácticas que las generaran.

⁶¹ Ihering, Rudolf von, *op. cit.*, nota 38, p. 98.

⁶² Warnkoenig, Leopoldo Augusto, *La ciencia del derecho en Alemania. Del estado actual (1819) y de la revolución que ella ha experimentado en los últimos 30 años.* Incluido en *op. cit.*, nota anterior, pp. 184 y 185.

Aun cuando Alemania había derrotado a Francia en 1870, reiteremos que la Alemania de Savigny era la que había sido humillada por Napoleón. De ahí que no podemos soslayar que en la obra de Savigny sobre *La vocación para la legislación y jurisprudencia*, en realidad, se planteaba el indispensable debate sobre la significación de la codificación en general, es decir, de la adopción de un cuerpo único de la legislación, que como derecho escrito debe tener entre otras cualidades, precisión, certidumbre y, sobre todo, unidad. Sin embargo, también se afirma que las leyes no son hechas porque simplemente las quiera el legislador, sino porque las impone la necesidad ambiente, los hechos que las preceden y las necesidades sociales que las acompañan.

Quien esto escribe, aprecia que Savigny no podía concebir la vigencia de un régimen jurídico extranjero, ausente de la expresión del pasado del pueblo alemán —obviamente estimulado por el rencor hacia lo francés, a sus juristas, a su Revolución y a su Código Civil— omitió hacer justicia a la magna labor doctrinal realizada por la Escuela de la Exégesis y a los comentaristas de la legislación civil francesa.⁶³

En mi concepto, la importancia del Código de que se trata para fundar una ciencia del derecho, verdaderamente substantiva, es absolutamente inevitable. En realidad, lo que acaecería si tal código llegara a formularse, es fácil de presumir. O nos veríamos completamente privados de literatura jurídica, o, lo que es más probable, tendríamos una tan débil, escasa e insoportable, como la habíamos comenzado a producir bajo el imperio

⁶³ Véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 2, Introducción, vol. I, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 161-163, en la que se advierte que la labor de la Escuela de la Exégesis se constituyó por un selecto grupo de juristas que realizaron una exhaustiva labor de examen del texto del Código Civil de los franceses, cuyo método y doctrina se inició a partir de la promulgación de ese ordenamiento; se prolonga durante el resto del siglo XIX y culmina en 1899, cuando François Gèny realiza su crítica. Entre las grandes caracterizaciones que aportó dicha Escuela al derecho civil fue el culto al texto de la ley y la fe en su propia virtud, como resultado de la codificación; dominando la ciencia del derecho civil durante toda su influencia, iniciada a partir de la memoria sobre “La autoridad de la ley”, leída por Blondeau en 1841 ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas; admitiendo que las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. La interpretación de ella sólo podrá entenderse como exégesis de los textos. Como miembros de esa Escuela de comentaristas figuraron Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville, Chabot d’Allier, Duranton, Demolombe, Laurent, Aubry y Rau, Taulier, Démante, Colmet de Santerre, Troplong, Marcadé, para culminar con Baudry-Lacantinerie, Guillouard, Huc, Labbe, Bufnoir, Saleilles y Beaudant.

del Código francés, alcanzando, por lo demás, todas las desventajas e inconvenientes de una condición debida a una cultura compleja, sin recibir por ello las necesarias compensaciones que le son propias.⁶⁴

En la parte final de la transcripción a la que nos referimos en la nota que antecede y para justificar la reedición de la obra de Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, la empresa editora que en ella se señala agrega oficiosamente su personal punto de vista, con el que afirma la supuesta visible falta de afanes de los profesionales del derecho por conocer otras verdades, así como el sentimiento de conformidad, que por inercia hace que se acepten como postulados indiscutibles las tesis de jurisprudencia. En esa concepción, observa que el sentido práctico del abogado reemplaza al jurisconsulto, y que aquél se convierte en máquina pensante, que no tiene por misión otra que la de resolver el caso concreto, extrayendo de un casillero la noticia exacta, sin investigar el porqué del fenómeno jurídico, sus antecedentes, causas y resultados, empleando una voluntad de arrinconar la teoría, para hacer objetiva la práctica y desestimando la ejecución de una labor personal de investigación, por apreciar que ella exige un esfuerzo mental que no se manifiesta en casi todos los países hispanoamericanos.

En respuesta al oficioso criterio que comentamos, debemos manifestar que nuestra labor positiva constituye un rechazo negativo a la afirmación de la editora antes mencionada, ya que obviamente su interés empresarial se desentiende de la viva responsabilidad que experimenta todo auténtico profesional del derecho, para atender y resolver —en todos y en cada uno de los casos que tiene a su cargo— el valor, importancia y significación que poseen sus convicciones éticas y el sentido crítico que debe desarrollar en cada caso, para la defensa de los intereses que tiene a su cargo.

Al concluir la presentación de la obra que venimos comentando, se incluye en ella el estudio preliminar de Enrique de Gandia, que, para el conocimiento correcto de la escuela histórica, permite comprender mejor la tesis de Savigny, ya que fue él uno de sus fundadores. En esa labor resulta visible que las expresiones del nuevo derecho alemán del siglo XIX se inician en la Edad Media y en la de la Reforma, pues ésta fue una de los múltiples resultados del Renacimiento. Sin embargo, en el estudio referido su autor aprecia que es una vulgaridad repetir que el Renacimiento tie-

⁶⁴ Véase la inserción de ese pasaje en la nota previa de la *op. cit.*, p. 14.

ne sus raíces en la Edad Media y que culmina en Italia con un despertar maravilloso, ya que en la Edad Media todos los siglos tienen un Renacimiento, especialmente los que siguen al año 1000; agrega De Gandia que España vivió intensamente estos renacimientos y advierte que por su parte, el italiano del XV fue un verdadero florecimiento de la cultura italiana —superior al de España y Alemania—, y que la consideración de una Edad Media y Renacimiento entrañan una perfecta continuidad. En la primera se gesta la preparación, y en el segundo se hace presente la manifestación; encontrando la misma continuidad desde el siglo VIII hasta el XIV, en los que resulta objetiva la decisión del hombre frente a las dudas de su escepticismo, confrontadas ante el conocimiento de la realidad —que como tal es verdad— y la imperatividad de su fe.

En ese Renacimiento no sólo existen expresiones de arte, sino también análisis críticos que permiten al hombre distinguir las tinieblas de la tierra y del cielo, que le permiten entender una nueva realidad del conocimiento que le dé una visión realista del universo y el encuentro de un Nuevo Mundo. Con esas razones, la fe del hombre rompe sus limitaciones intelectuales y reflexiona sobre sus valores morales, particularmente sobre las ideas de justicia, de igualdad y de libertad, para lograr el dominio de sí mismo. En el siglo XIII Dante, en su obra sobre la Monarquía concibe la supremacía del Imperio sobre la Iglesia. Esa rebelión expresaba el clima político también en Italia y anticipa el de Alemania. En ese análisis, De Gandia encuentra que la medida es el justo equilibrio que cada ser necesita para su existencia y para sus relaciones con los demás.⁶⁵

En la búsqueda de las razones que generaron un nuevo derecho alemán, De Gandia confirma que durante el siglo XV operó el traslado del poder de la Iglesia al Estado, cambio que no atribuye dicho autor a la Reforma, sino al surgimiento de nuevas concepciones políticas; además, reconoce que España, Francia e Inglaterra fueron las primeras naciones que se adueñaron del poder laico por encima de la Iglesia. Ante ese acontecimiento, el autor observa que el poder tiene como objetivo básico el lograr el dominio y la obediencia de los miembros de la comunidad, y que a esa fuerza se enfrenta el arraigo en el pueblo del valor del binomio libertad y justicia, que constituyen fórmulas reconocidas por el derecho natural, aun cuando sobre su verdadero valor se mantiene una permanente controversia, ya que sus partidarios —llamados liberales— lo afirman; los ab-

⁶⁵ Gandia, Enrique de, “Estudio preliminar” señalado en *op. cit.*, nota 64, que precede.

solutistas lo rechazan. Los primeros se apoyan en el derecho, que debe ser garantía de justicia; los segundos prefieren la enseñanza del poder. Derecho es justicia, poder es opresión. El contrato social es el acuerdo tácito de voluntades pactado por y entre los hombres, como instrumento de armonía que coordina todos los derechos, en el que se rechaza la fuerza y se exalta la moral. Como colofón de tal desarrollo, el mismo autor observa que surgieron juristas con enorme talento, erudición y de un sentido filosófico y artístico de primer orden, que se dieron cuenta de que la libertad no podía separarse en ningún momento de la justicia. En conclusión, justicia y libertad deben ir siempre unidas.⁶⁶

VII. RUDOLF VON IHERING

Correspondió a Adolfo Merkel —al escribir sobre la ilustre vida de Rudolf von Ihering— afirmar que el hombre, al entrar en la vida histórica, determina la sociedad jurídicamente organizada, la cual —a la vez— produce la personalidad ética. De ahí que en su criterio, el mundo del derecho no puede ser concebido sin fundamentos éticos y él no ha sido construido en ninguna parte sin la cooperación de las fuerzas morales. No obstante esa tajante afirmación, el mismo autor —en nota de pie de página— amplía su criterio para agregar que el imperio de la ley no es comprensible sin la fuerza obligatoria de la ley (en sentido ético); presuponiendo como sentimientos e ideas éticas el sentido del deber ser; pero afirmando que el derecho no puede ser la partera de la moralidad, de modo que la propia existencia de ésta dependa de él.⁶⁷

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 18-20.

⁶⁷ Merkel, Adolfo, *op. cit.*, nota 38, p. 154. En la portada del relato de la vida de Ihering se señala que dicho artículo fue publicado en el *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*”, XXXII, año 1893, pp. 6 y ss.; resultando oportuno agregar que en diversa nota de pie de página de la misma obra, que identifica dicho autor con el número 3, p. 144, menciona que las concepciones jurídico-filosóficas de esta publicación han sido desarrolladas por él mismo en diversos trabajos, publicados ya en parte; pero que aun cuando Ihering con toda seguridad las conocía, no tuvieron la menor influencia sobre sus ideas, ya que el maestro alemán se imponía y seguía siempre en sus trabajos su propia ruta, bajo su pabellón llevaba así, siempre solo, su propia mercancía, lo que le agradaría poder decir también de otros.

VIII. MANUEL KANT

No podemos soslayar en esta labor ni debe escapar a nuestra consideración que Manuel Kant advertía que la conducta moral del hombre se comprende por principios a priori, como las nociones de deber, de libertad, de dignidad humana, y que en la teoría del conocimiento el concepto de verdad es el módulo de valor de todos los principios del saber, y que en la ética, el imperativo categórico de la ley moral es lo bueno. De ahí que para la solución de los problemas éticos concurren dos caminos: el de la vía analítica, que parte del hecho de la conciencia moral popular, para elevarse a principios de validez universal que dan la pauta de toda valoración, que constituye la fórmula seguida por la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, y en ella se presenta metódicamente su filosofía del derecho, que tiende a armonizar la convivencia humana y asegurar la libertad de cada persona. Para dicho autor, la justicia es el lazo de unión entre lo externo (la *lex iuridica*), que garantiza la dignidad humana, y lo interno (*honestas iuridica*) de la conducta. La otra ruta es sintética, y la emplea en la *Crítica de la razón pura*, al partir de los principios morales puros, para averiguar cómo operan en la experiencia; culmina su pensamiento con la *Crítica de la razón práctica*, en la que establece una relación metódica de la filosofía moral. En la conclusión de esta obra, el mismo autor proclama:

Dos cosas llenan el ámbito de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes, cuanto con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí. Ambas cosas no he de buscarlas y como conjeturarlas, cual si estuvieran envueltas en oscuridades, en lo trascendente de mi horizonte; ante mí las veo y las enlazo inmediatamente con la conciencia de mi existencia...⁶⁸

Hacia las postrimerías del siglo XVIII, en el análisis del método trascendental, Kant se ocupa de hallar los principios conforme a los cuales se realiza el conocimiento, ya la moral, ya la experiencia artística y desarrolla la teoría filosófica del hombre en su *Antropología* desde el punto de vista pragmático, en la que lo identifica como creador y responsable de su propia existencia. Resume el saber del hombre en cuatro preguntas:

⁶⁸ Kant, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*, estudio introductorio y análisis de las obras por Francisco Larrovo, México, Porrúa, 1990, pp. XIX, 4, 18, 52, 55, 56 y 201.

1) ¿Qué puede saber? 2) ¿Qué debe hacer? 3) ¿Qué puede esperar? 4) ¿Qué es el hombre? Sus respectivas respuestas encuentran la siguiente localización: la metafísica, la moral, la religión y la antropología; agregan estas palabras decisivas: pero en el fondo se podría poner todo esto en la cuenta de la antropología, porque las tres primeras cuestiones se refieren a la última. (Este cuestionamiento aparece ya formulado en la *Crítica de la razón pura*, II, teoría trascendental de los métodos).⁶⁹

IX. REACCIÓN DE LA ESCUELA HISTÓRICA

Ahora bien, como lo hemos señalado anteriormente, debemos tener en cuenta que al transcurrir los años de 1805-1806, Francia había dividido y fraccionado Alemania en una combinación de nuevos Estados a los que impuso su Código. Los colaboracionistas en aquel entonces atacaron primero a Hugo y después a Savigny, ya que, como lo hemos mencionado, Hugo sostenía la realidad del derecho positivo, y su alumno, Savigny, había abrazado las ideas de su maestro, y apoyaba el análisis realista de la verdadera contribución de lo que había sido el contenido normativo del derecho romano. Cuando cayó Napoleón, en 1814, Savigny desempeñaba el cargo de tutor legal del príncipe heredero de la Corona de Prusia, y, en ese momento, el jurisconsulto alemán, Thibaut, publicó su obra, en la que proponía la redacción de un código para Alemania que fuera similar al francés. De ahí que el rechazo de dicha pretensión no se hizo esperar en la reacción energética y combativa de Savigny, que, como lo hemos advertido, calificaba toda codificación como una obra falsa y arbitraria; además, porque era llevada a cabo con ideas sistemáticas y desconocía el desenvolvimiento histórico del derecho, ya que —según él— la codificación impide a la ciencia marchar con el siglo, pues inmoviliza el espíritu de los jurisconsultos por la fijación de sus fórmulas y priva al derecho del mejoramiento sucesivo que le aporta una interpretación más libre.

En esas expresiones Savigny resumía la postura intelectual que mantuvo en el mismo 1814, como inicio de la lucha doctrinal de la Escuela Histórica en su reiterada obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, que se publicara en Berlín, con el título: *Von Beruf unseres Seit für Gesetzgebund und Rechtswissenschaft*, apare-

⁶⁹ Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, estudio introductorio y análisis de la obra por Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1987, pp. XIX-XXIII.

cida un año después en el prefacio del *Diario de Jurisprudencia Histórica*, que se editaba en la misma capital alemana. Igualmente en Francia se publicó con el título *Sur la vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence*. Debe observarse que en la traducción al castellano, realizada por el profesor Adolfo G. Posada, aparece la expresión natural de la francesa, pero reemplazando el vocablo *jurisprudencia*, por el de *ciencia del derecho*, al apreciar que aun cuando es más clásico el primero, resulta más comprensivo el segundo.⁷⁰ De lo anterior resultaba evidente que en la posición de Savigny se advertía que había llegado el momento de sacudir el derecho que imperaba en Alemania, y ésa fue la razón que lo impulsó para escribir la obra que ahora nuevamente concentra nuestra atención.

En la obra antes mencionada, Savigny insistía en que no era el momento de preparar el Código Civil alemán. El tiempo confirmó su criterio, ya que el ordenamiento alemán fue sancionado apenas en 1896 y puesto en vigor en 1900. En un empeño de tal dimensión, surgieron tres corrientes intelectuales diversas: la patrocinada por Thibaut, que pretendía la elaboración de un código civil para toda Alemania; otra orientada por el criterio de adoptar un código para cada uno de los Estados que integraban su nación, y la de Savigny, que, en razón del tiempo, rechazaba que sin estudio ni preparación se hiciera un código general para toda su nación. En ese afán, el autor pugnaba por localizar en la tradición romano-germánica el verdadero derecho y no improvisarlo en un instante. Apreciaba que dichas características estaban ausentes en el Código francés, y advertía que dicho ordenamiento se encontraba saturado tanto de errores históricos como de interpretación.

Resulta conveniente reiterar que la Escuela Histórica que había iniciado sus designios con Hugo sostenía, a la vez, la defensa de la legislación positiva en contra de la ciencia del derecho. En esa perspectiva, el derecho se encontraba íntimamente ligado al nacionalismo, que permitía a cada nación expresar su derecho como lo hace con sus costumbres, que surgen de la conciencia jurídica popular, y se manifiesta por su espíritu y alma propia, ya que en realidad no reconocía al derecho como resultado de una creación legislativa, sino de la acción de todo pueblo. En síntesis, esgrimía el criterio de que el derecho no es resultado de las leyes, sino de la fuerza y del derecho consuetudinario. Dentro de esa misma proyec-

⁷⁰ Véase la p. 9 de la nota previa mencionada en la *op. cit.*, notas 59 y 64.

ción, la repetida Escuela Histórica proclamaba que los principios romanos se habían modificado y enriquecido con el tiempo. Para lograr ponderarlo, era indispensable distinguir y apreciar las modificaciones y los agregados hechos por el pueblo en tantos siglos. Finalmente, había que comprobar en el derecho romano aquellos principios que habían caído en completo desuso para olvidarlos y no seguir obedeciéndolos. Las efemérides de aquel tiempo relatan que la teoría historicista —como una concepción romántica— fue acogida con beneplácito en los círculos gubernamentales, y con temor en el pueblo que presagiaba el advenimiento de una revolución inmoral.⁷¹

En la Introducción a la obra de Savigny que se comenta, se tenía presente la reacción espiritual que se había manifestado en la nación alemana en contra de su opresión, y que era precisamente en el derecho civil donde más se notaba la necesidad de ajustarse a los imperativos de ese momento, para responder a lo que era la vocación jurídica de ese siglo, para el rechazo del Código francés, que se propagaba a modo de gangrena corruptora que convocaba a dos especies de contendidas: una batalladora y fuerte; la otra, reposada y suave. Savigny era partidario de la primera, en razón de que permitía sostener una controversia tranquila que permitiera un conocimiento mejor de la materia. Sin embargo, consideraba que las perfecciones de los códigos permitirían una mejor administración de justicia, ya que el magistrado —apartado de su propia responsabilidad— debía limitarse a ejecutar una aplicación literal de la ley existente en ordenamientos que se encontraran ausentes de cualquier aportación histórica.⁷²

A la vez, Savigny advertía que la proliferación de proyectos codificadores se encontraba vinculada a la concepción de una opinión general que prevalecía entre los juristas alemanes sobre el origen del derecho positivo, en la que se manifestaba que todo derecho no era más que la expresión de la ley, que es una norma surgida del poder del Estado. Esa circunstancia ha constreñido a la ciencia del derecho a concentrar su atención en tales actos, que por su naturaleza son expresiones accidentales y variables que propician que la ley de hoy sea distinta de la de ayer. En la confrontación de tan diversas funciones, el derecho natural o racional, era considerado como una legislación ideal y satisfactoria, que de manera permanente había servido de puente de concordia entre los juicios discordantes

⁷¹ Gandia, Enrique de, *op. cit.*, nota 59, p. 23.

⁷² Savigny, Federico von, *op. cit.*, nota 59, pp. 37-40.

antes considerados. De ello, Savigny concluía que si el discernimiento acerca del origen del derecho positivo era fundado o no, sería lo que despejaría en los criterios adicionales que expondría.⁷³

Para satisfacer el objetivo antes señalado, Savigny advierte que cuestionará a la historia la explicación del cómo se ha manifestado el derecho entre las comunidades primitivas, para verificar si en su desarrollo ha aportado algo de fundamental y práctico, o, por el contrario, ha resultado reproitable. Al poner en práctica ese método, advierte que, en aquellos pueblos en los que el derecho civil se ha externado de una manera precisa y expresiva de su manera de ser, sus manifestaciones son similares a aquellas de su lenguaje, tradiciones y organización política, que constituyen potencias y dinamismos característicos que se encuentran vinculados de manera permanente a las convicciones de ese pueblo, todo lo cual le permite considerar que sean fórmulas que no resultan de acontecimientos eventuales o caprichosos, ya que en realidad revelan expresiones características de una cronología en la que en lo recóndito de sus convicciones el derecho se genera, de la misma manera de la que surge su propio lenguaje.⁷⁴

En la hipótesis de la indicada época primaria de los pueblos, Savigny encuentra pobreza en sus ideas, que se recogen apenas en expresiones simbólicas —a las que otorga la función de ser una gramática inicial del derecho— que fueron arraigando en la fe popular, formulaan una alegoría jocosa resultante de aquellos viajeros que al visitar Francia se admiraban de que los niños aprendieran fácilmente a hablar el francés, lo que confirma su criterio sobre la dependencia del derecho de las costumbres y el carácter de cada pueblo, que permanece en él de la misma manera que lo logra el lenguaje. En consecuencia, es evidente que el derecho se desarrolla con el pueblo y se extingue cuando el pueblo se ha desvanecido. Por el contrario, cuando la población se acrecienta, sus diversas actividades propician una permanente separación; fraccionándose en ramas y sectores diversos. Así, el derecho —apoyado en las costumbres— se perfecciona lo mismo que el lenguaje, y aquello que radicaba en la conciencia popular ahora se traslada como ciencia al conocimiento de expertos juristas. En él aparecen sus elementos políticos y técnicos. En consecuencia, y separando sus diversos periodos, la normatividad resultante será en la misma comunidad un derecho natural, o

⁷³ *Ibidem*, pp. 40-42.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 42-44.

bien un derecho científico, dependiendo su vigencia del predominio de sus elementos, que no pueden quedar permanentemente separados. La síntesis del criterio que se enuncia la encuentra Savigny en que todo derecho surge de usos y costumbres que se identifican como un derecho consuetudinario, lo que entraña que primero aparezca como costumbre y convicción popular producto de su fuerza interior, y, posteriormente, como *jurisprudencia*. Para culminar su exposición, el autor advierte que así como el derecho se diversifica en ramas y los Estados se unifican o separan, de la misma manera puede existir un derecho que va a ser común para varios Estados independientes, y aun variado y distinto de un mismo Estado.⁷⁵

Si el estudio que realiza Savigny surge de la proclamación de Thibaut sobre la necesidad de un código civil alemán, veamos lo que nuestro autor en consulta expresa cuando se trata de adoptar un código general que resulte un libro que se convertirá en la fuente única del derecho, que requerirá comprender dos elementos: primero el derecho ya existente, y el segundo la aportación de leyes nuevas, lo que resultará accidental, por lo que prefiere soslayar este aspecto, ya que podrían no ser necesarias para su formación y además, porque lo que pudiera considerarse por un país como nuevo, resultaría viejo en otro. De ahí que prefiere considerar al código como el conjunto de todo el derecho existente, con la sanción exclusiva del gobierno, y reconoce que a una ley de esa dimensión le corresponde alcanzar el más alto grado de certeza y definir los límites exteriores de su aplicación, ya que estará destinado a convertirse en la única fuente del derecho, por lo que requiere proveer la solución de cualquier caso que se genere entre particulares, y para ello recurre a un ejemplo resultante de la geometría, en la que en todo triángulo existen elementos de los que resultan todos los demás. De análoga manera, en el derecho existen también puntos de los que derivan los restantes; pero esto deberá ser resultado de una labor científica, lo que no es accesible en un siglo al que falta la conciencia de su vocación, que fija los principios del derecho con la autoridad de la legislación, ya que el desarrollo posterior a los primeros tiempos en los que se constata la espontaneidad de las intuiciones del derecho, se requiere el lenguaje y el arte lógico; pero también reconoce la posibilidad de una época media o intermedia, en la cual los elementos sociales y el

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 46-49.

derecho alcanzan su organización. En una época semejante, no se siente por sí misma la necesidad de un código.⁷⁶

X. EL VALOR DEL DERECHO ROMANO

Al referirse al valor del derecho romano, Savigny se ocupaba entonces de descubrir lo que había en él de más característico, y considera que la legislación de Justiniano es índice de un periodo de decadencia. Por el contrario, estima que dado que el derecho no cobra vida por sí mismo, sino que la adquiere en la del hombre, reconoce al siglo III de la era cristiana, que es el de Papiniano, Paulo y de Ulpiano, como aquel en el que se debe detener la mirada, para obtener la imagen de esos jurisprudentes, ya que los principios fundamentales que ellos labraron —amén de su excelente lenguaje técnico y método— son los que proporcionan la grandeza de los jurisconsultos romanos, ya que cuando tienen que considerar un caso de derecho parten de la viva intuición de éste, y como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación, y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental se ve a un mismo tiempo un caso de aplicación al modo como en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular, y viceversa.⁷⁷

Savigny elogia la adopción del método antes señalado, ya que considera que en él radica el particular mérito de los jurisconsultos romanos antes mencionados; agrega que era obvio que su arte se había perfeccionado con el conocimiento científico y su exposición, sin aislarse de la prueba y de la vida, que eran características de los tiempos iniciales; no soslaya que lo que había hecho grande a Roma era su espíritu político, que a la vez operaba sobre el gobierno y el derecho civil, de manera que les permitió mantenerlo vivo siempre. Sin embargo, al reconocer que los tres grandes maestros antes invocados fueron prefectos del pretorio, concluye que no les hubiera faltado autoridad para dar vida a un código.⁷⁸ Sin embargo,

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 62-64.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 62-67.

Savigny hace notar que durante el siglo IV, cuando consideraba la notoria decadencia en la que se extinguía toda vida informadora del derecho, se buscaron por todas partes fórmulas que pudieran reemplazar el esplendor del periodo clásico, dando con ello lugar a la aparición de los códigos que fueron: el Edicto de Teodorico (en el 500); el Breviario de los visigodos (506); el Código de los Borgoñones, llamado Papiano (poco después del año 500), y por último, los libros de Justiniano, en los que se puede reconocer el espíritu de aquel derecho.⁷⁹

XI. EL DERECHO CIVIL EN ALEMANIA Y EN FRANCIA

Dentro de la proyección de la labor inicial de Savigny se ocupa de realizar el examen del derecho civil en Alemania; al efecto reconoce que sus fuentes principales eran los libros de Justiniano, aun cuando advertía que hacía tiempo se había comenzado a levantar la voz en contra de dicho cuerpo de leyes, al que calificaba como elemento exótico que se oponía y destruía a su propia nacionalidad, e impedía el surgimiento de un derecho alemán que pudiera robustecerse y fortalecerse, aun cuando reconocía también que sin la intervención del derecho romano hubiera sido imposible el perfeccionamiento del derecho alemán; además considera como factores favorables al mismo, que Roma, desde el principio y hacia la caída del imperio de Occidente, continuó siendo siempre el centro mismo del Estado, y que las modificaciones introducidas en su Constitución política tanto por Augusto como por Constantino, carecieron de verdadera influencia sobre el derecho civil, manteniendo los principios básicos de su derecho público. En cambio, los pueblos germánicos no se asentaban; cambiaban constantemente de lugar, y cuando en Alemania tuvo lugar el feudalismo, su estructura modificó todo lo anterior, logrando suprimir lo que había sido manifestación de su antigua nación. Sin embargo, reconoce que correspondió al francés Montesquieu señalar el abuso del inmenso poder que tenía en Europa la idea de reducir todas las cosas a una fórmula de uniformidad, a la que no era extraña, sino consecuente, la del derecho.⁸⁰

En el análisis de la vocación alemana para la legislación, Savigny advierte que, desgraciadamente, el siglo XVIII ha carecido de grandes juris-

⁷⁹ *Ibidem*, p. 67.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 69-75.

consultos, que requerían poseer una notable capacidad para el análisis de los hechos históricos, de manera que pudiera permitirles recaudar aquello que fuera peculiar de sus momentos y en las expresiones de su derecho; amén de una adecuada aptitud y capacidad que les permitiera poseer la visión sistemática del conjunto normativo, dado que eran más orientados a las investigaciones filosóficas. De ahí que al manifestar su escepticismo para lograr la formación de un buen código, destacaba el contraste notable que se producía al recordar que lo que era notable en el derecho romano, indudablemente era el método de los antiguos jurisconsultos y el espíritu que infundieron a las Pandectas.⁸¹

Una vez que Savigny examina la vocación para la legislación civil en su país, se ocupa de los entonces tres códigos modernos: el de los franceses, la compilación prusiana y el Código austriaco; de ahí que en extensas líneas, Savigny inicia su análisis del Código de Napoleón, al que califica como el más conocido (de los tres), y sobre el que existe una abundancia de trabajos que le pueden servir de guía para lograr sus propósitos. Lo primero que advierte en su examen es que por encima de su aspecto técnico predomina el influjo del elemento político legislativo. Por ello, observa que ha introducido mayores innovaciones, lo que le ha llevado a mayores novedades que aquellas recogidas en los códigos alemanes. A la vez, observa que la Revolución francesa había logrado anular las antiguas instituciones, así como gran parte del derecho civil, y que Bonaparte lo había logrado por el despotismo militar que había impuesto, conservando solamente de la Revolución aquella parte que convenía a sus intereses, pero dirigiendo su verdadera atención a la técnica de dicha legislación, en la que apreciaba que la teoría general de los derechos reales y de las obligaciones no podía ser comprendida sin una adecuada preparación científica, como señala que ocurrió cuando discutían el tema de la rescisión de la venta, que calcula fue cuatro veces más larga que la que emplearon en los dos capítulos primeros en materia de contratos. En el resultado de la labor codificadora advierte una mezcla del derecho romano y las costumbres del sistema francés; además, centra su atención en la labor de los cuatro compiladores que habían diseñado el proyecto, para que partiendo del examen de su personalidad se orientara a determinar las condiciones en que en su momento se encontraba la ciencia del derecho en Francia.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 77-84.

En cumplimiento de su propósito, Savigny considera que aun cuando se encontraba solo, Pothier era el jurista francés prestigiado, a quien llama el luminar de los modernos estudiosos del derecho de su país, y reconoce que sus escritos habían tenido influencia inmediata en el Código Civil de los franceses, dado que su presencia se hizo notar desde luego en su redacción. Sin embargo, en tono de lamento agrega que una literatura jurídica en la cual se está solo y se le reconoce y estudia como si fuera un texto, tal maestro debe inspirar compasión.⁸²

Por cuanto a Bigot du Preameneu, de él sólo destaca sus ideas superficiales, aun cuando anteriormente —en tono sarcástico— había invocado una declaración de quien calificaba como un cierto eximio orador francés, misma que aparece incluida dentro de los Motivos de la ley de 3 de diciembre de 1807 para el Código de Napoleón, en la que se hacía la calificación de dicho ordenamiento como la expresión de los sentimientos que Dios mismo ha puesto en el corazón de los hombres.⁸³

Respecto de Portalis —de quien otros advertían era el filósofo de la comisión—, estimaba bastante examinar su participación en la discusión entre los miembros del Consejo del que formaba parte, al discutir el texto del proyecto de artículo 50., relativo a la naturaleza del derecho público, en el que se reiteraba la regla del derecho romano: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (Los pactos de los particulares no pueden modificar al derecho público). En la actualidad dicho principio mantiene su vigencia en el artículo 60. del Código Civil de los franceses, que dispone: “No se pueden derogar, por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

Según Savigny, la respuesta vertida por Portalis indicaba que la expresión que estaban considerando generalmente se interpretaba en ambos sentidos, pero que por el momento, lo que se trataba de saber era lo que se entendía por el derecho romano.

Pues aquí, como es concebido el *summarium* de la ley 31 en el Digesto de los pactis. *Contra tenorem legis privatum utilitatem continentis pacisci licet.* (En los pactos es lícito que para utilidad de los particulares las circunstancias puedan pactarse contra el tenor de la ley). Así el derecho público es aquel que interesa más directamente a la sociedad que a los particulares.

⁸² *Ibidem*, pp. 85-90.

⁸³ *Ibidem*, pp. 62, 68 y 90.

Al comentar la exposición de Portalis, contenida en el párrafo precedente, Savigny asevera que no afirma que en esa expresión sobre el *jus publicum* se entienda de manera superficial y erróneo, pero sí insiste en saber la implicación que poseía aquella regla y cómo la entendían los romanos, pues si efectivamente era algo lo que implicaba, entonces, preguntaba: ¿cómo es posible aclarar el lenguaje de los romanos con una cita de Bártole (ya que de éste es el *summarium*) y hacer de ese modo de Bártole y de los jurisconsultos romanos una misma cosa? Culmina su reflexión aseverando: esto se dice verdaderamente *tam quam vinculis sermoncinari!* (¡tanto como también el hablar vincula!).

Con respecto a Maleville, Savigny observa que en su libro se aprecia como un hombre honorable e inteligente; pero ello contrasta con las huellas de su escasa erudición jurídica, cuanto que en la Comisión estaba entre los representantes del derecho romano, teniendo relieve ejemplificativo el que realiza un resumen histórico de la usucapión y de la *res mancipi*, que es única en su clase; considera que las reglas primarias de la prescripción adquisitiva eran breves, mientras los romanos poseían pequeños territorios, aun cuando conquistaron tierras en provincias distantes de la capital, se requerían diez años (la *longi temporis praescriptio*); y que tanto los fundos itálicos como todas las cosas muebles se llamaban *res mancipi*. De ahí argumenta Savigny sobre la falta de precisión de Maleville, ya que la propiedad de los muebles operaba por la simple tradición, pero que la usucapión no se limitaba a ellas, sino también sobre las *res nec mancipi*. A la vez, Savigny agrega que en otro lugar se trata de la usucapión justiniana, que distingue entre el ladrón y el tercero, que compra al ladrón. Éste necesita de tres años para que opere; aquél está sujeto a la de treinta años, en razón de tratarse de una *res furtiva*.⁸⁴

Después de las comparaciones que anteceden, Savigny continúa ahora la referencia conjunta de Portalis y Maleville, a propósito del divorcio romano, sobre el cual consideraba que ellos sostenían una opinión errónea, pero además, imposible. En vía de ejemplo, ellos consideraban que el matrimonio entre los romanos no podía ser disuelto por voluntad de uno solo de los cónyuges, sino que era indispensable la concurrencia del mutuo consentimiento, lo que daba por resultado que todo lo aseverado por Justiniano en esa materia carecía de sentido, y el divorcio consecuencia de una convención entre ellos era una simple consecuencia de la falsa idea

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

de que al matrimonio se le consideraba dentro de la misma línea que a todos los demás contratos.

No obstante las serias calificaciones vertidas por Savigny, en importante nota de pie de página contenida en la obra que se examina, intercala una honesta retractación:

Debo reconocer que aunque estos hechos son verdad, sin embargo, el juicio es parcial e injusto, por haber pasado en silencio una parte muy recomendable de la literatura jurídica de los franceses: la práctica. Aprovecho gustoso esta ocasión para declarar tal injusticia, nacida de la irritación, entonces natural, contra Francia, y de mi imperfecto conocimiento de su literatura. Para otros fines en estos últimos tiempos descuidose en Francia la parte científica del derecho y las ciencias afines; desde hace poco tan sólo, varios jóvenes dieron prueba de su admirable entusiasmo; la práctica alcanza en Francia un alto grado de perfección; este ramo merece una gran consideración, y todos podemos sacar no pequeño provecho de ella; las obras de Merlin, el *Repertorio* y las *Cuestiones*, son modelos de recopilaciones, hechos con discernimiento y orden, no habiendo en la literatura práctica alemana nada que se les parezca. La explicación de esta práctica excelente de los franceses, con defectos propios, debe encontrarse en su desenvolvimiento nacional y en la índole de su civilización, que procuran un gran lugar social a los buenos ingenios jurídicos, mientras entre nosotros los magistrados y abogados quedan siempre en una situación inferior, secundaria. No atribuyo, pues al Código las excelencias de la práctica francesa; creo que ésta existe a pesar del Código. Por esto no modiflico mi juicio acerca de él y de su escuela de Derecho, juicio ya hoy confirmado por muchos distinguidos y doctos franceses.⁸⁵

Una vez que Savigny consideraba haber explorado el terreno en el cual se había preparado el Código francés, se ocupa de constatar los frutos que el mismo había producido; al efecto, considera que la manera de abarcar la materia no encontraba en el proyecto la ponderación adecuada, lo que atribuía a tres factores: elección de los asuntos y de las disposiciones que a cada uno de ellos convenga, que hubiera resultado sencillo para juristas preparados en la práctica; pero ello se ejecutó tan mal, que cuando se trataba de aplicar el Código, constantemente se advertían lagunas básicas, así como la relación con lo que debía funcionar como suplemento al Código cuando éste resultara insuficiente, con-

⁸⁵ *Ibidem*, p. 93.

cediéndole mayor importancia a la elección de preceptos positivos sobre los temas ya considerados, y la localización de la norma que regularía los detalles venideros. En ello estriban los principios fundamentales que le otorgan seguridad y eficacia a la labor de los juristas; pero es en lo que los franceses fallaron, como lo observa en la teoría romana de la propiedad, que advierte se funda en dos obligaciones (las cuales no precisa el autor) que no se encuentran definidas en el Código francés ni se localizan en el lugar adecuado.

Al seguir con su análisis crítico, Savigny concentraba su visión en la materia de la nulidad de los actos jurídicos, con su aplicación a los contratos, a las fórmulas del estado civil y a la unión conyugal. En cuanto al régimen de los contratos, el autor localizaba en el derecho romano la diferencia entre la nulidad *ipso jure* y la *per exceptionem*, que en su origen estaban señaladas con propia exactitud, destacando que en el derecho francés se establece una antítesis entre la convención nula de derecho y la rescisión, como lo señala el artículo 1117 del Código, que en su texto vigente dispone: “La convención concertada por error, violencia o dolo no es nula de pleno derecho; da solamente lugar a una acción de nulidad o de rescisión, en los casos y de la manera que se explican en la sección VII del capítulo V del presente título”.⁸⁶

De la redacción que se transcribe, el analista apreciaba que en dicho precepto la nulidad quedaba indeterminada, en razón de que dicho dispositivo remitía al tiempo de la prescripción, en los términos de su artículo 1304, en el que se dispone: “En todos los casos en que la acción de nulidad o de rescisión de una convención no esté limitada a un menor tiempo por una ley particular, esta acción dura diez años...”.

La lectura del texto transscrito permitía a Savigny entrar al terreno de las suposiciones, dado que también en la antigüedad romana podían ocurrir muchas hipótesis en cuanto a las acciones, por lo que hubiera considerado razonable establecer con precisión una cronología específica con su propio sistema.⁸⁷

De la misma manera, Savigny encuentra una multitud de formalidades notoriamente arbitrarias en la materia de los actos del estado civil, puesto que Cambacères opinaba que la falta de observancia de las formas gene-

⁸⁶ El texto transscrito corresponde a la traducción que aparece en Henri, León y Maizeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, parte cuarta, vol. IV, p. 477.

⁸⁷ Savigny, Federico von, *op. cit.*, nota 59, p. 95.

raría la nulidad, y ello suprimiría al acto toda su fuerza probatoria; mientras que Tronchet estimaba lo contrario, al proponer que no era indispensable atender a las formas en los actos de nacimiento y de muerte, ya que solamente la falsedad podía destruirlos. De ahí que se estimaba evidente la nulidad por la falta de formalidades en el matrimonio; aun cuando Simeón argumentaba que la no observancia de las formas carecía de eficacia para debilitar la prueba, y, dentro del anterior argumento, Savigny apreciaba que en el supuesto de poder considerar acertada la anterior opinión, resultaría que las formas no corresponderían al Código, sino a la estructura de los documentos, como responsabilidad de los funcionarios encargados de los actos del estado civil; pero precisamente el Código resulta contrario a tal posibilidad, y, para fortalecer su argumentación, se remite a la doctrina de la nulidad del matrimonio, que en el derecho romano se encontraba trazada de manera sencilla y recta, pues si faltaba una condición para la validez de la unión, entonces se declaraba *non est matrimonium*, y, en razón de tal inexistencia, cualquiera podía reclamarla en todo tiempo, sin que fuese menester ejercer una acción específica de nulidad —que tampoco era imaginable—, por lo que resultaba inoperante establecer un término de prescripción.⁸⁸

Al insistir sobre el mismo tema, Savigny se pregunta: ¿cuál es la doctrina que recoge el Código en la materia de nulidad? La respuesta observa que admite dos especies de ella: la absoluta y la relativa; recurriendo a los criterios de Portalis, que acepta la nulidad en su sentido romano (*non est matrimonium*), tal como también lo apreciaba Maleville; pero como fórmula distinta de la rescisión de derecho, lo que le llevaba a considerar tres fórmulas: 1) el *non est matrimonium*; 2) la nulidad absoluta del Código, y 3) la nulidad relativa. En conclusión, advierte Savigny: el destino de una familia queda abandonado al ciego arbitrio de un tribunal, cuyas decisiones serán indestructibles.⁸⁹

Para concluir el análisis que venía formulando, Savigny consideraba indispensable referirse a lo que estimaba debía proponerse como *subsidiarium* para los vacíos que presentaba el Código (nosotros les llamamos recursos), que dice son un conjunto indeterminado de elementos distintos, cada uno de los cuales tiene un propio valor, los que son: 1) la equidad natural como ley natural; 2) el derecho romano; 3) las antiguas costum-

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 97-99.

bres; 4) los usos complejos, decisiones, jurisprudencia; 5) el derecho común, y 6) principios generales, máximas, doctrina y ciencia.

En esta misma materia, Savigny observa que la referencia de los elementos antes señalados, sin llegar a especificar la relación que existe entre ellos —salvo cuando se advierte que en caso de ser insuficientes el uso y la doctrina— valdrá como supletorio el derecho natural, y argumenta que los juristas alemanes tienen lo que él concibe como una vaga idea bajo el nombre de *analogía y de argumentum legis*, destacando que en el Código francés no existe unidad orgánica ni material, ya que al referirse al derecho natural lo conciben como elemento propio para la formación de las leyes, y, por cuanto al derecho preexistente, lo encuentra natural y completamente derogado, pues, por su competencia, el Tribunal de Casación moderará la práctica y mantendrá la uniformidad de la *jurisprudencia*, ya que debe limitarse a casar (anular) cuando se apliquen reglas contrarias a las prescripciones del Código o cualquier ley nueva; pero cae fuera de la competencia de dicho Tribunal todo lo relativo a sentencias que sean opuestas a la ley natural o al derecho romano, o a las costumbres, o a la jurisprudencia. Por las razones antes consideradas, Savigny declara que, en cuanto a la teoría científica, existen serios motivos para temer un estado de gran incertidumbre jurídica, aun cuando reconoce que en Francia se ha dejado escuchar la opinión del tribunal de Montpellier, sobre la futura jurisprudencia.

¿Pero cuál jurisprudencia? No teniendo ninguna otra regla más que la arbitrariedad sobre la inmensidad de objetos por coordinar al sistema de la legislación nueva; por aquella unidad o por cuál acuerdo podría esperarse de parte de una semejante jurisprudencia, obra de tantos jueces y de tantos tribunales de quienes la opinión, alterada por los sacudimientos revolucionarios, sería otra vez tan diversamente modificada; Cuál sería finalmente el regulador de esta jurisprudencia fuera de razón, que debería necesariamente de componerse de juicios no sujetos a casación, ya que ellos no se asentarán en la base señalada por las leyes, sino sobre principios inciertos de equidad; sobre usos vagos, sobre ideas lógicas y, para decirlo en una sola palabra, sobre la arbitrariedad! En un sistema incompleto de legislación, por tanto, se encontraría unida como suplemento, una jurisprudencia defectuosa.⁹⁰

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 100-105. La transcripción que antecede aparece en francés en la obra citada, misma que el autor de este trabajo la ha traducido al castellano.

A lo anterior, el mismo tribunal de Montpellier agrega que, para impedir el mal que señala, considera la existencia de dos caminos que podrían seguirse: 1) aceptar al Código como institución a la que se agregará una labor de mayor dimensión, que llegara a poseer la misma finalidad que tuvieron las Pandectas y el Código de Justiniano; o bien, lo que el propio Tribunal prefiere: 2) dejar vigentes —como regla general— hasta entonces los diferentes derechos dominantes, e introducir en determinados puntos una nueva preceptiva, lo que en realidad sería tanto como no elaborar un verdadero Código.⁹¹

Al finalizar el examen que realiza Savigny sobre el Código francés, procede a ocuparse de la Compilación prusiana (*Landrecht*), echando para ello mano a las publicaciones oficiales, así como a ciertas indicaciones de la obra de Klein, y dedicar su atención al trabajo de Simon —publicado por vez primera en 1811— al que considera como el más importante; además, manifiesta la gran admiración que tal obra le ha causado, por su gravedad y perseverancia; dice que mientras el Código francés fue realizado con gran precipitación para amortiguar los males ocasionados por la Revolución, la Compilación prusiana fue ejecutada con el único propósito de realizar una obra esmerada, que sin aportaciones externas resultara perfecta, en la que se aprovecharon las fuentes locales y la consideración del derecho común de los sajones y de todo otro derecho y leyes subsidiarias extranjeras, que incluían los derechos provinciales, que mantendrían su vigor hasta que se hubiera concluido en el término de tres años la codificación de ordenamientos especiales. Adicionalmente, consideraba que se utilizara la codificación justiniana como fundamento general, y admite que una de las graves dificultades con las que se tropieza en su país resultaba del débil desenvolvimiento de la lengua alemana, que en su parte jurídica se manifestaba débil, comparándola con la lengua francesa, en la que aprecia una más adecuada determinación de sus formas; finalmente, aprovecha la oportunidad para reprobar cualquier método que no atienda las opiniones de su siglo, como ha sucedido en Prusia.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

XII. LA CODIFICACIÓN AUSTRIACA

En cuanto al contenido histórico de la codificación austriaca, Savigny observa que ésta posee una gran analogía con la compilación prusiana y, después de plantear el análisis de diversos temas, concluye su labor procediendo a investigar qué es lo que se deba hacer donde no hay un código. En su análisis, distingue los países en los que prevalece el derecho común y el municipal, de aquellos otros que han promulgado sus propios códigos. En los primeros observa tres factores que estimulan las condiciones del derecho civil: abundantes fuentes del derecho; magistrados honestos y experimentados y un acertado sistema procesal. A dichas observaciones, Savigny agrega encontrarse sitiado por una abundante ideología jurídica, vertebrada entre las generaciones sucesivas, que orienta y apoya con opiniones de los jurisperitos que les antecedieron, de manera que resultaba imposible modificar los criterios que se habían integrado, ya que resultan robustecidos por aquellos principios jurídicos inmutables, con los evidentes valores históricos que les antecedían, de manera que no podía prescindirse de ellos ni ignorarlos, sino utilizarlos para robustecer el conocimiento y aguzar la perspicacia histórica y política, a fin de fortalecer el juicio correcto sobre el valor de los materiales que se han recibido del pasado.⁹²

XIII. EL ESPÍRITU HISTÓRICO

En el espíritu histórico encontraba Savigny la garantía contra la inclinación de considerar a la humanidad por conducto de una idea común, sustrayendo de ella lo que le es privativo, ya que el mismo autor observaba que se había compilado un derecho natural —como resultado de la razón— con ausencia de lo que le es singular. Así, observaba que con ello se propicia el observar nuestros conceptos con la pretensión de una falsa apariencia de universalidad, que se manifiesta vivamente en la tendencia que en su época caracterizaba al derecho civil, con el riesgo de perder el sentido de la individualidad nacional. Para enmendar dicha tendencia debía recurrirse al estudio riguroso del espíritu del método histórico —aplicado a la jurisprudencia—, de manera que permitiera constatar el princi-

⁹² *Ibidem*, pp. 130-132.

pio orgánico de la doctrina del pasado, así como desbridar lo vivo de lo que ya ha perecido, que se conservaría como mero objeto del conocimiento histórico y, a la vez, proporcionaría al estudioso la ventaja de considerarlo como un elemento típico e ideal, para el desarrollo de la ciencia moderna.⁹³

XIV. LOS ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA

A las observaciones que anteceden, Savigny agregaba que la estructura jurídica que en su momento se poseía estaba integrada por tres elementos: el derecho romano, el germánico y las modificaciones que se habían introducido; pero en ello mantenía su convicción sobre la subsistencia del espíritu nacional del pueblo romano, que se manifestaba constantemente en las instituciones jurídicas, cuyo conocimiento —a partir de las Pandectas hasta las modificaciones de Justiniano— permitiría identificar y penetrar las fuentes y las formas en las que tal espíritu se había producido, hasta lograr que reviviera. Tal logro —repetía el mismo autor— se alcanzaría por el conocimiento básico de la historia del derecho, así como permitiría examinar toda idea, principio y método, desde su perspectiva histórica.⁹⁴

XV. EL ESTUDIO DEL DERECHO

El índice del criterio que fue impulso en la vida de Savigny se encuentra en su convicción de no restringir el estudio del derecho a lo que pudiera concentrarse en libros y confiarse a ciertos doctos, sino que debía difundirse hacia todos los juristas que tuvieran el propósito de alcanzar el objetivo de su misión, para poder integrar una escuela como la que constituyan los jurisconsultos romanos, sin la sectárea separación que manifestaban los sabinianos y proculeyanos; en dicha convicción se apoyan en el ejemplo de Montesquieu, que siendo jurisperito de profesión, carecía de paralelo en su admiración por los romanos; pero sus conocimientos sobre el derecho de ese pueblo eran muy limitados, lo que restó fundamento a su obra, como puede constatarse en el análisis histórico sobre la sucesión

⁹³ *Ibidem*, pp. 129-134.

⁹⁴ *Ibidem*, pp.134-137.

romana, visible en su *Espíritu de las leyes*, libro 27. A la vez, el carácter general de la ciencia del derecho debía abarcar no sólo a los estudiosos teóricos —doctos e historiadores— sino que consideraba necesario aproximar la teoría y la práctica, para lograr una mejor administración de justicia. La teoría debía tener mucho de práctica, y la práctica debía ser científica, al grado de que de ser así lograría integrar un derecho nacional.⁹⁵

XVI. LOS CÓDIGOS DE ALEMANIA Y AUSTRIA

Al examinar Savigny los códigos alemanes prusiano y austriaco, que califica como hechos nuevos y peculiares de la historia del derecho, estima que los mismos deben conservarse, pues ello propiciaría inevitablemente una profunda confusión en la opinión pública y, tanto en resumen como de las motivaciones de la obra que hemos venido examinando, plantea las conclusiones, en las que expresa acuerdo con los defensores de un código, así como aquellos otros puntos en los que disiente. En efecto, está de acuerdo en la fundación de un derecho que no resulte dudoso, que sea común para toda la nación y que concentre todos los esfuerzos científicos. Cree que la unidad legislativa se lograría mediante una organización progresiva de la ciencia del derecho que pudiera ser común a toda la nación. Por cuanto a la situación que en esos momentos prevalecía en Prusia, la consideraba como defectuosa; pero dicho mal no lo atribuía a las fuentes del derecho ni a la aprobación de un código, pues reconocía el mal en “nosotros mismos”, por lo que consideraba que no se encontraban en condiciones de proceder a una codificación; culmina su argumentación con las palabras de quien él mismo calificaba como uno de los alemanes más insignes del siglo XVI, Melanchton, en su *Oratio et dignitate legum (in selec-declamat)* (Oración y dignidad de las leyes).

Nam mihi, aspiciente legum libros et cognita pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum... Non igitur deterreamur periculis, non frangamur animis... nec possessionem studii nostri deseramus Itaque Deus flectat animos principum ac potentum ad hujus doctrinae conservationem, magnopere decet optare bonos et prudentes. Nam, hac remota, nec dici potest

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 140-147.

quanta in aulis tyranni, in judiciis barbaries, denique confussio in tota civili vita secutura esset: quam ut Deus prohibeat, ex animo petamus. (Pues para mí, observando los libros de leyes y los conocidos peligros de Germania, a menudo todo el cuerpo se estremece, cuando pienso cuántas desgracias habrán de seguirse si Germania, a causa de las guerras, pierde esta erudita doctrina del Derecho y este ornamento de la Curia... No, pues, nos dejemos ahuyentar por los peligros, no quebrantemos los ánimos... ni abandonemos la posesión de nuestro estudio Y así como Dios movió los ánimos de los príncipes y de los poderosos a la conservación de esta doctrina, especialmente debe pedirlo a los buenos y a los prudentes. Pues esta remota barbarie ni puede decirse cuánta existe en las aulas de un tirano ni en los juicios, y así la confusión se desataría en toda la vida civil: que Dios lo prohíba, pedimos desde nuestra opinión).⁹⁶

XVII. LA GRANDEZA INTELECTUAL DE SAVIGNY

Es evidente que la vida de Savigny no se agotó en la expresión de la obra que consideramos en las amplias líneas que anteceden, pues la enjundia que caracterizó en 1814 su labor en el análisis crítico *De la vocación de nuestro siglo para la legislación*, constituyó la reaparición de Savigny, así como su proyección hacia la grandeza intelectual que le caracterizaba, que ya se había manifestado en 1803, con un tempranero momento de su fecunda labor histórica y académica, expuesta en su *Tratado sobre la posesión en el derecho romano*, con el que apenas a los veinticuatro años de edad había concentrado su atención en la explicación de las Pandectas de Ulpiano, sobre el derecho sucesorio, obligaciones, metodología e historia del mismo derecho, ya que se había propuesto mostrar la discordancia de los textos y de su interpretación tradicional, con su estilo vigoroso y preciso, nuevos rumbos en la materia, en la que después de examinar las cuarenta y cuatro obras que componían la literatura sobre la posesión —con la ayuda de la historia y de la filología— trató de restablecer el verdadero pensamiento de los juristas romanos, sentando nuevas doctrinas sobre la materia. En su pensamiento tenía grande influencia el de Guillermo Jorge Federico Hegel, que le permitió reconocer —como lo hemos señalado anteriormente— la necesidad de encarar

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 149, 171 y 172. El autor agradece cumplidamente la colaboración prestada por la doctora Aurelia Vargas, del Instituto de Filología de la UNAM, por su generosa traducción del texto latino de Melanchton.

los estudios del derecho desde un punto de vista histórico, con lo que se lograría un nuevo renacimiento que penetraría profundamente el verdadero espíritu del derecho romano, poniendo de relieve la esencia de sus instituciones.⁹⁷ No debemos dejar de señalar que la teoría de Savigny sobre la posesión fue la que adoptó la legislación civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, reiterada en el Código que la reemplazó en 1884.

El propio Savigny —en el prefacio de la obra antes mencionada— explicaba que las Pandectas contenían materias que se encontraban relegadas en sus últimos diez libros, sin curso alguno, y expuestas con una brevedad poco común en proporción con los cuidados que se le daban a otras partes. De ahí que para remediar ese inconveniente y después de haber impartido en Marburgo —en el otoño de 1801— un curso particular sobre los mencionados diez últimos libros de las Pandectas, afirmaba:

En este trabajo yo recurro a las fuentes de la posesión, que atrae sobre todo mi atención, y me parece que las ideas y las opiniones dominantes sobre la materia, pueden ser considerablemente rectificadas con apoyo en los textos. Mi profesor Weis me estimuló con su aprobación para publicar una obra especial en esta materia, igualmente interesante por su diferencia y por su importancia práctica. Otros trabajos retrasaron la ejecución de este proyecto hasta el invierno de 1802, época en la que yo empecé a ocuparme sin pausa.⁹⁸

XVIII. LAS CONVICCIONES DE SAVIGNY

Como lo hemos constatado, Savigny escribe su famoso opúsculo *De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Jurisprudencia*, y se opone a una legislación que desconoce que toda nación tiene el arraigo de su propia personalidad, manifestada en sus costumbres y en sus tradiciones, así como en el espíritu del pueblo como función creadora, que en el proceso de su desarrollo va modelando los usos, que luego se transforman en una costumbre. De ahí que reconoce que es el espíritu popular y no la ley —a la que atribuye la función de ser un simple órgano de expresión— lo que para Savigny genera el derecho, aunque lo hace en forma oculta y

⁹⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 2, vol. IV, p. 103.

⁹⁸ *Idem*.

misteriosa, por irradiación connatural de armonías reguladoras. Savigny niega que el derecho resida en los principios y en las normas, ya que para él no existe otro derecho que el positivo —que es el establecido por el Estado— reconociendo la secuencia espiritual que triunfa de los siglos y dándole una orientación genérica de los objetos a que obedece. Ontologizó el derecho positivo y repudió el jusnaturalismo, para lo cual empleó un método riguroso sobre un eje que radica en la teoría de los objetos.

Las convicciones profesadas por Savigny para expresar que el derecho debe ser esencialmente ciencia son las que le conceden verdadero mérito, y esos valores son los que le ayudaron a erigir la Escuela que perduró. En 1815 fundaba la *Revista de la Ciencia Histórica del Derecho* y —a la vez— iniciaba la publicación de su monumental *Historia del derecho romano en la Edad Media*, la cual concluye en 1831.

En la obra antes mencionada tiene singular relieve por su valioso significado el prefacio en el que Savigny anticipa los rasgos fundamentales de su labor, en los que advierte que originalmente intentaba escribir la historia literaria del derecho romano a partir de Irnerio hasta sus días, y que tal deseo —tanto como su inspiración e inclinación de ánimo— se había fortalecido en razón de los consejos y sugerencias de su maestro, Weis, de Marburgo, cuyos profundos conocimientos y extraordinario celo aprovechó, al reunir una valiosísima biblioteca sobre los objetivos básicos de su estudio.⁹⁹

Como resultado de lo anterior, Savigny reconocía que su inclinación se encontraba notoriamente fortalecida, al entender el peculiar espíritu de los glosadores, así como la forma excelente en la que Sarti había tratado esta rama de la literatura histórica, que resultaba atractiva tanto por su oscuridad, como —a la vez— por su intrínseca importancia. Sin embargo, aun cuando el mismo autor sabía que el diseño de ese plan podría resultar —por muchas razones y particularmente la que concierne a la enseñanza académica— mal adaptado para un trabajo que pretendiera orientar al lector hacia nuevos descubrimientos —más que en interesarlo en la ilustración de verdades ya investigadas— en los cuales no se observaran

⁹⁹ Savigny, Federico Carlos von, *Historia del gius romano nel medio evo*, Ridotta in compendio, Siena, Presso Onorato Forri, 1849. Prefazione dell'autore, p. 1. Véase la misma obra y su prefacio, *The History of the Roman Law During the Middle Ages*, translated from the original german by E. Cathcart, Hyuperion Press, Inc. Westport, Connecticut, vol. I, p. V.

otros límites que aquellos que evidentemente ya se manifestaban, por la conexión intrínseca de los temas. En consecuencia, especulaba que si fuera verdad —tal como generalmente se había creído— que el Imperio romano había perecido con la caída de Occidente y que accidentalmente había revivido después de seiscientos años de haber quedado olvidado, entonces ese plan sería incuestionablemente mejor, aun para una labor de investigación original y de búsqueda independiente. Sin embargo, muchos habían ya rehusado el aceptar tal supuesta subversión de la jurisprudencia romana, por lo que apreciaba que podría haber sido necesario iniciar su investigación a partir del tiempo de Irnerio si —de acuerdo con una teoría muy común— las historias tanto de la ley como de la literatura jurídica fueran capaces de estar tan completamente separadas, de manera que una tratara solamente a las leyes como el origen del derecho, y la otra estuviera confinada a la interpretación erudita de las ediciones originalmente promulgadas. No obstante las anteriores reflexiones, Savigny reconocía que un examen separado del verdadero origen de la ley permitiría verificar que esta perspectiva era tan objetable como la anterior, ya que quienes convencidos de lo erróneo de ambos criterios, debían constatar la ventaja de iniciar la investigación desde un periodo anterior, de manera que pudieran descubrir cómo la jurisprudencia de los tiempos subsecuentes —hasta donde su condición dependiera de la influencia romana— había surgido de la legislación del Imperio de Occidente, por el mero desarrollo y cambio progresivo, sin ninguna interrupción total.¹⁰⁰

XIX. LOS CAMBIOS EXPERIMENTADOS POR LA JURISPRUDENCIA

Por otra parte, el mismo autor señalaba que muy importantes razones le habían inducido para abstenerse en ampliar sus investigaciones hasta la época más tardía, ya que a partir del siglo XVI la jurisprudencia había sufrido un cambio fundamental ocurrido tanto por la nueva y preponderante influencia de la filología y la historia como por la más notable separación de naciones. El escenario de los acontecimientos, la condición de las autoridades y la manera de conducir la investigación ya no son las mismas, y la historia de la ciencia del derecho, a partir de ese notable periodo,

¹⁰⁰ *Ibidem*, en la versión italiana, y véase pp. VI y VII en la inglesa.

constituye una carga totalmente diferente, de aquella de los registros de su carácter durante los tiempos precedentes. El cómputo de la literatura jurídica de los años tardíos puede apenas ser un fragmento, ya que las generaciones existentes se han ocupado constantemente en cambiar y madurar el sistema y sus principios fundamentales, de los cuales el narrador observa apenas el comienzo. De ahí que la manera de conducir la investigación también debe llevar a resultados y, por las mismas razones que propicien cualquier separación arbitraria e impropia entre las instituciones homogéneas de los siglos precedentes, se requiere que la historia del derecho romano durante el último periodo sea cuidadosamente separada de sus condiciones anteriores. Tales consideraciones llevaron al autor a limitar su trabajo al estado del derecho romano exclusivamente a la Edad Media, como si formara en sí mismo un periodo completo, absteniéndose de los siglos subsecuentes y restringiendo su investigación a los países de la Europa occidental.¹⁰¹

XX. LAS SECCIONES DE LA HISTORIA

Para el desarrollo de tan magna labor, Savigny anticipa que la historia que va a exponer se divide en dos grandes secciones, diferentes entre sí y capaces de ser consideradas como ramas distintas. La primera de ellas comprende los seis siglos anteriores a Irnerio, en los que la ininterrumpida continuidad del derecho romano puede probarse, aun cuando existan pocos trazos de su estudio científico. La segunda contiene los cuatro siglos posteriores a Irnerio, en los cuales la cultura del derecho como ciencia y la diseminación de sus doctrinas —por conferencias en las escuelas y trabajos publicados— constituyen sus rasgos distintivos y le otorgan a esta parte de la investigación el carácter de una historia literaria del derecho romano.¹⁰²

A la vez, Savigny advierte que es una suposición ordinaria, que el derecho civil de un pueblo resulta del capricho, y que en todo momento se encuentra sujeto a cambios arbitrarios, por lo que su vinculación con la historia y la política de la nación parece ser —en verdad— muy vaga, ya que tal relación en sí misma resulta sacudida por las mismas causas que operan accidental e irregularmente. De ahí que todos los investigadores

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 2 y 3

¹⁰² *Idem*.

de la existencia o continuidad del derecho romano durante la Edad Media han actuado bajo este postulado y han considerado a la ley como un tema aislado y totalmente desconectado con la condición del pueblo cuyos asuntos reglamentan.¹⁰³

XXI. LA CONTINUIDAD HISTÓRICA DEL DERECHO Y DE SUS INSTITUCIONES

Por su parte, Savigny ha mantenido la opinión contraria a lo anteriormente manifestado, y advierte haber comprobado que todas las leyes dependen más del permanente cambio, anhelos y opiniones de aquellos que las obedecen, que de la mera decisión de cualquier legislador. Esta convicción la obtiene en razón de lograr una diferente perspectiva de las evidencias históricas, en la que la búsqueda de la continuidad del derecho se encuentra necesariamente vinculada a la existencia de la misma gente, entre quien se afirma que la ley ha sido un instrumento eficiente de control, y que la preservación de la jurisprudencia romana no puede mantenerse sin establecer previamente —como fundamento de esa opinión— la protección de los mismos romanos y de sus instituciones públicas. Si la vieja población hubiere sido barrida con el mismo Imperio de Occidente no se hubiera mantenido ninguna necesidad para que continuara el derecho romano, ni hubiera sido posible su resguardo. Lo mismo debía haber sucedido si los anteriores habitantes hubieran perdido sea su libertad personal, o toda su propiedad, puesto que nada podría permanecer de manera que el derecho romano pudiera ser trasplantado. Mas aún, si la libertad personal y la propiedad hubieran escapado a la furia de la invasión, mientras las instituciones públicas hubieran sido totalmente subvertidas, destruido el sistema político de los tiempos anteriores e incorporados los vencidos con los conquistadores, la jurisprudencia de Roma podría difícilmente resistir la sacudida de tal demolición, puesto que el derecho es parte de una nación a la que se encuentra hermanado con su existencia y derogado por su destrucción. De ahí que la continuidad del derecho implica la permanencia de sus instituciones para su administración, y esta razón es particularmente aplicable después de la conquista germana,

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 2 y IX, respectivamente.

puesto que el derecho romano no podía mantenerse en operación bajo los germanos sin la asistencia de los jueces y tribunales romanos.¹⁰⁴

XXII. EL CONOCIMIENTO DE SU DESTINO

En la visión de Savigny, las afirmaciones que vierte en el párrafo que antecede requieren que las partes del trabajo subsecuente —como las trata principalmente el derecho civil— deben ser encontradas en el conocimiento del destino general de los romanos, y particularmente en el de sus instituciones políticas, así como en el de sus derechos de propiedad territorial bajo la hegemonía de los victoriosos germanos; sin embargo, estas investigaciones no pueden ser conducidas adecuadamente sin el previo conocimiento de los elementos de la constitución que existía antes de la subversión del Imperio de Occidente; pero en razón de que las mismas poseen un interés relativamente subordinado, el autor debe limitar sus observaciones a esas solas partes, tal como se mantienen en la historia del derecho durante la Edad Media; por otra parte, advierte que dentro de los límites de la investigación histórica ningún periodo resulta más interesante y atractivo que aquel en el que los poderes intelectuales y las características mentales de las naciones cesan de agitarse en una lánguida inactividad y luego van hacia delante, con toda la forma, frescura y fuerza de una nueva y renovada existencia. Esos tiempos y sus formas de regeneración integran los datos iniciales de una auténtica historia, aun cuando el origen de cada pueblo inquestionablemente se encuentre más allá de ellos.¹⁰⁵

XXIII. EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Para concluir la exposición de sus argumentos, Savigny considera que el descubrimiento del método de investigación referido en el párrafo que antecede ha permitido a Niebuhr penetrar aún más profundamente en los secretos de la grandeza romana, que lo logrado aun por los mismos romanos durante el periodo más brillante de su literatura nacional; agrega que la Edad Media se distingue particularmente por abundar en ejemplos de

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 2, 3 y XII-XIV, respectivamente.

¹⁰⁵ *Idem*.

tal energía e incansable voluntad, que por su importancia y atractivo debe ser considerada por las generaciones subsecuentes, puesto que un conocimiento de tal dimensión sólo puede obtenerse recurriendo a su propio origen, que confirma que nadie pudiera negar que las instituciones de la ya entonces moderna Europa se componían en su mayor parte tanto de los elementos romanos como de los germanos, y que los pueblos tanto en el Sur como en el Occidente —junto con sus lenguas— eran portadores de esa descendencia común, aun cuando las maneras y causas que tenía ese amalgamamiento habían sido apenas investigadas, no obstante las importantes y numerosas consecuencias que pudiera esperarse resultaran de esa dedicación. Más aún, concluía sus reflexiones afirmando que la verdadera parte de la materia que se propone explorar ha sido la más olvidada, y los obstáculos para su progreso han sido consecuentemente aumentados.¹⁰⁶

En relación con el mismo propósito metodológico, Giuliano Marini observa que sobre una base original, Savigny impartía en 1802 en la Universidad de Marburgo, un curso de lecciones sobre metodología de la investigación jurídica, en el cual participaron como alumnos los hermanos Jacobo y Wilhelm Grimm, que recogieron la exposición en sus propias notas, que posteriormente se publicaron con el título *Introducción para un estudio propio de la jurisprudencia*, en cuyo desarrollo el propio Savigny se ocupaba de tres secciones: aquella de la elaboración absoluta de la ciencia jurídica; la del aspecto literario de la jurisprudencia, y la del estudio académico, con los que abarcaba la consideración del derecho y su historicidad, incluyendo la concepción del derecho natural y la ley como producto del Estado y única fuente del derecho, así como los aspectos de su interpretación y el de la filosofía en la ciencia del derecho, en la que distingue la parte filológica de la jurisprudencia, con el desarrollo de una teoría e historia de la interpretación. En la parte correspondiente a la historia aprecia una teoría sobre la condicionalidad histórica de las distintas normatividades y en la parte sistemático-filosófica, concentra su análisis en la elaboración conjunta de la jurisprudencia, con el diseño de una teoría sobre las relaciones normativas que de ella resultan.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 3 y XIV-XVI.

¹⁰⁷ Marini, Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1966, pp. 6 y ss. Véase Laquis, Manuel A., *op. cit.*, nota 53, pp. 24-32.

XXIV. EL ANÁLISIS DE LAS FUENTES

Al implementar Savigny su labor escrita sobre la *Historia del derecho romano en la Edad Media* —lograda en los años del 1815 al 1831— se ocupa de trazar el diseño de las fuentes del derecho en el siglo V y siguientes, así como la estructura y carácter del sistema judicial romano en esa época, para después analizar las fuentes del derecho en los nuevos Estados germanos —posteriores a la conquista—, así como el sistema judicial germánico, antes y después de la conquista; incluye además la subsistencia del derecho romano en cada uno de los pueblos y reinos nuevos en que se dividió el Imperio de Occidente.

Al concluir la reseña de los temas antes señalados, Savigny procede al relato del derecho romano a partir del siglo XII, tratando la historia literaria, el resurgimiento de la jurisprudencia y de las ciudades lombardas posteriores a esa época, hasta llegar finalmente a Bolonia y su Universidad; también incluye las fuentes del derecho de los glosadores, y la función que ellos desempeñaron como profesores y escritores, desde Irnerio hasta Bártholo, que nosotros hemos considerado detalladamente en otro lugar.¹⁰⁸

XXV. EL SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL

No obstante la dimensión y significado histórico y literario que obtuvo Savigny con la magna historia referida en los párrafos precedentes, él consideró que su investigación aún no estaba agotada, de manera que se preparó para emprender otra de mayor dimensión, la cual sería su obra suprema: *El sistema del derecho romano actual*, en la que en septiembre de 1839 escribe su prefacio y de la aparecen sus tres primeros volúmenes en 1840, que, como lo advirtió en su momento Rudolf von Ihering, produjo verdadera sensación en el mundo jurídico.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 107-109, 131, 132, 144, 145, 168, 169, 218 y 219.

¹⁰⁹ Ihering, Rudolf von, “Savigny”. El artículo relativo fue publicado en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, véase año 1861, p. 105; también se encuentra reproducido en *Tres vidas ilustres. Hugo, Savigny y Jhering. Resurgimiento del derecho alemán*, *op. cit.*, nota 38, pp. 85-113.

En las primeras líneas trazadas por Savigny, en el antípicio con que nos advierte el contenido y propósitos de su labor, escribe: “Cuando una ciencia como la del derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte”.¹¹⁰

Después del señalamiento de ese punto de partida, Savigny afirma que es propósito definitivo de su labor, reconocer la necesidad científica de revisar periódicamente los trabajos ejecutados anteriormente por los estudiosos, con objeto de localizar y determinar sus errores, así como confirmar sus aciertos. En ese contexto, estima oportuno explicar la significación que posee la denominación de la escuela histórica —la cual emplea junto con otros estudiosos— con la que han intentado señalar que el descuido del elemento histórico en el que se había incurrido, debían lograr que se rehabilitara y restableciera en sus derechos; además, consideraba que a ese nombre se encontraba vinculada una larga y animada polémica, en la que se rechazaban las producciones literarias que habían surgido, por apreciar que los partidarios de dicho movimiento intelectual pretendían vincularlo solamente al pasado y apoyar la tiranía del derecho romano, en detrimento del derecho germánico y de las nuevas instituciones que de él habían surgido como resultantes de su teoría y práctica; pretendía —a la vez— establecer el criterio que reconociera que bajo el punto de vista de la historia quedaba establecido un derecho absoluto e inmutable, lo que propiciaría que se llegara a una conclusión que desfigurara notablemente la imagen que permitiera ver sólo la expresión externa del derecho, pero no su espíritu. De ese postulado, Savigny afirma que para lograr el conocimiento profundo del derecho romano, su estudio se manifiesta como una imperativa necesidad, para lograr obtener el restablecimiento de la unidad de los elementos constitutivos de su teoría y práctica, de lo que resulta su aceptación a la naturaleza crítica de su labor, para lograr penetrar y poner en claro el lazo íntimo entre todas sus nociones, para buscar siempre su unidad; anticipa —en conclusión— el presagio de que su obra tendrá buenos y malos días, ya que no le es dado al hombre conocer ni mostrar la verdad en toda su pureza, sino el servir su

¹¹⁰ Savigny, F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, t. I, Madrid, F. Góngora y compañía, Editores, 1878, con prólogo del mismo autor, p. 1.

causa, preparar su camino, esclarecer los puntos esenciales, señalar las condiciones absolutas de su triunfo y hacer accesible a sus sucesores el fin que él no ha podido alcanzar, ya que la obra del hombre es como él mismo, perecedera, bajo su apariencia visible; pero el pensamiento jamás perecerá, ya que trasmitido de generación en generación, reunirá a los servidores de la ciencia en una vasta comunidad, en la que la parte más pequeña de un individuo encontrará una permanencia inmortal.¹¹¹

Al iniciar la obra que ahora se comenta, Savigny explica que la labor que emprende tiene por objeto el derecho romano limitado a las materias que tienen un origen propiamente romano y no germánico; que se contrae al derecho romano actual, porque no se refiere a la historia del derecho propiamente dicha, ni a las partes extrañas a la legislación justinianea, ni las partes de ésta extrañas al derecho moderno; concentra su interés en el derecho privado —a veces llamado *jus civile*— y no en el público, que en tiempos de la república constituía el estudio exclusivo del jurisconsulto: *su jurisprudentia*; agrega —en nota de pie de página— que Cicerón decía bien al afirmar que él no era jurisconsulto; pero esa exclusión no le obligaba a pensar que tanto él como cualquier otro hombre de Estado conociese más imperfectamente que un jurisconsulto la Constitución política, el *jus sacrum*, etcétera, aun cuando Ulpiano reconocía una mayor extensión a la jurisprudencia.¹¹²

En la advertencia con la que Savigny anticipa la culminación de su labor, especifica que en su obra realiza la exposición sistemática del derecho, con exclusión de sus procedimientos —como formas específicas de su reclamación—, al cual advierte que algunos llaman derecho material, y reconoció que los romanos miraban como necesaria la concurrencia del derecho con sus fórmulas procesales, lo que permitía constatar que era el derecho común de una gran parte de Europa.¹¹³

A la vez, el propio Savigny advierte que lo que él consideraba como derecho romano actual tenía una gran analogía con el alemán, que era el que se refería a la constitución política de la Alemania, y que al mencionarlo como derecho común se refería al propio derecho romano considerado en su aplicación particular en Alemania, con las modificaciones que había experimentado, que eran de poca importancia y estaban contenidas

¹¹¹ *Ibidem*, prólogo, pp. 1-19.

¹¹² *Ibidem*, pp. 21 y 22.

¹¹³ *Idem*.

en las leyes del imperio. A la vez, para dejar señalados los límites de su propósito, el autor manifiesta que se prohíbe tratar todo lo que le sea extraño, para lo cual indica que expondrá en su labor los principios fundamentales que son comunes a todo derecho positivo, que nada tienen de especial en el derecho romano; pero que por su carácter de generalidad, se presta mejor que cualquier otro derecho positivo, al estudio profundo de esos principios fundamentales.¹¹⁴

XXVI. LA PRÁCTICA DE LA RAZÓN; MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

Una vez que Savigny concluye el examen tanto de la naturaleza como de las fuentes del derecho romano actual —en su carácter de reglas del derecho—, dedica su atención a poner en práctica una operación intelectual, que considera como un trabajo científico que resulta fundamento y principio de la ciencia del derecho y que es un procedimiento que exige poner en práctica la razón: el de la interpretación de las leyes, con el propósito de conocerlas en su verdad, que no puede sólo operar cuando la ley es oscura, particularmente para la labor judicial, en cuyo desempeño el titular de la misma está siempre obligado a darle un sentido a la ley, aun cuando ésta no sea clara, puesto que el Código francés prohíbe al juez abstenerse de dictar resolución, bajo el pretexto de silencio o de oscuridad de la ley, aun cuando dicho principio no opera posteriormente si se implementa una nueva ley que señala su significado, en cuyo caso ya no le otorga libertad al intérprete para pretender desentrañarla, que opera cuando dicha interpretación se convierte en auténtica o usual —a la vez llamada legal—, puesto que resulta que es la propia nueva ley la que fija su sentido al aportar nuevas reglas, que constituyen fórmulas que se oponen a la doctrinal, ya que a ésta le corresponde ser la manifestación de un acto científico, producto de una expresión libre de la inteligencia. Con vista de estas posibilidades, Savigny aprecia que en la interpretación legal no opera el libre juego de la razón, por lo que anticipa que en adelante, cuando se refiera a la interpretación, lo hará para designar a la meramente doctrinal.¹¹⁵

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

El mismo Savigny considera que la interpretación es un arte, que requiere un oficio para entender los modelos de la antigüedad —que los tiempos modernos reiteran con abundancia— contrariamente a lo que sucede con el arte, cuyos modelos se manifiestan muy pobres; haciendo notar que en la práctica de tal arte éste no se lleva adelante mediante la observancia de reglas, sino aprovechando el análisis que llevaron a cabo los grandes maestros, a fin de interiorizarse en el secreto de su magnificencia, ya que la teoría de la interpretación está confinada a señalar los preceptos, así como a destacar los riesgos que puedan aparecer en el camino, de manera que permita al jurista despejar las contradicciones y llegar a integrar las lagunas, puesto que toda ley siempre recoge una idea, que pueda ser incorporada por una perspectiva que permita visualizarla tal como lo pudo haber hecho el legislador, de manera que reproduzca sus operaciones intelectuales que le permitan lograr la reconstrucción de la idea (pensamiento), que se encuentra expresada en la ley, ya que ese es precisamente el proceso intelectual o método que se desarrolla. Para clarificar su exposición, Savigny explica en nota de pie de página que, cuando se refiere al empleo de la palabra *pensamiento* —como la más apropiada para expresar la parte intelectual de la ley— otros la mencionan como el *sentido*; pero debiendo evitar la invocación del vocablo *intención*, ya que ese concepto entraña un doble significado, que puede ser el fin inmediato de la ley, o también el mediato, al que indirectamente concurre. Para robustecer tal explicación, Savigny advierte que los romanos empleaban indistintamente las palabras *mens* y *sententia*.¹¹⁶

Expuestas las ideas que anteceden, el mismo autor en consulta diseña los cuatro elementos o métodos de interpretación de la ley que se emplean para lograr reconstruir su pensamiento, con el propósito de agotar su contenido: *el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático*; considerando que el *gramatical* tiene como objetivo primario el lenguaje de las leyes, ya que es el que se ocupa de las palabras que el legislador emplea para expresarnos su pensamiento; el *lógico* se ocupa del examen separado de las ideas que concurren en un pensamiento, para estructurar y comprender las relaciones lógicas que unen a las partes de él, así como el fin o el motivo de la ley; el *histórico* debe encontrar la situación que tenía el derecho en el momento de su promulgación, para localizar la manera en la que operaba, a fin de lograr esclarecer el cambio social que ella había

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

introducido y, finalmente, el *sistemático*, que pretende determinar el vínculo que une internamente a las instituciones con el derecho que debe normarlas.¹¹⁷ No se encuentra excluido de nuestras consideraciones el criterio *teleológico*, que es el que tiene a la vista el objetivo, propósito o fin que la norma pretende alcanzar.

Desde luego, Savigny se ocupa de precisar que cuando se refiere a los cuatro elementos antes considerados, ellos no agotan el contenido de la ley, sino que debe entenderse que aun cuando son distintos, todos concurren para lograr su interpretación. El éxito para el logro de tal objetivo se adquiere si se satisfacen dos condiciones esenciales: la reproducción en nosotros mismos de la operación intelectual que forjó el pensamiento de la ley, unida a la consideración de los hechos históricos ligados con el sistema integral del derecho, de manera que permita vincularlos con el texto que deseamos interpretar.¹¹⁸

Las ideas antes consideradas se encuentran actualmente robustecidas con nuevas y diversas perspectivas, que dan a la función interpretativa distintos espacios. En efecto, en nuestro medio intelectual, las cuatro fórmulas interpretativas acogidas por Savigny han tenido una ampliación y robustecimiento considerable, como lo ha realizado el jurista uruguayo Eduardo J. Couture, quien, al referirse a las fórmulas gramaticales, dice que éstas deben ser consideradas en relación con el tiempo, ya que las palabras pasan, puesto que nacen, viven y mueren. Ello entraña que en la labor de interpretación no debe realizarse solamente un examen del vocabulario, sino el significado estricto que cada palabra tenía con su tiempo.¹¹⁹ Lo mismo acontece al encontrar que la letra de la ley no es clara, de manera que obliga al intérprete a la búsqueda de los elementos racionales que le permitan desentrañar lo que el legislador quiso plasmar. Para esa labor, la lógica es una eficiente auxiliar que permite establecer la relación entre los hechos y la idea que establece su normatividad, con el propósito de descifrar la *ratio legis* que oriente la interpretación en un orden sistemático, que dé la razón resultante del conjunto de fórmulas que

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 150 y 215. Véase también *La ciencia del derecho. La interpretación de las leyes*. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 82-85, así como Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 9.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 150 y 151.

¹¹⁹ Couture, Eduardo J., “Interpretación de las leyes procesales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, julio-septiembre de 1949, t. XI, núm. 43, p. 86.

lo componen. Finalmente, la historia va a orientar al intérprete para saber qué hechos propiciaron determinada ley, cómo y por qué se expresó.

Con un gran valor doctrinal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha elaborado un valioso resumen de los criterios sistemáticos que ha empleado en el proceso de interpretación de las leyes que tiene a su cargo; así reconoce que en ella y en su labor de argumentación no se han agotado los temas que continúan preocupando a la doctrina contemporánea. Su recopilación queda enunciada a continuación:

- a) De conformidad con la constitución, ya que como norma suprema, constituye el principio de validez del orden jurídico, que exige que la legislación secundaria se ajuste a sus disposiciones;
- b) De conservación normativa, que agote todas las interpretaciones factibles antes de invalidar una regla y el de la continuidad del ordenamiento, que le constriñe a buscar interpretaciones que sean favorables a la validez de la norma;
- c) De la plenitud, que en apoyo del sistemático, que otorgue al intérprete la certeza de que en el ordenamiento encontrará todos los elementos indispensables para la interpretación;
- d) De la no redundancia, que razonalmente exige que en el ordenamiento jurídico debe evitar la concurrencia de enunciados normativos que se repitan;
- e) De analogía, que permite al juzgador que en ciertos casos en los que no exista ley expresa que regule el caso concreto, debe aplicar la que resulta semejante o similar de otros ordenamientos jurídicos;
- f) De coherencia, de manera que mantenga el principio de unidad de todo un ordenamiento jurídico, al grado de que su interpretación se oriente a su complementación armónica;
- g) De su ordenación, al que concurren tres criterios que constituyen fórmulas integrantes de la composición de un sistema: el de la *jerarquía*, que permita a determinadas normas que poseen mayor rango, otorgar la fuerza imperativa que le es inherente; el de la *especialidad* que debe excluir de una materia aquella regla que le es ajena y, el *cronológico*, que debe evitar la concurrencia de leyes incompatibles, dando preferencia a la que ha entrado en vigor con posterioridad.

En el esquema que estamos considerando, aparecen otros criterios que aun cuando no le proporcionan al intérprete un significado concreto resultante de un enunciado normativo, sí favorecen la labor que busca desentrañar el sentido específico de la ley. Ellos son:

h) De reducción al absurdo, al cual también se le denomina *apagógico*, que se utiliza para abstenerse de reconocer el significado de un enunciado jurídico, en razón de que su observancia acarrearía consecuencias contrarias a la razón.

i) De contrapeso, que se orienta a una interpretación que se ajuste a los principios constitucionales, orientados por la realidad colectiva y por sus valores comunitarios, tanto sociales como culturales, que en una balanza pueda permitir conocer el peso de los valores en juego, representados por los intereses en conflicto.

j) De mayoría de razón o argumento *a fortiori*, que es de utilidad al ser insertado —para otorgar mayor extensión a un enunciado jurídico— que así se amplía a otros sujetos o clases y se manifiesta bajo dos formas: *a maiori ad minus* y *a minori ad malus*. En su primera fórmula se emplea para ser aplicado a situaciones favorables, como aquellas que se trata de derechos; la otra fórmula se aplica para situaciones desfavorables, como en el caso de obligaciones.¹²⁰

Ahora bien, por el examen de los resultados de la interpretación, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que ésta puede ser declarativa o correctora y, que esta última, a la vez, puede ser extensiva o restrictiva. Para precisar cada una de ellas, procede a explicarlas en los siguientes términos:

La *interpretación declarativa* es aquella que se emplea en el mismo texto de la ley, examinando su expresión literal o gramatical a fin de desentrañar con precisión el verdadero sentido o significado de sus palabras —frecuentemente multívocas o imprecisas— para encontrar el verdadero propósito, espíritu o fin de la ley. En este método se ponen en práctica dos argumentos: el del lenguaje común y el *a contrario*. En el primero de ellos se examina el sentido común tanto de los vocablos como el de las reglas gramaticales ordinariamente puestos en práctica, advirtiendo que en ese lenguaje se encuentran expresiones del vocabulario ordinario, que frecuentemente alcanzan diversos significados, o también expresiones de la lengua ordinaria, pero que se han tecnificado en expresiones jurídicas y —consecuentemente— han llegado a adquirir un significado distinto. En estas variantes se incluye una última, que se contrae a las manifestaciones del lenguaje técnico, que se encuentra al alcance de especialistas o pe-

¹²⁰ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, México, 2002, pp. 349-373.

ritos. Por último, en el argumento *a contrario* aparece un principio de exclusión, del que resulta que aquellas hipótesis que no están comprendidas en la norma y, por tanto, resultan excluidas, implícitamente no están sujetas a sus prevenciones.

La *interpretación correctora*, que se ocupa de subsanar o enmendar errores literales que aparecen en la redacción del texto de una ley, ya que resulta evidente que en ocasiones no se ajusta al propósito del legislador o fines que está destinada a satisfacer esa ley, y de ahí se procede a su rectificación. La acción que se ejecute puede tener dos dimensiones: una *extensiva*, la otra, *restrictiva*. La *interpretación extensiva* amplía el sentido del texto normativo, cuando éste recoge en su preceptiva un número inferior de hipótesis, de manera que al ampliar sus consecuencias, se rebasa el texto a fin de lograr un sano equilibrio entre la intención del legislador y su resultado. A esta fórmula contribuye la analogía y el argumento *a fortiori*. La *interpretación restrictiva* limita y constriñe las consecuencias de la ley, que quedan fuera de su campo de validez, en razón de que en ella se contemplan hipótesis que están más allá de las que el legislador consideró. Esta fórmula puede operar en tres alternativas: cuando en su texto se dispone una regla que contraría otra que se encuentra vigente; cuando en su propia expresión se manifiesta una contradicción, y cuando las consecuencias irrestrictas de la regla sujeta a su análisis rebasan el propósito de su vigencia.

Para culminar la exposición vertida por nuestro Poder Judicial Federal, se agrega que los tribunales colegiados de circuito, que también lo integran, han establecido tres tipos adicionales de interpretación: la *confiratoria*, que se concreta a corroborar la expresión clara y precisa de una ley; la *interpretativa*, que se orienta a señalar el alcance de la norma y definir su contenido; así como la *supletoria*, que se destina a saturar lagunas de la ley, en hipótesis que el legislador no alcanzó a prever.¹²¹

XXVII. LA RATIO LEGIS

Dentro de la misma proyección del pensamiento de Savigny, al que nos hemos referido anteriormente, debemos tener presente que el mismo autor se ocupa con toda amplitud de exponer lo que en su concepción es el

¹²¹ *Ibidem*, pp. 375-386.

motivo de la ley, a la que él mismo denomina *ratio legis*, en la que encuentra que si se proyecta hacia el pasado o hacia el porvenir, posee dos sentidos diversos, ya que se ocupa: 1) de la regla superior de derecho, de la cual la ley resulta su deducción y consecuencia, y 2) el efecto que la ley está llamada a producir, o sea, el fin o intención de la ley, apreciando que ambos convergen inseparablemente en la mente del legislador, advirtiendo que el motivo de la ley puede ser cierto; pero reconoce que no es necesario que se exprese en ella.

A la vez, Savigny aborda el tema de lo que él denomina la interpretación de las leyes defectuosas, sea porque su expresión indeterminada no posee un pensamiento completo, o por contener una expresión impropia, cuyo sentido visiblemente se encuentra en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley. Para contrarrestar tales deficiencias, encuentra poner en práctica los siguientes medios: el examen de la legislación en su conjunto, ya que éste puede colaborar para conocer en qué consisten los defectos de ciertas normas, que se evidencian al compararlas con otras, y más aún, el conocimiento puede lograrse mediante el examen de sus motivos —aun cuando esta fórmula constituye un medio evidentemente restringido—, ya que su empleo depende de la certidumbre de tales motivos, así como de la influencia que hayan manifestado en el contenido de la ley.¹²²

Savigny destaca que la falta de claridad en la expresión de la ley puede resultar del empleo de una fórmula incompleta o de una que sea ambigua. La incompleta semeja un discurso interrumpido que deja sin sentido su expresión; la ambigüedad puede manifestarse en la expresión o en su construcción o en la posibilidad que pueda resultar de palabras que tengan diversos sentidos (anfibología). Todo ello concurre el entender con certeza el pensamiento de la ley. Al lado de estos aspectos surgen otros que pueden darse por el empleo de términos que no sean los propios o acertados para expresar aquello que el legislador tuvo en su mente, ya que la letra frecuentemente dice menos —y en otras más— de aquello que en realidad se deseó expresar. De ahí que surgen diversas fórmulas para la interpretación de esos textos, que pueden ser extensivas o restrictivas, que se manifiestan mediante diversos elementos, como cuando se emplea el *argumentum a contrario sensu*, que evidentemente

¹²² Savigny F. C., *op. cit.*, nota 110, pp. 154-156.

mente señala límites, que constituyen reglas para la interpretación extensiva.¹²³

Una vez que Savigny expone las fórmulas consideradas en el párrafo precedente, procede a examinar las reglas correspondientes a la interpretación crítica de la legislación de Justiniano, así como de la que resulta del examen de las fuentes consideradas en su conjunto, en las que localiza antinomias, y señala que las partes constitutivas del derecho común en Alemania se integran por las leyes de Justiniano, por el derecho canónico, con las leyes imperiales y el derecho consuetudinario científicamente establecido, o sea, por la jurisprudencia de los tribunales.¹²⁴

Al considerar las fórmulas interpretativas que resultan de las fuentes consideradas en su conjunto, Savigny reconoce que existen leyes para las cuales las fuentes resultan insuficientes, por contener lagunas que deben saturarse mediante la interpretación que exigen la universalidad y unidad de sus normas. De ello resultan dos métodos: uno que afirma que la existencia de un derecho universal y sus normas —que es el derecho natural— es evidentemente subsidiario del derecho positivo; el otro cree que el derecho positivo se alimenta a sí mismo en razón de su fuerza orgánica, en la que opera la analogía, que era empleada por los romanos en el mismo sentido, que constituye un instrumento que favorece el progreso del derecho, cuya base la localiza el autor como la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que las dominan... La interpretación por vía de analogía deja de ser aplicable cuando el conjunto que tomamos como punto de partida presenta el carácter de una excepción a la regla, pues en este caso falta una de sus condiciones esenciales, a saber: la ausencia de toda regla.¹²⁵

Posee relieve histórico la diferencia marcada por Savigny entre la interpretación doctrinal resultante de las opiniones de los jurisconsultos, de aquella otra que surgió del emperador; exemplificando con el criterio de Constantino, que ordena: *inter equitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*, que significa que

¹²³ *Ibidem*, pp. 156-166.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 180.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

cuando el rigor del derecho tiene necesidad de ser mitigado por la *aequitas*, esta interpretación sólo pertenece al emperador. El autor agrega las Constituciones de Justiniano sobre la misma materia, a las que califica como mucho más directas e imperativas, ya que la primera de ellas —del año 529 posterior a la promulgación del antiguo Código— dispone la fuerza obligatoria de toda interpretación que emane del emperador, y, la final, contenida en el acta de promulgación del Digesto, en el año 533, en la que prohíbe a los particulares realizar cualquier interpretación, por considerar que es competencia exclusiva del emperador, por ser el solo legislador y el solo intérprete legítimo.¹²⁶

Para concluir el análisis de la temática en materia de interpretación, Savigny procede a observar el valor práctico de los principios del derecho romano en esa materia, para culminarla refiriéndose a la opinión de los autores a quienes entonces calificaban como modernos sobre la temática de la interpretación,¹²⁷ para lo cual se refiere a los principios de la interpretación gramatical y a la lógica, que básicamente consideran las palabras y el fin o el motivo de la ley; siendo la una regla y la otra excepción, que se complementa por medio de la analogía; pero observa que en la aplicación de la primera se ha empleado un procedimiento que conduce a una verdadera modificación de la ley, al rectificar su contenido, reemplazándolo por el principio que hubiera debido emplear. De ahí que el autor observa que el intérprete que pretende corregir el pensamiento de la ley se coloca por encima del legislador y entonces, en lugar de obtener una interpretación de la ley, realiza una verdadera formación del derecho, la que es abiertamente rechazada, por considerarla arbitraria; además, observa que el Código francés no se refiere específicamente al tema de la interpretación, aun cuando sí impone al juez —aun en caso de silencio u oscuridad de la ley— la obligación de juzgar, y advierte que el Código prusiano ordena a los tribunales interpretar la ley según sus términos, en su conjunto y motivos inmediatos y ciertos, y, cuando la ley presenta una laguna, el juez debe resolver de acuerdo con los principios generales

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 200-205.

¹²⁷ Los autores que Savigny menciona son aquellos a quienes atribuye haber producido los más ricos materiales de la obra, o que pueden ser reconocidos como representantes de las opiniones más generalmente admitidas: Ch. H. Eckhard, en su *Hermenéutica juris*, ed. C.W. Walch, Luips., 1802, 8. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung. Des R. R. 2a. ed.*, Altona, 1806, 8. Mühlenbruch, I & 53, 67, y con la observación “aquí y en otros lugares”, Doneau, I, 13, 14, 15, muestra la originalidad y la independencia de su espíritu.

del Código, o según las disposiciones que regulan los casos del mismo género.¹²⁸

Una vez que hemos tomado nota de la exposición que Savigny realiza en la materia de la interpretación, encontramos en los siguientes capítulos y volúmenes de su obra temas de gran significación, pero que rebasan los linderos de la labor en la que ahora ocupamos nuestra atención. No obstante ello, no podemos dejar de mencionar que dicho autor complementa su labor literaria con dos volúmenes adicionales que dedica al derecho de las obligaciones, que son considerados como complemento de su obra monumental, y precisamente así lo advierte en el enunciado de su labor, al titular el *Derecho de las obligaciones como parte del derecho romano actual*, advirtiendo —en el prefacio de su obra sobre el *Sistema del derecho romano actual* (pp. VII-IX)— el plan de esta nueva obra, que se diferencia de su *Sistema*, aun cuando de hecho es en verdad su continuación, de manera que el primero contiene la parte general, y el nuevo trabajo se ciñe a la parte especial.¹²⁹

XXVIII. EL RECONOCIMIENTO A SAVIGNY

En otra parte hemos manifestado que se ha reconocido a Federico Carlos de Savigny como fundador de la Escuela Histórica del Derecho, por haber contribuido sólida y eficazmente al conocimiento y fortalecimiento de la visión del derecho romano en general, y de aquella particular que nosotros veníamos presentando, sobre las manifestaciones primarias del *jus respondendi*. Sin embargo, no debemos soslayar la colaboración que le otorgó su alumno y sucesor, Jorge Federico Puchta, que poseyó un espíritu filosófico profundo, que colaboró estrechamente con él y ocupó la cátedra que Savigny había dejado vacante. Un resumen del criterio solidario de Puchta con su maestro indica que los pueblos deben ser considerados como diferentes individualidades, a la vez que desiguales en naturaleza y tendencias, y que esa individualidad constituye lo que llamamos el carácter nacional o popular. De ahí que los pueblos son diferentes y las características peculiares de una nación se manifiestan en su sistema de

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 214-221.

¹²⁹ Savigny, Frédéric Carl de, *Le droit des obligations partie du droit romain actuel*, trad. de H. Hippert., París, A., Durand & Pedone Lauriel, Libraires-Éditeurs, 1873, t. I, pp. 1 y 2.

derecho, de la misma manera que su lenguaje y costumbres. Por tanto, todo derecho humano presupone como su fuente una conciencia común, que permite que un principio jurídico se convierta en hecho, al ser reconocido como tal en las convicciones comunes de aquellos a quienes le es aplicable. El derecho es la voluntad común de las personas o miembros que están incluidos en la esfera del derecho. Mediante esta conciencia común del derecho, tal como el lenguaje y la religión, los miembros de un pueblo están congregados en una unión definitiva, que se apoya en una relación de cuerpo y alma, que se extiende más allá en la intimidad de la familia, para llegar a constituir un todo, que se muestra como la mentalidad nacional o el espíritu del pueblo.¹³⁰

XXIX. LOS FUNDAMENTOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

Independientemente de todas las expresiones que anteceden, en las que hemos recogido el pensamiento básico de Savigny que nos concierne para los propósitos de esta obra, encontramos que reproduce muchos de los pasajes que hemos venido considerando, en la diversa obra publicada bajo el título *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, que se edita con trabajos de otros autores bajo el rubro *La ciencia del derecho*, en la que reitera la imperiosa necesidad de encontrar los cimientos del derecho romano actual, mediante la comprobación de sus fuentes jurídicas y que, al estudiar la relación jurídica, reconoce que la vinculación existente entre los componentes de la comunidad es una construcción orgánica de cada una de las relaciones que constituyen elementos espirituales de la práctica jurídica. La sentencia es una fórmula limitada sobre cada derecho particular, y supone, necesariamente, la referencia de los hechos individuales a una regla general que domina los diversos derechos. En el examen minucioso encontraremos que cada relación jurídica se halla en el sedimento de una institución jurídica correspondiente, que es su tipo, y que la domina de idéntica manera en que la sentencia particular es dominada por

¹³⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 77. Véase Puchta, G. F., *Outlines of Jurisprudence as he Science of Right. A Juristic Encyclopedia*, trad. by W. Hastie, Edinburgh, 1887, incluida en el capítulo segundo de Hall, Jerome, *Readings in Jurisprudence*, Indianápolis, The Bobblos-Merrill Company Publishers, 1938, pp. 89 y 90, y la referencia sobre el mismo autor vertida por Gorostiaga, Norberto, en su Introducción a *Tres vidas ilustres*, cit. en la nota 38, p. 28.

la regla jurídica. Todas las instituciones jurídicas están ligadas en un sistema.¹³¹

Respecto de las fuentes, Savigny insiste en la obra mencionada en las líneas precedentes, que son las causas que dieron nacimiento al derecho general, mismas que advierte no deben ser confundidas con las fuentes históricas, a las que aprecia con un carácter independiente, agregando que el derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo, y que más bien expresa el espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos vive, actúa y que produce el derecho positivo; considera, además, que la forma en la cual el derecho vive en la conciencia común del pueblo no es la regla abstracta, sino la contemplación concreta de las instituciones jurídicas en su contexto orgánico, de suerte que si es menester darse cuenta de la regla en su forma lógica, la misma ha de ser desprendida de aquella concepción total mediante un proceso artificial, que se manifiesta como actos simbólicos que representan la esencia de las relaciones jurídicas; Savigny halla en el lenguaje un continuo desenvolvimiento y progreso, como también sucede con el derecho, ya que es posible que se produzcan nuevas instituciones jurídicas o que solamente se transformen las anteriores. En cuanto al concepto de lo que es el pueblo, lo entiende como un sujeto personal activo, dado que los romanos lo concibieron como el fundamento general del derecho popular, al calificarlo como *jus gentium*. De ahí que resulta el Estado como el cuerpo de la comunidad espiritual del pueblo, y con él tenemos a la vez fronteras de unidad rigurosamente determinadas.¹³²

Una reflexión sobre los conceptos que hemos considerado en las líneas precedentes nos permite concluir que la orientación intelectual en la que se encontraba Savigny coincidía en la confluencia del idealismo alemán que habían diseñado Kant, Fichte, Schelling y Hegel, al grado de otorgarle a sus magnas meditaciones un factor de unidad, cuyas huellas están aún latentes en los fecundos análisis que sus criterios han producido, así

¹³¹ Savigny, Federico Carlos de, *Los fundamentos de la ciencia jurídica*. Título del original alemán: *System des heutigen Römischen Recht*, 1a. ed., alemana: 1840; 1a. ed. castellana, 1949, trad. directa por Werner Goldschmidt. Esta contribución se encuentra dentro de la obra presentada en conjunto con trabajos de Julio Germán Kirchmann, Ernesto Zitelmann y Germán Kantorowicz, que se denomina *La ciencia del derecho*, Buenos Aires. Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Losada, 1949.

¹³² *Ibidem*, pp. 35-45.

como en las reacciones positivistas que las confrontaron, generadas por las aportaciones de Augusto Comte surgidas en el siglo XIX, que anuncianaban que una vez concluida la etapa metafísica del desarrollo sobrevenía la positivista, con los resultados de la experiencia, que permitía la generación de fenómenos concretos, que dieron paso al cientifismo, utilitarismo y pragmatismo. De ahí que, volviendo al idealismo, Savigny —con el apoyo de su discípulo Puchta— rechaza las manifestaciones racionalistas, para proclamar el valor de la historia frente a la razón.