

PUBLICACION CON EDICION CRITICA DE LA TESIS DOCTORAL INEDITA DE ENRIQUE RAMOS RAMOS, JURISTA Y MINISTRO DE VARIAS CARTERAS DURANTE LA SEGUNDA REPUBLICA: DE SAVIGNY A JHERING, PASANDO POR STAMMLER Y MERKEL. UN REPASO DE LA DOCTRINA JURIDICA ALEMANA DEL SIGLO XIX

Clara López Sánchez

Resumen e índice del contenido: La tesis doctoral de Enrique Ramos Ramos fue elaborada en parte en España y en Alemania. Versa sobre el método de la Escuela Histórica. Su formación era amplia y fundamentalmente su estancia en la Universidad de Heidelberg fue definitiva de cara al diseño intelectual de su personalidad y la affectio que a partir de entonces tendría hacia todo lo alemán. Por sus páginas desfilan, como es lógico, Friedrich Carl von Savigny, Rudolf Stammler, Anton Friedrich Justus Thibaut, etc. Enrique Ramos Ramos se manifiesta profundamente contrario al Derecho natural y alaba el desprecio que, según él, manifiesta la Escuela histórica de Savigny hacia el mismo. Lo que aparece recogido en la tesis entre corchetes corresponde a la editora de la misma, así como el listado de referencias bibliográficas finales del que carece la tesis, y otras observaciones y anotaciones. El contenido de la tesis es el siguiente: Prólogo. Preliminar: Antecedentes de la escuela histórica. 1. La concepción actual de la Historia, la necesidad de conocer el ambiente en que los escritores se producen y las teorías contra las que reaccionan. 2. El siglo XVIII: su carácter. Significación de la ley. 3. La Filosofía de la época de las luces y su preparación. 4. La Regula Catoniana. Los jurisconsultos romanos. Cicerón. 5. Montesquieu. 6. Burke. 7. Hugo. El renacimiento de la Ciencia del Derecho y el método histórico. 8. Schelling y Hegel: influencias sobre Savigny y su escuela. Capítulo 1º. La doctrina de la escuela histórica del Derecho. 1. Savigny y Thibaut. Opinión de este sobre la codificación. 2. Nacimiento del Derecho. La unidad nacional. El Derecho producto libre y necesario. El pueblo; los juristas. Elevada misión de estos. Carácter unitario del Derecho y su existencia anterior a todos los casos posibles. Significación de la costumbre. Alcance de la ley. El problema de la codificación. Condiciones precisas para hacer útil el Código. Contenido de éste. Mérito de los jurisconsultos romanos. La Jurisprudencia complemento de la ley. Necesidad del conocimiento histórico. Capítulo 2º. La doctrina de Merkel. La Filosofía, la Jurisprudencia y la Ciencia general del Derecho. Unión de las dos primeras en la última. Fundamentos científicos. Demostración histórica. El valor del Derecho en dependencia de las ideas éticas del pueblo. La lucha. Funciones y contenido de la Ciencia general del Derecho. Capítulo 3º. Stammler. Refutación crítica del método histórico. Cuestiones principales a que se refiere. ¿Aquello que es Derecho debería también ser Derecho? Prevé noticia sobre la doctrina de Stammler. Carácter natural según la escuela histórica de las fuerzas que sobre el Derecho actúan. La libertad del legislador. El espíritu del pueblo y su naturaleza corpóreo-espiritual. Las características nacionales. ¿Cómo es posible que de la infracción de un Derecho pueda nacer un nuevo Derecho? Límites de la

generalización histórica. Posición de la escuela histórica frente al Derecho natural. El método histórico y el método crítico: la Historia como guía. Señalamos además que la valoración sobre la formación romanística de Enrique Ramos Ramos en Alemania fue denostada con firmeza por el catedrático de Derecho Romano Álvaro d'Ors y Pérez Peix, sin haber leído nada de lo escrito por Ramos Ramos y haber asistido a un seminario impartido por él sobre el Derecho de obligaciones romanas en 1934. Indica Jean-Louis Hague en su reducida semblanza del Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos), Zaragoza y Barcelona, 2006, tomo 2, p. 368, en torno a Ramos, recogiendo lo comunicado por Álvaro d'Ors sobre Ramos que son dos cosas que creemos claramente impropias: 1ª) “Fue una nulidad como romanista..., pues basta ver que no escribió nada, al menos digno de mención” y 2ª) “Debió oír algo de [derecho de obligaciones] de sus maestros civilistas alemanes que no se ocupaban del estado actual de la ciencia romanística”. Aparte de esta referencia crítica conocida a través de Hague la autora del presente comentario añade que D'Ors despliega todo su aparato crítico el 13 de agosto de 1994, para asaetear de nuevo a Ramos: «Así, pues, este Ramos no tiene por qué figurar en su estudio, pues su significación como romanista, incluso como jurista, es nula. Y supongo no caerá Vd. [se dirige D'Ors a Manuel J. Peláez] en la ingenuidad de pensar que, por haberse exiliado, tuvo por ello algún mérito científico. Cuando yo repaso la lista de mis maestros, me encuentro que Riaza fue asesinado por los rojos, Luna colaboró en Madrid con la Quinta Columna para la rendición de 1939, y Castillejo –al que los rojos querían matar– se escapó por la Embajada inglesa, y fue exiliado, pero nulo como jurista; el exiliado que suena fue el fanático y pedante Jiménez de Asúa, que éste sí, escribió mucho, aunque me parece que se limitó a informar sobre los autores que conocía, pero que nada nuevo aportó a la esencia penal internacional; resultaba tan hostil [Luis Jiménez de Asúa] para los alumnos que “yo” me matriculé “libre” aquel curso para evitarle, y otros compañeros más activos y beligerantes intentaron matarle a la entrada de su casa, pero fallaron los tiros. Quizás Viñuales, hombre político y mediocre profesor de Hacienda, debió de exilarse también. De Recasens Siches no llegué a ser alumno: otro exiliado. Pero la mayoría de los profesores de aquella época –de la República– continuaron sin dificultad en sus cátedras. Esto que le cuento es para que comprenda el “papanatismo” de los intelectuales de izquierdas. Yo fui auxiliar de la Central desde 1939 a 1943, y puedo decirle que la Facultad, no perdió nada, sino que funcionó mucho mejor que en la época de la República, empezando porque en 1934-35, pero sobre todo en 1935-36 las huelgas y luchas (también a tiros) entre los estudiantes impidieron una docencia mínimamente ordenada. Si tiene Vd. datos que obliguen a rectificar esta opinión mía, especialmente sobre Ramos, no deje de comunicarmelos» (Álvaro d'Ors). Efectivamente, para la editora de este trabajo, los ataques de D'Ors son claramente inapropiados, ya que Enrique Ramos Ramos fue un brillante estudiante de Derecho, becado en Alemania, en la Universidad de Heidelberg, coautor de dos tomos de una obra importante de Derecho civil español, autor de una tesis corta pero sugerente sobre la Pandectística, y se formó junto a Leopold Perels y Friedrich Max Jagemann. Tradujo del alemán al castellano, a petición de la Junta de Ampliación de Estudios, una obra de Eugen Huber (1849-1923) sobre los derechos reales en el derecho de la Confederación helvética. Estimo que d'Ors, una vez más, ha sido nada indulgente con los que no fueran de su escuela y tuvieran ideas políticas contrarias a las suyas.

Palabras clave: Enrique Ramos Ramos, Tesis doctoral, Doctorado, Jurista, Escuela Histórica del Derecho, Doctrina, Alemania, Derecho privado, Filosofía del Derecho, Código

civil, La concepción actual de la Historia, La necesidad de conocer el ambiente en que los escritores se producen, Las teorías contra las que reaccionan, El siglo XVIII: su carácter, Significación de la ley, Regula Catoniana, Jurisconsultos romanos, Cicerón, Montesquieu, Burke, Hugo, Renacimiento de la Ciencia del Derecho, Schelling, Hegel, Influencias sobre Savigny, Escuela de Savigny, Thibaut, Codificación, Nacimiento del Derecho, Unidad nacional, Carácter unitario del Derecho, Significación de la costumbre, Alcance de la ley, El problema de la codificación, Jurisprudencia complemento de la ley, Stammler, Weis, Merkel.

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Clara LÓPEZ SÁNCHEZ (Diciembre 2017 - Marzo 2018): «Publicación con edición crítica de la tesis doctoral inédita de Enrique Ramos Ramos, jurista y ministro de varias carteras durante la Segunda República: de Savigny a Jhering, pasando por Stammler y Merkel. Un repaso de la doctrina jurídica alemana del siglo XIX», en Revista crítica de Historia Laborales y de la Política Social, n. 11 (Diciembre 2017 - Marzo 2018).

Memoria del doctorado.

“La escuela histórica del Derecho. Su método y la consideración actual del mismo”.

Prólogo

La memoria doctoral ha sido el motivo para saber –y aún que sea muy a mi costa por bien aprendido lo doy– mi propio estado de formación. Con las restricciones que éste imponía he trazado prudentemente los límites y reducido el alcance de este estudio. Honradamente no podía hacer más de lo que intento: un trabajo de información que acaso no sea útil más que para mí mismo. Tenía que sacrificar, y así lo he preferido, la pretensión de traer puntos de vista originales en una crítica negativa y pobre, a la intención más modesta y más sensata de enterarme un poco. No creo haberlo conseguido con aquella plena seguridad que corresponde a un propósito serio y a la sinceridad que a mí mismo me debía después del convencimiento de mi escasa preparación. Sírvame de excusa que no tuve desde el principio la dolorosa seguridad que ahora, de estar desprovisto de una cultura previa sin la que no puede abordarse ningún problema.

Es muy probable que el mismo espíritu que me llevó a mirar con honda simpatía el tema que había que emprender me diera grandes ánimos para tomarlo en un sentido muy amplio. Y de este defecto de iniciación se resiente sin duda el trabajo actual. Tal vez no haya más unidad entre sus partes que la que les preste mi propósito primero. Estudiar con motivo del historicismo las doctrinas evolucionistas en el Derecho, pasar por un momento en que positivismo e historicismo parecen avanzar unidos y terminar con la resistencia que les opone la más fuerte manifestación crítica que se ha producido en la Ciencia jurídica de nuestro tiempo, era un plan demasiado extenso para ser satisfecho.

Todas las doctrinas tienen si nacen luchando o adquieren cuando son contradichas como una doble estructura que exige un estudio doble: en lo que son, en lo fundamental, y en lo accidental y superpuesto: en lo que queda y resiste por sí y en lo producido con ellas por las exigencias de la polémica por la necesidad de combatir doctrinas existentes incompatibles con la construcción que se emprende. Era esta, atención primordial en el estudio de la escuela histórica, puesto que nace en plena lucha con los partidarios de la

codificación y apenas los vence se producen en su interior grandes divergencias entre romanistas y germanistas, divergencias que aún persisten con motivo de la interpretación del Código civil. Pero, además, una escuela no es solo su fundador. Acaso sea éste la mayor parte de las veces la figura más saliente; pero como una doctrina es más fecunda cuantas más polémicas y corrientes origine, aunque los que se digan nacidos de un solo tronco lleguen a declaraciones que contradigan la primera formación, un estudio que pretendiese ser completo debería seguir paso a paso y sucesivamente todas las derivaciones producidas. Esto hubiera debido hacerse con todas las doctrinas que mi primer plan comprendía. Y en referencia completa a la escuela histórica del Derecho sería del mayor interés, ver como se desprende del medio de su época y en qué parte entran en ella las grandes direcciones del pensamiento romántico. Trazar con todo detalle este cuadro filosófico sería otra necesidad previa y otra dificultad grande. Pronto vi que era un empeño superior a mis fuerzas y a mis medios. El gran movimiento jurídico del siglo XIX producido en Alemania había de ser abarcado en el Derecho Privado y en la Filosofía del Derecho. A nosotros, sea porque hemos vivido de nuestro propio Derecho, sea porque desde la publicación del vigente Código civil hemos acudido más a la doctrina francesa como fuente de interpretación o por otras causas, es lo cierto que de aquella gran elaboración en que parece que el Derecho del mundo viejo se moldea para una vida nueva, no han llegado a nosotros directamente más que muy débiles reflejos; y si algo se ha tomado por mediación de Francia y algo por Italia, ha sido fragmentariamente, sin continuidad, sin aquel enlace constante que es condición para que la cultura sea cultura, es decir algo propio, orgánico, vivo; algo diariamente recibido e incorporado. Necesitaba para seguir todos los desarrollos de aquel proceso, manejar una literatura abundantísima en un idioma totalmente extraño para mí cuando principiaba. Nuestras bibliotecas están pobremente dotadas de estas fuentes. Limitándome a mis medios he preferido tomar los puntos de vista fundamentales y establecer así para mi mismo las paradas, los jalones, que servirán en un estudio posterior más minucioso, más completo.

Estas aclaraciones que no son dictadas por la modestia, ni tienen tampoco la pretensión de ser vistas como una protesta, obedecen a la necesidad quizás instintiva de dar satisfacción a un estado de espíritu cuyo logro se me presenta como una adquisición agradable. Me limito a reseñar, a exponer; no hay nada de censura; la demoledora comezón crítica, tan perniciosa en todos los órdenes cuando no puede darse algo estable con un cuadro de soluciones, si aparece, será a pesar mío, porque es preferible un error cuando es instrumento de construcción que una negación que no trae algo detrás de sí. Así pues, la labor crítica se reducirá a lo sumo a un comentario comparativo para aclarar los puntos de vista fundamentales o a poner lo más importante en primer término.

Siguiendo el plan primero quizás pareciese, como tal parezca ahora, que todo iba encaminado a encajar la crítica de [Karl Eduard Julius Theodor Rudolf] Stammler. A lo menos no fue esa mi idea al comenzar. Mi juicio o por mejor decir mis simpatías, han cambiado en cierto modo a medida que avanzaba.

Ello me da la garantía o la tranquilidad de ánimo de poder ofrecer una exposición sino fiel por lo incompleta, al menos imparcialmente intentada.

Sin perjuicio de lo que acabo de indicar, estimo ahora el final de mis notas como lo más interesante. Y es así por lo que la doctrina que en ellas se resume tiene de método y por un cierto valor de actualidad que la misma alcanza para nosotros. Comienza en estos días una orientación nueva que trae a todos los problemas un punto de vista ampliamente objetivo,

racional, humano. Frente a la exaltación de lo instintivo, de lo natural a que el siglo XVIII y el romanticismo que todavía vivimos, nos habían conducido, frente al particularismo, a la individualización, al atomismo científico que las observaciones naturales produjeran, sucede hoy una fuerte tendencia que hace del método lo central y que da a las realidades una nueva valoración de conjunto prestándoles un modo de agrupación nuevo también. Esta doctrina que nos viene del norte, matizada y enriquecida por los aires siempre vivos del mar Egeo, ha encontrado en la concepción de nuestros problemas el terreno preparado que le labrara una gloriosa figura de otra dirección científica importada en el siglo pasado.

Por eso su manera se ha incorporado más pronto y se muestra más crudamente en la Historia. Diré dos palabras para mi propósito. La Historia es la Historia de la Ciencia y la Ciencia es producto humano. Pudiera trazarse una línea –eje de la Historia– que representaría la marcha del saber; otras líneas que a ella acudiesen serían el símbolo de cada pueblo con su aportación de cultura. De este esquema de la Historia deben excluirse los que nada llevaron, por parásitos, y los que dejaron de llevar porque al vivir de su propia anemia en lenta agotación de sí mismos se hicieron pasivos para ella. La Historia no es ya un poema épico: un pueblo contra otro. Es la colocación de cada uno en la Humanidad; es la marcha de todos para conseguir un resultado que al fin y sobre todo será humano.

Análoga unidad de criterio para las conquistas jurídicas da en Stammler. La comunidad de hombres libres puede ser la línea recta de que hablábamos y cada adaptación a ella que un pueblo realice en su derecho positivo será un paso hacia la justicia humana.

Inténtase con aquel criterio revisar nuestra Historia. Tiene pues, gran valor de actualidad. En ella y en nosotros he pensado para dar a la representación jurídica que tiene el mismo o parecido punto de vista una gran importancia.

Puede ser también y esto sería una justificación, que las dos opuestas direcciones de pensamiento que son comienzo y fin de esta memoria, nos dieran como emblema dos palabras, símbolo sano de vivificación y estímulo. Una tradición que está rota o por reconstruir, y un ideal que les preste valor, nos faltan. Una y otro pueden ser fuente de alegres esperanzas y de mejores realidades.

Antecedentes de la Escuela Histórica del Derecho

1. Por el influjo de la Filosofía hegeliana la significación de la Historia, sus métodos y el modo general de ser considerada han cambiado. Para ella nada se produce aisladamente; un enlace íntimo de todos sus desarrollos va por bajo de la mera apariencia; los hechos de cualquier índole tienen un antecedente en las condiciones de la época en que nacen, un nexo con los anteriores, que si no los justifica en todo caso los explica siempre. La Historia no es ya un conjunto de manifestaciones heterogéneas sino que el espíritu en un eterno devenir las produce de una manera continua y orgánica; y si no puede decirse hoy que, dadas las características de un pueblo, el romano en el ejemplo de Hegel, podría trazarse con segura exactitud el cuadro de sus instituciones jurídicas, nadie habrá que al hacer el estudio de cualquier fruto de la Historia de la cultura lo considere como concepción espontánea nacida al azar, sin arraigo en el pasado, sin necesidades de aquel momento a cuyas solicitaciones responda, o no siendo una reacción contra anteriores tendencias. Este proceso genético que, reconocido primero en la política, se ha aplicado más tarde a

la Filosofía, no tiene el valor de una explicación biológica, para la que todo se produce con la fatal exactitud de las leyes naturales, porque esto es la negación de un mejor.

La Historia nos da íntima, lenta continuidad, da resultados; los periodos de total innovación son raros. Pero ese nexo, la continuidad espiritual de las ideas, se halla desmentida aparentemente en las grandes crisis por el nacimiento de tendencias en fuerte oposición a las existentes. Este principio de reacción aplicado a las ciencias sociales es clave que nos explica cumplidamente la aparición de las doctrinas o procedimientos más antagónicos. Las reacciones muy escasamente surgen de una sola vez, sino que son primero leve iniciación y viven más tarde intensamente cuando encuentran una gran masa dispuesta o una gran figura que las personalice. Debe verse en cada dirección científica o en sus mantenedores lo que toman directamente de los libros y lo que encuentran en el ambiente que les rodea. Depurada así la aportación individual, alcanzará aún el mayor relieve y la más precisa determinación de sus motivos si por el principio de la oposición se la explica.

La exigencia metódica apuntada no nos hará sin embargo detenernos en emprender con el minucioso cuidado que requeriría, un análisis de toda la Filosofía de la época, ni en señalar el origen de cada uno de los elementos que la escuela histórica aprovecha, ni la significación particular polémica de muchos de sus resultados.

Todo esto excedería de los límites de un preliminar y de nuestro propósito. Baste aquí la indicación en globo del lugar que a esta escuela corresponde como reacción que, apoyada en la gran corriente romántica, se produce contra el movimiento racionalista anterior y el señalamiento de algunos de sus precursores.

2. El siglo XVIII es un siglo optimista, fuerte. Su confianza alentadora nace de la razón que él ha descubierto y a la que da una posición fundamental; se la considera como el fondo de las manifestaciones todas de la vida humana. Donde quiera que aliente está la mayor fuerza; el gran valor del individuo procede de que de ella goza. Frente a los abusos que el antiguo régimen ha cometido se alza para los pueblos la seguridad de que sus destinos serán regidos por los dictados de una facultad inmutable.

Nada tan opuesto a la razón como las formas históricas; se odia la tradición, símbolo de errores y de injusticias de los que solo podemos librarnos rompiendo todo lazo con el pasado. Porque la característica de este siglo, como escribe el Sr. [Francisco] Giner de los Ríos, está “en la condensación en grupos técnicos de las funciones cuya inmanencia en el cuerpo social se olvidaba” o “en que una vez formados los órganos, absorben el total cumplimiento de sus funciones respectivas”, se distinguen gobernantes de gobernados y la ley es la única fuente de Derecho para la comunidad. La ley como voluntad reflexiva impuesta por el legislador tiene en sí eficacia para que una vez formulada, lo que vive no pueda resistírsele y a ella se amolde. Es la segura garantía contra todos los males e injusticias y por ser hija de la razón adaptable por igual a todos los pueblos. El Derecho tiene pues un contenido inmutable y eterno.

Cuando todavía oímos hablar de grandes revoluciones desde arriba, de gobiernos que con nuevas organizaciones han de cambiar la estructura de un pueblo y ceñir la realidad a sus proyectos, estamos frente a aquella concepción que todo lo espera de la ley. Contra esa tendencia se levanta la escuela histórica; luego veremos cómo.

3. Por entonces un nuevo elemento venía preocupando grandemente a la Filosofía: el sentimiento. No pretendemos hacer un estudio detenido de lo que sea la Filosofía de este tiempo, sino una ligera mención que sirva para indicar el valor que a ciertos elementos venía dándoseles y como la escuela histórica al venir a tomar forma encuentra datos en el ambiente, supuestos, materiales que ella realza, aprovecha o aplica a su particular fin.

La posición fundamental intelectualista de Descartes recibe una modificación por Leibniz¹ que junto a la extensión en lo corpóreo y al pensamiento en lo espiritual coloca respectivamente, la intensidad, origen de todo movimiento y la percepción momento supremo de la percepción. Así aparecen el pensamiento claro y el sentimiento, pensamiento oscuro.

En los discípulos de Wolf, que es Leibniz² escolastizado, se mezcla esta filosofía con la de la experiencia de Locke. Shaftesbury había dado, al hacer del sentimiento la base de la conducta humana y al llamar actos feos a los malos, el camino que Hume había de seguir dando por norma de nuestro obrar la simpatía. La influencia escocesa se acrecienta en Alemania; la psicología empírica va ganando terreno. Tetens escribe «no se debe comenzar, sino acabar el estudio del alma por los análisis metafísicos: el psicológico debe preceder». Kant en la época pre-crítica comienza, inspirándose en este sentido, uno de sus cursos por la psicología de la experiencia.

El influjo de Rousseau, en quien se dan de modo extraño entrada a todas las direcciones, hace dar un avance enorme a esta tendencia. Los términos ya están cambiados; el sentimiento ocupa una posición preponderante. La bondad, la justicia están en el sentimiento natural; lo racional, en cuanto perturba la espontánea producción de aquel, es perjudicial. Su influjo es ayudado en Alemania por el pietismo religioso, representante también de la causa del sentimiento que conducía a lo natural y útil, contra el pensamiento y la regulación dogmática, externa, de la Iglesia.

Para la posición de pensamiento obscuro dado al sentimiento estético (que hizo irónicamente decir a un escritor de la época, que según eso los goces artísticos serían desconocidos o muy limitados para los hombres de superior inteligencia en los que habría de ser muy escaso el número de pensamientos confusos) se reclama un lugar más elevado, dando por ejemplo Moses Mendelssohn a la condición del placer el carácter de una facultad positiva, o distinguiendo Tetens entre sensación y sentimiento.

Kant, que es una gran justificación de nuestro preliminar porque no se concibe sin Wolf y Hume, da enorme importancia a lo sensible en la Moral, de tal modo que el imperativo no existiría al desaparecer el mal radical si en su sistema no se diese este como una necesidad y no como una limitación a la manera de Krause.

Jacobi que tal vez sea la figura de más relieve en esta corriente, se opone a Kant demostrando por el sentimiento la necesidad de postulados prácticos.

Schelling coloca en el mismo rango lo racional y lo sensible, derivaciones de lo absoluto que al cerrarse de nuevo en un desarrollo superior vienen a coincidir en la esfera suprema del arte. Sirva este ligero esbozo para indicar como aquel elemento se va abriendo paso y como va a preparar el predominio de lo inconsciente, de lo no ilustrado, que caracteriza a la época en que nace la escuela histórica³.

4. Antecedentes. La escuela histórica representa un esfuerzo intenso para comprender las reglas de Derecho como el producto de las energías, de las fuerzas que yacen en las relaciones jurídicas, intentando ir a lo más íntimo de los conceptos, para recoger en ellos, por decirlo así, la entraña de su vida. Así vista, no sería aventurado pensar que su método es una resonancia de aquel sentido práctico de los jurisconsultos romanos, tan elogiado por Savigny, como más adelante veremos. Mucho antes de los grandes maestros del Imperio, cuando el Derecho romano principia a hacerse científico, tenemos otro caso de generalización a base histórica. Me refiero a la Regula Catoniana⁴.

Con frecuencia se cita la significación que para Cicerón tiene la utilitas en la ley, entendiéndola por ella la adaptación de la fórmula legal a las condiciones particulares que regula y que aparece más tarde en San Isidoro y Santo Tomás. También debe mencionarse, al hablar aquí de Cicerón, su concepto orgánico, natural de la formación del Estado.

5. En Montesquieu encontramos bajo el nombre de espíritu personal lo que más tarde se ha de llamar carácter de la nación. Así escribe: «El espíritu de las leyes consiste en las diversas relaciones que estas han de mantener con las diversas cosas», y más adelante: «Las leyes deben ser de tal modo adecuadas al pueblo para el que se hacen, que es muy difícil que las de una nación puedan convenir a otra»⁵.

Las tradiciones y costumbres son emanaciones inmediatas del carácter de la nación, pero a su vez influyen en su formación. «El legislador debe seguir el espíritu de la nación cuando no es contrario a los principios de gobierno»⁶.

El título del capítulo 6º del libro 61 completa lo que se acaba de enunciar: «Cómo las leyes pueden contribuir a formar las costumbres, las maneras y el carácter de una nación».

También indica que factores contribuyen a la formación de ese espíritu general. «Muchas cosas gobiernan a los hombres; el clima, la religión, las leyes, las máximas del gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las maneras; de todo lo cual resulta formado un espíritu general. En cada nación a medida que una de esas causas obra con más fuerza, en la misma proporción disminuyen las otras»⁷.

Mayor importancia aún tiene el texto siguiente: «Las leyes son establecidas, las costumbres inspiradas; estas se refieren más al espíritu general; aquellas a una institución particular»⁸.

A su obra muy difundida en Alemania se atribuyen influencias muy directas sobre el sentido y las características del espíritu de cada pueblo, influencias que se acentúan especialmente en la Filosofía de la Historia de Herder y en toda la obra de Hegel. Este elogia la penetrante mirada de Montesquieu al considerar la legislación toda y sus especiales determinaciones como momentos dependientes de todas las otras condiciones que forman la característica de un tiempo. En “La Vocación” traslada Savigny una cita de Montesquieu que revela pensamientos conformes con los suyos.

6. Los primeros movimientos de protesta contra los principios de la revolución francesa tienen un sentido político en todas partes donde se producen. Así sucede en Inglaterra con [Edmund] Burke [1729-1797]. Y por esa causa, por lo extraordinariamente interesante de su vida pública, por su cambio de situación en ella, los que de él se ocupan, más se ha consagrado a justificarle o acusarle que a organizar en lo que quepa su doctrina sacándola de sus libros y discursos en los que puede encontrarse una iniciación del principio de

continuidad en la producción jurídica, que Savigny tanto desarrolló. Su obra *Reflexiones sobre la Revolución francesa y sobre los procedimientos de ciertas sociedades de Londres* con relación a este acontecimiento, publicada en 1790 y que constituyó un enorme éxito editorial (30.000 ejemplares en un año) está dedicada a mostrar la oposición entre los principios de 1688 y 1789, manteniendo contra el Reverendo Richard Price que la revolución de 1688 ha reivindicado derechos tradicionales y que sus autores no han invocado nunca principios abstractos, por lo que no cabe la semejanza que se pretendía con las máximas de 1789.

Describe maravillosamente el poder de la tradición, la acción del tiempo, que presta a lo accidental el carácter y la fuerza de principios eternos. Las instituciones tienen en sí mismas la fuerza que ha de reformarlos cuando llegan a un desacuerdo con las condiciones que han de moldear. Si se corrigen debe hacerse por ellas mismas, procurando llevarlas hacia su propia naturaleza.

Continuamente se inclina por el realismo, por la experiencia. La ley no es un esquema para demostraciones a priori; no deben valer ni deducciones de supuestos generales, ni la letra del Derecho sino una regla fundada en la justicia y en la necesidad para mantener el derecho y la libertad existentes.

En nombre de la autoridad del pueblo (la más alta) no puede reconocerse una fuerza ilimitada para la modificación de los fundamentos del régimen. El pueblo no es una cantidad de individuos sin conexión y sin freno, ni puede formarse a sí mismo por un contrato ocasional. El hombre no es una unidad incondicionada, ni hereda por medio de un contrato un título sobre una milésima parte de la indivisible soberanía del pueblo, sino que es ciudadano del organismo social, del Estado a que pertenece y al que está sujeto por las obligaciones de los otros para con él y de él para con los otros, obligaciones que no pueden en su totalidad ser solucionadas por él mismo. El análisis de las últimas fuerzas de la sociedad hace ver en ellas como una especie de carga divina que impide, porque esos fines no pueden ser realizados en algunas generaciones, que sea disuelta por el arbitrio individual. Es decir, que, porque los fines del Estado no son temporales y no pueden ser alcanzados de una sola vez, aquel no es una sociedad de los hombres actuales, sino que está formada por estos, por los pasados y por los que han de venir.

Nada marca de modo tan gráfico su pensamiento como la crítica que hace de la división departamental francesa, calificándola de peligrosa por “desgarrar organismos vivos”.

7. En los siglos XVII y XVIII llegan a un alto grado de desarrollo el Derecho Natural y sus estudios. La situación, en cambio del positivo es lamentable. La mal llamada tendencia práctica que contra los trabajos histórico-críticos se levanta, adueñase de toda la jurisprudencia y entra especialmente en Alemania. El Derecho romano tal como fue adaptado a necesidades más nuevas por los postglosadores, es el que se recibe y el que domina casi exclusivamente. Se le estudia al lado del nacional reducido a compendios y extractos, para hacer los cuales no se ha ido más allá de los comentarios; confúndese lo germano con lo romano; el interés por la práctica absorbe el cuidado y anula las preocupaciones por los trabajos históricos y filológicos que venían desde el siglo XVI hermanados con los jurídicos.

Weis profesor de Savigny en Marburgo comprende la necesidad de incluir la Historia en los estudios jurídicos; pero esta señal de protesta no puede ser considerada como obedeciendo a una concepción sistemática. Se da con estos caracteres en Gustavo Hugo,

que desde el comienzo de su carrera se revela enérgicamente contra el Estado de la época. Para combatir el casuismo entonces reinante, emprende la vivificación de la Ciencia mediante una nueva e íntima aproximación a las fuentes. Así hace una edición de los fragmentos de Ulpiano para aprovecharla en los trabajos de su clase. Ve desde el primer momento en Heinecio su más grande enemigo. A la idea pobre que este tiene del Pretor romano dirige sus primeros ataques. La Historia no debe ser una aplicación ocasional al Derecho de conceptos adquiridos, sino historia de fuentes y de pensamientos jurídicos. El objeto propio de la investigación histórica es conocer el Derecho actual, que es el momento final, el capítulo último de la Historia del Derecho. A la apreciación de la Historia que Heinecio hace, opone el capítulo 44 de la obra de Gibbon, Historia de la decadencia y de la caída del Imperio romano, capítulo que publica porque en él se manifiesta el íntimo enlace entre los varios periodos del Derecho romano⁹. A la confusión reinante en los principios jurídicos –procedentes de campos distintos y aún no fundidos– que se manifiesta en toda la literatura civil hace una crítica de tenaz depuración. El periódico “Der Göttinger Gelehrten Anzeigen”, en el que ha anunciado y criticado también sus propios libros, fue su órgano.

En su obra *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* (1809) estudia la formación del Derecho oponiéndose a que la ley deba ser considerada como la única fuente de aquel. El Derecho se forma fuera de la autoridad legislativa y cita como ejemplos el Pretorio en Roma y el Consuetudinario en Inglaterra. Un artículo suyo publicado en 1814 en la *Civilistisches Magazin* [revista publicada en Berlín] completa su pensamiento. El Derecho positivo es una parte de la lengua de un pueblo: una ciencia no es sino un lenguaje bien hecho. El Derecho como la lengua y las costumbres se desenvuelve por sí mismo pudiendo formarse independientemente de la intervención del legislador. No todas las leyes por éste establecidas se siguen siempre. El fin de la ley escrita es precisar el orden legal haciendo así más segura su observancia.

Estas notas que anteceden destacadas aisladamente de la obra del profesor de Gotinga, la comparación que establece entre el Derecho y la lengua, aunque con sentido muy diferente al que después ha recibido al ser tan usada, su amor a la minuciosa observación de las fuentes legales que es la tarea de su vida, esta coincidencia en fin en lo externo y más llamativo con la escuela histórica ha llevado a pensar que Hugo fuera su fundador. Una cita de Savigny en su elogio obligaba más a esa apreciación.

La labor de Hugo está muy dispersada. La mayor parte de su producción ha aparecido en artículos y el resto en compendios y manuales. Achácase a esto como a su estilo sobrio, poco a propósito para la propaganda didáctica de un estudio penoso, su falta de influencia inmediata. Pero quizás puede pensarse también que ha sido poco estudiado y que su filiación científica se ha hecho ligeramente. El otro aspecto, el de su relación con la Filosofía kantiana, ha dado lugar a opiniones encontradas. Acaso si dicha relación se fija exactamente, su importancia frente a la dirección de Savigny, como su aportación a la escuela de éste y a toda la jurisprudencia posterior quede claramente establecida. Landsberg hace el estudio de Hugo en el sentido indicado.

Al ideal kantiano, concebido como algo irrealizable, pero a lo que debe tenderse, como inasequible, pero como tarea propuesta, debió para algunos Hugo aquella perseverancia que la lejanía del fin no hizo decaer que le preservó de los desalientos que a estos de su época invadieron.

En 1779 imprime unos apuntes para sus auditores que son un resumen de las obras de Kant, en cuya filosofía ve la Filosofía y es la que aplica a cuestiones jurídicas. «Es para Hugo la Jurisprudencia científica (si prescindimos de la juristería como oficio) no absolutamente otra cosa que Filosofía aplicada a datos históricos»¹⁰.

Aunque Hugo afirma que su filosofía descansa en la kantiana no ha probado hasta qué punto se ve esa coincidencia¹¹. Según Landsberg, Hugo ha partido de la distinción de métodos kantianos y ha negado resueltamente que pueda en lo jurídico aplicarse el matemático; no se debe en lo social empezar definiendo, ni debe emplearse la deducción.

Considerando el Derecho natural de Kant como una forma, vacío de contenido, era lógico que pensase que la crítica del Derecho actual –que no tiene nada de metafísico– hecha por la razón no diese resultado. De la Historia hay que tomar el contenido del Derecho; el examen de este Derecho histórico es la misión de la Ciencia jurídica, la cual no tiene sino contadas veces que llegar a la ordenación de sus resultados en conceptos porque del enlace de estos no aprenderemos mucho más de lo que antes sabíamos. Es decir, que tiene junto a Kant la misma posición de un empírico-positivista (no hay conocimiento sino de la experiencia; el Derecho en ésta se da luego, a ella habrá que acudir para estudiarlo). Por esto se niega que pueda ser considerado como fundador de la escuela histórica, aunque sí como el creador de la nueva ciencia del Derecho.

En todo caso señala un momento capital en el pensamiento jurídico alemán. Ha derrotado al Derecho Natural antiguo y ha dado los primeros impulsos al método que todo el siglo XIX había de seguir, colocando de nuevo al Derecho positivo en lugar preeminente. De él, parte también la división de los estudios y con su palabra y con el ejemplo de su vida consagra la especialización. El tiempo de los deductivos y el de los que podían enseñarlo todo con él acaba. Con la división termina la incertidumbre y la inexactitud. El Derecho penal se separa del privado y dentro de este se distingue el de procedencia germana del romano. Hugo se consagra únicamente a trabajos sobre aquella parte del Derecho privado alemán que tiene su origen en el romano. Este que estaba agotado, como si el exceso de vida del natural se hubiese conseguido a su costa, adquiere una gran importancia merced a su esfuerzo que se extiende a las otras ramas cuando a estas se aplica aquel método. Y así es cierto que en la Historia el centro del Derecho ha correspondido a los pueblos que han cultivado el romano, podrá decirse que Alemania debe a Hugo el primado de la Jurisprudencia moderna, porque, aunque contribuye mucho a este triunfo los trabajos simultáneos y posteriores de filólogos, historiadores y la dirección de Savigny, el método ha nacido con Hugo. Se preocupa más de las cuestiones históricas que de las sistemáticas; más del devenir que del ser del Derecho. Puede decirse que da el procedimiento que, aprovechado de un modo particular y encajado especialmente en su total concepción por la escuela histórica, ha de caracterizarla. Hugo desde luego no es la iniciación de la escuela mencionada; da el método, pero falta en él aquella influencia que de modo romántico quiere aproximar el presente al pasado. Su derivación kantiana le hace de una moderación racional que preserva de conceder a lo inconsciente el gran valor que más tarde se le da; y si es partidario de la interpretación de lo actual por lo pretérito, si sigue la evolución, no la ve como manifestación de un espíritu del pueblo que obra separado de los individuos y por encima de ellos, sino que tiene la visión de un racionalista: los momentos de la evolución marcan procesos de pensamientos individuales; son factores realmente aprehensibles.

Si el hecho de haberse declarado en contra de la concepción sistemática de la escuela

histórica, no fuese bastante para no considerarlo como fundador de ella (¿por qué fundador y no jefe?), téngase en cuenta que su método, libre de las otras notas que esa escuela trae, ha sido practicado por muchos de los que podrá ser llamado precursor y por darle un título inmerecido, se le privará de otro más justo y no menos glorioso.

8. Se considera generalmente que la escuela histórica ha tomado sus inspiraciones más inmediatas de la filosofía de Schelling, alguien piensa que de Hegel a lo menos en lo interno. La delimitación precisa de lo que haya de justo en esa afirmación es grave y difícil. Habría que tener muy presentes aquellas líneas generales filosóficas que estaban en el ambiente y que con igual razón pudieran ser atribuidas a cualquiera de las escuelas dominantes. Del mismo modo habría que separar escrupulosamente a [Georg Friedrich] Puchta¹² [1798-1846] de Savigny, estudiar su influencia recíproca y lo que cada uno recibe de los grandes filósofos de la época.

Inténtase en este trabajo como ya se dice al principio y como se procura hacer a lo largo de él, más que resolver problemas, anotarlos, ver donde existen, plantearlos si es posible. Si no pareciera achaque para ocultar una vana modestia, traería aquí a recuerdo la famosa parábola de Lessing, porque poniéndose problemas se abren caminos al pensamiento y porque es más fecunda y más humana la labor incesante de inquirir, que la cómoda conformidad con las soluciones petrificadas de una ciencia hecha. Indicaré pues, solo a modo de interrogación –y aun esto es mucho– algunos de los puntos conexos de la doctrina que se estudia con las filosóficas de su tiempo.

La concepción de un algo que explique de un solo golpe todo el contenido intelectual, la vida entera era el ideal que la filosofía romántica, cansada de análisis y distinciones quería conseguir. Nada de divisiones, sino que se quiere la unidad de todos los aspectos, de todas las cosas, como fases de una vida única e infinita; la unidad de la Ciencia, de la Religión y del Arte; todo obedeciendo a un solo principio. La armonía entre todas las fuerzas se da sobresalientemente en el Arte. Esto explica su gran papel de entonces. El filósofo lo concibe como una intuición, un símbolo, el supremo, del pensamiento activo que está sobre todas las cosas. Así Schelling proclama en 1800 que «la intuición artística es el solo órgano que permite concebir la unidad interior del espíritu y naturaleza, del sujeto y del objeto, el solo punto de vista en que desaparecen las antinomias de la existencia, sobre todo la de la teoría y la práctica». Esa intuición es la forma suprema del espíritu porque atestigua lo que la Filosofía no puede exteriorizar: la identidad original de lo consciente y de lo inconsciente.

Se trata de dar un molde ideal con el cual, sin salir de él, todo el universo sea explicable. Busca esto Schelling haciendo inteligible la naturaleza, es decir, reduciéndola a espíritu. Lo intenta Hegel estableciendo su método dialéctico con el que todo se comprende sin necesidad del concurso de la experiencia.

Brie señalando la dificultad de este mismo problema dice que, en un principio y aún después en ciertas líneas generales, es bastante estrecho el parentesco entre Schelling y Hegel. Hay en ambos, en efecto, un punto que puede ser capital para nuestro objeto, en que la coincidencia es casi literal y que ha sido aprovechado en la formación de la idea del espíritu del pueblo. Para Schelling la actividad creadora de la naturaleza no aparece por sí en la experiencia, sino por sus productos y no se manifiesta totalmente sino pasando por numerosas formas (infinitas) sucesivas. Cada una de estas previene de la fuerza misma de la creación, pero no de otras formas. La unidad no está en el encadenamiento de los

fenómenos, ni en el enlace causal de unos y otros, sino en el seno del absoluto mismo.

La unidad de la naturaleza no se explica mecánicamente. En Hegel «la naturaleza debe ser considerada como un sistema de grados de los que unos salen necesariamente de los otros; no es que uno sea producido naturalmente por el otro, sino en la idea interna que constituye el fondo de la naturaleza». En Savigny se postula como causa suprema del Derecho la conciencia nacional y aunque en las manifestaciones de esta lo importante es que su unidad procede de ser formas de la causa productora y no de ser grados de una serie, como no podemos conocer el principio sino por sus consecuencias, para ver sus caracteres hay que acudir a la totalidad de su exteriorización en cada momento e inducir el ser de lo que evoluciona, no es que cada situación histórica proceda mecánicamente de la anterior, pero en cada una de ellas se da la prueba de la unidad primera. ¿Es que la naturaleza de aplicación de lo jurídico que exige una precisa determinación de su contenido, nos lleva al sistema que inmediatamente precede porque éste puede contribuir a fijar claramente las reglas para el momento actual? Ofrécese aquí como un doble aspecto: 1º La unidad del Derecho está en el espíritu del pueblo y no en sus exteriorizaciones. 2º Su carácter de aplicación exige que se le aclare reconstruyéndole inductivamente a la luz de las circunstancias que le dieron origen. Es decir, que el Derecho se deduce para producirse, pero hay que inducirlo para ponerlo en condiciones de aplicación. De aquí que, en la escuela histórica nacida del evolucionismo idealista, se dé una marcada referencia del evolucionismo mecánico.

Schelling concibe la voluntad general como voluntad objetiva; el mismo absoluto de la naturaleza, voluntad activa que da nacimiento a los organismos morales. Para él la Filosofía del Derecho tiene que ocuparse de mostrar como aquella voluntad ha de engendrar necesariamente el Derecho y el Estado, sus principios y sus sucesivas apariciones históricas, las cuales expresan siempre lo uno, lo absoluto. De aquí toma Savigny su punto de partida. Otro motivo de unión se da al señalar este último como problema de la ciencia del Derecho el buscar la conexión íntima entre las reglas del Derecho, como para Schelling hallar la conexión entre las formas de la naturaleza es el problema de la Filosofía.

Hegel identifica el Derecho con la moralidad absoluta de la que el pueblo es la expresión sensible. El mundo moral está por encima de la conciencia del individuo; las leyes morales no demandan de él y si a los individuos se refiere es en cuanto son algo del espíritu de un pueblo. Las costumbres que son para él expresión del obrar de los individuos, no participan por lo tanto de la categoría que al Derecho concedo; se coloca así muy lejos del historicismo.

Cada pueblo es para Hegel él un órgano de los grados del desarrollo del espíritu universal. El Derecho dice Savigny solo puede ser mostrado en cada pueblo porque únicamente en cada uno de ellos existe la comunidad de pensamiento y de acción necesarias aunque en cada uno lo que obra es el espíritu general humano manifestado de modo individual¹³ .

Es indudable que Savigny no emplea sino en el Sistema la expresión “espíritu del pueblo” que está en Puchta y antes en Hegel¹⁴ . En los Históricos el Volksgeist no puede ser original. Lo conciben como la comunidad espiritual de todos los miembros del pueblo, como una actividad productora real. Esto no concuerda con su teoría sobre la persona jurídica. La atribución de personalidad a una asociación es una ficción¹⁵ . Para Hegel el pueblo como

acabamos de apuntar es la expresión sensible de la moralidad y el Geist eines Volkes es un momento del devenir gradual del espíritu absoluto.

Difiere Hegel de Savigny en que no se preocupa de los orígenes; le consta que existan Derecho y Estado. En cambio, el método de Savigny consiste en ir a ellos para probar que la producción jurídica es espontánea. Así considerado es contrarrevolucionario antes que romántico. Pero además para Hegel los conceptos generales jurídicos son categorías lógicas y no históricas.

En otro lugar aludimos a la unidad sistemática de una experiencia jurídica dada. En esto está cerca Savigny de Schelling y muy lejos de Hegel. Para éste la experiencia forma un modo de unidad por la inmanencia de ella de la Idea. El Derecho romano es un sistema porque obedece a las condiciones de unidad de la vida romana. Para Savigny procede la unidad de un Derecho de la inmanencia en él del alma nacional, alma nacional de la que Schelling habla y que no aparece en Hegel. Schelling, en efecto, fue el primero en referirse y dar por supuesta una estructura intelectual latente en las costumbres, que es como el esquema, como los principios directores que en Savigny adquieren tanta trascendencia.

Savigny oye a Schelling en 1799 y en 1800 le conoce personalmente. En su correspondencia de esta época denotan desde luego las enseñanzas que en Jena recibe. En algunas de sus cartas inserta pensamientos del maestro: «Este fin artístico no tiene nada que ver con la intención del artista; puedo representarme al artista más completo, sin conciencia de la menor intención artística: consigue el fin al que un Dios le guía y admirado contempla la obra que creó». En esta frase se contiene explicado el amor especial de la escuela de Savigny por el crecimiento inconsciente del pensamiento histórico; basta sustituir la obra de arte a que alude por el Derecho.

La distinción kantiana entre naturaleza y espíritu es rota por Schelling, el cual traslada este pensamiento al Derecho haciendo de la ordenación jurídica una «ley superior de la naturaleza, como una segunda naturaleza». La ley jurídica como una especie de ley natural en la que la voluntad universal es objetiva. Kant había definido en la naturaleza frente a lo mecánico lo orgánico, tanto en sus necesidades tecnológicas como en sus necesidades vitales. Schelling hace de la organización transportada a la vida espiritual y a la social, centro de su pensamiento para poder hablar de desarrollos teleológicos de fuerzas inconscientes. Así coloca como fundamento orgánico de la naturaleza «el alma del mundo».

«El Estado –dice Bruno Fischer, trasladando el pensamiento de Schelling– es un organismo que se desarrolla, ni puede ser hecho; la Historia es el arquitecto de ese organismo en el que la idea divina del Derecho se manifiesta». Tal vez Schelling se refiera al Derecho público; la originalidad de Savigny está en haber trasladado este pensamiento al Derecho privado. Uno y otro tienen también de común la oposición al Derecho natural y el ser conservadores en política, pero esto es más síntoma general de la época que cuestión de influencia personal.

Parece pues que Savigny ha encontrado en el ambiente de su época inspiraciones para su construcción; que entre ésta y la Filosofía de Schelling hay puntos de especial contacto y que si Hegel influye es a través de Puchta y en los últimos momentos de la elaboración savigniana.

Capítulo 1º. La doctrina de la Escuela Histórica.

1. En 1803 publica Savigny su tratado sobre la Posesión replicando a Thibaut y poniéndose por primera vez frente a este. En ese libro se establece que el Derecho no se produce a priori, sino que radica en la misma naturaleza de las cosas; se anuncia pujantemente el método, pero todavía no se dan los rasgos del origen y desenvolvimiento del Derecho. Cuando Alemania por esta época se libra de la dominación de Francia, durante la cual el Código de ésta había sido aplicado en algunos lugares, comprende la insuficiencia de su Derecho y distintas voces se alzan para pedir u ofrecer remedios. Distinguese Thibaut que en su libro *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen rechts für Deutschland* (1814) propone la formación de un Código único para toda la Alemania. Para conseguir esta unidad y favorecer la nacional indicaba las ventajas que un Congreso de juristas teóricos y prácticos traería, porque en algunos países los jurisconsultos por ser poco competentes dificultarían la tarea en vez de facilitarla. Justificaba la necesidad del Código alegando que muchas disposiciones estaban anticuadas y expuestas en forma defectuosa y que el Derecho romano era un Derecho extraño, muchas de cuyas leyes no correspondían ni a las necesidades modernas –pater, familias, tutela, curatela–ni a las condiciones del pueblo alemán, mucho más puesto que el Derecho romano introducido había sido el de la decadencia del Imperio. Pero había otro inconveniente más grave: El Derecho romano no lo conocemos, escribe Thibaut, porque sus textos auténticos no han llegado a nosotros; existen muchas ediciones diferentes con un número enorme de variantes, uniéndose a esto la diferencia de opiniones sobre la interpretación de cada texto que hacía muy difícil a los prácticos la elección del aplicable. Savigny contesta con su libro *De la Vocación de nuestro tiempo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho* (Heidelberg, 1814) planteando la cuestión sobre otro terreno; no piensa que el Derecho de su época sea bueno o malo, ni que la obra de Thibaut pueda ser considerada de otro modo que en relación con el momento histórico en que aparece, lo que explica en ella un cierto espíritu exaltador de la misión del presente, tan característico del siglo XVIII. Todas las ideas a discutir dependen de la que se tenga sobre el origen del Derecho. Aquí empieza la exposición de sus doctrinas. Es interesante también la revista para la escuela histórica que él funda por estos días y en la que lanza su programa y finalmente y como lugar en que quedan definitivamente precisados sus conceptos generales, el primer volumen de la colosal obra *Sistema del Derecho romano actual* (Berlín 1840).

2. Es propio de un organismo que cada una de las partes contribuya a cada una de las funciones del todo, o por mejor decir, que a cada miembro corresponda una parte en cada función. En los organismos rudimentarios la diferenciación de órganos por funciones es muy escasa; pero a medida que se asciende, en los sucesivos grados de la evolución, se acentúa la división de misiones llegando a darse en los superiores un órgano que realice la casi totalidad de la función. Decimos casi porque los demás miembros no dejan de participar de la función ya especializada. El sentido del tacto en el hombre p.ej., tiene su órgano propio, pero a la vez todo el cuerpo lo ejerce. Lo mismo puede decirse de la respiración. De un modo análogo plantea Savigny el proceso constructivo del Derecho el cual hay que seguir según él como proceso cognoscitivo.

La sociedad es un organismo vivo que va produciendo funciones en razón de su vida. A cada

función corresponde una manifestación que va creciendo con el desarrollo de aquella y que no es nada tomada parcialmente, en un solo momento; la unidad está en el espíritu colectivo y éste no se manifiesta plenamente si no en los sucesivos desenvolvimientos. Hay entre todos ellos un enlace de continuidad, como lo hay de armonía en los productos de las distintas funciones: así Derecho, costumbres, moral y creencias van dándose paralelamente y cualquiera de ellas tiene en todas las anteriores su antecedente. Por lo mismo la unidad nacional y la soberanía que Rousseau entiende realizada en una generación, en la existente, no se dan para Burke, como no se dan para [Friedrich Karl von] Savigny, si no en la serie de las generaciones. Esta doctrina recibe por él al estudiar las personas jurídicas una importante aplicación: me refiero a aquellos actos que a las sociedades le están vedados y en que el Estado debe intervenir para garantizar a los socios que vengan más tarde. Y no dándose «ninguna existencia humana separada», existiendo «una indisoluble comunidad con el pasado, siendo cada periodo continuación y desarrollo de los anteriores», no es posible concebir el presente de ninguna institución, como escribe [Otto von] Gierke, más que por un método genético y tenemos que reconstruir para su interpretación actual el pensamiento de que emana; si no llegamos hasta él la esencia del Derecho vigente nos escapará.

Nuestro tiempo está determinado por el pasado y no puede innovar apartándose de él. Este pasado que la Historia nos impone es necesario porque no depende de nosotros, pero es libre en cuanto nace del pueblo mismo, que no lo componen solamente los hombres actuales. Es decir, que el Derecho no es producto arbitrario de cada época, si no que procede de la esencia de la nación misma; se da en íntima armonía con las necesidades mejor conocidas por el instinto popular que por la razón. Este punto concreto es lo que da lugar a esta escuela; para fundamentar su afirmación construye toda su teoría del origen, fuente y desarrollo del Derecho. A ello quiere también Savigny reducir los términos del problema que trata de resolver. «La diferencia entre esta escuela y la nueva histórica está en la apreciación de la relación entre el pasado y el presente».

Los caracteres pues, de la escuela histórica son, como escribe Stahl, «la correlación del Derecho con la formación de la acción y con la conciencia nacional; la espontaneidad inherente de sus primeros orígenes y la ley de continuidad que rige su desarrollo».

Hasta aquí lo que pudiéramos llamar fundamental, pero surgen nuevas interrogaciones; las soluciones que a ellas va dando Savigny y que son deducciones de su concepción primera, forman como el acabamiento de su obra.

¿Ha cambiado la formación del Derecho o sus caracteres? ¿Los elementos que contribuyen a su producción son los mismos en todas las épocas? ¿Se dan siempre con igual intensidad o prepondera alguno? ¿Las leyes que presiden el nacimiento del Derecho rigen también los desarrollos posteriores? ¿La unión necesaria entre todos los principios de aquel, como producto orgánico de una conciencia nacional única, de un sentimiento uniforme de necesidades íntimas y no como imposición reflexiva, como un a priori, puede conciliarse con la adopción de otros Derechos extraños? ¿Cuál o cuáles deben ser las fuentes del Derecho? ¿Costumbre? ¿Ley? ¿Significado de la primera? ¿Misión de la segunda?

Hay un primer estadio en la cultura, correspondiente a la juventud de los pueblos en que el hombre responde a las primeras preguntas que su curiosidad le hace formular atribuyendo a todo un carácter mítico, indiferenciado, reconociendo una sola causa que está por

encima de todas las cosas y las explica todas. Más tarde, sucesivamente, para los nuevos modos de planteamiento de los problemas va encontrando maneras distintas de solucionar, que diversificando sus ideas sobre el origen y razón de ser de las cosas; este proceso de diferenciación es la Historia de la Ciencia y la Ciencia misma.

En aquel primer estado, pobre de ideas, es plena y profunda la conciencia que el pueblo tiene de sí y de sus condiciones; esta claridad manifiesta en el Derecho civil, le hace popular. Cada pueblo cree en la necesidad de aquel derecho como de aquella lengua, los cuales no podría cambiar en un momento dado¹⁶, pero ¿cómo dar fijeza a estas funciones intelectuales en épocas en que por la sencillez de pensamiento y por la fuerza con que lo concreto se impone es difícil llegar a una abstracción? Para la lengua el problema queda resuelto con el uso –órgano de su conservación–. El Derecho lo encuentra en el símbolo cuya plasticidad conviene mejor a la rudeza de estos tiempos, a la evidencia de los actos que representa, y a la gravedad y solemnidad que corresponden al gran aprecio en que se le tiene. Ni para el Derecho ni para el idioma –movidos por una fuerza latente– hay descanso; crecen con el pueblo, siempre bajo la misma ley de intrínseca necesidad y dependiendo orgánicamente de las costumbres. Pero esta dependencia en un grado más superior de cultura es difícil seguirla en los detalles, porque del mismo modo que en un grado mayor de desarrollo en los organismos, según decíamos antes, órganos especiales absorben la casi totalidad de la función y del mismo modo que el ethos (mundo moral) en la Historia de la Ciencia sucede al mito representando una nueva manera de interpretación más diferenciada, en la producción del Derecho las actividades engendradoras se concretan, separándose al complicarse la civilización. El Derecho se hace materia de competencia. Ya no es su productor el mismo pueblo, si no los juristas como sus representantes pues la unión con el pueblo no se rompe jamás. Ya pueden distinguirse dos elementos en la formación del Derecho: político uno, su dependencia de la vida del pueblo y técnico otro, su vida científica. Veamos cómo influye cada uno de estos elementos y qué formas adoptan.

El Derecho positivo brota del espíritu general que animará todos los miembros de una nación; «este carácter de unidad le hace ser recibido en la realidad de su conjunto» y «la regla aparece en su forma lógica desde que la necesidad se hace sentir, desprendiéndose de aquel conjunto y traduciéndose», mediante el símbolo «de un modo artificial». Es decir que al Derecho general porque se le considera como anterior a todos los casos dados se le llama Derecho positivo¹⁷. Por esto la costumbre adquiere una especial significación en esta escuela. No es aquella regla que nace de una primera solución arbitraria quizás y que, aplicada repetidas veces a casos análogos, por ser más fácil lo ya conocido, adquiere la consideración de regla jurídica y de este modo genera el Derecho, si no que por el contrario (y esto es importantísimo para comprender a Savigny) la costumbre es posterior al Derecho: no lo engendra; es solo el signo en el que aquel se reconoce. La conciencia del pueblo origen del Derecho es invisible y solo la reconocemos en sus externas y sensibles apariciones; una uniforme reiteración de actos es prueba de una fuente común que no se exterioriza arbitrariamente. La costumbre, la aplicación, es un signo de la existencia del Derecho, el cual tiene una realidad independiente de aquella. La costumbre no explica el Derecho: atestigua otra fuente de Derecho que está más honda y que en la superficie ha cristalizado de aquel modo.

Aunque el Derecho popular puro adquiriera la mayor exigencia, hay casos, detalles en que requiriéndose límites precisos se necesita de una decisión terminante que evite las

arbitrariedades de un modo más pronto y más seguro que el que aquel puede dar. Entonces viene «el Derecho positivo, traducido por la lengua en caracteres sensibles y revestido de una autoridad absoluta», lo cual «se llama ley». Su materia es el Derecho popular ya existente porque el legislador, sea cualquiera la forma del poder legislativo, está dentro de la nación, es hijo de su tiempo y reflejará las opiniones y necesidades de aquella y éste. La misión de la ley es siempre de garantía y aclaración. En este sentido recibe una segunda aplicación. En los grandes cambios que las nuevas necesidades exigen, el Derecho popular no encuentra inmediatamente la ordenación de todo el sistema de reglas; mientras tanto la ley debe acudir para acabar con esa inseguridad buscando «combinaciones y reflexiones que no pueden venir más que de una acción personal»; así la ley evita también las contradicciones que la admisión de un nuevo principio ocasiona, dada la encadenación de todas las instituciones. Es indudable la preponderancia que la ley adquiere por sus caracteres; pero precisamente por eso puede ser peligrosa si se entiende, como ha solido entenderse, que una vez dada debe desaparecer el Derecho consuetudinario. No han pensado los que así opinan que esto sería como establecer que una ley no podría ser derogada por un uso en contra; esto sería desconocer también que el único criterio para la determinación de la justicia de una institución está en su dependencia de la conciencia jurídica nacional y como ésta no procede por saltos, en el enlace de unas manifestaciones con las que inmediatamente le preceden. Compréndese fácilmente como cambia la misión del jurista. Su labor se reducía, cuando se pensaba la ley como producto arbitrario de la reflexión, como obra de un legislador, a hacer comprender la regla en el momento en que había de ser adoptada, encajándola en el plan existente y explicándola con relación a él. El presente es válido por sí y desde que existe no tiene para que acudir al pasado. Esta labor se ensancha cuando la obra legislativa se coloca en segundo lugar. Cada institución del pasado que vive en el organismo actual ha de ser explicada acudiendo a las fuentes lejanas de la tradición. El jurista es erudito y sobre todo historiador porque la Historia ocupa ahora lugar principal.

Es preciso decir algo, aunque no sea indispensable después de lo expuesto acerca de la opinión de esta escuela sobre la codificación, motivo ocasional de su aparición y determinación como doctrina. Uno es el argumento capital: las épocas en que es más viva la intuición del Derecho y más próspero su cultivo, no están por lo mismo necesitadas de Código. Las que no reúnan estas condiciones no son aptas para hacerlo. Las primeras, si lo hicieran para sus sucesores, los beneficiarían; las segundas, les harían un grave daño al cortar con una obra mala (así tendría que ser la hecha cuando no se domina la técnica y no se conoce la Historia) la comunicación con el manantial de la tradición; les perjudicarían también porque concentrando sobre la obra hecha toda la atención, se descuidaría la fuente viva del Derecho. ¿Cuál ha de ser el contenido del Código? Ya nadie admite que lo sea la razón, si no el Derecho vigente con aquellas modificaciones que motivos políticos aconsejasen. Será una obra técnica de los cultivadores del Derecho que no se distinguirá de las demás más que por la sanción del gobierno. Es evidente que la certeza, ventaja principal que de los códigos se espera, dependerá de la ejecución perfecta. Para conseguirlo se exigirá como Bacon quería, que el saber jurídico esté sobre el de los tiempos pasados para que pueda aprovecharse toda la obra de la antigüedad.

El Código no puede contener la decisión precisa de todos los casos posibles. Esta dificultad puede obviarse señalando aquellos datos que pueden llamarse teoremas fundamentales y conocidos los cuales, puede deducirse la afinidad entre unos y otros

principios y la relación de unos con otros teoremas, de igual modo que un triángulo puede conocerse cuando nos den dos lados y un ángulo. Esto es lo que da carácter científico a nuestra ciencia; esto es lo que no puede realizarse cuando no esté muy adelantada y lo que comprendieron y realizaron de modo maravilloso los jurisconsultos romanos, los cuales estudiaban cada caso como si fuera el punto central del que todo el Derecho hubiera de deducirse, pasando con gran maestría de lo general a lo particular y viceversa y considerando siempre como seres reales los principios fundamentales de que toda nuestra ciencia emana. La Historia da pruebas de que, en las condiciones más favorables para la codificación, no es preciso emprenderla. Papiniano, Ulpiano, Paulo fueron *præfecti prætoris* y habrían podido hacerlo. La misma Historia nos da ejemplos de que en las decadencias del Derecho se han producido las tendencias codificadoras, como si se pretendiera con las glorias de los antepasados ocultar la pobreza de la actual condición.

La Ley debe ser como un término, el esencial, deducido artificialmente del conjunto orgánico de la institución que vive en el depósito del pueblo. A la Jurisprudencia corresponde por un método contrario el desdoblamiento, el desmenuzamiento de la síntesis legal para reconstruir el todo orgánico de que la ley muestra solo una fase. ¿Cómo puede realizarse esto en una época en que tan deficiente es el dominio de la técnica, tan pobre el conocimiento de la Historia y en que falta el arte lógico y hasta el lenguaje es poco apropiado? Para hacer una ciencia la primera condición es tener una noción clara del Derecho vigente. Nos encontramos con un gran material de pasadas edades que influye sobre nosotros. El único medio de hacer beneficiosa esta influencia es su depuración; organizarla mediante un recto juicio histórico es el solo modo de convertir esa herencia en instrumento propio, evitándonos así considerar lo característico de cada pueblo como fruto de la razón y formar con ello un Derecho natural. El conocimiento histórico es un gran bien: nos hace ver el desvanecimiento lento de la individualidad potente de un pueblo por la adaptación de principios comunes a todos los demás. En las edades avanzadas la Historia tiene la ventaja de darnos vivamente, –frente al conocimiento del principio de asimilación que permite a una nación adoptar Derechos o religiones no producidas en su seno (el Derecho romano o la religión cristiana)–, la relación con el estado primitivo del pueblo, evitando así la pérdida de la mejor parte de la vida intelectual y moral de la nación.

Capítulo 2º. La doctrina de Merkel.

Se da en Merkel la más autorizada representación de una muy importante dirección jurídica contemporánea: el realismo, la fenomenología. Hay en su doctrina, que expongo sucintamente, un gran sabor de positivismo; del positivismo, viene en efecto su principio de la lucha como él le concibe y su método de observación y generalización. El mismo nombre de fenomenología –expresión valiosa y clara de lo que es «la Ciencia general del Derecho»– nos dice anticipadamente cual sea su concepción. Sin embargo, este realismo positivista no es metódicamente distinto de las últimas aplicaciones del historicismo. Sin duda el arraigo y éxito de aquel hubieran sido muy escasos sin la tradición histórica que le había preparado el campo. Mezclanse pues en cierto modo ambas tendencias de tal manera que [Rudolf] Stammler sin ser impreciso puede refutar las dos direcciones en sus líneas generales de método, de una sola vez, sin distinguirlas.

Veamos en sus contornos la teoría de Merkel. Los grandes progresos de la observación han hecho surgir problemas generales que reclaman para su solución la formación de grandes

síntesis sobre los datos aislados. Realiza la Filosofía esa misión unificadora, sin que sea por esto una cosa aparte y distinta de cada ciencia, si no un elemento, el más general, de la misma.

Esta concepción se traslada de lleno al campo jurídico. Preténdase resolver en él la antítesis entre la ciencia positiva del Derecho y la Filosofía del Derecho en la Ciencia general del Derecho que es a la vez como estudio de fenómeno, Ciencia positiva y como Ciencia, Filosofía. Cuatro consideraciones fundamentales justifican la legitimidad única de aquella disciplina:

1º. La distinción entre teoría y práctica jurídicas debe considerarse desaparecida en nuestro tiempo merced al progreso; unidas hoy hasta el punto de formar una misma cosa, no hay motivo para separarlas científicamente. Debe por tanto considerarse desaparecida la Filosofía del Derecho como Metafísica y ser estudiada como Ciencia que se consagra a la elaboración y explicación histórica de los fenómenos jurídicos y de sus nexos causales y que tiene por principios directivos las mismas nociones que la Jurisprudencia, sus mismos fundamentos históricos.

2º. Solo admitiendo el dualismo de forma y contenido en el Derecho puede establecerse la división en Filosofía y Jurisprudencia. Con ella una y otra disciplina quedan rebajadas de categoría, como quiera que se las reduce a una contemplación fragmentaria de su objeto; a la Filosofía corresponde el estudio del elemento ético del Derecho y a la Jurisprudencia el del económico.

3º. Para mantener la división que se viene impugnando es necesario oponer un Derecho positivo a un derecho que debe ser. Pero esta antítesis solo puede ser resuelta en cada caso y en vista del mismo derecho positivo.

4º. Si se quiere volver a la antigua distinción será necesario dar un fundamento a cada una de las dos ciencias. Pero el fundamento del orden jurídico universal es el mismo que el del particular, porque lo universal es un elemento que está en lo particular y de él sale en una generalización ascendente.

Un camino histórico puede conducirnos al mismo resultado de proclamar la legitimidad de la Ciencia general del Derecho.

Desarrollándose en un principio las ideas jurídicas como algo tradicional, divino, de convicción común, independiente de la voluntad y que a ella se impone. Los gobernantes deben apoyarlas con sus medios y los jueces hacerlas valer en sus decisiones. Posteriormente, la voluntad del Estado es la creadora del Derecho, pero de un Derecho inferior, subordinado todavía al natural al que sirve de complemento. Más tarde aumenta la actividad legislativa; la costumbre se relega como cosa circunstancial, relativa. La importancia del Derecho natural disminuye pasando de fuente principal a complemento del positivo. Se establece de nuevo el dualismo entre éste y las ideas éticas del pueblo que le sirven de criterio y si el natural renace es sin pretender valor inmediato porque me ha producido el convencimiento general de que sus sistemas, como el mismo Derecho positivo, son hijos de condiciones históricas. Entonces viene la Ciencia general del Derecho a suprimir totalmente el dualismo estudiando la función efectiva del Derecho positivo, sus condiciones, el origen de sus fuerzas. Se limita la Filosofía a saber lo que es y comprenderlo, debiendo encerrarse en la esfera del ser, ya se entienda a que los motivos prácticos y la finalidad de nuestra conducta no salen de la experiencia, ya a la

consideración de que la noción del deber no nace sino del juicio sobre el ser de igual modo que el médico deduce el estado normal de la comparación de los hechos de los hombres sanos y de los enfermos. Es pues, el objeto de la Filosofía sacar de la conciencia del presente los principios jurídicos que satisfagan nuestros intereses y nuestro sentido moral sin salirse de la realidad.

El Derecho es para Merkel una manifestación de voluntad, un medio para servir nuestros intereses. Su fuerza puede ser o mecánica o espiritual y moral. Las reglas que solo por la coacción se siguen no son Derecho. Su obligatoriedad, su valor, dependen de que rijan, de que el pueblo las obedezca por respeto moral, por su conformidad con el sentido ético o con sus ideas de justicia o por la conciencia de su utilidad. Una norma arbitrariamente dictada no es Derecho hasta que las fuerzas morales del pueblo a ellas se inclinan obedeciéndola voluntariamente. Estas exigencias éticas en que el Derecho se apoya no forman un sistema en su contenido, sino que se producen por un trabajo colectivo y sus distintos influjos¹⁸. Por eso la conformidad del Derecho con los intereses sociales y con las ideas morales ni presupone un espíritu nacional, ni una unidad de sujeto, fuente única, si no muy diversos factores en lucha siendo el Derecho el medio de homogenización de los elementos discordes. Pero como apenas producida esta homogeneidad nuevos hechos en oposición a los anteriores se presentan la misión transaccional del Derecho se renueva continuamente.

La Filosofía del Derecho considerada como un Derecho ideal cuyas normas tienen siempre el mismo valor independiente de toda regla positiva, no tiene presentes ni la subjetividad de su criterio, ni la dependencia de este de circunstancias históricas, ni la relación de lo ético-jurídico con otros factores sociales, ni el carácter oportunista del Derecho. Estas condiciones se tienen en cuenta en la «Allgemeine Rechtswissenschaft» que, como completo de las ciencias jurídicas particulares, supone un cierto desarrollo de estas. Tiene con respecto a ellas dos grupos de funciones principales: 1º (Relativo al Derecho actual) Interpretarlo, sistematizarlo y explicarlo en relación con los factores psicológicos e históricos a que obedece en su totalidad y en cada momento, siguiendo para la determinación de las condiciones generales de su manifestación en la Historia el proceso espiritual de su evolución, proceso que nos dará los supremos criterios para juzgarlo; para este juicio del Derecho en su sentido general son necesarios trabajos históricos y comparados, trabajos de Ética, Economía, Etnografía, etc., y 2º Reformarlo, para que pueda ser válido a medida que cambian los estados sociales. Para ello es preciso comprender el Derecho en general, sus condiciones especiales y sus cambios. Esto está comprendido en la Ciencia general del Derecho puesto que estudia la parte general de todos los Derechos positivos en común y la general de cada uno de ellos.

Capítulo 3º. Stammler. Refutación crítica del método histórico.

La escuela histórica del Derecho o el método histórico, domina y se hace dueño de la jurisprudencia en Alemania durante el siglo XIX. Esta supremacía se acentúa más, cuando el positivismo, llevado al campo del Derecho, coincide con las derivaciones de aquella escuela en el método de observación y generalización.

Stammler, valioso intérprete del kantismo en lo jurídico, antes de la construcción de una doctrina del Derecho desde un punto de vista crítico, ha dedicado grandes esfuerzos a

combatir aquellas tendencias. En cada obra suya dedica especial cuidado a esta cuestión. Tal vez lo continuado y tenaz del empeño, que ha hecho de su tarea una obsesión, tal vez la dificultad de vencer procedimientos tan arraigados, le han llevado a extremos que no concuerdan con la más autorizada dirección neo-crítica contemporánea.

El profesor de Halle consideró como necesidad previa a la edificación de su sistema la refutación del método dominante. Por eso toma en su primer trabajo el problema en conjunto tal como lo encuentra, sin preocuparse de reconstruir en la pureza íntegra de sus detalles todas las doctrinas actualmente coincidentes en sus resultados; se refiere a aquello que tienen de común la casi totalidad de los filósofos del Derecho sin tener en cuenta ni su origen, ni su filiación. Según él son tan hondas las divergencias producidas en el desenvolvimiento de la escuela histórica –de las que no se ocupa– que entre todas sus direcciones no podrían señalarse en el momento presente más que dos características: una más aparente, la oposición al Derecho natural; y otra, el método que la actual jurisprudencia ha conservado. A deshacer ese fantasma de la derrota del Derecho natural y a probar la incapacidad del método histórico para resolver los problemas fundamentales jurídicos consagra su primer artículo. En trabajos posteriores va más cerca de la doctrina histórica propiamente tal, exponiéndola más en sí misma y la examina y refuta desde otros puntos de vista. En esta exposición que hacemos de su doctrina en lo que a nuestro asunto se refiere, procuraremos incluir uno y otro orden de consideraciones.

El punto central de la escuela histórica es el espíritu del pueblo, la conciencia nacional. ¿En qué consiste? Junto a los hombres y como fuera de ellos hay unas esencias súper-individuales, cuya realidad se muestra en la experiencia por las convicciones comunes de los miembros de la nación. Una de esas unidades reales es el pueblo, lazo espiritual a través de las generaciones, conjunto de fenómenos psicológicos cuya demostración científica tal vez no pueda alcanzarse, pero cuya existencia se aprecia en sus productos. Esta unidad de conciencia que informa al pueblo, si se dirige a cosa jurídica engendra el Derecho y es claro que éste, producido por esa fuente única, latente, que actúa sobre todos sus individuos, aparece como necesario, uno y el mismo y que las proposiciones jurídicas todas tienen su unidad en aquel espíritu. Si se trata de conocer el modo de actuación de este, lo fundamental es el conocimiento histórico porque lo devenido se manifiesta en los momentos de la evolución y porque no pueden conocerse sus caracteres si no en sus manifestaciones exteriores. Establecida de esta manera hipostática la raíz y madre de toda institución jurídica y no siendo posible el estudio en sí de esa causa productora, toda crítica del contenido de un Derecho es estéril, o por mejor decir, no cabe crítica, porque no podemos ponernos en un plano superior a lo criticado, ni tenemos tampoco una medida independiente de aquello a que ha de aplicarse y, por otra parte, no es tampoco hacedero un estudio del ser del Derecho en su relación con el devenir. ¿Hemos de rendirnos ante esta exaltación de todo lo existente y admitir que lo que es necesario causalmente, genéticamente considerado es también necesario sistemáticamente? ¿Hemos de dar por absolutamente buenos todos los contenidos que a la voluntad regulan, con la sola afirmación de su natural nacimiento en la Historia? Lo necesario es muchas veces accidental si a una consideración histórica sustituye un examen crítico. De otro modo todo lo que existe estaría justificando; este es el pietismo. La escuela histórica supone para ese su examen genético, un ser animado y pensante como único modo de explicación de la vida social. Pero independientemente de que pueda considerarse la existencia en común sin que sea una unidad corpóreo-espiritual, un ser súper-individual al que afluyen, en el que se dan como en conjunto los espíritus individuales, no se ha demostrado la necesidad de

aquella representación del pueblo, o de otro modo la imposibilidad en que se está de investigar científicamente la vida social como objeto propio por cualquiera otro medio que no sea aquella «representación traslaticia».

Pero si el pueblo existe naturalmente junto al hombre tendrá que someterse a las leyes de la experiencia y en ésta, el espíritu popular causa de las tesis jurídicas, será a su vez efecto. Para la escuela histórica el Volksgeist no es producido por sí mismo, está por encima de todas las modificaciones y es la unidad de ellas. Esto contradice las leyes de la experiencia.

Análoga cuestión se presenta al tratar de las características nacionales. ¿Es necesaria la suposición de una fuerza fuera de nosotros para hacer ver metódicamente la posibilidad de la existencia de caracteres comunes entre todos los que participan de una misma vida de Derecho? No es legítima la representación de una vida social como un agregado de hombres que pueden ser pensados individualmente, pero no lo es tampoco hipostatar aquella vida dándole una existencia frente a los individuos. Es suficiente pensar en influencias recíprocas de individuo y sociedad para hacer ver la posibilidad a que se refiere la pregunta que antecede. Además, ¿cómo explicar las características internacionales más extendidas cada día en relación con la civilización? La explicación es otra. Un fin social es cualitativamente distinto de dos fines individuales, como que se trata de dos direcciones de la conciencia cualitativamente diferentes también: el pensamiento social y el individual. El primero lleva al hombre a abandonarse a una voluntad organizada de un cierto modo. Esta organización, regularidad o legitimidad que el pensamiento social supone, es una condición formal de la vida social y no algo empírico (como el espíritu del pueblo que en la experiencia se da) no una magnitud, una fuerza –llena de contenido– sobre los individuos. Pero los caracteres nacionales no se refieren a esas condiciones formales si no en cuanto han de recibir de ellas una dirección como material empírico que son de la vida jurídica.

Por reducir a unidad lo que ha de refutar o por no dar ocasión a mayores separaciones entre los juristas-filósofos –como Stammler expresamente escribe– en su primer trabajo Sobre el método de la teoría histórica del Derecho, huye de dar en los términos del planteamiento de la cuestión nada que pueda parecer una solución anticipada y de establecer consideraciones doctrinales de carácter general. Aunque así la cuestión no se pone en terreno tan firme, se impide toda polémica sobre la admisión previa de los términos empleados, que causaría mayores desacuerdos aun, y se evita toda acusación de sectarismo. Así plantea la cuestión tal como la escuela histórica la concibe y hace dos preguntas que nadie puede rechazar porque nacen de la misma naturaleza de las cosas y a nosotros se imponen. Se trata por la escuela histórica de señalar las fuerzas que toman parte en la producción del Derecho, de la determinación de su naturaleza y de su reducción a un factor último invariable. Exige dicha escuela como único método para toda consideración filosófico-jurídica la generalización de los casos históricos mediante las observaciones empíricas a través de las producciones de Derecho. «Una manera unitaria de formular los fundamentos reales de todo nacimiento de Derecho sobre la base de una investigación empírica que ha de generalizarse». Intenta Stammler demostrar la impotencia de este método para contestar a dos cuestiones fundamentales: 1º «¿Aquello que es Derecho debería también ser Derecho?». 2º «¿Cómo es posible que de la infracción de un Derecho pueda nacer un nuevo Derecho?»

La primera pregunta se refiere a si la justicia de una institución está a salvo por el hecho de su existencia. La segunda hace relación a la continuidad en la producción del Derecho y a

si no debe considerarse justo lo que nazca sin sujetarse a esa ley de enlace, bien independientemente de ella, bien, como sucede a veces, en contra. La primera cuestión no podría ser formulada de otro modo por Stammler. En efecto la Filosofía del Derecho se ha sustituido en él por la Filosofía social; el primer concepto que estudia es el de sociedad. La vida social, la cooperación de los hombres para satisfacer sus necesidades, da lugar a un contenido, a una materia de la que el Derecho es solo forma porque sería contradictorio pensar que de la totalidad de la experiencia social podemos sacar lo jurídico si no tenemos previamente su concepto. Y aquí está lo característico. Frente al Derecho natural del siglo XVIII que podía dar un Código ajustado a la razón, un Derecho del que podrían deducirse hasta las últimas disposiciones, se levanta de modo terminante este escritor librándolo de todo contenido y dejándolo reducido a un criterio para determinar la justicia de un Derecho histórico. El Derecho es siempre positivo y la Filosofía lo que puede darnos es una función o modo para ordenar lo jurídico dentro de la total experiencia social, una forma para juzgar el Derecho, pero no una serie de cantidades jurídicas. He aquí por qué la pregunta establecida en primer lugar no puede traducirse por esta otra: «¿Qué es lo que debería ser Derecho?» Esto equivaldría a volver al Derecho natural mencionado pidiendo la determinación precisa a priori de las reglas de la totalidad jurídica, que tendrían carácter universal y que dejarían a un lado el conocimiento histórico.

Con relación a aquella cuestión, ¿qué puede darnos el método de la investigación evolutiva o histórica? La conexión entre un fenómeno particular y otro particular también, la dependencia en el tiempo de las instituciones, único resultado de que de aquel modo pueden conseguirse, ¿destruirán la duda que legítimamente asalta a todo jurista sobre el Derecho de su Derecho?

Preocupase aquella tendencia de señalar los factores determinantes de la producción del Derecho y cabe preguntar: aquellas fuerzas ¿cobran de tal modo que no pudiera producirse lo contrario de lo que ellas hicieron nacer? Es indudable que la escuela histórica nunca se ha planteado, ni por tanto resuelto, en estos términos el problema de la necesidad natural, ineludible de aquellos factores, pero ha pretendido deducir de la investigación empírica los medios de crítica del orden jurídico existente y a la vez lo que haya de sustituirle. El problema admite un doble punto de vista: la necesidad en la producción del Derecho y la libertad en el legislador.

Si el Derecho se produce necesariamente no hay cuestión; lo que existe debe existir. Pero es precisa la distinción entre la existencia de fuerzas productoras del Derecho y la absoluta necesidad de su acción; porque las haya, no ha de declararse que sean las que debiera haber. Nos autoriza a esta consideración el que esta escuela no ha establecido la distinción entre el hecho y la legitimidad del mismo.

En el segundo aspecto, vista la cuestión desde el legislador, se nos ofrece desde el primer momento una alternativa. Basta indicarla para comprender la posibilidad de contestar en un sentido o en el contrario. Puede pensarse que el legislador se determina necesariamente y en virtud de motivos empíricos a obrar en un cierto sentido. En este caso nos ponemos de nuevo en la hipótesis anterior la cual supuesta, hace imposible el problema de la justicia de lo establecido. Puede también pensarse, y este es el otro extremo, que el legislador reproduce en sus acciones como una voluntad racional y entonces se levanta la duda de si habrá obrado rectamente, duda que exige para satisfacerse un canon de valoración objetiva. El problema así planteado es terminante. Si la escuela histórica pretende emitir apreciaciones universales sobre un Derecho de

colocarse en uno de los extremos de la alternativa. Han procedido lógicamente con su propia doctrina al no hacerlo así. De otro modo se hubieran salido de la investigación exclusivamente empírica de los derechos históricos que era su tarea y lema. No han sido tan rigurosos cuando no pudiendo vencer la necesidad –no era posible– de buscar un punto de mira hacia el que el Derecho debe encaminarse han intentado por otro camino y sin salirse de la experiencia encontrar un criterio; la contestación a si algo debe ser la derivan de la investigación histórica de otros hechos, de los que deducen el ideal jurídico de cada época¹⁹. Este ideal cambia al realizarse temporalmente, al legislador corresponde el cuidado de acomodar a él el Derecho en cada momento. En resumen y dejando aparte lo relativo a la determinación de ese ideal, nos encontramos con un legislador cuya libertad se pone en primera línea, pero obligado a dar soluciones en armonía con una convicción jurídica.

Por qué ese ideal jurídico es relativo, histórico, sacado de la observación empírica es indudable que se da en la experiencia. Se dice que aquel ideal influye sobre las acciones del legislador que son de experiencia también. La libertad consiste en determinarse según principios objetivos, necesarios, que no pueden darse en ninguna experiencia. La relación entre dos objetos de experiencia se realiza siempre sometiendo a la ley de la causalidad; luego un legislador libre sometido a la conciencia jurídica nacional es contradictorio.

Resulta que ni de la investigación histórica del Derecho existente, ni de la de los otros hechos puede deducirse lo que debe ser el Derecho. La escuela histórica al rechazar un ideal jurídico a priori y admitir solo uno relativo, se ha incapacitado para resolver el problema que aquí se plantea; solo puede admitir la ley de la causalidad o que el legislador influido por un motivo exterior y empírico puede sin embargo desviarse de él y ser en este caso objeto de censura.

Las leyes contienen disposiciones relativas a su reforma y puede señalarse como carácter de los Estados más cultos, el nacimiento de la regla legal, en concordancia, la mayor posible, con el sistema existente. Pero sucede a veces que aquellas disposiciones no se cumplen o se pasa por encima de esta concordancia y en ocasiones se reconocen hechos o no amparados, o expresamente prohibidos por la organización jurídica anterior. La segunda parte de la refutación de Stammler se encamina a poner de manifiesto como la dirección que combate ni ha dado ni podría dar con su método una nota común única que siendo como la característica calificadora del Derecho nos diese la unidad de sus diversos modos de producción en la experiencia.

Para la escuela histórica el espíritu del pueblo es la fuente última del Derecho, pero Savigny reconoce que el acaso puede traer elementos extraños a aquel. Estos elementos son absorbidos por la fuerza moral del pueblo o no. En el segundo caso se produce un estado morboso. El dar a este estado el carácter de anómalo es lo contrario de nuestra pregunta; es admitir la posibilidad de que domine un Derecho contrario a la conciencia popular. ¿Y después de esto puede sostenerse que sea principio único esa convicción que admite excepciones? ¿Qué principio explicador es éste que no sirve para todos los casos? Los primeros históricos no dan solución. Los posteriores equivocan el método para encontrar aquella unidad. La generalización nos da testimonio de los hechos, pero no de su necesidad.

Porque la Historia de una evolución es analítica y puede darnos un conocimiento

retrospectivo de los cambios, pero para elevarnos de estos a la universalidad de lo que cambia hemos de tener cuando vamos a la Historia la pregunta, hemos de llevar un juicio fundado sistemáticamente sobre lo que queremos conocer. Analíticamente podemos saber, por ejemplo, que no ha habido nunca más que una fuente jurídica, pero no puede este método darnos la garantía de que no será contradicha aquella ley porque su carácter necesario hace imposible todo Derecho que la viole.

No puede aquella doctrina decirnos, en resumen, «en qué se conoce en general que algo es Derecho» ni tampoco «si no se dan ciertas condiciones constantes bajo las cuales es posible únicamente en cada momento la idea del Derecho».

Posición de la escuela histórica frente al Derecho natural. Los maestros del historicismo se limitaron a considerar el Derecho natural como complementario y lo apartaron expresamente de sus trabajos. Posteriormente no se le menciona y se prescinde del problema. En nuestros días se da por verdad recibida inconcusamente la de la no existencia del Derecho natural. Hoy se considera que no merece esta cuestión ser de nuevo estudiada por estar sobradamente probada su ilegitimidad. Así se expresa Stammler para oponerse a esa opinión ligeramente admitida y para demostrar que los principios de aquella escuela no han podido negar el Derecho natural. El método de generalización que ella emplea solo puede dar las dos objeciones siguientes: 1º. Nunca ni en el pasado, ni en el presente se ha mostrado un Derecho natural con existencia efectiva. 2º. Es completamente imposible con respecto al futuro que se dé nunca en la experiencia un Derecho de esa naturaleza. Estas dos objeciones son solo aparentes. La no existencia empírica del Derecho natural nada dice para el problema de su realidad objetiva, como nada dice tampoco la negación de aquel para la misión humilde de llenar las lagunas del positivo. La cuestión se refiere pues, a si se han dado o no las condiciones necesarias para una total o parcial aplicación a la práctica de aquel Derecho, y no a la posibilidad de demostrar por principios su existencia como criterio para lo justo.

Lo mismo puede decirse de la segunda objeción, insistiendo una vez más en que el conocimiento de lo que es no puede darnos el de lo que debe ser. Y nada vale invocar los distintos estados de cultura porque el Derecho natural no supone la aplicación de tales o cuales proposiciones jurídicas a una situación determinada. Aquellas observaciones afirman válidamente con respecto al pasado y caprichosamente para el futuro que en la realidad no se han dado ni han de darse las condiciones para que aquél rija. Pero queda a salvo la legitimidad de su existencia como punto de mira constante en el establecimiento del Derecho.

No hay contradicción entre la existencia de una idea con arreglo a la cual todo el Derecho positivo debiera producirse y la afirmación a que solamente el historicismo se ha consagrado, de que aquel se determina positivamente por factores empíricos. Son dos problemas distintos lógicamente: lo que es el Derecho y lo que debe ser. El conocimiento de un objeto no es el de sus manifestaciones, ni estas pueden nunca autorizarnos a dar un juicio de valor universal.

Se trata en fin de colocar a la Historia en su puesto: al fin del proceso científico, no al principio. Hay que hacer una previa determinación de valores para poder dar una significación objetiva a un fenómeno histórico. Cada ordenación jurídica ha de concebirse como una individualidad histórica porque no hay un Derecho natural aplicable a todos los tiempos y a todos los pueblos y en este sentido la Ciencia jurídica toma como guía el

método histórico. Lo que no es legítimo es hacer de este el único y creer que por encima de la pluralidad de reglas y de instituciones estudiadas según él, no queda intacta como problema de ordenación jurídica la vida social en su totalidad y unidad inseparables. El Derecho viene a servir necesidades e intereses que cambian, que se forman los unos sobre los otros; pero precisamente este cambio exige un modo de explicación que se base sobre algo más fijo que las mudables formas sociales. Este parece ser el sentido de Ihering cuando pide más atención para el aspecto funcional del Derecho, y sobre todo el de Degenkolb que cree imposible una comprensión verdadera si no se atiende a la conexión final de los elementos jurídicos.

A la consideración de los procesos históricos como estadios y partes de una evolución que se influyen y necesitan mutuamente añádese con Rickert, en la dirección de un fin común.

Enrique Ramos Ramos (firmado y rubricado), Madrid 26 de noviembre de 1912. [Recibido el 12 de noviembre de 2018].

Bibliografía de la editora del texto, al carecer la tesis de la misma

Alcaro, Francesco, Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di un'evoluzione, Giuffrè editore, Milán, 1976.

Barberis, Mauro, Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea, Il Mulino, Bologna, 2008.

Bellomo, Manlio, Per una storia del diritto privato medievale, Andavia, Santiago de Compostela, 2011.

Below, Georges von, Der deutsche Staat des Mittelalters. Ein Grundriss deutschen Verfassungsgeschichte, Verlag von Quelle & Meyer, Leipzig, 1914.

Bonini, Roberto, Disegno storico del diritto privato italiano (del codice civile del 1865 al codice civile del 1942), Patron, Bologna, 1982.

Brunner, Heinrich, Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, Hermann Böhlau, Weimar, 1931, 2 vols.

Chevalier, Jacques, Histoire de la pensée, vol. 3, La pensée moderne de Descartes a Kant, Flammarion, Paris, 1961.

Collins, Paul, Birth of the West: Rome, Germany, France and the Creation of Europe in the Tenth Century, PublicAffairs, New York, 2013.

Collmann, Karl Christian, Die judicielle Rechtswissenschaft im Grundriss: nebst einer Kritik des von Savigny'schen Systems, Carl Heymann, Berlin, 1851.

Cossart, Paula, "Rudolf Stammler et le matérialisme historique", en Genèses, n° 51 (2003), pp. 162-163.

Coutu, Michel, "Weber Reading Stammler. What horizons for the Sociology of Law", en Journal of Law and Society, vol. 40, n° 3 (2013), pp. 356-374.

Darbellay, Jean, *La réflexion des juristes sur le droit et la politique*, Éditions Universitaires, Fribourg, 1987.

Denneler, Iris, Friedrich Karl von Savigny, Staap, Berlin, 1985.

Domingo Oslé, Rafael, edit., *Juristas universales*, tomo 3, *Juristas del s. XIX*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Faggion, Lucien y Regina, Christophe, *Récit et Justice. France, Italie, Espagne*, Presses Universitaires de Provence, Aix-en-Provence, 2014.

Greenfeld, Liah, *The Spirit of Capitalism*, Cambridge, Mss., Harvard University Press, 2001.

Gurvitch, Georges, *La idea del Derecho social*, Edición, traducción y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005.

Güterbock, Karl Eduard, *Bracton and his relation to the Roman Law. A contribution to the History of the Roman Law in the middle ages*, trad. al inglés de Brinton Coxe, J. B. Lippincott, 1866.

Hobbes, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, traducción al francés con introducción y notas de Gérard Mairet, Gallimard, París, 2000.

Hobhouse, Leonard Trelawney, *Liberalismo*, con edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", Comares, Granada, 2007.

Holdsworth, William Searle, *An Historical Introduction to the Law Land*, Oxford, 1927, reimp. Scientia Verlag, Aalen, 1977.

Jhering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Jouvenel, Bertrand, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Hachette, Paris, 1972.

Kim, Ki-ch'ang, *Aliens in Medieval Law: The origins of Modern citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge y New York, 2000.

Köbler, Gerhard, *Bilder aus de deutschen Rechtsgeschichte*, C. H., Beck, München, 1988.

Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Opera philosophica, quae exstant latina, gallica, germanica omnia*, reed. R. Vollbrecht, Scientia Verlag, Aalen, 1974. [En particular, *De notionibus juris et justitiae*, 1693, pp. 118-120].

Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Réflexions d'un anonyme, sur une lettre de Mr. Leibniz, écrite a Mr. L'Abbé Nicaise*, 1697. Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, Paris 1992.

Malia, Martin, *Histoire des révolutions*, trad. del inglés por Laurent Bury, Éditions Tallandier, Paris, 2008.

Marini, Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1962.

Martinek, Michael y Sonnekus, Jean, "Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) – die lewe en werk van 'n beduinde Duitse juris en sy belang ook vir die Swei-Afrikaanse reg", en *Fundamina: A Journal of Legal History*, vol. 16, n^o 1 (2010), pp. 211-234.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat baron de la Brède, *Oeuvres, avec éloges, analyses, commentaires, remarques, notes, réfutations, imitations*, Libraire Dalibon, Paris, 1826, 8 vols.

Moor, Pierre, *Perméabilités du système juridique*, Québec, eds. Université Laval, 2016.

Moscatti, Laura, *Italianische reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Viella, Roma, 2000.

Oberländer, Samuel, *Lexicon Juridicum Romano Teutonicum*, ed. Rainer Polley, Nürnberg, 1753, reed. Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 2000.

Perelman, Chaim, *De la Justicia*, Centro de estudios filosóficos, Universidad Autónoma Nacional de México, Mexico, 1964.

Rabinovich-Berkman, *Historia del Derecho. Una máquina jurídica del tiempo. Un viaje a partir de testimonios, a los orígenes de nuestras construcciones jurídicas*, Porrúa, México, 2016.

Roth, Rudolf von, *Urkunden zur Geschichte der Universität Tübingen aus den Jharen 1476-1550*, Tübingen, 1877, reimpr., Scientia Verlag, Aalen, 1973.

Rudá, Antonio Sólón, *Breve historia del derecho penal y de la criminología (Del primitivismo criminal a la era de las culturas)*, IJASR, Buenos Aires, 2017.

Ruggiero, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos Posada, edición de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2005.

Savigny, Friedrich Karl von, *Il diritto del possesso. Trattato civile*, Pezzati, Florencia, 1839.

Savigny, Friedrich Karl von, *Briefwechsel mit Friedrich Bluhme: 1820-1860*, Bouvier, Bonn, 1962.

Savigny, Friedrich Karl von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Mohr, Heidelberg, varias eds.

Savigny, Friedrich Karl von, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, trad. italiana, Forni, Bologna, 1968.

Scott, Samuel Parsons, *Medieval law. Lawyers and their work*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001.

Stammler, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Oldenbourg, 1922.

Stammler, Rudolf, *Theorie des Rechtswissenschaft*, Halle, 1923.

Stoll, Adolf, *Der junge Savigny: Kinderjahre, Marburger und Landshuter zeit Friedrich Karl von Savignys: zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Romantik: mit 217 Briefen aus den Jahren 1792-1810*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1927.

Stolleis, Michael, *Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, Beck, München, 2001.

Summer Maine, Henry, *Historia del Derecho, reimp.*, CPSIA, Kessinger Publishing, Madrid, 2013.

Trombetta, Angela, *Savigny e il sistema: alla ricerca dell'origine giuridico*, Cacucci, Bari, 2008.

Ullmann, Walter, *Law and politics in the Middle Ages. An Introduction to the sources of medieval political ideas*, Cambridge University Press, New York, 1975.

Ullmann, Walter, *Jurisprudence of the Middle Ages*, Variorum Reprints, London, 1980.

Vano, Cristina, *Nostro autentico "Gaius". Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000.

Vinogradov, Pavel Gavrilovič, *Historical Jurisprudence. Introduction*, Oxford University Press, London, 1923 [hay traducción al italiano en Palermo y en castellano en Barcelona].

Vinogradov, Pavel Gavrilovič, *Roman Law in Mediaeval Europe*, Kessinger Publishing, Whitefish, 2004.

Visky, Károly, *Geistige Arbeit und die "Artes liberales" in den Quellen des römischen Rechts*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1977.

Weber, Heinz Peter, *Bibliothek des Juristen Friedrich Carl von Savigny in der Universitätsbibliothek Bonn*, Bouvier Verlag, Bonn, 1971.

Weber, Max, *Critique of Stammler*, trad. al inglés, con introducción de Guy Oakes, New York, Free Press, 1977.

Weber, Max, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Les Presses de l'Université Laval, Saint-Nicolas, 2001.

Windscheid, Bernhard, *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen*, vol. 1 (1838-1858), vol. 2 (1859-1892), Zentralantiquariat, Leipzig (Alemania Oriental), 1984.

NOTAS

1 [Resulta interesante señalar la relación entre Leibniz y Descartes que apunta por ejemplo Leibniz en su obra *Réflexions d'un anonyme, sur une lettre de Mr. Leibniz, écrite a Mr. L'Abbé Nicaise*. Este texto está publicado en junio de 1697 y en el mismo se observan las diferencias que se dan entre Leibniz y Descartes. El mismo Leibniz señala: «Para mí, yo no soy como los demás, que han asumido los principios de la filosofía de Descartes mientras

tanto la cuestión de su religión yo creo obligada llevar a cabo de la misma la correspondiente defensa, no en si misma ya que ella no se sostiene por sus propias fuerzas si no con las razones a través de las cuales la ataca Leibniz». Para Leibniz los principios filosóficos de Descartes tienen consecuencias peligrosas en asuntos de naturaleza mayor al tratar de examinar la razón de las causas finales. Además, el propio Leibniz critica a Spinoza por cultivar determinadas teorías de Descartes con criterios que le permiten atribuir doctrinas que no son coincidentes con las que procesa el propio Leibniz. Incluso en algún momento Leibniz tacha de ligero a Descartes].

2 [En el caso de Gootfried Wilhelm Leibniz notamos que en su reducido artículo titulado *Notionibus juris et justitiae* de 1693 hace una defensa de la importancia de la moral en relación al Derecho natural recogiendo la tradición romana, a la vez que también reflexiona con la idea de que la caridad es benevolencia universal y benevolencia para amar. Su construcción está inspirada en el Derecho natural del que se afirman que existen tres grados, en primer lugar, el Derecho estricto en la justicia conmutativa, la equidad en la justicia distributiva y la piedad en la justicia universal. Señala que los filósofos denominan conmutativa a aquella justicia que Huig de Groot considera como una facultad. Sin embargo, Leibniz no parece estar muy de acuerdo con esta denominación utilizada por Huig de Groot. Ello no le impide sostener una defensa de que las leyes políticas de la república están hechas para buscar la felicidad de los súbditos (pp. 118, 119 y 120)].

3 Schelling y Hegel se consideran especialmente en otro lugar.

4 Jörs distingue tres momentos en la jurisprudencia romana. En el primero, las soluciones (respuesta) se dan para cada caso. El segundo señala la transición del primero al tercero pasando la jurisprudencia de habilidad técnica a ciencia. En el último hace de las fuerzas móviles del Derecho su objeto y ordena los casos aislados en vista de esas fuerzas de las que son como concreción.

5 De *l'esprit des lois*, L. XIX, Cap. 3. [Señala que los legisladores deben tener en cuenta el espíritu de la nación de que se trate. No se debería permitir un espíritu de pedantería a un país y hay que «hacer las cosas frívolas de forma seria y alegremente las cosas serias», edición de París, Libraire Dalibon, 1826, p. 220. Resalta igualmente el barón de Montesquieu que la vanidad y el orgullo no favorecen el gobierno de las naciones, Cap. IX, ed., p. 222. En su *Mémorial de Sainte-Hélène*, Napoléon Bonaparte, en aquel momento ex-emperador sufriente, cita en dos ocasiones al Barón de Montesquieu y de la Brède, en pp. 142 y 225].

6 L. XIX. Cap. 5.

7 L. XIX. Cap. 4.

8 L. XIX. Cap. 12.

9 Apareció en la biblioteca “*Enciclopedia e Historia*” que Hugo dirigía y en la que pretendía popularizar y demostrar el interés del cultivo científico del Derecho romano sino se pensaba en la aplicación por los tribunales de los resultados de su estudio.

10 Landsberg Ernat, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Cap. 13, p. 33.

11 Para él p.e. como para Kant, el Derecho positivo se da por y en el Estado nunca contra el Estado. También define su Filosofía del Derecho como «el conocimiento racional, por conceptos de aquello que puede ser (jurídicamente) Derecho».

12 [Georg Friedrich Puchta (1798-1846) fue catedrático de Derecho Romano y de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Marburgo, y autor de *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838 y *Kursus der Institutionen*, Leipzig, 1841-1847].

13 *Sistema del Derecho romano actual*, pp. 20-21. Téngase en cuenta que el primer tomo de esta obra se publica en 1840.

14 *Líneas fundamentales de Filosofía del Derecho*.

15 Savigny en el *Sistema*, pp. 85-90 y Puchta en las *Pandectas*, pp. 25-30 no atribuyen voluntad real y capacidad de obrar efectiva generalmente más que a las personas aisladas.

16 Este carácter de necesidad con que el Derecho existente se nos presenta (anterior a todo caso) es prueba indirecta de su origen no voluntario. La prueba directa de esa preexistencia no puede darse porque la Historia encuentra ya el Derecho establecido con un determinado sello nacional de igual modo que su lengua y sus costumbres. Las reglas de esta necesidad son los principios que la ciencia del Derecho debe buscar.

17 Relacionase este problema con el de la consideración del Derecho positivo como un todo cerrado, es decir agotable. Así piensa Hegel considerándolo como un momento concreto y definido en el proceso dialéctico de la Idea. Ésta es la consideración sistemática del Derecho positivo. No sucede lo mismo en Kant para quien el Derecho positivo es irreductible a sistema y de aquí que no de él una Metafísica si no unos principios metafísicos.

18 Vs. nota pp. 79-80.

19 Se da en Merkel, Dahn, este sentido del ideal jurídico de una época deducido del conocimiento del Derecho existente y del estudio de otros hechos sociales. Esta concepción del ideal relativo de una época viene directamente de una corriente del naturalismo ético: de Wundt y de la Ética normativa. Para ella en el ideal moral de un pueblo en un momento dado, entran no solo las condiciones físico-biológicas, sino sobre todo las condiciones ideales, la cultura anterior y la actual, la costumbre, las corrientes del pensamiento científico, de la investigación genética de todos estos hechos de la vida moral se desprende un residuo general formado por las leyes de la vida moral las cuales tienen un valor incondicionado, de imperativo. Este valor procede de la confusión de la fórmula de lo que es con la regla de lo que debe ser. La Ciencia Moral tiene pues una tarea teórica (deducción de las normas morales del estudio de la evolución) y práctica -en cuanto busca los medios para la mejor realización de los fines propuestos por aquellas normas-. El problema para la Ética, como para el Derecho está en determinar de dónde viene a esas normas el valor de imperativo. Para esto no se distinguen esas leyes de las naturales. Es consecuencia obligada la unificación de la Lógica y la Ética. En la Lógica las normas dicen como se debe pensar; pónese por tanto la certidumbre no en las condiciones intrínsecas del pensamiento, sino en su génesis; redúcese la Lógica a Psicología. Para la Ética las acciones no son buenas salvo en cuanto se ajustan a una norma tomada de la evolución; tiranía de lo que es y de lo que fue sobre lo que será.